

**PRIMACIA DE LA REALIDAD FRENTE AL SERVICIO QUE PRESTAN LOS
ASOCIADOS DE LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO
“COOPMARIDIAZ” EN LA ESE ANTONIO NARIÑO –CLÍNICA MARIDIAZ- EN
COMPARACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL AL TRABAJO Y SUS
PRINCIPIOS MÍNIMOS FUNDAMENTALES**

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOJURÍDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2007**

**PRIMACIA DE LA REALIDAD FRENTE AL SERVICIO QUE PRESTAN LOS
ASOCIADOS DE LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO
“COOPMARIDIAZ” EN LA ESE ANTONIO NARIÑO –CLÍNICA MARIDIAZ- EN
COMPARACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL AL TRABAJO Y SUS
PRINCIPIOS MÍNIMOS FUNDAMENTALES**

CLARA INES LÓPEZ DÁVILA

**Trabajo de grado para optar el título de especialista en derecho
administrativo**

Asesor de Tesis Dra. MARIA ANGÉLICA HERNÁNDEZ

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOJURÍDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2007**

“Las ideas y conclusiones aportadas en este trabajo de grado, son de responsabilidad exclusiva del autor”.

Artículo 1º del acuerdo No. 324 de Octubre 11 de 1966.

Emanado del Honorable Consejo Directivo de la
Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACION

APROBADA

Dra. MARIA ANGELICA HERNÁNDEZ M.
Asesora

Dra. MÓNICA JIMENA REYES MARTINEZ
Jurado

Dr. JUAN CARLOS LASSO URRESTA
Jurado

San Juan de Pasto, Febrero 22 de 2007

DEDICATORIA

Con inmenso cariño y ternura para Daniel Felipe, Laura Sofía y Mario Miguel,
razón de mi existencia.

Con gran amor, para Bayron, incondicional amigo en mi diario trasegar.

Con profundo agradecimiento a mis tías Elvia y Luz, quienes me han acogido en
su seno, con innegable amor de madre.

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION	11
1. MARCO LEGAL DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO	17
2. ANALISIS JURISPRUDENCIAL – CORTE CONSTITUCIONAL	32
3. COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO “COOPMARIDIAZ”	44
4. ACCIONES LEGALES Y FUNDAMENTOS PROBATORIOS	48
CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFIA	

RESUMEN

En el presente trabajo de grado, se estudian las Cooperativas de Trabajo Asociado –C.T.A.- desde el punto de vista legal, en el marco de la ley 79 de 1988, ley 454 de 1998 y el decreto 4588 de Diciembre 26 de 2006, frente a los más relevantes pronunciamientos jurisprudenciales dados por la Corte Constitucional, derivados de acciones de constitucionalidad y de tutela.

Con fundamento en ello, se analiza la situación fáctica en la cual los trabajadores cooperados de la C.T.A. “COOPMARIDIAZ”, prestan los servicios en distintas áreas dentro de la Clínica Maridiaz, adscrita a la E.S.E. Antonio Nariño, frente a los derechos constitucionales y a los principios mínimos y fundamentales que consagran los artículos 13 y 53 de la Constitución Nacional, especialmente el derecho a la igualdad y primacía de la realidad.

Así pues, con los lineamientos legales, constitucionales y fácticos antes citados, frente a los elementos de subordinación y dependencia que caracterizan toda relación laboral, se logra establecer que en aplicación estricta de la primacía de la realidad, en tal vínculo en principio meramente contractual, se han generado verdaderas relaciones de trabajo y en ese orden de ideas, se abre el camino jurisdiccional para reclamar derechos laborales, a través de la acción contenciosa de nulidad con restablecimiento del derecho, o según la naturaleza del servicio prestado, la acción ordinaria laboral, en procura de obtener el restablecimiento de sus derechos, así sea a título de indemnización, en materia prestacional y salarial. Igualmente se ofrece la vía de tutela, en contra del Estado o de particulares, para obtener la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales, ya sea por vulneración directa o para evitar un perjuicio inminente e irremediable.

ABSTRACT

Presently degree work, the Cooperatives of Associate Work -C.T.A is studied. - from the legal point of view, in the mark of the law 79 of 1988, law 454 of 1998 and the ordinance 4588 of December 26 of 2006, in front of the most excellent pronouncements jurisprudenciales given by the Constitutional Court, derived of actions of constitutionality and of it guides.

With foundation in it, the situation fáctica is analyzed in the one which the cooperated workers of the C.T.A. " COOPMARIDIAZ ", lends the services in different areas inside the Clinical Maridiaz, attributed to the E.S.E. Antonio Nariño, in front of the constitutional rights and to the minimum and fundamental principles that consecrate the articles 13 and 53 of the National Constitution, especially the right to the equality and primacy of the reality.

Therefore, with the legal, constitutional limits and fácticos before mentioned, in front of the subordination elements and dependence that characterize all labor relationship, it is possible to settle down that in strict application of the primacy of the reality, in such a bond in merely contractual principle, true work relationships have been generated and in that order of ideas, the jurisdictional road opens up to claim labor rights, through the contentious action of nullity with reestablishment of the right, or according to the nature of the borrowed service, the labor ordinary action, in she offers of obtaining the reestablishment of their rights, be this way to compensation title, in matter prestacional and salary. Equally he offers the road of it guides, against the State or of matters, to obtain the immediate protection of fundamental constitutional rights, either for direct vulneración or to avoid an imminent and hopeless damage.

INTRODUCCION

En el mundo actual, contar con un empleo y percibir a cambio una retribución justa y equitativa, es además de un derecho reconocido ya a nivel internacional, una necesidad, no solo para estimular el desarrollo de las capacidades y conocimientos profesionales o técnicos de la población laboralmente activa, sino también pilar fundamental para el sostenimiento y bienestar de muchos hogares y de todos los miembros que de ella hacen parte.

El trabajo, ha sido definido por el artículo 5° del código sustantivo de trabajo, como *“toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad siempre que se efectué en ejecución de un contrato de trabajo”*, concepto del cual se deduce que la actividad del hombre que NO cumpla a cabalidad con todos los elementos de trabajo, perdería esta condición, por no estar amparada por un contrato de trabajo; sin embargo, la consagración de Colombia como un Estado Social de Derecho, implica evidentemente, la consolidación de una estructura político-administrativa que contribuya de manera efectiva, a la construcción de una sociedad más armónica, equitativa y justa, cimentada en los principios de igualdad de oportunidades, reconocimiento de la diferencia, respeto a la dignidad de las personas, para alcanzar finalmente una justicia real y en ese orden de ideas, deben imperar los derechos de los individuos (tesis de la primacía de la realidad) sobre la forma y del derecho sustancial sobre el procedimental. En un Estado de esta naturaleza, el trabajo, *“es un factor fundamental de los procesos económicos y sociales” y de él dependen de manera general el crecimiento y desarrollo económico del Estado, cuando posibilita los medios de subsistencia y la calidad de vida para el mayor número de la población y en consecuencia, uno de los objetivos fundamentales del Estado será asegurarlo de manera prioritaria*” (tomado de la sentencia T-446/92, Corte Constitucional).

Así las cosas, el trabajo se eleva a rango de postulado ético-político, necesario para la interpretación de la acción estatal y de los demás derechos y deberes incluidos en la Carta, así como factor indispensable de integración social y desarrollo económico, en donde necesariamente se verá superado el concepto de que el trabajo es una mercancía sometida a las leyes del mercado sin consideración a la persona que lo presta, como una manifestación de la libertad del hombre con fundamento en la dignidad humana.

Al respecto, la Corte ha considerado *“Con la expedición de la Carta de 1991 entró nuestro país en la era del constitucionalismo del derecho del trabajo, es decir, de un especial tratamiento en la Constitución, a diferencia de la parquedad con que de éste se ocupó la Carta anterior (...). La Constitución de 1991 da un vuelco a la normación constitucional existente sobre la cuestión laboral (...)”*¹. En efecto, el artículo 25 constitucional, señala *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”*.

Lo anterior nos permite concluir, que toda actividad laboral está amparada por los fundamentos constitucionales Colombianos, tanto la que se presta de manera subordinada, como aquella que se desarrolla de manera independiente, pues el objetivo final que se persigue, es el respecto para toda persona, del derecho a un trabajo en condiciones **dignas y justas**.

De igual manera, dentro del trabajo subordinado, a quienes laboran en el sector público, en donde el Estado cumple el papel de empleador, como en el ámbito privado.

Así las cosas, el artículo 53 constitucional, dispone la necesidad de crear un estatuto del trabajo, que al menos tenga en cuenta los siguientes principios mínimos y fundamentales:

- Igualdad de oportunidades para los trabajadores
- Remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo
- Estabilidad en el empleo
- Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales
- Facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles
- Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho

¹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-446. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, 1992.

- Primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, y
- El respeto absoluto de la libertad, de la dignidad humana y de los derechos de los trabajadores, en la creación de leyes, celebración de contratos, pacto de acuerdos y convenios de trabajo.

La **igualdad** es un postulado axiológico que nos exige dar trato igual entre iguales y desigual entre desiguales, es decir, se debe mirar la naturaleza misma de las cosas, superando el concepto de igualdad de la ley en sentido abstracto; la **estabilidad** en el empleo, tiene como fin garantizar un medio para el sustento vital, por una parte, y por otro, garantizar la trascendencia del individuo en la sociedad por medio del trabajo, en atención a la sociabilidad del hombre que busca otras satisfacciones personales en el trabajo además de la remuneración: posición ante la sociedad, estimación, cooperación y desarrollo de su personalidad (tomado de la sentencia C-023/94, de la Corte Constitucional). No obstante ser un principio constitucional, su aplicación -salvo en el sector público con la ley 909 de 2004, ley de carrera administrativa (estabilidad relativa)-, se ve burlada por el manejo que se da a la indemnización por despido sin justa causa y a las nuevas disposiciones contenidas en la ley 789 de 2002; la **irrenunciabilidad** de beneficios, admisible solamente sobre derechos inciertos y discutibles y fundamentada en la necesidad de mediar desigualdad real, económica y social entre trabajador y patrono; la **favorabilidad**, que obliga al juez a escoger entre dos o más interpretaciones de la fuente formal del derecho, la más favorable al trabajador; el respeto absoluto por la condición más beneficiosa para el trabajador, en la aprobación de leyes y normas, so pena de ser inconstitucionales (que comprende el tema de derechos adquiridos); **la primacía de la realidad**, donde deben preferirse los datos que ofrece la realidad por sobre aquellos que figuren formalmente en acuerdos, contratos y otros documentos; entre otros, son principios constitucionales que deben ser tenidos en cuenta en toda relación en donde se involucre el trabajo humano.

Estos principios y su connotación de **mínimos** y además **fundamentales**, serán el eje central para el análisis de las relaciones legales y presuntamente laborales a las que se encuentran sometidos los asociados de la cooperativa de trabajo “COOPMARIDIAZ”, como más adelante lo veremos y desarrollaremos.

Hasta aquí el planteamiento teórico y quizás filosófico de nuestros derechos laborales a nivel constitucional; sin embargo, la realidad económica de nuestro país, desde hace muchos años, es otra. El Estado Colombiano, en aras de

impulsar el desarrollo económico y poner a tono la economía de mercado frente a las nuevas propuestas del mercado internacional, ha venido implementando políticas de “flexibilización” o mejor, precarización de las condiciones laborales, no solo con el fin de disminuir los costos que ellas generan para los grandes empleadores, sino además, para dejar sin vigencia la poca actividad sindical que aún perdura; es decir, entre más inestabilidad laboral exista, serán mayores los riesgos de pertenecer a una organización sindical y en consecuencia, cada vez, será más difícil agrupar trabajadores que luchen por mejorar sus condiciones laborales. Nótese como desde la reforma laboral de 1990 - ley 50-, hasta la última – Ley 789 de 2002-, se refleja el gran interés de mejorar las condiciones de los empleadores a costa del desmejoramiento de los trabajadores, cuando se suprimen las cesantías retroactivas, se aumenta la jornada laboral para disminuir los costos del trabajo extra, se disminuye el valor de la indemnización por despido sin justa causa, etc.

Todo lo anterior conduce además, a que en el mercado laboral, imperen otras formas alternativas de generación de empleo. La verdad es que ya no es posible contar con la política incipiente de empleo que ofrece el Estado y los pocos empresarios del país, sino que se requiere buscar nuevas formas de ocupación laboral, caracterizadas, como más adelante se verá, por el desconocimiento pleno y absoluto de derechos y principios constitucionales.

Surgen de esta manera las subcontrataciones a través de la Cooperativas de Trabajo Asociado, la utilización indebida del contrato de prestación de servicios, reglamentado por la ley 80 de 1993. Aquí impera entonces la evasión en el pago de prestaciones laborales a través de la tercerización, la evasión en el pago de parafiscales, la negación del acceso a la seguridad social en los términos señalados por la ley 100 de 1993, con la utilización irracional de estas figuras y además, con las agencias temporales de empleo, los outsourcing, los contratos sindicales (bajo la figura del sindicalismo de participación) y la maquila; en donde actividades que en otrora, era realizadas por trabajadores propios contratados de manera directa y legal (tanto en el sector privado, como público), hoy son desarrollados por personal igualmente capacitado, pero a unos costos supremamente bajos, en detrimento por supuesto, de la dignidad humana y de una serie de derechos que más adelante tendremos la oportunidad de analizar.

Para efectos de nuestro estudio nos encargaremos fundamentalmente de la problemática encontrada en la relación legal que vincula con el Estado y con particulares, a los asociados de la Cooperativa de Trabajo Asociado. Tema que resulta de especial interés si se tiene en cuenta el crecimiento presentado en los

últimos años, pretextado quizá en la necesidad de fomentar la organización comunitaria, para que los trabajadores en forma mancomunada, democrática y solidaria, pueden hacer resurgir las fuentes de trabajo de las que se habían visto privados y/o iniciar un sinúmero de actividades productivas, que les permitan su inserción en el sistema económico, pasando a desempeñarse como responsables directamente de sus fuentes de trabajo, con enaltecimiento de su autoestima al superar los graves problemas psicológicos y morales que provoca la ansiedad de la desocupación. La teoría evidentemente no resulta criticable, pues desde esta óptica, es una solución –en principio efectiva-, al problema del desempleo, de no ser porque su uso en la práctica, se ha convertido en la mejor manera de evitar la vinculación de personal propio, y peor aún, desvincular su personal de planta para ser sustituido, con el trabajo asociado, sin que en la práctica las condiciones laborales cambien (subordinación, horario de trabajo, etc), pero si se disminuya – y en gran cantidad- la retribución económica, se vulneren los derechos laborales constitucionales, se irrespete la dignidad humana y en donde, finalmente solo se busque hacer menos onerosa la labor humana, aún a costa del bienestar del trabajador y su grupo familiar.

Por las razones antes expuestas, se tomó el estudio de la Cooperativa de Trabajo “COOPMARIDIAZ”, la cual desde el 1º de Diciembre de 2003, venía prestando sus servicios a la Clínica Maridiaz del Seguro Social en el Departamento de Nariño, actualmente y por disposición del decreto 1750 de Junio del mismo año, convertida en clínica de la ESE Antonio Nariño. El enfoque que tendrá este estudio, no será el de entorpecer la relación cooperativa que existe en la actualidad, sino de mirar en la realidad, si esa relación legal obedece o no, a los postulados y principios cooperativos que de ella se pregonan.

Si este es nuestro cometido, en el presente estudio, partiremos del desarrollo legal de la organización cooperativa contenida en la ley 79 de 1988 y sus decretos reglamentarios. Establecidos los principios básicos de esta actividad de economía solidaria, mancomunada y democrática, pasaremos a estudiar los principios mínimos fundamentales contenidos en el artículo 53 de la Constitución Nacional a través del análisis jurisprudencial que se ha desarrollado sobre el tema. Teniendo claro estos aspectos, miraremos en el campo práctico, como se ejercen las labores de los cooperados en estudio, para finalmente concluir si nos encontramos ante una actividad cooperativa o ante verdaderas relaciones laborales y si ello, es así, que camino legal –desde el punto de vista del derecho administrativo- deberán recorrer quienes decidan, hacer valer sus derechos laborales.

Para el desarrollo de trabajo de campo, se contó con la valiosa e inigualable colaboración de varios miembros – asociados, de la Cooperativa de Trabajo “COOPMARIDIAZ” y de algunos de sus directivos, a quienes desde ya ofrecemos nuestro más sincero agradecimiento.

1. MARCO LEGAL DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

Las Cooperativas de Trabajo Asociado, surgen en el marco de la llamada ECONOMIA SOLIDARIA, sobre la cual no podemos dar un concepto acabado teniendo en cuenta las múltiples presentaciones que de ella se hacen, tales como economía no capitalista, tercer sector, economía social, entre otras; sin embargo, en una primera aproximación, se puede definir como la organización diferente de la actividad económica, basada en principios de la economía capitalista lucrativa y colectivista estatal; es decir, es *“toda actividad económica basada en la asociación de personas, en entidades de tipo democrático y participativo, con la primacía en las aportaciones personales y de trabajo sobre capital”*², cuyos rangos fundamentales, son: funcionamiento democrático, asociación libre y responsable, acción permanente de formación e información entre los asociados, igualdad de oportunidades y libertad de acción, destino de los excedentes para el crecimiento de las entidades y mejoramiento del servicio, promoción del desarrollo armonioso de la sociedad y finalidad al servicio del hombre.

La Ley 134 de 1931 fue la primera legislación cooperativa expedida en nuestro país, la que surge casi un siglo después del nacimiento del cooperativismo en Inglaterra, marcado por supuesto por cuatro fenómenos como son: La Revolución Industrial, La Primera Guerra Mundial, La Revolución Bolchevique y La Gran Depresión de finales de la década de los años 20. En este orden de ideas, la formalización del modelo solidario en Colombia, podríamos decir que tiene una historia reciente, que se fortalece en 1986 con el decreto 2536 del 4 de Agosto, que dio vida al Consejo Nacional de Economía Solidaria y en donde se lo reconoce como un sector de gran importancia en el entorno económico nacional. Ya en 1988 con la ley 79 se organizan las formas solidarias del cooperativismo, asociaciones mutuales y fondos de empleados, reconocidas posteriormente por la propia Constitución Nacional. Posteriormente, con fundamento en los parámetros legales contenidos en la Carta y como respuesta a la crisis que afrontó el sector cooperativo a mediados de los noventa, se expide la Ley 454 de 1998, que inicialmente reguló muchos aspectos tanto en su funcionamiento, como en su control y vigilancia. Este era fundamentalmente el marco legal que regulaba la materia, con las modificaciones que se concretaron en los decretos 468 de 1990, 1934 de 2002, 2400 de 2002, 2879 de 2004. Finalmente y como respuesta a un

² http://www.dansocial.gov.co/admin/files/Ane-Noticia_14122004185722.pdf. Definición dada en el CIRIEC-España en el I Congreso de la Economía Social realizado en Madrid en 1992.

gran clamor originado desde muchos sectores a nivel nacional e internacional, se expide el decreto 4588 de Diciembre 27 de 2006, con el cual no solo se reglamenta la organización y funcionamiento de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, sino que se busca, al menos en la teoría, frenar las prácticas indebidas o violatorias de derechos laborales.

Los fundamentos constitucionales de este modelo solidario, son:

- Artículo 1º.- *“Colombia es un Estado Social de Derecho, ...fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.*
- Artículo 58º.- *“ (...) El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad”.*
- Artículo 333 inc. 3: *“ (...) El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial”.*

El concepto de economía solidaria abarca, un amplio espectro de formas organizativas, que incluyen: las empresas comunitarias, las empresas solidarias de salud, las precooperativas, los fondos de empleados, las asociaciones mutualistas, las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas, las empresas asociativas de trabajo, las instituciones auxiliares de la economía solidaria, los organismos de segundo y tercer grado que agrupan organizaciones de base, las cooperativas y todas aquellas formas asociativas solidarias que cumplan con los principios, fines y características antes referidos y que se proponen en nuestro medio como una alternativa al fenómeno social actual, en cual los valores sociales son desplazados por los factores de desarrollo en deseo de obtener dinero.

Si bien es cierto existen características comunes a todas la empresas de economía solidaria, también encontramos otros rasgos, muy propios de cada una de ellas, así:

1) **Las asociaciones** tiene su fundamento jurídico en el Derecho Civil, donde acreditan una larga tradición. Su objeto es simple de bien común y de ninguna manera pueden distribuir entre sus asociados beneficios económicos. Tampoco tiene sus miembros derecho alguno sobre el patrimonio social el cual, en caso de liquidación, debe tener un destino de bien público. La actividad de estas

organizaciones puede estar orientada en beneficio de sus integrantes o de terceras personas, pero siempre de manera no lucrativa, empleando por lo común el trabajo voluntario de sus propios miembros y canalizando a veces apoyos económicos que provienen de fuentes externas, sean públicas o privadas.

2) **Las mutuales**, por su parte, si bien no cuentan con el mismo acervo doctrinario jurídico de las asociaciones, tienen acreditada una presencia histórica en el campo de la economía que se afianzó principalmente a partir de los graves desajustes sociales del siglo XIX, aunque sus orígenes pueden remontarse a las primitivas formas de organización mutualista existentes ya en Grecia y Roma para la atención de ciertas contingencias como los sepelios y la ayuda entre miembros de un mismo oficio o profesión. Su objeto es la asistencia recíproca, pues los beneficios se brindan a los asociados bajo los principios de la solidaridad: todos contribuyen para que cuando alguno sufre una determinada necesidad puede la entidad brindarle la asistencia del caso.

3) Por su lado, **las fundaciones**, hacen referencia a un patrimonio afectado a una determinada obra o propósito establecido por el fundador quien así mismo designa a los que habrán de administrar ese patrimonio con miras a asegurar el cumplimiento del objeto.

4) Finalmente, **las cooperativas**, constituyen el núcleo de las organizaciones de la Economía Solidaria y cuentan con una teoría jurídica propia. En Colombia han sido desarrolladas por la Ley 79 de 1988 y definidas por el artículo 4º, como la empresa asociativa sin ánimo de lucro en la cual los trabajadores o los usuarios según sea el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes y servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad.

Dentro del enunciado anterior, se enmarca la definición de las Cooperativas de Trabajo Asociado, siendos estas *“organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad”* (artículo 3º decreto 4588 de 2006, el cual derogó el decreto 468 de 1990).

En conclusión, las Cooperativas de Trabajo Asociado, son organizaciones de personas que se reúnen para mejorar sus condiciones de vida y alcanzar logros cada vez más beneficiosos para elevar su condición humana, como resultado de la promoción de empresarios y entidades estatales, dentro de sus programas de reconversión y modernización institucional. Igualmente obedece a la vinculación de profesionales de diversas disciplinas, quienes ante la falta de oferta laboral acuden a esta figura en procura de una alternativa de generación de ingresos.

Como se ve, la teoría indica que las Cooperativas de Trabajo Asociado, se basan en principios de economía solidaria, participativa y democrática; sin embargo, el fin último que se persigue, es organizarse para mejorar las condiciones de vida y solucionar el problema de desempleo.

Las C. A. T. estaban sometidas al marco legal contenido en algunas disposiciones de la Ley 79 de 1988 (arts. 70, 71 y 72), siendo posteriormente reglamentada por el decreto 468 de Febrero 23 de 1990 y el decreto 2996 de Septiembre 16 de 2004 (decretado nulo mediante sentencia de Octubre 12 de 2006, Consejo de Estado), que termina regulando algunos aspectos en cuanto hace relación a su funcionamiento, en especial los aportes y contribuciones obligatorias en salud y cajas de compensación familiar. Recientemente, con el decreto 4588 de Diciembre 27 de 2006, se deroga el decreto 468 de 1990 y entra a operar una nueva legislación que regula y controla su funcionamiento.

Del estudio del conjunto normativo que regían hasta Diciembre 27 de 2006 las Cooperativas de Trabajo Asociado y las nuevas disposiciones contenidas en el decreto 4588 de la citada fecha, podemos destacar lo siguiente:

A. Características

- 1.** Son empresas asociativas sin ánimo de lucro.
- 2.** Vinculan el trabajo personal de sus asociados y sus aportes económicos para la producción de bienes, la ejecución de obras, o la prestación de servicios.
- 3.** Son verdaderas empresas autogestionarias.
- 4.** Los trabajadores asociados tienen una triple condición:
 - 4.1.** Son dueños de la cooperativa, bajo los principios cooperativos, con mucho

énfasis en lo referente a la propiedad colectiva y democrática;

4.2. Son trabajadores, como vínculo de unión, el cual es el aporte fundamental y a disposición de la empresa cooperativa, autorregulado bajo los principios de justicia, equidad, autoayuda; y,

4.3. Son administradores, con marcada vocación empresarial, con responsabilidad y honestidad, con autonomía e independencia.

5. Los trabajadores asociados no tienen vocación de permanencia; es decir, que el ingreso y retiro a la cooperativa es voluntario.

6. La Administración esta a cargo de sus propios asociados, y no puede ser delegada a terceras personas.

7. Son propietarios, poseedores o tenedores de los medios materiales de producción y/o labor, tales como instalaciones, equipos, herramientas, tecnología y demás medios materiales o inmateriales de trabajo; y

8. La COMPENSACIÓN, entendida como *“todas las sumas de dinero que recibe el asociado, pactadas como tales, por la ejecución de su actividad material o inmaterial, las cuales no constituyen salario”* (art. 25º del decreto 4588 de 2006), será proporcional y equitativa al trabajo, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado. Aquí es importante anotar que la compensación ya no está relacionada con la especialidad, como lo indicaba el decreto 468 de 1990, por cuanto con la nueva disposición, las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, ya deberán ser especializadas en el área o rama de la actividad (parágrafo del art. 5º).

B. Al vincularse a una cooperativa de trabajo asociado, desde el punto de vista legal, cada cooperado:

1. Es propietario, poseedor o tenedor de los medios materiales de labor.

2. Tiene el derecho a:

- Participar en la toma de decisiones de la entidad.

- Recibir educación, especialmente en economía solidaria.

- Contar con un fondo de solidaridad y la garantía de protección de sus aportes y la devolución de los mismos.

C. Supervisión:

- 1.** Las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado tienen un régimen laboral especial supervisado por el Ministerio de la Protección Social, a través de la Unidad Especial de la Inspección, Vigilancia y Control del Trabajo.
- 2.** La Superintendencia de la Economía Solidaria supervisa el cumplimiento de su naturaleza jurídica, principios y fines solidarios.
- 3.** Las actividades especializadas de salud, vigilancia y transporte las vigila la Superintendencia correspondiente.

D. Les está permitido realizar la tercerización y las alianzas estratégicas, pero no pueden realizar intermediación laboral ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes, so pena de ser sancionada con multas de hasta cien (100) salarios mínimos legales vigentes (capítulo séptimo del decreto 4588 de Diciembre 27 de 2006).

Esta es la nueva preceptiva contenida en el artículo 17 del decreto 4588 de 2006, aún cuando ésta ya era una prohibición expresa que si bien no se encontraba en el decreto 468 de 1990, si fue preocupación del Ministerio de Protección Social y Superintendencia de la Economía Solidaria, a través de la circular conjunta 067/2004.

E. Otras actividades que pueden o no, desarrollar las Cooperativas de Trabajo Asociado.

1. Por regla general en las CTA no se vinculan personas naturales no asociadas, pero si excepcionalmente se lo hace, éstos se regirán por las normas de la relación laboral vigente y solamente en los siguientes eventos:

- Para trabajos ocasionales o accidentales referidos a labores distintas de las actividades normales y permanentes de la cooperativa.
- Para reemplazar temporalmente asociados que se encuentren imposibilitados para prestar el servicio, siempre que la labor sea indispensable para el

cumplimiento de objeto social de la cooperativa.

- Para vincular personal técnico especializado, que no exista entre los trabajadores asociados y que no desee vincularse como asociado a la cooperativa.

2. Es obligación de la Cooperativa de Trabajo Asociado afiliar a sus asociados a la Seguridad Social y responder por su pago oportuno; sin embargo, no exige que ésta sea quien contribuya o aporte para que el asociado acceda a este beneficio. El artículo 28 del decreto 4588 de 2006, deja en manos de los asociados, mediante los estatutos, la determinación del porcentaje de contribución de las cooperativas o precooperativas de trabajo asociado, al sistema de seguridad social integral, tanto para salud, pensión y riesgos profesionales.

Ahora bien, en esta reciente disposición, nada se dice lo relacionado con los aportes a las Cajas de Compensación Familiar, situación que si consagraba el artículo 16 de la ley 468 de 1990 y reglamentada por el decreto 2400 de 2002, que a su vez modifica el decreto 1703 de 2002.

3. Es claro que las entidades sin ánimo de lucro, y en particular las Cooperativas de Trabajo Asociado, no pueden sustraerse a la obligación de vincular aprendices en los términos que establecen la ley 789 de 2002 y el decreto 933 de 2003. La primera, tendiente a apoyar el empleo y ampliar la protección social, determina que las empresas privadas, desarrolladas por personas naturales o jurídicas, que realicen cualquier tipo de actividad económica diferente de la construcción y que ocupen un número de trabajadores no inferior a 15 se encuentran obligadas a vincular aprendices para los oficios u ocupaciones que requieran formación académica o profesional técnica y completa en las actividad económica que se desempeñan.

Así las cosas, y como quedó dicho anteriormente, las CTA, son empresas autogestionarias, donde no existe remuneración en contraprestación a la prestación del servicio persona, toda vez, repito, que el aporte de los socios se hace en trabajo sin sujeción a normas de **derecho laboral** por lo cual y al carecer de **trabajadores**, no estarían inicialmente obligadas a la contratación de aprendices; sin embargo, se debe tener en cuenta que esta clase de asociaciones presta además de los servicios propios de su objeto social, otros que le son propios para su funcionamiento a través de personal subordinado, vinculado en este caso mediante contrato laboral (en donde se dan todos los elementos de una

relación laboral subordinada: empleador, trabajador que labora bajo subordinación y una remuneración o salario), evento en el cual si llegasen a superar el tope señalado, deberán vincular aprendices o hacer la respectiva monetización de la cuota de aprendizaje, según el caso.

Este aspecto no fue reglamentado en el decreto 4588 de 2006, ni tampoco derogado expresamente por su artículo 39; en consecuencia, continúa para las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado la obligación de vincular aprendices, bajo las condiciones y requisitos antes anotados.

4.- Son prácticas no autorizadas o prohibidas para las cooperativas o precooperativas de Trabajo Asociado, a la luz del decreto 4588 de Diciembre 27 de 2006:

4.1. Que actúen como empresas de intermediación laboral, como antes se dijo;

4.2. Que actúen como asociaciones o agremiaciones para la afiliación colectiva de trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social, ni como asociaciones mutuales para los mismos efectos;

4.3. No podrán tener relaciones de trabajo asociado con sus trabajadores, ni establecer secciones de trabajo asociado. Esto para las cooperativas multiactivas, integrales o especializadas;

4.4. Que los cooperados o asociados reciban instrucciones u órdenes del usuario o tercero beneficiario del servicio a la manera propia de un empleador; es decir, que se configuren los elementos propios de una relación laboral, como son la subordinación y dependencia.

F. La interpretación del marco legal antes referido, permite además formular diferencias con las Empresas de Servicios Temporales (EST), así:

1. Las CTA integran voluntariamente a sus asociados. Para cumplir con este propósito deben acatar sus regímenes y estatutos, sin sujeción a la legislación laboral ordinaria; Las Empresas de Servicios Temporales (EST) vinculan trabajadores en misión, para cumplir con las tareas o servicios contratados con un usuario sujetos a la legislación laboral. A los trabajadores en misión se les aplica, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral (Artículo 75 de la Ley 50 de 1.990).

2. Las relaciones de trabajo en las CTA deben estar reguladas en los regímenes de trabajo, previsión y seguridad social, los cuales deben estar registrados ante el Ministerio de la Protección Social previo al inicio de la ejecución del acuerdo cooperativo de trabajo asociado (Artículo 2 de la Resolución 1451/00). En las EST, las relaciones laborales están reguladas por el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas complementarias, y tampoco podrán actuar hasta tanto el Ministerio de Protección Social las apruebe para su funcionamiento.

3. Las CTA no pueden constituirse para beneficiar a sociedades o empresas comerciales; les está prohibido realizar acuerdos con sociedades que las hagan participar directa o indirectamente de los beneficios o prerrogativas que las leyes le otorguen a las entidades del sector solidario (numeral 2 del artículo 6 de la Ley 79/88 y numeral 2 del artículo 13 de la Ley 454/98). Al dedicarse las CTA a la labor propia de las EST, están sustrayendo al trabajador asalariado del régimen laboral y tributario, favoreciéndose al usuario de las especiales regulaciones del sector cooperativo.

4. Las CTA según el Estatuto Tributario, son contribuyentes del Régimen Especial y están exentas del impuesto de renta, si cumplen con las condiciones establecidas en este estatuto y la ley, estando excepcionalmente gravadas con la tarifa del 20% en caso de que los costos y gastos no tengan relación de causalidad con los ingresos. En las EST, la tasa del impuesto a la renta es del 35% de su utilidad bruta.

5. En cuanto a la naturaleza de las Cooperativas de Trabajo Asociado, y según lo ha determinado la anterior referencia normativa, se entiende que estas son personas jurídicas pertenecientes al derecho privado, que se traducen en empresas asociativas sin ánimo de lucro (Decreto 4588 de 2006, artículo 3º), y de responsabilidad limitada (Ley 79 de 1988, art. 9º).

Hasta la fecha de elaboración del presente estudio, estaba vigente el decreto 468 de 1990 y en consecuencia, desconocemos si el trabajo normativo contenido en el decreto 4588 de 2006, brinde los resultados esperados en materia de protección de derechos laborales de los asociados a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado; sin embargo, basta con analizar el verdadero funcionamiento de la Cooperativas de Trabajo Asociado, para concluir que los postulados legales antes citados, son y muy seguramente seguirán siendo, mera teoría frente a la gran problemática que en la realidad enfrentan los cooperados – asociados de éstas formas solidarias a nivel nacional.

Esta situación dio lugar, sin duda, a que la Procuraduría General de la Nación, en

cabeza del Dr. Eduardo José Maya Villazón, el 31 de Mayo de 2005, expidiera la circular No. 0022³, en la que haciendo uso de la función preventiva que le asiste por mandato constitucional (art. 277), exponga con preocupación lo siguiente:

“1. El artículo 25 de la C. P. señala que el trabajo es un derecho y una obligación social que goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. En nuestro ordenamiento, el Estado es el promotor del desarrollo y de la justicia social, con la finalidad de combatir las desigualdades humanas a través de mecanismos políticos y económicos. Así, el trabajo en un Estado Social de Derecho es factor fundamental de los procesos económicos y sociales, resulta de primordial importancia en razón a que posibilita los medios de subsistencia y la calidad de vida para el mayor número de la población y de él depende de manera general el crecimiento y desarrollo económico. Igualmente, el trabajo es un derecho fundamental que goza de la especial protección del Estado y además es uno de los bienes que para todos pretende conseguir la organización social, según el preámbulo y uno de los valores fundamentales de la República, conforme al artículo 1 de la Carta. Aspecto concordante con los artículos 25 y 53 de la Constitución sobre protección especial al trabajo y los principios mínimos fundamentales que lo regulan.

2. El artículo 3 de la Ley 79 de 1988 define el acuerdo cooperativo como el contrato que celebra un número determinado de personas, con el objeto de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa, cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro.

3. El artículo 4 de la misma Ley 79 establece que la cooperativa es una empresa asociativa sin ánimo de lucro, en el cual los trabajadores o los usuarios, según el caso son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y la comunidad en general.

4. La recomendación 193 de 2002 de la OIT define la cooperativa como la asociación autónoma de personas unidas voluntariamente para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común a través de una empresa de propiedad conjunta, y de gestión democrática.

5. El artículo 70 de la Ley 79 de 1988 señala que 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. El principal

³ <http://www.procuraduria.gov.coco/html/fallosycon.htm>

aporte de los asociados en esta clase de organizaciones es su trabajo, puesto que los aportes de capital son mínimos.

6. Según la normatividad vigente, en las Cooperativas de Trabajo Asociado en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y los gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, es establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originaron en el acuerdo cooperativo y por consiguiente, no está sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan se someten al procedimiento arbitral previsto en el CPC o a la jurisdicción laboral ordinaria. En ambos casos, se tiene en cuenta las normas estatutarias como fuente de derecho. Igualmente, las compensaciones por trabajo aportado y retorno de excedentes previstos en el numeral 3 del artículo 54 de la Ley 79 de 1988, se hace teniendo en cuenta la función del trabajo, la especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo.

7. Mediante Sentencia C - 211 de 2000 la Corte indica que los socios de estas cooperativas tienen derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa. Solo en los casos excepcionales, y en forma transitoria u ocasional, se les permite contratar trabajadores no asociados, quienes se registran por la legislación laboral vigente.

8. En sentencia T – 286 de 2003, en la que se tutelaron los derechos a la salud y a la vida, la condición especial de mujer embarazada y la prohibición de despido por motivos de embarazo, la Corte Constitucional, plantea:

“...la Sala observa que si bien la actora es asociada de una cooperativa de trabajo asociado (CODESCO), también lo es el hecho de que CODESCO la envió a prestar sus servicios personales en las dependencias del CITIBANK, lugar donde cumplía un horario y recibía una remuneración de CODESCO. Es decir, en el caso planteado, tuvo lugar una prestación personal del servicio en cabeza de la actora, una subordinación jurídica de la misma frente a CODESCO y una remuneración a cargo de ésta por los servicios personales prestados por la demandante. En otras palabras, se configuró el contrato de trabajo en consonancia con la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal (art. 53 de la C. P.)”⁴.

9. A través de la recomendación 193 del 3 de junio de 2002 la OIT señala que las políticas nacionales deberían “velar porque no se puedan crear o utilizar cooperativas para evadir la legislación del trabajo ni ello sirva para establecer las

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T – 286, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería, 2003.

relaciones de trabajo encubiertas, y luchar contra las seudocooperativas sin distinción alguna". También, indica que estas políticas deben apuntar a "promover la adopción de medidas para garantizar que se apliquen las mejoras prácticas laborales en las cooperativas, incluido el acceso a la información pertinente" y "promover la aplicación de las normas fundamentales del trabajo de la OIT y de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, a todos los trabajadores de las cooperativas sin distinción alguna".

10. Según estadísticas de la Superintendencia de Economía Solidaria durante el periodo 2000 a 2003 indican que las Cooperativas de Trabajo Asociado crecieron en un 144 % y aumentaron en número de asociados en 331 % e incrementaron sus activos en 178 % y en la propiedad de planta y equipo en 64 %. En la práctica se han utilizado algunas cooperativas para realizar actos de intermediación laboral, simular como asociados cuando en la realidad se trata de una relación laboral y desconocer por esa vía, derechos de tipo laboral, prestacional, sindical y de seguridad social de quienes prestan servicio subordinado. Igualmente, se generan hechos irregulares de elusión y evasión de aportes al sistema de seguridad social. Aspecto que contrasta con las estadísticas oficiales que señalan que existe un 51 % de pobres en el país, los cuales suman 23.430.000 y un número de indigentes en 7.691.000.

11. En este orden de ideas, se insta a los servidores públicos a abstenerse de celebrar o ejecutar contratos con Cooperativas de Trabajo Asociado, que tengan por objeto desconocer una relación laboral y con ello realizar actos de intermediación laboral, vulnerando así, los derechos y garantías laborales, prestacionales, sindicales y de seguridad social, consagrados en nuestro ordenamiento jurídico en favor de los trabajadores. Por tanto, están obligados a dar estricto cumplimiento a los principios de transparencia, selección objetiva, economía y responsabilidad, de que tratan los artículos 24 y siguientes de la Ley 80 de 1993, los cuales rigen las actuaciones contractuales de las entidades estatales, en concordancia con los postulados que rigen la función pública, señalados en el artículo 209 de la Constitución Política. En caso contrario, este organismo de control iniciará los procesos disciplinarios correspondientes.

12. En consecuencia, los exhorto a expedir normas que restrinjan al máximo la utilización de las Cooperativas de Trabajo Asociado que desnaturalice su fin, mediante simulaciones de actividades de intermediación laboral o propias de las autorizadas legalmente a las empresas de servicios temporales, determinando claramente su objeto, las prohibiciones, el régimen de compensaciones y de seguridad social integral, fijando sanciones ejemplarizantes como la pérdida de personería jurídica de las cooperativas y multas considerables. Igualmente, sanciones conducentes a los servidores públicos que promuevan o sean negligentes en el control de tales prácticas. También, la creación de

contribuciones a cargo de las Cooperativas de Trabajo Asociado con destino al SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar; por tanto, les solicito adoptar las medidas del caso, además estudiar y atender los proyectos de Ley 206 y 374 de 2005”.

Evidentemente, este concepto expone de manera clara, que si bien unos son los postulados constitucionales y legales en materia de protección de derechos laborales, otras son las situaciones reales que viven un gran número de trabajadores que bajo el disfraz sagaz de la C.T.A., ven vulnerados sus derechos.

Sin duda, un pronunciamiento de tanta trascendencia no podía dejar de cosechar sus frutos. En proyecto de ley presentado en la vigencia 2006 (convertido hoy en el decreto 4588 de Diciembre 27 de 2006), al Congreso de la República por parte del Dr. **DIEGO PALACIO BETANCOURT**, Ministro de la Protección Social, se pretende regular el Trabajo asociado cooperativo, tomando como fundamento la exposición de la problemática realizada por el Procurador General de la Nación en la circular antes referida.

En síntesis, dentro de la exposición de motivos se plantea: “ ... No se puede negar que este esquema organizacional de trabajo resultaría altamente eficiente en el logro de resultados sociales y económicos, sino fuera por los inconvenientes que se han detectado en su evolución, los cuales obstaculizan su desarrollo y han sido identificados desde su creación, con la Ley 79 de 1988. Es así como se han ido consolidando e incrementando en las últimas décadas prácticas irregulares que pueden llegar a desvirtuar los principios de solidaridad, autonomía, autogestión, equidad y protección social que corresponden a la naturaleza y esencia de la figura. Entonces, existe un escenario que exige acciones y políticas públicas tendientes a evitar que estas nuevas modalidades de trabajo se consoliden como instrumentos para desconocer la normatividad laboral o para instaurar prácticas de elusión y evasión de aportes a la seguridad social y, en general, menoscabar la calidad de vida de sus asociados...”⁵

“...e. Cerrar toda posibilidad de que utilizando la figura de las CTA´s se realicen encubiertamente actividades de intermediación laboral u otro tipo de prácticas exclusivamente autorizadas por la ley a las Empresas de Servicios Temporales. En los últimos años se ha venido observando con preocupación que la gestión de algunas Cooperativas de Trabajo Asociado se ha orientado con un claro enfoque que distorsiona su esencia solidaria, ya que intencionalmente son conformadas para suplir las deficiencias del mercado y con

⁵ http://www.larepublica.com.co/docs/proyectos/Trabajo_Asociado_2006.pdf

el propósito de facilitar la contratación de mano de obra, bajo supuestos diferentes a la regulación laboral ordinaria, que ha sido percibida por ciertos sectores como inflexible, de baja competitividad, costosa y de poca productividad en términos de eficiencia del recurso humano.

La utilización irregular de la CTA simulando actividades propias de las Empresas de Servicios Temporales permite irregularmente que terceros contratistas ahorren entre un 12% y un 15% de lo que antes pagaban a una Empresa de Servicios Temporales por la intermediación (9% de parafiscales, más 4% ó 5% de la comisión de administración de la nómina), además de lo que dejan de percibir los supuestos asociados, quienes en realidad son trabajadores subordinados artificialmente excluidos de la aplicación de C.S. de T.”⁶

“f. Cerrar la posibilidad de maniobras tendientes a que las Cooperativas de Trabajo Asociado estén sometidas a la autoridad e influencia de personas naturales ajenas a su asociatividad o a los representantes legales de las empresas contratantes”. ⁷.

“g. Evitar que sean utilizadas como entidades de afiliación colectiva para trabajadores independientes”⁸..

“h. No permitir la desnaturalización de la Cooperativa de Trabajo Asociado en su carácter de especializada, para que sea utilizada como cooperativa multiactiva o integral, desarrollando el trabajo asociado directamente o creando secciones de trabajo asociado”⁹..

Igual preocupación mostró la Organización Mundial del Trabajo, quien en la pasada 95ª Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) ¹⁰, entre muchos otros temas, planteó la problemática suscitada con la desregulación de las relaciones laborales, que sin duda, conlleva al desmonte de sus elementos característicos, especialmente el de subordinación. La preocupación se centra en las relaciones laborales disfrazadas o ambiguas (que pasaban desapercibidas para la legislación o estaban reguladas de modo inadecuado) o de su inobservancia o falta de aplicación y por ello se formularon una serie de medidas tendientes a dar orientación a trabajadores y empleadores sobre la manera de determinar la existencia de una relación de trabajo y como combatirlas cuando son disfrazadas.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/pr/2006/35/.htm>.

Necesariamente estas recomendaciones incluyen la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y presunciones a favor del trabajador.

Como se dijo, en este entorno surge el decreto 4588 de 2006, del cual esperamos evidentemente buenos resultados en el aspecto que ocupa la atención de nuestro estudio, más aún cuando ésta hace especial énfasis en la prohibición de que las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, se dediquen a labores de intermediación laboral y de permitir que se constituyan relaciones laborales entre sus asociados y usuarios del servicio o labor desarrollada, pues de presentarse, aquel se convertirá en trabajador dependiente de éste, ya sea una persona natural o jurídica. En verdad está no sería una novedad legislativa de no ser porque viene aparejada con una serie de controles concurrentes y la posibilidad de que tanto la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado como los usuarios o terceros beneficiados del trabajo prestado por el trabajador-cooperado (en forma independiente o solidaria), sean sancionados con multas diarias sucesivas hasta de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por parte del Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales.

Además de esta novedad, se debe resaltar que a partir del 27 de Diciembre de 2006, las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, deberán ser especializadas en la respectiva rama de la actividad; es decir, que no es posible prestar un servicio, en concurrencia con otro u otros. En los eventos en que esto ocurra, según lo dispone el parágrafo del artículo 5º del decreto 4588 de 2006, deberán “desmontarlas, especializarse y registrarse en la respectiva superintendencia o entidad que regula la actividad” y se define, por primera vez, el trabajo asociado cooperativo, como *“la actividad libre, autogestionaria, física, material o intelectual o científica, que desarrolla en forma autónoma un grupo de personas naturales que han acordado asociarse solidariamente, fijando sus propias reglas conforme a las disposiciones legales y con las cuales autogobiernan sus relaciones, con la finalidad de generar empresa”* (artículo 10 íbidem). Como se ve, se alejan de este concepto los elementos propios de la relación laboral como son la subordinación y la dependencia.

Adicionalmente, se impone para éstas empresas asociativas, la obligación de adaptar sus estatutos, el régimen de trabajo asociado y el régimen de compensaciones a las disposiciones contenidas en el decreto referido, dentro de los seis (6) meses siguientes; es decir, hasta el 27 de Junio de 2007.

2. ANALISIS JURISPRUDENCIAL – CORTE CONSTITUCIONAL

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana son pocos los pronunciamientos que frente al tema que nos ocupa se han proferido; sin embargo, procuraremos analizar los casos más relevantes, que nos permitan vislumbrar la situación legal y fáctica de los cooperados, con mayor claridad.

1. SENTENCIA C-211-00, Magistrado Ponente Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Esta acción pública se adelanta con el fin de revisar la constitucionalidad de los artículos 59, 135 y 154 de la ley 79 de 1988 y los numerales 6 y 7 del art. 36 de la ley 454 de 1998, por considerar que violan los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Nacional, al menoscabar los derechos de los trabajadores quienes se someten a un régimen particular en materia sustantiva y procedimental, contenido en el acuerdo cooperativo y no a los especiales derechos que les brinda el estatuto del trabajo y la justicia laboral.

Para la Corte el problema jurídico a resolver se define en tres puntos: i) Si la autorización que se confiere a las cooperativas de trabajo asociado para establecer su propio régimen de trabajo, de seguridad social y de compensación viola la Constitución; ii) En caso de que ello no suceda, habrá que determinar si la no aplicación de las disposiciones del Código Laboral a los "trabajadores", de esa clase de organizaciones, viola el principio de igualdad en relación con los trabajadores dependientes; y iii) Si la indeterminación de la cuantía de los salarios mínimos que se puede imponer como sanción administrativa tanto personal como institucional a quienes incurran en ciertas faltas, viola el ordenamiento superior.

Frente al primer aspecto, la Corte inicialmente define las cooperativas de trabajo asociado, *"como las empresas asociativas sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios, para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general (art. 3 ley 79/88)"*.

Señala igualmente que según la actividad que éstas desarrollen se clasifican en: especializadas, multiactivas e integrales. Las cooperativas especializadas son las que se organizan para atender una necesidad específica, correspondiente a una

sola rama de actividad económica, social o cultural y aquí se ubican las Cooperativas de Trabajo Asociado, por ser las que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios (art. 70 ley 79/88). Las multiactivas son las que se organizan para atender varias necesidades, mediante concurrencia de servicios en una sola entidad jurídica. Y las integrales, son aquellas que en desarrollo de su objeto social, realizan dos o más actividades conexas y complementarias entre sí, de producción, distribución, consumo y prestación de servicios. (arts. 61 a 64 ley 79/88).

Precisa la Corte: *“Las características más relevantes de estas cooperativas son éstas:*

- *La asociación es voluntaria y libre*
- *Se rigen por el principio de igualdad de los asociados*
- *No existe ánimo de lucro*
- *La organización es democrática*
- *El trabajo de los asociados es su base fundamental*
- *Desarrolla actividades económico sociales*
- *Hay solidaridad en la compensación o retribución*
- *Existe autonomía empresarial”*

“No sobra aclarar que las cooperativas de trabajo asociado no se pueden confundir con las empresas asociativas de trabajo, pues si bien es cierto que tienen similar finalidad, su régimen legal es distinto, puesto que éstas son empresas de carácter comercial, los asociados tienen con ellas una relación de esa clase, y en todas sus actividades se rigen por el derecho comercial”.

*“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”.*¹¹

Indica la Corte que la norma acusada aún cuando es una norma expedida en

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-211, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, 2000.

1988, se ajusta a la Nueva Constitución, concretamente señala: “en un Estado Social de Derecho como el nuestro, en el que el trabajo y la solidaridad juegan un papel decisivo para el logro de un orden económico y social justo, las organizaciones asociativas y solidarias encuentran pleno respaldo constitucional; basta leer lo dispuesto en el Preámbulo y los artículos 1, 38, 51, 57, 58, 60, 64, 103, 189-24, 333, entre otros, para llegar a esa conclusión”.

Ahora bien, es claro que “dentro de las cooperativas de trabajo asociado sus miembros deben sujetarse a unas reglas que son de estricta observancia para todos los asociados, expedidas y aprobadas por ellos mismos, respecto del manejo y administración de la misma, su organización, el reparto de excedentes, los aspectos relativos al trabajo, la compensación, y todos los demás asuntos atinentes al cumplimiento del objetivo o finalidad para el cual decidieron asociarse voluntariamente que, en este caso, no es otro que el de trabajar conjuntamente y así obtener los ingresos necesarios para que los asociados y sus familias puedan llevar una vida digna”.

“Esta facultad de autoregulación está limitada por la competencia del legislador, quien puede reglamentar algunos asuntos relacionados con ellas, más su organización y funcionamiento, depende de la libre y autónoma decisión de los miembros que las conforman; es decir, “tal libertad de regulación no es absoluta pues dichos estatutos o reglamentos, como es apenas obvio, no pueden limitar o desconocer los derechos de las personas en general y de los trabajadores en forma especial, como tampoco contrariar los principios y valores constitucionales, ya que en caso de infracción tanto la cooperativa como sus miembros deberán responder ante las autoridades correspondientes, tal como lo ordena el artículo 6 del estatuto superior”¹².

En conclusión, la libertad de regulación no es absoluta, no pueden desconocer los derechos de las personas y de los trabajadores, ni contrariar principios y valores constitucionales; por lo que le corresponde a las autoridades competentes analizar en cada caso si las regulaciones se ajustan a la Constitución y a las leyes, y si respetan los derechos fundamentales del trabajador.

Agrega la Corte: “Siendo así no encuentra la Corte que el artículo 59 de la ley 79/88, materia de impugnación, viole el ordenamiento supremo al disponer que las cooperativas de trabajo asociado, en la que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, compensación, previsión y seguridad social será el establecido en los estatutos y

¹² Ibid.

reglamentos, en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo”.

Frente al segundo planteamiento jurídico, para la Corte Constitucional, es claro que en las relaciones que se originen las cooperativas de trabajo asociado, en donde los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, no es posible hablar de empleadores por una parte, y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente y por ello *“no se les aplican las normas del Código Sustantivo del Trabajo, estatuto que regula solamente el trabajo dependiente, esto es, el que se presta bajo la continuada dependencia o subordinación de un empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario”.*

“En las cooperativas de trabajo asociado no existe ninguna relación entre capital-empleador y trabajador asalariado pues, se repite, el capital de éstas está formado principalmente por el trabajo de sus socios, además de que el trabajador es el mismo asociado y dueño. Así las cosas no es posible derivar de allí la existencia de un empleador y un trabajador para efectos de su asimilación con los trabajadores dependientes”¹³.

Así las cosas, para la Corte, no es posible aplicar el principio de igualdad, que busca un tratamiento igual para casos análogos y diferente para situaciones cuyas características son distintas, pues en el caso que nos ocupa *“las relaciones de trabajo de los socios de tales cooperativas son distintas de las que tienen los trabajadores asalariados y, por consiguiente, no pueden ser objeto de comparación”.*

“Ahora bien: si la asociación en esta clase de cooperativas es absolutamente libre y voluntaria resulta claro que quienes a ella deseen vincularse deben conocer las normas que las rigen y los derechos que les asisten, como también las ventajas, riesgos y posibilidades que representa esta clase de trabajo frente al trabajo dependiente. La ley no les impone a los trabajadores ese rumbo; simplemente crea un sistema diferente de trabajo que en nada vulnera el ordenamiento superior”.

“Sin embargo, cabría hacer esta pregunta: ¿cuál sería el régimen aplicable a los trabajadores que no son socios? En la misma disposición acusada se establece que cuando dichas cooperativas contratan trabajadores dependientes, lo cual es de carácter excepcional debido a su propia naturaleza (asociación para trabajar), éstos se rigen por las normas consagradas para la generalidad de los trabajadores: la legislación laboral vigente, pues en este caso sí se dan todos los

¹³ Ibid.

*supuestos de una relación laboral subordinada, a saber: existe un empleador, un trabajador que labora bajo la subordinación de aquél, y una remuneración o salario”.*¹⁴

Frente al tema de que los conflictos suscitados entre trabajadores cooperados y cooperativas deban ser resueltos mediante tribunal de arbitramento, la Corte considera que no viola el estatuto superior, básicamente por tres razones: primero porque es la misma Constitución la que autoriza la justicia arbitral (art. 116); segundo, porque el arbitramento no es de carácter forzoso sino facultativo, es decir, que las partes pueden optar por acudir a él o no hacerlo; y tercero, por que no se impide a las partes acceder a la justicia laboral para definir los conflictos o controversias que surjan entre ellos en relación con su trabajo, que es su principal aporte.

El tercer aspecto a estudiar por la Corte está relacionado con la compensación que perciben los trabajadores cooperados, por lo que expresa: *“Debido a la naturaleza misma de las cooperativas de trabajo asociado (identidad de trabajador-socio) la retribución que reciben los asociados por su trabajo no es salario sino una compensación, que se fija teniendo en cuenta estos factores: la función que cada trabajador cumple, la especialidad, el rendimiento, la cantidad y calidad del trabajo aportado. Igualmente, el trabajador asociado tiene derecho a recibir un porcentaje de los excedentes obtenidos por la cooperativa. Pretender que el régimen de compensación de los socios de estas cooperativas sea igual al de los trabajadores asalariados, sería desconocer la naturaleza misma de tales organizaciones y la inexistencia frente a sus asociados de una relación de trabajo de esa índole”*¹⁵.

Es claro, entonces, que los trabajadores asociados no sólo reciben beneficios, en su condición de propietarios, sino que además deben asumir todos los riesgos, ventajas y desventajas de la actividad empresarial ejecutada. Esta es uno de las principales diferencias que se encuentran con el trabajador dependiente, quien es absolutamente ajeno a los vaivén de rendimiento de su empleador y por lo tanto, jamás comparte sus pérdidas.

“La protección que la Constitución ordena dispensar al trabajo, que dicho sea de paso, no es exclusivamente el subordinado sino éste en todas sus modalidades (art. 25 C.P.), y la garantía de los derechos mínimos irrenunciables tampoco se ven menguados, porque son los mismos asociados quienes deben establecer sus

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

propias reglas para que aquél se desarrolle en condiciones dignas y justas, que les permita mejorar su nivel de vida y lograr no solo su bienestar sino también el de su familia”.

Se concluye, que desde el punto de vista legal, las Cooperativas de Trabajo Asociado no se encuentran mal concebidas. El problema entonces, se reduce, como lo plantea la OIT, a la práctica disfrazada de relaciones laborales, bajo el velo de tales figuras.

2. SENTENCIA T-286-03. Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

Problema Jurídico: En el presente caso la Sala deberá determinar si se le han vulnerado a la demandante Sra. Claudia Lorena Silva Soto, los derechos fundamentales de igualdad, estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y protección a la vida del que está por nacer, habida consideración de la decisión de la Cooperativa Coodesco en el sentido de separar a la actora de las labores que desempeñaba en el Citibank, hallándose en estado de gravidez.

Para la Corte, ***“el derecho que tiene la mujer a no ser discriminada laboralmente, y por ende, a no ser despedida por encontrarse en estado de embarazo, es un derecho fundamental y el Estado tiene que proveer lo necesario para darle estricto cumplimiento. Lo anterior en vista de la especial protección que le brinda la Carta Política a la mujer que se encuentre en tal estado”*** y por ello, para estudiar el caso concreto, reitera la jurisprudencia contenida en las sentencias T-311-01, T-005-01, T-378-01, en las cuales se señala:

“Partiendo del precepto básico contenido en el artículo 43 constitucional, según el cual, “durante el embarazo y después del parto [la mujer embarazada] gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”, la Corte Constitucional ha señalado que resulta ilegítima cualquier acción tendiente a estigmatizar, desmejorar y discriminar a la mujer que se encuentra en estado gestante, porque ello atenta directamente contra su derecho de autodeterminación, reflejado en el libre desarrollo de su personalidad (art. 16 Superior); contra sus derechos a la libertad personal (art. 28) y a la igualdad (art. 13), contra la familia misma, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42), contra los derechos del menor que está por nacer o del que ha nacido, a quienes también la Constitución les da un

tratamiento especial (art. 44) y contra sus derechos laborales (arts. 25 y 26), por mencionar los más relevantes.

“En materia laboral, que es el tema pertinente a esta tutela, la Corporación viene haciendo efectivo el artículo 43 superior a través de la aplicación de las normas de derecho internacional suscritas y ratificadas por Colombia, las cuales se refieren al tema de la dignidad de la mujer y de su protección especial, y mediante el robustecimiento de los mecanismo legales de orden interno que pudieran virtualmente disminuir el riesgo de afectación de los derechos fundamentales tratados. El más importante de ellos, por sus repercusiones, es el referido a la “estabilidad laboral reforzada” de la mujer en embarazo.”¹⁶

Evidentemente, la desvinculación de la mujer embarazada de un determinado cargo o empleo público o privado, no es susceptible de impugnación a través de la acción de tutela, con excepción de los siguientes eventos señalados por la Corte Constitucional:

“En primer lugar, la Corte ha entendido que la desvinculación de la mujer embarazada de su empleo puede ser impugnada mediante la acción de tutela si se trata de proteger el mínimo vital de la futura madre o del recién nacido. Esta regla se refiere, por ejemplo, a aquellas mujeres cabeza de familia ubicadas dentro de la franja de la población más pobre, discapacitadas o, en general, con serias dificultades para insertarse nuevamente en el mercado laboral, para quienes el salario, el subsidio alimentario o de maternidad o, en general, los beneficios económicos que pueden desprenderse del contrato de trabajo, son absolutamente imprescindibles para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia. En estos casos, la discriminación por parte del patrono, aparece una vulneración de las mínimas condiciones de dignidad de la mujer quien, al ser desvinculada de su empleo, no esta en capacidad de garantizar la adecuada gestación del nasciturus ni la satisfacción de los bienes más elementales para sí misma o para los restantes miembros de su familia. Si se presentan las anteriores condiciones, nada obsta para que pueda proceder la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección, ya no sólo de la igualdad, sino del mínimo vital de la mujer afectada”.

“En segundo lugar, procede la acción de tutela, pese a la existencia de otro mecanismo ordinario de defensa en aquellos casos en los cuales la cuestión

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-286, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería, 2003.

debatida sea puramente constitucional siempre que resulte flagrante la arbitraria transgresión de las normas que le otorgan a la mujer una especial protección (C.P. art. 13, 44, 43, 53) y que se produzca un daño considerable. En efecto, no existe en estos eventos una razón suficiente para postergar la protección transitoria del derecho fundamental que está siendo vulnerado, pues tal postergación, - atendiendo, entre otras cosas, al ciclo biológico de la mujer, las dificultades que tiene una persona embarazada para vincularse nuevamente en el mercado laboral y, en general, consideraciones sociológicas que demuestran la fuerte restricción de la autonomía de la mujer que carece de ingresos propios durante la gestación y los primeros meses después del parto, no hace otra cosa que desestimular decididamente la opción de la maternidad y, en consecuencia, restringir dramáticamente el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. En consecuencia, si la cuestión debatida es puramente constitucional, si la violación de las normas que confieren una especial protección a la mujer embarazada es clara y contundente - vgr. en la hipótesis -, de que se hubieren aportado, de oficio o a petición de las partes, pruebas claras e incontrovertibles de la discriminación - y si salta a la vista la gravedad del daño producido por tan evidente arbitrariedad, nada obsta para que se conceda el amparo constitucional”¹⁷.

En el caso concreto, “la Sala observa que si bien la actora es asociada de una cooperativa de trabajo asociado, también lo es el hecho de que Coodesco la envió a prestar sus servicios personales en las dependencias del Citibank, lugar donde cumplía un horario y recibía una remuneración por parte de la Coodesco. Es decir, en el caso planteado, tuvo lugar una prestación personal del servicio en cabeza de la actora, una subordinación jurídica de la misma frente a Coodesco y una remuneración a cargo de ésta por los servicios personales prestados por la demandante. En otras palabras, se configuró el contrato de trabajo en consonancia con la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal (art. 53 C.P). La existencia de una relación entre cooperativa y cooperado no excluye necesariamente que se de una relación laboral entre cooperativa y cooperado y esto sucede cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa, si no para un tercero, respecto del cual recibe ordenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la cooperativa; que fue lo que sucedió en este caso”.

Con soporte en la jurisprudencia referida, la Corte decide ordenar a la Cooperativa que dentro de la primera opción laboral que surja reintegre a un cargo de igual o semejante jerarquía a la demandante y le cancele los salarios y prestaciones sociales causados y no pagados desde el momento en que fue desvinculada de sus labores hasta el reintegro. Así mismo, se instará al

¹⁷ Ibid.

Ministerio de Protección Social, a través de la Unidad de Inspección, Vigilancia y Control del Trabajo para que inicie los trámites administrativos tendientes a la investigación y, si fuere el caso, sancionar las irregularidades cometidas por la Cooperativa de Trabajadores Asociados Coodesco, en relación con los Convenios de Asociación y específicamente en lo atinente a la protección constitucional especial de la mujer embarazada.

Nótese como a pesar de la claridad que ofrece la sentencia C-211-00, frente al marco legal de las Cooperativas de Trabajo Asociado, en la práctica existen una serie de situaciones fácticas que llevan a establecer que fácilmente una Cooperativa de esta naturaleza se maneja en la práctica como una agencia temporal de empleo o más aún, se establecen verdaderas relaciones laborales, que solamente con el análisis concreto y particular se pueden esclarecer. Esto motivó a la Corte a ordenar, dentro de la decisión antes estudiada, *“al Ministerio de Protección Social para que en un plazo no superior a seis (6) meses contados a partir de la notificación de esta providencia, diseñe, adopte y ejecute, dentro de la órbita de su competencia, un programa que garantice efectivamente los derechos de las personas asociadas a esta clase de cooperativas, y en especial los de las mujeres embarazadas, así como los correctivos necesarios que eviten que éstas cooperativas incurran en irregularidades para beneficiarse de las ventajas que ofrece este tipo de trabajo asociado”*¹⁸.

En este campo aún no se ha fijado una seguridad jurídica que permita de manera meridiana establecer, cuáles son los derechos de los trabajadores cooperados y en consecuencia, si efectivamente se están protegiendo o no los derechos fundamentales contenidos en los artículos 25 y 53 de la Constitución Nacional.

En síntesis para el caso estudiado, al configurarse una prestación personal del servicio en cabeza de la actora, una subordinación jurídica y una remuneración, nos encontramos ante un verdadero contrato de trabajo y en consecuencia, la relación entre cooperativa y cooperado no excluye una relación laboral cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa sino para un tercero, del cual recibe órdenes y cumple horarios.

Este precedente constitucional, será sin duda, nuestro fundamento básico para el análisis de las relaciones que se suscitan, en la realidad, entre la cooperativa de

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-211, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, 2000.

trabajo asociado "COOPMARIDIAZ" y la Clínica Maridiaz de la ESE Antonio Nariño.

3. Sentencia TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, Sala Laboral 16 Octubre 2001

En esta sentencia se analiza el caso suscitado entre Coomeizar y Oronorte S.A., llegando a la siguiente decisión:

- I La sentencia del juez se confirma por el principio de primacía de la realidad del artículo 53 de la carta (contrato realidad).
- I La prestación personal no se hizo a favor de la cooperativa lo que la constituye en simple intermediación al tenor del artículo 35 CST.
- I Ambas empresas son llamadas a responder solidariamente por los derechos de los trabajadores pues se tipifica una relación de trabajo.

Ahora bien: los principios mínimos fundamentales que rigen el trabajo contenidos en el artículo 53 de la Carta que, como se ha dicho, "*configuran el suelo axiológico de los valores materiales expresados en la Constitución alrededor de la actividad productiva del hombre a los cuales debe sujetarse el Congreso en su actividad legislativa, al igual que el aplicador o intérprete de las disposiciones de ese orden y la sociedad en general (...) "no pretende una ciega unificación normativa en materia laboral que desconozca la facultad del legislador de establecer regímenes diferenciados mas no discriminatorios, atendiendo a las particularidades concretas de las relaciones de trabajo que se pretenden regular. Su finalidad es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley"*¹⁹.

Lo anterior nos lleva a concluir que los derechos fundamentales, pero concretamente los principios mínimos fundamentales en materia laboral y el derecho a la igualdad deben ser respetados o garantizados en las cooperativas de trabajo asociado, pues éstos rigen para todas las modalidades de trabajo. De no entenderse así, habría que sostener inválidamente que la Constitución

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-055, M.P. Carlos Gaviria Díaz, 1999.

discrimina a los trabajadores, o en otras palabras, que protege solamente a unos, lo cual no se ajusta con una interpretación sistemática y teleológica de los artículos 25 y 53 del estatuto superior. Es que derechos fundamentales como el de la igualdad de oportunidades, el de una justa y equitativa compensación del trabajo en forma proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, el principio de favorabilidad en favor del trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, el derecho a la capacitación, al descanso necesario, a la seguridad social, entre otros, no son ajenos a ninguna clase de trabajo.

4. SENTENCIA T-1219-05. Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Aquí la Corte Constitucional, en análisis de acción de tutela, se plantea como uno de los problemas jurídicos, la aplicación del derecho a la estabilidad laboral reforzada a las cooperativas de trabajo asociado del accionante Sr. Alexander Rico Ortega, quien pertenecía a la Cooperativa de Trabajo Asociado Ecológica del Medio Ambiente.

Para obtener la solución, la Corte recoge los planteamientos formulados en las sentencias C-211-00 y T-286-03 y agrega: *“Lo anterior significa que la libertad de las cooperativas para regular aspectos particulares de su relación con sus afiliados, no implica de manera alguna que no deban observar las garantías constitucionales que las obligan a respetar los derechos fundamentales de estas personas”*²⁰.

*“Adicionalmente, la Corte ha señalado que todo contrato que reúna las características de un contrato de trabajo debe incluir los derechos de los trabajadores, con independencia del nombre que formalmente se le asigne al contrato o a la relación contractual. En esa medida ha aplicado a las relaciones denominadas contrato de trabajo asociado, normas generales dirigidas a garantizar los derechos del trabajador”*²¹.

Sostiene además: *“Como consecuencia de lo anterior se entiende que el vínculo existente entre la cooperativa y el actor, no exime a la cooperativa de la carga especial que le imponen los derechos de las personas desventajadas y el deber*

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-1219, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 2005.

²¹ Ibid.

de solidaridad respectivo”²².

5. SENTENCIA T-002-06. Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Este es el más reciente pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional frente al tema en estudio y en ella, igualmente en acción de tutela, la Corte se plantea como problema jurídico a resolver si a la Sra. Hilda Sofía Fresneda Duque, en su condición de asociada de Colombia Cooperativa de Trabajo, de carácter particular, le procede la acción de tutela, si ésta le cobija la reclamación de prestaciones sociales y si podría interponerse como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable dado que la accionante se encuentra desempleada y presenta una limitación física en su brazo derecho.

En esta oportunidad, la Corte Constitucional, al igual que en la sentencia anterior, recoge los pronunciamientos dados en las sentencias C-211-00 y T-283-03 frente a la naturaleza y características de las Cooperativas de Trabajo Asociado, para concluir que *“En virtud de lo anterior se puede concluir que el convenio asociativo de trabajo se caracteriza porque tanto el ingreso de los asociados como su retiro es voluntario, es una empresa sin ánimo de lucro, y en principio la relación entre la cooperativa de trabajo asociado y uno de sus socios es de carácter no laboral”²³.*

“Sin embargo, la Corte ha reconocido que en algunos casos pese a parecer formalmente como relaciones cooperativas lo que en realidad existe es una relación laboral. En este sentido, no puede olvidarse que el contexto laboral es un contrato realidad y, en consecuencia, si se cumplen con las condiciones previstas por el Código Sustantivo del Trabajo para que exista una relación laboral, es este el vínculo que debe primar y no el suscrito mediante convenio asociativo de trabajo”²⁴.

Señala la Corte que en el evento de desvirtuar que la relación se basó en principios de cooperativismo, *“la acción de tutela resulta procedente aún tratándose de particulares puesto que la accionante se encontraba en un estado de subordinación frente a la empresa accionada”²⁵.*

²² Ibid.

²³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 2006

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

Sin embargo, aclara la Corte, que ésta acción, a la luz del artículo 86 de la Constitución Política sólo procederá cuando “*el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”²⁶; es decir, en principio la acción para exigir estos reconocimientos y derechos es la ordinaria laboral, en tratándose de particulares, a menos que se demostrara plenamente en el juicio de tutela, que el accionante sufre o está en la posibilidad de sufrir un perjuicio irremediable.

La jurisprudencia antes referida, será de especial interés en el capítulo relacionado con las acciones judiciales.

El precedente constitucional antes estudiado, se rige fundamentalmente por las sentencias C-211-00 y T-286-03; sin embargo, todos estos pronunciamientos se soportan legalmente en la ley 79 de 1988, aún vigente y el decreto 468 de 1990, derogado por disposición expresa del artículo 39 del decreto 4588 de Diciembre 27 de 2006.

Adicionalmente encontramos pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación de Mayo 31 de 2005, en donde confirma la prelación que tiene la realidad frente a las formalidades establecidas por los sujetos en cuanto hace relación a la seguridad social de los cooperados. A su vez, el Consejo de Estado, en sentencia de nulidad del decreto 2996 de 2004, proferida el 12 de Octubre de 2006, sentó su posición frente al mismo tema, al considerar que este derecho tiene carácter obligatorio e irrenunciable.

En este aspecto, podemos afirmar, que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, soportan sus fallos en un Estado de Derecho –legalidad-, a diferencia de la Corte Constitucional que le da un sentido o alcance de mayor cognotación social y de respeto absoluto por la primacía de la realidad.

3. COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO “COOPMARIDIAZ”

Para el desarrollo del capítulo que a continuación se plantea, se contó con la valiosa colaboración de miembros del Consejo de Administración de la

²⁶ Ibid.

Cooperativa de Trabajo Asociado “COOPMARIDIAZ” y se realizó trabajo de campo, consistente en las visitas continuas por espacio de dos (2) meses a diferentes áreas de la Clínica Maridiaz, perteneciente a la ESE Antonio Nariño.

La naturaleza jurídica de los funcionarios públicos que hacen parte de la planta de personal de la ESE Antonio Nariño, por disposición del decreto 1750 de Junio de 2003, es legal y reglamentaria sometida a las normas de carrera administrativa, actualmente ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, como regla general y por excepción, trabajadores oficiales, solamente en tratándose de quienes *“desempeñan funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales”* (art. 16 del dto. 1750 de Junio de 2003).

El seguimiento se realizó a personal de diferentes áreas de la salud en los grupos asistencial (médicos, enfermeras, bacteriólogos, terapistas, etc.) y administrativo (secretarías, facturadores, estadísticas, admisiones, archivo, costos, etc.) y también, a quienes se dedican a la conducción de ambulancias y de mantenimiento de equipos e instalaciones de este centro hospitalario.

La realidad encontrada coincidió con el planteamiento inicialmente formulado para el desarrollo del presente trabajo: En la práctica, no es posible diferenciar cuáles son los funcionarios con vinculación legal y reglamentaria o contrato de trabajo y cuáles son socios o cooperados de “COOPMARIDIAZ”. Todos prestan servicios asistenciales, técnicos y administrativos, sin ninguna distinción desde el punto de vista fáctico, haciendo uso de la infraestructura física, administrativa, equipos médicos – quirúrgicos y de laboratorio, para el desarrollo de sus funciones. Todos se encuentran sometidos a un jefe de sección o dependencia, quien por delegación de la Gerencia de la Clínica Maridiaz, es el encargado de determinar la cantidad y distribución de necesidades en su área y determinar agendas de trabajo, incluso se encontró un caso, en el área de urgencia, en donde el jefe o coordinador de área no es funcionario de planta sino un cooperado, con potestad de mando sobre personal cooperado y de planta. Como puede verse, no existen elementos objetivos que permitan diferenciar si quién está prestando el servicio es un funcionario público o es un miembro más de la C.A.T “COOPMARIDIAZ”. Estos serán entonces los aspectos centrales en una discusión sobre principio constitucional de primacía de la realidad.

La diferencia desde el punto de vista legal o jurídico, se aprecia fundamentalmente en los siguientes aspectos:

a. Forma de vinculación: Mientras los funcionarios públicos tienen vinculación legal y reglamentaria (como provisionales, según lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-314 de Abril 1 de 2004) o contractual (trabajadores oficiales), según la actividad a la que se dediquen; los Cooperados en cambio, se vinculan mediante contrato cooperativo. Los criterios para la selección del personal de planta de la ESE Antonio Nariño, fueron diversos; sin embargo, para la vinculación y permanencia del personal de “COOPMARIDIAZ”, en teoría, se requiere el estudio previo de las hojas de vida de los interesados, aún cuando la realidad indica que para ser parte de la Cooperativa, el principal requisito es contar con la anuencia del gerente de turno de la Clínica Maridiaz (de igual manera para su retiro).

Existe frente al tema una serie de documentos en los archivos de “COOPMARIDIAZ”, en donde se puede determinar, sin asomo de duda, que la voluntad del Gerente y demás directivas de la ESE Antonio Nariño, es determinante a la hora de vincular personal; pero además y es lo que más preocupa entre los cooperados, de solicitar su retiro o la desaparición de sus funciones, cuando éste, por una u otra razón, no es de sus más allegados afectos.

b. Normatividad aplicable: Mientras los primeros se rigen en materia laboral por la ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, o las leyes aplicables a trabajadores oficiales; los segundos, ni siquiera aspiran a tener tal vinculación y en consecuencia, su retribución, se limita a la compensación y a la distribución de dividendos de acuerdo con las normas que regulan el sistema cooperativo. La compensación es proporcional al tiempo de servicio y la capacidad profesional de cada cooperado, teniendo en cuenta la diversidad de profesionales que conforman “COOPMARIDIAZ”.

c. Régimen disciplinario: Mientras los primeros son cuestionados en sus actuaciones con fundamento en el C.D.U. (ley 734 de 2002); los segundos, se rigen mediante las disposiciones que sobre la materia contemplan los respectivos estatutos; sin embargo, las sanciones si guardan correspondencia entre un sistema y otro, pues éstas pueden ir desde llamados de atención hasta el retiro definitivo de la cooperativa, según la gravedad de la falta y/o la trascendencia de la misma.

d. Respeto por derechos mínimos y fundamentales: Mientras los primeros, se encuentran amparados en la prestación efectiva del servicio por principios mínimos fundamentales como son igualdad de oportunidades, remuneración

mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, pudiendo en efecto disfrutar del pago de trabajo dominical, festivo, nocturno y extraordinario, estabilidad en el empleo, así sea la relativa que ofrece la condición de empleados públicos (regidos por el sistema de de carrera administrativa); irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, entre otros; los cooperados en cambio, no están amparados por ninguno de los principios constitucionales anteriores. Frente a ellos no es posible hablar de igualdad de oportunidades, estabilidad y menos aún, de remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, pues a contrario de los primeros, ellos no tiene oportunidad de obtener retribución por el trabajo dominical, festivo o nocturno, así como tampoco les es posible disfrutar de vacaciones, primas, aporte patronal para la seguridad social y muchos otros derechos laborales, consagrados por la ley, como retribución al esfuerzo y desgaste del trabajador. Tampoco les es posible prever la contingencia de desempleo mediante las cesantías, ni menos aún pensar en subsidiar el estudio de su familia o la adquisición de vivienda, mediante el concepto de cesantías parciales.

A manera de ejemplo se cita el caso de dos médicos que prestan sus servicios en el área de urgencias de la Clínica Maridiaz con carga laboral de ocho (8) horas diarias, el primero empleado público y el segundo, cooperado. El empleado público devenga un salario mensual básico de \$ 2.600.000.00, más prima de compensación por valor de \$ 600.000.00 y otros derechos, para un total aproximado de \$ 3.200.000.00, mientras que el asociado a la C.T.A. "COOPMARIDIAZ", percibe una compensación mensual de aproximadamente \$ 2.200.000.00, sin más derecho que el que puede obtener de una posible utilidad o rentabilidad que arroje la C.T.A., a pesar de laborar cuatro (4) horas más a la semana, que el empleado público.

Evidentemente, la Cooperativa de Trabajo Asociado "COOPMARIDIAZ", es sin asomo de duda, fuente importante de generación de empleo en nuestra ciudad, además de otros ejemplos que los encontramos en instituciones como CAA Norte – CAA Sur de la misma ESE Antonio Nariño, Hospital Universitario, Hospital San Pedro, Hospital Infantil "Los Angeles", Proinsalud, por enumerar algunas. Estos sistemas cooperativos, en la actualidad son una herramienta común y básica para el funcionamiento de estos centros prestadores de salud, arrojando como resultado bajos costos operacionales; sin embargo, se observa que el objeto o razón de ser de esta figura jurídica se ha convertido en un burdo mecanismos de intermediación laboral, con el claro propósito de evadir los derechos legales de los trabajadores, causándoles enormes perjuicios en materia económica y prestacional. En conclusión, los bajos costos de funcionamiento de estas instituciones resultan de la violación de los derechos constitucionales y

fundamentales del trabajador.

Estando ya la problemática planteada nos preguntamos: Les es viables a los cooperados de "COOPMARIDIAZ", hacer efectivo el principio constitucional mínimo y fundamental de primacía de realidad? La respuesta no podría ser generalizada, sin embargo, una vez analizado cada caso en particular, le quedan a su disposición los mecanismos legales que a continuación se estudian.

4. ACCIONES LEGALES Y FUNDAMENTOS PROBATORIOS

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, establece: *"La primacía de la realidad contemplada por el artículo 53 de la Constitución Nacional, implica que los juzgadores, en materia laboral no se hallan atados por las informaciones que se desprenden de los documentos o actos jurídicos celebrados por las partes de las relaciones de trabajo, aunque estas hayan actuado de buena fe, de suerte que es dable que desechen esas informaciones si encuentran la evidencia de una realidad diferente que requiera de la aplicación de la ley laboral o su aplicación correcta, según el propósito del legislador.*

Por lo tanto, no solo cuando aparezcan vicios del consentimiento o fraudes a la ley, es dable desconocer convenios y acuerdos de los contratantes laborales que contraríen la realidad, sino en cualquier caso que esa contrariedad se acredite"²⁷.

La Corte Constitucional, a su vez, ha precisado: *"El derecho opera en la realidad, y atiende exclusivamente hacia ella. Lo real siempre tiene primacía, pues de no ser así, jamás se concertarían en el mundo jurídico las libertades del hombre. No es posible que las formalidades establecidas por los sujetos lleguen a obstar los beneficios reales para el trabajador y la realidad misma del derecho al trabajo*"²⁸.

Aparejado con la teoría de la primacía de la realidad, se encuentra el concepto de relación laboral o de trabajo, como ese reconocimiento de que lo protegido y regulado por las normas laborales, sin importar la voluntad original de las partes,

²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, de Octubre 27 de 1998, M.P. Dr. Francisco Escobar Henríquez.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C.023-94, Corte Constitucional, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

es la prestación personal de un servicio y la manera como éste realmente se ha cumplido. Como se ve, no importa tanto la fundamentación legal de la relación sino la forma como en la realidad, se desenvuelve el cumplimiento de la labor requerida.

Como se dijo, la Constitución Nacional protege el derecho al trabajo en los artículos 25 y 53. El trabajo, como lo ha entendido nuestra legislación laboral, es *"toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo."* (art. 5 C.S.T.). A su vez, los arts. 22 y 23 (subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990) de la misma disposición, definen el contrato de trabajo y señalan sus elementos, así: *"1. Que quien presta el servicio sea una persona natural, quien se denomina trabajador; 2. Que el trabajador preste un servicio personal a otra, que puede ser persona natural o jurídica, quien se denomina el empleador; 3. Que se lo haga bajo una continuada dependencia o subordinación del empleador. Facultad que se ha entendido como la posibilidad de exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo 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 del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país. Es importante aclarar que la subordinación jurídica que se debe demostrar no es la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada, sino aquella que demuestre que quien presta el servicio no lo hace de manera autónoma e independiente, sino obediendo órdenes de un jefe o superior en nombre y por delegación del empleador; 4. Que como retribución a ello se reciba una remuneración, conocida como salario, cualquiera que sea su forma"*.

Señala además la ley laboral y recientemente el decreto 4588 de Diciembre 27 de 2006, que una vez reunidos estos elementos, especialmente la subordinación y la dependencia, se entiende que existe contrato de trabajo, sin importar el nombre que se le dé, ni las condiciones o modalidades que se adopten en el desarrollo de la labor.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al respecto dijo: *"... precisamente la relación de trabajo puede existir aun cuando las partes hayan dado una denominación diferente al vínculo que los une, por lo cual ha de atenderse el juzgador a las modalidades como se prestó el servicio, que no siempre*

surgen claramente del propio contrato, sino de otras pruebas"²⁹. A su vez, la Corte Constitucional, en sentencia T-180 de 2000, señaló: *"El trabajo lleva implícito el derecho a obtener una remuneración como contraprestación por los servicios personales objeto del vínculo jurídico correspondiente (artículos 25 y 53 C.P.), no importa bajo qué denominación haya sido establecido aquél, pues el amparo estatal, que tiene rango de especial en la Constitución, se extiende al trabajo en si mismo, en todas sus modalidades"*.³⁰

Ahora bien, la sentencia hito en el tema tratado, es sin duda el pronunciamiento dado por la Corte Constitucional en decisión C-555-94, M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, al estudiar demanda de inconstitucionalidad sobre algunos artículos de la ley 60 de 1993 y 115 de 1994, en donde señala *"La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional. Si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP. Sin embargo, a partir de esta premisa, no podrá en ningún caso conferirle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal. El mencionado principio 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. Su finalidad no puede dilatarse hasta abarcar como función suya la de aniquilar las que son formalidades sustanciales de derecho público"*.³¹

Frente a las formalidades que debe seguir para ostentar la condición de empleado público, sostiene: *"Del ejercicio de las competencias descritas surgen normas generales que integran el régimen legal y reglamentario que desde el punto de vista de las funciones, deberes, emolumentos, responsabilidades, derechos y demás aspectos relevantes de la función pública se asocian a cada uno de los empleos estatales. Para que una persona pueda ser centro de imputación del*

²⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Sentencia de Abril 24 de 1975.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-180, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, 2000.

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-555, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, 1994.

indicado régimen, se requiere de un acto-condición que lo haga expresa y públicamente destinatario del mismo. Este acto es la designación, la que debe ser seguida de la posesión del cargo. Sólo determinadas autoridades y de acuerdo con los requisitos señalados en la Constitución y la Ley tienen la facultad de designar a otras personas para que ocupen cargos públicos y se precisa, por tanto, de la expedición de actos administrativos. La asunción de responsabilidades públicas, se realiza ante la comunidad mediante el juramento de respetar y hacer cumplir la Constitución y las leyes, lo que permite identificar a la persona que ingresa al servicio y afirmar, desde el momento inicial, la fidelidad que los empleados públicos deben al ordenamiento como agentes del Estado de Derecho”

³²
..

Finalmente, frente a la pretensión derivada del derecho constitucional a la primacía de la realidad, resalta: *“La diferencia originada en el menor costo económico, principalmente causada por la falta de reconocimiento de prestaciones sociales, no obstante la naturaleza laboral de la actividad efectivamente cumplida por los docentes-temporales, confrontada a la luz de la Constitución, se torna irrazonable y contraria a sus mandatos. El trabajo, así beneficie al Estado, genera derechos y obligaciones irrenunciables. Las prestaciones sociales, corresponden a un concepto de derecho mínimo establecido en las normas laborales, que es irrenunciable (CP art. 53). Sin perjuicio de que el Juez ordinario, en cada caso concreto, pueda hacer prevalecer la naturaleza laboral de una determinada relación, el legislador carece de libertad frente a la realidad del trabajo subordinado y no puede, sin más, desconocer su existencia y despojarla de las consecuencias y garantías que le son inherentes”*³³.

A su vez, el Consejo de Estado, en tratándose de pretensiones que se derivan de relaciones laborales sobre la base del principio de la primacía de la realidad, ha sostenido: *“... Por este motivo, atendiendo las pautas jurisprudenciales que se han venido aplicando en eventos en los cuales se acredite que se desnaturalizaron las cláusulas contractuales porque éstas solamente fueron una ficción para esconder una relación laboral, la Sala dispondrá el pago de las prestaciones sociales a título de indemnización (negrillas fuera de texto), tomando en cuenta el valor pactado en los contratos de prestación de servicios ...”*³⁴. En igual sentido ya se había pronunciado esta corporación, frente a los contratos de prestación de servicios, en decisión IJ-0036 de 2003.

³² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-555, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, 1994.

³³ Idib.

³⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 10 de agosto de 2006. Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

Estos pronunciamientos, evidentemente no están relacionados con las CTA; sin embargo, por tratarse de aplicación estricta del principio de la realidad frente a formas de vinculación disfrazadas bajo otro velo jurídico, son precedentes jurisprudenciales que revisten especial significación cuando de escoger la acción judicial y señalamiento de pretensiones, se trate.

Con base en lo antes expuesto, resulta importante entonces, desde el punto de vista probatorio, demostrar, valiéndose de los mecanismos probatorios idóneos, que efectivamente se configuraron los elementos constitutivos del contrato de trabajo, concretamente la subordinación y la dependencia y así, en aplicación estricta del principio constitucional de primacía de la realidad, se buscaría a título de indemnización, el pago de todas las prestaciones sociales dejadas de percibir.

Nótese como, con el planteamiento realizado, no se busca que al asociado de una cooperativa de trabajo asociado, se le reconozca la condición de funcionario público, pues para ello, como lo sostiene la Corte Constitucional, se deben seguir ciertos formalismos que el fallador no puede desconocer; pero si, buscar al menos un restablecimiento del equilibrio material (fundamentado en el derecho a la igualdad), mediante el reconocimiento económico de aquellas prestaciones sociales que devenga el funcionario público que presta igual servicio laboral que el demandante- cooperado.

Estos parámetros operan para el caso estudiado, pero además, es importante anotar que el vínculo legal que une a la E.P.S. Antonio Nariño Clínica Maridiaz con la cooperativa de trabajo asociado “COOPMARIDIAZ”, reviste una especial connotación legal, derivada del artículo 135 de la ley 79 de 1988, que faculta al Instituto de Seguros Sociales para contratar la prestación de servicios a cargo de la institución, sin que deban someterse a las leyes sobre contratación administrativa.

Lo anterior nos indica que el gobierno nacional facultó al Seguro Social, para sustituir su personal de planta con derechos laborales plenos por los servicios de personal asociado a las cooperativas de trabajo asociado, en este caso “COOPMARIDIAZ”, con lo cual se pretendió en su momento, evitar la gran cantidad de demandas a la que éste se vio abocado, por la celebración de contratos de prestación de servicios, con las consecuentes y costosas sentencias en su contra. En el fondo, lo que se buscó y efectivamente se consiguió, fue obtener la cobertura en la prestación del servicio de salud a su cargo, a bajos costos, sin que se consoliden, al menos en teoría, relaciones laborales onerosas.

Además de esta pretensión estatal, se logró con este desmonte progresivo de la planta de personal, el debilitamiento de la agremiación sindical y en consecuencia, la disminución de la lucha por la reivindicación de los derechos laborales de este ramo.

Así las cosas, las acciones judiciales que a continuación se describen, necesariamente estarán dirigidas en contra de lo que hoy es la ESE Antonio Nariño, Clínica Maridiaz (antes perteneciente al Instituto de Seguros Sociales), debiendo el Estado asumir el costo de utilizar o desdibujar una figura solidaria con fines no legales; no obstante, las acciones administrativamente que se podrán instaurar ante el Ministerio de la Protección Social, que conllevarían a la imposición de multas, según lo preceptuado por el decreto 4588 de Diciembre 27 de 2006, en contra de la CTA “COOPMARIDIAZ”, por permitir que entre el tercero beneficiado o usuario y sus asociados o cooperados, se consoliden relaciones laborales y la ESE Antonio Nariño, de manera conjunta o separadamente.

La primera de ellas, la acción ordinaria laboral, ante juzgados laborales del circuito, mediante el procedimiento señalado en el Código Procesal del Trabajo, decreto 2158 de 1948, adoptado por el decreto 4133 de 1948 como legislación permanente y modificado recientemente por la ley 712 de 2001, previa reclamación administrativa, con caducidad de la acción en tres (3) años, en aquellos eventos en que se discuta que en la realidad se prestaba el servicio o labor, como si se tratase de **un trabajador oficial** (para el sector público – E.S.E. Clínica Maridiaz) o de un trabajador dentro del sector particular.

La segunda de ellas, la acción de nulidad con restablecimiento del derecho (art 85 C.C.A., modif. por el decreto 2304 de 1989, art. 5), ante los juzgados administrativos (art. 42 de la ley 446 de 1998, que adiciona el art. 134 A del citado código), mediante el procedimiento señalado en el código contencioso administrativo, decreto 01 de 1984, con sus adiciones y modificaciones, previo agotamiento de la vía gubernativa. La caducidad de esta acción es de tan sólo cuatro (4) meses, en aquellos eventos en que se discuta que en la realidad se prestaba el servicio o labor, como si se tratase de un empleado público de carrera administrativa (para el caso del sector público - E.S.E. Clínica Maridiaz).

Finalmente, se analiza si la acción de tutela es un mecanismo apropiado para invocar de un juez, el reconocimiento de prestaciones y derechos surgidos de una relación laboral derivada de la primacía de la realidad y la respuesta ofrecida por la Corte Constitucional es afirmativa, siempre y cuando se encuentre dentro de

los lineamientos planteados por el decreto 2591 de 1991, que desarrolla el artículo 86 de la Constitución Nacional y el decreto 306 de 1992; es decir, que se invoque como:

- a. Un mecanismo extraordinario de protección de derechos fundamentales (para este evento el derecho al trabajo, art. 25 CN en forma directa y también se pueden invocar otros, que resulten vulnerados de manera indirecta),
- b. Que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de autoridad pública y en algunas oportunidades por los particulares, y
- c. Que no exista otro medio de defensa judicial o que existiendo éste no resulte eficaz e idóneo, o que su uso tenga la condición de transitorio, en aras de impedir o evitar un perjuicio irremediable.

Evidentemente el alcance de esta acción no será igual al de las dos acciones iniciales, pues no será posible la reclamación de indemnización, pero si el pago oportuno del salario, teniendo en cuenta que es un derecho fundamental que implica reconocimiento de la dignidad humana, del mínimo vital que puede concretarse en el libre desarrollo de la personalidad, del amparo de la familia, del reconocimiento de la igualdad y el orden justo; además se relaciona con el derecho a la vida, a la salud, al trabajo y a la seguridad social. O sea, hay un cúmulo de disposiciones constitucionales que sirven de ayuda para garantizar el pago oportuno del salario y así se indicó expresamente en la SU-995/99; sin embargo, el pago de las demás acreencias laborales, no corre la misma suerte y en consecuencia, su reclamación deberá realizarse a través de otros medios legales antes referidos.

La Corte Constitucional en sentencia T-523/98, indicó: *"Por esa razón, la Corte en vigencia del principio contenido en el artículo 53 de la Carta Política, que consagra la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales, y para la efectividad del mandato constitucional que ordena la protección especial al trabajo y demás garantías laborales, a cargo del Estado (C.P., art. 25), indicó que quien haya llevado a cabo una prestación laboral encuadrada dentro de una forma contractual de prestación de servicios"... podrá demandar por la vía judicial competente el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y las consecuencias derivadas del presunto contrato de trabajo relacionadas con el pago de prestaciones sociales."*³⁵

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-523, Dr. Hernando Herrera Vergara, 1998.

“Con dicho propósito el interesado puede acudir a las vías procesales ordinarias laborales, en caso de tratarse de una relación derivada de una relación contractual, o a la contenciosa administrativa, cuando la vinculación emana de una relación legal, haciendo uso de los medios probatorios necesarios, a fin de demostrar la existencia de un "contrato de trabajo realidad", esto es, la prestación personal de un servicio y la subordinación o dependencia durante la ejecución de la labor convenida, con las garantías procesales y sustantivas consagradas en el ordenamiento jurídico vigente, a fin de reclamar los derechos provenientes de la vinculación laboral”³⁶.

“Ahora bien, surge el interrogante acerca de la posibilidad de utilizar la acción de tutela como el mecanismo apropiado para hacer efectivo el reconocimiento de prestaciones surgidas de una presunta relación laboral”³⁷.

“Para definir lo anterior, cabe reiterar, en primer término, que el instrumento judicial de la tutela, consagrado en el artículo 86 de la Carta Política, constituye un mecanismo extraordinario de protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública y en algunas oportunidades por los particulares, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial que permita lograr esa protección o no la garantiza en forma eficaz e idónea, así como en el evento de que su uso transitorio resulte imperativo para evitar un perjuicio irremediable”³⁸.

Finalmente se considera que para invocar con éxito la acción de tutela en el principio constitucional fundamental de primacía de la realidad, se debe demostrar además violación o desconocimiento de otros derechos y principios fundamentales constitucionales, como son el de igualdad (art. 13 y 53 de la Carta), partiendo del principio laboral: **a trabajo igual salario igual**, superando evidentemente el concepto de igualdad de la ley en sentido abstracto para elevar la discusión a un plano de igualdad desde la naturaleza misma de las cosas; el del estabilidad en el empleo, no sólo para garantizar la trascendencia del individuo en la sociedad por medio del trabajo, sino además para el sustento vital y la satisfacción de sus necesidades; entre otros.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

5. CONCLUSIONES

- Las Cooperativas de trabajo asociado, en la actualidad se han convertido en importantes fuentes de generación de empleo, prestando servicios con mano de obra calificada y no calificada especialmente en el sector de la salud, pero además en aseo y servicios generales de entidades públicas y privadas; sin embargo, su connotación bajo el sistema cooperativo, le impide a sus asociados percibir una contraprestación salarial acorde con la cantidad y calidad de trabajo, recibir un trato digno según los lineamientos plasmados en el art. 53 de la Constitución Nacional, principios mínimos fundamentales en relaciones laborales y los expone, a graves problemas de inestabilidad económica y de satisfacción de necesidades de todo su grupo familiar.
- La utilización indebida o tergiversada de las Cooperativa de Trabajo Asociado, es un problema que ha merecido la atención de los entes de control en nuestro país y preocupación especial de la OIT. Los parámetros que estas autoridades han sentado frente al detrimento de los derechos del trabajador asociado, fueron recogidos por el reciente Decreto 4588 de 2006; sin embargo, el punto central que realmente debe preocupar no es la legislación cooperativa ni las sanciones que ella establezca, sino el control efectivo de las prácticas desleales e indebidas que se vienen utilizando en todos los niveles, al suplantar el personal de planta por el trabajo de los asociados, con el único propósito de disminuir los altos costos de funcionamiento, sacrificando por supuesto, la dignidad y todos los derechos del trabajador, quienes no perciben un salario, ni mucho menos prestaciones sociales.
- La C.T.A. “COOPMARIDIAZ”, no es ajena a la distorsión del objeto social detectadas en otras cooperativas del país y en aplicación estricta del principio mínimo y fundamental de primacía de realidad y de igualdad, contenidos en los artículos 53 y 13 de la Constitución Nacional, se encuentran verdaderas relaciones laborales, abriéndose de esta manera el camino jurisdiccional para reclamar sus derechos; sin embargo, cada caso en particular requiere de un juicioso estudio y de un correcto manejo probatorio, para llevar con éxito tales acciones, demostrando la existencia de los elementos que la caracterizan, especialmente la subordinación y dependencia y para el caso de la acción de tutela, la afectación de derechos fundamentales, especialmente el mínimo vital del trabajador y la inminencia de perjuicios irremediables, además de la afectación de la dignidad y la igualdad.

BIBLIOGRAFIA

AFANADOR NUÑEZ, Fernando. Derecho Colectivo del Trabajo. Legis. Bogotá. 1997.

BALLÉN, Rafael. Teoría General del Derecho del Trabajo. Derecho Colectivo del Trabajo. Ediciones Leyer. Bogotá. 1995.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Subsección B. Sentencia de 10 de Agosto de 2006. M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

CONSTITUCIÓN NACIONAL. Legis S.A. Diciembre de 2006.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-446. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. 1992.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-023. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. 1994.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-555. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. 1994.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-523. Dr. Hernando Herrera Vergara. 1998.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-055. M.P. Carlos Gaviria Díaz. 1999.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-211. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIA, Sentencia T-180. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T – 286. M.P. Dr. Jaime Araujo Rentarías. 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T – 1219. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño. 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T – 002. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño. 2006.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de Octubre 27 de 1998. M.P. Dr. Francisco Escobar Henríquez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de Mayo 3 de 2005.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de Abril 24 de 1975.

GONZÁLES CHARRY, Guillermo. Derecho Colectivo del Trabajo. Tomo I. Ediciones Biblioteca Banco Popular. Bogotá. 1985.

GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral Colombiano. Derecho Colectivo del Trabajo. Tomo III. Ediciones Leyer. págs. 27 y s.s. Bogotá. 1995.

<http://www.procuraduria.gov.co/co/html/fallosycon.htm>

<http://www.ramajudicial.gov.co>

<http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/pr/2006/35/.htm>.

http://www.larepublica.com.co/docs/proyectos/Trabajo_Asociado_2006.pdf

http://www.dansocial.gov.co/admin/files/Ane-Noticia_14122004185722.pdf.

LÓPEZ FAJARDO, Alberto. Elementos de Derecho del Trabajo. Librería Ediciones del Profesional Ltda. tercera edición. Bogotá. Agosto de 2006.

NOTICIAS DE LA ECONOMÍA PÚBLICA, SOCIAL Y COOPERATIVA. No. 42. Septiembre de 2004.

OBANDO GARRIDO, José María. Tratado de Derecho Administrativo Laboral. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. Junio de 2005.

RÉGIMEN LABORAL COLOMBIANO. Legis S.A. Diciembre de 2006.

RÉGIMEN DEL EMPLEADO OFICIAL. Legis S.A. Diciembre de 2006.

REVISTA DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL. Vol. 37. No. 1. 2004.

REVISTA VENEZOLANA DE ECONOMÍA SOCIAL. No. 8. Diciembre de 2004.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomos I a IV. Ediciones Universidad Externado de Colombia. Marzo de 2003.

VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Tomos I y II. Literatura Jurídica. Legis. Bogotá. Mayo de 2005.