

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL - CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	MARTÍN GREGORIO CASTILLO CASTILLO
DEMANDADOS	COOPERATIVA DE VIGILANTES STARCOOP C.T.A. y las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI- EMCALI. EICE ESP. LLAMADO EN GARANTÍA: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
RADICACIÓN	76001310500820170035401
TEMA	CONTRATO DE TRABAJO
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA APELADA

AUDIENCIA PÚBLICA No. 268

En Santiago de Cali, Valle, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el magistrado ponente **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de sus homólogos integrantes de la sala de decisión laboral, **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO** y **MARY ELENA SOLARTE MELO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en la que se resolverá los recursos de apelación interpuestos por la apoderada judicial de la parte demandante y la **COOPERATIVA DE VIGILANTES STARCOOP C.T.A.** – en adelante **STARCOOP**- contra la sentencia No. 295 del 21 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

RECONOCER PERSONERÍA a Oscar Fabián Moncada Giraldo, como apoderado judicial de EMCALI, de conformidad al memorial poder allegado el 10 de agosto de 2020.

Igualmente, se RECONOCE PERSONERÍA a Gabriel Banguero Hurtado, como apoderado judicial del demandante, de conformidad al memorial poder allegado mediante correo electrónico el 10 de octubre de 2020. En consecuencia, se da por terminado el poder conferido a Hermes Gregorio Castillo España, de acuerdo al artículo 76 del Código General del Proceso.

SENTENCIA No. 201

I. ANTECEDENTES

MARTÍN GREGORIO CASTILLO CASTILLO demanda a **STARCOOP** y a las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI, EMCALI EICE ESP.-** en adelante **EMCALI** - con el fin de que se declare que entre **STARCOOP** y **MARTÍN GREGORIO CASTILLO CASTILLO** existió un verdadero contrato de trabajo entre el 1° de abril de 2011 y hasta el 14 de noviembre de 2014, Pide se condene a **STARCOOP** y a **EMCALI** solidariamente al pago del auxilio de cesantía, intereses a la cesantía, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa; y a la indemnización por mora contemplada en el artículo 65 del C.S. del T. y a la devolución de la cuota de sostenimiento y aporte social operativo descontado por la C.T.A..

Fundamenta sus pretensiones en que el 16 de febrero de 2010 la Unión Temporal **STARCOOP C.T.A. GUARDIANES** y **EMCALI** suscribieron un contrato identificado con el No. 800 – GA- PS -086- 2010 cuyo objeto fue

prestar el servicio de vigilancia en los bienes inmuebles y muebles de la empresa **EMCALI**; que **CASTILLO CASTILLO** fue contratado el 1° de abril de 2011 por **STARCOOP** mediante contrato indefinido para vigilar diferentes bienes de la empresa **EMCALI**; que el contrato se llevó por turnos de vigilancia de 12 horas durante toda la semana de lunes a domingo y festivos, siendo supervisado por personal de **STARCOOP** y **EMCALI**; que como último salario devengó la suma de \$924.460,00; que el contrato tuvo una duración entre el 1 de abril de 2011 y hasta el 14 de noviembre de 2014, siendo despedido sin justa causa, que para la ejecución del contrato fue constituida póliza de seguros a favor de **EMCALI**.

CONTESTACIÓN DE LA COOPERATIVA DE VIGILANTES STARCOOP C.T.A.

STARCOOP señaló que no es cierto que entre **CASTILLO CASTILLO** y **STARCOOP** hubiera existido un contrato de trabajo y aseguró que lo que realmente existió fue un convenio de trabajo asociado con el demandante. Dijo que no es cierto que haya tenido horarios establecidos y que solo dependía de los horarios que **EMCALI** como empresa contratante necesitaba para la prestación de servicios; que no es cierto que se le haya pagado al actor salario a cambio del aporte de trabajo físico, pues lo que recibió fue compensaciones, mismas que son legales según la norma sobre cooperativismo. Arguyó que no es cierto que se haya dado por terminado el contrato de forma unilateral, toda vez que **CASTILLO CASTILLO** siempre tuvo la condición de miembro asociado al hacer parte activa de **STARCOOP**. Manifestó que es contradictorio que, por un lado se señale que no es cierto que haya existido un convenio de trabajo asociado y, por otro lado, se reclame la devolución de cuotas de sostenimiento y aporte cooperativo.

CONTESTACIÓN DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI. EICE ESP -

EMCALI dijo que conforme a la Resolución GG No. 001169 del 14 de septiembre de 2009 y la Resolución No. 001421 del 11 de noviembre de 2009 se dio inicio al procedimiento para la contratación No. 800 GA – SPO-002 -2010 bajo la modalidad de solicitud pública de ofertas para la prestación de servicios de vigilancia en los bienes muebles e inmuebles de Emscali, contrato respecto del cual **STARCOOP Y GUARDIANES COMPAÑÍA LIDER DE SEGURIDAD LTDA.** deciden asociarse para participar bajo la modalidad de unión temporal denominada UNIÓN TEMPORAL GUARDIANES STARCOOP que finalmente contrató **EMCALI**; dijo que con las pruebas documentales quedó demostrado que el demandante estuvo vinculado a **STARCOOP** mediante un contrato asociativo de trabajo desde el 1 de abril de 2011 y hasta el 14 de noviembre de 2014 como vigilante, habiéndose estipulado en la cláusula octava del contrato que la celebración del mismo no generaría ni suponía una relación contractual entre **EMCALI** y el contratista y el personal que éste contrate.

El juzgador de instancia mediante Auto N° 36 del 18 de enero de 2018 admitió el llamado en garantía que realizó **EMCALI** a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.-** en adelante **MAPFRE-**, quien señaló que no le constan los hechos de la demanda; dijo que es cierto que **STARCOOP** contrató con ella la póliza única de cumplimiento No. 3305310000058 cuyo único beneficiario es **EMCALI**; sin embargo, aseguró que las pretensiones de la demanda no se encuentran amparadas por dicha póliza, toda vez que solamente se garantiza el pago de perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contraídas en la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 800- GA – PS-086-2010, además que la póliza cubre a **EMCALI** en el

evento que ella deba pagar salarios y prestaciones sociales de los empleados de la contratista (UNIÓN TEMPORAL – GUARDIANES – STARCOOP).

Mediante Auto N° 1852 del 6 de noviembre de 2018 la juzgadora de instancia ordenó el archivo por contumacia sobre la empresa **GUARDIANES COMPAÑÍA LIDER DE SEGURIDAD LTDA.** pese a que el despacho requirió por Auto N° 1785 del 24 de julio de 2018 al apoderado judicial de **CASTILLO CASTILLO**, con el fin de que realizara la gestión tendiente a notificarla como litisconsorte necesario.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Juzgadora de instancia declaró que entre **MARTÍN GREGORIO CASTILLO CASTILLO** como trabajador y **STARCOOP** como empleadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de abril de 2011 y hasta el 14 de noviembre de 2014, y la condenó al pago del auxilio de cesantía, intereses a la cesantía, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa y a la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S. del T. Absolvió a **EMCALI** y a **MAPFRE** llamada en garantía de las pretensiones de la demanda.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado del demandante apeló la sentencia porque se exoneró a **EMCALI** y a **MAPFRE**; solicitó se les condene solidariamente en virtud a lo establecido en el artículo 7 de la Ley 1233 de 2008 porque **EMCALI** ocultó y omitió exigirles la documentación necesaria a los trabajadores de **STARCOOP**. Dijo que en **EMCALI** también hay guardas de seguridad vinculados por la empresa, generándose una discriminación odiosa por cuanto cumplió las mismas funciones y le pagaban menos. Pidió que se

condene por la devolución de los aportes sociales, en virtud a que se encuentran acreditados ya que los estatutos establecen un descuento que equivale al 5% del SLMLM.

La apoderada de **STARCOOP** dijo que no se probó el contrato realidad, pues el hecho de cumplir un horario, recibir instrucciones y prestar los servicios en las instalaciones de EMCALI no es suficiente para que se configure la subordinación, en consideración a que es el contexto el que permite detectar la real voluntad del contratante como la primacía de la realidad. Señaló que la juez de instancia se equivocó cuando indicó que no se evidenciaba el contrato de asociación porque estaba incompleto; lo cierto es que más adelante en el “otro sí” del contrato de asociación en la cláusula de confidencialidad se evidencia que el trabajador asociado **MARTIN CASTILLO** colocó su firma, señalando que como trabajador asociado se obliga a unas cláusulas del contrato de asociación ya existente, por lo que se puede presumir que el contrato de asociación sí existió entre las partes. Señaló que el régimen asociado en el artículo 29 numeral 5º indica que si se termina la relación contractual entre **STARCOOP** y una beneficiaria se podía dar por terminado el vínculo asociativo; que una vez terminado el vínculo, **STARCOOP** se encargó que el trabajador hiciera parte de la empresa GUARDIANES y no dejarlo por fuera para no desmejorarlo en sus condiciones laborales, lo que demuestra que no hubo mala fe y que siempre se trató de un cooperativa que actuaba legalmente.

Manifestó que los aportes sí fueron devueltos y así se pudo constatar en los documentos que se aportaron con la contestación de la demanda; aseguró que **STARCOOP** sí realizó pagos por compensaciones anuales, por descanso semestral y devolución de aportes sociales, esto es, que devolvió los aportes al demandante, por lo tanto, debe prosperar la

excepción de compensación. Aseguró que los testigos fueron contradictorios; pide que se revoque la sentencia.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, se presentaron los siguientes alegatos:

ALEGATOS DE EMCALI

El apoderado judicial de EMCALI presentó escrito de alegatos y señaló que el contrato estatal No. 800-GA-PS-086-2010 fue celebrado con la UNION TEMPORAL GUARDIANES- STARCOOP, con acta de inicio el 16 de febrero de 2010 y acta de liquidación final del 22 de octubre de 2012. Dijo que el objeto contractual consistió en *“que el contratista se obliga a prestar el servicio de vigilancia en los bienes inmuebles propiedad de EMCALI”* y, en la cláusula octava se estipuló la inexistencia de la relación contractual entre los trabajadores del contratista y el contratante EMCALI. Por tanto, afirma que se debe absolver a su representada de las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE MAPFRE

El apoderado judicial de MAPFRE señaló que se debe confirmar la sentencia de instancia porque no existe responsabilidad de EMCALI, toda vez que, el contrato de prestación de servicios celebrado entre EMCALI con STARCOOP CTA no genera un vínculo laboral entre la sociedad contratante y el personal utilizado por el contratista para la ejecución del contrato.

Dijo que, aunque la juzgadora de primera instancia determinó que MARTÍN GREGORIO CASTILLO CASTILLO era un trabajador de

STARCOOP y no un cooperativista, dicha declaración no es óbice para endilgar responsabilidad alguna a cargo de EMCALI, ya que la labor ejecutada por el demandante es ajena al objeto social de su prohijada; resaltó que EMCALI no efectuó acciones subordinantes con el señor Castillo, razón por la cual, no se configuraron los elementos constitutivos de una relación de trabajo y mucho menos la solidaridad preceptuada en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Adujo que, a pesar de la existencia de un contrato de seguro, en el que el beneficiario es EMCALI, se debe tener en cuenta que las pretensiones de la demanda no son objeto de cobertura.

ALEGATOS DE STARCOOP

La apoderada judicial de STARCOOP solicitó que se revoque la sentencia de instancia que fue fundamentada en que no aparece la firma del convenio individual de trabajo, el cual, por un error humano no salió la copia del lado posterior de dicha hoja y que a pesar de existir otrosí al convenio, no fue suficiente para suplir dicho documento.

Dijo que el otrosí es un documento anexo al contrato principal en el que se aclaran, adicionan o cambian condiciones de un contrato principal, en este caso un convenio asociativo; que en el documento donde faltó la copia de la parte donde reposa la firma del asociado, se observa que en su inicio fue llenado por puño y letra del señor Martín Gregorio Castillo, misma letra que aparece en la firma del otrosí, los comprobantes de pago de las compensaciones y las certificaciones; así mismo, la parte demandante no se opuso a las pruebas presentadas como tampoco propone tacha de falsedad sobre las rubricas plasmadas en los documentos mencionados. Que es más que lógico que si existe un otrosí debidamente firmado por el

demandante, se presume la existencia del convenio principal, pues lo accesorio corre la suerte de lo principal.

Frente a la presunción del contrato de trabajo, advirtió que la remuneración y los horarios hacen parte de cualquier clase de convenio y/o contrato donde exista la prestación de un servicio a un tercero, es decir, que al demandante se le cancelaba sus compensaciones mensuales, compensación variable, compensación semestre, compensación anual y compensación anual por descanso y a su vez, se les daban unos horarios y un puesto porque no podrían andar como *“ruedas sueltas realizando vigilancia a cualquier hora del día para demostrar una independencia”*, que contrario a ello, había un contrato interinstitucional entre STARCOOP y EMCALI, donde debían cumplirse unos requisitos y horarios, por lo que eso dependía únicamente de las condiciones del contrato de vigilancia. En cuanto a la subordinación dijo que no se pudo comprobar por la parte demandante la existencia de órdenes directas que no hicieran parte del contrato existente para la presentación de vigilancia entre la Cooperativa y EMCALI.

Adujo en cuanto a la falta de prueba del curso de Cooperativismo, que dicha prueba fue mencionada en el escrito de contestación de la demanda y por error no se aportó, pero que tampoco se inadmitió la contestación de la demanda por este motivo; que aportó a la foliatura la prueba, sin embargo, la Juez no la tuvo en cuenta.

Dijo que siempre se le canceló al actor la seguridad social y las compensaciones equivalentes a las prestaciones sociales; que la compensación mensual ofrecida superaba el salario mínimo y se cancelaba todo lo que la ley exige; que no hay un solo punto de análisis donde se pueda colegir que la Cooperativa estuviera buscando excusas para evitar pagos a favor de los trabajadores, por lo tanto, aseguró que no

es lógico la aplicación de la sanción del artículo 65 del C.S.T. aplicada a su representada.

Adujo que el despido injusto no puede aplicar en el presente asunto, pues no había una relación laboral sino un convenio de trabajo y como quedó demostrado en los testimonios recibidos en la audiencia, en los que aceptaron que una vez se terminó el convenio empalmaron con Guardianes, lo cual, obedeció a que una vez se acabó el contrato institucional entre STARCOOP y EMCALI, la empresa Guardianes fue beneficiaria como prestador de vigilancia por licitación para esa empresa pública y lo que hizo STARCOOP fue solicitar que todos los guardas que ya venían prestando servicio en los inmuebles de EMCALI siguieran para no versen afectados con el cambio de prestador del servicios de vigilancia.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

Los problemas jurídicos a resolver son los siguientes: i) si entre **CASTILLO CASTILLO** y **STARCOOP** se configuró una relación laboral regulada por el Código Sustantivo del Trabajo, o si, por el contrario fue una relación cooperativa; de ser la primera, ii) si hay solidaridad entre **STARCOOP** y **EMCALI**, en virtud a lo establecido en el artículo 7 de la Ley 1233 de 2008 y, en consecuencia, si se debe condenar a EMCALI y a la llamada en garantía MAPFRE por las obligaciones que debe pagar **STARCOOP** al demandante; iii) si prospera o no la excepción de **compensación** propuesta por **STARCOOP**, y si se debe revocar la condena por la indemnización por despido sin justa causa y la sanción moratoria y; iv) si se debe condenar a **STARCOOP** a la devolución de

aportes sociales, con fundamento en que los estatutos señalan que el descuento equivale al 5% del S.M.L.M.V.

TESIS QUE DEFIENDE LA SALA

La regla de la razón suficiente señala que cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho debe estar fundamentada en una explicación suficiente para ser así y no de otra manera. **STARCOOP** alega que la relación que se generó entre ella y el demandante fue la de un convenio cooperativo de trabajo. Sin embargo, no hay en el expediente razones para desprender que así lo fuera. Todo lo contrario, lo que se evidencia es que se desconoció el contrato de trabajo que se encuentra protegido por la Constitución Política en los artículos 25 y 53, por cuanto no se vislumbra el sentido cooperativo que aquí se controvierte.

También se defiende la tesis que no hay solidaridad entre EMCALI y STARCOOP. Se confirma la condena por despido injusto y por la sanción moratoria. No hay devolución de aportes por cuanto no se probaron y no basta que los estatutos señalen que los descuentos equivalen al 5% del SMLMV.

TRAMA ARGUMENTATIVA

Para desarrollar las conclusiones precedentes, el Tribunal se referirá, en primer lugar, al régimen de las Cooperativas de Trabajo Asociado, destacando las características y diferencias entre el régimen propio de las cooperativas con el régimen propio del contrato de trabajo. En ese contexto se puntualizará sobre los recursos de apelación para, finalmente, analizar las pruebas que obran en el expediente; y resolver de esta forma los problemas jurídicos planteados por los recurrentes.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE A LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

La sentencia C-645/11 dijo que la jurisprudencia constitucional ha destacado la importancia de las cooperativas de trabajo asociado y ha reconocido que las mismas gozan de especial protección constitucional, como modalidad de trabajo y como expresión del sector solidario. En este orden ha dicho que los elementos esenciales del contrato de constitución de una cooperativa de trabajo asociado son los siguientes: (i) Pluralidad de personas, (ii) aporte principalmente en trabajo, (iii) objeto de interés social y sin ánimo de lucro, y (iv) calidad simultánea de aportante y gestor.

En la sentencia C-211 de 2000, la Corte identificó como características relevantes de las cooperativas de trabajo asociado las siguientes: (i) asociación voluntaria y libre, (ii) igualdad de los cooperados, (iii) ausencia de ánimo de lucro, (iv) organización democrática, (v) trabajo de los asociados como base fundamental, (vi) desarrollo de actividades económico sociales, (vii) solidaridad en la compensación o retribución, y (viii) autonomía empresarial.

También ha señalado la alta corporación constitucional que de acuerdo con el artículo 59 de la Ley 79 de 1988 en las cooperativas de trabajo asociado, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos, como quiera que tales materias tienen origen en el acuerdo cooperativo y escapan del ámbito de regulación de la legislación laboral. Esta figura cuenta con fundamento en el principio de solidaridad y tiene manifestaciones tanto desde la perspectiva del derecho de asociación como desde el derecho al trabajo.

Entre una cooperativa de trabajo asociado y sus asociados pueden surgir diversas relaciones de índole contractual¹ cada una de las cuales pone a las partes en diferente posición jurídica, en cuyo caso es pertinente analizar las condiciones jurídicas del contrato celebrado así como las condiciones fácticas en que se desenvuelve dicho convenio, ya que puede llegarse a la necesidad de aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre la forma jurídica que las partes le han dado a la relación contractual.

Según el artículo 70 de la Ley 79 de 1988 Las cooperativas de trabajo asociado *"son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios"*. La Corte Constitucional sobre este tipo de asociación se pronunció en sentencia C-211 de 2000 así:

“(…) Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos. Dado que los socios son los mismos trabajadores éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar las relaciones laborales, al margen del código que regula esa materia. Todos los asociados tienen derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa. Sólo en casos excepcionales y en forma transitoria u ocasional se les permite contratar trabajadores no asociados, quienes se regirán por la legislación laboral vigente” (...).

De acuerdo con los elementos establecidos en la Ley 79 de 1988, las cooperativas de trabajo asociado se caracterizan por lo siguiente: (i) los asociados son al mismo tiempo los aportantes de capital y los gestores

¹Sobre este punto, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia T-063 de 2006 que analizó diferentes hipótesis en las cuales se puede encontrar un asociado frente a la cooperativa de trabajo.

de la empresa; (ii) el régimen de trabajo, de previsión, de seguridad social y compensación está consagrado en los estatutos y reglamentos de dichas organizaciones, lo que significa que, en concordancia con el artículo 59 de la citada ley quien esté en dicho régimen “*no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes*”; y (iii) las diferencias que surjan entre las partes se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la Justicia Laboral ordinaria.

La Corte Constitucional en la Sentencia T- 449 de 2010 después de reiterar que el vínculo que existe entre la Cooperativas de Trabajo Asociado y sus asociados, en principio, no se rige por la legislación laboral, puntualizó las excepciones que se aplican a ese criterio, en los siguientes términos:

“Esa regla general se exceptúa en eventos en los cuales de un lado, se vincula de manera casual a personas naturales no asociadas para: i) trabajos ocasionales o accidentales que recaigan sobre labores distintas de las que caracterizan el normal y permanente giro de las actividades de la cooperativa, ii) reemplazar temporalmente al asociado que, de acuerdo con los estatutos o al régimen de trabajo asociado, se encuentre imposibilitado para prestar su servicio en relación con una tarea indispensable para el cumplimiento del objeto social de la cooperativa y iii) vincular personal técnico especializado, necesario para el cumplimiento de un proyecto o programa dentro del objeto social de la cooperativa, para cuyo desarrollo no se cuente con un miembro de la misma, siempre que la persona escogida no quiera vincularse como asociado. La otra hipótesis que obliga a la sujeción a la legislación laboral tiene ocurrencia por fuera del ámbito de la cooperativa o precooperativa y se presenta, en particular, iv) cuando un asociado es enviado, bajo su mandato, a prestar servicios a una persona natural o jurídica. En todos esos casos, la regulación del trabajo debe seguir la legislación laboral ordinaria, lo que desplaza de manera inevitable lo dispuesto en los estatutos o el régimen de trabajo asociado. En efecto, el artículo 16 del decreto en cuestión, cuya lectura

debe ser armonizada con la del artículo 17, contiene una cláusula que prohíbe la desnaturalización el trabajo asociado e impone la carga, a la persona natural o jurídica que se beneficie de la prestación del servicio, de actuar como empleadora, lo cual convierte al asociado, para el evento, en trabajador dependiente. Las prohibiciones de las que habla el artículo 17 justamente desarrollan aquella idea de la desnaturalización del trabajo asociado y proscriben, en consecuencia, las actuaciones de la cooperativa –o precooperativa- que conduzcan i) a su participación como empresas de intermediación laboral; ii) al suministro de mano de obra temporal, constituida por sus asociados, a usuarios o terceros beneficiarios; iii) a la remisión de un trabajador en misión para que asuma labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio; o iv) a la creación de un nexo de subordinación o dependencia entre uno de sus trabajadores y un terceros contratante. Así pues, la adopción por parte de la Cooperativa de prácticas que configuren intermediación laboral, actividades características de las empresas de servicios temporales, o que permitan la consolidación de una relación de subordinación frente a alguno de sus asociados, hace del ‘tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, (...) solidariamente responsables por la obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado’.”

Esta es una práctica claramente fraudulenta y fue abordada por la conferencia de la OIT en 2003, en los siguientes términos:

“(…) El empleo encubierto se produce cuando un empleador considera a una persona que es un empleado como si no lo fuese, con el fin de ocultar su verdadera condición jurídica. Esto puede hacerse a través de la utilización inadecuada de acuerdos civiles o comerciales. Perjudica los intereses de los trabajadores y de los empleadores y constituye un abuso de efectos adversos para el trabajo decente. El falso trabajo por cuenta propia, la falsa subcontratación, la creación de pseudocooperativas, el falso suministro de servicios y la falsa reestructuración empresarial son algunos de los medios que más se utilizan para encubrir la relación de trabajo. Recurrir a esta clase de prácticas puede suponer que se priva de protección al trabajador y se evitan costos, entre otros, el pago de impuestos y las cargas de seguridad social. Se ha constatado que el encubierto de la

relación de trabajo es más común en algunas áreas de actividad económica, pero los gobiernos, los empleadores y los trabajadores deberían dedicarse activamente a prevenir las prácticas de este tipo allí donde se produzcan (...)”²

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en la sentencia del 6 de diciembre de 2006, radicación 25713, mostró las circunstancias en que un aparente cooperativista era en realidad un trabajador subordinado a una empresa usuaria y, como consecuencia, declaró que existió una relación directa entre ellos, así:

“(…) Debe la Corte precisar que la contratación con cooperativas de trabajo asociado para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios se halla permitida y reglamentada por la ley, pues constituye una importante fuente de trabajo a través de la organización autogestionaria de personas que deciden asociarse para trabajar de manera solidaria bajo sus propias reglas. Pero **es claro que la celebración de contratos con esas entidades no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de una persona natural o jurídica.**

Esa conducta no cuenta con respaldo jurídico y constituye una reprochable tergiversación del objetivo que persiguió la ley al permitir el funcionamiento de esos entes cooperativos, en los que debe prevalecer real y efectivamente, mas no sólo en apariencia, el trabajo cooperado y mancomunado de los trabajadores que de manera libre hayan tomado la decisión de organizarse para desarrollar su capacidad laboral.

Por esa razón, **cuando se ha contratado a una cooperativa de trabajo asociado para que preste un servicio, ejecute una obra o produzca determinados bienes, es claro que en el evento de que los trabajadores que adelanten la ejecución de las actividades en desarrollo del respectivo**

² OIT, Actas Provisionales 21. Quinto punto del orden del día. El ámbito de aplicación de la relación de trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 91 reunión, Ginebra, 2013. Conclusiones, para 7.

contrato se hallen sin duda sujetos a una subordinación típicamente laboral respecto del beneficiario del servicio, de la obra o de la producción de bienes, deberán ser considerados como sus trabajadores para todos los efectos legales, por concurrir allí los elementos que configuran una verdadera relación de trabajo, como con acierto lo concluyó en este caso el Tribunal, lo cual es fiel trasunto del principio de la primacía de la realidad, elevado hoy a rango constitucional por el artículo 53 de la Constitución Política.

Y no podrá considerarse legalmente en tales eventos que la subordinación laboral que se ejerza sobre los asociados que haya enviado la cooperativa para el cumplimiento del contrato sea adelantada por delegación de ésta porque, en primer lugar, en la relación jurídica que surge entre el trabajador cooperado y la cooperativa de trabajo asociado no puede darse una subordinación de índole estrictamente laboral por cuanto esa relación no se encuentra regida por un contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, y, en segundo lugar, porque **la posibilidad de delegar la subordinación laboral en un tercero la ha previsto la ley para otro tipo de relaciones jurídicas, como las surgidas entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales, calidad que, importa destacar, no puede asumir una cooperativa de trabajo asociado por ser sus funciones legales diferentes a las del envío de trabajadores en misión.** (...). (Subrayas fuera de texto).

En otro proceso similar al caso que nos ocupa, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en la sentencia del 17 de febrero 2009, radicación 32.505, señaló:

“(...) Para la Corte, el tribunal no se equivocó en el ejercicio hermenéutico de las normas atacadas, ya que no desconoció que la Ley 79 de 1988 y el Decreto 468 de 1990 permiten que las cooperativas de trabajo asociado contraten la ejecución de un trabajo a favor de terceras personas, sino que “no es viable jurídicamente que (...) presten trabajadores a empresas o sociedades, por fuera de sus fines que dieron lugar a su creación. Así resulten pagando aquellos servicios”, comportándose “como empresas de servicios temporales, que no lo son y no pueden serlo, pues tal modo de pensar la desnaturaliza” (folio 13, cuaderno 2). Argumentación que encuentra su total respaldo en lo adocinado por esta corporación en sentencia del 6 de diciembre de 2006, radicación 25.713”.

DEL CASO CONCRETO

Sentado lo anterior, el paso a seguir es adentrarse en el análisis de las pruebas aportadas al expediente para elucidar si de ellas emana la existencia de un convenio cooperativo, como lo aduce el apoderado judicial de STARCOOP, o si, por el contrario surge un contrato de trabajo regido por el Código Sustantivo del Trabajo, tal como lo señaló la Jueza de instancia.

Sea lo primero advertir que, no le era permitido a STARCOOP tal como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia T- 449 de 2010 enviar a su asociado, bajo su mandato, a prestar los servicios a EMCALI como vigilante.

Las pruebas que obran en el expediente no desvirtúan la relación laboral con STARCOOP, en los términos del artículo 24 del C. S. del T.; tampoco muestran que entre las partes trabadas en esta litis hubiera existido una relación cooperativa de trabajo, según las características, naturaleza, esencia y reglas de funcionamiento que han sido recogidas por la Ley 79 de 1988, el Decreto 4588 de 2006, la Ley 1233 de 2008 y su Decreto Reglamentario 3553 del mismo año, y la jurisprudencia ampliamente reseñada arriba, entre otras razones, porque en la relación entre el demandante y la cooperativa no todos estaban en el mismo nivel para que no se configure la subordinación o dependencia entre ellos. Es una de las razones por las que al régimen cooperativo no se le aplica el régimen laboral ordinario que rige a los trabajadores dependientes, lo que brilla por su ausencia en el caso que nos ocupa.

Ciertamente, lo que se infiere de las pruebas relacionadas es una relación de continuada y permanente subordinación entre la cooperativa y el demandante en beneficio de EMCALI. Actividad prohibida para las cooperativas de trabajo. No hay prueba en el expediente de que el

demandante hubiera participado en las actividades y en la administración de la cooperativa; y, mucho menos, se muestra que hubiera sido informado del desarrollo de las actividades de STARCOOP o que hubiera ejercido actos de decisión y elección en las asambleas generales o fiscalizado su gestión, entre otras actividades.

La apoderada de STARCOOP aportó el 14 de noviembre de 2018 copia de la certificación del curso de cooperativismo realizado por el actor; dicho documento no fue decretado como prueba por la Jueza de instancia mediante el Auto No. 1953 del 21 de noviembre de 2018, por no haber sido presentado con la contestación de la demanda, providencia que no fue recurrida, pues la apoderada de STARCOOP guardó silencio, de allí que, no es posible tener como prueba el referido documento. En el evento que en esta instancia con facultades officiosas se decretara de oficio el citado documento, ello no desvirtúa la tesis que se está defendiendo.

Siguiendo este hilo conductor, tenemos que las actividades mínimas como trabajador asociado no se probaron; así lo dicen los testigos que a continuación se relacionan.

No obstante, haber sido tachadas las declaraciones de Jhon Fredy Campo López y Ángel Adrián Erazo por tener procesos en curso en juzgados laborales de esta ciudad, la Sala da credibilidad a sus dichos por cuanto conocen al demandante y trabajaron con él en EMCALI, por envío de STARCOOP.

Ambos testigos coincidieron en señalar que trabajaron en la Planta Puerto Mallarino de EMCALI; que trabajaban turnos de 12 horas, 2 días de noche y 2 días de descanso; que el horario y la supervisión estaba a cargo de los supervisores de STARCOOP; así como el pago del salario y

el descuento por cuota de sostenimiento para la citada cooperativa, que se le regresaría al finalizar el contrato pero esto no ocurrió; que usaban uniformes suministrados por STARCOOP con el logo de ellos; que no los capacitaron en cursos de cooperativismo; que el arma de dotación la suministraba STARCOOP y era quien hacía los llamados de atención y tomaba las decisiones; que luego que se terminó el contrato con STARCOOP fue enviado a trabajar a GUARDIANES; que nunca participaron en elecciones o asamblea de representantes de STARCOOP; que los pagos se realizaban mensualmente en cuenta del banco de Bogotá.

En cuanto a lo alegado por la apoderada de STARCOOP, sobre la existencia del contrato de asociación incompleto y el otro sí a dicho contrato con la firma del demandante; la Sala considera que, si bien, ello es cierto, también lo es que tal circunstancia no desvirtúa lo que en la realidad lo que existió fue una relación de continuada y permanente subordinación entre la cooperativa y el demandante en beneficio de EMCALI, tal y como se indicó de la acuerdo a las pruebas obrantes en el proceso, de allí que, se da prevalencia a lo sucedido en el mundo real y no a las formalidades en virtud a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

En este orden de ideas, se configuró un contrato de trabajo entre el demandante y STARCOOP. Pasemos ahora a estudiar si hay solidaridad entre esta entidad y EMCALI.

DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

La Corte Suprema ha dicho que el hecho de que exista responsabilidad solidaria no implica que el trabajador pueda demandar indistintamente al deudor o al responsable solidario; sino que debe necesariamente demandar al deudor principal y al deudor solidario como tal.

En otros términos, una vez condenado el deudor principal, el responsable solidario debe responder solidariamente - Perogrullo manda - por la deuda del deudor principal, se reitera.

Al respecto señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 46237 del 7 de febrero de 2018 con ponencia del magistrado Rigoberto Echeverry Bueno:

“(…) En cuanto al argumento de la Cooperativa de ser improcedente la condena en solidaridad, en tanto la entidad se dedicaba a actividades diferentes, debe indicarse que la condena en solidaridad impuesta por el sentenciador de primer grado, lo fue en razón que la cooperativa había actuado como una intermediaria de la verdadera empleadora, en este caso, la entidad promotora de salud, lo cual generaba los efectos previstos en el artículo 35 del C.S. del T., en el entendido que si el mero intermediario no manifiesta su condición de tal, debe responder de manera solidaria por el pago de salarios y prestaciones adeudadas al trabajador, por lo que el legislador no previó para este caso la afinidad de actividades y objeto social entre deudor principal y solidario, como lo quiere hacer ver la apelante”.

Cuando la Cooperativa de trabajo realiza intermediación laboral ilegal, el juez declara la existencia del contrato de trabajo entre el asociado y la empresa a la que le prestó el servicio; y puede declarar la responsabilidad solidaria de la cooperativa respecto de los derechos del trabajador que se deriven de la declaración del contrato de trabajo realidad. Hecho que no sucedió en este caso; y del cual tampoco se queja el abogado del demandante, pues lo que busca es la solidaridad de EMCALI con la STARCOOP, lo que no está permitida por la Ley, según el artículo 34 del C.S.T.; además de que el objeto social es diferente de las citadas entidades.

Ciertamente, a folio 148 obra Certificado de Existencia y Reresentación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Cali, en el que se señala

que STARCOOP tiene como objeto social: *“la prestación remunerada de servicios de vigilancia privada en todas sus modalidades con o sin armas, para dar protección a personas naturales o jurídicas de derecho privado o público, a bienes, muebles o inmuebles, para escoltar personas, vehículos y transporte de mercancías de conformidad a los decretos 468 de 1990 y 356 de 1994 y el decreto 2852 de 2006 directamente a través de sus asociados. También será la de prestar servicio de vigilancia y seguridad electrónica con todos los medios tecnológicos que de este servicio demanden los usuarios, como también la de prestación del servicio a través del medio canino, igualmente la actividad de asesorar, la de investigación y de consultoría que se requieren para para la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada todas estas modalidades, serán prestadas con previa autorización de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada como objetivo”*

Por otro lado, a folio 102 obra el Acuerdo municipal expedido por el Concejo Municipal de la ciudad de Cali, identificado con el No. 034 de 1999 *“por medio del cual se adopta el estatuto orgánico para EMCALI, se modifica el Acuerdo 014 de 1996, se dan unas autorizaciones al señor alcalde y se dictan otras disposiciones”*. El artículo cuarto indica *“las Empresas Municipales de Cali, EMCALI E.I.C.E. E.S.P., tienen como objeto social la prestación de servicios públicos domiciliarios contemplados en las Leyes 142 y 143 de 1994, tales como acueducto, alcantarillado, distribución y comercialización de energía, distribución de gas combustible, telefonía básica conmutada, telefonía móvil y móvil rural y demás servicios de telecomunicaciones incluyendo los servicios agregados, generación de energía y tratamiento de aguas residuales.”*

Entonces, en los términos del artículo 34 del C.S. del T. - declarado exequible mediante sentencia C-593 de 2014 -, el beneficiario del trabajo o

dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones. Situación que no sucede en ese proceso.

DE LA EXCEPCIÓN DE COMPENSACIÓN

La Sala considera que la imputación de pagos o compensación propuesta por STARCOOP no prospera en el asunto que nos ocupa. En casos similares al presente se han esgrimido las siguientes razones.

Una. El artículo 2185 del Código Civil señala que: *“Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho”*. En el caso sub lite, no estamos en presencia de deudores recíprocos, entendida la compensación como un medio de extinción propio de las obligaciones recíprocas que dispensa mutuamente a dos deudores del cumplimiento efectivo de las mismas. El artículo 1715 del Código Civil señala que no es posible aplicar la compensación cuando ambas obligaciones o una de ellas no son exigibles; o cuando la ley prohíbe aplicarla; o cuando se trata de obligaciones naturales; o las obligaciones sometidas a plazo o condición.

Dos. Estamos frente a dos obligaciones distintas, ya que los pagos realizados por STARCOOP al trabajador se hicieron en calidad de ser presunto “socio” de ésta. Diferentes a los pagos que cobijan a los trabajadores dependientes. Los pagos de la cooperativa de trabajo de conformidad con el artículo 25 del Decreto 4588 de 2006 son todas las sumas de dinero que recibe el asociado por la ejecución material o inmaterial que en ningún caso son equivalentes a las prestaciones sociales (cesantía, intereses a la cesantía, prima de servicios); salario y vacaciones reguladas por el Código Sustantivo del Trabajo.

Tres. No hay expresa voluntad del demandante de que lo recibido por la cooperativa por “compensación anual de servicios”, “compensación semestral”, “compensación anual de descanso” se le impute a cualquier derecho o acreencia laboral que le pudiera corresponder. Las preguntas son: de la liquidación que obra en el expediente ¿a qué se le imputan dichos pagos? Dichos pagos no se pueden imputar a las prestaciones reguladas por el Código Sustantivo del Trabajo porque tienen naturaleza y causa diferente. Si esta providencia señala que la relación entre la cooperativa y la demandante disfrazó una relación laboral ¿Cómo compensar o imputar una ilegalidad con legalidad? La respuesta es que no se puede porque tienen origen y causas diferentes.

Cuarta. Tampoco podemos hablar de enriquecimiento sin causa en eventos en que la demandada busca encubrir su calidad de empleadora, razón por la que no se configuran de manera conjunta los siguientes requisitos: a) un enriquecimiento; b) un empobrecimiento; c) relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento; d) la ausencia de causa jurídica; e) la ausencia de otra acción y f) observancia de la ley y la inexistencia de fraude. Estos requisitos han sido señalados por la jurisprudencia desde vieja data, al respecto ver: Corte Suprema de Justicia, sentencia del 6 de septiembre de 1935, 19 de noviembre de 1936, M.P. Juan Francisco Mujica; abril 14 de 1937 M.P. Liborio Escallón, entre otras.

DE LA SANCIÓN MORATORIA Y LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO

Por lo expuesto, no se desprende buena fe de la cooperativa; de allí que se confirma la condena por indemnización moratoria. Las certificaciones expedidas por la cooperativa, los comprobantes de pago a título de compensaciones y la afiliación al sistema de seguridad social integral que invoca la apoderada de STARCOOP para justificar su conducta, no son

suficientes para aducir el actuar de buena fe; tampoco el hecho de fungir el demandante como cooperado y la falta de reclamación de sus derechos laborales en vigencia de la relación contractual no implica que haya buena fe y no proceda la indemnización moratoria, habida cuenta que, no debe olvidarse que el trabajador es la parte débil de la relación y que en muchas ocasiones se ve compelido por la necesidad de obtener una fuente de ingresos a aceptar condiciones alejadas de las que en estricto rigor se presentan. Tal posición ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral.

También se confirma la condena por la indemnización por despido sin justa causa, pues no se demostró justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

Por último, no hay lugar a la devolución de aportes por cuanto no se probaron y no basta que los estatutos señalen que los descuentos equivalen al 5% del SMLMV. A lo que se suma el hecho que a folio 188 obra comprobante de pago en el que se evidencia que el actora recibió en noviembre de 2014 la suma de \$1.246.945,00, por concepto de devolución aporte social.

Las razones precedentes llevan a confirmar la sentencia de instancia. Sin costas en esta instancia por no haber prosperado ningún recurso.

V. DECISIÓN

Sin más consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

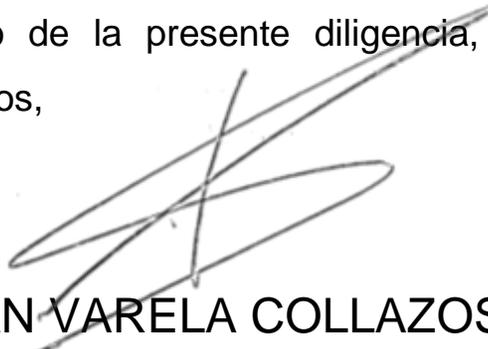
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada identificada con el No. 295 del 21 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, Valle.

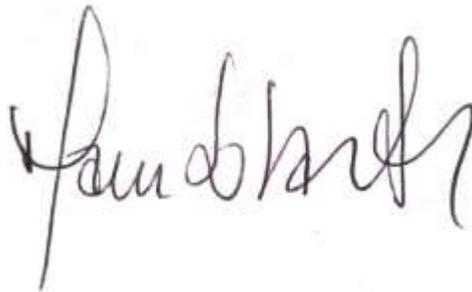
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.
Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Firmado Por:

**GERMAN VARELA COLLAZOS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 002 De La Sala Laboral Del Tribunal
Superior De Cali**

Este documento fue generado con firma electrónica y
cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo
dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario
2364/12

Código de verificación:
**46783c48391b4410a690f2d0da177f4a5decb9b57dae6
89af990a856687b1c45**

Documento generado en 29/10/2020 10:12:20 a.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente
URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**