**ACCIÓN DE TUTELA -** **Improcedencia - Falta de cumplimiento requisito de subsidiariedad - Contrato realidad - Reconocimiento relación laboral - Justicia ordinaria laboral**

En el sub lite la accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales como consecuencia del despido injustificado del cargo que venía desempeñando en los módulos de AVIANCA en el Aeropuerto Internacional Alfonso Bonilla Aragón. En primera instancia el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, declaró la improcedencia de la solicitud de tutela (…) En el escrito de impugnación la accionante indicó que acudió a la acción de tutela por cuanto de no hacerlo se le causaría un perjuicio irremediable (…). Insistió en la configuración de un contrato realidad con Avianca y adujo que, al ser verdadera trabajadora de esta empresa, tiene derecho a la sindicalización y lo que de ella se deriva. la Sala observa que, como lo consideró el Tribunal a quo, la acción de tutela de la referencia resulta improcedente, pues no cumple con el requisito de la subsidiariedad. Lo primero que se debe señalar es que la inconformidad de la accionante se encuentra, por un lado, en la falta de justificación de su despido y, por otra parte, en la existencia de un contrato entre ella y Avianca. Para tal fin, la Sala advierte que la señora Sandra Milena Ortiz Daza puede formular sus pretensiones ante el juez ordinario laboral, para que sea este quien decida si en efecto existió un despido injustificado y declare o no la existencia del contrato de la tutelante con Avianca. En lo concerniente al perjuicio irremediable, la Sala observa que en el escrito de impugnación la actora no desvirtuó los argumentos expuestos por el a quo relacionados con la falta de demostración de las condiciones para ser considerada una madre cabeza de familia y, en consecuencia, sujeto de especial protección constitucional. Asimismo, en cuanto al fundamento del perjuicio irremediable que expuso la tutelante en su impugnación, en concreto, “la eliminación de la antigüedad en el proceso de formalización”, este no es de recibo, toda vez que se trata de un asunto que también ha de exponer ante el juez ordinario laboral.(…) Por lo expuesto, la vía ordinaria y eficaz para las pretensiones de la accionante es acudir a un proceso laboral, no la acción de tutela, que como bien es sabido constituye un mecanismo excepcional para la protección de los derechos fundamentales y no una tercera instancia judicial.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION QUINTA**

**Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO**

Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 76001-23-33-000-2017-01216-01(AC)**

**Actor: SANDRA MILENA ORTIZ DAZA**

**Demandado: MINISTERIO DE TRABAJO Y OTROS**

La Sala decide la impugnación interpuesta por la señora Sandra Milena Ortiz Daza, contra la sentencia de 29 de agosto de 2017, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró la improcedencia de la presente acción de tutela.

1. **ANTECEDENTES** 
   1. **Solicitud**

La señora Sandra Milena Ortiz Daza, en nombre propio, presentó acción de tutela contra la Nación – Ministerio de Trabajo, Aerovías del Continente Americano S.A. –Avianca- y la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava, con el fin de reclamar el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, al derecho de asociación sindical y al debido proceso.

La peticionaria consideró vulnerados los mencionados derechos con ocasión del despido injustificado del cargo que venía desempeñando en los módulos de AVIANCA en el Aeropuerto Internacional Alfonso Bonilla Aragón.

**1.2. Hechos**

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

* La señora Ortiz Daza fue vinculada a la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava, el 18 de octubre de 2013, *“(…) después de haber pasado como temporal en un proceso de selección de Avianca”*.
* El cargo a desempeñar por la tutelante fue como auxiliar de servicio al cliente para la aerolínea Avianca S.A., en jornada reducida para medio tiempo.
* El 2 de agosto de 2017, Servicopava le notificó a la accionante que mediante Resolución No. 242 decidió retirarla de las labores asociativas que ella venía desempeñando en la Cooperativa, dando fin a su calidad de Trabajadora Asociada.
* La señora Sandra Milena y otros compañeros que fueron retirados, formularon una reclamación por lo sucedido ante el Ministerio de Trabajo – Dirección Territorial del Valle del Cauca.
  1. **Fundamentos de la acción**

La parte actora consideró que *“(…) la violación de nuestros derechos va desde el despido injustificado, a la violación del derecho fundamental de asociación, pasando por la violación de fueros sindicales, pues tampoco se ha dado proceso laboral para el levantamiento de fuero”*.

Indicó que al momento de su retiro y el de sus compañeros no estuvo presente el Ministerio de Trabajo ni la Junta Directiva del Sindicato ANTSA.

Precisó que entre Avianca y ella existió un contrato, pues a pesar de la intermediación de Servicopava, es claro que quien le envió las dotaciones, carnet de identificación laboral con el logo de la compañía, los elementos de trabajo e insumos, fue Avianca. Agregó que la programación de turnos de trabajo y asignación de labores diarias, las consultaba directamente de una plataforma de Avianca y no de la Cooperativa.

Adujo *“Soy madre cabeza de hogar y estudiante en la institución educativa para el trabajo y desarrollo humano COMFANDI, vivo con mi hija de 7 años Zuanny Alejandra Marín Ortiz estudiante actualmente soy la persona que paga el 100% de los gastos y necesidades, soy responsable de su alimentación y educación soy la persona encargada de pagar el arriendo y servicios de la casa en la cual vivimos”*.

**1.4. Pretensiones**

Presentó las siguientes:

*“De acuerdo a los hechos narrados señor juez le solicito CONCEDER EL AMPARO CONSTITUCIONAL DE MIS DERECHOS FUNDAMENTALES DERECHO AL TRABAJO, DERECHO AL MÍNIMO VITAL, DEBIDO PROCESO, CONTRATO REALIDAD – Prevalencia de lo sustancial sobre la formalidad y en consecuencia se sirva ordenar a las empresas:*

1. *El reintegro inmediato al trabajo que se venía desempeñando, esto sin solución de continuidad.*
2. *El pago de los emolumentos dejados de percibir por la actuación arbitraria de la empresa.*
3. *El pago de la indemnización del despido sin justa causa”[[1]](#footnote-1).*

**1.5. Trámite de la acción de tutela**

Con auto de 17 de agosto de 2017[[2]](#footnote-2), el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, admitió la solicitud de amparo y ordenó su notificación a las partes.

**1.6. Contestación**

**1.6.1. Ministerio de Trabajo**[[3]](#footnote-3)

Mediante escrito radicado el 22 de agosto de 2017, indicó que la accionante presentó el 4 de agosto de 2017 queja ante esta entidad en contra de Avianca y Servicopava.

Señaló *“Por dilucidarse hechos que resultarían atentatorios de la Ley laboral y otras disposiciones de orden social que son objeto de vigilancia por parte del Ministerio de Trabajo, se determinó comisionar a un Inspector de Trabajo, para realizar VISITA DE CARÁCTER GENERAL y AVERIGUACIÓN PRELIMINAR, quien avocó el conocimiento de la misma, disponiendo practicar las pruebas que permitan establecer si existe o no mérito para iniciar Procedimiento Administrativo Sancionatorio contra la empresa AVIANCA y la Cooperativa SERVICOPAVA (…)”.*

**1.6.2. Aerovías del Continente Americano S.A. –AVIANCA-**[[4]](#footnote-4)

Solicitó declarar la improcedencia de la presente acción de amparo constitucional al considerar que existen otros medios de defensa judicial (artículo 6 del Decreto 2591 de 1991), en concreto, la accionante puede acudir al proceso ordinario laboral.

Señaló que Avianca S.A. carece absolutamente de legitimación en la causa por pasiva, pues no es ni ha sido la empleadora de la tutelante.

Precisó que si eventualmente la señora Ortiz Daza desarrolló por parte de Servicopava algún tipo de acción para materializar la oferta mercantil suscrita entre la cooperativa y la sociedad, por conducto del canon 40 del Código Sustantivo de Trabajo, es legal la expedición de carnet a personas que no son trabajadoras de la aerolínea, sin que se requiera de ningún tipo de autorización para tal fin.

En cuanto a la programación de los turnos, manifestó que si bien Avianca es la entidad que la elabora, es Servicopava la que determina las personas disponibles para ello.

**1.6.3. Cooperativa de Trabajo Asociado SERVICOPAVA**[[5]](#footnote-5)

Con escrito radicado el 23 de agosto de 2017, indicó que entre la tutelante y la cooperativa no se celebró ningún contrato de trabajo, sino un acuerdo cooperativo de trabajo asociado, el cual se llevó a cabo en razón a la solicitud de vinculación como asociada hecha por la actora. Precisó que de dicho acuerdo, surgió una relación de carácter jurídico – comercial, la cual actualmente se encuentra extinta.

Respecto de la condición de madre cabeza de familia que alegó la señora Sandra Milena, no se ha demostrado por su parte el cumplimiento de todos los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para ser tenida como tal.

Explicó que a la tutelante se le notificó legalmente la Resolución No. 242 de 2017, a través de la cual se decretó el retiro de su labor asociativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 del Régimen de Trabajo Asociado. Además, enfatizó en que ningún tipo de terminación de convenios de asociación, requiere de autoridad alguna que los avale.

Igualmente, señaló que la asociación sindical a la que se refiere la accionante no es de Servicopava, toda vez que en las relaciones típicamente cooperativas no existe la figura de empleador-trabajador.

Adujo que la cooperativa es quien entrega los elementos de protección personal, dotación y carnets de identificación de sus trabajadores asociados. Agregó que así como es cierto que por políticas y exigencias de seguridad aeroportuarias, es obligatorio que todas las personas que presten algún servicio al aeropuerto lleven el logo de la aerolínea correspondiente, también lo es que al respaldo del documento se encuentra la distinción e identificación de la cooperativa.

Finalmente, advirtió que *“(…) es evidente que la señora Ortiz no demostró plenamente que se le estuviera “vulnerando” algún derecho fundamental, que es la razón de ser de la acción de tutela, y como consecuencia en el presente caso resulta improcedente; es más, las peticiones que eleva el accionante, como ya se ha dicho en el transcurso del presente escrito deben ser dirimidas dentro de un proceso ordinario laboral y no dentro del marco de la acción de tutela”*.

**1.7. Sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia de 29 de agosto de 2017[[6]](#footnote-6), declaró improcedente la solicitud de tutela.

*“En dichas condiciones se reafirma, que la acción de amparo constitucional, es de carácter subsidiario y excepcional, por lo que en el evento de existir mecanismos ordinarios de defensa judicial, se debe acudir a estos, a menos que los mismos no sean suficientemente eficaces para buscar la protección que se persigue, ante la existencia de un perjuicio irremediable. De igual forma, cuando la acción de tutela la interpongan, personas consideradas como sujetos de especial protección constitucional, como lo son las mujeres cabeza de familia, calidad que invoca la señora Sandra Milena Ortiz Daza, se admite su procedencia excepcionalmente, aun ante la existencia de dichos mecanismos.*

*(…)*

*De lo anteriormente aducido, y aplicado al proceso sub-examine, se evidencia que la actora no acreditó su condición de ser MADRE CABEZA DE FAMILIA y por ende ser sujeto especial de protección constitucional (…)*

*En este orden de ideas, teniendo claro que la tutela es un instrumento subsidiario y, que por lo mismo, sólo procede a falta de otra acción. Que procede ante la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable en aras de evitar su consumación o cuando se encuentre en presencia de un sujeto de especial protección, situaciones que no se encuentran presentes en el caso bajo estudio, deviene su rechazo por improcedente”.*

**1.8. Impugnación**

Por medio de escrito radicado el 6 de septiembre de 2017*[[7]](#footnote-7)*, la parte actora impugnó el fallo de primera instancia. En cuanto a la subsidiariedad y a la existencia de un perjuicio irremediable adujo:

*“(…) al no haberse dado un proceso disciplinario para el despido, y habérseme terminado la contratación por el supuesto argumento de la variación de la oferta mercantil entre la CTA y AVIANCA, se está faltando a la verdad, pues de forma paralela a los despidos se han contratado nuevamente a trabajadores que se encuentran supliendo nuestros cargos, razón por la que se hace necesario que el juez de segunda instancia, solicite a la cooperativa los soportes que prueben efectivamente tal variación, verificando igualmente la vinculación de nuevos (sic) personal desde el 2 de agosto a la fecha.*

*Esta es la razón por la que debimos recurrir a la acción de tutela para la protección de nuestros derechos fundamentales, pues de lo contrario se nos causaría un perjuicio irremediable pues en atención a la condición de la CTA como intermediador de la verdadera relación con Avianca, al darse nuestro despido lo que se quiso fue eliminar la antigüedad en el proceso de formalización”.*

Insistió en la configuración de un contrato realidad con Avianca. Además, citó lo resuelto por el Ministerio de Trabajo en la investigación interna efectuada en su caso y de sus compañeros, con lo que puso en evidencia la sanción impuesta a Avianca y a Servicopava.

Adujo que al ser verdaderos trabajadores de Avianca, tienen derecho a la sindicalización y, en consecuencia, la posibilidad de presentar pliegos de peticiones y realizar negociaciones colectivas. Por lo anterior, explicó que en razón a la vigencia del fuero sindical, era imposible el despido sin justa causa comprobada.

**1.9. Documentos allegados en segunda instancia**

El 12 de septiembre de 2017*[[8]](#footnote-8)*, la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava allegó un escrito mediante el cual se opuso a los argumentos expuestos en el escrito de impugnación de la señora Ortiz Daza, al considerar que el despacho de conocimiento analizó detalladamente las pruebas aportadas.

Indicó que *“Frente al caso de la señora SANDRA MILENA ORTIZ DAZA, el Juez A-QUO reafirmó que el amparo constitucional es de CARÁCTER SUBSIDIARIO Y EXCEPCIONAL, y de existir mecanismos ordinarios de defensa judicial, la accionante debe acudir a los mismos para que sea el juez ordinario que dirima las discrepancias entre la tutelante y mi representada”*.

1. **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**2.1. Competencia**

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia de 29 de agosto de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015 y, en el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena de esta Corporación.

* 1. **Problema jurídico**

Corresponde a la Sala determinar si procede confirmar, modificar o revocar la providencia de 29 de agosto de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el curso de la acción de tutela instaurada por señora Sandra Milena Ortiz Daza contra la Nación – Ministerio de Trabajo, Aerovías del Continente Americano S.A. –Avianca- y la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava, con el fin de reclamar el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, al derecho de asociación sindical y al debido proceso.

En consecuencia, se analizarán los siguientes aspectos: (i) panorama general de la acción de tutela y (ii) análisis del caso concreto.

**2.3. Panorama general de la acción de tutela**

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede ejercer la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales siempre que sean violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los precisos casos en que indica el Decreto 2591 de 1991.

Constituyen rasgos distintivos de esta acción: la inmediatez y la subsidiariedad. El primero apunta al amparo efectivo, concreto y actual del derecho fundamental que se dice vulnerado o amenazado.

El segundo, condiciona el ejercicio de esta acción a la inexistencia de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para evitar la lesión del derecho fundamental.

**2.4. Caso concreto - análisis de requisitos de procedibilidad de la acción**

En el *sub lite* la accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales como consecuencia del despido injustificado del cargo que venía desempeñando en los módulos de AVIANCA en el Aeropuerto Internacional Alfonso Bonilla Aragón.

En primera instancia el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, declaró la improcedencia de la solicitud de tutela, toda vez que consideró que *“En este orden de ideas, teniendo claro que la tutela es un instrumento subsidiario y, que por lo mismo, sólo procede a falta de otra acción. Que procede ante la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable en aras de evitar su consumación o cuando se encuentre en presencia de un sujeto de especial protección, situaciones que no se encuentran presentes en el caso bajo estudio, deviene su rechazo por improcedente”*.

En el escrito de impugnación la accionante indicó que acudió a la acción de tutela por cuanto de no hacerlo se le causaría un perjuicio irremediable “(…) *pues en atención a la condición de la CTA como intermediador de la verdadera relación con Avianca, al darse nuestro despido lo que se quiso fue eliminar la antigüedad en el proceso de formalización**”.* Insistió en la configuración de un contrato realidad con Avianca y adujo que, al ser verdadera trabajadora de esta empresa, tiene derecho a la sindicalización y lo que de ella se deriva.

Ahora bien, de los antecedentes y de las pruebas allegadas al expediente la Sala observa que, como lo consideró el Tribunal *a quo,* la acción de tutela de la referencia resulta improcedente, pues no cumple con el requisito de la subsidiariedad.

Lo primero que se debe señalar es que la inconformidad de la accionante se encuentra, por un lado, en la falta de justificación de su despido y, por otra parte, en la existencia de un contrato entre ella y Avianca.

Para tal fin, la Sala advierte que la señora Sandra Milena Ortiz Daza puede formular sus pretensiones ante el juez ordinario laboral, para que sea este quien decida si en efecto existió un despido injustificado y declare o no la existencia del contrato de la tutelante con Avianca.

En lo concerniente al perjuicio irremediable, la Sala observa que en el escrito de impugnación la actora no desvirtuó los argumentos expuestos por el *a quo* relacionados con la falta de demostración de las condiciones para ser considerada una madre cabeza de familia y, en consecuencia, sujeto de especial protección constitucional.

Asimismo, en cuanto al fundamento del perjuicio irremediable que expuso la tutelante en su impugnación, en concreto, *“la eliminación de la antigüedad en el proceso de formalización”*, este no es de recibo, toda vez que se trata de un asunto que también ha de exponer ante el juez ordinario laboral.

Frente al fuero sindical, es menester señalar que si bien la señora Sandra Milena lo mencionó en su escrito de impugnación, este no fue acreditado.

Por lo expuesto, la vía ordinaria y eficaz para las pretensiones de la accionante es acudir a un proceso laboral, no la acción de tutela, que como bien es sabido constituye un mecanismo excepcional para la protección de los derechos fundamentales y no una tercera instancia judicial.

La Sala insiste en el carácter subsidiario de la acción de tutela, por lo que no puede el juez desplazar o suplantar los mecanismos judiciales ordinarios con los que cuentan los ciudadanos, máxime cuando estos son idóneos y eficaces.

Así las cosas, en atención a las razones expuestas por la Sala, resulta evidente que en el *sub examine* no procede la intervención del juez constitucional, razón suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia que declaró improcedente la solicitud de amparo de la referencia.

**III. DECISIÓN**

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 29 de agosto de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes y a los terceros intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO:** Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

**Presidente**

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

**Consejera**

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**Consejera**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**

**Consejero**

1. Folio 7. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 60. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 61 a 74. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 75 a 82. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 96 a 105. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 213 a 219. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 230 a 236. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 300 a 306. [↑](#footnote-ref-8)