



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 25899 31 05 002 2021 00214 01

Ernesto Peláez Aguirre vs. Comunicaciones Celular Comcel S.A. y
Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros en Liquidación.

Bogotá D. C., once (11) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los recursos de apelación presentados por las partes, contra la sentencia proferida el 20 de octubre de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Previa deliberación de los magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

Sentencia

Antecedentes

1. Demanda. Ernesto Peláez Aguirre presentó demanda ordinaria laboral contra Comunicaciones Celular Comcel S.A. y Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros en Liquidación, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre él y Comcel S.A. desde el 10 de junio de 2003 hasta el 31 de marzo de 2014, que la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros en Liquidación, debe responder solidariamente; en consecuencia, solicita el pago de dominicales, festivos, descansos compensatorios, horas extras diurnas, compensación de las vacaciones; reajuste de las primas de servicios, auxilio de cesantías y sus intereses; indemnización moratoria por el no pago oportuno y completo de los intereses a las cesantías, sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías de los años 2004 a 2013 con el salario devengado; indemnización por la no entrega de las dotaciones (vestido y calzado de labor), indemnización por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, indemnización moratoria por falta de pago oportuno y completo de salarios y prestaciones sociales a la terminación de la relación laboral; aportes a pensión (con el salario devengado), indemnización moratoria por la falta de pago de aportes parafiscales y a la seguridad social; indexación y costas del proceso.



Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que Comcel S.A. fue la beneficiaria de sus servicios; que la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros en Liquidación, tenía como único cliente a la empresa Comcel S.A.; que la Cooperativa realizaba los pagos al personal de Comcel, en razón a los servicios del mantenimiento preventivo y conservación de las estaciones base de todo el país; informa que la Cooperativa era la encargada de efectuar los convenios cooperativos con los trabajadores de Comcel S.A., por ende, la contratación de Comcel S.A. por intermedio de la Cooperativa se trató fue de una tercerización, con el ánimo de vulnerar sus derechos laborales, pues los contratos o convenios fueron aparentes, que el demandante no tuvo ánimo asociativo, ni se cumplieron los fines del cooperativismo.

Agrega que suscribió un contrato verbal a término indefinido, para encargarse del almacén de la estación Torre de Comcel San Marcos del municipio de Agua de Dios, también era auxiliar de mantenimiento de la planta y custodio de la estación San Marcos Poblado; que dentro de sus funciones se encargaba de recibir equipos de comunicación, herramientas, todo el material que llegaba para el cuarto de equipos de la estación, subir combustible, tanquear y hacerle mantenimiento general a la planta eléctrica, mantenimiento completo de la estación, podar con guadaña, alumbrado de los postes, percatarse que las mallas no estuviesen rotas, manejo de llaves de todos los cuartos y entrada principal de la estación.

Refiere que tuvo un accidente de trabajo el 22 de diciembre de 2013 y lo incapacitaron por mes y medio, que solo descansó dos días, porque le correspondía seguir trabajando; señala que recibía órdenes del ingeniero encargado Eduardo Sánchez; que trabajaba de 6 am a 7 pm, y en la noche lo llamaban de “auto urbe” cuando se disparaban las alarmas para que verificara la presencia de alguna persona con intenciones de hurtar la estación; que durante toda la relación laboral trabajó todos los días de domingo a domingo, y siempre se generaron 5 horas extras diurnas entre las 3 a 7 pm; que no le otorgaban descansos compensatorios; percibiendo las siguientes remuneraciones:

El salario del año 2004 fue de \$286.392.00 mensuales
 El salario del año 2005 fue de \$382.000.00 mensuales
 El salario del año 2006 fue de \$408.000.00 mensuales.
 El salario del año 2007 fue de \$434.000.00 mensuales.
 El salario del año 2008 fue de \$461.500.00 mensuales.
 El salario del año 2009 fue de \$497.000.00 mensuales.
 El salario del año 2010 fue de \$515000.00 mensuales.
 El salario del año 2011 fue de \$536.000.00 mensuales.
 El salario del año 2012 fue de \$567.000.00 mensuales.
 El salario del año 2013 fue de \$756.000.00 mensuales.
 El salario del año 2.014 fue de \$616.000.00 mensuales.



Aduce el demandante que su empleador no cumplió con sus obligaciones laborales, que son precisamente los pedimentos de la demanda.

La demanda fue admitida el 18 de mayo del 2017.

2. Contestación de la demanda.

2.1. Comunicaciones Celular Comcel S.A.: Contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que no conoce al demandante, nunca fue su trabajador, no le adeuda acreencias laborales, no cumplió horario de trabajo; manifiesta que el actor celebró un convenio de trabajo asociado con la Precooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros, y por lo tanto Comcel es un tercero en dicha relación. Añade que entre la cooperativa y Comcel se celebró válidamente un contrato de prestación de servicios para el mantenimiento preventivo y conservación de las estaciones base a nivel nacional (contratos comerciales para la ejecución autónoma e independiente de servicios de apoyo, mantenimiento no técnico y conservación de estaciones base de Comcel), siendo que dichas actividades son ajenas al giro ordinario de los negocios de Comcel, y específicamente las labores que supuestamente desarrolló el demandante (aseo, limpieza de basuras, desperdicios y maleza), tampoco corresponden al giro ordinario de Comcel. Informa que los contratistas de Comcel S.A. prestaban el servicio de mantenimiento técnico en las estaciones base a nivel nacional, solucionaban las fallas que se presentaran, que estos son ingenieros, sumado al hecho de que Comcel cuenta con un procedimiento de monitor y solución de fallas, del que no fue participe el accionante.

Adujo que el demandante percibió unas sumas de dinero, por concepto de compensaciones, de conformidad con lo autorizado por el Ministerio de Trabajo; que aquel realizaba aportes sociales descontados mes a mes por la cooperativa; que participó de los rendimientos y excedentes de la cooperativa; que la cooperativa contaba con sus propios estatutos, y la Superintendencia de Economía Solidaria realizó varias visitas, evidenciando que esta cumplía con la ley de cooperativismo; agrega que Comcel ha actuado con manifiesta y real buena fe en relación con los contratistas con los que sostuvo distintas relaciones comerciales.

En su defensa propuso las excepciones de fondo o mérito denominadas prescripción, inexistencia de la relación laboral entre el demandante y Comcel S.A., inexistencia de responsabilidad solidaria, improcedencia de una condena por concepto de sanción moratoria, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena



fe, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa y artículo 282 del CGP.

2.2. La Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros en Liquidación: Estuvo representada a través de curadora ad litem, quien no contestó la demanda y así se declaró por parte del juzgado.

3. Sentencia de primera instancia.

El Juez Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca, mediante sentencia proferida el 20 de octubre de 2022, resolvió: *“Primero: Declarar que entre el demandante Ernesto Peláez Aguirre y Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido con vigencia del 13 de octubre de 2004 y el 31 de marzo de 2014, en virtud del cual el primero se desempeñó en las labores de auxiliar de mantenimiento a raíz de una intermediación laboral irregular de parte de la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros en liquidación. Segundo: Condenar solidariamente a las entidades codemandadas Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A. y la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros en liquidación a pagar al demandante Ernesto Peláez Aguirre las siguientes sumas y conceptos: a. \$3.940.672,22 por concepto de auxilio de cesantías. b. \$ 75.463,24 por concepto de intereses sobre las cesantías. c. \$ 75.463,24 por concepto de la sanción por no pago de intereses sobre cesantías d. \$ 745.211,11 por concepto de prima de servicios. e. \$ 760.588,89 por concepto de compensación de vacaciones. f. \$4.058.756,00 por concepto de la indemnización por despido injusto. g. \$2.094.730,00 por concepto de la sanción moratoria por la falta de consignación oportuna y completa de cesantías a un fondo de cesantías, contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. h. \$ 20.533,33 diarios a partir del 1.º de abril de 2014 y hasta que se produzca el pago total de las cesantías y prima de servicios. i. La indexación de las condenas descritas en los literales b), c), e), f) y g) con base en el IPC vigente al momento del pago. Tercero: Condenar a la entidad demandada Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A. a trasladar el valor de las cotizaciones a seguridad social en pensiones del demandante Ernesto Peláez Aguirre con destino en la entidad en la que se encuentre afiliado en la actualidad, con un IBC equivalente a un salario mínimo legal vigente mensual, por los ciclos de diciembre de 2004, enero a junio de 2005 y septiembre de 2006, por 30 días, con sujeción a las reglas que rigen el cálculo actuarial consagradas en el Decreto 1887 de 1994, compiladas en el Decreto 1833 de 2016. Para una mejor ejecución de la sentencia, se concede a la parte demandante el término de 5 días hábiles para que confirme en qué entidad de seguridad social está afiliado, al cabo de lo cual la parte demandada tiene un plazo de 5 días hábiles para que eleve solicitud de elaboración del cálculo, y una vez determinado el monto respectivo, cuenta con un plazo máximo de 30 días calendario para efectuar el pago a satisfacción. En caso de que la parte demandada no eleve solicitud, la parte demandante puede hacerlo dentro del término de 5 días hábiles siguientes, al cabo del cual y una vez concretada la deuda, la entidad empleadora demandada tiene un plazo de 30 días calendario para pagarlo a entera satisfacción. Cuarto: Declarar parcialmente probadas las excepciones de prescripción, pago y compensación; y no probadas las restantes. Quinto: Absolver a las entidades demandadas Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A. y la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros en liquidación de las restantes pretensiones incoadas en su contra. Sexto: Condenar en costas de primera instancia a la parte vencida. En su liquidación, inclúyase la suma de \$4.500.000, por concepto de agencias en derecho a su cargo y a favor de la contraparte...”*



4. Recursos de apelación. Inconformes con la decisión, las partes apelaron así:

4.1. Del demandante: *“(...) Respetuosamente interpongo el recurso de apelación contra la sentencia con el fin de que el Tribunal la revoque en cuanto se absolvió por los conceptos de domingos y festivos, horas extras y descansos compensatorios; pues está demostrado que la única persona que trabajó durante todo el tiempo en custodia de los equipos de la antena, fue el demandante, trabajó todos los días, de domingo a domingo; y como su señoría lo expresó al hacer el análisis de las pruebas, la única persona que atendía el mantenimiento, el cuidado y la vigilancia de esa antena fue el demandante; entonces, solicitar al Tribunal que revoque la absolución de esos conceptos. Igualmente solicito que se reajusten las condenas de las prestaciones sociales de cesantías y primas de servicios intereses a cesantías, las cotizaciones de Seguridad Social y las indemnizaciones por la falta de consignación oportuna, pago oportuno de los intereses de cesantías la reliquidación de la moratoria por la falta de consignación de las cesantías, en el fondo de cesantías, y la moratoria por la falta de pago oportuno y completo de prestaciones sociales y salarios a la terminación del contrato; e igualmente se deberá reajustar la indemnización por el despido, y sobre esas bases se deberá hacer la indexación a las que fueron condenados; fundamento mi decisión en las pruebas que oportunamente se aportaron al proceso y que son pruebas documentales que dan cuenta de que el demandante era la persona que estaba en el cuidado de la antena en San Marcos y que nadie más, en todo ese tiempo, de 2004 a 2014, prestó ese servicio de cuidado de las máquinas y de la antena y del prado que rodeaba la antena, del cuidado de los equipos que le entregaban y de mantener taqueados los equipos con el ACPM que subía, y que fue muy bien, analizado por su señoría, en el análisis extenso y profundo que hizo de cada prueba. Esa es mi apelación su señoría, dejando los reparos a la sentencia, como ya lo dejé manifestado en que sí existen pruebas, para hacer las condenas que he solicitado de domingos, horas extras, de festivos y descansos compensatorios...”*

4.2. De Comcel S.A.: *“(...) me permito presentar recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca con el fin de que se revoquen las condenas impuestas a mi representada y el cual me permito sustentar y argumentar en los siguientes términos: de acuerdo con la sentencia proferida por el a quo, se declara la presunción del artículo 24 del CST, teniendo en cuenta y según bajo los argumentos expuestos por el despacho, que el demandante probó la prestación personal del servicio a mi representada conforme la prueba documental que obra del expediente y conforme las declaraciones traídas al proceso del señor Iván Andrés Rodríguez y José Ángel Sánchez, y de igual manera indica el despacho que el contrato comercial suscrito entre mi representada y la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros, sirvió para ocultar una verdadera relación laboral y que la cooperativa sirvió como una simple intermediaria; no obstante, es claro, y lo que solicito al Tribunal es que, de manera detallada estudie las confesiones que él mismo demandante realizó en el interrogatorio y el conjunto de los testimonios que fueron practicados al interior del proceso, pues si bien es cierto, el demandante desarrolló una actividad, esta actividad no fue en favor o en beneficio de mi representada, sino a favor de la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros con quien el aquí demandante suscribió el convenio de trabajo asociativo del mismo; pues dentro de los documentos que obran dentro del proceso se observa que efectivamente el demandante suscribió dicho convenio de trabajo asociativo, hizo parte de esa Cooperativa de Trabajo Asociado los Cerros y desarrolló la actividad para cual fue ese contrato del convenio que fue la de auxiliar de mantenimiento. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que entre mi representada y la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros se suscribió un contrato comercial, el cual, como se indicó a lo largo del proceso, este tenía como objeto la prestación de servicios de mantenimiento no técnico preventivo y conservación de las*



estaciones base que a nivel nacional opera Comcel S.A., y en el caso objeto de estudio, esto fue en la estación base de San Marcos; y así mismo dentro de estos contratos y de acuerdo con las declaraciones traídas al proceso, se encuentra acreditado que esto sí se desarrolló de manera autogestionaria e independiente, no solamente por lo que se establece dentro de los contratos, porque pues dentro de los contratos que obran dentro del proceso se desprende la autogestión e independencia en la ejecución del contrato, toda vez que en el mismo se pacta el contratista de manera autónoma con absoluta autonomía administrativa, técnica, financiera, contable y jurídica, se obliga para con el contratante a prestar sus servicios en el área de mantenimiento de las estaciones base en el contratante; adicionalmente, se indica que son obligaciones especiales del contratista para efectos estos que con base en las actividades contratadas por el contratante o con el contratista este último prestará sus servicios con personal suficiente, idóneo y capacitado y con los medios requeridos para el desarrollo de la prestación de sus servicios objeto del contrato adicionalmente de acuerdo con ello, se tiene que efectivamente, sí dentro del proceso se probó tal autonomía y autogestión por parte del contrato celebrado entre mi representada y el demandante, en el cual mi representada no tuvo ningún tipo de injerencia ni relación directa con el señor Ernesto Peláez, pues como se indicó y obra dentro de las pruebas que fueron practicadas dentro del presente proceso, jamás se acreditó que mi representado hubiese impartido de algún tipo de subordinación o instrucción al aquí demandante, y como lo digo, él mismo dentro del interrogatorio de parte indica que no le daban órdenes porque él ya sabía que su actividad era la del mantenimiento, el mantenimiento no técnico de estas estaciones bases; adicionalmente, y de acuerdo con ello, entonces se tiene que la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros, no fue creada con la finalidad o con el carácter de violar o desconocer derechos laborales del señor Ernesto Peláez, pues como se indicó, y como lo indicó también la sentencia SL 2749 del 2022, en la que se indica la demandada la Cooperativa de Trabajo Asociado los Cerros no se creó artificialmente y con el propósito de suscribir un exclusivo contrato de prestación de servicios con la codemandada Comcel, pues su nacimiento legal se presentó con mucha antelación a la firma del referido contrato y con el objeto de generar y mantener trabajo sustentable para sus asociados de manera autogestionaria con autonomía, autodeterminación y autogobierno vinculado voluntariamente el esfuerzo personal y los aportes económico de sus asociados; en este sentido, dentro del presente proceso y de acuerdo con esta línea jurisprudencial, se probó que, efectivamente esta cooperativa sí fue creada bajo los supuestos que establece la ley para su correcto funcionamiento y que el mismo se encontraba ajustado a derecho y en ese sentido es que el demandante se afilió a esta Cooperativa de Trabajo Asociado y suscribió este convenio de manera voluntaria, del cual no se puede desconocer esa autonomía de la voluntad del aquí demandante, como lo indicó a folio 222 del expediente obra el certificado de constitución de existencia y representación legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros, expedido por la Supersolidaria; a folio de 151 obra al acta informe de visita de la Precooperativa Asociada Los Cerros por parte de la Supersolidaria; a folios 158, está la resolución del Ministerio del Trabajo número 2165 el 28 de diciembre del 2012 en donde se reforma parcialmente el régimen de compensaciones de la cooperativa, obra folio 260 los estatutos de la cooperativa, obra folio 328 la convocatoria a la Asamblea General de asociados en el diario de la República, y estos se radica ante la Superintendencia Supersolidaria, a folio 381, obra igualmente este contrato de prestación de servicio con mi representada del mantenimiento preventivo, de las estaciones bases de abril del 2011 y a folio 414 igual manera, folio 122, el Convenio Asociativo de Trabajo suscrito por el aquí demandante, por lo tanto es evidente que efectivamente, esta Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros fue constituida antes de que mi representada celebrará un contrato con ellos, y justamente bajo la finalidad de estos principios de Cooperativismo; entonces, claramente no corresponde y no es cierto lo que el juzgado dentro de la sentencia proferida indicó que, efectivamente, esta cooperativa había sido usada como un medio de intermediación laboral para



desconocer los derechos del aquí demandante, pues se observa que al encontrarse efectivamente constituida esta cooperativa, y que igualmente estaba siendo vigilada y estaba siendo visitada por la superintendencia solidaria que da fe efectivamente de su constitución bajo todos estos documentos que obran dentro del plenario y la cual claramente bajo eso es que el demandante se afilia, mi representada suscribió de manera válida este contrato de prestación de servicios para el mantenimiento no técnico de la estación base.

Entonces, en ese sentido, bajo esta línea jurisprudencial no queda la menor duda que, efectivamente, el demandante desarrolló fue una actividad para la cooperativa de trabajo asociado conforme a este contrato de prestación de servicios, sin que ello jamás implicará que la actividad que él desarrollará fuera directamente que mi representada hubiese ejecutado algún acto de subordinación, el juzgado en la sentencia indica que teniendo en cuenta que se presume y se da aplicación a la a la primacía de la realidad conforme el artículo 24 del CST, se presumen los demás elementos esenciales para la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo esto es, pues la subordinación, se presume, no obstante ello, aquí estamos señalando y reiteró que no es una actividad personal la que la demandante desarrolló a mi representada, puesto como lo indico y lo reitero, el demandante dentro del interrogatorio de parte, efectivamente dijo que su hija lo reemplazaba y no como el despacho indica que la contrató, el expresamente usó la palabra de reemplazo, no recordó el periodo de exactamente en el que fue reemplazado, pero sí lo indicó, y en esa medida es claro que no hay lugar a que se declarara esta presunción en la medida que se probó al interior del proceso, que la actividad no fue personal y por ello, al no ser intuito persona, pues no se podría dar lugar a la declaratoria de un contrato de trabajo.

No obstante ello, en el evento, igualmente, en el que para el Tribunal Superior indicara que sí está esta actividad personal, el despacho y el Tribunal, pues deben estudiar que efectivamente se invierte la carga de la prueba y en este caso mi representado obviamente tiene que probar y demostrar que no hubo una subordinación, pues esta, también hace parte de uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo y al invertirse entonces la carga de la prueba, se tiene que mi representada efectivamente acreditó y probó con las pruebas que fueron traídas a colación al proceso, que jamás impartió algún tipo de orden instrucción al aquí demandante, pues como se reitera de los testigos traídos al proceso, el señor José Ángel Sánchez y el señor Iván Andrés Rodríguez, jamás indicaron que personas le daban órdenes, no, no les consta que impartieran algún tipo de instrucción, simplemente lo que indicaron es que ellos veían al demandante subir y bajar por la gasolina, sí, por tema del combustible, pero ello no está implicando una subordinación, y no está implicando tampoco que mi representada hubiese impartido una orden ellos igualmente manifiestan que desconocen la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros, pero aquí hay que ver que igualmente, si bien ellos estaban dentro del mismo centro, porque pues esto era directamente en el municipio de Girardot, ellos solamente están manifestando que veían al demandante subir, subir y bajar, y lo que les consta es por lo el mismo demandante les dijo a ellos respecto de lo que él creía que era su relación laboral con Comcel, pero no dan fe ni tienen certeza de quién les da una orden, ninguno da el nombre de una persona, ninguno le consta quien lo llamaba por teléfono, ninguno propiamente veía qué actividad el desarrollaba dentro de la estación base, simplemente que él esperaba algún camión que claramente, como se indicó dentro de los testimonios practicados por mi representada, correspondían a las personas de la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros.

Entonces, no se puede pretender por parte del despacho, que solicitó al Tribunal lo estudie, que simplemente con las manifestaciones del señor Iván Andrés Rodríguez y el señor José Ángel Sánchez entonces se entiende y se desprenda que efectivamente existió este elemento de la subordinación; adicionalmente es importante indicar que igualmente el juzgador de instancia no realizó igualmente una valoración conjunta de los testimonios, pues claramente desconoció que el señor José Ángel Sánchez también manifestó y también indicaba que el demandante bajaba en



cualquier momento a hacer sus vueltas personales, también indicó que no sabía quiénes eran los jefes del demandante; y en este sentido, es claro que el demandante tenía totalmente autonomía para poder desarrollar esa actividad, pues claramente cuando estamos hablando de un contrato de trabajo, los trabajadores no tienen tal autonomía para hacer en cualquier momento sus vueltas personales siempre y por este principio de la subordinación, se tiene justamente que pedir un permiso para poder desarrollar este tipo de vueltas personales y aquí este testigo está manifestando que el demandante bajaba a hacer sus vueltas personales en cualquier momento, entonces, en ese sentido, es claro que aquí no se observa tampoco que efectivamente se desprenda de ese tipo de subordinación y como lo reiteró en este caso, cómo se invierte la carga de la prueba, ahora bien entonces el demandante, dentro de su interrogatorio de parte, indicaba, y confesó dentro del mismo que la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros era quien le pagaba la compensación, lo que, efectivamente él sí tenía conocimiento de la vinculación que él de manera voluntaria hizo y conocía cuál era el régimen al cual él estaba haciendo parte dentro de la cooperativa; el también indicó dentro del interrogatorio de parte que las personas que hacían esa actividad técnica eran de diferentes empresas, porque Comcel contrataba a diferentes proveedores como Huawei y Ganche, que él mencionó que subían a las estaciones base a realizar este mantenimiento técnico, toda vez que el demandante, como lo digo, solamente contaba con estudios hasta la primaria y él no tenía la posibilidad de realizar ningún tipo de mantenimiento técnico porque para ello se requieren conocimientos especializados.

Entonces el mismo demandante reconoce y acepta dentro de su interrogatorio de parte que efectivamente lo que él hacía era como su actividad de custodio y como esa actividad que él tenía de mantenimiento técnico, teniendo en cuenta que él tenía la tenencia de las llaves de la estación base de abrirle las puertas a las personas técnicos especializados para efectuar el mantenimiento de la estación base. Dentro del presente proceso no se acreditó que el demandante hiciera alguna actividad, que hiciera parte del objeto social de mi representada como erradamente lo indicó el juzgado al momento de proferir la sentencia; aquí jamás se indicó que el demandante hubiese hecho una actividad de mantenimiento técnico y también lo único que se indicó a lo largo del proceso es que solamente el demandante le abría las puertas para que ellos pudiesen entrar en el cuarto que menciona incluso el demandante dentro de su declaración para que ellos pudiesen hacer la actividad, el hecho de que el demandante tuviese esas llaves, abriese las puertas, tuviese que haber efectuado algún reporte por un tema de robo, como la visita que hizo uno de los testigos de mi representada, ello no implica que esa actividad que desarrollará el demandante hiciera parte del objeto de mi representada; entonces, claramente, en ese sentido, no se está demostrando ni siquiera cuál era la actividad que el demandante estaba realizando y por lo cual es que mucho menos podemos hablar de una actividad personal en favor de mi representada como erradamente lo manifestó el despacho en la sentencia y adicionalmente, hay que señalar que el demandante mismo dijo que la planta era automática, y que pues la misma podía fallar era cuando se iba la luz y de acuerdo con lo que se indicó por parte de los testigos y al reporte de las fallas técnicas que fue allegada al presente proceso, no se presentaron reportes de fallas de luz y adicionalmente lo que dice es que la planta el demandante dice que la planta no falló nunca, y nunca hubo un problema de combustible, entonces cuál era la actividad que desarrollaba el aquí demandante, entonces en beneficio de mi representada y que hiciera parte del objeto social de mi representada, cuando él mismo está diciendo que la planta nunca falló y que nunca hubo problemas en el consumo de combustible en la estación.

En ese sentido es que solicitó igualmente entonces al Tribunal que se determine, se haga con rigurosidad un estudio de las confesiones que se hicieron dentro del interrogatorio de parte; adicionalmente, es importante indicar que mis testigos traídos al proceso que igualmente no fueron estudiados de manera detallada por el despacho dentro de la sentencia proferida, esto es, el señor Fernando Fernández Sánchez y el señor Leonardo Camargo, el señor Fernando Fernández, que



efectivamente indicó que fue a esta estación base de San Marcos porque se presentó un robo, indicó, cuál era justamente el objeto de este contrato de mantenimiento no técnico, que se había suscrito con la cooperativa de trabajo asociado los cerros, en donde él, de manera detallada, indicó cuáles eran esas actividades que, por ejemplo, pudo haber llegado a haber efectuado el demandante, que era coordinar el ingreso de las personas de las cooperativas, mantener el sitio aseado, el informe de verificación de los hurtos, verificar el hueco de las mallas, como medidas de protección adicionalmente, lo que él indicó es que efectivamente sí había una autonomía técnica, administrativa y financiera y de autogestionaria por parte de la cooperativa para desarrollar la actividad, pues era la cooperativa quien se encargaba justamente de avisarle al demandante cuando había alguna visita de algún personal por parte de mi representada; adicionalmente, es importante indicar que lo que indicó el señor, tanto Fernando Fernández como Leonardo Camargo respecto del NOC, el cual, como lo dijo el NOC, es un sistema de monitoreo que funciona desde aquí de la ciudad de Bogotá, en el cual en este NOC se reportan las fallas que presentan las estaciones base y las cuales tratan de resolverse de manera remota, entonces es claro que en ese sentido ni siquiera era constante que el demandante tuviese que estar yendo a la subestación base a abrir todos los días las puertas a personal técnico para el mantenimiento de las mismas, toda vez que esas fallas se tratan es de solucionar de manera remota desde aquí de la ciudad de Bogotá, desde ese NOC, solamente en aquellos casos esporádicos como él lo indicó, es que cuando no se pueden solucionar de manera remota se envía ese personal técnico que tiene conocimientos especializados para que se pueda, entonces dar la solución a las fallas de la estación base y puede prestar el servicio, por lo cual entonces, como le indico, eso no es tampoco que suceda todos los días y a toda hora que implicara que el señor Ernesto Peláez tuviese que estar como él pretende indicarlo dentro de la demanda, casi que más de 12 horas o 24 horas, porque, pues él indica que también por las noches, o sea que pues él no dormía y no descansaba las 24 horas del día, cosa que pues es humanamente imposible, en la estación base.

En ese sentido, entonces, como lo indico, pues no se encuentra probada la subordinación, no hay ningún testigo, ni siquiera el mismo demandante, recordó cuáles eran las personas que le pudieron haber impartido algún tipo de orden por parte de mi representada, por lo cual es claro que se desvirtúa entonces el elemento de la subordinación y por tanto, la existencia de un contrato de trabajo; que, como lo digo si bien el juzgado indica que la subordinación se presume bajo el supuesto de que se declara la presunción del artículo 24, también es cierto que en ese caso se invierte la carga de la prueba y la misma se encuentra siendo desvirtuada por parte de mi representada, por lo que no habría lugar entonces a la declaratoria de este contrato realidad conforme a los testimonios, interrogatorios y documentos obrantes en el proceso.

Ahora bien, de acuerdo con las pruebas documentales, es importante indicar que, si bien dentro del proceso obra certificaciones como las mencionadas por el despacho en la sentencia, ninguna de las certificaciones tiene el logo, o se encuentra firmada por parte de mi representada, de la cual se pueda desprender que mi representada reconoce la existencia de una relación contractual o laboral con el aquí demandado, toda vez que esas certificaciones no tienen ese logotipo ni firma de algún representante legal de mi representada, por lo cual no se le podría llegar, con base en ello, imputar o reconocer la declaratoria de una existencia de un contrato de trabajo realidad. Adicionalmente, el despacho dentro de la sentencia proferida indica que pues se aparta de las sentencias que fueron traídas a colación por parte de mi representada; estas son las sentencias: SL 2792 del 2020, SL 2221 del 2022 y SL 2749 del 2022; de manera muy ligera, el juzgado dice que las mismas no aplican al presente caso, y en la SL 2221 del 2022 indicó que se aparta; no obstante ello, es claro que el juzgado no efectuó el análisis conjunto de dichas sentencias, pues como se indicó y como se aportaron al proceso, son supuestos facticos que si bien cada caso, pues tienen supuestos particulares de cada uno de los procesos, lo cierto es que aquí, en dichas sentencias sí constituyen una doctrina probable que aquí el despacho claramente desconoció y



por lo tanto se está creando esa inseguridad jurídica al desconocer las mismas, de manera caprichosa, toda vez que, como se ha indicado de acuerdo con el artículo 4° de la Ley 169 de 1989, en el cual se consagra 3 decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso que la juzgue erróneas las decisiones anteriores, y Así mismo se ha indicado que una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociendo y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional; en este sentido, entonces se observa que, efectivamente, el juzgador de instancia omitió este deber constitucional, pues, efectivamente, las sentencias traídas a colación dentro del presente proceso constituyen esta doctrina probable que como el juez la aplicó posteriormente para otras supuestos, como por ejemplo para las condenas impuestas a mi representada por conceptos de indemnización moratoria indicando justamente que debía dar aplicación de este precedente judicial al momento de condenar a mi representada a la sanción moratoria, indicando la mala fe con la que se obró; también el juzgado debido haberla aplicado en este caso, al haber declarado el contrato realidad y al haber desconocido esta jurisprudencia, pues las mismas como lo digo, desconoció este deber constitucional, pues en estas sentencias se estudiaron, no solamente los supuestos particulares de cada una de los demandantes, sino que igualmente se estudió de manera general y lo cual, como lo reitero, debió haber sido línea jurisprudencial y ella haber sido aplicada, al haber sido el órgano de cierre en materia laboral en la que se indicó justamente la validez de las cooperativas de trabajo asociado, en este caso de la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros, en la que son unos mismos supuestos fácticos en los que se ha indicado y a lo a lo cual solamente me permito, por ejemplo, resaltar de la sentencia SL 2792 del 2020 de radicación, 78111 del 28 de julio del 2020 el magistrado ponente, Martín Emilio Beltrán Quintero quien indica que en esta sentencia, básicamente, lo que se indica es que al analizar razonablemente se infiere que entre el señor Madera Reyes y la demanda Comcel no existió un vínculo laboral adicionalmente, también en esta sentencia se indica que no se evidencia que allí se desprenda que Comcel S.A. hubiese contratado al actor y menos de su contenido, objetivamente se colija subordinación alguna respecto de esta empresa, y menos prueban que estaba sometido a las instrucciones, reglamentos y órdenes impartidas por Comcel y que esta sociedad le hubiese suministrado de manera directa elementos para desempeñar sus actividades como para impedir la existencia de un contrato de trabajo realidad e inclusive tampoco acreditan que las labores desarrolladas por el accionante tenían que ver con las correspondientes al giro de la citada empresa en estas sentencia 2792 claramente se indica que no se probó y no se acreditó en ninguno de los pruebas traías a colación al proceso que se hubiese acreditado algún tipo de subordinación, tal y como entonces ocurrió en este proceso, también objeto de estudio por parte del señor Ernesto Fernández.

En la sentencia SL 2221 del 2022 con radicación 88224 proferida el 28 de junio del 2022, también se indicó, que justamente es la que el juez hace mención y se aparta entonces de esta sentencia, y es que en esta sentencia lo que se indica, lo que el juzgado dijo es que se apartaba porque se había dejado el contrato realidad, pero el juzgado tampoco tuvo en cuenta que en el análisis que se hizo y lo que le indicó la sentencia es que, y señaló, es que no se encontraba la de realizar algún servicio técnico directo a la antena base de Comcel, lo que se descarta la ejecución de las labores del giro ordinario de los negocios, contrario a lo indicado por el juzgador de instancia en este proceso. Así mismo, la sala indicó que lo anterior se colige que, contrario a lo que dedujo el a quo, que en la relación sustancial existente entre el demandante y la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros, medió un convenio asociativo de trabajo en virtud del cual el primero prestó sus servicios a Comcel, comportándose la primera en forma autónoma, autogestionaria e independiente, siendo incluso avalado su actuar por la Superintendencia de Economía Solidaria,



autoridad administrativa que las vigila y controla, siendo la cooperativa propietaria de los medios de producción de la labor; entonces, en este sentido, se tiene que dentro del proceso, igualmente se acreditó que las actividades que el demandante desarrolló con actividades no técnicas y como lo indica esta sentencia, que también debió ser aplicada en la misma las actividades que desarrolló el demandante no eran parte del giro ordinario de los negocios y, por el contrario, como lo indiqué al inicio de este recurso de apelación, la cooperativa sí cumplió con los requisitos establecidos y se acreditó dentro de este proceso, para actuar conforme lo establecido por la Superintendencia de Economía Solidaria, y para actuar de manera autónoma y autogestionaria; adicionalmente, en la sentencia SL 2749 del 2022 con radicación 91708, proferida el 2 de agosto del 2022, jurisprudencia reciente, por la doctora Ana María Muñoz Segura, en la que se indicó la demanda Cooperativa de trabajo Asociado Los Cerros no creó artificialmente y con el propósito de suscribir un exclusivo contrato de prestación de servicios con la codemandada Comcel, pues, su nacimiento legal, se presentó con mucha antelación a la firma del referido contrato, lo cual se reitera completamente, seguridad jurídica de que esta cooperativa de trabajo asociado cumplió con esos principios de cooperativismo y con los supuestos establecidos en la ley para para funcionar; lo cual es claro que no fue creada y jamás usada por parte de mi representada como un mecanismo de intermediación laboral, como lo indicó en la sentencia de primera instancia; entonces, teniendo en cuenta estas 3 sentencias que constituyen doctrina probable, como lo he indicado, es claro que el Tribunal, pues también solicitó que haga el estudio de las misma, y dé la aplicación, toda vez que los supuestos fácticos del aquí proceso del señor Ernesto Peláez, son supuestos exactamente similares a los que se discutieron en estas en estas 3 sentencias y por ende, es que se debe dar aplicación a las mismas en este mismo sentido, y siguiendo bajo esta misma línea jurisprudencial, toda vez que ellos no ser así, se constituiría entonces una inseguridad jurídica y se estaría desconociendo esa obligación constitucional que existe por parte de los jueces de la aplicación de la doctrina probable teniendo en cuenta los 3 casos en los cuales fueron proferidos.

En este sentido es que solicitó entonces se revoque la sentencia de acuerdo a que dentro del presente proceso no hay lugar a que se decrete el contrato realidad entre el demandante y mi representada; ahora bien, es importante también tener en cuenta de otra parte que, conforme a las condenas impuestas, es claro que las sanciones, moratorias que fueron condenadas a mi representada por concepto de la sanción moratoria del artículo 65 y la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 al 90 por el no pago de las cesantías al fondo, las mismas, como lo indicó el juez, tiene que probarse la ocurrencia de la mala fe, toda vez que estas sanciones no operan de manera automática, dentro del presente proceso no se encuentra acreditado que mi representado hubiese obrado por mala fe y mucho menos como lo indicó el juez que hubiese actuado de manera arbitraria o desconociendo alguna normatividad laboral o burlando justamente estas normas laborales, todas que como lo digo aquí se suscribió un contrato de prestación de servicios que fue para mi representada y fue una convencida de que se ejecutó en debida forma y bajo los presupuestos establecidos en la ley; entonces, en este sentido, al no operarse de manera automática estás sanciones y teniendo en cuenta que entre mi representada jamás suscribió un contrato de trabajo con el aquí demandante, pues no habría lugar a dichas condenas, moratorias toda vez que mi representada siempre actuó de buena fe, no solamente dentro del contrato comercial suscrito con la cooperativa, sino en todas las actuaciones que se desprendieron por este tiempo en el que el contrato estuvo vigente, esto es, pagando todas y cada una de los honorarios pactados para el desarrollo de la ejecución de este contrato.

De otra parte, también solicitó entonces que se revoque la indexación a la que fueron condenada a mi representada respecto de las condenas D, C, E, F y G, en la medida que, pues esa indexación no fue solicitada dentro de las pretensiones de la demanda, como lo indicó el juzgado, y adicionalmente, pues sí, resulta ser incompatible con la indemnización moratoria en la medida que si el honorable tribunal confirma la condena por la indemnización moratoria esta tiene justamente



como finalidad pagar o traer justamente, que se siga causando a valor presente y es una sanción que ya se está imponiendo entonces al condenar a la indexación, se estaría condenando dos veces por el mismo concepto, pues está trayendo a valor presente o a valor futuro los mismos conceptos, por lo tanto, es que solicito que en ese sentido se revoque en esas condenas impuestas a mi representada; y adicionalmente, solicité al honorable tribunal pues efectuar, igualmente, nuevamente la liquidación de las que fueron impuestas a mi representada con el fin de, pues verificar que las mismas se encuentren conformes en el evento de que pues decida confirmar estas condenas e impuestas; no obstante, se reitera nuevamente, que se revoquen las condenas impuestas a mi representada y se absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas dentro de la demanda.”

5. Alegatos de conclusión. En el término de traslado ambas partes presentaron alegaciones de segunda instancia, básicamente reiterando lo expuesto en sus medios de impugnación.

6. Problema (s) jurídico (s) a resolver. Con sujeción al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, corresponde a este Tribunal, por cuestiones de método analítico, resolver los siguientes problemas jurídicos: **1.** Entre el demandante y Comcel S.A., ¿existió o no un contrato de trabajo?, **2.** ¿la actividad desplegada por la cooperativa de trabajo asociado encaja o no en un marco estrictamente legal? **3.** ¿incurrió el juez de instancia en una vía de hecho (defecto sustantivo) por apartarse del precedente judicial?; dependiendo de lo que resulte, **4.** ¿hay lugar o no a las condenas por trabajo suplementario, dominicales, festivos, y por ende deben reliquidarse las condenas? **5.** ¿Hay lugar o no al pago de las indemnizaciones establecidas en los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990?. **6.** ¿Es dable condenar por concepto de la indexación?

7. Resolución al (los) problema (s) jurídico (s).

De antemano, la sala anuncia que la sentencia apelada será **revocada parcialmente** en cuanto a la condena impuesta por concepto de las indemnizaciones de los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990; adicionada para conceder la indexación y en lo demás será **confirmada**.

8. Fundamento (s) normativo (s) y jurisprudencial (es). Código Sustantivo de Trabajo arts. 22 a 24; Código Procesal del Trabajo arts. 60 y 61; Código General del Proceso arts. 164 y 167; arts. 60 y 61 del CPT y SS, 164 y 167 del CGP, entre otras.



Consideraciones

Esta Sala entrará a darle solución a los problemas jurídicos planteados, de cara a los recursos de apelación formulados por las partes, así:

1. Entre el demandante y Comcel S.A., ¿existió o no un contrato de trabajo? ¿La actividad desplegada por la cooperativa de trabajo asociado encaja o no en un marco estrictamente legal?.

Para resolver sobre la existencia de la relación laboral entre las partes, lo primero que debe recordarse es que, como bien lo tiene aceptado pacíficamente la Sala, según lo establecido en el artículo 167 del CGP, corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. De igual forma, el artículo 164 ib. prevé que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Por su parte, el artículo 60 del CPT y de la SS dispone que el juez al proferir su decisión debe analizar todas las pruebas allegadas al proceso; y el art. 61 ib. establece que el juez formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes.

Sumado a lo anterior, cabe precisar que si bien en los términos del artículo 23 del CST los elementos del contrato de trabajo son tres: prestación personal de unos servicios en favor de otro, remuneración y la continuada subordinación, el artículo 24 de la misma obra tiene regulado que la sola prestación de un servicio personal en favor de otro hace presumir el referido tipo de contrato, evento en el cual quien alegue la condición del trabajador le corresponde probar que prestó unos servicios personales en favor de otro; y este a su vez, es decir el receptor del servicio, tiene la carga de demostrar que tales servicios fueron realizados de forma independiente o autónoma, o en virtud de un contrato diferente al laboral.

Cumple aclarar que en este tipo de procesos no es estrictamente necesario que la parte demandante acredite la subordinación, pues para que la presunción legal sea eficaz su única obligación es probar la prestación personal de unos servicios en favor de otro, lo que se encuentra acorde con lo estatuido en el artículo 53 de la Constitución Política. También incumbe a la parte demandante probar la intensidad, términos y extremos temporales en que se desarrolló la relación.

Cuando se trata de relaciones jurídicas en las que estén involucradas las cooperativas de trabajo asociado y un tercero, y se reclama la existencia de un



contrato de trabajo, al demandante le basta con demostrar el servicio personal a favor de la empresa beneficiaria para que se active la presunción legal, correspondiéndole a esta última desvirtuarla a través de la prueba de que ese servicio se ajustó a los parámetros legales sobre el trabajo asociado.

Recuérdese que las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado son empresas sin ánimo de lucro que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios económicos, profesionales, intelectuales o científicos, para lo cual fijan sus propias reglas conforme a las disposiciones legales y con las que autogobiernan sus relaciones, de ahí que una característica principal es que estos entes gocen de autonomía técnica, administrativa y financiera y sean un tipo de organización de trabajo autogestionario, con respaldo en los artículos 25 y 38 de la Constitución Política que garantizan precisamente los derechos al trabajo y a asociarse sin intervención del Estado, al igual que en la Recomendación 193 de la OIT, que entre los principios fundamentales del cooperativismo establece la solidaridad, las libertades de empresa y de organización, la existencia interna de participación democrática y económica de sus miembros y la autonomía e independencia en la prestación de un servicio. (CSJ SL6441-2015 y CJ SL3436-2021).

Es importante precisar que las personas, si a bien lo tienen, pueden prestar sus servicios personales, a través del denominado “convenio de asociación”, lo cual tiene respaldo en la legislación nacional, específicamente, en las normas del cooperativismo que permite el funcionamiento de esta clase de entidades en las que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa (artículo 59 de la Ley 79 de 1988), lo que significa que el trabajo de la cooperativa está preferentemente a cargo de los propios asociados, quienes optan por trabajar en forma análoga y concurrente para un propósito cooperativo, ejerciendo además la condición de socio en procura de obtener un beneficio distinto al ingreso salarial o prestacional característico de las relaciones laborales.

El acuerdo cooperativo y el régimen de trabajo de esas entidades tiene como marco para su desarrollo la Ley 79 de 1988, que aparece reglamentada entre otras disposiciones por los Decretos 1333 de 1989, 0468, 3081 de 1990, 2150 de 1995, 4588 de 2006, Decreto 3553 de 2008 y Ley 1429 de 2010. El artículo 3º del Decreto 4588 de 2006, establece que las Cooperativas y Pre-Cooperativas de Trabajo Asociado son formas asociativas solidarias y de generación de empleo en un contexto de autonomía y libertad diferente a las relaciones de trabajo comúnmente subordinadas. De esta normativa se concluye que los referidos entes deben realizar su objeto social de manera directa a través de sus asociados, salvo



las excepciones autorizadas por ley, y puede ser encaminado a la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, pues dicho ente tiene como finalidad ser autogestionario y sus asociados tienen la doble connotación de asociados y gestores de la misma, por tanto, la labor del asociado debe estar acorde y cooperar con el desarrollo del objeto social, único y exclusivo, como lo prevé el artículo 5º del Decreto 4588 de 2006.

El artículo 5º citado (hoy compilado en el Decreto 1072 de 2015) señaló que el objeto social de tales organizaciones solidarias es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno, y para ello, en sus estatutos debe precisarse la actividad socioeconómica que desarrollarán, encaminada al cumplimiento de su naturaleza, en cuanto a la generación de un trabajo. Otro aspecto en el que las autoridades normativas fueron especialmente cuidadosas para evitar excesos de las referidas entidades fue lo relacionado con la propiedad de los medios de producción, y así se estableció desde el Decreto 468 ya citado, regla que fue reiterada en el artículo 8 del Decreto 4588 de 2006 que dispuso que la cooperativa debe ser propietaria, poseedora o tenedora de los medios de producción y/o laborales como instalaciones, equipos, herramientas, tecnología y demás medios materiales e inmateriales de trabajo. Este mismo artículo previó que si los medios de producción y/o de labor son de terceros, se podrá convenir con ellos su tenencia a cualquier título, garantizando la plena autonomía en el manejo de los mismos por parte de la cooperativa. Dicho convenio deberá perfeccionarse mediante la suscripción de un contrato civil o comercial.

Los artículos 16 y 17 del último Decreto citado consagran que las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de 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. Y agregaron que cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado; y que el asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en el artículo 17 de dicho



decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo.

Por su parte, el artículo 63 de la Ley 1429 del 29 de diciembre de 2010 dispuso que el personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes. Y aunque allí mismo se dispuso que esa disposición entraría en vigor el 1º de julio de 2013, esta limitante fue derogada por la Ley 1450 de 16 de junio de 2011.

A su turno, el Decreto 2025 de 2011 que reglamentó el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, en su artículo 1º dispuso que cuando se haga referencia a intermediación laboral, se entenderá como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones; y por actividad misional permanente, aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa. Y aunque en su artículo 2º se dispuso que a partir de la vigencia de la referida ley “las instituciones o empresas públicas y/o privadas no podrán contratar procesos o actividades misionales permanentes con Cooperativas o Precooperativas de Trabajo Asociado”, lo cierto es que dicho artículo fue declarado nulo por el Consejo de Estado en su Sección Segunda, dentro del expediente No. 11001-03-25-000-2011-00390-00(1482-11) de 19 de febrero de 2018, y aclaró que “la prohibición de contratación de las cooperativas de trabajo asociado para actividades o proceso misionales permanentes (en instituciones o empresas públicas y/o privadas), se limita, conforme lo precisa el primer inciso del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, a actividades de intermediación laboral o bajo otra modalidad que afecte los derechos laborales vigentes”, y en ese orden, la “prohibición total de contratación, contenida en el artículo 2 del Decreto 2025 de 2011, sí afecta la actividad lícita o la libertad de contratación de los asociados a la precooperativas y cooperativas de trabajo asociado dentro de sus posibilidades legales, pues lo que protege el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 es que no se incurra en la utilización de ese mecanismo cooperativo para disfrazar la intermediación laboral y, con ello, se vulneren los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes”, y concluye que dicha contratación es posible “pero no bajo la figura de la intermediación”. Y si bien la sentencia de nulidad es posterior a la vinculación del demandante, lo cierto es que la anulación de un acto administrativo produce efectos ex tunc, es decir, se entiende retirado del mundo



jurídico desde el nacimiento, razón por la cual se retrotraen las cosas al estado anterior, esto por cuanto el estudio de su legalidad se remite al origen de la decisión, pues se parte del supuesto que la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe volver al estado anterior a su vigencia (Sentencia T-121/2016).

En ese orden de ideas, aflora de manera pacífica que es dable la prestación de un servicio, ya sea como trabajador o como asociado de una cooperativa, y si el juez de cara al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, revisado el caudal probatorio allegado, arriba a la convicción que esa relación fue de carácter laboral, nada impide que declare el contrato de trabajo, que fue lo ocurrido en este caso, como se analizará más adelante, y por lo tanto, desde ya se anuncia que el juez de instancia no incurrió en el dislate jurídico enrostrado por la demandada apelante, como quiera que una vez encontró demostrada la prestación personal de los servicios del demandante, activó la presunción legal ya explicada, y **Comcel no logró derruirla**, ya que la sola presencia de los contratos asociativos de trabajo no es suficiente para tal efecto. Lo anterior, porque de ser así, se estaría dando prelación a la forma, aspecto contrario al principio referido.

A esa conclusión se arriba, luego de verificar los siguientes medios de pruebas:

Obra a fls. 122 a 125 PDF 01, el convenio asociativo de trabajo suscrito entre el demandante y la Precooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros, el 13 de octubre de 2004, en el cual se vinculó al demandante para desempeñar la labor de auxiliar de mantenimiento en San Marcos Lote 0-71 sector Limonar, cumpliendo las siguientes funciones: *“mantener el sitio aseado, ordenado, libre de basuras, desperdicios y malezas, verificar permanentemente que las luces de advertencia de la torre permanezca en un nivel superior a la mitad, verificar que el tanque de combustible ACPM permanezca superior a la mitad, verificar que todas las luces y lámparas de seguridad estén en correcto estado de funcionamiento; verificar que las cercas, muros de cerramiento etc., se encuentren en buen estado; verificar que el teléfono celular que se le ha entregado en calidad de préstamo se encuentre permanentemente encendido y funcionando; mantener los listados de contactos, autorización de ingreso, y teléfonos de emergencia, en un sitio seguro y seco para evitar su deterioro; verificar que los extinguidores de incendio estén en su lugar indicado, completamente limpios y revisar mensualmente la fecha de vencimiento; verificar luces antiexplosivas; verificar el correcto funcionamiento de las unidades de aire acondicionado; verificar que las cerraduras candado y demás medios físicos de seguridad estén en correcto estado de funcionamiento, permanezcan cerrados, y en su lugar; verificar diariamente las horas de funcionamiento de la planta y anotar este dato en la minuta destinada para tal fin; verificar la reserva existente de combustible y anotar ese dato en la minuta destinada para ello, verificar que el personal autorizado que ingrese a la estación, se registre en el libro de control destinado para tal fin, mantener todos los elementos de la estación con las debidas seguridades, con el fin de evitar pérdidas, hurtos o deterioros, alertar a los empleados y contratistas sobre el uso de los equipos de seguridad para trabajo en alturas y*



efectuar las anotaciones en el libro minuta de las personas que no cumplen con este requisito... (...) las partes declaran que el fin principal de LA PRECOOPERATIVA es el suministro de servicios a COMCEL... (...) no atender durante las horas de labor, trabajos u ocupaciones distintas a las que sean encomendadas... (...) el término de duración del presente convenio será desde iniciadas las labores del TRABAJADOR ASOCIADO en COMCEL... hasta la fecha de finalización del proceso correspondiente... (...) son justas causas para dar por terminado este convenio por parte de la PRECOOPERATIVA LOS CERROS... la ausencia continua y reiterada del TRABAJADOR ASOCIADO a sus labores en el horario y días acordados, salvo excusa justificada, circunstancias que hará saber al contratante de la PRECOOPERATIVA por escrito con un término no mayor de tres (3) días después de la ausencia... el bajo rendimiento laboral comprobado mediante los mecanismos establecidos para tal fin... no presentarse a laborar cuando sea requerido por el contratista de los trabajos que aporta la PRECOOPERATIVA..."

A fls. 558 a 561 PDF 02, en similares condiciones, obra convenio de trabajo asociado suscrito entre el demandante y la Precooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros de fecha 15 de julio de 2005.

Obra a fl. 127 PDF 01, la solicitud de asociación del demandante a la Precooperativa Los Cerros de fecha 8 de noviembre de 2004.

Obra a fl. 129 ib. la orden de contratación de fecha 7 de diciembre de 2005, en donde se menciona que, el centro de costos para la prestación del servicio del actor sería Comcel.

Obra a fl. 133 ib. la misiva de terminación de la relación laboral de fecha 5 de marzo de 2014, en donde la Cooperativa los Cerros le informa al demandante lo siguiente: *"me permito comunicar a usted que el Contrato de Prestación de Servicios que la Cooperativa de Trabajo Asociado LOS CERROS tenía celebrado con la empresa COMCEL, hoy CLARO, para el mantenimiento preventivo y la conservación de las Estaciones Base de todo el País, actividades que han sido la razón de ser del Trabajo con todos los Asociados, ha sido terminado por decisión de nuestro único cliente. En consecuencia, ante la pérdida de la fuente de trabajo con que contaban los Asociados a la Cooperativa, nos vemos en penosa (sic) obligación de comunicar a usted como Asociado de los servicios por usted prestado de acuerdo con el Convenio de Asociación se da por terminados (sic) a partir del próximo 31 de marzo..."*

Obra a fls. 243 a 388 ib., todos los documentos legales referentes al funcionamiento de la Cooperativa de Trabajo Asociado los Cerros.

Obra a fls. 388 a 441 ib.; 137 a 152, 237, 305 a 350, 466 a 483 PDF 02, PDF 04 los contratos de prestación de servicios suscritos entre Comcel S.A. y la Precooperativa y posterior Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros desde el año 2003, y en ellos, en su totalidad, el objeto fue la prestación de servicios de mantenimiento preventivo y conservación de las Estaciones Base que a nivel



nacional opera Comcel, y las nuevas que se llegaron a instalar, junto con los respectivos otrosíes, la terminación del contrato en marzo del 2014.

Obra a fl. 421 ib. la liquidación final de convenio asociativo de trabajo suscrito entre el actor y la Precooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros, de fecha 7 de noviembre de 2004 y en donde aparece como centro de costo Comcel, donde el actor prestó sus servicios.

Además, se escucharon las pruebas personales contenidas en los interrogatorios de las partes y los testimonios de los señores Iván Andrés Rodríguez Cortés, José Ángel Sánchez Cruz, Fernando Fernández Sánchez y Leonardo Andrés Sánchez, quienes respecto de las situaciones fácticas de la demanda refirieron:

La representante legal de Comcel señaló que no conoció al demandante, porque Comcel nunca tuvo vínculo laboral con él; dijo que sí se celebró un contrato de prestación de servicios con la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros para el mantenimiento no técnico de las estaciones base a nivel nacional, desde el año 2003 a 2011 cuando era precooperativa de trabajo, y entre 2011 y 2015 que se convirtió en Cooperativa. Indicó que una sola persona se encargaba del mantenimiento no técnico en la estación; que las personas que estaban allí por parte de la Cooperativa tenían que mantener el sitio aseado.

El **demandante** informó que el 31 de marzo de 2014 lo llamaron de Comcel para decirle que no necesitaban de su servicio: un señor de la oficina de mantenimiento supuestamente porque Comcel estaba en quiebra, y que tenía que sacar a un poco de custodios de las estaciones. Nunca recibió documento ni nada. Lo llamaron al teléfono que le habían dado para hacer llamadas y los reportes; luego identificó a la persona como Ricardo Orozco, que Comcel no necesitaba de sus servicios, expresó que a él lo habían llamado varias veces para decirle que tenía un contrato a término indefinido y que ellos podían prescindir de sus servicios o él renunciar cuando quisiera. A la pregunta relacionada con el cargo desempeñado, contestó que había sido almacenista, mantenimiento de planta y custodio de la estación, después frente al horario y actividades dijo que entraba a las 6 o 7 am y salía a las 6 pm o 7 pm y entre sus funciones estaba recibir herramientas, equipos, lo que llegaba para subir a la torre, y como auxiliar subir el combustible, tanquear, cambio de poleas y aceites a la planta; como custodio estar pendiente de guadañar, podar, estar pendiente de las luces y de las mallas que no estuvieran rotas. Manifestó que los contratistas de Comcel subían a trabajar con la torre, de diferentes empresas. Sabía qué era lo que iba a hacer, pero lo llamaban a altas horas de la noche (11pm), mientras descansaba y debía levantarse a



inspeccionar. Nunca le dijeron que había una alarma de seguridad, “auto urben” lo llamaban cada vez que se disparaban las alarmas, y le tocaba responder por su trabajo. Nunca se subió a la torre, enviaban a la gente de Bogotá para cambiar luces. Entre noviembre de 2004 y 7 julio de 2005 prestó servicios para precooperativa de trabajo asociado y el 15 de julio de 2005 suscribió otro contrato. Se dio cuenta que trabajaba para la cooperativa en el año 2014 cuando le cancelaron el contrato. Durante el tiempo de vinculación no recibió primas, vacaciones, y una vez que estuvo enfermo su hija firmó contrato por unos días, es decir su hija lo reemplazó unos días y a ella le pagaron, como 7 u 8 días que estuvo enfermo en el año 2007 o 2008. Aceptó haber recibido la suma de \$682.000 por concepto de cesantías el 22 de abril de 2014. Nunca recibió el pago de los aportes sociales. Solo le pagaban el mínimo. Nunca recibió comprobantes de pago de nómina. No le pagaron compensación semestral y anual de descanso; y siempre veló porque la planta estuviera bien cuidada y tuviera suficiente combustible. Se comunicaba con dos oficinas de Comcel, mantenimiento y no recuerda la otra. A la estación nunca fue alguna gente de Comcel, simplemente la gente que iba a trabajar no más, únicamente dos ingenieros que le dieron unas clases para que aprendiera a manejar la planta e indicarle lo que tenía que hacer: aprender a cambiar filtros, correas, aceites a la bomba de la planta eléctrica, esa capacitación fue como en 3 días, en la torre, a los 5 meses de estar trabajando en Comcel; tenían unos distintivos como ingenieros de Comcel; de ahí en adelante no fue nadie más, solo la gente que iba a trabajar. Recibía las herramientas de las personas que iban a trabajar. De la casa donde vivía hasta la estación se iba a pie eran 45 minutos. El ingeniero de Comcel Eduardo Sánchez, quien le daba órdenes (que estuviera pendiente de la planta), fue quien le dijo que si quería trabajar con Comcel. La Luz se iba y la planta era automática, inmediatamente se encendía y se apagaba sola. Recogía el combustible en la bomba que era cancelado por Comcel. Luego dice que en el 2003 estaba el ingeniero Luis Mahecha y que él ingeniero Eduardo Sánchez entró a reemplazar a Mahecha en 2006 y desde ahí le dio órdenes.

El testigo **Iván Andrés Rodríguez Cortés**, quien dijo conocer al demandante en el condominio San Marcos Poblado, porque laboraba en las antenas de Comcel desde el año 2004, **señaló que el actor esperaba el material y combustible para las antenas para llevarlo a la parte alta**, la antena está en la parte alta del condominio, esperaba a la camioneta, suministro de ACPM, los camiones de Comcel que venían con los platoes para hacer los cambios, estaba pendiente. Cuando miraba los linderos del condominio, siempre veía que el demandante abría los candados, estando pendiente de la planta, estaba pendiente de que no hurtaran, siempre lo encontraba en la parte alta del cerro. De hecho, el



demandante esperaba 2 veces la camioneta, y cuando la vía se obstaculizaba buscaba otro vehículo para remolque, el único acceso a la antena de Comcel es por el condominio San Marcos Poblado. El testigo subía día por medio o cada dos días. El testigo conducía el tractor del condominio. El Testigo laboraba de lunes a viernes 7 a 4 pm, y los sábados de 7 a 12 m; como jefe de mantenimiento martes, jueves y sábado y le correspondía mirar que los linderos estuvieran en buen estado. Siempre que subía a la parte alta, iba a la parte delantera y llegaba a la antena, tipo 8 am, o a veces en la tarde. Siempre hacía su ronda (el testigo) De la portería hasta el cerro son casi 2 horas caminando. Cuando se le preguntó ¿Con qué frecuencia subía el actor? El testigo dijo que creía que el demandante subía todos los días, tenía que estar pendiente de esa antena cree que las 24 horas. No le podía decir a qué horas descendía él actor. Cuando le tocaba subir -al testigo- (martes, jueves y viernes), y los sábados también le consta que el actor estaba ahí. **Otras personas que subían eran los técnicos de Comcel identificados con su carné** y muchas veces el demandante le pedía el favor que le buscara el tractor porque los camiones no subían. El actor para él -testigo- estaba las 24 horas del día, tomaba su alimento, bajaba y subía nuevamente. En ocasiones pasaba a las 6 de la tarde y le decía que iba para la antena. No sabe quién era el jefe inmediato del demandante, no vio que alguna persona específica le diera órdenes, **solo vio subir técnicos**. La CTA Los Cerros iban a hacer el mantenimiento de la estación. En su carta, estaba el membrete y decía que el personal de Cerros haría el mantenimiento y la comunicación era dirigida por parte de Comcel. El demandante era la única persona que estaba ahí trabajando para Comcel, y los técnicos para revisar las antenas. El demandante prestó servicios como hasta “empezando 2014”. No recuerda que por algún motivo el actor no hubiese prestado sus servicios. No recuerda haber visto a otra persona. No sabe cómo le pagaban. Ni quién, ni el motivo de retiro. Dijo que el demandante pasaba por el condominio y decía “voy para la antena”, no sabe qué hacía concretamente, pero siempre pasaba por ahí. El testigo sólo llegaba hasta la parte de afuera de la antena de Comcel.

El declarante **José Ángel Sánchez Cruz** manifestó ser Piscinero y trabajar en Condominio El Poblado San Marcos desde el año mayo 2007 y cuando -el testigo- ingresó a trabajar el demandante ya estaba en San Marcos laborando. En el año 2014 tenía 4 casas a su cargo y laboraba con el condominio San Marcos. En ese entonces había 4 piscinas, y hoy solo hay una. Estaba contratado por el condominio e iba todos los días de 6 am a 6 pm (el testigo). Era Piscinero, jardinero, manifestó que se encontraba con el demandante a las 6 am en portería. No vio que el actor encendiera las maquinas, el accionante decía que subía a encenderlas, que él tenía que entrar por portería, 5 a 6 pm. El demandante



permanecía en las torres, bajaba a hacer vueltas personales o de la torre, no sabe cuáles, y luego volver a “enderezar”, señaló que trabajaba en oficios varios dentro del condominio, obras de construcción. El demandante era ayudante de construcción. Después se retiró de la obra y se dio cuenta de que laboró con Comcel. Primero, era independiente y por temporada. Luego, cuando estuvo en Comcel, se encontraba con él a las 6 am porque le dijo que laboraba en las torres con esa entidad. El demandante estuvo hasta 2009 como ayudante de construcción. El demandante subía a las torres con el combustible, **echarle combustible a las máquinas**, estar pendiente de la energía, de la luz, prender las maquinas, estar pendiente de todo lo que estaba encerrado en la torre. **El demandante se encontraba con el personal de Comcel en portería**. La camioneta era muy conocida de Comcel, solo conocía que el carro era de Comcel porque todas las veces iban las mismas personas. El testigo habló una vez con un conductor quien le expreso que eran conductores de Comcel y que le mandaban a traer el combustible subían combustible cada 20 días, cada mes. El demandante prendía unas máquinas que trabajaban con ACPM. En ocasiones, tenía que ir a prenderlas para que las máquinas funcionaran. No dio información relevante de qué era lo que hacía el demandante en la torre, porque no subía con él directamente hasta allá. Que el demandante ingresaba a las 6 de la mañana, y no lo veía bajar porque el testigo se iba a las 6 pm. Todos los días se lo encontraba en portería. No sabe quién era el jefe inmediato, “lo único que sabe es que trabajaba con Comcel.” No escuchó hablar de la Cooperativa los Cerros; Nunca escuchó que alguien que diera una orden. Agregó que -el testigo- se retiró del condominio y siguió laborando en ese lugar, pero con los propietarios, manifestó que vio al demandante hasta marzo de 2014 en la torre de Comcel. No sabe qué día se retiró, agrega que las pimpinas de gasolina se las dejaban al actor en portería, pero no sabe quién. No sabe la razón por la cual dejó de prestar servicios. De las oficinas a la torre había 1 hora a pie. No estuvo en la parte alta del cerro o estación base. El demandante le decía que le tocaba cuidar las máquinas como celador /custodio.

El deponente **Fernando Fernández Sánchez**, quien dijo ser empleado de Comcel desde hace 21 años, manifestó que no sostuvo relación jurídica con el demandante, pero en el año 2010 fue a la estación base Cundinamarca San Marcos por un hurto, no recuerda exactamente en qué condiciones se dio tal episodio, pero estuvo ahí alrededor de 1 hora. No recuerda el nombre de quien le abrió las puertas, posiblemente era el actor, lo que si sabe es que era una persona designada por la cooperativa de trabajo asociado. Luego, corroboró que los contratos de prestación de servicios (mantenimiento no técnico, coordinar ingresos, mantener el sitio aseado, informar luces que no servían, huecos en la



malla) celebrados entre las codemandadas estuvieron vigentes entre 2003 y 2014. La estación base de San Marcos queda dentro de un Club, del mismo nombre, en un cerro. Para Comcel esas actividades no tenían horario, todo lo definía la Cooperativa Los Cerros, simplemente cuando Comcel necesitaba hacer una visita de un personal Técnico a la estación Base, llamaba a las personas encargadas y definidas por la cooperativa los Cerros, se comunicaban con ellos, y ellos hacían la confirmación interna de la hora para poder llegar. **En la estación base San Marcos, las plantas trabajan con ACPM, Comcel tiene un contrato con un tercero quien se encarga de llevar el combustible a las estaciones base, una vez lo entrega el personal de los Cerros era responsable de ese combustible (abastecimiento).**

El testimonio de **Leonardo Andrés Sánchez Camargo**, no aporta información relevante al asunto, toda vez que dijo ser gerente de infraestructura de Comcel desde el año 2016, por lo tanto no conoce al demandante, ni le consta absolutamente nada respecto de los hechos de la demanda.

Analizadas una a una y en su conjunto las pruebas reseñadas, de conformidad con lo establecido en los arts. 60 y 61 del CPT y SS, 164 y 167 del CGP, la Sala llega a su libre convencimiento de que se logró acreditar la prestación de los servicios por parte del demandante en favor de Comcel; para arribar a tal conclusión se parte de la prueba documental, pues desde el contrato de convenio asociativo de trabajo suscrito entre el demandante y la Precooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros, el 13 de octubre de 2004, ya se sabía que el actor prestaría sus servicios como auxiliar de mantenimiento en San Marcos Lote 0-71 sector Limonar, donde se encontraba la antena a cargo de Comcel, es decir, que desde esta óptica, se acreditó que la actividad del demandante benefició a esta última demandada.

Por otro lado, a pesar de que los testigos escuchados no son del todo claros para identificar la forma en como el demandante desarrolló las actividades en favor de Comcel, lo cierto es que la carga probatoria en cabeza del actor se satisfizo con la aportación del acuerdo asociativo, en donde se estableció con claridad que el demandante tenía que encargarse del mantenimiento no preventivo de la antena de Comcel, tal hecho no generó tema de discusión, porque así sucedió; lo que se discute es si se configuró o no en la realidad material de las cosas el convenio asociativo entre el demandante y la cooperativa demandada; es más, la misma representante legal de Comcel y el testigo Fernando Fernández aceptan la intervención de la cooperativa en el mantenimiento no técnico de la antena de Comcel.



En el plenario quedó demostrado que Comcel se valió de los servicios de la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros, para atender algunas actividades relacionadas con la antena. Recuérdese que el objeto del contrato suscrito entre las codemandadas, era el mantenimiento preventivo y conservación de las Estaciones Base que a nivel nacional operaba Comcel, es decir, que hacía parte de sus necesidades básicas, y en ese orden de ideas, como el demandante desarrolló dicho objeto contractual, por obvias razones es posible inferir que quien se beneficiaba de los servicios prestados por el actor, directamente fue Comcel y no la CTA, toda vez que el demandante, de conformidad con lo estipulado en el convenio asociativo de trabajo debía realizar entre otras funciones: *“verificar permanentemente que las luces de advertencia de la torre permanezca en un nivel superior a la mitad, verificar que el tanque de combustible ACPM permanezca superior a la mitad, verificar que todas las luces y lámparas de seguridad estén en correcto estado de funcionamiento; verificar luces antiexplosivas; verificar diariamente las horas de funcionamiento de la planta y anotar este dato en la minuta destinada para tal fin; verificar la reserva existente de combustible y anotar ese dato en la minuta destinada para ello, alertar a los empleados y contratistas sobre el uso de los equipos de seguridad para trabajo en alturas y efectuar las anotaciones en el libro minuta de las personas que no cumplen con este requisito...”*; y como la estación estaba a cargo de Comcel, es imposible descartar, sin más, que esta empresa, se insiste, no obtuviera algún provecho por las actividades que ejecutaba el actor; además que el contenido del contrato asociativo de trabajo entre el gestor y la Cooperativa Los Cerros, no fue debatido por Comcel, o dicho en otras palabras, no se desvirtuó que el demandante no hubiese cumplido dichas funciones.

Además, los testigos **Rodríguez Cortés** y **Sánchez Cruz**, se insiste, si bien no son del todo exactos en la realización de las actividades ejecutadas por el demandante; por lo menos, indicaron que señor Peláez Aguirre prestaba sus servicios en la estación operada por Comcel; ambos fueron contestes en relatar que el demandante debía estar **pendiente del combustible de la planta eléctrica de la antena ubicada en esa estación**, función que, entre otras, está contemplada en el convenio asociativo de trabajo, tal y como quedó visto en párrafos anteriores; y a quien le convenía que la carga del combustible estuviese en sus límites, pues era a Comcel, toda vez que si existía alguna interrupción del servicio de energía, la operación de la antena no sufriría ninguna afectación, ya que automáticamente la planta eléctrica se encendía (como lo informó el demandante) y por lo tanto se podía dar continuidad a los servicios de comunicaciones brindados por Comcel.

El testimonio del señor Fernández Sánchez es pertinente para dar mayor contundencia al vínculo contractual que ató a las codemandadas, además que él también explicó que una de las actividades que debía desarrollarse en el marco de esa prestación de servicios; y en algo que también coincide con los otros testigos,



fue en el hecho de **que el demandante debía encargarse del combustible que era suministrado por Comcel**, es decir, quedó establecido también con su relato que sí desarrollaba actividades en favor de Comcel, tal y como se viene explicando.

Lo anterior cobra relevancia, debido a que en sentencias CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 30605, CSJ SL665-2013, CSJ SL6441-2013, CSJ SL12707-2017 y CSJ SL1430-2018, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia fijó su postura sobre este asunto y expresó que cuando se demuestra que las cooperativas o trabajadores asociados no son dueños de los medios de laborales de producción, tal elemento es sin duda un elemento indicativo del carácter aparente del vínculo de trabajo que encubre la pretensión empresarial de deslaborar el personal de una empresa usuaria a través de una entidad que carece de estructura propia y autonomía en su gestión administrativa y financiera.

Por lo demás, el testigo Sánchez Camargo, como se dijo, no resulta relevante para esclarecer la presente causa laboral, en razón a que no conoció al demandante, pues ingresó a trabajar en Comcel en el 2016, es decir, dos años después de haber finalizado el vínculo del actor, por ende, nada le pudo constar acerca del asunto.

Ahora, es cierto que la sola prestación personal de unos servicios no es suficiente para declarar, sin más, ni más, la existencia de un contrato de trabajo, toda vez que la presunción legal consagrada en el art. 24 del CST admite prueba en contrario, por lo que debe verificarse si quedó acreditado que dichas labores ejecutadas por el demandante se realizaron de manera autónoma o independiente o en razón al convenio asociativo de trabajo alegado por la parte demandada.

Así las cosas, de conformidad con el artículo 167 del CGP, aplicable por reenvío del artículo 145 del CPT y de la SS, le correspondía a Comcel desvirtuar la presunción que pesa en su contra, aspecto procesal que no cumplió, porque tal y como se observa en el expediente, no allegó ninguna prueba que atendiera dicho fin, además la declaración del demandante no produjo consecuencias jurídicas adversas a sus intereses o que favorezcan a esta demandada, conforme lo estatuye el art. 191 ib., porque el señor Peláez Aguirre insistió en el hecho de que fue trabajador de Comcel.

Los testigos son relevantes para acreditar, por lo menos, que el demandante debía estar al pendiente del combustible proveído por Comcel, pero para nada hacen alusión a una presunta autonomía o independencia en la ejecución de las labores



en la estación operada por Comcel, o dicho en otras palabras, de sus relatos no se puede inferir que el demandante estuvo en ese lugar por un convenio asociativo suscrito con la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros y no un contrato de trabajo, como lo pretende hacer ver la demandada; y si bien a ninguno de los declarantes les consta que el actor hubiese recibido órdenes por parte del personal de la pasiva o sus representantes, acá no se hace necesario demostrar visos de subordinación, pues basta con que se pruebe por el demandante la prestación personal del servicio, como ya se señaló, para que se active de manera automática la mencionada presunción legal, que se itera, no fue derruida; sumado al hecho de que al tratarse de labores tan mecánicas y plenamente establecidas, no se requería que constantemente se suministraran indicaciones o instrucciones de lo que debía realizar; el demandante sabía con claridad cuáles eran sus obligaciones, y con eso bastaba para cumplir con las funciones de su cargo.

Y sí nos detenemos en la declaración del señor Fernández Sánchez, en cuanto refirió que era la cooperativa accionada quien direccionaba todo lo relacionado con las actividades desarrolladas en la estación operada por Comcel, hay que entender esta circunstancia bajo los presupuestos normativos de los arts. 32 y 35 del CST, porque como no se demostró la validez del acuerdo asociativo de trabajo, es posible inferir que realmente la Cooperativa fungió como una especie de representante o intermediaria del verdadero empleador que lo fue Comcel; por lo que por esta senda tampoco se puede arribar a una conclusión distinta a la planteada en la presente providencia.

Porque, además, la cooperativa coordinaba el servicio personal del actor para la ejecución de las actividades ya descritas, siendo que era necesario la permanencia del accionante en la estación, utilizaba las herramientas, equipos y maquinarias de Comcel, en beneficio de esta última, por lo tanto, es muy difícil aceptar la teoría del caso de la parte apelante, en el sentido que no hubo una relación laboral con el petente.

Y si bien las actividades concernientes al simple mantenimiento o aseo de la planta, las labores de cuidado o vigilancia, la verificación que las luces de advertencia de la torre permanezcan en un nivel superior a la mitad, verificación que el tanque de combustible ACPM permanezca superior a la mitad, verificación que todas las luces y lámparas de seguridad estén en correcto estado de funcionamiento; verificación de luces antiexplosivas; verificación del correcto funcionamiento de las unidades de aire acondicionado; **verificación diariamente las horas de funcionamiento de la planta y anotar este dato en la minuta destinada para tal fin; verificación de la reserva existente de combustible y**



anotar ese dato en la minuta destinada para ello, **alertar a los empleados y contratistas sobre el uso de los equipos de seguridad para trabajo en alturas y efectuar las anotaciones en el libro minuta de las personas que no cumplen con este requisitos**; eventualmente pueden tercerizarse, aquí no se demostró que el actor las ejerciera con autonomía e independencia; al contrario, si no se realizaba un adecuado control de esos frentes de trabajo, era palmario que se interrumpiría el servicio público prestado por Comcel, debido a la especificidad y tecnicismo de las mismas y su vital importancia para que el engranaje de la estación operara en óptimas condiciones.

Por otro lado, los documentos allegados en el expediente, tales como los contratos de prestación de servicios entre las codemandadas, los convenios asociativos de trabajo, entre otros, no son de tal contundencia como para determinar que la relación del demandante no fue de índole laboral, porque pensar de esa manera sería consentir una indebida tercerización por parte de la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros, la cual tal y como quedó visto, participó en calidad de representante de la verdadera empleadora Comcel, pues solamente contrataba al personal y pagaba la nómina, pero nada más; luego, este Tribunal no puede convalidar ese supuesto “convenio asociativo”, cuando no existen pruebas para desvirtuar el contrato de trabajo.

Es más, si se leen cuáles eran las actividades que debía realizar el gestor estas apuntan a que el trabajo era subordinado, recuérdese que al demandante le correspondía: *“verificar permanentemente que las luces de advertencia de la torre permanezca en un nivel superior a la mitad, verificar que el tanque de combustible ACPM permanezca superior a la mitad, verificar que todas las luces y lámparas de seguridad estén en correcto estado de funcionamiento; verificar luces antiexplosivas; verificar diariamente las horas de funcionamiento de la planta y anotar este dato en la minuta destinada para tal fin; verificar la reserva existente de combustible y anotar ese dato en la minuta destinada para ello, alertar a los empleados y contratistas sobre el uso de los equipos de seguridad para trabajo en alturas y efectuar las anotaciones en el libro minuta de las personas que no cumplen con este requisito...; son justas causas para dar por terminado este convenio por parte de la PRECOOPERATIVA LOS CERROS... la ausencia continua y reiterada del TRABAJADOR ASOCIADO a sus labores en el horario y días acordados, salvo excusa justificada, circunstancias que hará saber al contratante de la PRECOOPERATIVA por escrito con un término no mayor de tres (3) días después de la ausencia... el bajo rendimiento laboral comprobado mediante los mecanismos establecidos para tal fin... no presentarse a laborar cuando sea requerido por el contratista de los trabajos que aporta la PRECOOPERATIVA...”* es decir, que no se trataba de cualquier tipo de labores que el gestor pudiera decidir no cumplirlas, estaba obligado a velar por el correcto funcionamiento de la estación operada por Comcel; de igual forma su vinculación podía finalizar, si se ausentaba sin pedir permiso a Comcel o si disminuía su rendimiento, aspectos que son más cercanos a la existencia de una relación laboral.



Y en el asunto no se pone en entre dicho la legalidad de la constitución de la Cooperativa Asociativa de Trabajo, sino que con las pruebas arrimadas al proceso puede entenderse demostrado que el servicio prestado por el demandante se llevó a cabo mediante la figura de intermediación laboral que, en el campo de estas entidades, está prohibida, como se desprende del artículo 17 del Decreto 4588 de 2006, vigente para la época de los hechos, actualmente compilado en el Decreto 1075 de 2015, y del artículo 7° de la Ley 1233 de 2008, por lo que es claro que, al haber actuado Cooperativa de Trabajo Asociado los Cerros como intermediaria, y que el tercero que se beneficiaba de dicho servicio, en este caso Comcel, debe considerarse a esta última como verdadero empleadora que ejerció el poder de subordinación sobre el aparente trabajador asociado, para así derivar las consecuencias jurídicas a que haya lugar (CSJ, sentencias rad. 32623 y 35790 de 2010, 38671 de 2012, SL665 de 2013 rad. 36560, y SL6441 de 15 abr. 2015 rad. 46289, entre muchas otras más).

Por último, no es posible concluir que por el hecho de que la hija del actor lo haya reemplazado en un oportunidad (una vez que estuvo enfermo su hija firmó contrato por unos días, es decir su hija lo reemplazó unos días y a ella le pagaron, como 7 u 8 días que estuvo enfermo en el año 2007 o 2008), tal circunstancia no desnaturaliza el principio *intuitu personae* característico de una relación laboral, porque el accionante no dijo que él subcontrató a su hija, sino que fue la misma empleadora, quien la vinculó y le pagó; de manera que este argumento tampoco tiene vocación de prosperidad.

Lo propio ocurre con lo manifestado por el testigo Sánchez, que el demandante salía a hacer “vueltas”, pues el deponente ni siquiera sabía si estas obedecían a la esfera personal del actor o en razón al contrato de trabajo de este.

De igual forma, al efectuar un test de veracidad del supuesto acuerdo asociativo, la pasiva tampoco demostró que el demandante participara activamente en los compromisos como cooperado, acudiendo a las asambleas de la CTA, capacitaciones en aspectos de cooperativismo u otros, como para dar validez al convenio asociativo de trabajo; solo se allegó al plenario la solicitud de asociación del demandante a la Precooperativa Los Cerros, y no más.

Porque si se revisan la basta documental obrante a folios 243 a 388 del PDF 01, se observa el certificado de constitución, existencia y representación legal de la cooperativa demandada, las actas de informe de la Superintendencia de la Economía Solidaria de octubre de 2008, diciembre de 2012, en donde no se



observa alguna irregularidad en el funcionamiento de la Cooperativa los Cerros; una Resolución No. 00002165 del 28 de diciembre de 2012 expedida por el Ministerio de Trabajo en donde se autoriza una reforma parcial al régimen de compensaciones de la cooperativa; los estatutos de la Cooperativa de Trabajo Asociado los Cerros, el Acta No 007 del 22 de marzo de 2007 (junta de asociados delegados ordinaria Precooperativa de Trabajo Asociado los Cerros); acta No. 08 del 28 de noviembre de 2007 (junta extraordinaria de asociados delegados); la convocatoria a la asamblea de la cooperativa accionada de fecha 17 de septiembre de 2007; acta No. 10 del 18 de marzo de 2009 (junta extraordinaria de asociados delegados); acta No. 11 del 12 de marzo de 2010 (asamblea ordinaria de asociados delegados) acta No. 14 del 7 de marzo de 2013 (asamblea ordinaria de asociados delegados); Acta No. 15 del 14 de marzo de 2014 (asamblea ordinaria de asociados delegados); Ninguna de estas instrumentales dan cuenta del pago de las cuotas del demandante como asociado, algún tipo de educación brindada por la cooperativa al del demandante, aportes, distribución de excedentes, propiedad de los medios de trabajo, o que el señor Ernesto Peláez haya participado en esas asambleas, entre otros aspectos, como para efectos de establecer que realmente existió un acuerdo asociativo de trabajo.

A modo de conclusión, y para despejar cualquier duda, en esta causa laboral indistintamente de que las labores desarrolladas podían tercerizarse o no, lo cierto es que, como se viene diciendo Comcel no demostró la validez del acuerdo asociativo de trabajo, que era su responsabilidad; y sin hacer el mayor esfuerzo probatorio, simplemente se limitó en confiar en el hecho de que como la Corte Suprema en su Sala Laboral ya se había pronunciado en otros procesos de similares contornos, con eso era suficiente para que el juez de primer grado decidiera en igualdad de condiciones de las analizadas por la alta Corporación, lo que es un raciocinio que no resulta aceptable a la luz del derecho procesal laboral, porque cada causa se analiza de manera independiente y con sus respectivas **situaciones fácticas y probatorias**. De no ser así no existiría la más mínimo posibilidad de una justicia efectiva.

Con lo anterior de ninguna manera se quiere decir que, en otros casos, no pueda ocurrir que en la realidad material de las cosas la contratación con cooperativas asociativas de trabajo sea permitida y tenga dicha finalidad, porque no siempre que se demuestre la prestación del servicio a un tercero, este asumirá la calidad de empleador, pero en este caso Comcel no desvirtuó la presunción que pesa en su contra, y se reitera, no se encuentra demostrado el acuerdo asociativo de trabajo.



Colofón de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la sentencia apelada, en cuanto a la existencia de la relación laboral entre el demandante y Comcel.

2. ¿Incurrió el juez de instancia en una vía de hecho (defecto sustantivo) por apartarse del precedente judicial?

En este punto vale decir que la Sala revisó y analizó las tres providencias mencionadas en el recurso de apelación de la demandada, SL2792-2020 Rad. 7811, SL2221-2022 Rad. 88224 y SL2749-2022; y a pesar de que tratan situaciones similares a las que se discuten en la presente causa laboral, en donde se involucran a las hoy demandadas, este Tribunal se apartará del criterio plasmado en esos proveídos, por lo siguiente:

Salvo mejor criterio, de antaño y como se sabe, el legislador laboral al redactar el art. 24 del CST, brindó una herramienta muy importante a la parte más débil de la relación laboral -el trabajador-, consagrando una presunción legal que no puede ser desconocida por el juez del trabajo, y en todos los casos le corresponde al juzgador determinar, con las pruebas sólidas y contundentes allegadas al proceso, si el empleador pudo o no desvirtuar dicha presunción, que no fue lo sucedido en este asunto en específico.

Ahora, si bien la recurrente invoca en su recurso, que de acuerdo con el artículo 4° de la Ley 169 de 1989, el cual consagra que 3 decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituye doctrina probable, que podrá ser aplicada por los jueces en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en el evento que juzgue erróneas las decisiones anteriores, dicha normativa habla de tres pronunciamientos emitidos por la alta Corporación, pero sobre puntos de derecho, es decir, relacionados con la interpretación de una normativa, su vigencia, si regula o no el caso en concreto; siendo que en este asunto el conflicto jurídico básicamente debe resolverse bajo unos presupuestos fácticos y probatorios específicos, (principio de primacía de la realidad sobre las formalidades), o sea, de una controversia que no está relacionada exclusivamente a un punto de derecho, razón por la cual no tendría vocación de prosperidad tal argumento.

Por otro lado, es cierto que tanto en las sentencias analizadas, como en el proceso que ocupa la atención de la Sala, los demandantes tenían las mismas funciones dentro del cargo de auxiliar de mantenimiento de las respectivas estaciones base, y que Comcel figura como empresa usuaria y la Cooperativa de



Trabajo Asociado los Cerros como presunta proveedora de los servicios, frente a lo cual no existe discusión.

Pero, este Tribunal no comparte el hecho de dar prevalencia a las formalidades y no a la realidad de las cosas, porque las Salas de Casación Laboral de Descongestión Nos. 1 y 4, para casar las sentencias se basaron en una prueba documental concerniente a un acta de visita a la precooperativa Los Cerros, donde refiere que los medios de producción utilizados por los asociados para prestar los servicios eran suministrados por la CTA; que la Cooperativa contaba con cursos de cooperativismo, que el demandante participaba en las asambleas a través de delegados, es decir, no de manera personal; que en los estatutos de la cooperativa se nota un claro procedimiento para la convocatoria, votación y participación, las decisiones adoptadas en la cooperativa a través de las respectivas actas, procedimiento de sanciones; y resalta la SL CSJ: *“Sobre este punto se observa, que el juez plural en realidad dedujo la referida presunción, del hecho según el cual, Comcel SA al dar respuesta a la demanda reconoce que el actor le prestaba servicios personales en una estación base; sin embargo observa la Sala que ello no es así, pues lo que refulge de esa pieza procesal, es la existencia de contratos con la CTA, para realizar servicios de mantenimiento no técnico, aseo y limpieza en estaciones base de la compañía en diferentes lugares del país, mas no, la prestación directa del servicio... (...) Los elementos de juicio precedentes, evidencian que la Cooperativa, respecto de la relación sustancial sostenida con Comcel SA, y en virtud de la cual el actor prestó servicios en el cargo de auxiliar de mantenimiento, actuó de forma autónoma, independiente y autogestionaria, es decir, como una verdadera empresaria, por lo tanto, no se configuró intermediación laboral... (SL2221-2022 Rad.88224)” (...)* En este orden de ideas, para la Corporación, los documentos examinados en precedencia, de ninguna manera direccionan a concluir con certeza y menos de manera ostensible, que era Comcel S.A. la que organizara y supervisara directamente el trabajo del demandante, o que le imprimía la subordinación jurídica propia de un contrato de trabajo, menos que las citadas cooperativas fueran simples intermediarias, como lo asevera el casacionista, pues como se vio, si bien la citada empresa ejercía *«procesos de supervisión y control»* sobre la ejecución del contrato de prestación de servicios, ello obedecía a la verificación de que las aludidas cooperativas cumplieran a cabalidad el objeto del mismo, hecho que per se no puede colocarla en el rol de empleador de Comcel S.A., que es lo reclamado por el ataque, máxime que ninguna de las pruebas señaladas por la censura muestran tal supuesto... (SL2792-2020)” (...) Lo que denota lo anterior, es que la demandada CTA Los Cerros no se creó artificialmente y con el propósito de suscribir un exclusivo contrato de prestación de servicios con la codemandada Comcel S.A., pues su nacimiento legal se presentó con mucha antelación a la firma del referido contrato, y con el objeto de *«[...] generar y mantener trabajo sustentable para sus asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno, vinculando voluntariamente el esfuerzo personal y los aportes económicos de sus asociados»*. Además, con el mismo documento atrás identificado, con el acta de junta de asociados del 22 de marzo de 2007 (f.º 2013 a 210) y con la de la asamblea del 12 de marzo de 2010 (f.º 239 a 243), queda establecido que la CTA Los Cerros contaba con cursos de cooperativismo; brindaba a los asociados la posibilidad de acceder a ellos, vía internet, en caso de encontrarse en poblaciones alejadas; y que la autoridad administrativa que regula a este tipo de entidades, al referirse al contrato con Comcel S.A., expresó que, *«En las cláusulas se observa autonomía e independencia de la cooperativa frente a su proceso, es claro que no existe ningún*



tipo de vínculo laboral entre los asociados y la entidad contratante» (f.º 190). Tanto del acta de visita a la Precooperativa Los Cerros, realizada por la Superintendencia de Economía Solidaria los días 2 y 3 de octubre de 2008 (f.º 186 a 188); como del acápite de proposiciones y varios del acta de asamblea de la cooperativa efectuada el 12 de marzo de 2010 (f.º 239 a 243) y del acta del 7 de marzo de 2013 (f.º 244 a 250), se concluye, que las herramientas y los medios de producción utilizados por los asociados para prestar los servicios, eran suministrados por la cooperativa, las llaves para acceder a las estaciones, se les entregaban en tenencia a ella, aspectos que denotan que en verdad se comportaba como una entidad autogestionaria, con autonomía, autogobierno y autodeterminación. De otro lado, en cuanto a la falta de participación del demandante en las actas o juntas de la entidad, ciertamente se ignoró la existencia de una reglamentación que le informaba la manera de hacerlo, y así se desprende también del informe de la visita de la precooperativa elaborado por la citada superintendencia los días 2 y 3 de octubre de 2008 (f.º 186 a 188), en el que se explica que se nombraba un delegado por cada 35 asociados hábiles, garantizando así en las asambleas, la representación de todos los afiliados; supuesto que se refuerza con lo acreditado por las actas de asamblea del 18 de marzo de 2009 (f.º 233 a 238), 12 de marzo de 2010 (f.º 239 a 243) y 7 de marzo de 2013 (f.º 244 a 250). Igualmente se observa, que en los estatutos de la cooperativa (f.º 192 a 202) se prevé un procedimiento claro para la convocatoria, votación y participación en el órgano de gobierno y se establecen las condiciones para elegir y ser elegido en las diferentes instancias administrativas y de vigilancia. Además, son muchas las actas integradas al proceso, que acreditan que al interior de los órganos de administración se tomaban decisiones autónomas en temas relacionados con destinación específica de recursos cooperativos, tales como la revalorización de aportes sociales, los incrementos en los valores de los fondos de educación y solidaridad, entre otras... Al igual que en el presente asunto, el demandante confesó en su interrogatorio de parte, al responder la última pregunta formulada, que las actividades que desarrollaba eran de mantenimiento no técnico, que como ya se dijo, no son misionales permanentes ni del giro ordinario de las de la empresa recurrente... (SL2749-2022)”, salvó voto el Mg. Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez.

Nótese, como la Corte Suprema de Justicia en tales asuntos, no identifica de manera puntual los trabajadores que hayan participado en el marco de una cooperativa con estricto cumplimiento de lo que ello implica, pues estableció de manera general que, en razón a que no existía un indebido funcionamiento de la cooperativa, se entendía, sin más, que con base a los documentos y no a la realidad, los demandantes se encontraban vinculados a través de un convenio asociativo; siendo que en esas decisiones no se analizaron de manera detallada las actividades que desarrollaban los demandantes y la forma como se beneficiaba Comcel de esas labores, como si lo hace el Tribunal en esta oportunidad.

Lo que se propone en estas últimas jurisprudencias, básicamente, es que cuando se logre probar que una cooperativa se encuentre debidamente constituida, nunca existirá una indebida intermediación, criterio que se respeta pero no se comparte, no solo por lo riesgoso que puede llegar a ser tal teoría, sino que tampoco se puede desconocer los años de esfuerzo de la Sala Laboral permanente, quien ha sido muy rigurosa en rechazar la desnaturalización legal de las cooperativas; y



es que dar mayor fuerza probatoria a documentos pugna con el principio de la realidad sobre las formas establecido en el art. 53 Constitucional; además, que podría conducir a que la subordinación jurídico laboral se deba demostrar por el gestor.

Ello es así, porque no puede desconocerse que en estas sentencias mayoritarias existe salvamento de voto del Mg. Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez, con apoyo en lo dicho por la misma Corte Suprema de Justicia en su sala permanente, más cercano al criterio que sostiene el Tribunal en los siguientes términos: *“Así, el problema jurídico que debía resolver la Corte, era establecer si se equivocó el juez de alzada al dar por sentado, con fundamento en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que la prestación personal del servicio del señor Mario Rojas Arrieta a la recurrente, permitía presumir la existencia de un contrato de trabajo entre ellos, dado que no fue desvirtuado. Sin embargo, la Sala estimó pertinente, antes de abordar el tema materia de discusión, acudir al «marco jurídico y jurisprudencial respecto a las actividades de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado», y cuando ya lo tuvo establecido –el marco jurídico y jurisprudencial–, se adentró en el examen de las pruebas acusadas para, «determinar si se equivocó el juez plural al establecer la existencia entre Mario Rojas Arrieta y Comcel SA, de un contrato de trabajo entre el 20 de enero de 2006 y el 31 de marzo de 2013, y que la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros. Nótese como, la Sala se apartó de lo que realmente debía ser el verdadero problema jurídico, pues tomó un espectro general –la existencia de un contrato de trabajo–, para llegar a la particularidad de la intervención de la cooperativa demandada, como simple intermediario. Con ello, descuidó la esencia del recurso extraordinario de casación –a pesar de las advertencias que realizó al inicio de la providencia de la que me alejo–, no avistó, por ejemplo, que la censora ni siquiera relacionó como error del Tribunal, cuando ese es el núcleo de la controversia, que hubiese dado por demostrada la ejecución de un nexo contractual laboral, bajo la égida de la presunción del artículo 24 del CST, ya que Comcel S.A., no logró desvirtuarla. Precisamente era ese el pilar que debía derribar la censura, pues, manteniéndose en pie, como se sostiene (ya que no fue puesto en tela de juicio), por ende, ningún otro error hará mella en la decisión de segundo grado, que, a propósito, confirmó los argumentos del a quo sobre la mencionada presunción, luego, al estar claro que el Tribunal aplicó el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, dándole prelación a las circunstancias que rodearon la relación jurídica, más que a la forma que resultaba de los documentos contractuales, que lo llevaron a determinar, sumado a la prueba testimonial y la confesión, que en verdad la vinculación del actor con la recurrente, se realizó bajo un contrato de trabajo, que, debo insistir, al quedar al margen de toda crítica esos razonamientos, los mismos se mantienen incólumes.” (SL2221-2022).*

En ese orden de ideas, como se dijo, respetando el criterio expuesto en las anteriores decisiones, esta Sala no comparte lo allí argumentado por la Sala Mayoritaria, y menos que la demandada se resguarde en esos criterios para incumplir su obligación procesal de desvirtuar la presunción legal que gravita en su contra consagrada en el pluricitado artículo 24 del CST, y como ello no ocurrió, teniendo la carga de la prueba, (art. 167 del CGP), debe declararse el contrato de trabajo petitionado por el demandante.



Se insiste, en el presente proceso se demostró la prestación personal del servicio del actor, quien se encargaba de estar pendiente de la estación San Marcos operada por Comcel, siendo que esas labores beneficiaban directamente a Comcel, pues las actividades desplegadas por el demandante eran conexas al giro ordinario de la demandada; insistiendo que si, por ejemplo, el accionante no estuviese al pendiente de la antena o no reportaba las novedades que pudieran ocurrir, era obvio que se afectaría el servicio público que brinda la demandada a sus clientes, no existe otra manera de entenderlo, como lo pretende la apelante.

En esta causal laboral, no se logró demostrar que el actor realmente cumpliera con los fines del cooperativismo, y esta demostración no se puede suplir con una mera prueba documental, como lo pretende hacer ver la jurisprudencia laboral en cita.

Y es que para este Tribunal, genera mayor seguridad, y eco jurídico las motivaciones dadas en el salvamento de voto del Mg. Rodríguez Jiménez en la que se apartó de la decisión mayoritaria, y compartidas por esta colegiatura, porque la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, también ha dicho no solo en una, dos o tres decisiones, sino en muchas emitidas, tanto en el sector público como el particular, ha establecido la importancia y relevancia de la presunción legal del contrato de trabajo, en los casos donde se inmiscuyan cooperativas asociativas de trabajo, tales como por ejemplo en sentencias SL377-2023, SL3777-2022, SL3436-2021, SL4176-2021, SL6621-2017, entre otras, se citan algunas referencias relevantes:

“(...) En el anterior contexto, al amparo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política y bajo los lineamientos que la jurisprudencia reciente de la Sala ha fijado para determinar una relación subordinada a partir de la Recomendación 198 de la OIT (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL1439-2021), los anteriores testigos no desvirtuaban la presunción de subordinación que operó en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, como lo estableció equivocadamente el Tribunal y lo puso de presente la censura; por el contrario, al estudiarlas conjuntamente con los documentos denunciados, daban cuenta que entre el accionante y Monómeros S.A. existió un vínculo laboral subordinado por lo menos en los extremos temporales pretendidos por aquel y declarados por el a quo, esto es del 10 de octubre de 2005 al 28 de julio de 2011, y que tal empresa tercerizó a través de Prolocar PCTA el desarrollo de sus actividades misionales permanentes...” (SL3436-2021 permanente).

“(...) En este orden de consideraciones, esta fehacientemente probado que el demandante puso a disposición de la demandada, desde el 31 de diciembre de 1980 hasta el 28 de febrero de 2006, su fuerza de trabajo personal, por lo que en virtud de lo consagrado en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, se presume en su favor, la existencia de un contrato laboral. Si lo anterior es así, el eje fundamental del análisis



consiste en determinar si la empresa demandada derruyó esa presunción, mediante la prueba de que el servicio contratado, en realidad, se ejecutó con libertad y autonomía técnica, científica y directiva. Para ello, hay que tener en cuenta que la relación jurídica que ató a las partes y no se ejecutó bajo un solo modelo contractual, lo que, desde luego, dificulta la tarea. En efecto, en uno de sus tramos, la prestación del servicio se hizo a través de la figura del contratista independiente y, en otro, se redimensionó hacia un esquema de trabajado cooperado, de modo que el devenir del vínculo jurídico tuvo momentos fuertes de inflexión. Así las cosas, el esclarecimiento de la naturaleza de la relación jurídica que ligó a las partes se realizará por compartimientos, en aras de verificar si en cada uno de ellos el demandado honró su deber de desvirtuar la presunción de existencia de contrato de trabajo que obraba a favor del demandante...”
(SL6621-2017 permanente).

Colofón de lo dicho, no puede endilgarse al juzgador de instancia algún defecto sustantivo en su sentencia que propicie una vía de hecho, por apartarse del precedente judicial, como quiera que él, de manera razonada y convencido de su criterio jurídico, adoptó la decisión que en derecho correspondía; la que dicho sea de paso acompaña este Tribunal, dada la prevalencia de la realidad sobre las formas, en los términos esgrimidos en precedencia.

3. ¿hay lugar o no a las condenas por trabajo suplementario, dominicales, festivos, y por ende a la reliquidación peticionada?

El art. 159 del CST define el trabajo suplementario o de horas extras el que supera la jornada ordinaria, y en todo caso el que exceda la máxima legal.

Por otro lado, conforme al artículo 172 ib., reformado por el artículo 25 de la Ley 50 de 1990, salvo la excepción consagrada en el literal c) del artículo 161 relacionada con la organización de turnos sucesivos, el empleador está en la obligación de dar descanso remunerado a todos sus trabajadores durante las 24 horas que tiene el día domingo que, como se sabe, por ley, es de descanso obligatorio. Esto mismo ocurre con los festivos, pero con sujeción al artículo 177 ib.

Precisamente, por ser los domingos y festivos unos días de descanso obligatorio, el inciso 2° del artículo 174 del mismo estatuto, establece que «*en todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado*», es decir, que aun cuando en esos días el trabajador no preste sus servicios personales al empleador, sin duda tiene derecho al reconocimiento y cancelación de estos, los cuales se entienden incluidos en el pago de los 30 días del mes laboral.



A su turno, dispone el párrafo 2º del art. 179 del CST que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos domingos, y habitual si se realiza por tres o más domingos durante el mes calendario; el que debe remunerarse con un 1.75%, tal como lo dispone el art. 26 de la Ley 789 de 2002. Así mismo estipula el art. 181 ib., que: *“El trabajador que labore habitualmente en día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo...”*

De cara a estos tópicos nuestra Corporación de cierre enseña que, para la prosperidad de las pretensiones relacionadas con el trabajo suplementario, dominicales y festivos, en el plenario debe quedar suficientemente clara la acreditación de la prestación de servicio en esas condiciones, carga probatoria que le corresponde al trabajador, pues de lo contrario no pueden salir avantes los pedimentos en ese sentido, ya que no le es dable al juzgador laboral suponer el número de horas extras o días domingos y festivos en que se trabajó, sino, que se requiere, se insiste, que estén debidamente invocados y demostrados (SL1064-2018 Rad. 403 74, SL 2096- 2021 Rad. 79564, SL 171 – 2022 Rad. 79106, entre muchas otras).

Descendiendo al caso que nos ocupa, revisado el material probatorio recaudado en el plenario, no se puede establecer, como lo aspira el accionante, los días en que ejecutó sus labores en horas extras diurnas, como tampoco la cantidad de los dominicales y festivos que en su sentir trabajó, tal como pasa a analizarse.

De la prueba documental allegada al expediente, no se logra extraer la información necesaria para aceptar la tesis del accionante, en cuanto a esa prestación de servicios alegada, recuérdese que al proceso se allegaron los contratos de prestación de servicios suscritos entre las codemandadas, los convenios de trabajo asociado suscritos entre el demandante y la CTA demandada, todos los documentos legales referentes al funcionamiento de la Cooperativa de Trabajo Asociado los Cerros, entre otros, tal y como ya se reseñó en párrafos que preceden; estas instrumentales lejos están de probar dicho trabajo suplementario esgrimido por el demandante en su demanda.

Por otro lado, los testigos **Rodríguez Cortés y Sánchez Cruz**, tampoco aportaron ningún elemento de convicción para acreditar dicho trabajo suplementario; en efecto, lo que dijo el señor Rodríguez es que creía que el demandante subía todos los días y tenía que estar pendiente de esa antena “cree” que las 24 horas. El deponente Sánchez Cruz, manifestó que el actor ingresaba a las 6 de la mañana,



y no lo veía bajar porque el testigo se iba a las 6 pm, de tal manera que sus declaraciones son irrelevantes para soportar en ellas la pretensa condena peticionada por el actor. Por lo demás los testimonios de Fernández y Sánchez Camargo no son relevantes tampoco para esclarecer este tópico.

Al escuchar las versiones de esos testigos, se evidencia que no fueron precisos en establecer cuantas horas extras diurnas o nocturnas trabajaba el demandante, o en cuántos dominicales y festivos prestó sus servicios, ya que no son suficientes frases tan genéricas, como que “él trabajaba 24 horas” o “estaba todo el día ahí” “no lo veía bajar porque me iba a las 6pm”, para suponer, sin más, el número de horas extras laboradas; ya que este aspecto debe quedar debidamente determinado, estos testimonios no fueron contundentes ni útiles para los estrictos fines probatorios que aquí se anhelan; por lo que no queda otro camino que confirmar la sentencia en este aspecto.

Y tampoco por el hecho de que el demandante era el único trabajador en la estación operada por Comcel, permite la prosperidad de estas pretensiones, porque se insiste, debe prevalecer la comprobación exacta de ese trabajo suplementario para que pueda fulminarse condena por dichos conceptos.

Por sustracción de materia no hay lugar a analizar la reliquidación de las condenas, como quiera que estas dependían necesariamente de la prosperidad de la declaratoria del trabajo suplementario, dominicales y festivos, y como a ello no hay lugar, lo accesorio corre la suerte de lo principal, sin que se hagan necesarias mayores argumentaciones.

4. ¿Debe exonerarse a la demandada del pago de las indemnizaciones establecidas en los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990?

La jurisprudencia ordinaria laboral de manera reiterada y pacífica ha sostenido que estas indemnizaciones no son de aplicación automática e inexorable, sino que debe analizarse en cada caso en particular el actuar del empleador con el ánimo de establecer si sus acciones estuvieron desprovista o no de la buena fe, principio consagrado en el art. 55 del CST y el cual debe regir las relaciones laborales (CSJ SL1639-2022 Rad. No. 85577).

En el presente asunto, se advierte que la demandada en su creencia errónea de que el demandante estaba vinculado a través de un convenio asociativo de trabajo consideró que él no era acreedor de la liquidación de sus prestaciones sociales y consignación de las cesantías, y esto se aprecia desde la contestación de la



demanda y lo relatado en la declaración de parte por la representante legal de la demandada manifestándose que Comcel no conoció al demandante porque nunca tuvo vínculo laboral con esa entidad, que sí se celebró un contrato de prestación de servicios con la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros para el mantenimiento no técnico de las estaciones base a nivel nacional, aunado a que el mismo demandante señaló que a la estación nunca fue alguna “gente de Comcel”, simplemente los que iban a trabajar no más, y ello se entiende desde la óptica de que no era necesario impartir ordenes todos los días por parte de Comcel, pues el actor sabía las actividades que le correspondía realizar, además que por la naturaleza del servicio contratado, estas eran funciones mecánicas, que no necesitaban indicaciones reiterativas para su ejecución.

Así las cosas hay lugar a considerar que el actuar de la demandada puede enmarcarse dentro de la buena fe, ya que al tener la convicción, así sea errada, pero atendible, que no debía expedir ordenes diarias al demandante, y al suscribir un contrato de prestación de servicios con su codemandada, en su sentir tuvo la convicción que no existió una relación de trabajo con el accionante, y fue solo con la demanda ordinaria laboral que se logró verificar la existencia del vínculo laboral, bajo los presupuestos del contrato realidad; es decir la pasiva tuvo razones atendibles, aunque equivocadas, para omitir el pago de las prestaciones sociales y la consignación de las cesantías del accionante, por lo que no debió condenársele al pago de las referidas indemnizaciones.

Por consiguiente, se revocarán los literales g) y h) del numeral segundo de la sentencia apelada, para absolver al extremo pasivo por los conceptos de indemnización por el no pago de prestaciones sociales, y la sanción por la no consignación de las cesantías.

5. Indexación.

En este tópico tiene dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia lo siguiente: *“Por lo visto, a partir de esta sentencia la Sala fija un nuevo criterio, para establecer que el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa y, en tal sentido, recoge la tesis que hasta ahora sostenía, según la cual tal corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, postura que se encuentra entre muchas otras, en sentencias CSJ SL, 17 jun. 2005, rad. 24291, CSJ SL, 14 nov. 2006, rad. 26522, CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 41471, CSJ SL, 6 feb. 2013, rad. 42973, CSJ SL13920-2014, CSJ SL16405-2014, CSJ SL9518-2015, CSJ SL3199-2017 y CSJ SL3821-2020...”*

Es decir que, nada le impedía al juzgador de instancia ordenar la indexación de las sumas condenadas, a pesar de que el demandante no la haya pedido; y aunque no es necesario extenderse en el tema, dado que en esta instancia, como quedó



visto, se absolvió a la demandada de la indemnizaciones del art. 65 del CTS y del art. 99 de la Ley 50 de 1990, para efectos pedagógicos, revocados estos ítems, la actualización solo será en lo siguiente: “b. \$ 75.463,24 por concepto de intereses sobre las cesantías; c. \$ 75.463,24 por concepto de la sanción por no pago de intereses sobre cesantías; e. \$ 760.588,89 por concepto de compensación de vacaciones; f. \$4.058.756,00 por concepto de la indemnización por despido injusto; de tal suerte que dicha indexación no es incompatible con lo dispuesto en primera instancia, máxime que como quedó estudiado prosperó la apelación en cuanto a la absolución por esas sanciones a la pasiva, así se despeja cualquier duda presentada por parte de la entidad apelante.

Y como se revocó la condena por concepto de la indemnización del art. 65 del CST, se ordenará la indexación de los rubros referentes al auxilio a las cesantías y las primas de servicios, desde el momento que se causaron hasta cuando se efectúe su pago.

Así quedan resueltos los puntos de apelación.

Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero: Revocar los literales “g y h” del numeral 2º de la sentencia apelada, para en su lugar absolver al extremo pasivo por los conceptos de indemnización por el no pago de prestaciones sociales (art. 65 del CST), y la sanción por la no consignación de las cesantías (art. 99 de la Ley 50 de 1990), conforme lo motivado.

Segundo: Adicionar la sentencia apelada, en el sentido de condenar a las demandadas al pago de la indexación sobre los conceptos establecidos en los literales a y d del numeral 2º de la sentencia apelada concernientes al auxilio a las cesantías y prima de servicios desde el momento que se causaron hasta cuando se efectúe su pago, según lo argumentado.

Tercero: Confirmar en lo demás la sentencia apelada, acorde con lo considerado.

Cuarto: Sin costas en esta instancia.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Quinto: En firme esta providencia, y sin necesidad de orden judicial adicional, devuélvase el expediente al juzgado de origen, para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado
(Con aclaración de voto)


JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado
(Con aclaración de voto)