

Acceso a la justicia

por violación a los derechos laborales durante la pandemia

Tendencias en las decisiones judiciales de los jueces de tutela y ausencia de sanción administrativo-laboral sobre casos de violación a derechos laborales en el contexto de la pandemia



Andrés Felipe Sánchez Duque, 2021



INTERNATIONAL
LAWYERS ASSISTING
WORKERS NETWORK



Acceso a la justicia

por violación a los derechos laborales durante la pandemia

Tendencias en las decisiones judiciales de los jueces de tutela y ausencia de sanción administrativo-laboral sobre casos de violación a derechos laborales en el contexto de la pandemia

Andrés Felipe Sánchez Duque, 2021



INTERNATIONAL
LAWYERS ASSISTING
WORKERS NETWORK



Acceso a la justicia por violación a derechos laborales durante la pandemia

Tendencias en las decisiones judiciales de los jueces de tutela y ausencia de sanción administrativo laboral sobre casos de violación a derechos laborales en el contexto de la pandemia.

Andrés Felipe Sánchez Duque

Abogado LLM en derechos sociales y políticas públicas, docente de la Universidad Santo Tomas, @andrelosanchez

Con la colaboración en la revisión de la información de las abogadas

Laura Marcela Gómez

Angie Catalina Avendaño

Revisado y complementado por

Mery Laura Perdomo Ospina (ILAW),

Alejandra Trujillo (FESCOL),

Estefanni Barreto (CUT),

Natalia Niño (CTC),

Ana María Amado (ENS-CAL),

Angélica Palacios (CS),

Yurani Moreno Caballero (Defens)

Dangelly Aldana Manrique (Defens)

Fotografía de la portada:

"Hambre durante el encierro", Renzo Salazar, 2020.

Diseño y diagramación:

Raúl París

La diagramación de este informe fue apoyada por Worker-Driven Labor Law Enforcement Centers: proyecto financiado por el Departamento de Trabajo de los Estados Unidos, bajo el acuerdo de cooperación IL-33979-19-75-K, cuyo 100 % del costo total del Proyecto es financiado con recursos federales por un total de 3,997,766 de dólares. El contenido de este material no refleja necesariamente las opiniones o las políticas del Departamento de Trabajo de los Estados Unidos. La mención de nombres comerciales, productos comerciales u organizaciones no implica su aprobación por el gobierno de los Estados Unidos.

La información contenida en el presente informe realizado con el apoyo de ILAW NETWORK, se proporciona únicamente con fines informativos. Las opiniones expresadas son las de los autores individuales, no las de la Red ILAW en su conjunto y no debe interpretarse como asesoramiento jurídico sobre ningún tema. Ningún lector debe actuar ni abstenerse de actuar sobre la base de esta información sin solicitar previamente asesoramiento jurídico de un abogado o abogada de la jurisdicción pertinente. Este informe contiene enlaces a otros sitios web de terceros, la Red ILAW no necesariamente recomienda ni aprueba dichos contenidos.

Contenido

Introducción	5
Metodología para el análisis de la información del estudio . . .	8
Objetivo	8
Metodología.	8
Capítulo I. Normas y medidas adoptadas en el contexto de la pandemia y el impacto de éstas y de la Covid-19 en el mundo laboral colombiano	10
El impacto de la Covid-19 en el mundo laboral colombiano	16
Capítulo II. Los derechos laborales constitucionales en juego durante la pandemia	20
Capítulo III. Tendencias en las decisiones judiciales y denuncias administrativas de casos laborales	26
¿Quiénes piden protección de derechos?	27
¿Qué derechos alegan las y los trabajadores que les fueron vulnerados y cuáles fueron sus peticiones en el marco de la pandemia?	28
¿Cómo fue el resultado respecto a la protección de derechos?	29
Referencias	44

Introducción

La grave afectación de la pandemia al mundo laboral ha sido documentada y difundida: pérdida de empleos formales, perjuicio al empleo informal y los impactos a mujeres y jóvenes de la desocupación, en especial. Sin embargo, aunque sean tal vez las más graves, no son las únicas afectaciones a destacar. Muchos fueron los impactos en el mundo del trabajo ocurridos no solo con la emergencia sanitaria de la Covid-19 sino como consecuencia de las medidas adoptadas para su prevención y mitigación, y de la anormalidad económica y social, aprovechada, en muchos casos, para el desmonte de derechos laborales obtenidos con años de luchas, lo que precariza aún más los ya pocos antes de la pandemia contratos formales, de las condiciones de trabajo y de la sindicalización. Muchos de éstos como una medida desesperada de las empresas realmente en crisis para intentar ahorrar costos y evitar cierres; pero muchos otros, como medidas oportunistas que aprovecharon la crisis sanitaria, económica y social para disminuir los derechos de sus trabajadores y trabajadoras, y abrir una nueva puerta a la precarización laboral.

El desempleo, que ya venía en cifras preocupantes, incluso antes de la llegada de la pandemia al país, fue una de las peores tragedias generadas por la Covid-19. Pero otros derechos laborales afectados durante esta emergencia, y que ponen en riesgo igualmente la vida digna y el sostenimiento de las familias, fueron: los salarios, la estabilidad laboral, los descansos, la conciliación de la vida familiar y laboral, la salud y seguridad en el trabajo y la asociación sindical, entre otras.

Los derechos fundamentales, y especialmente los derechos económicos sociales y culturales, siempre están amenazados y, en muchos casos, efectivamente vulnerados. Pero el objetivo de un Estado social de derecho, como el colombiano, es la garantía real y efectiva de derechos, mediante la disposición presupuestal para su ejercicio, pero también, especialmente, mediante el papel activo de la justicia para su exigibilidad y tutela.

Este informe pretende analizar: *i)* si durante el tiempo que la pandemia de la Covid-19 el país ha estado en crisis, así como

las medidas para su contención; *ii*) si se afectó el trabajo en su triple acepción de valor, principio y derecho constitucional, no solo en la pérdida de empleos sino en sus derechos conexos del artículo 53 constitucional, y *iii*) si éste fue amparado por la administración de justicia y priorizado ante la crisis.

El acceso a la justicia,

en su nivel más fundamental, se refiere a tener y hacer cumplir un derecho legalmente protegido ante un juzgado u otro tribunal, aunque una conceptualización más exhaustiva del acceso a la justicia incluiría, entre otras cosas, equidad frente a la ley, procesos judiciales justos y un recurso legal efectivo. (Vogt, 2021, p. 4)

De tal forma que este informe tiene como objetivo evaluar si ante las violaciones a los derechos laborales durante la pandemia las y los trabajadores pudieron ejercer realmente su derecho al acceso a la justicia o, si por el contrario, las autoridades responsables de la tutela del derecho al trabajo y relacionados, también lo dejaron en cuarentena.

La Constitución de la OIT y diversos instrumentos consagran un derecho al acceso a la justicia para todos los trabajadores sin distinción, incluyendo que los trabajadores tengan acceso a los juzgados y otros mecanismos formales para la resolución de disputas en búsqueda de un recurso efectivo. Más recientemente, la declaración tripartita de los principios con respecto a las empresas multinacionales y la política social de la OIT 2017, basada en los principios rectores de la ONU sobre los derechos empresariales y humanos, estipula que los estados deben proporcionar a los trabajadores acceso a un recurso. El comité de expertos sobre la aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT también ha convocado a los estados en numerosas ocasiones para garantizar el acceso a los mecanismos y recursos legales formales. (Vogt, 2021, pp. 4-5).

Ya se ha identificado la tendencia mundial del acceso a la justicia laboral durante la pandemia, en la que se denota cómo ésta ha expuesto e intensificado las debilidades preexistentes en los sistemas de justicia laboral en todo el mundo, al mismo tiempo que ha creado nuevos obstáculos significativos para trabajadoras y trabajadoras. Tanto en Colombia como en el mundo,

durante los años 2020 y 2021, las inspecciones laborales no se realizaron, los tribunales y juzgados cerraron sus puertas, los trabajadores y trabajadoras sin acceso a internet fueron excluidos de la posibilidad de presentar sus reclamaciones en línea; los gobiernos expedieron decretos de emergencia limitantes o que anulaban el derecho de asociación y huelga y, debido a las medidas tomadas por meses frente a la Covid-19, los y las trabajadoras no pudieron participar en acciones colectivas de protesta. Ante el cierre del sector manufactura y comercio, millones de trabajadores y trabajadoras en el mundo perdieron sus puestos en parte de las cadenas mundiales de suministro, sin poderse ejercer acciones legales para hacerlas responsables. (Vogt, 2021).

Así pues, este informe es un intento de las centrales sindicales CUT y CTC (con el apoyo de ILAW Network, Fescol, ENS, Centro de Solidaridad y Defens) para visibilizar otras graves violaciones a los derechos laborales ocurridas durante la pandemia, y como consecuencia –o con la excusa de ésta–, mostrar también el clamor de trabajadores y trabajadoras por la justicia en sus casos, y la falta de respaldo de los operadores judiciales y del Ministerio del Trabajo a sus justos reclamos.

Esperamos que este documento sirva para el análisis y la reflexión, para denunciar la conducta de muchas empresas ante la crisis, llamar a la justicia para que garantice del derecho al trabajo y al Gobierno para que tome medidas protectoras y, en general, para que defienda aquellos derechos laborales que no se debieron sacrificar durante las crisis.

Mery Laura Perdomo Ospina

Coordinadora Regional para América Latina y el Caribe
ILAW Network



Metodología

para el análisis de la información del estudio

Objetivo

Hacer un análisis de las decisiones judiciales de tutela, y las acciones administrativo-laborales llevadas a cabo sobre los derechos laborales vulnerados durante y con ocasión de las medidas adoptadas para mitigar la pandemia de la Covid-19, e identificar las tendencias y obstáculos para el acceso a la justicia laboral durante dicha crisis.

Metodología

Para alcanzar dichos objetivos, se hizo una investigación cualitativa con un enfoque metodológico hermenéutico, cuya estrategia fue la investigación documental, como se explica a continuación.

La pretensión de la indagación parte de un paradigma interpretativo, esto es, una investigación centrada en el entendimiento y la interpretación de la situación del acceso a la justicia constitucional desde las acciones de tutela o desde las solicitudes de investigación administrativa presentadas por organizaciones sindicales, sus afiliados, organizaciones no gubernamentales y centrales sindicales colombianas, ante las medidas tomadas por empleadores en razón de la Covid-19. Con el enfoque cualitativo se tienen mayores posibilidades para presentar el contexto, las políticas, los actores y las situaciones determinantes para la comprensión de la situación problematizada.

El enfoque metodológico propuesto es el hermenéutico, no como un método para descubrir el significado más exacto posible del objeto de estudio, sino como la posibilidad de entregar una herramienta teórica a las autoridades, los operadores jurídicos y las instituciones, para que puedan tener elementos que amplíen la protección y las oportunidades de trabajadores afectados y teniendo por delimitación espacial y temporal el territorio Colombiano para las normas vigentes en 2020 y 2021, y así poder justificar la existencia de obstáculos

o posibilidades de acceso a la justicia para la protección de derechos laborales o de la relación de trabajo.

Es necesario señalar que la estrategia de la presente investigación es de corte documental, toda vez que se acude a estas fuentes como soporte para el trabajo. Se revisaron 146 decisiones judiciales y actuaciones administrativas y que en su trámite fueron asesoradas por los equipos jurídicos de las centrales CUT y CTC, la Escuela Nacional Sindical, la Corporación Defens y el Centro de Solidaridad; se tomaron cifras sobre empleo y condiciones de trabajo expedidas por el DANE, los informes realizados por la Escuela Nacional Sindical y el equipo jurídico de las centrales sindicales mencionadas. Para esto se construyó una base de datos, que reposará en la CUT y en la CTC, que permitió identificar y clasificar accionantes, accionados, si quienes presentan las acciones se revisten de una condición especial de protección, el tipo de violación, los derechos solicitados para su protección, las peticiones realizadas, el resultado en primera o en segunda instancia, las razones de la decisión, y el tipo de autoridad que emitió la decisión.



Capítulo I

Normas y medidas adoptadas en el contexto de la pandemia y el impacto de éstas y de la Covid-19 en el mundo laboral colombiano

Con el Decreto Presidencial 417 del 17 de marzo de 2020 se declaró el estado de emergencia económica y social en Colombia durante 30 días. Esto significó que la Presidencia de la República asumiera competencias para expedir decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a solucionar la crisis generada, en este caso por la Covid-19. Este tipo de normas cuenta con tres características relevantes para la presente investigación: *i)* tienen control político por parte del Congreso de la República, *ii)* tienen control constitucional automático por parte de la Corte Constitucional, y *iii)* por mandato constitucional no podrán desmejorar los derechos sociales de las y los trabajadores.

El Congreso de la República suspendió sus sesiones de manera presencial y retomó sus actividades mucho tiempo después, haciendo inocuo el control democrático sobre los decretos presidenciales, y teniendo en cuenta que la mayoría de las bancadas en el Congreso apoyan y hacen parte del Gobierno hizo control riguroso. Por el contrario, algunos de los decretos fueron posteriormente prorrogados o ampliados por el Congreso e, incluso, los convirtió en leyes de la República.

La Corte Constitucional, por su parte, hizo un ejercicio de control, con dilaciones, pues la cantidad de decretos presidenciales generó una sobrecarga para el máximo tribunal: de los 115 decretos legislativos emitidos por el Gobierno nacional, 57 fueron declarados exequibles, 51 fueron condicionados y siete fueron declarados inexequibles,¹ a pesar de lo anterior, la Corte Constitucional en una actuación proactiva, corrigió los decretos, propugnando el respeto a la Constitución.

Entre los declarados inexequibles se encontraron casos como el Decreto 558/20 que permitía la reducción de las cotiza-

1. Sobre una valoración estadística de los decretos presidenciales, ver Vita (2020),

ciones al sistema de seguridad social, sin embargo, de igual forma, se emitió las sentencias C-171/20 que declaró exequible el retiro de cesantías (o auxilio al desempleo) para complementar la disminución de salarios que padecieron los trabajadores y trabajadoras en el marco de la pandemia.

La limitación de poderes del Presidente de la República y el control automático de constitucionalidad hizo que en adelante éste emitiera decretos sin hacer uso de las facultades de la emergencia económica, sino en ejercicio de sus facultades ordinarias, las cuales tienen control de legalidad y de constitucionalidad por parte del Consejo de Estado, pero posterior y rogado.

A partir del Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, el Presidente de la República ordenó el aislamiento preventivo obligatorio por 19 días, que permitía una circulación limitada al personal de los servicios de salud, a quienes debían adquirir bienes de primera necesidad o para desplazamientos bancarios, entre otras 34 actividades económicas y laborales. De manera progresiva, a través de decretos posteriores, se exceptuaron del aislamiento y cierre preventivos varias actividades laborales y económicas.

Dentro de las medidas tomadas por el Presidente de la República debido a la emergencia, o de manera ordinaria, relacionadas al derecho al trabajo, se encuentran:

1. El Decreto 488/20, que: i) incluye una nueva causal que permite el retiro de cesantías: la certificación de un empleador que declare la disminución del salario del trabajador o trabajadora, permitiría retirar cada mes el monto de dicha compensación; ii) modifica las reglas para solicitar o conceder vacaciones, donde se establece que solo se requiere un día de aviso para el disfrute; iii) modifica la destinación de las cotizaciones para riesgos laborales, para que las administradoras de estos ejecuten programas de apoyo en prevención y promoción de medidas de protección; iv) flexibiliza los requisitos para acceder a beneficios de protección al desempleo, situación que se aplica a los afiliados a cajas de compensación; v) suspende el requisito de acreditación de fe de vida (o sobrevivencia) para acceder a los beneficios del sistema de protección social integral por un periodo de seis meses.

Este primer decreto, como fórmula para proteger el empleo y para compensar la disminución de ingresos de las y los trabajadores es muy dicente en cuanto a que el Gobierno nacional lo que hizo fue desnaturalizar varios de los derechos laborales consagrados a los trabajadores legal e históricamente, con unos fines diferentes a los de paliar la crisis, y que no deberían hacerlos imputables a trabajadores y trabajadoras. En lugar de ello, el Gobierno debió otorgar subsidios o ayudas a quienes trabajan o a las empresas en ese primer momento, como lo hicieron tantos países.

2. Con el Decreto 489/20 se estableció que las autoridades de todas las ramas del poder público o los particulares que hiciesen funciones públicas deberían prestar sus servicios mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las tecnologías de información y comunicaciones (TIC). A su vez, suspendió temporalmente las actuaciones ante los jueces o las autoridades administrativas jurisdiccionales, lo cual generó una implementación apresurada en el uso de tecnologías para el acceso a la justicia en Colombia, que, además, luego autorizó por un período de dos años más, a través del Decreto 806/20. También estableció que las autoridades deberían tomar medidas para que los servidores públicos (incluyendo docentes) cumplieran sus funciones en la modalidad de trabajo en casa haciendo uso de las TIC.

Generó una estabilidad laboral para los y las trabajadores independientes con contrato, esto es, los vinculados por medio de contrato de prestación de servicio con el Estado, pero no para los subordinados o funcionarios, y a su vez determinó que la declaratoria de emergencia económica y social y de emergencia sanitaria no constituyen causal para terminar o suspender los contratos de prestación de servicios o de apoyo celebrados con el Estado, y menos los contratos de prestación de servicios administrativos para vigilancia, aseo y/o cafetería, transporte y demás servicios de este tipo, autorizando así el pago a las empresas intermediarias o prestadoras una vez se verificara el pago de nómina de trabajadores.

Con las declaraciones de emergencia se creó el trabajo en casa,² una nueva figura dentro de la relación laboral, que

2. Aunque éste ya había sido mencionado por el Ministerio del Trabajo: Circular

solo es de nombre, pues no desarrolló sus alcances. Fue solo hasta la Ley 2088 de mayo de 2021 que se reglamentó legalmente dicha figura.

Por medio de diversos decretos también se hizo una distribución diferente de los recursos del sistema de seguridad social, que permitía la financiación de fondos de emergencia y de aseguradoras de riesgos laborales para atender medidas de bioseguridad. En ese sentido, flexibilizó temporalmente las cotizaciones a trabajadores o empleadores independientes.

3. Por medio del Decreto 639/20, dos meses después de la orden de aislamiento obligatorio, se creó un programa de apoyo al empleo formal para las empresas que demostraran una disminución del 20 % o más de sus ingresos con destinación al pago de salarios de empleados formales. Este programa se convirtió en Ley 2060 el 22 de octubre de 2020, y culminó en marzo de 2021, e implicaba el pago de hasta el 40 % del valor del salario mínimo, multiplicado por el número de empleados,³ con una alta cantidad de restricciones o condiciones para beneficiarse del mismo. Valga mencionar que, mantener en planta a las y los trabajadores o no disminuir sus salarios o suspender sus contratos no fueron condiciones para acceder al programa.
4. Con el Decreto 771 de 2020 se creó un auxilio económico de conexión digital para quienes devengaran menos de dos salarios mínimos legales y realizaran trabajo en casa, razón por la cual éstos(as) perdieron el auxilio económico de transporte.
5. Con el Decreto 770 de 2020 se permitió hacer acuerdos entre trabajadores y empleadores para flexibilizar las jornadas de trabajo, y se creó un programa de transferencias monetarias a trabajadores con contratos suspendidos o en licencia no remunerada impuestas por el empleador.⁴ Además, se creó un programa de apoyo al pago de prima de servicios⁵

021 del mes de marzo: "sobre medidas de protección al empleo", y Circular 041 del mes de junio "sobre lineamientos respecto del trabajo en casa".

3. Para el año 2021 equivale a 99 USD por trabajador durante el mes, 3 USD por día.
4. Por un periodo máximo de tres meses, equivalente a 43 UDS por mes o 1,4 USD por día.
5. Para el año 2021 equivalente a 60 USD, menos de la mitad de la obligación del empleador.

con una serie de condicionantes que dificultaron el acceso al mismo, en especial para las pequeñas y medianas empresas. Dicho programa de pago de prima de servicios excluyó a las trabajadoras del servicio doméstico, haciendo que no se pudieran beneficiar de este auxilio quienes utilizan los trabajos de cuidado remunerado en el hogar, lo cual conlleva a la discriminación de este grupo de trabajadoras.

Nótese que esta norma remite a los acuerdos sobre desmejoras del contrato laboral o a los mismos entre empleador(a) y trabajador(a) que, como es sabido, no es una relación equitativa libre, ante la debilidad del trabajador de negociar sus condiciones de trabajo y empleo.

6. Con el Decreto 801 de 2020 se estableció un auxilio económico de 160 mil pesos por tres meses⁶ para la protección al cesante, que se condicionó, de forma tal que, solo los trabajadores formales podían acceder al mismo, esto es, trabajadores que hubieran cotizado a cajas de compensación al menos seis meses durante los últimos cinco años, que devengaran hasta cuatro salarios mínimos legales, y que hubiesen perdido el empleo desde el 12 de marzo de 2020 sin que recibieran la protección al cesante.

Resulta paradójico, pero las medidas más perjudiciales para los trabajadores surgieron de interpretaciones que hizo el Ministerio del Trabajo sobre las normas previamente existentes, las cuales se emitieron a través de circulares,⁷ y se fundamentaron en la protección al empleo, explican la existencia de mecanismos alternativos al despido por afectaciones relacionadas con la afectación de la pandemia.

Afirmamos que fueron perjudiciales, porque los jueces de la República en los casos estudiados las utilizaron como ejemplo (no como *ratio decidendi*) para afirmar que las suspensiones de los contratos y de los salarios eran una medida legítima presentada por el Ministerio del Trabajo, para la cual la acción de tutela no debería ser la herramienta para solucionar la falta de protección de los ingresos, sino que se debería acudir a las demandas ordinarias. Dentro de las circulares se destacan:

6. Para el año 2021 equivalente a 1,4 USD por día y durante tres meses.
7. Actos administrativos de información general.

1. La Circular 21 del 17 de marzo de 2020, que describe alternativas como el trabajo en casa –que no existía en el ordenamiento jurídico y apenas se convirtió en ley un año después–, el teletrabajo, las jornadas laborales flexibles, la posibilidad de anticipar vacaciones o la obligación de pagar salarios cuando no hay prestación de servicios.
2. En la Circular 22 del 19 de marzo de 2020, que advierte que solo los jueces podrían declarar la existencia de fuerza mayor (causal para suspender contratos laborales por parte de empleadores sin asumir responsabilidades laborales diferentes al pago de la seguridad social conforme al artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo), y que el Ministerio del Trabajo asumiría una figura de fiscalización laboral rigurosa –cuyo trámite, especialidad, resultados o sanciones no se conoce aún–. También es relevante señalar la Circular 27 de 2020, que prohíbe las licencias no remuneradas a los y las trabajadoras.
3. En la Circular 33 de 2020 se presentan otras alternativas al despido en medio de la pandemia, pero además invita a revisar medidas como la licencia remunerada compensable, la modificación de los salarios y las jornadas, la modificación de beneficios extralegales o la renegociación de beneficios convencionales. Esta circular resulta contraria a la jurisprudencia cuando se trata modificar las convenciones colectivas, y resulta novedosa cuando inventa la existencia de licencias remuneradas compensables que no se encuentran estipuladas en las leyes. También invita a modificar las condiciones de trabajo por “acuerdo” con el o la trabajadora, mientras ignora la desigualdad de éste(a) frente al empleador, es decir, no tiene en cuenta el carácter tuitivo del derecho laboral.

Por su parte, el Consejo Superior de Judicatura, en el marco de la emergencia de salud pública derivada de la Covid-19, tomó la decisión de suspender los términos judiciales en el territorio nacional,⁸ con algunas excepciones, hasta el 30 de julio de 2020. Con posterioridad se promovió la implementación de

8. Consejo Superior de la Judicatura, acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, CSJA20- 11521 y PCSJA20- 11526 de marzo de 2020; acuerdos PCSJA20-11532 y PCSJA20-11546 de abril 2020; acuerdos CSJA20-11549 y PCSJA20-11556 de mayo de 2020 y acuerdos PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de junio de 2020.

herramientas tecnológicas y de comunicación para permitir la realización de actuaciones judiciales de manera virtual,⁹ aunque éstas han tenido dificultades de acceso para parte de los y las peticionarias.

El impacto de la Covid-19 en el mundo laboral colombiano

El mundo laboral colombiano se afectó con la pandemia, pues se cerraron temporalmente muchos sectores de la economía, e incluso algunas entidades públicas; se transformaron las relaciones laborales, al virtualizarlas o digitalizarlas; se obligó a los y las trabajadores y trabajadoras a hacer sus actividades laborales y familiares en el mismo espacio, y se generaron cambios en el mundo del trabajo y el mundo social que se mantendrán por mucho tiempo, algunos de manera permanente.

Estas problemáticas se han ahondado en el último año con los efectos en el empleo, a partir de las medidas tomadas como consecuencia de la pandemia declarada por la Covid-19. Ahora, en particular, la pérdida de empleos formales resulta sumamente dicente:

El informe del DANE sobre cifras de empleo y brechas de género, publicado en octubre de 2020, considera el número de ocupados por ramas de actividad y variación porcentual (Tabla 1).

9. Ha sido considerado por muchos un avance, pero también ha sido criticado ampliamente por funcionarios judiciales que denuncian no tener herramientas suficientes para la digitalización de los expedientes, la comunicación de las partes, la realización de audiencias, etc.

Tabla 1. Número de ocupados por ramas de actividad y variación porcentual según sexo, trimestre abril-junio de 2019 y 2020

Actividad económica	2.º semestre 2019		2.º semestre 2020		Variación porcentual	
	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres
Agricultura, ganadería, caza, silvicultura y pesca	2.806.415	626.647	2.526.211	482.135	-10,0	-23,1
Explotación de minas y canteras	228.911	30.110	272.145	29.800	-23,7	-1,0
Industria manufacturera	1.463.843	1.129.795	1.073.034	742.971	-26,7	-34,2
Suministro de electricidad, gas, agua y gestión de desechos	144.970	38.232	163.332	54.975	12,7	43,8
Construcción	1.446.730	83.226	997.238	68.117	-37,1	-118,2
Comercio y reparación de vehículos	2.258.055	1.924.065	1.865.804	1.486.337	-17,4	-22,8
Transporte y almacenamiento	1.364.281	133.550	1.127.204	108.878	-17,4	-18,5
Alojamiento y servicios de comida	502.888	1.032.534	370.795	756.067	-26,3	-26,8
Información y comunicación	209.017	159.580	168.107	108.613	-19,6	-31,9
Actividades financieras y de seguros	127.043	177.699	122.427	161.843	-3,6	-8,9
Actividades inmobiliarias	180.258	79.984	121.612	58.270	-32,5	-27,1
Actividades profesionales, científicas y servicios administrativos	603.486	782.492	551.077	627.501	-8,7	-19,8
Administración pública y defensa, educación y atención de la salud humana	976.332	1.687.775	838.584	1.205.929	-14,1	28,5
Actividades artísticas, de entretenimiento, recreación y otras actividades de servicios	670.324	1.357.869	502.371	831.324	-25,1	-38,8
Total	12.982.552	9.243.556	10.648.424	6.728.789	-18,8	-27,2

Según el mismo informe (teniendo en cuenta las cifras del segundo trimestre de 2020) de 22.226.108 de trabajadores, tan solo un año después, y en los primeros tres meses, se perdieron **4.848.895** empleos, lo que hace evidente que las medidas del Gobierno nacional no fueron ni eficaces ni pertinentes para proteger los empleos existentes.

La población inactiva disminuyó en 248.000 hombres y mujeres que se dedicaban al estudio. Respecto a oficios del hogar, las mujeres pasaron de 5.518.000 a 6.600.000

Hubo un incremento en las mujeres desocupadas de 25 % a 54 %, es decir 508.000 mujeres, cifra superior a la de los hombres; pero si se compara con los 2,5 millones de empleos de mujeres que se perdieron en el primer trimestre de 2020, significa que las mujeres no están buscando nuevamente trabajo, sino que retornaron a la inactividad o al trabajo no remunerado de cuidado de los hogares en su mayoría de casos, quedando excluidas del mercado de laboral.

En las empresas de menos de 10 trabajadores, según la DIAN, se verificaron 987.000 empleos perdidos, mientras en las de más de 10 trabajadores se superaron, por poco, el millón. Las mujeres que perdieron sus empleos en empresas de menos de 10 trabajadores fueron: 916.000 y los hombres 71.000 hombres, y en las empresas de más de 10 trabajadores 557.000 hombres y 454.000 mujeres.

Sin embargo, han sido las pequeñas empresas que más empleo generan para las mujeres las más afectadas. En solo tres meses se perdieron empresas y empleos, lamentablemente no encontraron apoyo o respaldo del Gobierno para continuar con su funcionamiento.

En ese mismo sentido, la Escuela Nacional Sindical en un texto sobre el acceso a la justicia en los tiempos de la Covid-19 (Amado et. al, 2021), afirma que

es preocupante que la destrucción de puestos de trabajo [haya] ocurrido mayoritariamente en la población asalariada ya que se trata de empleos formales, afiliados y contribuyentes al sistema de seguridad social. Comparando las cifras de afiliación a la seguridad social de febrero 2019 y abril de 2020, se registró una caída histórica de 1,1

millones de cotizantes en ese último mes. Para abril la distribución de desempleo entre población asalariada y no asalariada fue muy equilibrada (2,6 millones de población asalariada y 2,7 millones de población no asalariada), pero en los siguientes meses, y particularmente en las 13 ciudades y áreas metropolitanas, el repunte de creación de puestos de trabajo ha sido más enfático para la población no asalariada. Además, para abril, casi el 20 % de los empleos perdidos correspondían a personas con 55 o más años, y de haber perdido su empleo, se enfrentarán dos inconvenientes significativos. Primero, como se ha mencionado en la literatura científica, personas mayores de 50 años que pierden sus empleos enfrentan mayores dificultades para volver a engancharse en el mercado de trabajo formal, padeciendo, junto con los trabajadores jóvenes (menores de 25 años), el desempleo de larga duración. Segundo, perder sus empleos afecta su capacidad para acumular ahorros pensionales y presiona hacia abajo el monto de su mesada pensional, un factor que precariza su bienestar en los años más vulnerables de la vida adulta. (p. 2)

Es así entonces como se esboza un contraste entre las medidas adoptadas por el Gobierno nacional en uso de sus facultades extraordinarias para legislar– las cuales se basan en la declaratoria del estado de excepción de *emergencia económica social y ecológica*, causada por la pandemia de la Covid-19– que deberían estar destinadas a proteger el empleo y mantener las condiciones de trabajo, versus el impacto causado según las cifras oficiales en la desocupación, pérdida de empleos, afectación de sectores, especial exclusión de las mujeres del mercado laboral y, como pasará a verse, en las condiciones del ya flexibilizado trabajo formal.



Capítulo II

Los derechos laborales constitucionales en juego durante la pandemia

La constitucionalización del derecho al trabajo ha generado múltiples responsabilidades y mandatos, pero casi ninguno ha sido cumplido por parte del Congreso de la República. El alcance y la protección del derecho al trabajo varió gracias a los pronunciamientos de las altas cortes, y en ese mismo sentido, su desarrollo o evolución se ha dado a partir de los conflictos judiciales, no como construcciones frente a necesidades de la sociedad.

La Constitución Política de 1991 estableció que entre las finalidades del derecho constitucional está el encontrarles a los y las colombianas el trabajo y un marco jurídico democrático, participativo que garantice un orden social justo (art. 1 CP), y a su vez consagró la protección al trabajo en todas sus modalidades en condiciones dignas y justas (art. 25 CP). Como complemento de tal mandato, ordenó que el Congreso de la República expidiera el Estatuto del Trabajo, en el cual se desarrollarían los principios de protección a las relaciones del trabajo, incluyendo la remuneración mínima vital, la garantía de seguridad social, la formación, entre otros derechos constitucionales fundamentales (art. 53 CP). Hasta la fecha, en el Congreso de la República no ha logrado acatar esta orden constitucional.

Como consecuencia de esta omisión legislativa, los y las trabajadoras y empleadores(as) continúan aplicando las normas del Código Sustantivo del Trabajo de 1950 para regular y resolver sus conflictos laborales, mientras que el Ministerio del Trabajo se limita a expedir decretos que desarrollan derechos existentes, y el Gobierno nacional, con el apoyo del Congreso, promueve periódicamente reformas laborales dirigidas a flexibilizar las relaciones laborales, sobre todo, respecto a indemnizaciones, contratación o jornadas de trabajo. Las leyes que regulan el teletrabajo, el trabajo en casa, el empleo juvenil, la calificación judicial de la huelga o la ley del actor son

medidas excepcionales que se crearon en razón a coyunturas específicas, presiones internacionales o de la ciudadanía, pero no constituyen el desarrollo del Estatuto del Trabajo.

Siendo ese el marco institucional/normativo, la capacidad de reacción de la normativa laboral ante necesidades, cambios tecnológicos o efectos de crisis económicas es prácticamente nula. Así, los cambios reglamentarios que se han originado durante la pandemia se caracterizan por generar algunas medidas temporales y no lo suficientemente garantistas, por ejemplo, se creó una ley de trabajo en casa que consagra una nueva modalidad de trabajo remoto, pero inscribe más facilidades para que el empleador evada las condiciones de trabajo. Esto último ocurrió un año después de declarada la pandemia.

Así pues, las normas laborales requieren que los jueces adapten a los cambios sociales las normas existentes desde 1950, a partir de interpretaciones jurisprudenciales. Por ejemplo, en la Sentencia 43641 (5 de abril de 2017, M.P. J.L. Quiroz) relativa a la posibilidad de que el empleador otorgara herramientas de monitoreo de actividades para que el trabajador asumiera las responsabilidades laborales durante su tiempo de descanso, la Corte Suprema ordenó pagar por el tiempo de disponibilidad del trabajador.

Se presume entonces que los vacíos normativos que generan violación de derechos laborales solo se suplen cuando las altas cortes realizan avances jurisprudenciales. El problema es que gran parte de estas decisiones se adoptan para resolver casos en concreto, con efectos *inter partes*, y luego de años de trámite judicial, como en el mencionado ejemplo del pago por disponibilidad que, siendo un conflicto derivado de un avance técnico, tardó desde el 12 de mayo de 2009 hasta el 5 de abril de 2017 en ser solucionado (sin contar los tiempos de cobro y pago judicial), es decir, casi ocho años.

En cuanto al acceso a la justicia para solucionar problemas jurídicos laborales, valga decir que, en casos de la jurisdicción ordinaria laboral, los tiempos para resolver la primera instancia son proporcionalmente inferiores¹⁰ que los procesos ante las

10. “Según el estudio de tiempos procesales realizado por el Consejo Superior de la Judicatura y la Corporación Excelencia en la Justicia, la primera instancia de un proceso laboral tarda 167 días hábiles (366 corrientes), de los cuales 95 transcurren entre la audiencia de conciliación y la de juzgamiento. Esta cifra permite

altas cortes. Razón por la cual la Corte Constitucional considera que los procesos ordinarios laborales que pueden estar tardando un año en resolverse en primera instancia (tiempos antes de la pandemia) es un mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales; cuando lo cierto es que la falta de ingresos para solventar derechos y necesidades básicas como la alimentación, vivienda o educación no puede esperar tanto tiempo para su solución y protección.

Ahora bien, la aparición de la pandemia de la Covid-19 y las órdenes presidenciales de aislamiento obligatorio significaron la imposibilidad, para millones de personas, de laborar en sus lugares de trabajo. Como ya se evidenció, muchas de ellas perdieron sus empleos formales e informales, y a muchas le variaron sus relaciones laborales para poderlas realizar de manera virtual.

Ese cambio, las formas de relacionamiento laboral, de presencialidad en la virtualidad o con alternancia, han generado una serie de conflictos y dificultades frente a los que no se ha producido jurisprudencia, ya que a las altas cortes no les han llegado, o éstas no las han seleccionado para permitirse analizar el impacto de la pandemia en la garantía de derechos laborales.

A su vez, en el contexto de la pandemia y en los cambios en las relaciones laborales hubo problemas jurídicos relacionados con las medidas emitidas por el Gobierno nacional para la protección al empleo o la actuación abusiva de los empleadores: i) disminución de tiempo de trabajo y de salarios y utilización de cesantías para compensarlo, ii) imposición de vacaciones colectivas o adelantos excesivos de las mismas, iii) imposición de suspensión de contratos sin pago de salarios, ix) acoso laboral, v) violación de jornadas de trabajo o vi) despido. Son situaciones novedosas frente a las cuales los jueces requieren reglas

inferir que la duración de un proceso de única instancia, en términos generales, es significativamente menor, pues, como se indicó, la conciliación y el fallo se agotan en la misma audiencia. En esa medida, es posible que un trámite de esta naturaleza se resuelva en un plazo menor o igual al expuesto. Por consiguiente, la Sala considera que dicho término no resulta desproporcionado ni irrazonable en atención a la condición del actor.

En virtud de lo expuesto, la Corte concluye que el proceso laboral es idóneo y eficaz para resolver la controversia planteada. Por lo tanto, confirmará la decisión de segunda instancia que declaró improcedente la acción de tutela formulada” (T-020/21). (Consejo Superior de la Judicatura & Corporación Excelencia en la Justicia, 2016, pp. 135-139.

jurisprudenciales emanadas por las altas cortes, las mismas que tardan varios años en ser emitidas, debido a las dificultades de su propio funcionamiento.

No obstante, aún existe una ventana de oportunidad, pues la Corte Constitucional, en sede de revisión de los procesos de tutela, tiene la competencia y posibilidad de seleccionar expedientes que aborden problemas jurídicos relacionados con la vulneración de derechos laborales en el contexto de la pandemia, con lo que podría generar una jurisprudencia que obligue y le dé lineamientos a los jueces a nivel nacional.

Hasta el momento, la Corte ha asumido posiciones garantistas en la generación de jurisprudencia frente a la vulneración de derechos fundamentales en el contexto de pandemia. Así lo evidencian los avances en la Sentencia T-114/21, respecto a las afectaciones de la Covid-19 en el sistema penitenciario, la Sentencia T-088/21 relacionada con el acceso a la salud de la población habitante de calle, la Sentencia T-436/20 que garantiza el derecho a la salud de niños migrantes en situación irregular y la sentencia T-437/20 sobre el acceso a la educación universitaria de una tutelante a quien por afectación a la salud de su padre y dificultades derivadas de la pandemia se le protegió su derecho fundamental.

No obstante, cuando se revisa la jurisprudencia¹¹ que hay en razón a la vulneración de los derechos laborales en el contexto de pandemia, si bien se encuentran algunos fallos a destacar, en *su ratio decidendi* ninguno tiene en cuenta los impactos que la situación de salud pública y emergencia económica tuvo en los trabajadores.

Cuatro de esos casos son significativos: en la Sentencia T-468/20 se atendió a un trabajador del sistema penitenciario que fue trasladado de sede y, con ocasión de la pandemia perdió la posibilidad de ver o visitar a su hija. La Corte no resolvió la violación de derechos laborales o familiares, sino que declaró improcedente la acción. En la Sentencia T-121/21 o T-385/20 se protegió el derecho a la estabilidad laboral reforzada de un paciente con VIH y de un pre-pensionado. Estas fueron sen-

11. En el sistema de relatoría de la Corte Constitucional hay 307 sentencias o autos, pero ninguna trata casos específicos de violaciones laborales en el contexto de pandemia.

tencias que reiteraron jurisprudencia, y en las cuales no se hizo referencia a la existencia de la pandemia o los impactos de la misma en la vida de los trabajadores (la pandemia no fue relevante para la protección de derechos).

Desde otra perspectiva, a través de la Sentencia T-266/20 se ordenó garantizar elementos médicos y equipos necesarios de bioseguridad a los profesionales de la salud, no obstante, la *ratio decidendi* versó sobre la garantía del derecho a la salud y no en torno a la protección de derechos laborales, de salud y seguridad en el trabajo ni sobre los efectos de la pandemia en las condiciones laborales.

Por último, se destaca la Sentencia T-109/21, sumamente importante para el acceso a la justicia laboral, en la cual, por vía de tutela se reconoció la existencia de una relación laboral, se protegió el fuero de maternidad, se ordenaron indemnizaciones y pagos de salarios, prescribió que las sentencias de los jueces deben tener un enfoque de género para su motivación y evaluación, y se emitieron órdenes al Ministerio del Trabajo, a la Fiscalía, a la Alcaldía y al Congreso de la República para garantizar la protección de la relación laboral de una modelo web cam, y además reitera la necesidad de regular este tipo de actividad.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, es posible preguntarse: ¿por qué la Corte Constitucional avanza reconociendo la necesidad e importancia de garantizar condiciones de bioseguridad para proteger el derecho a la salud, pero no lo hace directamente para salvaguardar los derechos en el trabajo?, ¿por qué, a través de acciones de tutela se ha reconocido la existencia de una relación laboral, pago de indemnizaciones y salarios, en casos como los de una modelo web cam, pero frente a la suspensión de contratos o impago de salarios, modificación de jornadas de trabajo, reiteradamente evita la solución de fondo y declaran la improcedencia?

Frente al panorama laboral agravado por la pandemia, la pobre incidencia de las medidas del Gobierno para la protección del trabajo formal, los altos índices de informalidad laboral, que Colombia sea el país de la OCDE con mayor autempleo (Informal Economy, 2020), las terribles cifras de desempleo juvenil y en mujeres, y los impactos diferenciados que ha generado la pandemia en las mujeres, ¿por qué la Corte Constitucional no

ha declarado el estado de cosas inconstitucional ante la vulneración de derechos laborales?

En reiteradas ocasiones la Corte ha exhortado al Congreso para que emita normas adecuadas a las circunstancias y ha realizado llamados enérgicos para el ejercicio de control a diferentes autoridades, como el Ministerio del Trabajo, la Contraloría, la Fiscalía o la Procuraduría, sin que se logren soluciones eficaces o por lo menos un seguimiento al cumplimiento de fallos estructurales en materia laboral.

¿Ha abandonado la Corte Constitucional el mandato de protección de derechos laborales en Colombia?, ¿le ha perdido el interés? La respuesta es fácil: los magistrados no deben abandonar las banderas de la protección del derecho laboral; las organizaciones sindicales, las ONG, los y las trabajadoras y la ciudadanía en general esperan pronunciamientos contundentes de las altas cortes sobre las políticas públicas de protección a derechos laborales y la situación generalizada de violación y abuso por parte de las empresas, incluso aquellas que se afectaron con la emergencia económica o hasta estuvieron beneficiadas, y, especialmente, frente a la urgencia que ostenta el actual contexto de pandemia.



Capítulo III

Tendencias en las decisiones judiciales y denuncias administrativas de casos laborales

La Red Internacional de Abogados Laborales de Trabajadores (ILAW Network) es la primera organización gremial global que afilia abogados y abogadas defensores de derechos sindicales y laborales frente a fenómenos del mundo del trabajo cada vez más globalizados; sus miembros en Colombia aportaron insumos para la compilación de fallos emitidos en torno a la vulneración de derechos laborales en el marco de la pandemia o en razón a las medidas implementadas con ocasión de ella.

Para el análisis del ejercicio y garantía del derecho al acceso a la justicia en materia laboral durante la pandemia, se revisaron los fallos y actos administrativos generados como consecuencia de acciones de tutela y querrelas administrativas sancionatorias (respectivamente), presentadas por organizaciones sindicales y sociales, activistas en la defensa de derechos laborales en Colombia, las cuales son:

- La Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y la Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC), que son las organizaciones sindicales de tercer grado más representativas del país, tanto por su historia, cantidad de afiliados, como su distribución en todo el territorio nacional. Su existencia y experiencia en la defensa de los derechos de los y las trabajadores es de más de 35 y 86 años, respectivamente, desde sus respectivas constituciones formales.
- La Escuela Nacional Sindical (ENS) que es una organización no gubernamental, de naturaleza humanista, democrática y civilista, y cuenta con 38 años de experiencia en la realización de procesos de formación, investigación y defensa de derechos en torno al mundo laboral colombiano. Desde hace más de 15 años, cuenta con el proyecto los Centros de Atención Laboral (CAL) como una estrategia jurídica de promoción y defensa de los derechos laborales individuales y colectivos. Actualmente tiene sedes en las ciudades y municipios de Cartagena, Cali, Valledupar, Villavicencio,

Facatativá y Puerto Wilches, desde donde brinda asesoría jurídica gratuita a los trabajadores y trabajadoras en situación de vulnerabilidad.¹²

- El Centro de Estudios Sociales para la Defensa de Derechos (DEFENS) es una corporación no gubernamental, conformada por un grupo interdisciplinario de profesionales de las ciencias humanas y sociales, enfocada en la investigación, defensa y promoción de los derechos fundamentales y laborales de las y los trabajadores en Colombia. Actualmente desarrolla actividades en el sector palmero del departamento del Meta, los sectores portuario a nivel nacional, floricultor y minero-energético, y brinda atención a quienes trabajan en plataformas digitales y a la población migrante.
- El Centro de Solidaridad es el brazo de cooperación de la AFL-CIO, central sindical estadounidense en Colombia, que tiene como objetivo apoyar a trabajadores y trabajadoras de diferentes países en la lucha contra la discriminación, explotación y los sistemas que afianzan la pobreza, para lograr la prosperidad compartida en la economía global, actuando sobre la base del principio fundamental de que mediante el ejercicio de su derecho a la libertad sindical se pueden mejorar colectivamente los puestos y lugares de trabajo, pedir a los gobiernos que respeten las leyes y protejan los derechos humanos, y ser una fuerza para la democracia, la justicia social y el desarrollo económico inclusivo.

Para esta investigación se revisaron 146 decisiones judiciales y actos administrativos presentados por las organizaciones mencionadas o por otras asesoradas por éstas.

¿Quiénes piden protección de derechos?

Solo cinco de las acciones revisadas fueron presentadas por organizaciones sindicales, mientras que 112 lo hicieron por trabajadores y solo 21 por trabajadoras. Esto resulta ser crítico, pues los efectos de la pandemia en el empleo han desencade-

12. Los sectores en los que prioriza su atención son: caña de azúcar, minas, puertos, flores y palma de aceite, en virtud de un proyecto financiado por el Departamento del Trabajo de los Estados Unidos (USDOL).

nado la vulneración de derechos laborales en mayor medida a las trabajadoras. Ninguna de las sentencias realizó una valoración con enfoque de género.

En cuatro ocasiones se revisaron los casos presentados por los empleadores, quienes impugnaron los fallos que les fueron desfavorables. En dos de ellos se revocaron las decisiones, es decir, la mitad de los recursos presentados por los empleadores fueron despachados a su favor, mientras que, cuando los trabajadores impugnaron, solo lograron que se revocaran dos sentencias de las 26 en las que se tiene registro de impugnación, es decir, apenas el 7 % de éxito en sus recursos frente a fallos desfavorables.

Pese a que el Ministerio del Trabajo, a través de sus inspectores, es competente para verificar las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito en los casos previstos en la ley,¹³ los jueces de la república no vincularon a dicha entidad, y en los casos donde los tutelantes accionaban contra esa institución, el Ministerio siempre argumentaba que no existía razón para intervenir, al no ser vulneradores de los derechos de las y los trabajadores. Lo anterior evidencia cómo el Ministerio del Trabajo no constituye un apoyo a los jueces de tutela, y no asume ningún tipo de responsabilidad frente a la defensa de derechos laborales vulnerados.

¿Qué derechos alegan las y los trabajadores que les fueron vulnerados y cuáles fueron sus peticiones en el marco de la pandemia?

Las peticiones inscritas en las acciones de tutela fueron variadas. Por cada acción se podrían haber elevado distintas solicitudes, desde la entrega de información, hasta los reintegros. Se contabilizaron 32 tipos de derechos fundamentales diferentes, siendo mayor la cantidad de solicitudes relacionadas con la protección del derecho al mínimo vital (49,3 %), la dignidad humana (38,3%), el derecho al trabajo (34,2 %) y a la seguridad social (33,5 %), la estabilidad laboral reforzada (29,4 %), el derecho a la salud (21,9 %), el derecho al debido proceso (13,6 %) y el derecho a la libre asociación sindical (8,9 %), entre otros.

13. Conforme a los artículos 2.29, 5.70 y 7.19 de la Resolución 2143/14, la cual se encuentra vigente conforme a la Resolución 315 del 11 de febrero de 2021.

Resulta muy dicente que las y los trabajadores y las organizaciones sindicales busquen la protección a la dignidad humana sobre el amparo al derecho al trabajo, pero, en particular, es evidente cómo las medidas implementadas con ocasión de la pandemia para paliar las medidas de confinamiento, generaron pérdida de ingresos en la mayoría de los casos, y afectaciones a los derechos al trabajo y la seguridad social en la tercera parte de los casos.

También se hizo una clasificación sobre el tipo de peticiones, toda vez que esto permitiría dilucidar qué acciones son consideradas como necesarias por las y los trabajadores para la efectiva protección de los derechos invocados. Así pues, se evidenció que:

- Las solicitudes relacionadas con el pago de salarios o reajustes salariales por disminución o suspensión del salario y el pago de las prestaciones sociales se presentaron en el 71,2 % de los casos. De esta forma, frente a los nocivos efectos de la pandemia, las y los trabajadores tocaron las puertas de la justicia para proteger sus ingresos o recursos.
- En el 42,4 % de los casos se solicitaban reintegros, ya fuera por despidos, terminaciones de contratos o suspensión de éstos.
- En un tercer nivel se encuentran las peticiones relacionadas con la protección del derecho a la seguridad social (24,6 %).
- Finalmente, se presentaron peticiones que buscaban que se declarara la ilegalidad de la suspensión o terminación de los contratos de trabajo (4,7 %).

¿Cómo fue el resultado respecto a la protección de derechos?

Ante el Ministerio del Trabajo

Cuatro de las 146 actuaciones analizadas fueron solicitudes administrativas presentadas entre abril y mayo de 2020, y que el Ministerio del Trabajo no solucionó. Esto llama la atención, pues pese a que en la Circular 22 del 19 de marzo de 2020 se informó que el Ministerio asumiría la figura de fiscalización laboral rigurosa, y en estos procedimientos se solicitó dicha fórmula de actuación, esto no significó ningún trámite diferen-

ciado ni celeridad en la protección de derechos. Por supuesto, las circulares del Ministerio del Trabajo no tienen la facultad legal de modificar los términos ni las competencias del trámite administrativo sancionatorio, lo que significa que este tipo de anuncios sean estrategias de comunicación persuasivas que en estricto sentido no implican protección frente a la violación de derechos.

Según la información publicada en su boletín virtual del cuarto (4.º trimestre 2020), el Ministerio del Trabajo, Inspección, Vigilancia y Control, sobre su gestión en el marco de la emergencia decretada por la pandemia Covid-19, con corte a 31 de diciembre de 2020, había recibido un total de 5.434 querellas, que representaban aproximadamente a 164.523 trabajadores y trabajadoras, sobre los siguientes motivos y con los siguientes resultados hasta esa fecha.

Tabla 2. Motivos de las querellas presentadas al Ministerio de trabajo. Corte a 31 de diciembre de 2020.

Motivo de la queja	Querellas recibidas	Nº de trabajadores presuntamente afectados	Gestión con resultado	Porcentaje de resolución
Violación de la jornada máxima	36	9	8	22,2
Licencias y terminaciones no voluntarias	401	7.724	42	10,5
Otras	696	8.572	104	14,9
Violación de normas de salud y seguridad en el trabajo	1.153	94.561	366	31,7
Suspensiones y despidos	3.148	53.557	582	18,5
Total	5.434	164.423	1.102	20,3

Anotaciones al Ministerio del Trabajo sobre las querellas recibidas por violaciones a derechos laborales durante la pandemia

En primer lugar debe preocuparle al Ministerio el número de denuncias hechas por afectaciones a derechos en tan solo nueve meses. 5.434 denuncias con más de 160.000 trabajadores y trabajadoras presuntamente afectados es mucho, aun sin

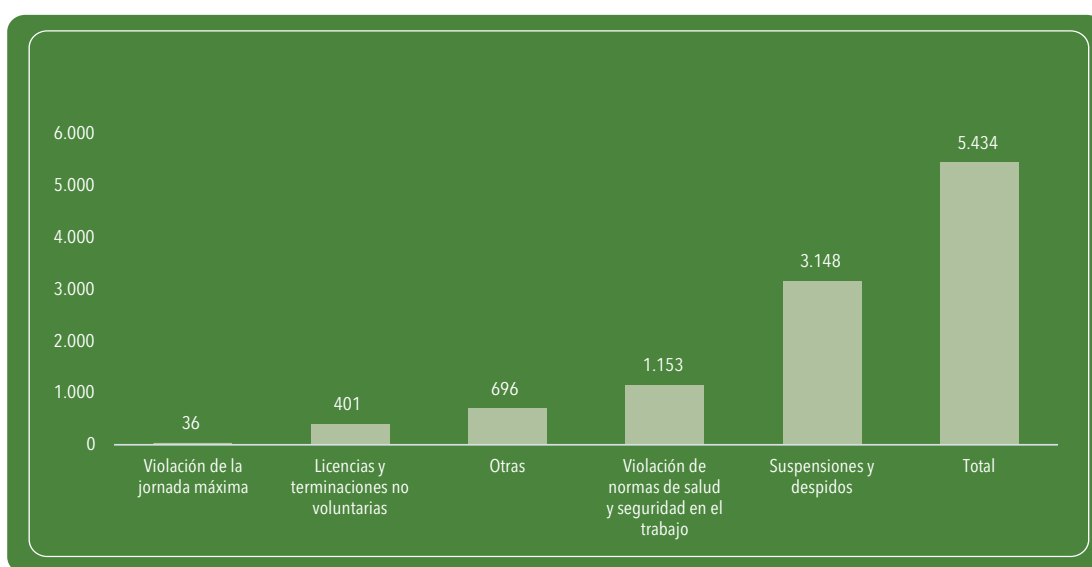
considerar que solo un pequeño porcentaje de quienes ven afectados sus derechos acuden ante la autoridad administrativa del trabajo para denunciar su violación. Es paradójico que, debido al aislamiento obligatorio, las oficinas de atención al público del Ministerio del estuvieran cerradas y, por tanto, miles de trabajadores y trabajadoras no tuvieron la posibilidad de exponer sus casos.

En segundo lugar, el bajo porcentaje de resolución de las denuncias presentadas (20,3 %), pero que denunciaban afectaciones relacionadas directamente con la pérdida del empleo o mantenimiento del mismo, con afectación al mínimo vital, fueron solo el 18 % o 10 %.

En tercer lugar, la información de "resultado" no da cuenta de que efectivamente hubo investigación, sanción o reparación de los daños alegados pues, como es bien conocido, la mayoría de casos son "resueltos" por Inspección, Vigilancia y Control del Ministerio, en meros archivos, preclusiones o desistimientos de las partes. Resulta sumamente diciente que el Ministerio no reporte ninguno de los supuestos resultados como "sanción" o al menos de "conciliación" y mucho menos como ejecutoriado.

En cuarto lugar, se resaltan las razones por las que los trabajadoras y los trabajadores acudieron ante la Inspección del Trabajo durante los primeros meses de la pandemia (Gráfico 1):

Gráfico 1. Motivos de las querellas



Es decir, el 65% de los motivos de los trabajadores y las trabajadoras para acudir al Ministerio durante la pandemia estuvieron relacionados con la pérdida de sus empleos y/o salarios. Según los cálculos de los trabajadores(as) presuntamente afectados, casi 63.000 personas denunciaron haber perdido total o gravemente sus ingresos durante la pandemia (la mayoría, aunque luego conservaran su empleo). El 21 % se relacionó con salud y seguridad en el trabajo, que, para el caso, se tradujo como la no adopción de medidas de bioseguridad suficientes para que, en las actividades exceptuadas del aislamiento que se mantuvieron activas, las y los trabajadores siguieran prestando sus servicios sin que les implicara una exposición grave o contagio de la Covid-19, ocasionado por el trabajo.

Sobre estos mismos casos en los informes realizados por la ENS y el CAL, por una parte, los equipos jurídicos de la CUT y de CTC, por la otra y DEFENS y el Centro de Solidaridad se ha llegado a las siguientes conclusiones:

Para la ENS y el CAL de 13 querellas administrativas presentadas con su acompañamiento, solo una ha avanzado a etapa de formulación de cargos, evidenciando la ineficacia administrativa del procedimiento sancionatorio que lleva el ministerio del Trabajo.¹⁴

El Centro de Solidaridad y DEFENS, luego de participar en la elaboración y ejecución de las diferentes estrategias jurídicas a favor de las organizaciones sindicales y la CUT, para atender la crisis generada en el marco de la pandemia causada por la Covid-19 a lo largo del año 2020, frente a las consecuencias que la misma tuvo para las y los trabajadores debido a las suspensiones de contratos laborales, despidos colectivos, licencias no remuneradas en medio de la pandemia, entre otras, de un total de 19 querellas presentadas para trámite de fiscalización laboral rigurosa por estos hechos, reportaron que a la fecha se ha evidenciado, que, el comportamiento del Ministerio de Trabajo ha sido completamente ineficaz, debido a que, si bien, el ente ministerial adoptó medidas como la figura de fiscalización, esta no tuvo la eficacia y la fuerza jurídica necesaria para

14. Los hallazgos en las tutelas y querellas presentadas por el equipo de los CAL se realizaron en el marco del proyecto USDOL-3 para la coordinación de una estrategia jurídica para garantizar el acceso a la justicia de los y las trabajadoras del país (17 de febrero de 2021).

garantizar la protección requerida por los trabajadores y trabajadoras así como por las organizaciones sindicales, toda vez que de nada sirve implementar un trámite de fiscalización, que anunciado de manera pública se vería como especial, sino se le da un trámite formal que señale tiempos y responsables a cargo. Estas solicitudes de fiscalización rigurosa quedaron entonces bajo los términos dados en el proceso administrativo sancionatorio habitual, lo que conllevó a que hasta la fecha no se tenga notificación alguna de las decisiones asumidas dentro de las solicitudes de investigación que se presentaron.

De tal modo, los hechos de los que fueron víctimas muchas y muchos trabajadores siguen sin ser objeto de una investigación clara, de fondo, célere y oportuna, lo que deja a su paso, en el marco de una emergencia sanitaria, incumplimientos con las medidas adoptadas para la protección del empleo y las normas laborales, y los procedimientos establecidos para usar figuras jurídicas como la suspensión de contratos o las licencias remuneradas, entre otros, sin que se evidencie, además, un actuar institucional de la autoridad administrativa del trabajo que esté a la altura de la crisis laboral causada en el marco de la pandemia por la Covid-19.

En consonancia de lo señalado, se señala que, mediante la Resolución 083 del 19 de marzo de 2020, el viceministro de relaciones laborales e inspección del Ministerio de Trabajo ordenó de manera oficiosa el poder preferente de todos los trámites radicados o que se requieran en todas las direcciones territoriales y oficinas especiales denominados "Autorización a empleador para la suspensión temporal de actividades hasta por 120 días" por el que se adelanten todas las solicitudes de suspensión de contratos de trabajo y sobre "Autorización al empleador para despido colectivo de trabajadores por clausura de labores total o parcial en forma definitiva o temporal" de conformidad con el estado de emergencia declarado. Sin embargo, el ente ministerial no tuvo en cuenta la protección especial que recae sobre las y los trabajadores como sujetos de protección especial dentro de la relación laboral al negar, en las querellas presentadas, el poder preferente, y remitiera las querellas a direcciones territoriales sin que las organizaciones sindicales y querellantes tengan conocimiento de dónde se encuentra la querella radicada y en qué etapa del procedimiento administrativo sancionatorio se encuentran las mismas. Por lo cual, los hechos denunciados siguen sin ser clarificados

y, por ende, las vulneraciones acaecidas derivadas de las acciones adoptadas por las empresas en medio de la pandemia siguen sin ser verificados de manera rigurosa y de ser pertinente, sancionarlas.

Lo anterior, se hace mucho más grave al referir como las prácticas de las empresas accionadas en la sede administrativa afectaron derechos fundamentales y, si bien, el Ministerio del Trabajo no tiene facultades como las tiene un juez laboral o constitucional, sí debe inspeccionar, vigilar, controlar y de ser necesario sancionar, toda vez que son policía administrativa, las condiciones laborales de los trabajadores, es por ello, que se insiste en señalar cómo la actuación que género que las y los trabajadores a través de sus organizaciones sindicales recurrieran a este ente ministerial, continúan sostenidas en el tiempo, al no haber decisión de fondo ni notificación de las actuaciones surtidas dentro de las solicitudes de investigación radicadas.

Actualmente, el Ministerio del Trabajo no ha dado cumplimiento con las inspecciones necesarias y los procedimientos sancionatorios, para determinar si las medidas adoptadas por las empresas están en contravía de la ley laboral y la protección del empleo en tiempos de pandemia. Esta situación que actualmente se sigue evidenciando y que no ha sido verificada de manera rigurosa, tal como se anunció, se haría por parte de esta cartera del trabajo, tanto así que actualmente muchas de las empresas accionadas levantaron las medidas adoptadas en el año 2020, sin ni que mediara el Ministerio del Trabajo.

Ante los jueces de tutela

Tomando entonces 142 procesos de tutela e impugnaciones recopiladas por las organizaciones mencionadas encontramos las siguientes tendencias:

De las 142 actuaciones, solo 27 fueron favorables en primera instancia, y siete en segunda instancia (tres reiteraron la decisión favorable). Solo el 21 % de las sentencias de tutela lograron la protección a los derechos de los trabajadores, una tasa demasiado baja. La mayoría de los casos favorables se dieron por protección a derechos instrumentales como el derecho de petición, o a la protección por ser sujetos de especial protección constitucional (fuero por salud o protección a la mujer embarazada).

Se podrían señalar múltiples factores como la falta de formulación adecuada o la falta de pruebas, pero como se evidencia en la mayoría de las negativas, el principal factor de decisión se debe a problemas en la garantía del derecho al acceso a la justicia por parte de los jueces de tutela. En ese sentido, se evidencia que solo en 53 de los procesos (37 %) se negó la protección del derecho constitucional, mientras que en 51 (35,9%) los jueces declararon que la tutela resultaba improcedente e, incluso, un juez se inhibió fallar.

Respecto a las peticiones de pago de salarios, prestaciones sociales o indemnizaciones, que equivalen al 71,2 % de las peticiones, solo nueve siguieron siendo favorables después de las decisiones de segunda instancia. En 39 ocasiones fueron negadas y en 44 ocasiones fueron declaradas improcedentes.

En 76 de los 142 registros, los jueces de primera o segunda instancia argumentaron que la protección de los derechos laborales no procedía por medio de acción de tutela, porque los trabajadores contaban con otro mecanismo judicial de protección; en 37 ocasiones, porque determinaron que no había vulneración de derechos laborales; en 33, porque no se contaba con pruebas suficientes; en 27, por no acreditar un perjuicio irremediable; 29, por no cumplir con requisitos de subsidiariedad, y en ocho, por no cumplir con el requisito de inmediatez.

Para negar la protección incoada a través de las acciones de tutela se utilizaron distintos argumentos, los cuales se analizaron a la luz de las peticiones de carácter general y a las de carácter prestacional, así:

Razones para negar	En general	Casos de prestaciones
Otro mecanismo ordinario de defensa judicial	53,5	62,5
No se vulneran o amenazan derechos fundamentales	26	26,9
No hay prueba suficiente	23	25,9
No se evidencia perjuicio irremediable	19	21,1
No se cumple con el principio de inmediatez	5,9	7,6
No cumple con el requisito de subsidiariedad	20,4	21,1

Al revisar los argumentos inscritos en la tabla anterior se hizo posible evidenciar que constantemente, a pesar del contexto generado por la pandemia de la Covid-19, se evitó el estudio de fondo del caso o se valoró de manera perjudicial a los trabajadores, sin aducir razones suficientes para ello, como se explica a continuación:

- La mayoría de los casos estudiados versaban sobre trabajadores/as a quienes se les suspendieron contratos de trabajo (sin pago de salarios; en algunos casos, con pago de seguridad social) durante periodos prolongados de tiempo, y sin que la suspensión tuviera un lapso determinado. Los empleadores fundamentaron estas suspensiones en las dificultades económicas o medidas de restricción de movilidad generadas por la pandemia.
- De igual forma, casi en la totalidad de los casos, los empleadores reconocieron como ciertos los hechos de suspensión o terminación de contratos, pero justificaban ese tipo de actuación generalmente bajo los mismos motivos: i) la existencia de pandemia y restricciones generadas por la normatividad nacional, ii) grave afectación económica, sin pruebas que lo sustentasen (con la simple afirmación sin sustento técnico, ni independiente, ni con pruebas), iii) estar en ejercicio de una potestad legal (basados en las normas emitidas por Presidencia de la República o por las circulares del Ministerio del Trabajo durante la pandemia), iv) improcedibilidad de la acción de tutela, porque se debe agotar el procedimiento legal y, v) inexistencia de un perjuicio irremediable.

En las acciones constitucionales se evidenció que los jueces no realizaron una lectura conjunta frente a los hechos y fundamentos de derechos que se establecieron en el escrito tutelar para determinar los derechos fundamentales, la vulneración y la inmediatez, por el contrario, los jueces constitucionales hicieron el análisis con un enfoque procedimental, para inhibirse de fallar sobre lo sustancial y sobre la protección de los derechos fundamentales, ya que su análisis recayó en la formalidad, situación que conllevó a la denegación de la justicia, en la medida que vulneró el derecho sustancial sobre el procedimental. Por este motivo se pudo observar que un alto porcentaje de las acciones presentadas fueron negativas, debido a que el juez orientó su análisis en lo procesal, como es la improceden-

cia de la acción, argumentado que existe otro mecanismo de protección, como lo es un proceso ordinario, y desconociendo que los derechos afectados eran fundamentales y buscaban una protección inmediata debido a las circunstancias sociales de emergencia sanitaria que se estaban presentando.

En otros casos, los argumentos utilizados por el juez sustentaron en las medidas adoptadas por el Estado para solventar el mínimo vital de los trabajadores, es decir, no se ofreció la protección de los derechos fundamentales a los trabajadores, si no que se aceptaron y avalaron las medidas adoptadas por las empresas, deduciendo que el trabajador podía solventar sus necesidades básicas con las cesantías y el beneficio económico al cesante ofrecido por las cajas de compensación, entre otros, sin tener cuenta las medidas que el Ministerio de Trabajo había determinado para la protección del empleo, al igual que, los conceptos sacados por el ente ministerial que evidenciaban que muchos de los empleadores habían utilizado de manera incorrecta las figuras jurídicas para trasladarle la carga de la pandemia a los trabajadores que son los sujetos de especial protección en la relación laboral, actitudes que menoscaban los derechos fundamentales de los trabajadores y sus familias y que coloca en riesgo la acción de tutela como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales para los trabajadores.

Con el marco estadístico descrito, y al tener la contraposición de trabajadores y empleadores, resulta muy dicente cómo los jueces solo emitieron sentencias protectoras de derechos en el 21 % de los casos, siempre mostrando las siguientes tendencias:

1. Presunción de veracidad de lo afirmado por los empleadores vs. carga probatoria estricta a trabajadores y trabajadoras

En los fallos analizados se evidenció que, en la revisión de las acciones de tutela, los jueces nunca analizaron el sustento probatorio de la afectación económica de la pandemia en el caso en concreto, tampoco solicitaron pruebas para evidenciar la forma en que las medidas de cierre habían afectado a los empleadores, no importaba si eran empresas con una gran capacidad económica, o si los resultados operacionales eran siempre favorables o no, simplemente las afirmaciones genéricas esgrimidas por los empleadores en torno a las pérdidas

económicas que les generaba la Covid-19 eran suficientes para que los jueces negasen la protección a derechos laborales.

La conclusión, entre líneas, de las sentencias, es que la afectación económica padecida en la pandemia justifica la vulneración de derechos laborales, es decir, se revierte el principio de ajenidad de los riesgos que recae en el empleador. Esta situación es absolutamente contraria al derecho laboral constitucional colombiano, pues las pérdidas económicas no pueden afectar los derechos de los trabajadores, pero especialmente cuando se encontraban en alta condición de vulnerabilidad debido a la pandemia y sus consecuencias. El hecho de hacer un mal negocio, o que por medidas restrictivas del Gobierno se afecte la prestación del servicio no está consagrado como justificación para la violación de derechos. Esta es una lógica que vulnera principios fundantes del Estado social de derecho en Colombia, como la solidaridad (art. 95 CP), en virtud de la cual todas las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas deben implementar acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de los ciudadanos, especialmente, aquellos que se encuentran en un especial estado de vulnerabilidad.

Lamentable es entonces concluyente que los jueces, en la mayoría de casos, tuvieron un doble racero, pues si, por una parte no exigieron pruebas a las empresas, por otra, se negaron a estudiar la protección de derechos en razón a que no se demuestra un perjuicio irremediable.

Vale la pena aclarar que la acción de tutela procede de manera subsidiaria, es decir, si existe un mecanismo ordinario judicial para proteger el derecho, se debe preferir, salvo una excepción: se protegerá por vía de tutela para evitar un perjuicio irremediable, es decir, que es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave la subsistencia de la persona, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen (Sentencia T-318 de 2017).

Esta excepción implica para el trabajador que presenta la tutela la carga probatoria de evidenciar con alto grado de certeza la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Lo que resulta sorprendente es que los jueces de tutela no consideren que el impago de salarios por un tiempo prolongado genere perjuicios irremediables, y especialmente en el contexto de

pandemia. La totalidad de casos estudiados hacían referencia a trabajadores que dependían de su salario para dar sustento económico a sus familias, es decir, para garantizarse los derechos de educación, vivienda, alimentación, pago de servicios públicos de primera necesidad, y, por tanto, al perder este ingreso por un tiempo prolongado, tanto el derecho al trabajo como los demás derechos fundamentales perderían su respaldo, generando graves perjuicios, tales como la desescolarización (Chacón, 2020) o la falta de recursos para poder alimentarse tres veces al día, como sucedió en 2,4 millones de hogares en Colombia (Portafolio, 2021). Sin embargo, a pesar del contexto, para los jueces no fue suficiente demostrar la suspensión o pérdida de salarios (incluyendo el reconocimiento del hecho por parte de empleadores) pues exigieron una mayor carga probatoria.

2. Negación del acceso a la justicia constitucional sobre el argumento de existencia de otros mecanismos de defensa judicial

Al ser un mecanismo subsidiario a otro mecanismo de defensa judicial en materia laboral, la acción de tutela resulta procedente cuando la jurisdicción ordinaria no es idónea para la protección de los derechos fundamentales. Ahora, también es claro que la tutela sí es procedente cuando lo se está ante una situación de perjuicio inminente y se pretende evitar la violación de derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, resulta significativo que la rama judicial haya suspendido sus actividades durante los primeros meses de la pandemia, mientras adaptaba sus formas a herramientas tecnológicas para prestar el servicio y el derecho de acceso a la justicia. No obstante, la lógica mayoritaria inscrita en las sentencias analizadas, parte de que trabajadores, trabajadoras y sus familias pueden esperar largos tiempos para obtener protección frente a la violación por no pago de salarios o indemnizaciones, en el contexto de pandemia, hasta que se genere un fallo judicial que resuelva sus problemas jurídicos.

En el mismo sentido, la resolución de juicios laborales logra su solución, en promedio, durante el año siguiente a la presentación de la demanda, situación que la Corte Constitucional considera razonable y aceptable (Sentencia T-020/21).

Las trabajadoras y los trabajadores cuyo único ingreso es el salario, o que son beneficiarios de los subsidios por pérdida de empleo en pandemia, correspondientes a 160.000 pesos por tres meses (Decreto 801/20), no alcanzarían a tener ingresos suficientes para satisfacer su mínimo vital. No obstante, para la Corte Constitucional, se podría esperar hasta un año, mientras se emite la sentencia de primera instancia (Consejo Superior de la Judicatura & Corporación Excelencia en la Justicia 2016), sin tener en cuenta que pudiera existir tiempo adicional si se interponen recursos de apelación y el proceso de cobro ejecutivo, posición que resulta difícil de mantener en un contexto de pandemia, como el que se está viviendo en la actualidad.

Es evidente cómo la Corte Constitucional no evalúa el acceso a la justicia de acuerdo con las necesidades de la sociedad o de los trabajadores, sino acorde a los tiempos comparados con décadas anteriores.

A su vez, debe tenerse en cuenta que la justicia laboral en Colombia no es persuasiva, ni mucho menos eficaz, e implica generalmente costos para tener una defensa adecuada. Lamentablemente no se avizoran cambios estructurales que permitan garantizar el acceso a la justicia laboral, sino simplemente modificaciones tecnológicas para facilitar las comunicaciones. No responder a la demanda de acceso a la justicia de la sociedad colombiana, hace que se mantengan desigualdades estructurales y que el derecho al trabajo sea un privilegio de pocos.

3. Evasión del problema jurídico de fondo de los casos presentados

En el presente estudio se realizaron las siguientes preguntas orientadoras: ¿en los fallos analizados se evidenció la existencia de circunstancias de fuerza mayor que justificaran el incumplimiento de derechos laborales? y ¿la afectación económica es una excusa suficiente para la violación de derechos laborales?

De las 142 tutelas revisadas no fue posible obtener una respuesta, teniendo en cuenta que los jueces de tutela nunca evaluaron, así fuera de forma sumaria, si existía o no una fuerza mayor o un caso fortuito que permitiera suspender contratos de trabajo. En algunas ocasiones, afirmaron que esa situación requería una evaluación por vía de demanda ordinaria laboral, en otras mencionaron que ella implicaba un trámite administra-

tivo ante inspectores de trabajo (hecho que negó el Ministerio de Trabajo en Circular 22 del 19 de marzo de 2020) pues en su criterio, debían ser los jueces.

La fuerza mayor requiere la imposibilidad real de cumplir con la obligación, sin embargo, las medidas de trabajo en casa, imposición de vacaciones o la flexibilidad que se generó para realizar actividades comerciales o industriales demuestran que no en todos los casos existía la imposibilidad de trabajar, sin embargo, ninguno de los jueces de tutela revisó las circunstancias de fuerza mayor, ni en ninguno de los casos estudiados se declaró la existencia de la misma, por lo que la suspensión de contratos o el impago de salarios no tenía en ningún caso fundamento legal.

Por tanto, la violación de derechos laborales fundamentales evidenciada en los procesos de tutela analizados no fue atendida oportunamente por los jueces de tutela, si se tiene en cuenta que éstos exclusivamente hicieron referencia a fundamentos procedimentales sin que se evidenciara una posición proactiva en orden a proteger estos derechos. En ese sentido, no analizaron los problemas jurídicos de fondo, sino que priorizaron la emisión de decisiones basadas en la inexistencia de un perjuicio irremediable y/o la idoneidad de la jurisdicción ordinaria laboral o del Ministerio del Trabajo.

4. Justificación judicial de las violaciones a los derechos laborales

Si bien, en las sentencias analizadas, estos argumentos no constituyeron la razón principal de la decisión, en varias de sus intervenciones los jueces plantearon la existencia de alternativas económicas, como eje para justificar la inexistencia de un perjuicio irremediable. En ese sentido, para los jueces de tutela, los trabajadores y las trabajadoras contaban con la posibilidad de adelantar sus vacaciones o de “disfrutar” de las colectivas,¹⁵ la posibilidad de que los trabajadores pudieran retirar sus cesantías, la posibilidad de acceder a préstamos o ayudas del sector bancario o de las entidades prestadoras de servicios públicos; todas mencionadas por algunas decisiones

15. Sin reparar en la desnaturalización de las vacaciones, que se utilizaron para acatar una orden de aislamiento obligatorio y toques de queda, y no para el descanso del trabajador(a).

de tutela que para sus autores, constituyeron razones suficientes para demostrar la inexistencia de un perjuicio irremediable y por tanto la improcedencia de la acción de tutela.

5. Falta de colaboración armónica: ausencia absoluta del Ministerio del Trabajo en la justicia constitucional laboral

Pese a que el Ministerio del Trabajo en la Circular 22 de 2020 anunció la existencia de un procedimiento de fiscalización laboral riguroso, como mecanismo para priorizar la defensa de derechos laborales en el contexto de pandemia, esta proactividad no se vio reflejada en los 142 fallos estudiados, toda vez que en los casos en que fue vinculado, el Ministerio no hizo intervenciones, o se limitó a solicitar su exclusión del conflicto por no ser quien vulneró los derechos fundamentales.

La colaboración con la justicia por parte del Ministerio del Trabajo ha sido y sigue siendo nula y sus funciones para verificar la existencia de fuerza mayor no fueron cumplidas, lo cual hace que los inspectores de trabajo sean inoperantes e ineficaces en la protección de derechos laborales fundamentales, aún en el contexto de pandemia.

6. Carencia de jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre casos de violación de derechos laborales durante la pandemia

Conforme al artículo 33 de Decreto 2591/91, la Corte Constitucional puede revisar casos de tutela dentro de los 30 días siguientes a su recepción para resolverlos en los tres meses siguientes.

Lamentablemente, después de realizar una búsqueda sobre las posibles decisiones de la corte constitucional respecto a suspensión de contratos, imposición de licencias no remuneradas, disminución de salarios o medidas de bioseguridad para proteger los derechos laborales, solo se encontró una sentencia, la cual no fue analizada dentro de los 142 casos estudiados, debido a que no se refiere a un caso laboral.

La Corte, para proteger el derecho a la salud de un paciente, en la Sentencia T-266/20 ordenó que le otorgaran implementos de bioseguridad al personal de la salud, es decir, no se protegió siquiera el derecho al trabajo del personal de la salud

ni sus derechos a la salud y seguridad en el trabajo, sino los derechos de los pacientes como beneficiarios de la prestación del servicio de trabajadores y trabajadoras de la salud.

Estas preocupantes tendencias demuestran cómo los jueces de tutela, y los jueces en general, continúan menospreciando la categoría de derecho fundamental que tiene el derecho al trabajo. Desconectan constantemente el derecho al pago oportuno y suficiente del salario del derecho al trabajo y, mientras avanza en la protección progresiva de derechos en sentencias importantísimas en favor de migrantes irregulares, o en las condiciones del sistema penitenciario en el marco de la pandemia, para casos igualmente fundamentales, como es la protección al trabajo e ingresos, no existen precedentes favorables que ayuden a los trabajadores(as) o que apoyen y orienten la labor de los jueces.

Se espera que los empleadores cesen en su intento de utilizar la pandemia como excusa para seguir flexibilizando o desmontando derechos laborales, ahorrando costos a costa de las condiciones de trabajo de sus trabajadores y trabajadoras; que el Ministerio del Trabajo dé trámite y resuelva efectivamente las querellas que le fueron presentadas durante la pandemia y que con sus sanciones ejemplares evite que persistan las violaciones; pero, sobre todo, que los operadores judiciales ejerzan el rol garantista que les corresponde en un Estado social de derecho.



Referencias

- Vogt, J. (2021). Global Labour Rights Reporter (1.º Ed). *Acceso a la Justicia Laboral*, 1(1),1-53. <https://www.ilawnetwork.com/wp-content/uploads/2021/01/GLRR-Spanish-FINAL.pdf>
- Vita, L. (27 de octubre de 2020). La Corte Constitucional tumbó siete de los decretos expedidos durante la emergencia. Asuntos Legales. <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/la-corte-constitucional-tumbo-siete-de-los-decretos-expedidos-durante-la-emergencia-3080126>
- Amado, A., Parra I. y Hawkins D. (2021). Acceso a la justicia en los tiempos de la COVID 19: ¿Fue viable la Acción de Tutela para proteger los derechos laborales en los cinco sectores priorizados por el Plan de Acción Laboral? Escuela Nacional Sindical. <https://calcolombia.co/wp-content/uploads/2021/02/Acceso-a-la-justicia-en-los-cinco-sectores-priorizados-por-el-PAL.-010221.pdf>
- Consejo Superior de la Judicatura & Corporación Excelencia en la Justicia. (2016). Resultado del estudio de tiempos procesales. Tomo I. Páginas 135-139. https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/8829673/TOMO+I+TIEMPOS+PROCESALES_18122015.pdf/2da294fd-3ef6-4820-b9e0-7a892b1bdbf0. [consultado el 15 de enero de 2021].
- Informa Economy (28 de diciembre de 2020). Self-employment rate. Twitter. <https://twitter.com/EconomyInformal/status/1343567127350009856>
- Ministerio del Trabajo (2020). Boletín cuarto trimestre. <https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/61442830/Bolet%C3%ADn+Cuarto+Trimestre+2020.pdf/69b839e3-9628-3161-8fc4-3e777038ad48?t=1614205861915>
- Chacón, M. (27 de octubre de 2020). Más de 100.000 niños dejaron de estudiar en Colombia por la pandemia. El Tiempo. <https://www.eltiempo.com/vida/educacion/educacion-en-colombia-mas-de-100-000-ninos-dejaron-de-estudiar-por-la-pandemia-545476ç>
- Portafolio. (25 de marzo de 2021). 2,4 millones de hogares ya no comen tres veces al día <https://www.portafolio.co/economia/dane-2-4-millones-de-hogares-ya-no-comen-tres-veces-al-dia-en-colombia-550416>