



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01249-01 (2164-2018)  
Demandante: Gloria María del Socorro Murcillo Cadena

## CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

**Bogotá D.C., quince (15) de julio de dos mil diecinueve(2019)**

**Referencia:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Radicación:** 76001-23-31-000-2011-01249-01 (2164-2018)  
**Demandante:** GLORIA MARÍA DEL SOCORRO MURCILLO CADENA  
**Demandado:** ESE ANTONIO NARIÑO EN LIQUIDACIÓN, HOY MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL.

**Temas:** Contrato realidad.

### APELACIÓN SENTENCIA

Sentencia O-034-2019

### ASUNTO

La Subsección conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2017 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala Mixta, que declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación, Ministerio de Salud y Protección Social y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por Gloria María del Socorro Murcillo Cadena contra la ESE Antonio Nariño en Liquidación.

### ANTECEDENTES

La señora Gloria María del Socorro Murcillo Cadena, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó a la ESE Antonio Nariño en Liquidación.

#### Pretensiones

1. Se declare la nulidad del Oficio D-1774 del 25 de mayo de 2011 proferido por la ESE Antonio Nariño en liquidación por medio del cual se informó a Gloria María Murcillo Cadena que no se tramitarían las reclamaciones presentadas con posterioridad al 29 de enero de 2010.



2. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a reconocer y pagar a favor de la accionante las prestaciones sociales de carácter convencional, tales como, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, técnica, localización, navidad, convencionales, vacaciones, auxilio de transporte, alimentación, horas extras, sanción moratoria contenida tanto en la Ley 50 de 1990 como en el Decreto 797 de 1949 y los aportes al sistema de seguridad social, causadas entre el «27 de junio de 2003 y el 4 de febrero de 2009»<sup>1</sup>.

3. Así mismo, se condene en costas y agencia en derecho a la entidad demandada.

### FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

1. La señora Gloria María Murcillo Cadena en virtud de sendos contratos de prestación de servicios suscritos con el ISS, desde el 17 de diciembre de 1996 hasta el 26 de junio de 2003, prestó sus servicios como médico especialista en dermatología, en el área de consulta externa especializada, procedimiento quirúrgico de la clínica Santa Isabel de Hungría del municipio de Palmira.

2. Mediante sentencia del 12 de marzo de 2010, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira, bajo el radicado 2007-0010-0548-00, declaró que entre el ISS y Gloria María Murcillo Cadena existió un contrato ficto de trabajo durante el periodo señalado en el numeral anterior. Decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga, Sala de Decisión Laboral, a través de providencia del 18 de marzo de 2011.

3. Posteriormente, por medio del Decreto 1750 del 26 de junio de 2003 se escindió el Instituto de los Seguros Sociales (ISS) y se crearon, entre otras, la ESE Antonio Nariño. Dicha normativa previó que para todos los efectos legales los servidores de tales entidades tendrían la categoría de empleados públicos y además, que aquellos vinculados a la vicepresidencia de prestación de servicios de salud, clínicas y centros de atención ambulatoria del ISS, automáticamente quedarían incorporados sin solución de continuidad en la planta de personal de la nueva ESE, a la cual estuvo vinculada la demandante, en el cargo de médico especialista en dermatología del «27 de junio de 2003 hasta el 14 de octubre de 2008»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Así lo afirma la actora en el escrito introductorio, f. 173.

<sup>2</sup> *Ibidem*, f. 171



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01249-01 (2164-2018)  
Demandante: Gloria María del Socorro Murcillo Cadena

4. El 30 de noviembre de 2003 la ESE Antonio Nariño le comunicó a la accionante que a partir de la referida fecha, la contratación se haría por medio de una cooperativa de trabajo asociado, denominada PSP CTA, a la cual se afilió la actora desde el «1 de diciembre de 2003 y hasta el 4 de febrero de 2009»<sup>3</sup>.
5. Posteriormente, el 20 de mayo de 2011 la demandante solicitó a la ESE Antonio Nariño reconocer la existencia de la relación laboral que se configuró entre el «27 de junio de 2003 y el 15 de noviembre de 2008»<sup>4</sup>, en las mismas condiciones que una empleada pública y por consiguiente, el reconocimiento y pago de las prestaciones convencionales a las que tenga derecho en virtud de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el Instituto de los Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social 2001-2004.
6. La ESE Antonio Nariño en Liquidación mediante Oficio D-1774 del 25 de mayo de 2011 comunicó a la accionante que no se tramitaría la reclamación por haber sido presentada de forma extemporánea, esto es, con posterioridad al 29 de enero de 2010, y ordenó la devolución de la solicitud.

#### NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 13, 29, 53 y 228 de la Constitución Política; 1, 2, 3, 4 y siguientes de la Ley 79 de 1988; Decreto 468 de 1990; 32 de la Ley 80 de 1993; 6, 7, 22, 23 y 26 del Decreto 254 de 2000; 17 y 18 del Decreto 1750 de 2003, 16 del Decreto 4588 de 2006; 5 y 6 Decreto 3870 de 2008 y 17 de la Ley 1233 de 2008.

Aseveró que, con el acto ficto, la ESE Antonio Nariño en liquidación desconoció los postulados constitucionales de que tratan los artículos 13, 25 y 53, esto es, la igualdad, la protección especial al trabajo y la irrenunciabilidad de los derechos mínimos laborales, pues pese a que la demandante fue vinculada a través de contratos de prestación de servicios y luego, por medio de convenios asociativos, lo cierto es que, ejecutó sus labores en las mismas condiciones que un empleado de planta, es decir, bajo una continuada subordinación y dependencia.

Igualmente, consideró que se desatendió la interpretación que la Corte Constitucional efectuó en las sentencias C-314 y C-349 de 2004 respecto de los artículos 17 y 18 del Decreto 1750 de 2003, dentro de las cuales se dejó claro que los servidores del ISS que fueron incorporados automáticamente y sin solución de continuidad en las ESE, como es el caso de la accionante, tienen derecho a los beneficios convencionales por lo menos durante el tiempo en que la convención colectiva de trabajo esté vigente.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ejusdem*, f. 153.



También precisó que aunque la legislación colombiana prevé la posibilidad de acudir a la figura de la contratación en los casos y los fines previstos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, también fijó unos límites a fin de evitar el abuso de este tipo de vinculación. Para el efecto fueron proferidos los Decretos 1950 de 1973, 1042 de 1978 y las Leyes 734, 790 de 2002 y 909 de 2004, dentro de las que está proscrito el uso de los contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, pues en caso de ser así la entidad tiene la carga de crear los empleos respectivos.

De igual forma, señaló que en virtud del Decreto 4588 de 2006 y la Ley 1233 de 2008 las cooperativas tienen prohibido servir como empresas de servicios temporales, pues en caso de que así suceda, se colige que la entidad usuaria de los servicios es la real empleadora de aquellos sujetos que ostentan la calidad de asociados de la cooperativa, motivo por el cual en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas procede el reconocimiento de los derechos derivados de una relación de trabajo.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

### **Ministerio de Salud y Protección Social (ff. 209-220)**

La parte accionada se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó que entre la parte actora y el Ministerio no existió vínculo de ninguna naturaleza, y adicionalmente señaló que las Empresas Sociales del Estado no estaban bajo la subordinación del Ministerio dado el carácter especial de que gozaban en virtud del Decreto 1750 de 2003. A su vez, alegó que revisado el Decreto 3870 de 2008 no se encontró que dentro del mismo se hubieran transferido obligaciones, activos o pasivos de la ESE al Ministerio de la Protección Social, por el contrario, se dispuso que el liquidador es quien debe continuar con el trámite de los procesos judiciales, conforme consta en el contrato de fiducia mercantil 013-2010.

Expuso brevemente que la descentralización tiene como objetivos reducir la excesiva concentración de poder de decisión entre los órganos centrales de la administración, robustecer y vitalizar la autonomía seccional mediante procesos de descentralización para permitir a las autoridades la adopción oportuna de respuestas a las necesidades de los administrados y fortalecer las atribuciones constitucionales a de los gobernadores y alcaldes para dirigir y coordinar la prestación de los servicios públicos esenciales a nivel local, tales como la salud, para demostrar con ella la ausencia de responsabilidad del Ministerio dentro del *sub examine*.

Propuso como excepciones las siguientes:



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01249-01 (2164-2018)  
Demandante: Gloria María del Socorro Murcillo Cadena

- Falta de Legitimación en la causa por pasiva: Resaltó que el Ministerio no puede responder por derechos derivados de una relación laboral que se consolidó con otras entidades, que además gozaban de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, es decir, que tenían un ejercicio autónomo de sus facultades legales y constitucionales.
- Falta de causa para demandar: Afirmó que la demandante desarrolló sus actividades en las instalaciones de la ESE Antonio Nariño, por lo que carece de acción frente al Ministerio de Salud y Protección Social. Es decir, que no existe una relación jurídica sustancial entre las partes ni sucesión procesal de la ESE al Ministerio.
- Caducidad de la acción y prescripción de los derechos: Solicitó declarar la prescripción de aquellos derechos que no hubieren sido reclamados dentro del término previsto por la ley, sin que ello implique la aceptación de las súplicas de la demanda. También propuso decretar la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en caso de que se hubiera presentado por fuera de los cuatro meses que dispone el CCA.
- Inexistencia de la solidaridad entre las demandadas: Destacó que no existe normativa que establezca solidaridad entre la Cooperativa de Trabajo Asociado PSP CTA y el Ministerio de Salud y Protección Social, por lo que no es dable presumirla. A su vez, consideró que tampoco puede predicarse sucesión ni sustitución procesal respecto de la ESE Antonio Nariño, pues no se dan los presupuestos legales para ello.
- Improcedencia del cobro perseguido: Advirtió que la demandante no aporta pruebas ni soporte legal alguno que permita evidenciar la extensión de la presunta responsabilidad del Ministerio de Salud y Protección Social.
- Innominada: Instó a dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 164 del CCA.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

#### **Ministerio de Salud y Protección Social (ff. 252-258)**

Reafirmó las justificaciones expuestas en la contestación de la demanda.

#### **Gloria María Murcillo (ff. 259-265)**

Insistió en las pretensiones descritas en la demanda e indicó que revisadas las probanzas allegadas al expediente se demostró que las funciones que ejerció la demandante como médico especialista en dermatología son propias de los



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01249-01 (2164-2018)  
Demandante: Gloria María del Socorro Murcillo Cadena

empleados públicos de la extinta ESE Antonio Nariño; lo que significa que, aun cuando fue vinculada a través de contratos de prestación de servicios y convenios de asociación cooperativa, ejecutó sus labores bajo una continuada subordinación y dependencia, que provocó la consolidación de los elementos de una relación laboral.

A su vez, solicitó valorar probatoriamente la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira el 12 de marzo de 2010, por medio de la cual se declaró la existencia de una relación laboral entre el ISS y la demandante, como quiera que una de las pruebas que se tuvo en cuenta para dicha determinación fue el testimonio del señor Carlos Hernando Alborno López, quien por encontrarse fuera del país no pudo rendir su declaración en el presente proceso. De igual forma, señaló que escindido el ISS y creada la ESE Antonio Nariño, la accionante fue vinculada a esta última bajo la misma modalidad y en iguales condiciones a aquellas que otrora dieron lugar a la consolidación de los elementos de la relación laboral.

### **Ministerio Público (f. 266)**

Vencido el término legal no rindió concepto.

### **SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia proferida el 9 de noviembre de 2017, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala mixta, declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación, Ministerio de Salud y Protección Social y accedió a las pretensiones de la demanda promovida por la señora Gloria María del Socorro Murcillo Cadena, con fundamento en lo siguiente:

Sobre las excepciones: Respecto de la caducidad de la acción, en primer lugar, aclaró que el Oficio D-1774 de 2011 no puede ser objeto de control de legalidad, en razón a que no resolvió de fondo la petición elevada por la actora sino que se limitó a explicar el proceso liquidatorio de la ESE Antonio Nariño. En otras palabras, y teniendo en cuenta lo expuesto por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, el 15 de octubre de 2015, dicho oficio no constituye un acto administrativo enjuiciable, por lo que la decisión que debió demandarse fue el acto ficto negativo derivado de la falta de respuesta a la petición radicada por la accionante y será sobre ella que se realizara el respectivo análisis de legalidad.

Así las cosas, consideró que, teniendo en cuenta que los actos presuntos pueden demandarse en cualquier tiempo, no operó en el *sub lite* el fenómeno de la caducidad.

En relación con la falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por el Ministerio de Salud y Protección Social, estimó que la misma se encuentra probada,



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01249-01 (2164-2018)  
 Demandante: Gloria María del Socorro Murcillo Cadena

pues no fue esta la entidad que expidió el acto objeto de demanda ni tampoco la empleadora de la señor Gloria María del Socorro Murcillo Cadena. De igual manera, destacó que en caso de que se profiera sentencia condenatoria en contra de la ESE Antonio Nariño, teniendo en cuenta el contrato de fiducia mercantil 013 de 2010, será la Fiduciaria la Previsora SA la llamada a asumir los derechos reconocidos a la demandante, como vocera, administradora del patrimonio autónomo de remanentes y responsable de los procesos judiciales de la referida ESE.

Análisis de fondo del asunto: Revisadas las probanzas allegadas al *dossier* encontró, en primer lugar, que la accionante prestó sus servicios a la ESE Antonio Nariño a través de la Cooperativa PSP CTA del 1 de diciembre de 2003 hasta el 6 de agosto de 2008, tal como da cuenta la certificación expedida por la referida cooperativa, y en segundo lugar, que de dicha vinculación se derivaron los elementos propios de una relación laboral, esto es, prestación personal, remuneración y subordinación.

Enfatizó que la función desarrollada por la accionante como médico especialista en dermatología no se ejecutó de forma transitoria sino que se prolongó en el tiempo, pues inicialmente, para la misma labor fue vinculada a través de contratos de prestación de servicios y luego por medio de convenios con la Cooperativa PSP CTA, desnaturalizándose la temporalidad de aquellas contrataciones.

Con fundamento en lo anterior, y en aplicación de las sentencias del 15 de junio de 2011 (NI. 1129-2010) y 25 de agosto de 2016 (NI. 0088-2015) proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, reconoció a título de restablecimiento del derecho el equivalente de las prestaciones sociales pagadas al personal de planta de la ESE Antonio Nariño, Clínica Santa Isabel de Hungría, que presta sus servicios como médico especialista en dermatología y que fueron dejadas de percibir por la actora durante el tiempo en que celebró convenios de trabajo con la cooperativa mencionada en párrafos precedentes.

Por último, consideró que la entidad llamada a asumir la condena impuesta es la Fiduciaria la Previsora SA, como vocera, administradora del patrimonio autónomo de remanentes y encargada de los procesos judiciales de la ESE Antonio Nariño, en virtud del contrato de fiducia mercantil 013 de 2010

### **ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN**

Dentro de la oportunidad legal, el Ministerio de Salud y Protección Social presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:



---

Radicado: 76001-23-31-000-2011-01249-01 (2164-2018)  
Demandante: Gloria María del Socorro Murcillo Cadena

Señaló que efectuado el cierre del proceso de liquidación de la ESE Antonio Nariño, el consorcio liquidador, conformado por la FIDUGRARIA SA y la FIDUPREVISORA SA, celebró con la Alianza Fiduciaria SA el contrato de fiducia mercantil 013 de 2010, con el cual se constituyó el patrimonio autónomo de remanentes de la citada ESE; contrato que en virtud de su cláusula décimo tercera y el documento suscrito el 30 de septiembre de 2011 fue cedido al Ministerio de la Protección Social. Así mismo, advirtió que con fundamento en el Otrosí 11 del 30 de septiembre de 2016 la FIDUPREVISORA SA quedó exonerada del manejo, seguimiento y administración de los procesos vigentes en contra de la ESE, como quiera que los mismos fueron entregados a la dirección jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social, pero mantuvo las demás obligaciones.

Luego entonces, es claro que si bien el Ministerio ha asumido la defensa de los procesos judiciales que se adelantan en contra de la extinta ESE Antonio Nariño, lo cierto es que, corresponde al patrimonio autónomo de remanentes de dicha entidad responder por eventuales condenas en su contra. Bajo la misma línea argumentativa, destacó que con base en el Decreto 2752 de 2011, tampoco le corresponde al Ministerio de Salud y la Protección Social asumir las obligaciones laborales a cargo del ESE, toda vez que estas se encuentran a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

De otro lado, aseveró que dentro de la providencia objeto de impugnación el *a quo* no declaró la existencia de un contrato realidad del cual pudieran derivarse los derechos reconocidos a la demandante, pero en gracia de discusión, si se afirma lo contrario, lo cierto es que en la parte motiva no se advierten elementos probatorios, más que dos documentos expedidos por la cooperativa PSP CTA, que permitan establecer que la accionante sí probó que entre ella y la demandada se consolidó una relación laboral.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Las partes no intervinieron en esta etapa procesal.

## **MINISTERIO PÚBLICO**

Vencido el término de traslado guardó silencio.

## **CONSIDERACIONES**

### **Cuestiones previas**





Radicado: 76001-23-31-000-2011-01249-01 (2164-2018)  
Demandante: Gloria María del Socorro Murcillo Cadena

#### a. Competencia del *ad quem*

Respecto de la competencia del juez de segunda instancia, el artículo 328 del Código General del Proceso, dispone:

«**Artículo 328. Competencia del superior.** El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.  
[...]

De conformidad con la normativa citada, se infiere que la competencia del superior está limitada por los argumentos que se expongan en el recurso de apelación y no le está dado pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo. En este sentido, las competencias funcionales del juez de la apelación, cuando el apelante es único, no son irrestrictas, pues están limitadas, en primer lugar, por el principio de la *non reformatio in pejus* (art. 31 de la Constitución Política y 328 del C.G.P), y en segundo, por el objeto mismo del recurso, cuyo marco está definido, a su vez, por los juicios de reproche esbozados por el apelante, en relación con la situación creada por el fallo de primera instancia.

Luego entonces, teniendo en consideración que la demandada centra su inconformidad en que la actora no demostró que de los convenios suscritos con la Cooperativa PSP CTA, la cual prestaba sus servicios a la ESE Antonio Nariño, se derivó una verdadera relación laboral y que además no es el Ministerio el llamado a responder por las obligaciones de la referida ESE, sobre ello se pronunciará la Sala.

#### b. Legitimación en la causa por pasiva

En relación con la falta de legitimación en la causa alegada por la parte demandada en el recurso de apelación, la Sala de Subsección estima importante precisar, que existen dos clases de legitimación en la causa, una de hecho o procesal<sup>5</sup> y otra material o sustancial<sup>6</sup>, cuya diferencia está dada por lo siguiente:

« [...] la legitimación en la causa ha sido estudiada en la jurisprudencia y la doctrina y para los juicios de cognición desde dos puntos de vista: de **hecho y material**. Por la primera, legitimación de hecho en la causa, se entiende la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; **es decir es una relación jurídica nacida de una conducta, en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado; quien cita a otro y le atribuye está legitimado de hecho y por activa**, y a quien cita y le atribuye está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. **En cambio la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda,**

<sup>5</sup> Así se le denomina en la sentencia de antes mencionada.

<sup>6</sup> Op cit.



**independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no.** Es decir, todo legitimado de hecho no necesariamente será legitimado material, pues sólo están legitimados materialmente quienes participaron realmente en los hechos que le dieron origen a la formulación de la demanda. (Negritas y subrayas fuera del texto)<sup>7</sup>.

Dadas las anteriores condiciones se ha admitido que la falta de legitimación en la causa no impide al juez pronunciarse de fondo sobre las súplicas de la demanda, precisamente, en razón a que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción, motivo por el cual de concluirse que la señora Gloria María del Socorro Murcillo Cadena demostró la existencia de una relación laboral con la ESE Antonio Nariño Liquidada se analizará lo relativo a la obligación del Ministerio de Salud y Protección Social de cumplir una eventual condena.

### **Problemas jurídicos**

De conformidad con los argumentos expuestos, los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia, se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿Se demostraron los elementos de una relación laboral entre la demandante y la ESE Antonio Nariño derivados de los contratos de convenio asociativo suscritos con la Cooperativa PSP CTA?
2. En caso afirmativo ¿Operó el fenómeno de la prescripción?
3. ¿Cuál es la entidad encargada de asumir la condena impuesta?

### **Primer problema jurídico:**

¿Se demostraron los elementos de una relación laboral entre la demandante y la ESE Antonio Nariño derivados de los contratos de convenio asociativo suscritos con la Cooperativa PSP CTA?

#### **1. Cooperativas de Trabajo Asociado**

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 17 de junio de 2004. Expediente 1993-0090 (14452) en el mismo sentido ver las sentencias del 4 de febrero de 2010, Radicación: 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720), Actor: Ulises Manuel Julio Franco y Otros, del 30 de enero de 2013, Radicación: 25000-23-26-000-2010-00395-01(42610).



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01249-01 (2164-2018)  
Demandante: Gloria María del Socorro Murcillo Cadena

De conformidad con la Ley 79 de 1988<sup>8</sup> y el Decreto 4588 de 2006<sup>9</sup>, las cooperativas son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector de la economía solidaria, que vinculan el trabajo personal de sus asociados, quienes a su vez son gestores, contribuyen económicamente a la cooperativa y aportan directamente su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, esto con la finalidad de producir en común bienes, prestar servicios o ejecutar obras para satisfacer las necesidades de los asociados y de la comunidad en general.

Según su actividad se clasifican<sup>10</sup> en:

<sup>8</sup> «**Artículo 3º.** Es acuerdo cooperativo el contrato que se celebra por un número determinado de personas, con el objetivo de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa, cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro.

Toda actividad económica, social o cultural puede organizarse con base en el acuerdo cooperativo.

**Artículo 4º.** Es cooperativa la empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.

Se presume que una empresa asociativa no tiene ánimo de lucro, cuando cumpla los siguientes requisitos:

1. Que establezca la irrepartibilidad de las reservas sociales y en caso de liquidación, la del remanente patrimonial.
2. Que destine sus excedentes a la prestación de servicios de carácter social, al crecimiento de sus reservas y fondos, y a reintegrar a sus asociados para los mismos en proporción al uso de los servicios o a la participación en el trabajo de la empresa, sin perjuicio de amortizar los aportes y conservarlos en su valor real.

[...]

**Artículo 59.** En las cooperativas de trabajo asociado en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberá tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho.

Las compensaciones por el trabajo aportado y el retorno de los excedentes previstos en el artículo 54 numeral 3o. de la presente Ley, se hará teniendo en cuenta la función del trabajo, la especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado.

Sólo en forma excepcional y debidamente justificada, las cooperativas de trabajo no asociado podrán vincular trabajadores ocasionales o permanentes no asociados; en tales casos, estas relaciones, se rigen por las normas de la legislación laboral vigente.

En las cooperativas que no sean de trabajo asociado, el régimen laboral ordinario se aplicará totalmente a los trabajadores dependientes y a los trabajadores que a la vez sean asociados.»

<sup>9</sup> «**Artículo 3º.** *Naturaleza de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado.* Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.»

<sup>10</sup> Arts. 61 a 64 Ley 79/88



- **Especializadas:** son las que se organizan para atender una necesidad específica, correspondiente a una sola rama de actividad económica, social o cultural.
- **Multiactivas:** son las que se organizan para atender varias necesidades, mediante concurrencia de servicios en una sola entidad jurídica.
- **Integrales:** son aquellas que en desarrollo de su objeto social, realizan dos o más actividades conexas y complementarias entre sí, de producción, distribución, consumo y prestación de servicios.

En relación con este tipo de organizaciones, la Corte Constitucional<sup>11</sup> al analizar la exequibilidad del artículo 59 de la Ley 79 de 1988, expresó que:

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

Seguidamente, en cuanto a las compensaciones que perciben los socios de estas cooperativas, manifestó lo siguiente:

«[...] La protección que la Constitución ordena dispensar al trabajo, que dicho sea de paso, no es exclusivamente el subordinado sino éste en todas sus modalidades (art. 25 C.P.), y la garantía de los derechos mínimos irrenunciables tampoco se ven menguados, porque son los mismos asociados quienes deben establecer sus propias reglas para que aquél se desarrolle en condiciones dignas y justas, que les permita mejorar su nivel de vida y lograr no solo su bienestar sino también el de su familia.

Al respecto ha dicho la Corte: "No sólo la actividad laboral subordinada está protegida por el derecho fundamental al trabajo. El trabajo no subordinado y libre, aquel ejercido de forma independiente por el individuo, está comprendido en el núcleo esencial del derecho al trabajo. La Constitución más que al trabajo como actividad abstracta protege al trabajador y su dignidad. De ahí el reconocimiento a toda persona del derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, así como la manifestación de la especial protección del Estado "en todas sus modalidades" (CP art. 25)."

Ahora bien: los principios mínimos fundamentales que rigen el trabajo contenidos en el artículo 53 de la Carta que, como se ha dicho, "configuran el suelo axiológico de los valores materiales expresados en la Constitución alrededor de la actividad productiva del hombre, a los cuales debe sujetarse el Congreso en su actividad legislativa, al igual que el aplicador o intérprete de las disposiciones de ese orden y la sociedad en general (...) "no pretende una ciega unificación

<sup>11</sup> C-211 de 2000



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01249-01 (2164-2018)  
Demandante: Gloria María del Socorro Murcillo Cadena

normativa en materia laboral que desconozca la facultad del legislador de establecer regímenes diferenciados mas no discriminatorios, atendiendo a las particularidades concretas de las relaciones de trabajo que se pretenden regular. Su finalidad es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley".

Ello no quiere decir que tales derechos fundamentales no deban ser respetados o garantizados en las Cooperativas de Trabajo Asociado, pues éstos rigen para todas las modalidades de trabajo. De no entenderse así, habría que sostener inválidamente que la Constitución discrimina a los trabajadores, o en otras palabras, que protege solamente a unos, lo cual no se ajusta con una interpretación sistemática y teleológica de los artículos 25 y 53 del estatuto superior. Es que derechos fundamentales como el de la igualdad de oportunidades, el de una justa y equitativa compensación del trabajo en forma proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, el principio de favorabilidad a favor del trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, el derecho a la capacitación, al descanso necesario, a la seguridad social, entre otros, no son ajenos a ninguna clase de trabajo»

De la cita anterior se colige que la finalidad, estructura y funcionamiento de las Cooperativas de Trabajo Asociado son distintas a las de las empresas comerciales y por consiguiente, es válido que el legislador defina para ellas un régimen diferente, sin que ello implique el desconocimiento de los derechos laborales constitucionalmente protegidos. Es decir, que el trabajo asociado no puede ser utilizado indebidamente para eludir las obligaciones de carácter laboral con los trabajadores dependientes o subordinados, so pena de comprometer su responsabilidad ante las autoridades correspondientes.

Luego entonces, en los eventos en que el asociado sea vinculado con otro ente, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, y pretenda que en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas se reconozca la existencia de una relación laboral, deberá acreditar que se han consolidado los elementos propios de la misma, a saber, prestación personal del servicio, remuneración y subordinación.

### **1.1. Caso concreto**

Teniendo en cuenta que la actora se vinculó con la ESE como asociada de la Cooperativa de Trabajo asociado Cooperativa PSP CTA y atendiendo los argumentos de la apelación, la Subsección analizará si la demandante logró demostrar los elementos configurativos de una relación laboral.

#### **a) La prestación personal del servicio.**



Dentro del proceso se acreditó que la señora Gloria Maria del Socorro Murcillo Cadena prestó sus servicios como médico especialista en dermatología en la Clínica Santa Isabel de Hungría de la ESE Antonio Nariño entre el 1 de diciembre de 2003 y el 6 de agosto de 2008, a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado PSP CTA, tal como consta en la certificación y el Oficio sin número emitidos por la referida cooperativa los días 16 de febrero de 2007<sup>12</sup> y 6 de agosto de 2008<sup>13</sup>.

**En conclusión:** Existió la prestación personal del servicio por parte de la señora Gloria Maria del Socorro Murcillo Cadena.

**b) Remuneración por el servicio prestado.**

La prueba de este elemento de la relación laboral, está demostrada con la certificación y el oficio expedidos por la Cooperativa de Trabajo Asociado PSP CTA, descritos en el literal anterior, en los que se indica que la accionante recibía una compensación mensual de \$2.865.062 por la labor ejecutada en la ESE Antonio Nariño; e igualmente con los comprobantes de pago de los meses de agosto de 2005<sup>14</sup>, febrero de 2007<sup>15</sup> y abril de la misma anualidad<sup>16</sup>.

**En conclusión:** Se encuentra demostrado el segundo elemento de la relación laboral, la remuneración.

**c) Subordinación y dependencia.**

Con el fin de verificar el elemento esencial de la relación laboral, es decir, la subordinación, se relacionan las siguientes pruebas practicadas y aportadas al proceso:

- La demandante afirmó que desarrolló su labor de forma ininterrumpida y bajo las mismas condiciones en las que lo hacía una empleada pública de la ESE.

Al respecto, dentro del *dossier* se probó que la accionante fue contratada para prestar sus servicios a la ESE Antonio Nariño como médico especialista en dermatología a través de convenio de trabajo asociado, pero no que dicha labor haya estado supeditada al cumplimiento de órdenes, directrices u horario de trabajo como se le exige a un empleado habitual.

Repárese que aun cuando en el Oficio sin número del 6 de agosto de 2008 emitido por la Cooperativa PSP CTA, referido en párrafos anteriores, se indica que «se

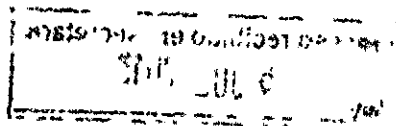
<sup>12</sup> F. 48.

<sup>13</sup> F. 47.

<sup>14</sup> F. 42.

<sup>15</sup> F. 46.

<sup>16</sup> F. 41.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01249-01 (2164-2018)  
Demandante: Gloria María del Socorro Murcillo Cadena

autoriza la prestación de sus actividades profesionales en seis (6) horas en la Clínica Santa Isabel de Hungría», lo cierto es que, no se determina de qué manera y en qué condiciones se cumplirá este periodo, si diario, semanal o mensual. Así como tampoco obran testimonios o alguna otra prueba de los cuales se pueda colegir la subordinación de la actora respecto del ente hospitalario.

Ahora, si bien al expediente se allegó copia de los fallos de 12 de marzo de 2010<sup>17</sup> y 18 de marzo de 2011<sup>18</sup> proferidos por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Sala de Decisión Laboral, respectivamente, en los cuales se declaró la existencia de la relación laboral entre la accionante y el Instituto de Seguros Sociales desde el 17 de diciembre de 1996 hasta el 30 de noviembre de 2003, también lo es que ello solo prueba el vínculo que se consolidó con el extinto ISS y no con la ESE Antonio Nariño, y por el período de tiempo, en el que la demandante prestó sus servicios a esa entidad.

Así entonces, la doctora Gloria María del Socorro Murcillo Cadena no demostró que los servicios que prestó a la ESE Antonio Nariño, fueran prestados de forma subordinada, elemento esencial de la relación laboral.

**Conclusión general:** Dentro del presente asunto la accionante no demostró la existencia de los elementos propios de una relación laboral con la ESE Antonio Nariño, por lo que no habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas. Motivo por el cual la Sala se ve relevada de analizar los demás problemas jurídicos planteados.

#### **Decisión de segunda instancia.**

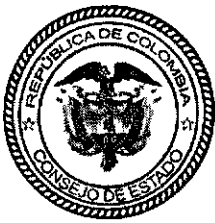
Por lo expuesto la Subsección considera que se impone revocar la sentencia de primera instancia, proferida el 9 de noviembre de 2017 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala mixta, para en su lugar, denegar las súplicas de la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Gloria María del Socorro Murcillo Cadena contra la Nación, Ministerio de Salud y Protección Social y la ESE Antonio Nariño Liquidada.

#### **Condena en costas**

No habrá lugar a condena en costas por cuanto la actividad de las partes se ciñó a los parámetros de buena fe y lealtad procesales, sin que por lo mismo se observe actuación temeraria ni maniobras dilatorias del proceso (artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1.998).

<sup>17</sup> Ff. 3-22.

<sup>18</sup> Ff. 23-40.



Proceso recibido en secretaría  
Hoy 125 JUL 2019

Radicado: 76001-23-31-000-2011-01249-01 (2164-2018)  
Demandante: Gloria María del Socorro Murcillo Cadena

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

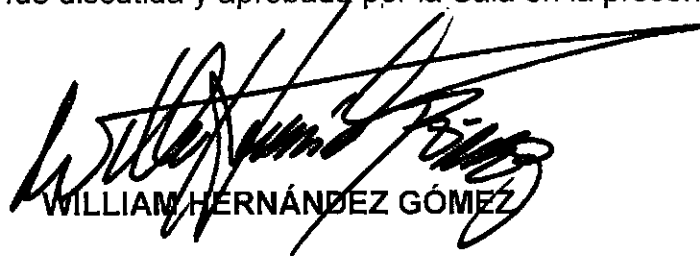
### FALLA

**Primero:** Revóquese la sentencia de primera instancia del 9 de noviembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala mixta, para en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Gloria María del Socorro Murcillo Cadena

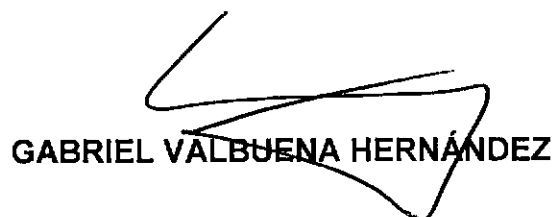
**Segundo:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

### Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

  
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

  
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

  
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ