

Sentencia T-620/17

ACCION DE TUTELA FRENTE A CONTROVERSIAS LABORALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Subordinación o indefensión frente al particular accionado

PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS

CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA DE TUTELA-Corresponde a quien instaure la acción

La Corte ha sostenido que quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que funda su pretensión, porque quien conoce la manera como se presentaron los hechos y sus consecuencias, es quien padece el daño o la amenaza de afectación.

ACCION DE TUTELA PARA OBTENER REINTEGRO LABORAL-Improcedencia por cuanto no se demostró la prestación personal del servicio

A pesar de que la Sala hizo uso de sus facultades oficiosas, en este trámite no fue posible demostrar los hechos alegados por la actora y, en esa medida, no se verificó la existencia de una relación de subordinación o indefensión respecto de las accionadas, y mucho menos la vulneración de los derechos cuyo amparo solicitó.

Referencia: Expediente T-6.116.937

Acción de tutela presentada por Patricia Celis Arenilla contra la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación.

Procedencia: Juzgado 4º Civil del Circuito de Oralidad de Barranquilla.

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

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

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas, y las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia, adoptado por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Oralidad de Barranquilla, el 25 de noviembre de 2016, que confirmó la decisión proferida por el Juzgado 31 Civil Municipal de Barranquilla en el proceso de tutela promovido por la señora Patricia Celis Arenilla contra la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación.

Conforme a lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Cuatro de la Corte Constitucional mediante auto del 27 de abril de 2017, escogió, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia.

De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

I. ANTECEDENTES

El 26 de septiembre de 2016, la señora Patricia Celis Arenilla, obrando mediante apoderado, interpuso acción de tutela contra la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, al mínimo vital, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social y a la vida digna, en razón a que la citada sociedad ha omitido realizar los aportes correspondientes a salud y pensiones con ocasión de la prestación personal del servicio de la accionante, y no la ha vuelto a contratar a pesar de que presenta un diagnóstico de enfermedad cerebrovascular.

A. Hechos y pretensiones

1. Afirma el apoderado que la señora Celis Arenilla trabajó para la entidad accionada como portera desde el 1º de mayo de 2002 y se retiró, sin especificar en qué fecha lo hizo.

1. Sostiene que en el mes de octubre de 2015 la accionante fue vinculada nuevamente por el Hotel El Prado en la modalidad de “trabajadora extra”, que realizaba las actividades propias del cargo de portera, pero su salario se pagaba por turnos y la accionada no hacía aportes a seguridad social¹.

1. Indica que en el año 2016, la actora trabajó desde las 7:00 am del sábado 2 de abril, hasta las 7:00 am del domingo 3 de abril (24 horas continuas sin descanso), y desde las 3:00 pm del domingo 3 de abril, hasta las 3:00 am del lunes 4 de abril.

1. Señala que a partir del 2 de abril de 2016, sufrió un fuerte dolor de cabeza y, a pesar de haber informado a una funcionaria de la división de recursos humanos del hotel sobre su situación, nunca recibió atención médica.

1. Asevera que, en razón a su situación de salud, la accionada le concedió unos días de descanso. No obstante, el dolor de cabeza persistía, de manera que recibió distintas incapacidades y estuvo hospitalizada. Finalmente, a la actora le fue diagnosticada una enfermedad cerebrovascular.²

1. Sostiene que la sociedad pagó directamente algunas sumas a la accionante durante su incapacidad, pero cuando esta última contrató a un abogado para que la representara y convocó a la empresa a celebrar una conciliación extrajudicial, no volvió a pagarle.³

1. La actora, quien tiene 48 años de edad, afirma que es madre cabeza de hogar, con dos menores de edad a cargo (un hijo de 16 años y su nieta de 9 años, hija de una hija fallecida)⁴, y está afiliada al régimen subsidiado de seguridad social en salud, por lo que no le han sido pagadas las incapacidades.

El apoderado indica que la actora “es consciente que para demostrar los tiempos de su relación laboral con la accionada y reclamar todas las acreencias laborales, debe hacerlo a través de un proceso ordinario laboral”.

Sin embargo, afirma que no acude a ese mecanismo, debido a su situación de salud y porque no ha recibido una respuesta de la entidad accionada a su solicitud de conciliación. Además, señala que a pesar de que no aporta pruebas para demostrar el tiempo de la vinculación, está claro que al momento de sufrir la enfermedad cerebrovascular, trabajaba para la accionada y ésta no realizaba las cotizaciones correspondientes al sistema de seguridad social.⁵

1. Agrega que, mientras la accionante estaba incapacitada, el hotel cambió de administración, todos los trabajadores fueron liquidados y se pagaron las prestaciones laborales a las que tenían derecho, salvo las de la actora.

1. El apoderado solicita que se ordene a la entidad demandada: (i) reintegrar a la accionante, (ii) afiliarla al sistema de seguridad social, (iii) pagar los salarios dejados de percibir a partir del 5 de abril de 2016, (iv) asumir las incapacidades que se generen hasta que se recupere o sea pensionada por invalidez, y (v) pagar la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

A. Actuación procesal en única instancia.

Mediante auto del 27 de septiembre de 2016, el Juzgado 31 Civil Municipal de Barranquilla avocó el conocimiento de la acción de tutela y ordenó vincular, en calidad de entidad

accionada, a la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación.

Respuesta de la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación

Mediante escrito del 5 de octubre de 2016⁷, la entidad indicó que, por estar inmersa en un proceso de extinción de dominio y posteriormente en un proceso liquidatorio, la Compañía Hotel del Prado no podía celebrar negocios jurídicos con la accionante, pues su capacidad jurídica estaba limitada a ejecutar los actos dirigidos a cumplir con los trámites de liquidación y disolución.

En ese orden de ideas, señaló que el establecimiento de comercio conocido como Hotel El Prado, es de propiedad del Fondo para la Rehabilitación Social y la Lucha contra el Crimen Organizado, y era administrado por la Administradora Hotelera Dann S.A.S., en calidad de arrendataria.

De otra parte, solicitó al juez de tutela que declarara la improcedencia de la acción porque, a su juicio, en este caso la accionante debió acudir al proceso ordinario laboral para demostrar la existencia de un contrato de trabajo. Además, afirmó que de las pruebas aportadas por la peticionaria no era posible probar la relación laboral que pretendía hacer valer.

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

En sentencia del 11 de octubre de 2016⁸, el Juzgado 31 Civil Municipal de Barranquilla declaró improcedente la tutela en consideración a que no se cumplió con el requisito de subsidiariedad pues la accionante debe acudir al proceso ordinario laboral. Además, sostuvo que no se probó la existencia de alguna circunstancia que comportara la inminencia de un perjuicio irremediable, que hiciera procedente la tutela de forma excepcional.

Impugnación

El apoderado de la accionante impugnó la decisión⁹ y señaló que ésta desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual la tutela es procedente para amparar el derecho al trabajo cuando se está ante la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable. En ese sentido, manifestó que en este caso la tutela era procedente, dadas las condiciones

particulares de la accionante, específicamente, su delicado estado de salud, y sus precarias condiciones económicas.

Sentencia de segunda instancia

En sentencia del 25 de noviembre de 2016¹⁰, el Juzgado 4º Civil del Circuito de Oralidad de Barranquilla confirmó la decisión del a quo. El ad quem sostuvo que los documentos aportados por la accionante demostraban su situación de indefensión. Sin embargo, la actora no logró demostrar que existiera una relación laboral con la entidad accionada, y en esa medida era imposible concluir que existiera un derecho cierto y por lo tanto que se hubiera vulnerado su derecho fundamental al mínimo vital.

En consecuencia, indicó que ante la falta de certeza sobre la existencia de la relación laboral, su duración y vigencia, no era posible conceder el amparo, y por lo tanto era preciso confirmar la decisión de primera instancia que declaró improcedente la tutela.

A. Actuaciones en sede de revisión

La Magistrada sustanciadora profirió el auto del 27 de junio de 2017¹¹, en el que decidió vincular a la Administradora Hotelera Dann S.A.S. y formular una serie de preguntas a Patricia Celis Arenilla, al Ministerio del Trabajo, a la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación y a la Administradora Hotelera Dann S.A.S.

En cumplimiento de la providencia mencionada, se recibieron los siguientes documentos:

1. Memorial recibido por la Secretaría General de la Corte Constitucional el 10 de julio de 2017¹², suscrito por el representante legal de la Administradora Hotelera Dann S.A.S., en el que la entidad informó a esta Corporación que:

a. El 21 de marzo de 2003, la sociedad celebró un contrato de arrendamiento con la Dirección Nacional de Estupefuentes, en el que se obligó a asumir la administración de la

Compañía Hotel del Prado S.A. en liquidación.

a. El contrato de arrendamiento terminó el 20 de marzo de 2008. Este hecho se prueba con el acta de entrega del establecimiento de comercio suscrita por la Administradora Hotelera Dann S.A.S. y la Compañía Hotel del Prado S.A. En particular, en el acta se estableció que se realizaría la sustitución patronal para los empleados vinculados a la operación hotelera, que tuvieran relación laboral vigente, quienes estarían vinculados a la empresa Compañía Hotel Del Prado S.A.

a. A 20 de marzo de 2008, la accionante no hacía parte del personal del Hotel El Prado que estaba a cargo de la Administradora Hotelera Dann S.A.S., respecto del cual operó la sustitución patronal.

1. Mediante memorial recibido por la Secretaría General de la Corte Constitucional el 11 de julio de 2017¹³, la accionante informó que:

a. Trabajó como portera en el Hotel del Prado S.A. entre el 1º de mayo de 2002 y 31 de mayo de 2011, a través de seis empresas de servicios temporales.¹⁴ No especificó el horario ni la frecuencia en la que prestaba los turnos.

a. Posteriormente trabajó directamente para el hotel, de manera informal, como trabajadora “extra” (no especifica desde qué fecha, con qué frecuencia, ni su horario laboral), pero se retiró en abril de 2015 porque fue contratada formalmente por otra empresa.¹⁵

a. Volvió a ser vinculada como trabajadora “extra” al Hotel El Prado, y se desempeñó en el

cargo de portera entre octubre de 2015 y abril de 2016. La accionante afirma que tenía turnos de 12 horas que se podían doblar dependiendo de la ocupación del hotel, pero no especifica la frecuencia con la que se presentaba a trabajar.

a. El Hotel El Prado era administrado por la Compañía Hotel del Prado S.A.

a. La contraprestación por el servicio prestado correspondía al salario mínimo más cuatro horas extras, la liquidación de las prestaciones sociales “como si fuera un salario integral, en total en un turno ordinario (...) [recibían] aproximadamente unos \$49.000.00 (cuarenta y nueve mil pesos M. Cte.”¹⁶

a. Su situación de salud es difícil, se moviliza con un bastón y necesita de la ayuda de su madre para realizar algunas actividades.

a. No tiene ingresos ni inmuebles, por lo que depende económicamente de su madre que devenga una pensión equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. Además, indica que de esa pensión dependen también su nieta y su hijo, por lo que han tenido que pedir dinero prestado.

a. No ha presentado demanda ordinaria laboral para obtener su reintegro porque después de que se prohirieron las providencias en el trámite de esta tutela se deprimió, no encontraba los documentos y por los comentarios de sus ex compañeros supo que el proceso tardaba mucho tiempo. Sin embargo, sostuvo que iba a hacer los trámites para iniciar los procesos de reintegro y reclamación de las acreencias laborales.

1. Mediante correo electrónico recibido el 6 de julio de 2017¹⁷, el Ministerio del Trabajo indicó que la primera pregunta formulada en el auto proferido el 27 de junio de 2017¹⁸, no correspondía a las competencias de la oficina asesora jurídica de dicha entidad, por lo que el requerimiento debía dirigirse al Viceministro de Empleo y Pensiones.

Entonces, la entidad sólo dio respuesta a la pregunta relativa a si ha dictado alguna directriz para conciliar los intereses de los trabajadores y empleadores ante la desvinculación de trabajadores ocasionales en situación de debilidad manifiesta.

En particular, la entidad informó que se entiende por trabajador ocasional quien es vinculado laboralmente por un período inferior a un mes y las actividades no correspondan a las normales del empleador. Además, aclaró que a pesar del carácter transitorio de la vinculación, el empleador tiene obligaciones de seguridad y protección a favor del trabajador.

En ese orden de ideas, afirmó que la Dirección de Derechos Fundamentales del Trabajo de la entidad adelanta el proceso de elaboración de un decreto reglamentario en el que se pretende acoger los lineamientos fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Agregó que el 8 de febrero de 2017, el texto del proyecto de decreto fue radicado ante la Presidencia de la República, sin embargo no se ha recibido por parte de la Secretaría Jurídica de la Presidencia, o de su Secretaría General, una respuesta al Ministerio del Trabajo con observaciones o comentarios al decreto remitido.

1. Mediante correo electrónico recibido el 11 de julio de 2017¹⁹, la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación indicó que en el momento en que sucedieron los hechos que dieron origen a la tutela de la referencia, el establecimiento de comercio conocido como Hotel El Prado era administrado por el Fondo Nacional del Turismo – FONTUR. Además, reiteró que no podía celebrar negocios jurídicos con la accionante, pues su capacidad jurídica estaba limitada a ejecutar los actos dirigidos a cumplir con los trámites de liquidación y disolución.

1. En consecuencia, mediante auto del 24 de julio de 2017²⁰, la Sala Quinta de Revisión, (i) vinculó a la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A -FIDUCOLDEX-, quien administra el Fondo Nacional del Turismo - FONTUR, y le formuló una serie de preguntas; (ii) realizó algunos cuestionamientos al Viceministro de Empleo y Pensiones del Ministerio del Trabajo; y (iii) suspendió los términos para decidir por 20 días hábiles.

En cumplimiento de la providencia mencionada, se recibieron los siguientes documentos:

1. Memorial radicado el 4 de agosto de 2017²¹ por FIDUCOLDEX, en el cual se pronunció sobre los hechos que dieron origen a la tutela y determinó que el Fondo Nacional del Turismo tiene a su cargo la administración del establecimiento de comercio denominado Hotel El Prado a partir del año 2013.

No obstante, indicó que la obligación de FONTUR de administrar tal establecimiento, no comprendía administrar el personal vinculado mediante contratos de trabajo a la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación. Además, estableció que las obligaciones adquiridas por la entidad respecto del Hotel El Prado son comerciales y no laborales, pues quien tiene a su cargo a los trabajadores del hotel es la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación.

1. Mediante correo electrónico recibido el 3 de agosto de 2017²², el Ministerio del Trabajo dio respuesta al requerimiento realizado por la Sala Quinta de Revisión. El escrito se limita a describir todos los programas desarrollados por el Ministerio para capacitar y promover el trabajo de las personas con discapacidad.

1. Por consiguiente, mediante auto del 25 de agosto de 2017²³, la magistrada sustanciadora formuló una serie de preguntas a la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación y suspendió los términos para decidir por 20 días hábiles más. Mediante correo electrónico recibido el 14 de septiembre de 2017 la sociedad informó lo siguiente:

a. Tal y como lo informaron la Administradora Hotelera Dann S.A.S. y FIDUCOLDEX, los

trabajadores del Hotel El Prado vinculados mediante contratos a término indefinido, estaban a cargo de la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación. No obstante, se trataba de contratos de trabajo que estaban vigentes desde antes que empezara el proceso de liquidación y la accionante no hacía parte de ese grupo de personas.

En ese orden de ideas, indicó que si la accionante trabajó como “extra” en el establecimiento de comercio, lo hizo para la Administradora Hotelera Dann S.A.S. o para FIDUCOLDEX, pero nunca para la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación, pues ésta no tenía a su cargo la administración del establecimiento de comercio Hotel El Prado y había perdido la capacidad para contratar.

a. Antes de que la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación fuera intervenida con fines de extinción de dominio, el personal de seguridad del Hotel El Prado era vinculado directamente por el área de recursos humanos. No obstante, después de su intervención y entrega a distintos depositarios, la contratación del personal de seguridad la hacía el depositario respectivo bajo su riesgo y responsabilidad.

a. En el año 2016, los trabajadores del Hotel El Prado estaban vinculados (i) mediante contratos de trabajo, si habían ingresado antes del proceso liquidatorio (que eran 83), y (ii) como trabajadores en misión o a través de empresas de servicios temporales. Sin embargo, la accionante no figura en ninguno de estos dos grupos de empleados.

a. En el año 2016, la administración del establecimiento de comercio estaba a cargo de FONTUR, a quien correspondía revisar la programación del personal del hotel, incluido el personal de seguridad.

a. No le consta que la señora Patricia Celis Arenilla estuviera vinculada como parte del personal de seguridad del hotel. En ese orden de ideas, indicó que la vinculación laboral de la

accionante es un hecho que requiere ser demostrado con la ritualidad y en las oportunidades que ofrece un proceso ordinario en el cual, a través de los medios probatorios necesarios, se podrá establecer la existencia del contrato de trabajo y la persona jurídica que hubiere fungido como empleador.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. Con fundamento en las facultades conferidas por los artículos 86 y 241 -numeral 9°- de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido en el proceso de la referencia.

Asunto objeto de análisis y problemas jurídicos

1. La señora Patricia Celis Arenilla, obrando mediante apoderado, interpuso acción de tutela contra la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, al mínimo vital, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social y a la vida digna.

La tutela de la referencia se presenta en razón a que, según el apoderado, la citada sociedad omitió realizar los aportes correspondientes a salud y pensiones con ocasión de la prestación personal del servicio de la accionante entre octubre de 2015 y abril de 2016, y no la ha vuelto a contratar a pesar de que presenta un diagnóstico de enfermedad cerebrovascular.

El apoderado sostiene que la accionada pagó directamente algunas sumas a la accionante durante su incapacidad, pero cuando esta última contrató a un abogado para que la representara y convocó a la empresa a celebrar una conciliación extrajudicial, no volvió a pagarle.

Además indica que la actora no acude al proceso ordinario laboral, debido a su situación de

salud, las dificultades económicas que afronta su núcleo familiar, y a que no ha recibido una respuesta de la entidad accionada a su solicitud de conciliación. También señala que, a pesar de que no aporta pruebas para demostrar el tiempo de la vinculación, está claro que al momento de sufrir la enfermedad cerebrovascular trabajaba para la accionada y ésta no realizaba las cotizaciones correspondientes al sistema de seguridad social.

1. La situación fáctica exige a la Sala determinar si procede la tutela para solicitar el reintegro y el pago de las prestaciones sociales a las cuales considera que tiene derecho la accionante, a pesar de que podría acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para obtener tales pretensiones.

Además, es preciso definir si se cumple con el presupuesto de legitimación por pasiva en relación con (i) la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación, que es una sociedad de derecho privado, y (ii) la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. -FIDUCOLDEX-, quien administra el Fondo Nacional del Turismo - FONTUR (vinculada en sede de revisión), entidad que podría ser responsable de la vinculación del personal del Hotel El Prado²⁴.

En caso de superar los requisitos de procedencia de la acción de tutela y, en especial los problemas de subsidiariedad y legitimación pasiva, será preciso entrar a analizar el fondo del asunto, el cual plantea este interrogante: ¿se desconocen los derechos a la salud, al mínimo vital, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social y a la vida digna, cuando una entidad privada omite pagar las prestaciones sociales de una trabajadora e interrumpe la relación con ocasión de su delicada situación de salud?

1. Para resolver los cuestionamientos planteados, se estudiarán los siguientes temas: (i) la subsidiariedad como presupuesto de procedencia de la acción de tutela; (ii) la legitimación en la causa por pasiva cuando la acción de tutela se interpone contra un particular; (iii) el principio de primacía de la realidad sobre las formas; y (iv) la necesidad de probar los hechos materia de tutela. Con fundamento en tales consideraciones, se examinará la procedencia de la acción de tutela en el caso que se analiza.

La subsidiariedad como presupuesto de procedencia de la acción de tutela

1. El inciso 4º del artículo 86 de la Constitución consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y determina que “[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Del texto de la norma se evidencia que, si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos y no a la tutela. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer dentro del marco estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia.²⁵

No obstante lo anterior, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, la tutela es procedente si se acredita (i) que el mecanismo no es idóneo ni eficaz, o (ii) que “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela.”²⁶

1. Con respecto al primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado.²⁷

En particular, en sentencia T-822 de 2002²⁸, esta Corporación señaló que para determinar si una acción principal es idónea, “se deben tener en cuenta tanto el objeto de la acción prevalente *prima facie*, como su resultado previsible, en relación con la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, dentro del contexto del caso particular.” (Negrillas en el texto original)

En esa medida, si el juez considera que en el caso concreto el proceso ordinario laboral trae como resultado el restablecimiento pleno y oportuno de los derechos fundamentales vulnerados, la tutela es improcedente. En contraste, si advierte que el mecanismo de defensa judicial aparentemente prevalente no es idóneo para restablecer los derechos fundamentales vulnerados de manera eficaz y oportuna, la tutela es procedente.

En este orden de ideas, esta Corporación ha manifestado que por regla general la acción de tutela no es procedente para resolver las controversias que se susciten entre trabajador y empleador. Esto, por cuanto la ley laboral ha dispuesto mecanismos específicos de defensa judicial idóneos y eficaces para tramitar este tipo de demandas.

Así por ejemplo, en principio la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro laboral, comoquiera que existen acciones judiciales para lograr tal fin, cuyo conocimiento ha sido atribuido a la jurisdicción ordinaria laboral y a la de lo contencioso administrativo, según la forma de vinculación del trabajador. Sin embargo, en determinadas circunstancias la acción constitucional desplaza al mecanismo ordinario de defensa judicial, por no resultar idóneo ni eficaz frente a la situación particular de quien reclama.

La procedencia principal de la tutela en estos asuntos, se ha justificado dado que, si bien en la jurisdicción ordinaria existe un mecanismo para resolver las pretensiones de reintegro, este no tiene un carácter preferente o sumario para restablecer los derechos de sujetos de especial protección constitucional que, amparados por la estabilidad laboral reforzada, requieren una medida urgente de protección y un remedio integral.²⁹

1. En relación con el segundo supuesto, la Corte Constitucional ha establecido que cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, debido a que existe un medio judicial principal, se debe demostrar que la intervención del juez constitucional es necesaria para

evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Tal perjuicio se caracteriza: “(i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente;(ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”³⁰

La legitimación en la causa por pasiva cuando la acción de tutela se interpone contra un particular

1. La legitimación pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la entidad contra quien se dirige la acción, de ser la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, en caso de que la transgresión del derecho alegado resulte demostrada.³¹

Sobre el particular, el artículo 86 de la Constitución establece que la tutela procede contra particulares respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. Del mismo modo, el artículo 42 -numeral 4º- del Decreto 2591 de 1991 determina que esta acción procede contra particulares cuando estos sean quienes tengan control sobre la acción que presuntamente vulnera derechos fundamentales, o se benefician de la situación que motivó la acción, “siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización”.

La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado el alcance de los conceptos de subordinación e indefensión. La subordinación ha sido definida como la existencia de una relación jurídica de dependencia, que se presenta, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus empleadores, los estudiantes en relación con sus profesores o ante los directivos del establecimiento³². La indefensión hace referencia a una relación que implica la dependencia de una persona respecto de otra, pero no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa.

1. La Sala advierte que para definir si en este caso la accionante está en una situación de subordinación o indefensión respecto de alguna de las entidades vinculadas al trámite, es preciso hacer referencia a los siguientes temas: (i) el principio de primacía de la realidad sobre las formas y (ii) la carga de la prueba en tutela.

A continuación, la Sala pasa a analizar el alcance del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, cuando se demuestra la concurrencia de los requisitos de un contrato laboral.

El principio de primacía de la realidad sobre las formas.

1. El artículo 53 de la Constitución regula los principios mínimos fundamentales del derecho del trabajo, dentro de los cuales se encuentra el de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, que opera cuando se celebra un contrato, o se mantiene una relación informal, y se oculta una relación laboral. Así pues, si se configura una relación laboral bajo otra denominación, el efecto del principio mencionado se concretará en la protección del derecho al trabajo y las garantías laborales.

Por otra parte, el artículo 25 Superior, determina que el trabajo es un derecho fundamental que goza "(...) en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado." Lo anterior conlleva el deber de proteger al trabajador, sin importar la denominación que se dé a la vinculación desde el punto de vista formal, de modo que si una persona cumple funciones y desarrolla actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, se debe reconocer la existencia de una relación laboral para que el trabajador se beneficie de las garantías de carácter prestacional a las que tiene derecho, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.³³

En consecuencia, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que, en caso de que los jueces competentes encuentren que se suscribió un contrato de cualquier otra denominación, o no se suscribió ninguno y se cumplieron los elementos del contrato de

trabajo de manera informal para ejecutar una relación laboral, deben declarar la existencia del verdadero contrato celebrado, y ordenar que se ajusten los derechos económicos a lo que corresponda en justicia y derecho.³⁴

1. Tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como la de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, han estudiado casos en los cuales los particulares han “enmascarado” una relación laboral, con la celebración de otro tipo de contrato o la vinculación informal del empleado. A continuación se hará una breve referencia a las reglas sentadas por ambas Corporaciones.

1. La jurisprudencia de la Corte ha analizado si en cada caso se presentaron los requisitos prescritos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990, que establece lo siguiente:

“1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

1. En la sentencia T-501 de 200435, la Corte estudió el caso de una mujer que había trabajado para el Instituto de Seguros Sociales mediante un contrato de prestación de servicios. La accionante señaló que la entidad había vulnerado sus derechos fundamentales a

la dignidad humana, a la familia, a la vida, a la integridad personal, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo, y la especial protección a la mujer embarazada, en razón a que la entidad dio por terminado el contrato de prestación de servicios suscrito con ella, sin tener en cuenta su estado de embarazo.

La Corte determinó que era necesario verificar si se estructuraban los elementos de un contrato de trabajo, independientemente de la vinculación o denominación que el empleador hubiera adoptado para vincular a la trabajadora. Además, determinó que era posible recurrir a pruebas indiciarias para “acercarse a la realidad material y estructurar la eventual existencia de una relación laboral encubierta por un contrato formal de prestación de servicios o similar”. A manera de ejemplo, enunció como pruebas indiciarias el cumplimiento de un horario regular de trabajo, la observancia de órdenes impartidas por un superior, el pago regular de dineros a manera de salario, y la afiliación a la seguridad social por parte del empleador.

En aquella oportunidad, la Sala de Revisión declaró la existencia de una relación laboral entre la actora y el ISS. La decisión se fundó en los siguientes indicios: (i) las partes habían celebrado varios contratos de prestación de servicios sucesivos, que sumaban más de 4 años; (ii) los contratos correspondían a un modelo preestablecido por la entidad; (iii) la regularidad en el pago por los servicios prestados por la actora, evidenciaba que se trataba de un salario; (iv) las funciones que la accionante había desarrollado (ayudante de servicios administrativos y auxiliar de oficina, archivo), permitía presumir la sujeción a órdenes precisas del empleador, situación que demostraba el requisito de la subordinación; y (v) la prestación personal del servicio por parte de la actora no fue controvertida por el accionado.

En la sentencia T-335 de 200436, la Corte conoció el caso de una auxiliar de enfermería, madre soltera y cabeza de hogar, que reclamaba el pago de honorarios profesionales. En el trámite de la tutela el hospital demandado reconoció la deuda, pero indicó que ésta tenía origen en un contrato de prestación de servicios. Sin embargo, la Sala advirtió que de las pruebas practicadas, se demostraba la existencia de “un contrato realidad entre la accionante y la demandada [pues] la accionante cumplía una jornada laboral de seis horas, las cuales sumadas a las planillas de turnos que fueron anexadas, permiten inferir una relación de subordinación.”

En particular, esta Corporación determinó que para probar la existencia de una relación laboral, el juez de tutela debe verificar si en el caso concreto hay una relación de subordinación y un factor salarial, pues estos son los dos elementos esenciales que permiten diferenciar una relación laboral de una civil o contractual.

1. En síntesis, la jurisprudencia constitucional reseñada ha fijado las siguientes reglas: (i) se debe declarar la existencia de una relación laboral en el evento en que el juez constitucional constate la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal de la actividad, la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y el pago de una compensación al trabajo prestado; (ii) la declaración del contrato realidad se puede hacer a partir de indicios, pues para demostrar la relación laboral oculta, resultan relevantes aquellos hechos ciertos que revelan la existencia de otros, que en principio son inciertos, y que ponen de relieve que se presenta una relación laboral; y (iii) el elemento determinante de la relación laboral es la subordinación del trabajador respecto del empleador.

1. La jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado sobre la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas y, en particular, ha establecido el alcance de los elementos del contrato laboral.

1. En la sentencia del 10 de julio de 2012³⁷, la Sala estudió el recurso extraordinario de casación, presentado por una mujer contra la decisión proferida en segunda instancia en un proceso ordinario laboral, en el que se confirmó la decisión de negar su pretensión consistente en obtener el reconocimiento de un contrato verbal de naturaleza laboral, para desempeñarse como odontóloga del Sindicato Nacional de Trabajadores del Banco Cafetero.

La Corporación se refirió al alcance del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual, se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de

trabajo. Concretamente, determinó que para demostrar la existencia de un contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. En ese orden de ideas, no es necesario probar la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de la relación de carácter laboral, pues de conformidad con la presunción legal prevista en el artículo 24 del CST, basta con que se evidencie la prestación personal del servicio.

Entonces, probada la prestación personal del servicio, la subordinación se presume, por lo que “(...) el demandado tiene a su cargo desvirtuar la presunción mediante pruebas que demuestren, con certeza, el hecho contrario del elemento de la subordinación, es decir que la prestación personal del servicio se dio de manera independiente”.

1. Recientemente, en sentencia del 8 de marzo de 2017³⁸, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estudió el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de segunda instancia en el proceso ordinario laboral presentado contra una sociedad, con el fin de que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, por su vinculación como médica general.

En esa oportunidad, la Sala Laboral también se pronunció sobre el alcance de la presunción contenida en el artículo 24 del CST e indicó que al actor le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado quien presta el servicio, que se traduce en un traslado de la carga probatoria. Ello tiene fundamento en el carácter tuitivo o protector de las normas del derecho al trabajo, que le otorgan a quien alega su condición de trabajador, una ventaja probatoria consistente en probar la simple prestación del servicio a una persona natural o jurídica, para que se presuma esa relación contractual laboral.

Por consiguiente, le corresponde al aparente empleador destruir tal presunción, mediante la acreditación de que la actividad contratada se ejecutó o realizó en forma autónoma, totalmente independiente y no subordinada, bajo un nexo distinto del laboral, lo que dependerá del análisis de las pruebas del proceso.

1. En síntesis, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la prestación personal del servicio. Una vez probada la prestación personal del servicio, se presumen la subordinación y la remuneración respectiva. Sin embargo, la entidad demandada podrá desvirtuar la mencionada presunción, al demostrar que de las particularidades de la relación no se puede derivar la subordinación.

A continuación, la Sala se referirá a la carga de la prueba en materia de tutela y el deber del juez de ejercer sus facultades oficiosas con el fin de esclarecer la ocurrencia de los hechos planteados por las partes.

La carga de la prueba en el trámite de tutela

1. De conformidad con el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, la tutela es un mecanismo informal, lo que significa que simplemente se exige que en la solicitud se exprese: la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de quien es autor de la amenaza o agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que, en principio, la informalidad de la acción de tutela y el hecho de que el actor no tenga que probar que es titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política, no lo exoneran de demostrar los hechos en los que basa sus pretensiones. En efecto, la Corte ha sostenido que quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que funda su pretensión, porque quien conoce la manera como se presentaron los hechos y sus consecuencias, es quien padece el daño o la amenaza de afectación.³⁹

Del mismo modo, esta Corporación ha establecido que el amparo es procedente cuando existe el hecho cierto, indiscutible y probado de la violación o amenaza del derecho fundamental alegado por quien la ejerce. Por consiguiente, el juez no puede conceder la

protección solicitada simplemente con fundamento en las afirmaciones del demandante. Por consiguiente, si los hechos alegados no se prueban de modo claro y convincente, el juez debe negar la tutela, pues ésta no tiene justificación.⁴⁰

En ese orden de ideas, la Corte ha señalado que la decisión judicial “no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela.”⁴¹

1. Ahora bien, en esta clase de procesos el régimen probatorio se rige por las facultades excepcionales que confieren los artículos 18, 20, 21 y 22 del Decreto 2591 de 1991 al juez de amparo.⁴² En consecuencia, el juez de tutela debe hacer uso de sus facultades oficiosas y constatar la veracidad de las afirmaciones realizadas por las partes. En ese orden de ideas, cuando el juez de tutela tiene dudas acerca de los hechos del caso concreto, le corresponde pedir las pruebas que considere necesarias de manera oficiosa. De este modo, su decisión se basará en hechos plenamente demostrados, para lograr decisiones acertadas y justas que consulten con la realidad procesal⁴³.

Por consiguiente, en sede de tutela la regla según la cual corresponde al accionante probar todos los hechos en que fundamenta su solicitud de amparo, se aplica de manera flexible, pues el juez debe hacer uso de sus poderes oficiosos para conocer la realidad de la situación litigiosa, “(...) de manera que no sólo está facultado para pedir informes a los accionados respecto de los hechos narrados en el escrito de tutela, sino que está obligado a decretar pruebas cuando persisten las dudas respecto de los hechos del caso estudiado.”⁴⁴

En síntesis, a pesar de que en principio el accionante tiene la carga de la prueba, corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso y proteger los derechos fundamentales de las personas.

Con fundamento en las consideraciones anotadas, a continuación se estudiará la procedencia de la tutela en el asunto objeto de análisis.

Examen de procedencia de la acción de tutela

* Subsidiariedad

1. La señora Patricia Celis Arenilla presentó acción de tutela contra la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación, con el fin de que le fueran amparados sus derechos fundamentales a la salud, al mínimo vital, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social y a la vida digna.

La tutela de la referencia se presenta en razón a que, según la actora, la citada sociedad omitió realizar los aportes correspondientes a salud y pensiones con ocasión de la prestación personal del servicio entre octubre de 2015 y abril de 2016, y no la ha vuelto a contratar a pesar de que presenta un diagnóstico de enfermedad cerebrovascular.

En consecuencia, solicita que se ordene a la entidad demandada: (i) reintegrarla al cargo que desempeñaba, (ii) afiliarla al sistema de seguridad social, (iii) pagar los salarios dejados de percibir a partir del 5 de abril de 2016, (iv) asumir las incapacidades que se generen hasta que se recupere o sea pensionada por invalidez, y (v) pagar la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

1. De conformidad con los artículos 70 y 144 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, las pretensiones dirigidas a obtener la declaratoria del contrato realidad y la solicitud de reintegro, deben hacerse mediante el proceso ordinario laboral.

En este sentido, el medio de defensa principal parece ser idóneo porque, en caso de prosperar, el juez verificaría la existencia de un contrato realidad y después confirmaría que la terminación del contrato se hubiera dado sin justa causa y con ocasión de su situación de salud de la accionante. Entonces, en caso de que el juez encontrara acreditados los presupuestos mencionados, podría ordenar el reintegro y el pago de las prestaciones sociales y los salarios dejados de percibir.

Así pues, tanto el objeto del proceso ordinario (prevalente para obtener las pretensiones planteadas por la actora), como su resultado previsible, conllevarían el restablecimiento de los derechos de la accionante.

1. No obstante, la Sala advierte que de las pruebas aportadas al proceso se demuestra que la accionante está ante la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable. En efecto, del expediente se puede deducir que su situación económica es precaria, pues ante la falta de ingresos, las cuatro personas que conforman el núcleo familiar (dos de ellos menores de edad), dependen de la pensión de la madre de la accionante, quien devenga un salario mínimo legal.

De los hechos anteriores es preciso concluir que la falta de recursos de la señora Celis Arenilla demuestra que su derecho fundamental al mínimo vital está sometido a una amenaza: (i) que está por suceder pronto; (ii) que en caso de suceder, generaría un menoscabo de gran intensidad; (iii) las medidas que se requieren para conjurar el posible perjuicio irremediable son urgentes, pues de la pensión de su madre dependen dos menores de edad; y (iv) la acción de tutela es impostergable a fin de garantizar que ésta sea adecuada para restablecer el orden social justo.

En consecuencia, en este caso la tutela es procedente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

* Legitimación pasiva

1. La presente tutela se interpone contra la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación, sociedad de derecho privado que era propietaria del establecimiento de comercio Hotel El Prado. En la actualidad, tanto el establecimiento de comercio, como la sociedad accionada son de propiedad del Fondo para la Rehabilitación Social y la Lucha contra el Crimen Organizado.

De otra parte, en el trámite de esta acción, la Sala vinculó a la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. -FIDUCOLDEX-, quien administra el Fondo Nacional del Turismo - FONTUR⁴⁵, el cual tenía a su cargo la administración del Hotel El Prado en el momento en que sucedieron los hechos que dieron origen a la tutela de la referencia. Como FONTUR no tiene personería jurídica, es administrado por FIDUCOLDEX, que es una sociedad de servicios financieros de economía mixta indirecta del orden nacional, cuyas relaciones laborales se rigen por el derecho privado.

De conformidad con los fundamentos jurídicos 8 y 9 de esta sentencia, para que la tutela proceda contra particulares, es preciso que se demuestre que la accionante está en una situación de subordinación o indefensión respecto de ellos. En ese sentido, es preciso verificar las pruebas aportadas en el trámite de la tutela para definir si se cumple con el presupuesto de legitimación pasiva.

1. La Sala observa que, con el fin de probar la prestación personal del servicio, la actora aportó cinco escritos idénticos, sin presentación personal, suscritos por distintas personas que manifiestan que laboraban como recepcionistas, asistentes de gestión humana y jefe de montaje en el Hotel El Prado, y conocen a la accionante desde el año 2002. Además, afirman que la actora se desempeñaba como portera, vinculada a través de una empresa de servicios temporales “y después como ‘extra fija’, entro (sic) y salió en varias oportunidades, pero últimamente estaba trabajando desde el 2015”.

Ante la indeterminación del escrito de tutela y la imprecisión de las declaraciones mencionadas, la Corte Constitucional requirió a la actora para que precisara las circunstancias en las cuales había prestado el servicio y, de ser posible, aportara más elementos para demostrar sus afirmaciones. La actora informó que: (i) prestó sus servicios como trabajadora “extra” del Hotel El Prado; (ii) se desempeñó en el cargo de portera desde octubre de 2015 hasta abril de 2016; (iii) tenía turnos de 12 horas que se podían doblar dependiendo de la ocupación del hotel; (iv) le pagaban 49.000 pesos por turno; (v) el Hotel El Prado era administrado por la Compañía Hotel del Prado S.A. en liquidación.

A pesar de haber sido interrogada sobre la frecuencia con la que prestaba el servicio de portera, la actora guardó silencio, y sólo afirmó que normalmente estacionaba el carro de la

gerente, y aportó una fotografía, sin constancia de la fecha en la que fue tomada, en la que aparece vestida con el uniforme del personal de seguridad del hotel.

En consecuencia, la Sala advierte que de lo manifestado por la actora y las pruebas aportadas por ella, no se demostró que hubiera prestado personalmente el servicio de forma continua durante el periodo comprendido entre octubre de 2015 y abril de 2016. Del mismo modo, la actora no identificó cuál era la sociedad a la cual presuntamente estaba vinculada.

1. Por su parte, la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación indicó que en el momento en que sucedieron los hechos que dieron origen a la tutela de la referencia, el establecimiento de comercio conocido como Hotel El Prado era administrado por el Fondo Nacional del Turismo y no por tal sociedad. Además, reiteró que no podía celebrar negocios jurídicos con la señora Celis Arenilla, pues su capacidad jurídica estaba limitada a ejecutar los actos dirigidos a cumplir con los trámites tendientes a su liquidación y disolución.

En ese orden de ideas, se demostró que en las listas en las que figuran los 83 empleados vinculados mediante contrato de trabajo a término indefinido, cuya relación laboral con la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación estaba vigente al momento de los hechos, no figura la accionante. Además, es cierto que por estar en un proceso liquidatorio, la personalidad jurídica de la accionada se encuentra limitada, y no puede suscribir contratos laborales nuevos.

No obstante, indicó que la obligación de FONTUR de administrar tal establecimiento, no comprendía administrar al personal vinculado mediante contratos de trabajo a la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación. Además, estableció que las obligaciones adquiridas por la entidad respecto del Hotel El Prado son comerciales y no laborales, pues quien tiene a su cargo a los trabajadores del hotel es la Compañía Hotel del Prado S.A. en Liquidación.

1. De conformidad con los fundamentos jurídicos 19 y 20 de esta providencia, aunque en

principio la accionante tiene la carga de la prueba, corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas.

En cumplimiento de tal deber, la Sala de Revisión decretó pruebas en tres ocasiones para determinar quién administraba el personal del establecimiento de comercio Hotel El Prado y si en efecto la accionante prestó personalmente el servicio como portera. No obstante, de las respuestas de la actora, la accionada y las vinculadas, no fue posible demostrar que la demandante hubiera prestado personalmente el servicio a alguna de tales entidades y, en esa medida, no se verificó que concurrieran los elementos del contrato de trabajo, imprescindibles para la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales del trabajador.

Por consiguiente, a pesar de que la Sala hizo uso de sus facultades oficiosas, en este trámite no fue posible demostrar los hechos alegados por la actora y, en esa medida, no se verificó la existencia de una relación de subordinación o indefensión respecto de las accionadas, y mucho menos la vulneración de los derechos cuyo amparo solicitó.

1. Así pues, aunque la accionante afirma que la relación laboral alegada se dio de manera informal, porque nunca suscribió un contrato ni fue afiliada al sistema de seguridad social, de las pruebas allegadas no fue posible probar que la señora Celis Arenilla hubiese estado vinculada laboralmente como portera a la Compañía Hotel del Prado S.A. en liquidación y/o a FONTUR. En efecto, en este caso no existe certeza de que se presente un vínculo jurídico entre las partes, pues no se acreditan los elementos del contrato laboral y, en esa medida, no puede deducirse que exista una relación de subordinación que haga procedente la tutela contra particulares.

De otra parte, a pesar de que la vulneración de los derechos invocados presuntamente se generó como consecuencia de la vinculación informal de la accionante y su retiro con ocasión de la enfermedad cerebrovascular que padece, tampoco se demostró que la demandante estuviese en una situación de indefensión respecto de las entidades accionadas. En efecto, la falta de prueba sobre la prestación personal del servicio a favor de alguna de las entidades antes mencionadas, descarta la dependencia respecto de aquellas.

1. Por último, cabe resaltar que aunque en el trámite de revisión la Sala vinculó a la Administradora Hotelera Dann S.A.S., de la respuesta de la sociedad es claro que ésta celebró un contrato de arrendamiento con la Dirección Nacional de Estupefacientes, en el que se obligó a asumir la administración de la Compañía Hotel del Prado S.A. en liquidación, y el mencionado negocio jurídico estuvo vigente desde el 21 de marzo de 2003 hasta el 20 de marzo de 2008. Así pues, la entidad mencionada tampoco está legitimada en la causa por pasiva, pues los hechos que dieron origen a la tutela sucedieron entre los años 2015 y 2016, y en ese momento la sociedad mencionada no tenía ninguna función relacionada con la administración de la Compañía Hotel del Prado S.A. en liquidación, ni con el manejo de personal de dicho establecimiento de comercio.

Por consiguiente, es preciso concluir que en este caso no se satisface el presupuesto de legitimación pasiva y, en esa medida, la tutela es improcedente.

Conclusiones y decisión a adoptar

Del análisis del caso planteado, se derivan las siguientes conclusiones:

* En esta oportunidad se satisface el presupuesto de subsidiariedad, pues la accionante demostró estar ante la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable, debido a que su situación de desempleo amenaza su derecho fundamental al mínimo vital y el de su núcleo familiar.

Sin embargo, la accionante no aportó los medios de prueba para demostrar la prestación personal del servicio a favor de alguna las accionadas y, a pesar de que la Sala Quinta de Revisión hizo uso de sus facultades oficiosas para comprobar los hechos alegados por la actora, no se demostró la existencia de la subordinación o de una relación de indefensión respecto de aquellas. En efecto, no se probó la concurrencia de los elementos del contrato laboral, ni tampoco que la actora estuviera indefensa ante las entidades accionadas, pues tampoco se acreditó la prestación personal del servicio o una relación de dependencia

respecto de alguna de las accionadas. Por consiguiente, es posible concluir que no se satisface el presupuesto de legitimación pasiva en el caso que se analiza.

* Por ende, es preciso confirmar la decisión de segunda instancia, consistente en confirmar la sentencia del a quo, que declaró improcedente el amparo.

* No obstante, de conformidad con los fundamentos jurídicos 10 a 18 de esta providencia, es preciso aclarar que la actora podrá acudir al proceso ordinario laboral y ejercer la acción prevalente en este caso, la cual es idónea para obtener sus pretensiones y, de esa manera, el amparo de los derechos invocados. En efecto, en ese escenario contará con distintas oportunidades para solicitar y aportar las pruebas pertinentes para demostrar los elementos de la relación laboral.

III.- DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo de segunda instancia, adoptado por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Oralidad de Barranquilla, el 25 de noviembre de 2016, que confirmó la decisión proferida por el Juzgado 31 Civil Municipal de Barranquilla, que declaró improcedente la acción de tutela promovida por la señora Patricia Celis Arenilla contra la Compañía Hotel del Prado S.A. en liquidación.

SEGUNDO.- Por Secretaría General líbrese las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General

1 A folio 51 del Cuaderno principal se encuentra el certificado de afiliación de la accionante a la entidad COOSALUD EPS-S.

2 A folios 24-42 del Cuaderno principal se encuentra la copia de la historia clínica de la accionante, en la que consta que sufrió una enfermedad cerebrovascular (lesión isquémica paraventricular), y en consecuencia requiere ayuda para realizar las actividades de la vida diaria.

3 A folios 15-23 del Cuaderno principal está el “escrito de reclamación” presentado por la accionante a la entidad, en el cual solicita que se reconozca la existencia de un contrato laboral, se paguen las prestaciones sociales, y la sociedad asuma el pago de una pensión de invalidez a favor de la accionante.

4 A folios 43-47 del Cuaderno principal se encuentran (i) el registro civil de nacimiento de Juan Sebastián Heredia Celis, en el que consta que es hijo de la accionante y tiene 16 años de edad; (ii) el registro civil de nacimiento y la tarjeta de identidad de la niña Angeline Insignares Garavito, nieta de la accionante, en los que consta que tiene 8 años de edad; (iii) declaración juramentada de la accionante del 18 de noviembre de 2013, en la que manifestó ante la Notaría 5ª de Barranquilla que es madre cabeza de hogar y tiene a su cargo a su hijo y a su nieta, ambos menores de edad; y (iv) registro del SISBEN en el que la accionante figura calificada con un puntaje de 11.33 en la encuesta y su núcleo familiar se conforma por ella, su hijo y su nieta.

5 A folios 55-59 del Cuaderno principal se encuentran 5 escritos idénticos, sin presentación personal, suscritos por personas que manifiestan que laboraban como recepcionistas, asistentes de gestión humana y jefe de montaje, y conocen a la accionante desde el año 2002. Afirman que la actora se desempeñaba como portera, vinculada a través de una empresa de servicios temporales “y después como ‘extra fija’, entro (sic) y salió en varias oportunidades, pero últimamente estaba trabajando desde el 2015”. Agregan que la accionante sufrió un accidente cerebral por lo que realizaron varias colectas con el fin de ayudarla, debido a que el hotel no la había afiliado al sistema de seguridad social.

6 Folio 61, Cuaderno principal.

7 Folios 65-76, Cuaderno principal.

8 Folios 77-81, Cuaderno principal.

9 Mediante memorial radicado el 21 de octubre de 2016. Folios 86-89, Cuaderno principal.

10 Folios 94-98, Cuaderno principal.

11 Folios 18-21, Cuaderno revisión.

12 Folios 27-55, Cuaderno revisión.

13 Folios 73-85, Cuaderno revisión.

14 Específicamente, su vinculación se dio de la siguiente manera: (i) a Línea Humana de Servicios del 1º de mayo de 2002, hasta el 31 de marzo de 2003; (ii) a Nases del Caribe S.A. del 1º de abril de 2003, hasta el 31 de marzo de 2006; (iii) a la Cooperativa Cooinser del 1º de abril de 2006, hasta el 31 de mayo de 2007; (iv) a Sero Servicios Ocasionales del 1º de junio de 2007, hasta el 31 de mayo de 2008; (v) a Perfil Humano S.A.S. del 1º de junio de 2008, hasta el 30 de junio de 2009; y (vi) a Perfiles S.A.S. desde el 1º de julio de 2009 hasta el 31 de mayo de 2011.

15 Para probar esta afirmación adjuntó la copia de una fotografía en la que aparece con el uniforme de portera del Hotel El Prado. Sin embargo, no es posible determinar la fecha de la misma.

16 Folio 74 Cuaderno de Revisión.

17 Folios 56-72, Cuaderno revisión.

18 Las preguntas formuladas en el auto en mención fueron las siguientes:

“a) ¿Qué políticas ha adoptado en relación con la desvinculación de personas que prestan trabajos ocasionales y presentan problemas de salud?

b) ¿Ha dictado alguna directriz para conciliar los intereses de los trabajadores y empleadores ante la desvinculación de trabajadores ocasionales en situación de debilidad manifiesta? En caso de ser afirmativa la respuesta, allegar los documentos relacionados.”

19 Folios 102-103, Cuaderno revisión.

20 Folios 111-114, Cuaderno de revisión.

21 Folios 119-166, Cuaderno de revisión.

22 Folios 208-206, Cuaderno revisión.

23 Folios 265-267, Cuaderno de revisión.

24 De conformidad con las pruebas aportadas por las entidades vinculadas al trámite de esta tutela, la entidad accionada se denomina “Compañía Hotel del Prado S.A. en liquidación” y el establecimiento de comercio se denomina “Hotel el Prado”.

25 En sentencia T-313 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, se estableció: “En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones.”

26 Sentencia T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

27 Ver sentencias T-441 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-594 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

28 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Esta decisión fue reiterada por la sentencia T-892A de 2006.

30 Sentencia T-896 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

31 Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

32 Ver sentencias T-412 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-290 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), y T-550 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

33 En particular, en la sentencia C-555 de 1994 se estableció: “(...) el principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto sub lite, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal, con lo cual “agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo.”.

34 Sentencia C-614 de 2009; M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

35 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

36 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

37 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruíz. Radicación No. 39249.

38 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Radicación nº. 45344.

39 Ver sentencia T-864 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

40 Sentencia T-298 de 1993. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

41 Sentencia T-264 de 11993; M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

42 Ver sentencia SU-995 de 1999; M.P. Carlos Gaviria Díaz.

43 Sentencia T-603 de 2010; M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

44 Sentencia T-423 de 2011; M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

45 De conformidad con el artículo 2º del Decreto 2251 de 2012, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo adelantó el proceso de licitación pública No. 03 de 2013, para seleccionar la entidad fiduciaria que administra el Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Turismo (FONTUR). Cumplidos los requisitos legales, fue seleccionada la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – FIDUCOLDEX, para que en calidad de vocera del Patrimonio Autónomo administre el FONDO NACIONAL DE TURISMO – FONTUR, y en consecuencia suscribió el contrato de fiducia mercantil No. 137 el 28 de agosto de 2013.