

Sentencia T-535/20

Referencia: Expediente T-7.613.918

Acción de tutela instaurada por Johagly Amparo Sarmiento Varela contra Jorge Hincapié Casas.

Magistrado Ponente:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Richard S. Ramírez Grisales (e), Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado 18 Civil Municipal de Oralidad de Medellín, en primera instancia, y el Juzgado 1° Civil del Circuito de Oralidad de la misma ciudad, en segunda instancia, en la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El 17 de junio de 2019, Johagly Amparo Sarmiento Varela interpuso acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la familia, a la dignidad humana, a la estabilidad laboral reforzada y a la seguridad social. Fundamentó su demanda en los siguientes

Hechos

1. Señaló que tiene 29 años de edad, es venezolana y vive en arriendo con sus padres, sus dos hermanas, y sus dos hijos de 8 y 2 años. Aclaró que los gastos del hogar son asumidos por ella y por su padre.
2. Sostuvo que el 24 de agosto de 2018, empezó a trabajar para el señor Jorge Hincapié Casas en un local comercial llamado “*SUPER EMPANADAZO*”, mediante un contrato verbal a término indefinido en el cargo de “*fritadora y oficios varios*”, devengando como contraprestación \$1’050.000.
3. Informó que, en febrero de 2019, le comunicó a su jefe Jorge Casas que se había realizado una prueba de embarazo casera y la misma había arrojado resultado positivo. Ante dicha situación su empleador comenzó a comportarse

de manera hostil induciéndola a renunciar; sin embargo, continuó desarrollando sus funciones con normalidad hasta el mes de marzo cuando el segundo ultrasonido que se realizó evidenció que tenía el líquido amniótico disminuido, razón por la cual estuvo incapacitada tres días.

4. Refirió que una vez le comunicó lo anterior al señor Hincapié Casas, este le dijo que *“ya no podía seguir así, que en ese estado no le servía para trabajar; pero [que] después de exponerle [su] situación y la de [su] familia, accedió a continuar con el contrato de trabajo”*. No obstante, el 13 de abril de 2019, su empleador le indicó vía WhatsApp que no volviera al trabajo en razón a que tuvo una discusión con una compañera y en tanto *“él ya más paciencia [no le] podía tener, que [le] había colaborado mucho pero que no [le] estaba funcionando para trabajar y que pasara por su liquidación”*.

5. Comentó que a la fecha tenía aproximadamente 28 semanas de gestación y al no estar afiliada a una EPS que le brindara atención médica, no sabía en qué estado se encontraba su bebé, ni qué complicaciones podría tener, pues no cuenta con los medios económicos para realizarse una ecografía.

6. Por último, destacó que no tiene ninguna fuente de ingresos y en su hogar se están pasando necesidades, ya que la única persona que trabaja es su padre, sus hermanas no han podido conseguir empleo y a su madre, quien tiene 67 años, no la contratan fácilmente en razón de su edad. Además, recordó que tiene dos hijos menores que dependen económicamente de ella.

7. Con fundamento en lo anterior, solicitó que se ordene al accionado: *i)* reintegrarla al cargo que venía desempeñando, o a otro de igual o superior jerarquía; *ii)* pagar los salarios dejados de percibir desde cuando se produjo la terminación del contrato laboral sin justa causa; y *iii)* afiliarla al Sistema de Seguridad Social. Así mismo, pidió prevenir a la parte accionada de futuras acciones u omisiones que la perjudiquen, y de ejercer en su contra conductas de acoso laboral producto de su estado de salud.

Trámite procesal

8. En Auto del 18 de junio de 2019, el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Oralidad de Medellín admitió la acción de tutela y dispuso notificar al accionado para que se pronunciara sobre los hechos que dieron origen al proceso y allegara los documentos que sirvieran para sustentar o desvirtuar lo solicitado por la accionante. Posteriormente, el Juzgado ordenó oficiar a Migración Colombia, para que informara sobre *“la calidad de extranjera en que se encuentra la señora Johagly Amparo Sarmiento (...) es decir, si es extranjera residente legal, ilegal o que ingresa al país transitoriamente”*.

Contestación de la acción de tutela

Accionado Jorge Hincapié Casas

9. Mediante documento del 20 de junio de 2019, el señor Jorge Hincapié Casas solicitó que se declare improcedente el amparo invocado.

10. Indicó que le colaboraba económicamente a la accionante a cambio de que ella le ayudara en su microempresa de manera eventual y sin el cumplimiento de un horario establecido, lo que a su juicio desdibuja cualquier relación laboral al no existir el elemento de la subordinación. Adujo que ella se comprometió a legalizar su estadia en el país en un plazo razonable y así *“poder tener una verdadera relación laboral, en la que recibiera todos los beneficios legales que tiene cualquier trabajador”*. Puso de presente que en tanto la accionante empezó a generar conflictos en su microempresa y no cumplió el compromiso de legalizar su estadia, decidió prescindir de su ayuda.

11. Señaló que el presente es un caso especial generado por la crisis humanitaria ante la llegada masiva de migrantes venezolanos en condición irregular *“lo que imposibilita que se materialice plenamente los derechos fundamentales de estos, por ejemplo, en el caso concreto, es imposible que yo formalice una relación laboral con la accionada ya que esta no tiene el permiso respectivo para trabajar en nuestro país y no puedo afiliada al sistema de seguridad social”*.

12. Por último, mencionó que de concederse el amparo su microempresa quebraría, porque *“no [cuenta] con la solvencia económica para sostener otro empleado más”*. Aseguró que ello, además, vulneraría su derecho fundamental al mínimo vital y el de su familia por cuanto dependen exclusivamente de ese negocio.

Unidad Administrativa Especial Migración Colombia – Regional Antioquia

13. Mediante escrito allegado el 27 de junio de 2019, la Coordinadora encargada del Grupo de Extranjería Regional Antioquia – Chocó de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, informó que consultada la base de datos institucional, PLATINIUM, se encontró que Johagly Amparo Sarmiento Varela *“NO registra movimientos migratorios de inmigración a Colombia”*. Así mismo, informó que: *i)* no registra en el sistema ningún trámite de la accionante tendiente a regularizar su situación migratoria, *ii)* no posee registro de Historial de Extranjero (HE); y *iii)* no es titular de algún documento migratorio como el Permiso Especial de Permanencia (PEP), PEP-RAMV o Tarjeta de Movilidad Fronteriza (TMF).

Sentencias objeto de revisión

Primera instancia

14. En sentencia del 3 de julio de 2019, el Juzgado 18 Civil Municipal de Oralidad de Medellín declaró improcedente el amparo invocado, ante la controversia en cuanto a la relación laboral que tenía la accionante con el señor

Hincapié Casas. Además, según lo señalado por este en la contestación de la acción de tutela, la actora no cumple con las exigencias establecidas en la ley para ser contratada “razón por la cual nunca se realizó un contrato laboral y no existió subordinación alguna”.

15. De otra parte, argumentó que la situación laboral de la accionante era aún más difícil de determinar teniendo en cuenta que por su situación migratoria no le estaba permitido trabajar en el país, siendo necesario que la controversia fuera definida por la jurisdicción ordinaria laboral.

16. Por último, manifestó que no se configuraban los presupuestos para afirmar que la accionante se encontrara en un estado de especial protección ni en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable.

Impugnación

17. El 5 de julio de 2019, la accionante impugnó la decisión de primera instancia. Reiteró que el señor Jorge Hincapié Casas conocía su estado de gravidez y destacó que no le correspondía a ella demostrar que hubo un acto de discriminación por parte de su empleador pues, según la sentencia T-307 de 2008, es una carga desproporcionada para quien se encuentra en una situación de subordinación.

Segunda instancia

18. En sentencia del 9 de agosto de 2019, el Juzgado 1° Civil del Circuito de Oralidad de Medellín confirmó la sentencia de primera instancia. Aseguró que no había lugar a la protección de los derechos invocados en la acción de tutela al tratarse de un caso en el que se evidencian disputas o discrepancias acerca de los antecedentes y las condiciones en que se produjo tanto la configuración como la terminación del supuesto vínculo contractual.

Pruebas

19. Las pruebas que obran en el expediente son las que a continuación se relacionan: *i)* copia de los resultados de la ecografía realizada a la señora Johagly Amparo Sarmiento Varela; y *ii)* una fotografía en la que aparecen dos personas sin identificar.

Actuaciones en sede de revisión

Selección del asunto

20. El 18 de noviembre de 2019, la Defensoría del Pueblo insistió en la selección del asunto. Indicó que este caso abarca dos problemáticas: *i)* la estabilidad laboral reforzada, basada en la hipótesis de que sí existió una relación laboral entre las partes de la acción de tutela; y *ii)* la obligación de afiliación al Sistema General de Seguridad Social de los empleados. A juicio de

la Defensoría, esta forma de abordar el caso *“permite entender que la obligación de afiliación es una consecuencia de la relación laboral y no al contrario, por lo tanto, el nacimiento del contrato no era una consecuencia de la afiliación o regularización de la accionante, como argumenta el accionado, sino que es un hecho independiente”*.

21. Puso de presente que la accionante allegó a esa entidad cuatro audios de WhatsApp. En el primero, la señora Sarmiento Varela le pregunta al accionado el horario de entrada a lo que, en el segundo audio, el señor Hincapié Casas le responde que el horario es el mismo. En el tercer audio, el accionado le autoriza no ir a trabajar y en el cuarto audio se oye al señor Hincapié diciéndole a un tercero que le informe a la accionante que no continúa como su *“trabajadora”*, acepta conocer que se encuentra en estado de embarazo y le dice que pase por su *“liquidación”*. La Defensoría señaló que según esas grabaciones se podía corroborar que existía una relación laboral ante el cumplimiento de los requisitos esenciales para ello. Por lo tanto, consideró que en este caso se debía aplicar la protección del fuero de maternidad y lactancia.

22. Respecto de la obligación a cargo del empleador de afiliar al Sistema General de Seguridad Social al trabajador, la entidad sostuvo que generaba una situación particular que merecía un pronunciamiento de la Corte con el fin de aclarar el alcance del derecho fundamental de la seguridad social en migrantes. Afirmó que *“se trata de una situación tan particular, en la que como consecuencia de una relación laboral hay unas obligaciones de afiliación y pago al Sistema General de Seguridad Social a cargo de un empleador, pero que no puede materialmente afiliar a su trabajadora por no contar con un documento válido de identificación”*.

23. En Auto del 26 de noviembre de 2019, la Sala de Selección de tutelas número Once seleccionó el asunto para su revisión.

Intervención de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes

24. En escrito allegado el 19 de febrero de 2020, el Consultorio Jurídico y la Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes intervinieron en el presente asunto.

25. Manifestaron que según la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, los trabajadores no documentados o que se hallen en situación irregular se encuentran frecuentemente en condiciones menos favorables. Hicieron mención a la Observación General núm. 2 del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios, según la cual, cualquiera sea la modalidad de su estancia, estos trabajadores no pueden ser privados de los derechos fundamentales que les asisten. Así mismo, indicaron que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha reconocido que las mujeres

migrantes trabajadoras son víctimas de desigualdades que ponen en peligro su salud, especialmente quienes se encuentran en estado de embarazo, y que la mujer migratoria indocumentada es particularmente vulnerable a la explotación y el abuso en razón de su estatus migratorio.

26. Se refirieron a la imposibilidad de regularizar el estatus migratorio para las personas provenientes de Venezuela, principalmente por dos razones: *i)* el marco normativo en materia migratoria es fragmentario, por lo que no existe una ley migratoria con enfoque de derechos que contemple una política pública integral que permita articular y delimitar la actuación de las autoridades; y *ii)* para obtener una visa requieren no solo haber ingresado por un puesto de control migratorio habilitado con pasaporte, sino también documentos apostillados, contratos laborales, entre otros, que son de imposible acceso para esta población.

27. Finalmente, se pronunciaron sobre la dificultad de la población migrante para acceder a la administración de justicia, especialmente cuando tienen un estatus irregular, factor que favorece la explotación, trato inequitativo, abuso y violencia de diferente tipo. En su parecer, en el caso objeto de estudio, el acceso a la justicia ordinaria es inviable y profundamente revictimizante pues *“el caso de Johagly Amparo Sarmiento es un ejemplo de superposición de vulnerabilidades en una misma persona, conocido como interseccionalidad. Johagly es mujer, migrante, en estatus migratorio irregular, en estado de embarazo, con personas a cargo que dependen económicamente de ella”*.

Decreto de pruebas

28. Mediante **Auto del 11 de febrero de 2020**, el despacho del magistrado sustanciador decretó varias pruebas con el fin de contar con mayores elementos de juicio para adoptar una decisión, relacionadas con la situación socio económica actual de la accionante, las circunstancias que rodearon la relación laboral y la situación migratoria de la señora Sarmiento Varela.

29. El Director Encargado de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano del Ministerio de Relaciones Exteriores informó que una vez verificado el Sistema Integral de Trámites al Ciudadano -SITAC- se evidenció que no se ha efectuado ninguna solicitud de visa ante ese Ministerio a nombre de la accionante. En cuanto a la solicitud de nacionalidad, constató que *“NO se registra trámite de nacionalidad colombiana por adopción a nombre de la señora JOHAGLY AMPARO SARMIENTO VARELA de nacionalidad venezolana (...), ante esta Cartera”*.

30. la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia manifestó que, según lo informado por la Regional Antioquia, la accionante *“NO posee registro migratorio de ingreso y/o salida del país. // No es titular de PEP ni de PEP RAMV, ni de TMF. // No se evidencian trámites tendientes a regularizar su situación migratoria”*. Con base en ello, resaltó que la accionante se encuentra

en condición migratoria irregular, al no haber ingresado por puesto de control migratorio habilitado, incurriendo en dos posibles infracciones a la normatividad migratoria. Solicitó conminar a la ciudadana extranjera a que adelante los trámites migratorios pertinentes.

31. Debido a que no se recibió respuesta de las partes, mediante **Auto del 2 de marzo de 2020**, la Sala Octava de Revisión las requirió para que allegaran la información solicitada y dispuso la suspensión de los términos por dos meses contados a partir de la recepción de las pruebas solicitadas. Vencido el término otorgado para allegar la información no se recibió respuesta de la accionante ni del accionado, motivo por el cual el despacho sustanciador procedió a comunicarse con las partes en los teléfonos que aparecen en el expediente.

32. La señora Sarmiento Varela: *i)* informó que ya no vivía en la ciudad de Medellín y que se había trasladado a Montelíbano, Córdoba, donde se encontraba trabajando; *ii)* señaló que había llegado a un acuerdo con el accionado en el que este le había pagado una suma de dinero con el fin de transar la controversia debatida en la acción de tutela; *iii)* puso de presente que no tenía conocimiento de la selección del expediente por parte de la Corte Constitucional, por lo que para efecto de las notificaciones correspondientes, suministró el correo de una amiga con quien vive actualmente.

33. En esa llamada, la señora Sarmiento Varela confirmó el número de teléfono del señor Jorge Hincapié Casas y el de su esposa Sorelly Santamaría. Sin embargo, no fue posible establecer comunicación telefónica.

34. Teniendo en cuenta lo anterior, mediante **Auto del 15 de abril de 2020**, el despacho del magistrado sustanciador dispuso notificar nuevamente el auto que decretó pruebas y el de requerimiento, esta vez, a los correos electrónicos suministrados por las partes. Esa providencia fue comunicada el **5 de agosto de 2020** teniendo en cuenta la suspensión de términos decretada por el Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo PCSJA20-11517 de 2020, del 16 al 20 de marzo de 2020 y prorrogada posteriormente con algunas excepciones.

35. El señor Jorge Hincapié Casas dio respuesta a lo solicitado en los siguientes términos: *i)* la accionante lo contactó a efectos de que le prestara ayuda económica porque no conseguía trabajo dada su situación irregular y de esa forma empezó a colaborarle esporádicamente en el local comercial; *ii)* la señora Sarmiento fue “*muy colaboradora*”, razón por la cual pensó en contratarla y le solicitó la documentación que ella nunca allegó; *iii)* la actora podía manejar su tiempo como quisiera e “*incluso pasaban días enteros en que no iba a colaborar, pero cuando aparecía se le tendía la mano*”, colaboración que se mantuvo hasta diciembre de 2018 cuando se le entregó la liquidación de las prestaciones sociales; *iv)* el año siguiente la accionante solicitó ayuda nuevamente, razón por la cual le volvió a dar la oportunidad para trabajar de manera intermitente, pero debido a una discusión generada con una de las trabajadoras y en vista de que no llevaba la documentación para su afiliación e

ingreso a la empresa “*la señora no regresó a mi establecimiento*”; v) volvió a saber de ella ante la acción de tutela que interpuso en su contra en noviembre de 2019, fecha en la cual se realizó un acuerdo transaccional.

36. Según lo consignado en dicha transacción, la señora Sarmiento Varela: *i)* prestó sus servicios en calidad de empleada de oficios varios, labor que desempeñó de manera personal desde el 24 de agosto de 2018 hasta el 23 de marzo de 2019; *ii)* devengaba un salario mínimo legal mensual vigente; y *iii)* de manera voluntaria y sin presión por parte de su empleador, decidió renunciar al cargo desempeñado. Además, se acordó: *i)* por parte del empleador, aceptar la renuncia y proceder al pago de la liquidación de prestaciones sociales; y *ii)* por parte de la señora Sarmiento Varela, abstenerse de presentar una demanda laboral en contra del señor Jorge Hincapié Casas o Martha Zorelly Santamaría García por obligaciones inherentes al contrato que se termina. Sostuvo que, si bien se generó una situación incómoda con una de las trabajadoras, la razón por la que ella no regresó fue porque se le insistió en la necesidad de entregar la documentación para afiliarla a la seguridad social.

37. A pesar de que el Auto del 15 de abril de 2020 fue comunicado al correo electrónico y número de teléfono suministrados, la accionante no dio respuesta a lo solicitado por la Corte. Por eso, mediante **auto del 28 de septiembre de 2020**, la Sala Octava de Revisión consideró que de los medios de prueba allegados era posible alcanzar el convencimiento suficiente para resolver la acción de tutela. En consecuencia, desistió del recaudo de la información solicitada a la señora Sarmiento Varela, decidió levantar la suspensión de términos decretada en el Auto del 2 de marzo de 2020 y así continuar con el trámite correspondiente.

CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Planteamiento del problema jurídico y metodología de decisión

2. A partir de las circunstancias que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela, de las pruebas aportadas y aquellas que fueron recaudadas en el trámite de revisión, así como de las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, esta Corporación debe determinar, inicialmente, si en el presente asunto se configura la carencia actual de objeto ante la variación de las circunstancias actuales de la accionante. Superado lo anterior, le corresponderá definir si ¿el señor Jorge Hincapié Casas vulneró los derechos fundamentales a la estabilidad

laboral reforzada y a la seguridad social de la señora Johagly Amparo Sarmiento Varela, ciudadana venezolana en situación irregular, al dar por terminado el vínculo laboral pese a que, según se afirma en la demanda, para ese momento la accionante se encontraba en estado de embarazo?

3. Para desarrollar la problemática planteada, la Sala hará referencia a los siguientes ejes temáticos: *i)* los derechos de los extranjeros y su deber de cumplir con el ordenamiento jurídico colombiano; *ii)* la protección de los derechos laborales para los trabajadores migrantes en situación irregular; *iii)* la regulación y contexto actual sobre las condiciones laborales de las personas de nacionalidad venezolana en Colombia; *iv)* el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo; *v)* el concepto de interseccionalidad en el marco del derecho a la no discriminación; *vi)* el fenómeno de la carencia actual de objeto; y *vi)* solución del caso concreto.

Los derechos de los extranjeros y su deber de cumplir con el ordenamiento jurídico colombiano. Mención particular a los derechos laborales de los trabajadores migrantes en situación irregular

Consideraciones generales

4. El derecho a la igualdad de los extranjeros en Colombia se encuentra determinado en dos normas constitucionales que se complementan entre sí: *i)* el artículo 13 señala que *“todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*; y *ii)* el artículo 100 consagra que *“[l]os extranjeros disfrutará en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos”*. Esta segunda disposición establece que *“[n]o obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros (...)”*.

5. La Corte Constitucional ha señalado que las referidas normas constitucionales garantizan que los extranjeros sean tratados en condiciones de igualdad en materia de derechos civiles y asegura la protección jurídica de las garantías constitucionales a las que tienen derecho en su calidad de extranjeros, pero al mismo tiempo, generan una exigencia para estos últimos de cumplir la Constitución Política y la ley, tal y como lo establece el artículo 4º Superior según el cual *“[E]s deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”*. Quiere decir lo anterior, que la Carta reconoce una *“condición general de igualdad de derechos civiles entre los colombianos y los extranjeros, los cuales pueden ser excepcionalmente subordinados a condiciones especiales, o incluso se puede negar el ejercicio de determinados derechos por razones de orden público” (...)*”.

6. Lo descrito hasta ahora es aplicable en cualquier ámbito, y de cara al asunto que ocupa la atención de la Sala, es necesario hacer referencia específica a los derechos de las personas que se encuentran en el país en situación irregular. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos puso de presente que *“la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio”*. Pero también aclaró que ello *“no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal [siempre que] los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”*.

7. En fin, se concluye la existencia de la obligación de reconocer los derechos a los extranjeros en igualdad de condiciones respecto de los ciudadanos colombianos, con la correlativa obligación para los primeros de cumplir los deberes que les sean exigibles en dicha calidad.

Derechos laborales de los trabajadores migrantes en situación irregular

8. En un informe sobre protección social y migración, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) se refirió a las etapas posibles del ciclo de la migración, a saber: *i) origen; ii) tránsito; iii) destino; y iv) retorno*.

9. Indicó que la migración comienza en el *lugar de origen*, etapa que no implica simplemente una partida, sino que puede significar un proyecto premeditado, o resultar de una decisión intempestiva o desesperada, e incluso forzada por situaciones adversas o excepcionales. Luego, existe una *etapa intermedia de tránsito* cuya duración y riesgos pueden variar dependiendo del lugar de destino y de las rutas o medios de transporte utilizados, lo cual, en cualquier caso, supone una *“una situación de gran vulnerabilidad potencial en todos los aspectos, planteándose la seguridad física y la supervivencia como desafíos inmediatos”*. Después, al llegar al lugar de destino, *“se abre una nueva etapa, con múltiples desenlaces posibles con relación a la inclusión de los migrantes”*, siendo el más evidente la inserción social y económica, particularmente, mediante el acceso al trabajo decente y formal. Sin embargo, *“supone también, muchas veces de manera paralela, la búsqueda de vías informales de protección social”*. Finalmente, señaló que la posibilidad del *retorno al lugar de origen* plantea riesgos muy particulares, como la reconexión al sistema de protección social en el país de origen, y las posibilidades de acceder al mercado laboral formal.

10. Según se mencionó en dicho informe, a lo largo del ciclo migratorio operan factores sociodemográficos como fuentes de vulnerabilidad para los migrantes.

En particular, existen dos factores “*que comprometen la situación de bienestar de los migrantes, tanto en el lugar de ‘destino’ como también durante el ‘tránsito’ [a saber] la condición migratoria en sí misma y la inserción en el mercado de trabajo*”. Al respecto, la CEPAL manifestó:

“El trabajo constituye un eje central de análisis del binomio migración y protección social. En primer lugar, porque una de las principales motivaciones de las personas que migran es precisamente la búsqueda de mejores oportunidades de empleo (...). Incluso si esto no fuera la motivación principal del proyecto migratorio, el trabajo es la vía principal por la que se adquieren derechos sociales y acceso a múltiples servicios en el país de destino. También, el trabajo y la calidad del mismo determinan en gran medida la inserción del migrante en el lugar de destino: si la persona trabaja, recibe una remuneración, cotiza al sistema de seguridad social, posee un seguro médico y obtiene entonces una cobertura que protege a sus dependientes. El trabajo formal otorga derechos y es una vía expedita de inclusión social. (...)

Sin embargo, (...) la mayoría de los mercados de trabajo de los países de América Latina y el Caribe se caracterizan por altos niveles de informalidad (...) La consecuencia más preocupante de esto es la precariedad del empleo donde predomina la falta de acceso a prestaciones y a la seguridad social. Esta circunstancia que afecta a millones de migrantes suele estar asociada a la irregularidad migratoria, y al abuso de los empleadores que actúan con libertad ante la inexistencia o inoperancia de los sistemas de inspección laboral”. (Resaltado fuera del texto original).

11. La *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (1990), aprobada mediante la Ley 146 de 1994, puso de presente en su Preámbulo que “*los trabajadores no documentados o que se hallan en situación irregular*” son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores”. En consideración de lo anterior, el artículo 7º estableció que los Estados Partes deben respetar y asegurar a **todos los trabajadores migratorios y sus familiares** que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción, los derechos previstos en la Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

12. Así mismo, el artículo 25 de la *Convención* dispuso que los trabajadores migratorios deben gozar de un trato que no sea menos favorable al que reciben los nacionales del Estado de empleo en cuanto a remuneración y otras condiciones de trabajo, como horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo, edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio, etc. Según esa disposición, los Estados Partes deben adoptar todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos mencionados a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación

jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades.

13. Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte Constitucional ha reconocido la problemática laboral generada en el marco de las migraciones masivas, particularmente para quienes ingresan a otro territorio de manera irregular.

14. En la sentencia C-106 de 1995, puso de presente que, por lo general, los flujos migratorios parten de regiones pobres y se dirigen hacia otras más prósperas, circunstancia que pone a los inmigrantes en un estado de inferioridad en relación con la población nativa. Esto, porque *“[n]o sólo se encuentran lejos de su lugar de origen (de su familia y de su comunidad) sino que la necesidad los impulsa a aceptar condiciones laborales inferiores a las legalmente permitidas. Así mismo, suelen ser objeto y discriminación por parte de las autoridades locales, sobre todo en aquellos casos en los cuales han ingresado al país en el que laboran sin cumplir los requisitos legales”*.

15. En la Opinión Consultiva 18 de 2003, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, la Corte Interamericana de Derechos Humanos puso de presente que, generalmente, *“los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes)”*. Explicó que los derechos laborales *“surgen necesariamente de la condición de trabajador”*, es decir, toda persona *“que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición”*. Mencionó que, si bien el Estado y los particulares no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados, una vez estos son contratados para trabajar *“inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular”*.

16. La Corte IDH señaló, además, que la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales, los cuales *“se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores”*. Al respecto, sostuvo lo siguiente: *“El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales”*.

17. Así mismo, resaltó que *“en el caso de los trabajadores migrantes, hay ciertos derechos que asumen una importancia fundamental y sin embargo son frecuentemente violados”*, como la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, **las atenciones especiales para la mujer trabajadora**, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, **seguridad social**, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización; derechos de los cuales son titulares todos los trabajadores, independientemente de su estatus migratorio. El panorama previamente descrito es particularmente difícil y problemático para las mujeres migrantes, porque reciben con mayor impacto los efectos negativos del fenómeno migratorio.

18. En el informe sobre protección social y migración, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) explicó que la condición de migrante, especialmente en situación irregular, *“interactúa con otros ejes y factores generando grandes desigualdades en varios ámbitos”*. En particular, mencionó que *“en todas las etapas del ciclo migratorio, las mujeres enfrentan el imperativo, a veces imposible de conciliar adecuadamente, de generar cuidados e ingresos simultáneamente para asegurar el bienestar de las personas dependientes de sus familias”*, de allí que *“el acceso a la protección social de las mujeres migrantes es parte del proceso de lograr mayor igualdad en general y de género en particular”*.

19. El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW) puso de presente en la Recomendación General núm. 26 sobre trabajadoras migratorias que, aunque tanto los hombres como las mujeres migran, la migración no es un fenómeno independiente del género, porque *“la situación de las mujeres migrantes es diferente en lo que respecta a los cauces legales de migración, los sectores a los que migran, los abusos de que son víctimas y las consecuencias que sufren por ello”*.

20. Explicó que las mujeres pueden ser víctimas de discriminación y diferentes violaciones a los derechos humanos en todo el ciclo migratorio. Particularmente en el lugar de destino, se enfrentan a múltiples vulneraciones, entre ellas, a *“desigualdades que ponen en peligro su salud, ya sea porque carecen de acceso a los servicios de salud, incluidos los servicios de salud reproductiva (...). En razón de que las mujeres tienen necesidades en materia de salud diferentes de las de los hombres, este aspecto exige una atención especial”*. Señaló que la discriminación puede ser particularmente aguda en relación con el embarazo, pues en muchos casos *“no tienen derecho a licencias de maternidad ni a beneficios relacionados con la maternidad razonables, ni pueden obtener atención obstétrica a precios asequibles, lo que da por resultado riesgos graves para su salud. Las trabajadoras migratorias pueden ser despedidas si quedan embarazadas, y perder así en algunos casos su estatus migratorio, o ser deportadas”*. De ahí la importancia de incorporar una perspectiva de género para

el análisis de la situación de las mujeres migrantes y la elaboración de políticas para combatir la discriminación, la explotación y el abuso de que son víctimas.

21. El Estado colombiano ha adquirido una serie de obligaciones a través de diferentes instrumentos internacionales, entre ellas, el deber de hacer respetar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares, las condiciones de vida adecuadas sin distinción alguna. En tal sentido es deber de las autoridades evitar que la problemática laboral generada en el marco de las migraciones masivas se traduzca en un trato menos favorable, particularmente, para quienes ingresan en condiciones de irregularidad.

Regulación y contexto actual sobre las condiciones laborales de las personas de nacionalidad venezolana en Colombia

22. En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, las autoridades nacionales han ejecutado diferentes acciones tendientes a superar la crisis migratoria. En materia laboral, a través de diferentes decretos y resoluciones, se han definido los requisitos que deben cumplir los empleadores y los trabajadores extranjeros en el marco de las relaciones laborales.

23. Una de las primeras medidas administrativas para regularizar la situación de las personas migrantes de Venezuela fue la creación del **Permiso Especial de Permanencia -PEP-** a través de la Resolución 5797 de 2017. Sin embargo, este documento presentaba requisitos que limitaban la posibilidad de acceso para sus destinatarios, por ejemplo, haber ingresado al territorio nacional por Puesto de Control Migratorio habilitado con pasaporte. Además, conforme la regulación contenida en el acto administrativo que lo creó, el PEP no reemplazaba el pasaporte (pues era un requisito previo para su adquisición), por lo cual contar solo con ese documento no permitía a su titular afiliarse al SGSS. Debido a esta dificultad el Gobierno, mediante la Resolución 3015 de 2017, habilitó el PEP como documento válido de identificación ante el Sistema General de Seguridad Social en Colombia. El término para acceder al PEP fue ampliado posteriormente a través de las Resoluciones 740 de 2018, 10677 de 2018 y 240 de 2020. No obstante, todos mantuvieron los mismos requisitos para acceder al mismo según lo dispuesto en la Resolución 5797 de 2017.

24. Más adelante, a través del Decreto 542 del 21 de marzo de 2018, el Ministerio de Relaciones Exteriores creó el **Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos -RAMV-**, con el fin de “*ampliar la información sobre el fenómeno migratorio de esta población en nuestro país*” (art. 1º). El Decreto estableció un periodo de dos meses, contados a partir del 6 de abril de 2018, para llevar a cabo el registro correspondiente y determinó que la información recaudada debía ser remitida a la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, “*a través de la plataforma y/o mecanismo que diseñ[ara] dicha entidad*”. La inscripción en este registro se extendió a todos los migrantes venezolanos, sin necesidad de que hubieran ingresado al país de manera regular por un puesto de control migratorio.

25. Luego, en el Decreto 1288 del 25 de julio de 2018, el Gobierno dispuso lo siguiente: “*El Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante resolución, modificará los requisitos y plazos del Permiso Especial de Permanencia (PEP) para garantizar el ingreso de las personas inscritas en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos a la oferta institucional*”. En cumplimiento de lo anterior, el referido Ministerio expidió la Resolución 6370 de 2018, que reglamentó la expedición del PEP a las personas inscritas en el RAMV y eliminó el requisito de ingreso regular al país por un puesto de control migratorio. Así mismo, mediante la Resolución 2033 de 2018, esa cartera fijó el procedimiento para que los migrantes venezolanos incluidos en el RAMV solicitaran el PEP.

26. Posteriormente, mediante el Decreto 117 de 2020 se creó el **Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización -PEPFF-**, el cual tiene como objetivo disminuir la informalidad laboral y permitir el acceso al trabajo de los venezolanos en situación migratoria irregular en condiciones de aseguramiento. El titular de este permiso puede regularizar, de manera excepcional y transitoria, su estatus migratorio a través de un contrato laboral o de prestación de servicios que garantice las condiciones laborales del migrante venezolano, y así contar con todos los beneficios que otorga el Permiso Especial de Permanencia (artículo 2.2.6.8.3.1).

27. El PEPFF debe ser solicitado por el empleador (persona jurídica o natural) a través de la página web del Ministerio del Trabajo y se otorga únicamente a los extranjeros que cumplan con las siguientes condiciones: *i)* ser ciudadano venezolano; *ii)* estar en condición migratoria irregular; *iii)* ser mayor de edad conforme al ordenamiento jurídico colombiano; *iv)* presentar la cédula de identidad venezolana y/o el pasaporte de la República Bolivariana de Venezuela aun cuando se encuentren vencidos; *v)* no tener antecedentes judiciales en Colombia o en el exterior; *vi)* no ser sujeto de una medida administrativa de expulsión o deportación vigente; y *vii)* ser titular de una oferta de contratación laboral en el territorio nacional, por parte de un empleador, o una oferta de contratación de prestación de servicios en el territorio nacional, por parte de un contratante (artículo 2.2.6.8.3.2).

28. El PEPFF se otorga por el mismo periodo de duración del respectivo contrato ofertado, el cual, en ningún caso, podrá tener una duración inferior a (2) meses ni superior a dos (2) años, siendo posible renovarlo hasta por un plazo máximo acumulado de cuatro (4) años continuos o discontinuos (artículo 2.2.6.8.3.8). Además, dicho permiso servirá como identificación de los nacionales venezolanos en el territorio nacional, durante el término en que se encuentre vigente (artículo 2.2.6.8.3.11.).

29. Por otra parte, la política migratoria en materia laboral incluye un **Sistema de información para el Reporte de Extranjeros -SIRE-**, establecido mediante la Resolución del 360 de 2015 como una herramienta tecnológica destinada a

tener conocimiento de los reportes relacionados con el empleo. El artículo 1° de dicha resolución, señala como sujetos de verificación migratoria, entre otros, a *“todas las personas naturales o jurídicas con vínculo o relación con extranjeros, ya sea de naturaleza contractual, de servicio, cooperación o relación académica y en general cualquier actividad que genere beneficio”*. Y el artículo 4°, dispone que las personas naturales o jurídicas con vínculo o relación con extranjeros deben realizar el reporte en el SIRE, so pena de incurrir en la sanción respectiva.

30. De igual modo, a través de la Resolución 4686 de 2018, el Ministerio del Trabajo creó e implementó el **Registro Único de Trabajadores Extranjeros en Colombia -RUTEC-** con el fin de *“obtener información de la inmigración laboral en el país como insumo para la construcción de la política pública migratoria laboral”* (art. 2). Este registro es obligatorio para todas las entidades del sector público y las empresas del sector privado que vinculen o contraten personas extranjeras dentro del territorio colombiano (art. 3).

31. Ahora bien, en este punto es necesario hacer mención a las implicaciones del fenómeno de la migración de ciudadanos venezolanos hacia Colombia en el sector laboral.

32. En el ensayo *“Migración desde Venezuela en Colombia: caracterización del fenómeno y análisis de los efectos macroeconómicos”* publicado en octubre de 2020, el Banco de la República explicó que, a partir de 2016, se ha incrementado notoriamente el flujo migratorio, llegando a situarse en 1.771.237 migrantes desde Venezuela en Colombia para finales de 2019. Esta población se concentra en edades altamente productivas, de 15 a 30 años de edad, y tiene una proporción mayor de menores de 9 años.

33. En el aspecto laboral, el informe presentó como resultado que los migrantes se caracterizan por su alto grado de informalidad, *“ya que cerca del 90% no realiza contribuciones a salud ni pensión, y sus ingresos laborales son inferiores al salario mínimo en muchos de los casos. De hecho, solamente un 42% de los migrantes ocupados tienen una remuneración superior a 0,9 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV) y un 4,4% recibe ingresos superiores a dos SMMLV”*. Así mismo, indicó que, si bien no se observa una reducción en la tasa de desempleo total por el choque migratorio, este último sí aumenta la probabilidad de desempleo entre los mismos migrantes. Por esa razón, *“una mayor llegada de migrantes va a perjudicar a los venezolanos residentes en Colombia elevando sus tasas de desempleo. A su vez, los sectores que se ven aún más perjudicados por la migración son aquellos de cuenta propia e informales”*.

34. Lo anterior posiblemente se debe a que, en cuanto a la participación de la población inmigrante en el país, *“no se ha contado con una política específica que busque su caracterización ni la generación de medidas que faciliten su inserción en el mercado de trabajo (González León, 2010)”*.

35. Se ha identificado además que la población venezolana ha denunciado *“que*

las condiciones laborales de algunos de los puestos de trabajo que desempeñan son precarias, pues tienen que cumplir con jornadas extensas y no reciben el mismo salario que recibe un ciudadano colombiano (...) y las mujeres son blanco de actitudes discriminatorias y abusivas". La Dirección de Inspección, Vigilancia y Control del Ministerio del Trabajo recibe las denuncias por abuso laboral, siendo las más recurrentes aquellas relacionadas con *"el pago de sueldos por debajo del salario mínimo y con la no realización de aportes al Sistema de Seguridad Social de parte de los empleadores"*.

36. Por lo tanto, se ha sugerido que *"la información cualitativa en materia migratoria y laboral sobre la población migrante debe complementarse con las prácticas legislativas e institucionales diseñadas para facilitar la participación de la población venezolana en el mercado laboral en el país"*. De ahí que el diseño de la política migratoria laboral dependa del Ministerio del Trabajo en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores.

37. Lo expuesto hasta acá le permite a la Sala evidenciar la problemática que ha generado la migración masiva de los ciudadanos hacia Colombia desde el punto de vista de la garantía de sus derechos laborales, pues el ingreso irregular al país trae como consecuencia una alta tasa de informalidad, lo que a su vez perpetúa el sometimiento de los migrantes a condiciones de trabajo desfavorables e indignas.

38. Por ese motivo es indispensable hacer mención a los principios generales y a las pautas de protección de los trabajadores contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo. El artículo 1° establece que la finalidad primordial del Código *"es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre {empleadores} y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social"*; el artículo 2° define la aplicación territorial señalando que *"rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad"*; el artículo 3° hace referencia a las relaciones que regula, esto es, *"las relaciones de derecho individual del Trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares"*; y el artículo 13 señala que las disposiciones del Código *"contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo"* (resaltado fuera del texto original).

39. Las normas citadas deben ser leídas en concordancia con los artículos 5°, 22 y 23 del CST. El primero, define el trabajo como *"toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo"*. El segundo, define el contrato de trabajo como aquel por el cual *"una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración"*. Y el tercero, se refiere a los elementos esenciales del mismo,

esto es, la actividad personal del trabajador, la subordinación o dependencia y el salario como retribución del servicio.

40. De la lectura conjunta de las anteriores disposiciones se concluye que, para lograr la justicia en las relaciones laborales, las garantías mínimas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo deben ser aplicadas a todos los trabajadores sin ninguna distinción, es decir, con independencia de la nacionalidad venezolana o de la situación irregular. Al encontrarse acreditada una relación laboral, ya sea a través de un contrato verbal o escrito o en aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas (art. 53 C.P.), dicha relación se rige por las normas del Código Sustantivo del Trabajo sin que sea necesario hacer una evaluación adicional.

41. Bajo ese entendido, si bien es latente la informalidad laboral generada por el ingreso masivo e irregular de ciudadanos venezolanos a Colombia, ello no se traduce en un aval de los empleadores y las autoridades administrativas y judiciales para no garantizar los parámetros mínimos laborales establecidos en la legislación colombiana, concretamente, en el Código Sustantivo del Trabajo.

42. De lo expuesto se deriva que la política migratoria en materia laboral estuvo ligada a la situación regular del trabajador migrante. La normatividad, por lo menos hasta enero de 2020 con la expedición del Decreto 117, no preveía herramientas que le permitieran a un ciudadano extranjero en condición irregular y que estuviera trabajando, contar con las garantías mínimas derivadas de su condición de trabajador, como la afiliación al sistema de seguridad social y lo que de ella se deriva. Solo hasta inicios de este año el Gobierno implementó un mecanismo que permite regularizar la estadía de los migrantes con el fin de disminuir la informalidad laboral y permitir el acceso al trabajo de los venezolanos en situación migratoria irregular en condiciones de aseguramiento.

43. Aun ante la ausencia de dicha regulación, el Código Sustantivo del Trabajo prevé las garantías mínimas que deben ser reconocidas a todos los trabajadores que se encuentren en el territorio, sin consideración de su nacionalidad o situación migratoria, razón por la cual es obligación de los empleadores y de las autoridades de garantizar los mínimos reconocidos en la legislación laboral y velar por el objetivo primordial, esto es, lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

El derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo. Finalidad y carácter irrenunciable

44. La protección laboral reforzada de las mujeres durante la gestación y la lactancia es un mandato superior que se deriva principalmente de cuatro fundamentos constitucionales: *i)* el derecho de las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad, como protección general para todas las mujeres gestantes (art. 43 C.P.); *ii)* la protección de la mujer embarazada o

lactante de la discriminación en el ámbito laboral, que encuentra fundamento en la cláusula general de igualdad que proscribe la discriminación por razones de sexo (art. 13 C.P) y la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres (art. 43 C.P.); *iii*) la protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la vida, esto es, garantizar a la mujer embarazada o lactante un ingreso que permita el goce del derecho al mínimo vital y a la salud, de forma independiente; y *iv*) la relevancia de la familia en el orden constitucional (arts. 5° y 42 C.P.).

45. La Corte ha reconocido igualmente que la estabilidad laboral reforzada es un derecho cierto e indiscutible y, en consecuencia, irrenunciable. Ello teniendo en cuenta que el artículo 53 de la Constitución establece como uno de los principios mínimos de las relaciones laborales el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en el empleo, a menos que exista una justa causa para su desvinculación.

46. Los anteriores fundamentos constitucionales se han estructurado históricamente a partir de la salvaguarda del derecho a la igualdad de las mujeres en el trabajo. Al respecto, la Corte indicó que *“la garantía de la estabilidad laboral reforzada para las mujeres en estado de embarazo o en el periodo de lactancia constituye una acción afirmativa en favor de aquellas que responde a la desventaja que afrontan, pues deben soportar los mayores costos de la reproducción y de la maternidad, los cuales tradicionalmente son asumidos únicamente por las mujeres”*.

47. Bajo ese entendido, es una respuesta histórica a la discriminación de las mujeres en el ámbito laboral. De ahí que ese derecho comparta dos fundamentos: uno de protección a la permanencia de la mujer en el trabajo frente a la discriminación del despido por dicha condición; y otro relacionado con el disfrute de la licencia de maternidad, que busca proteger a los niños recién nacidos y a la institución familiar desde la protección a la mujer trabajadora.

48. Por otro lado, esta Corporación ha explicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada se configura siempre que se demuestre el estado de embarazo de la trabajadora desvinculada durante la vigencia del contrato laboral. Sin embargo, el grado de protección judicial dependerá de si el empleador conocía del estado de gestación de la trabajadora y de la modalidad del contrato laboral en el cual se hallaba vinculada. Entonces, si el empleador tuvo conocimiento del embarazo antes de la desvinculación, ello origina una *“protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y, por ende, en un factor de discriminación en razón del sexo”*. En contraste, la ausencia de conocimiento da lugar a una *“protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido”* .

49. Así, existen una serie de beneficios para las trabajadoras gestantes, con el objetivo de disminuir la brecha de desigualdad en razón del género, evitar el trato discriminatorio y proteger la autonomía reproductiva de las mujeres. Entre tales beneficios se encuentran: *i)* la prohibición de despedir a la mujer en embarazo sin el permiso del Inspector del Trabajo o fuero de maternidad; *ii)* la licencia de maternidad de 18 semanas, la cual es pagada a través del sistema de seguridad social; *iii)* el reintegro al puesto de trabajo; y *(iv)* un periodo para la lactancia.

50. En conclusión, la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo es un derecho cierto, indiscutible e irrenunciable, que se deriva de los fundamentos constitucionales que buscan garantizar el derecho de las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad, protegerla de la discriminación en el ámbito laboral, garantizar los derechos al mínimo vital y a la vida, y proteger a la familia. Este derecho es una respuesta a la discriminación que han sufrido las mujeres en el ámbito laboral, siendo su objetivo principal garantizarle la posibilidad de ejercer dos roles simultáneos, la maternidad y el trabajo, sin que el primero impacte el segundo.

El enfoque de interseccionalidad para establecer el impacto de la discriminación

51. El derecho a no ser discriminado ha sido reconocido como correlato del derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución. Esta disposición establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ningún tipo de discriminación *-dimensión formal-*. Así mismo, incorpora el deber del Estado colombiano de promover que la igualdad sea real y efectiva, y de adoptar medidas a favor de los grupos marginados o discriminados *-dimensión material-*. De ahí que no todo trato distinto sea discriminatorio, en tanto el Estado debe desplegar acciones a favor de ciertos grupos con el fin de remediar las desventajas y barreras que enfrentan por tener una característica en particular. La discriminación, por lo tanto, es un trato distinto arbitrario, pues carece de una justificación objetiva, razonable y proporcional.

52. Diferentes motivos de discriminación pueden interactuar entre sí exponiendo a las personas a sufrir tratos desiguales más nocivos y excluyentes, situación que ha sido abordada a partir del concepto de interseccionalidad *“el cual permite, por un lado, comprender la complejidad de la situación y, por otro, adoptar las medidas, adecuadas y necesarias para lograr el respeto, protección y garantía de sus derechos”*. Este concepto se puede explicar en los siguientes términos:

*“[L]a interseccionalidad de la discriminación no sólo describe una discriminación basada en diferentes motivos, sino que **evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación**. Es decir, que en un mismo evento se produce una discriminación debido a la concurrencia de dos o más motivos prohibidos. Esa*

discriminación puede tener un efecto sinérgico, que supere la suma simple de varias formas de discriminación, o puede activar una forma específica de discriminación que sólo opera cuando se combinan varios motivos de discriminación (...).

*La discriminación interseccional se refiere entonces a múltiples bases o factores interactuando para crear un riesgo o una carga de discriminación única o distinta. La interseccionalidad es asociada a dos características. Primero, **las bases o los factores son analíticamente inseparables** como la experiencia de la discriminación no puede ser desagregada en diferentes bases. La experiencia es transformada por la interacción. Segundo, la interseccionalidad es **asociada con una experiencia cualitativa diferente**, creando consecuencias para esos afectados en formas que son diferentes por las consecuencias sufridas por aquellos que son sujetos de solo una forma de discriminación. Este enfoque es importante porque permite visibilizar las particularidades de la discriminación que sufren grupos que históricamente han sido discriminados por más de uno de los motivos prohibidos establecidos en varios tratados de derechos humanos”.*

53. El concepto de interseccionalidad se ha desarrollado en los casos de violencia contra la mujer, que por su género *per se* está expuesta a factores estructurales de desequilibrio en la sociedad.

54. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de González Lluy y otros contra Ecuador, señaló que “*ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos*”.

55. En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que la convergencia de factores estructurales de vulnerabilidad repercute en la generación de riesgos adicionales contra la mujer, de tal manera que la combinación de los mismos crea “*una situación de naturaleza concreta con cargas de discriminación mayores por la confluencia de los factores*”. Se trata entonces de mujeres **expuestas a más de un factor de discriminación** como, por ejemplo, su edad (niñas o adultas mayores), su situación financiera, su situación de salud física o psicológica, su orientación sexual, su condición de víctimas de violencia o del conflicto armado, de desplazamiento forzado, de refugiadas, de migrantes, de mujeres que habitan en comunidades rurales o remotas, de quienes se encuentran en condición de indigencia, las mujeres recluidas en instituciones o detenidas; las mujeres indígenas, afro descendientes o ROM, las mujeres en estado de embarazo, cabeza de familia, víctimas de violencia intrafamiliar, entre otros.

56. En consecuencia, la interseccionalidad se presenta cuando concurren de manera simultánea diversas causas de discriminación, situación que expone a quien las sufre, a un mayor grado de vulnerabilidad en relación con aquellas personas víctimas de discriminación por un único factor. Por lo tanto, las autoridades judiciales y administrativas están en la obligación de adoptar las medidas necesarias y adecuadas dirigidas a garantizar la protección integral y

efectiva de los derechos, particularmente, respecto de aquellas personas que pertenecen a grupos históricamente discriminados, como las mujeres, que por su género están mayormente expuestas a los factores de discriminación.

El fenómeno de la carencia actual de objeto. Reiteración de jurisprudencia

57. El artículo 86 de la Constitución dispone que toda persona podrá interponer la tutela para reclamar la protección de sus derechos fundamentales. Sin perjuicio de lo anterior, durante el desarrollo del proceso pueden desaparecer las circunstancias que dieron origen a la acción u ocurrir alteraciones fácticas que superen la pretensión de la acción, causando que la decisión pierda eficacia y sustento.

58. La doctrina constitucional ha desarrollado el concepto de la “*carencia actual de objeto*” para identificar este tipo de eventos y, así, denotar la imposibilidad material en la que se encuentra el juez de la causa para dictar alguna orden que permita salvaguardar los intereses jurídicos cuya garantía le ha sido encomendada. Dicho fenómeno se puede materializar a través de las figuras del hecho superado, el daño consumado o el acaecimiento de una situación sobreviniente.

59. El *hecho superado* se presenta cuando lo que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna. El *daño consumado* supone que, en cualquier etapa del proceso, ya sea ante los jueces de instancia o en sede de revisión ante la Corte, se materializa u ocurre el daño que se pretendía prevenir mediante el amparo constitucional. Y el *hecho sobreviniente* ha sido calificado como una categoría que cobija casos que no se enmarcan en los conceptos tradicionales de daño consumado y hecho superado, y se remite a cualquier “*otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto y por lo tanto caiga en el vacío*”. A manera de ilustración, la jurisprudencia ha declarado que se genera en los eventos en que: *i)* el actor es quien asume la carga que no le correspondía para superar la situación vulneradora; *ii)* un tercero -distinto al accionante y a la entidad demandada- ha logrado que la pretensión de la tutela se satisfaga en lo fundamental; *iii)* es imposible proferir alguna orden por razones que no son atribuibles a la entidad demandada; o *iv)* el actor simplemente pierde interés en el objeto original de la *litis*.

60. Esta Corporación ha explicado que, pese a la configuración de la carencia actual de objeto, es posible que el proceso amerite un pronunciamiento adicional del juez de tutela, no para resolver el objeto de la tutela -el cual desapareció por sustracción de materia-, sino por otras razones que superan el caso concreto, como avanzar en la comprensión de un derecho fundamental, o para prevenir que una nueva violación se produzca en el futuro. Por lo tanto, dadas las particularidades de un proceso, el juez puede emitir un pronunciamiento de fondo o incluso adoptar medidas adicionales.

61. Así, en los casos de daño consumado, es perentorio un pronunciamiento de fondo del juez de tutela cuando el daño ocurre durante el trámite de la tutela, precisando si se presentó o no la vulneración que dio origen a la acción de amparo. Cuando se trata de un hecho superado o una situación sobreviniente, no es perentorio que el juez de tutela haga un pronunciamiento de fondo. Sin embargo, y especialmente tratándose de la Corte Constitucional actuando en sede de revisión, podrá hacerlo cuando lo considere necesario para, entre otros: *i)* llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela y tomar medidas para que los hechos vulneradores no se repitan; *ii)* advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes; *iii)* corregir las decisiones judiciales de instancia; o *iv)* avanzar en la comprensión de un derecho fundamental.

62. En consecuencia, a pesar de que la acción de tutela pierda su objetivo de proteger un derecho fundamental, ello no significa que cualquier pronunciamiento del juez automáticamente carezca de sentido, por lo que habrá que consultar las especificidades del caso a fin de determinar si es necesario un pronunciamiento de fondo.

Caso concreto

Breve presentación del asunto

63. Johagly Amparo Sarmiento Varela, ciudadana venezolana, interpuso acción de tutela al ser despedida en estado de embarazo por el señor Jorge Hincapié Casas con quien, asegura, tenía una relación laboral. El Juzgado 18 Civil Municipal de Oralidad de Medellín declaró improcedente el amparo invocado, porque la discusión probatoria excedía la posibilidad del juez de tutela para establecer adecuadamente los hechos que darían lugar a negar u otorgar el amparo. Esta decisión fue confirmada por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Oralidad de Medellín.

64. En sede de revisión se constató que la señora Sarmiento Varela ya no vive en la ciudad de Medellín y que se había trasladado a Montelíbano, Córdoba, donde se encontraba trabajando; y que había llegado a un acuerdo con el accionado en el que este le había pagado una suma de dinero con el fin de transar la controversia. El señor Jorge Hincapié Casas dio respuesta a lo solicitado, informando que la relación laboral se basó en una colaboración esporádica que él le brindó a la accionante y que, si bien tuvo la intención de contratarla, ella nunca legalizó la documentación necesaria para proceder a la firma del contrato y a la afiliación a seguridad social.

Análisis de los requisitos de procedencia de la acción de tutela

(i) Legitimación por activa

65. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución, toda persona podrá interponer la acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. La legitimidad para acudir a este mecanismo está prevista en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en virtud del cual puede ser instaurada directamente por el afectado, a través de su representante legal, por medio de apoderado judicial, o mediante un agente oficioso.

66. La Corte ha resaltado que tales disposiciones conceden la facultad de instaurar la acción de tutela a “*toda persona*” que perciba una amenaza o violación a sus derechos, sin que prevea una diferenciación respecto de nacionales o extranjeros en lo que concierne a legitimación para reclamar protección por vía de tutela, por lo que ostentar la ciudadanía colombiana no es una condición necesaria para acudir a este mecanismo.

67. Por ese motivo, en el caso que ahora se estudia se encuentra acreditado este requisito pues la acción de tutela la interpone la señora Johagly Amparo Sarmiento, persona natural que actúa en nombre propio y alega la vulneración de los derechos al trabajo, al mínimo vital, a la familia, a la dignidad humana, a la estabilidad laboral reforzada y a la seguridad social.

(ii) Legitimación por pasiva

68. El artículo 5° del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas y de los particulares. El artículo 42 del decreto dispone que la solicitud de amparo procede contra particulares cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas (núm.7) y respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (núm.9).

69. La Corte ha definido la *subordinación* como la existencia de una relación jurídica de dependencia, que se presenta, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus empleadores, los estudiantes en relación con sus profesores o ante los directivos del establecimiento. En otros términos, ha explicado que hace referencia a la “*situación en la que se encuentra una persona cuando tiene la obligación de acatar las órdenes de un tercero, en virtud de un contrato o vínculo jurídico que sitúa a las partes en una relación jerárquica*”.

70. En cuanto a la *indefensión*, ha sostenido que implica la dependencia de una persona respecto de otra, pero no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa.

71. La Sala constata que, en el asunto bajo estudio, la legitimación en la causa por pasiva se encuentra plenamente acreditada.

72. Al revisar el contrato de transacción allegado por el accionado Jorge

Hincapié Casas, se observa que, según lo establecido en la cláusula primera, la señora Johagly Amparo Sarmiento “(...) *prestó sus servicios personales en calidad de empleada de oficios varios a los señores JORGE IGNACIO HINCAPIE CASAS (...) y MARTA ZORELLY SANTAMARÍA GARCÍA (...) labor que desempeño de manera personal desde el 24 de agosto de 2018 hasta el 23 de marzo de 2019*”. Luego, en la cláusula segunda, se indicó que “*el salario devengado (...) correspondió al mínimo legal mensual vigente*”.

73. De lo anterior se desprende que la accionante se encontraba sujeta a una relación jurídica de dependencia respecto del señor Jorge Hincapié Casas, en calidad de trabajadora. La circunstancia de prestar sus servicios personales devengando un salario mínimo, permite inferir que la señora Johagly Amparo debía acatar las órdenes de un tercero en virtud del vínculo referido en el contrato de transacción que situó a las partes en una relación de jerarquía.

(iii) Inmediatez

74. El artículo 86 de la Constitución Política consagra que cualquier persona podrá interponer acción de tutela “*en todo momento*” al considerar vulnerados sus derechos fundamentales, expresión que es reiterada en el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991. Sin embargo, pese a la informalidad que caracteriza a este mecanismo, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que su interposición debe hacerse dentro de un plazo oportuno y justo, contado a partir del momento en que ocurre la situación transgresora o que amenaza los derechos fundamentales.

75. La accionante sostuvo que el 13 de abril de 2019 el señor Jorge Hincapié Casas le informó sobre la terminación de la relación laboral. La acción de tutela fue interpuesta el 17 de junio de 2019, esto es, aproximadamente dos meses después del momento en que ocurre la situación presuntamente transgresora de los derechos fundamentales.

(iv) Subsidiariedad

76. El inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “(...) *solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”. Esta disposición se reprodujo en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, el cual indica, además, que “(...) *[l]a existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante*”.

77. Esta Corporación ha sostenido que la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Así, “*se deben tener en cuenta tanto el objeto de la acción prevalente prima facie, como su*

resultado previsible, en relación con la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, dentro del contexto del caso particular”. Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte aclaró que la existencia de otro medio judicial no hace por sí misma improcedente la intervención del juez de tutela, en tanto el otro mecanismo de defensa debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que se podría otorgar a través de la tutela. Es decir, la determinación de la eficacia e idoneidad de los recursos ordinarios no debe obedecer a un análisis abstracto y general, sino establecer la funcionalidad de tales mecanismos, teniendo en cuenta la situación del accionante.

78. En el caso que ocupa la atención de la Sala se advierte que el ordenamiento jurídico prevé mecanismos para obtener la protección de los derechos en los términos solicitados por la accionante, esto, a través del proceso ordinario laboral ante la jurisdicción correspondiente. Sin embargo, es necesario revisar las circunstancias que rodean el asunto, así como las características de dichos medios judiciales, con el fin de verificar su eficacia e idoneidad.

79. En la sentencia T-351 de 2019, esta Corporación revisó la acción de tutela interpuesta por una ciudadana venezolana, quien requería otorgar poder de representación a un abogado para que actuara en su nombre dentro de un proceso de acción de declaración de unión marital de hecho, pero las autoridades accionadas, se negaron a reconocer el PEP como documento único e idóneo para acreditar su identidad como ciudadana extranjera en Colombia.

80. En esa decisión, la Corte reiteró que en las actuaciones de la administración de justicia y de los procedimientos administrativos o de otra índole ejecutados con la finalidad de acceder a las instancias judiciales, se debe respetar el principio de la prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 de la Constitución, al ser medios o vías creadas por el ordenamiento jurídico para concretar o efectivizar los derechos sustanciales que le asisten a las personas sin distinción de raza, sexo o nacionalidad.

81. Con fundamento en ello, encontró que las autoridades accionadas impidieron que el Estado prestara sus servicios en favor de la accionante e incluso obstaculizaron su derecho fundamental a acceder a la administración de justicia, al negarle a la actora la posibilidad de obtener la autenticación o nota de presentación del poder otorgado a su abogado, debido a que no había aportado el pasaporte o documento nacional de identidad. Determinó que, si bien la Resolución 5797 de 2017 estipula que el PEP debe presentarse en compañía del pasaporte o del documento nacional de identidad, “no debe entenderse que la simple ausencia de los deferidos documentos restringe su validez o anula su presunción de autenticidad”. Por lo tanto, la Corte concedió el amparo y ordenó a las autoridades accionadas tener como documento de identificación el PEP, para lo cual inaplicó los artículos 5° de la Resolución 5797 de 2017 y 4° de la Resolución 1272 de 2017 en el caso concreto.

82. Lo anterior denota las dificultades que deben enfrentar los ciudadanos extranjeros para acceder a la administración de justicia. En la decisión previamente referida la Corte advirtió una problemática en ese sentido y, aunque reconoció que la interpretación irrestricta de la normatividad no puede afectar el derecho a acudir a instancias judiciales, lo cierto es que el reconocimiento de los derechos en esa oportunidad se dio tras la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad cuyos efectos son *inter partes*.

83. La situación de la señora Johagly Amparo Sarmiento es aún más grave, si se considera que el único documento con el que cuenta actualmente es la cédula de Venezuela, pues recuérdese que ella se encuentra en situación irregular. Quiere decir que no tiene un documento de identificación válido para acudir ante las autoridades judiciales, lo cual constituiría eventualmente una barrera de acceso a la administración de justicia. Esto es particularmente problemático si se considera que el debate sobre presunta vulneración de los derechos de la accionante se desarrolla, precisamente, ante la imposibilidad de acceder a ciertos derechos como la seguridad social en el marco de una relación laboral y la protección de la mujer en estado de embarazo, en razón de su situación irregular. Por lo tanto, la Sala considera que el mecanismo ante la jurisdicción ordinaria laboral no es idóneo ni efectivo dadas las condiciones de la accionante.

84. Aunado a lo expuesto, esta Corporación ha reconocido que los migrantes son sujetos de especial protección para los Estados en razón de la situación de indefensión en la que comúnmente se encuentran y que se deriva del desconocimiento de la forma en que opera el sistema jurídico local, la ausencia de lazos familiares y comunitarios, entre otros. La Corte ha sostenido, igualmente, que los migrantes en situación de irregularidad son un grupo vulnerable. Por los motivos previamente expuestos, esta Sala de Revisión, tendrá por superado el requisito de subsidiariedad.

Carencia actual de objeto por hecho sobreviniente

85. Según se explicó previamente, durante el desarrollo del proceso pueden ocurrir alteraciones fácticas que superen la pretensión de la acción, causando que la decisión pierda eficacia y sustento.

86. En el caso que ahora se estudia, se tiene que en el escrito de la acción de tutela, la señora Johagly Amparo Sarmiento describió su situación socio económica de la siguiente manera: *i)* señaló que vivía en arriendo con sus padres, sus dos hermanas y sus dos hijos de 8 y 2 años, y que los gastos del hogar eran asumidos por ella y por su padre; *ii)* indicó que se encontraba en estado de embarazo, situación que generó un comportamiento hostil por parte de su empleador al punto que este finalmente prescindió de sus servicios; *iii)* adujo que no estaba afiliada a una EPS y no sabía en qué estado se encontraba su bebé; y *iv)* manifestó que no tenía ninguna fuente de ingresos y que en su hogar se están pasando necesidades, ya que la única persona que trabaja era su padre, sus hermanas no habían podido conseguir empleo y a su madre, quien tiene 67 años,

no es contratada fácilmente en razón de su edad.

87. No obstante, esta situación varió sustancialmente una vez fueron proferidas las decisiones de instancia que declararon improcedente el amparo. En efecto, debido a estas circunstancias apremiantes, para la Corte era indispensable tener conocimiento de la situación socio-económica actual de la accionante. Ante la falta de respuesta, el despacho del magistrado sustanciador procedió a requerir a las partes por medio de Auto del 2 de marzo de 2020. Sin embargo, al no recibir la contestación correspondiente se entabló comunicación por vía telefónica con la accionante, quien manifestó que ya no vivía en la ciudad de Medellín y que se había trasladado a Montelíbano, Córdoba, donde se encontraba trabajando; así mismo, señaló que había llegado a un acuerdo con el accionado en el que este le había pagado una suma de dinero con el fin de transar la controversia debatida en la acción de tutela. En esa llamada, la señora Johagly Amparo también indicó que no tenía conocimiento de la selección del asunto en la Corte Constitucional y suministró un correo electrónico donde podía ser notificada de las actuaciones.

88. Por ese motivo, en Auto del 15 de abril de 2020, notificado el 5 de agosto de 2020, se remitieron nuevamente los autos del 11 de febrero y 2 de marzo, con el fin de que la accionante diera respuesta a la información requerida sobre su situación socio-económica, pero no se recibió una comunicación de su parte. A pesar de los múltiples requerimientos efectuados por esta Corporación en el uso de las facultades oficiosas en materia probatoria, la accionante no se pronunció sobre el particular. Por el contrario, la última información brindada por parte de la señora Sarmiento Varela indica que se encuentra trabajando en otra ciudad. Aunque no fue posible determinar las circunstancias de su nueva relación laboral ni sus condiciones actuales, se infiere que actualmente está percibiendo algún ingreso que le permite solventar sus necesidades básicas.

89. Es claro entonces que las circunstancias fácticas variaron significativamente generando con ello el acaecimiento de una carencia de objeto, en tanto la pretensión inicial de la accionante perdió su sustento. Ahora, la Sala evidencia que esta circunstancia no se enmarca en las figuras del daño consumado ni del hecho superado, pues no es claro que se haya materializado el daño que se pretendía prevenir con la acción de tutela, y no se reparó o cesó la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se había solicitado, es decir, que en el curso del trámite de tutela no desapareció la situación de hecho generadora de la trasgresión. Sin embargo, sí se presentaron otras circunstancias que determinan que, igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto y por lo tanto caiga en el vacío.

90. Ello ocurre en tanto la accionante ya no vive en la ciudad de Medellín y actualmente -según la última información obtenida de su parte- se encuentra trabajando en Montelíbano, Córdoba. Aunado a lo anterior, la Sala observa que ante dichas circunstancias la señora Sarmiento Varela perdió el interés en el objeto de la *litis*, pues a pesar de los múltiples intentos por obtener noticia de su situación económica y familiar, no emitió ningún pronunciamiento al respecto.

91. Ahora bien, lo expuesto no es óbice para que la Corte emita un estudio de fondo sobre el asunto. Como se verá más adelante, este caso está rodeado de una serie de particularidades que no solo hacen perentorio un pronunciamiento por parte de esta Corporación para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, sino que amerita adoptar medidas adicionales para que hechos como los conocidos en esta oportunidad no se repitan.

Análisis sobre la vulneración de los derechos a la estabilidad laboral reforzada y a la seguridad social

92. Conforme lo señalado, pasa esta Sala de Revisión a valorar el fondo del asunto, con el fin de determinar si el señor Jorge Hincapié Casas vulneró los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada y a la seguridad social de la señora Johagly Amparo Sarmiento Varela, ciudadana venezolana en situación irregular, al dar por terminado el vínculo laboral pese a que, según se afirma en la demanda, para ese momento la accionante se encontraba en estado de embarazo.

(i) Existencia de la relación laboral

93. En respuesta a la información solicitada por el magistrado sustanciador, el señor Jorge Hincapié Casas informó, entre otras cosas, que el 26 de noviembre de 2019 las partes firmaron un acuerdo transaccional, según el cual, la señora Sarmiento Varela: *i)* prestó sus servicios en calidad de empleada de oficios varios, labor que desempeñó de manera personal desde el 24 de agosto de 2018 hasta el 23 de marzo de 2019; *ii)* devengaba un salario mínimo legal mensual vigente; y *iii)* de manera voluntaria y sin presión por parte de su empleador, decidió renunciar al cargo desempeñado. Además, se acordó: *i)* por parte del empleador, aceptar la renuncia y proceder al pago de la liquidación de prestaciones sociales; y *ii)* por parte de la señora Sarmiento Varela, abstenerse de presentar una demanda laboral en contra del señor Jorge Hincapié Casas o Martha Zorelly Santamaría García por obligaciones inherentes al contrato que se termina.

94. Según se observa, no existe duda de la existencia de la relación laboral, pues las mismas partes dejaron consignado en la transacción que la accionante prestó sus servicios de manera personal desde el 24 de agosto de 2018 hasta el 23 de marzo de 2019, percibiendo un salario mínimo. Además, se efectuó la correspondiente liquidación de las prestaciones sociales, documento en el que consta el pago del salario base, el subsidio de transporte, las cesantías, los intereses a las cesantías y la prima de servicios, circunstancia indicativa de la existencia de dicha relación.

95. En este punto es importante resaltar que el señor Jorge Hincapié Casas intentó desvirtuar la existencia de la relación laboral e incluso incurrió en varias

contradicciones, pues a pesar de reconocer la prestación del servicio de la accionante por la cual recibía un salario mínimo, insistió en que nunca existió una relación laboral, al señalar tanto en la contestación de la acción de tutela como en la respuesta allegada en sede de revisión, que le ayudaba económicamente a la accionante a cambio de una colaboración eventual o esporádica en su microempresa. Lo anterior lo aseguró antes y después de haber reconocido en el contrato de transacción que la señora Sarmiento Varela prestó sus servicios del 24 de agosto de 2018 hasta el 23 de marzo de 2019 como empleada de oficios varios, sin que en ese documento o en la liquidación que le fuera entregada al finalizar la relación laboral, se hiciera alguna especificación o referencia a la eventualidad de la labor desempeñada.

96. Así mismo, en el escrito que allegó como respuesta a las pruebas solicitadas en sede de revisión afirmó que en 2019 la accionante continuó laborando de manera intermitente, pero debido a una discusión generada con una de las trabajadoras y en vista de que no llevaba la documentación para su afiliación e ingreso a la empresa la señora no regresó a su establecimiento, y solo volvió a saber de ella ante la acción de tutela que interpuso en su contra en noviembre de 2019, fecha en la cual se realizó un acuerdo transaccional “*en el que ella indica que renunció voluntariamente a la ayuda que se le brindaba*”. Esto, pese a que la acción de tutela fue interpuesta en junio de 2019 y él presentó su escrito de contestación el 20 de junio de ese año.

97. En consecuencia, para la Sala no son de recibo las afirmaciones del accionado sobre este particular.

(ii) Sobre el derecho a la seguridad social

98. Según se expuso, la Carta Política garantiza que los extranjeros sean tratados en condiciones de igualdad y asegura la protección jurídica de las garantías constitucionales a las que tienen derecho en su calidad de extranjeros, al tiempo que genera una exigencia para estos últimos de cumplir la Constitución y la ley.

99. Esta Corporación ha indicado que el objetivo principal de la seguridad social es el de propiciar la prosperidad de los asociados, con apoyo en los programas que desarrollen los distintos gobiernos, los cuales deben estar dirigidos a permitir que el individuo y su familia puedan afrontar adecuadamente las contingencias derivadas de las enfermedades, la incapacidad laboral, el desempleo, el sub-empleo y las consecuencias de la muerte; a brindarle una adecuada protección a ciertos estados propios de la naturaleza humana como la maternidad y la vejez; y a ofrecerle unas condiciones mínimas de existencia y recreación social que le permitan desarrollarse física y psicológicamente en forma libre y adecuada, facilitando de este modo su total integración a la sociedad. Sobre esta prerrogativa, la Constitución Política y los tratados internacionales ratificados por Colombia consagran la obligación de no discriminar por el origen nacional, y el correlativo deber de cumplir con el

ordenamiento jurídico del Estado en el que se encuentre el ciudadano extranjero.

100. Así, en los términos del artículo 48 de la Constitución, la seguridad social es un derecho irrenunciable que se debe garantizar “***a todos los habitantes***”. El artículo 9° del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, aprobado mediante la Ley 319 de 1996, establece que “***[t]oda persona tiene derecho a la seguridad social (...)***”. De igual forma, el Estado colombiano es parte del Código Iberoamericano de Seguridad Social de 1995, aprobado mediante Ley 516 de 1999, el cual reconoce la seguridad social “***como un derecho inalienable del ser humano***”, asumiendo los Estados un compromiso de progresividad en la materia. A su vez, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990), aprobada mediante la Ley 146 de 1994, dispone en el artículo 27 que “***[l]os trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables (...)***” (resaltado fuera del texto original).

101. Como se explicó en párrafos anteriores, a lo largo del ciclo migratorio operan dos factores que comprometen la situación de bienestar de los migrantes: la condición migratoria en sí misma y la inserción en el mercado de trabajo, siendo este último la vía principal por la que se adquieren derechos sociales y el acceso a múltiples servicios en el país de destino. La irregularidad migratoria es una circunstancia que perpetúa en muchos casos el abuso de los empleadores, de manera que los trabajadores suelen ser empleados en condiciones menos favorables. Ello desconoce que los derechos laborales surgen de la condición de trabajador y no de la situación regular del migrante, por lo tanto, cualquier persona que realice una actividad remunerada, adquiere la condición de trabajador y los derechos inherentes a esa condición sin posibilidad de discriminación por su situación irregular.

102. Al estar acreditado que la señora Johagly Amparo Sarmiento Varela prestó sus servicios de *oficios varios* en el local comercial del accionado, labor por la cual recibió una remuneración, la accionante adquirió la condición de trabajadora y los derechos que de esta se derivan. Por lo tanto, debía ser afiliada al sistema de seguridad social por parte de su empleador y se le debían garantizar los mismos derechos como a cualquier trabajador, sin ningún tipo de discriminación, de manera que se le permitiera tanto a ella como a su familia afrontar adecuadamente las contingencias derivadas de las enfermedades, la incapacidad laboral, el desempleo, la adecuada protección a la maternidad, las condiciones mínimas de existencia, entre otras, finalidad última del derecho a la seguridad social. Asumir una posición en contrario, sería avalar un abuso por parte del empleador quien se lucraría lesionando los derechos de la migrante en situación de irregularidad, pues, es evidente que en muchos casos –y quizá este

sea uno de ellos—la precariedad y la necesidad de personas con extrema vulnerabilidad, es aprovechada para ofrecer salarios inferiores al legal, no afiliar al trabajador al Sistema de seguridad social, y en general desconocer los derechos laborales ciertos e indiscutibles de todo trabajador.

103. Se debe recordar que el ordenamiento jurídico consagra la obligación de los empleadores de afiliar a los trabajadores al Sistema General de Seguridad Social (salud, pensión y riesgos laborales).

104. La Ley 100 de 1993 consagra el deber de afiliación a los sistemas pensional y de salud. Frente al primero, el artículo 17 refiere: *“Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen. (...)”*. La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre las consecuencias que acarrea el no pago de las cotizaciones al sistema pensional. Al efecto, ha indicado lo siguiente: *i)* si el empleador nunca afilió al trabajador, deberá asumir el pago de la pensión en el momento en que el trabajador reúna los requisitos para su reconocimiento; *ii)* de otro lado, si afilió al empleado, pero omitió efectuar los aportes respectivos durante todo o parte del tiempo laborado, la responsabilidad podrá recaer exclusivamente en su cabeza o en el fondo pensional.

105. De otro lado, en materia en salud, el artículo 161 de la ley en comento establece que los empleadores, sin importar la naturaleza de la institución, deberán inscribir en alguna Entidad Promotora de Salud -EPS- a todas las personas que presenten una vinculación laboral, ya sea verbal o escrita, temporal o permanente. Por su parte, el Decreto 780 de 2016 refiere que el empleador será responsable de registrar en el Sistema de Afiliación Transaccional las novedades de la vinculación y desvinculación laboral de un trabajador. Así mismo, en el artículo 2.1.6.2, señala que *“[s]erán de cargo del empleador las prestaciones económicas y los servicios de salud a que tenga derecho el trabajador dependiente y su núcleo familiar durante el tiempo que transcurra entre la vinculación laboral y el registro de la novedad”*.

106. En tercer lugar, se encuentra el Sistema General de Riesgos Profesionales destinado a *“prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencias del trabajo que desarrollan”*. El artículo 2.2.4.2.1.1. del Decreto 1072 de 2015 (reglamentario) consagra el deber de los empleadores de afiliar al trabajador a dicho sistema. Respecto a las consecuencias que implica el incumplimiento de tal mandato, señala: **“Artículo 2.2.4.6.36. Sanciones.** *El incumplimiento a lo establecido en el presente capítulo y demás normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan, será sancionado en los términos previstos en el artículo 91 del Decreto Ley número 1295 de 1994, modificado parcialmente y adicionado por el artículo 13 de la Ley 1562 de 2012 y las*

normas que a su vez lo adicionen, modifiquen o sustituyan”.

107. Frente a esto último, la Ley 1610 de 2013 dispuso que las Inspecciones de Trabajo y Seguridad Social deben velar por el cumplimiento de las normas de carácter sociolaboral, “*adoptando medidas que garanticen los derechos del trabajo y eviten posibles conflictos entre empleadores y trabajadores*”. Para ello, el legislador les otorgó facultades coercitivas, como autoridad de policía del trabajo, para requerir o sancionar a los responsables del incumplimiento.

108. El artículo 7° establece que las Inspecciones del Trabajo pueden imponer multas económicas equivalentes al monto de uno (1) a cinco mil (5.000) veces el salario mínimo mensual vigente, según la gravedad de la infracción, sin perjuicio de las demás sanciones contempladas en la normatividad. Además, el artículo 91 de la Ley 100 de 1993 establece que la falta de afiliación y el no pago de dos o más periodos mensuales de cotizaciones, acarreará para el empleador multas sucesivas mensuales de hasta quinientos (500) smlmv. En caso de reincidencia de tales conductas o la desatención de los correctivos formulados por la Entidad Administradora de Riesgos Laborales o el Ministerio del Trabajo, se podrá ordenar la **suspensión de actividades** hasta por ciento veinte (120) días o el **cierre definitivo** de la empresa. Al respecto, el Decreto 1072 de 2015 -*atrás mencionado*- establece el régimen de inspección vigilancia y control a cargo del Ministerio del Trabajo.

109. Ahora bien, es necesario señalar que, en múltiples oportunidades, el señor Jorge Hincapié Casas puso de presente que la razón por la cual nunca contrató formalmente a la accionante ni materializó la afiliación al sistema de seguridad social, se debió a la imposibilidad de hacerlo ante la situación irregular en la que ella se encuentra.

110. En efecto, la normatividad vigente para el momento en que se desarrolló la relación laboral estableció el Permiso Especial de Permanencia como documento válido de identificación para efectuar el trámite de afiliación al Sistema General de Seguridad Social (Resolución 3015 de 2017). Solo hasta inicios de 2020, mediante el Decreto 117, se creó el Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización -PEPFF-, dirigido específicamente a personas que se encuentran en una situación como la de Johagly Amparo, pues se creó con el objetivo de disminuir la informalidad laboral y permitir el acceso al trabajo de los venezolanos en situación migratoria irregular en condiciones de aseguramiento.

111. Al aprobar la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares mediante la Ley 146 de 1994, el Estado colombiano se comprometió a respetar y asegurar a **todos los trabajadores migratorios y sus familiares** que se hallen dentro del territorio los derechos previstos en la Convención, **sin distinción alguna**; así como a garantizar un trato que no sea menos favorable al que reciben los nacionales en cuanto a las condiciones de empleo. Por otro lado, según lo indicó

la Corte IDH, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales los cuales “*se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores*”.

112. Bajo ese hilo argumentativo, encuentra la Sala que a la señora Johagly Amparo Varela Sarmiento le fue vulnerado su derecho a la seguridad social por dos vías. La primera, porque el señor Jorge Hincapié Casas mantuvo una relación laboral con ella durante aproximadamente siete meses sin garantizar las condiciones de empleo en los términos exigidos por la Constitución y los tratados internacionales aprobados por Colombia. La segunda, porque esa situación se materializó debido a la ausencia de la normatividad que permitiera a los ciudadanos extranjeros **en condición irregular**, acceder al empleo en condiciones de aseguramiento.

113. La Sala resalta la voluntad de muchos empleadores para brindar oportunidades de empleo a ciudadanos extranjeros que llegan al país rodeados de dificultades, en circunstancias de vulnerabilidad y buscando la inserción social. Sin embargo, ello debe materializarse en condiciones que dignifiquen la labor realizada por los trabajadores, pues de lo contrario solo se estaría perpetuando una situación de discriminación y abuso. Si bien es obligación de los empleadores garantizar las condiciones laborales adecuadas a todos sus trabajadores, circunstancias como las que rodean el caso objeto de estudio muestran que la realidad social del país es otra y que la responsabilidad primigenia en la protección de los derechos humanos debe provenir de medidas gubernamentales adecuadas que permitan garantizar de manera efectiva dichos derechos, particularmente, a quienes se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad.

114. Debe reiterarse que aun ante la ausencia de dicha regulación, el Código Sustantivo del Trabajo prevé las garantías mínimas que deben ser reconocidas a todos los trabajadores que se encuentren en el territorio, sin consideración de su nacionalidad o situación migratoria. Por lo tanto, como se expuso en párrafos anteriores, es obligación de los empleadores y de las autoridades, garantizar los mínimos reconocidos en la legislación laboral y velar por su objetivo primordial, esto es, lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

115. Aun cuando la Sala no va a emitir una orden concreta sobre el particular, dada la variación de las circunstancias fácticas del caso según se explicó previamente, sí considera necesario recordar que el Estado colombiano ha adquirido una serie de obligaciones a través de diferentes instrumentos internacionales, entre ellas, el deber de respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares, las condiciones de vida adecuadas sin distinción alguna. Por lo tanto, es deber de las autoridades evitar que la problemática laboral generada en el marco de las migraciones masivas se

traduzca en un trato menos favorable, particularmente, para quienes ingresan en condiciones de irregularidad.

116. Bajo ese entendido, esta Corporación pondrá en conocimiento de la Presidencia de la República y del Ministerio de Relaciones Exteriores la situación de la accionante y los hechos que dieron origen a esta decisión, para que, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, y en caso de ser o llegar a ser compatible con la orientación de la política migratoria que aprecie conveniente, la considere para los efectos a los que haya lugar. De análoga manera, la situación concreta del accionado se pondrá en conocimiento de las autoridades administrativas del trabajo, para los efectos que correspondan de conformidad con las competencias atribuidas mediante la Ley 1610 de 2013.

(iii) Sobre el derecho a la estabilidad laboral reforzada

117. Como se destacó en párrafos anteriores, el panorama que viven miles de ciudadanas y ciudadanos, extranjeros, en situación irregular es particularmente difícil para las mujeres migrantes. Parte de los efectos ante la desigualdad que deben soportar las mujeres, están relacionados con la carencia de acceso a los servicios de salud y a condiciones de empleo dignas, circunstancias que se agudizan cuando estas mujeres se encuentran en estado de embarazo, pues, se reitera, en muchos casos *“no tienen derecho a licencias de maternidad ni a beneficios relacionados con la maternidad razonables, [no] pueden obtener atención obstétrica a precios asequibles, lo que da por resultado riesgos graves para su salud [y] pueden ser despedidas si quedan embarazadas”*.

118. De acuerdo con lo informado por la accionante en el escrito de tutela, en febrero de 2019 le comunicó al señor Jorge Hincapié Casas su estado de embarazo, a raíz de lo cual él y su esposa le dieron dinero para realizarse un ultrasonido que dio como resultado 13 semanas de gestación para ese momento. Quiere decir lo anterior que al momento de la terminación de la relación laboral -marzo de 2019 según lo indicado en el contrato de transacción- el empleador tenía conocimiento del embarazo de la accionante, pues esta circunstancia no fue desvirtuada durante el trámite de la acción de tutela por el señor Hincapié Casas.

119. Ahora bien, según lo consignaron las partes en el contrato de transacción, la accionante *“de manera voluntaria y sin presión por parte de su empleador, decidió renunciar al cargo desempeñado”* renuncia que fue aceptada por el accionado.

120. Sobre el particular, es preciso señalar que el artículo 2469 del Código Civil define ese contrato como aquel *“en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”*. Sin embargo, dicha posibilidad encuentra una limitante en lo estipulado en los artículos 13 y 15 del Código Sustantivo del Trabajo que consagran: *i)* en materia laboral solo se pueden transigir y conciliar los derechos inciertos y discutibles;

y ii) los derechos mínimos a favor del trabajador son irrenunciables.

121. Esta Corporación ha sostenido que, en materia transaccional de derechos laborales, *“una transacción exitosa implica que la manifestación de voluntad debe ser libre, consciente y espontánea, lo que exige que esté libre de error, fuerza o dolo; el objeto debe ser lícito; la causa debe ser lícita; la manifestación de voluntad debe provenir de una persona capaz o de su representante; y, en los casos que se requiera, se debe verificar que esté presente la formalidad habilitante. Que su objeto sea lícito, significa en derecho laboral y de la seguridad social que esté acotado por los derechos ciertos e indiscutibles”*. Por lo tanto, la prohibición de transar derechos ciertos e indiscutibles en materia laboral y de seguridad social, está enfocada a impedir que las personas renuncien a sus derechos, aun si lo consienten voluntariamente.

122. Según se explicó previamente, la estabilidad laboral reforzada es un derecho **cierto, indiscutible e irrenunciable**. En consecuencia, existe la prohibición no solo de despedir a la mujer en embarazo sin el permiso del inspector de trabajo -pues de lo contrario, se presume que el despido se dio con ocasión de esa condición- sino de transar ese derecho aun si se consiente en ello, precisamente para protegerla frente a una situación de discriminación.

123. Visto lo anterior, las partes transaron sobre un derecho respecto del cual no es posible hacerlo. En todo caso, si se aceptara que la terminación de común acuerdo de la relación laboral es susceptible de transacción cuando se trata de una mujer en estado de embarazo, resultaba indispensable que la autoridad laboral competente avalara tal transacción para verificar que el acuerdo no obedecía a un acto discriminatorio, esto, a fin de establecer que no medió un vicio del consentimiento, como respuesta a un estado de necesidad.

124. De conformidad con lo señalado hasta ahora, es claro que a la accionante le fue vulnerado su derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, pues al momento de la terminación de la relación laboral estaba protegida por el fuero de maternidad y la relación laboral no podía finalizar aun con la aquiescencia de la señora Sarmiento Varela, salvo que contara con el aval del inspector de trabajo. No obstante, teniendo en cuenta que la accionante ya no vive en la ciudad de Medellín y se encuentra trabajando en otro lugar, la Sala no emitirá una orden en ese sentido. Pese a lo anterior, esta Corporación sí considera necesario llamar la atención del accionante para que, en futuras ocasiones, se abstenga de celebrar ese tipo de acuerdos sobre derechos que no son transigibles, como lo es la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo.

125. Finalmente, para la Corte es de gran importancia resaltar el concepto de interseccionalidad el cual, como se explicó anteriormente, permite comprender la complejidad de la situación de discriminación causada por la concurrencia de diferentes motivos. Este concepto permite visibilizar las particularidades de la discriminación que sufren grupos históricamente discriminados como las

mujeres que por su género están mayormente expuestas a diversos factores de discriminación por su situación financiera, condición de migrante, estado de embarazo, cabeza de familia, entre otros.

126. En el caso de la señora Johagly Amparo Sarmiento Varela confluyeron una serie de circunstancias que acentuaron su situación de vulnerabilidad: *i)* no solo era una mujer migrante en condición irregular; *ii)* sino que además se encontraba trabajando en condiciones laborales desfavorables, pues dada su situación irregular no estaba afiliada al Sistema General de Seguridad Social; *iii)* en estado de embarazo; *iv)* ni ella ni su bebé pudieron acceder a la atención básica durante la maternidad; y *iv)* adicionalmente, tenía a su cargo otros dos menores de edad. Circunstancias como las descritas, generan a cargo de las autoridades judiciales y administrativas la obligación de adoptar las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la protección integral y efectiva de los derechos. A pesar de lo anterior, la accionante no recibió ningún tipo de protección por parte del Estado, lo cual, lamentablemente, perpetuó una situación de discriminación y desigualdad ante la intersección de múltiples factores sobre una persona que pertenece a uno de los sectores más vulnerables de la población.

(iv) Sobre la regularización de la situación migratoria de la accionante

127. Como se indicó anteriormente, de los artículos 13 y 100 Superiores se deriva la garantía en favor de los extranjeros de ser tratados en condiciones de igualdad y al mismo tiempo la exigencia para ellos de cumplir con el ordenamiento jurídico colombiano. En otras palabras, es claro el deber de reconocer los derechos a los extranjeros en igualdad de condiciones respecto de los ciudadanos colombianos, con la correlativa obligación para los primeros de cumplir los deberes que les sean exigibles en dicha calidad.

128. El Gobierno colombiano ha establecido diferentes mecanismos para que las personas extranjeras regularicen su situación migratoria a través de la obtención del Permiso Especial de Permanencia. En un primer momento, para acceder al PEP era necesario acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos: *i)* encontrarse en el territorio colombiano con anterioridad al 25 de julio de 2017; *ii)* haber ingresado mediante un puesto de control migratorio y con pasaporte; *iii)* no tener antecedentes judiciales a nivel nacional e internacional; y *iv)* no tener una medida de expulsión o deportación vigente. Entonces, era clara la imposibilidad de obtener ese documento para quienes no ingresaron por un puesto de control migratorio. Sin embargo, más adelante, la Resolución 6370 de 2018 eliminó el requisito de ingreso al país por un puesto de control para efectos de la expedición del PEP respecto de quienes estuvieran inscritos en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos RAMV-.

129. De lo expuesto se deriva que la población migrante tiene el deber de cumplir con el ordenamiento jurídico colombiano y procurar la regularización de su condición migratoria, a través de los diferentes mecanismos

implementados por el Estado para el efecto.

130. Según la información suministrada por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, la señora Johagly Amparo Sarmiento Varela no registra movimientos de inmigración a Colombia ni trámites tendientes a regularizar su situación, no posee registro de Historial de Extranjero -HE- y no es titular de algún documento migratorio como el Permiso Especial de Permanencia -PEP-, PEP-RAMV o Tarjeta de Movilidad Fronteriza -TMF-. Por ese motivo, la Sala conminará a la señora Johagly Amparo Sarmiento Varela para que realice los trámites pertinentes que le permitan regularizar su estancia en el país.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero. REVOCAR la decisión proferida el 9 de agosto de 2019 por el Juzgado 1° Civil del Circuito de Oralidad, que confirmó la sentencia emitida el 3 de julio de 2019 por el Juzgado 18 Civil Municipal de Oralidad de Medellín, mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Johagly Amparo Sarmiento Varela contra el señor Jorge Hincapié Casas. En su lugar, **DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO** por hecho sobreviniente, de acuerdo con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. LLAMAR LA ATENCIÓN al señor Jorge Hincapié Casas para que, en futuras ocasiones, se abstenga de celebrar contratos de transacción sobre derechos ciertos, indiscutibles e irrenunciables, como lo es el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo. Lo anterior, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. CONMINAR a la señora Johagly Amparo Sarmiento Varela para que realice los trámites pertinentes que le permitan regularizar su situación migratoria, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

Cuarto. Por intermedio de la Secretaría General de esta Corporación: i) **PONER EN CONOCIMIENTO** de la Presidencia de la República, del Ministerio de Trabajo y del Ministerio de Relaciones Exteriores, la situación de la accionante y los hechos que dieron origen a esta decisión, para que, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, y en caso de ser o llegar a ser compatible con la orientación de la política migratoria que aprecie conveniente, la considere para los efectos a los que haya lugar. ii) **COMPULSAR COPIAS** de la actuación, con destino a las autoridades administrativas del trabajo, para los efectos que correspondan respecto de la

situación concreta del accionado, de conformidad con las competencias atribuidas mediante la Ley 1610 de 2013.

Quinto. Por Secretaría General, **LÍBRESE** la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Con salvamento de voto

RICHARD S. RAMÍREZ GRISALES
Magistrado (e)
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO (e)
RICHARD S. RAMÍREZ GRISALES
A LA SENTENCIA T-535/20**

Expediente: T-7.613.918
Sala Octava de Revisión

M.P. José Fernando Reyes Cuartas

Con respeto por las decisiones de la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, suscribo la presente aclaración de voto, en relación con la sentencia de la referencia, ya que no es posible afirmar, de manera categórica, que el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo tenga el carácter de *cierto e indiscutible*, y, por tanto, de *irrenunciable*.

Sobre el concepto de derecho *cierto e indiscutible* en el derecho laboral y de la seguridad social, resulta pertinente reiterar la definición de otras salas de

revisión, según la cual “*la certeza de un derecho corresponde a su efectiva incorporación en el patrimonio del trabajador y la indiscutibilidad hace relación a la seguridad sobre los extremos del derecho*”. Por su parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el derecho *cierto e indiscutible* surge para el trabajador cuando se tiene certeza sobre el cumplimiento de los supuestos de hecho dispuestos en la norma que lo regula, y que constituyen las condiciones para su causación e irrenunciabilidad.

Así, el derecho *cierto e indiscutible* es un derecho causado y consolidado en favor del trabajador. Por tanto, integra su patrimonio y no existe contención acerca los extremos que lo integran. Es, pues, un derecho adquirido.

La protección especial en el empleo para la mujer gestante o lactante, y que da lugar a un supuesto de estabilidad laboral reforzada, no tiene las características de derecho *cierto e indiscutible*. En estos casos, la titular no tiene certeza de la efectiva incorporación a su patrimonio de las prestaciones económicas derivadas de la protección especial, ni tiene seguridad sobre los extremos temporales de los derechos específicos derivados de la protección, ya que la continuidad del contrato laboral durante el periodo de estabilidad reforzada no es un hecho sobre el que se tenga plena certeza.

Esto es así, por cuanto, la protección consistente en la estabilidad laboral reforzada para la mujer gestante o lactante prohíbe el acto discriminatorio de la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de su empleador, como consecuencia de la situación de gestación o lactancia. En este sentido, la protección se activa al presentarse dos condiciones: (i) la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador y (ii) que esta tenga como causa la situación de gravidez o lactancia.

Así, tal como lo ratificó la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-075 de 2018, el empleador mantiene la potestad legítima de despedir a la trabajadora en estado de embarazo en su periodo de estabilidad laboral reforzada, de mediar una justa causa. Así mismo, el contrato laboral puede finalizar válidamente de mediar la libre voluntad de la trabajadora, aunado al consentimiento del empleador, o mediante un acto unilateral de la trabajadora –renuncia–. Respecto a estos últimos supuestos, si se le otorgara el carácter de *irrenunciable* al derecho a la estabilidad laboral reforzada, se impediría el derecho de la mujer gestante o lactante a decidir de manera libre la finalización de su contrato de trabajo, obligándosele a continuar prestando sus servicios en el periodo de gestación y de lactancia, lo que resultaría en una limitación inaceptable a su libertad y autodeterminación.

Esta interpretación se corrobora, de hecho –y es lo que fundamenta mi acuerdo con la ponencia, en lo pertinente– al considerar que la transacción y el mutuo acuerdo para la terminación del contrato laboral puede ser eficaz al mediar autorización del inspector del trabajo. Al exigirse esta, se le otorga, de manera implícita, al derecho a la estabilidad laboral reforzada en razón a la maternidad un carácter *incierto y discutible*, ya que, de lo contrario, inclusive mediando la autorización del inspector del trabajo, sería ineficaz el acuerdo, dado el carácter *irrenunciable* de los derechos *ciertos e indiscutibles* de los trabajadores.

En suma, si bien el derecho a la estabilidad laboral de la mujer embarazada tiene un carácter fundamental, de ello no se sigue que sea un derecho *cierto e indiscutible*.

Fecha ut supra,

RICHARD S. RAMÍREZ GRISALES
Magistrado (e)