**OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN**

**Magistrada ponente**

**SL2756-2024**

**Radicación n.° 98149**

**Acta 37**

Bogotá, D. C., ocho (8) de octubre de dos mil veinticuatro (2024).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **WILLIAM HERNANDO CUERVO AVENDAÑO** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 30 de noviembre de 2022, en el proceso ordinario laboral que instauróel recurrente contra **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMÉRICANO S. A. (AVIANCA S. A.)** y la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA (SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN)**.

### ANTECEDENTES

Según la demanda inaugural y su reforma, el señor William Hernando Cuervo Avendaño demandó a Avianca S. A. y la CTA Servicopava en Liquidación, con el fin de que se declare que la primera es su«*verdadero empleador*»*;* y que para el momento en que le dieron por «*terminado el contrato*» el 30 de noviembre de 2017, las accionadas transgredieron el «*fuero de discapacidad*» del que era sujeto y, en consecuencia, la primera mencionada debe reintegrarlo al cargo que desempeñaba o a uno igual o mejor, junto con el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, los aportes a la seguridad social, la sanción por violación del fuero, los derechos a que haya lugar en uso de las facultades ultra y extra *petita,* y las costas procesales.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que el 24 de noviembre de 2011, se postuló a una convocatoria que decía que importante compañía del sector aéreo requería personal mayor de 23 años para el cargo de conductor o auxiliar de distribución; que se vinculó con Avianca S. A., después de haber recibido tres semanas de capacitación en diciembre de 2011, la cual fue impartida en la sede administrativa de esa empresa, en horario de 7:00 a. m. a 17:00 p. m. de lunes a viernes; la instrucción fue dada por personal de la aerolínea (Álvaro Ospina, José Joaquín Rojas y Mauricio Gómez, entre otros); e inició labores el 29 de marzo de 2012 como trabajador al servicio de Avianca S. A., vinculación que se hizo a través de intermediación laboral de la CTA Servicopava en Liquidación.

Alegó que debía cumplir funciones de carácter permanente y relacionadas con el objeto social de la firma de aviación en el área de Asistencia en Tierra (operaciones terrestres), las que ejecutaba en el Aeropuerto Internacional el Dorado y en el Puente Aéreo, actividades en las que tenía que portar los carnets de Avianca y Opaín; que desde el primer día de trabajo hasta agosto de 2017 recibió dotación de uniformes con logos alusivos a la aerolínea demandada, así como instrucciones a través de los líderes de operaciones terrestres de la CTA, quienes a su vez las tomaban de los gerentes de operaciones terrestres de Avianca S. A.

Acotó que a partir de su vinculación Avianca S. A. suscribió una póliza de seguro a su favor; que como trabajador de esta era transportado en la ruta de la empresa, la que lo recogía en la casa y lo dejaba de regreso y era quien le reembolsaba los gastos de transporte cuando no lo podían llevar; que recibió «*tiquetes beneficio*» que solo eran entregados al personal de la aerolínea. Iteró que desde el 29 de marzo de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2017 cumplió sus funciones en el Aeropuerto y en el Puente Aéreo, en el área de Operaciones Terrestres de Avianca, así:

**AREA DE RAMPA** cumpliendo tumos partidos con funciones como:

A. Cargue y descargue de equipajes y carga de aeronaves de Avianca.

B. Atención a los Aviones de Avianca en plataforma con acoplamiento de equipos como planta, escaleras, diligencias, planchas, cuñas, conos.

C. Hombre guía y punta de ala atendiendo los aviones de la aerolínea A V/ANCA y sus empresas clientes como: como SA TENA, AEROGAL, TACA, IBERIA, CONVIASA, TAME, CUBANA, SEARCA, AEROLINEAS ARGENTINAS DEL TA, AEROMEXICO, INTERJET ETC, en el aeropuerto internacional El Dorado y Puente Aéreo cumpliendo turnos de 8 horas 45 minutos programados por el señor ÁLVARO GUERRERO funcionario de AVIANCA.

Manifestó que recibía capacitaciones y adiestramiento por parte de Avianca S. A., las que eran certificadas para poder atender las aeronaves («*CONVIASA sobre adiestramiento*»); que cumplía los turnos programados por la aerolínea y se regía por el Manual de Operaciones Terrestres de Avianca Capítulo 8 Gestión de Tránsitos; y tenía una relación laboral vertical debido al grado de subordinación respecto a los funcionarios de esa empresa.

Indicó que durante el primer año ejerció funciones de cargue y descargue de aviones, en espacios confinados como las bodegas de la parte interna de las aeronaves, teniendo que adoptar posturas forzadas de rodillas, con movimientos repetitivos y sobrepeso, manipulando equipaje y carga con peso superior a 23 kg; realizaba su actividad bajo presión por el límite de tiempo, según la operación de la aerolínea, debiendo manipular un promedio de 220 maletas por vuelo entre cargue y descargue, y diariamente tenía que atender un promedio entre ocho y once vuelos.

Señaló que también cumplía otras labores en la rampa de alistamiento de equipos, tales como: «*diligencias “carros porta equipajes” con peso superior a 500 kilos vacíos, los cuales se halaban acercándolas físicamente a las bodegas de los aviones, luego colocar cuñas en ruedas del avión, rodamiento de escaleras a la puerta de desabordaje con un peso superior a 1000 kilos con apoyo de otra persona*»*.* Agregó que también ejerció en el área de Selección de Equipajes de Avianca S. A., clasificando de acuerdo con cada vuelo («*bajar las maletas de la banda transportadora con pesos que iban de 23 kg hasta 45 kg y subirlos a las diligencias “carros transportadores”*»*)*.

Indicó que los carros pesan 500 kg vacíos y tienen una capacidad superior a 50 maletas, por lo que aumentan su peso a cerca de 1000 kg; que la labor consistía en halar de forma individual y colocarlos cerca de las bandas para seleccionar el equipaje, actividad que ejecutaba en una jornada de ocho horas y para ocho o nueve vuelos diarios, con un promedio entre 90 y 220 maletas y, además, debía apoyar la selección de otros por ausencia de personal.

Reseñó que el 28 de agosto de 2012, ante un accidente de trabajo que afectó su codo derecho, recibió recomendaciones médicas de restricción en el manejo de cargas superiores a 6 kg, principalmente en ese brazo, documento que fue entregado al señor Álvaro Armando Guerrero Veintimilla, analista de turnos de aeropuertos, el 3 de septiembre de ese año; y que el 12 de diciembre siguiente, Salud Ocupacional de Avianca S. A. le ordenó asistir a la EPS Sura «*por presentar alteraciones en su salud no compatibles para desempeñar su labor*».

Expuso que también ejerció en el área de Imagen y Presentación de Avianca, realizando lavado de aviones, cruzado de cinturones, aseo interno, limpieza de baños y«*gales, y espirado*», entre otras; que, igualmente, prestó servicios en la zona de tractores de Avianca, conduciendo esa clase de equipos, los que tienen alta vibración e impacto por no tener amortiguación y producen un alto grado de ruido y contaminación ambiental (humo); que los reportes por mal estado de funcionamiento de esos equipos los hacía a Seguridad Operacional de Avianca y a la Gerencia de Equipos; que, además, debía realizar el alistamiento de los equipos para utilizarlos en la atención de cada vuelo, labor para la que no tenía apoyo de otro auxiliar, lo que le generaba un sobre esfuerzo físico y laboral, especialmente, por la limitación de tiempo.

Argumentó que sufrió un accidente laboral el 14 de enero de 2014, reintegrándose a sus actividades el 4 de abril de ese mismo año, con recomendaciones médicas, por lo que fue reubicado por Avianca S. A. en el área de Móviles (conducción de bus), en donde prestó servicios hasta el 15 de septiembre de 2017; que por solicitud de la aerolínea, Servicopava lo retiró de la operación terrestre bajo notificación de «*suspensión transitoria de la asignación de la prestación del servicio*»; y que, Opaín, firma que administra el Aeropuerto, certificó que la aerolínea dio la orden de suspender los carnets de ingreso, decisión que le fue notificada por correo electrónico suscrito por Diego Amaya, coordinador administrativo de la CTA.

Relató que el 27 de noviembre de 2017, recibió la Resolución 947, mediante la cual fue retirado sin justa causa, data para la cual estaba incapacitado, *con* «*recomendaciones del médico tratante, con enfermedades de columna en estudio*»; que la discopatía ya había sido evaluada para esa fecha por la Junta Regional de Calificación de Bogotá como enfermedad laboral, por lo que su despido violó la estabilidad reforzada, y que ni Avianca S. A. ni Servicopava solicitaron autorización al Ministerio del Trabajo para terminarle el contrato laboral.

Expuso que mediante dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 25 de julio de 2018 se calificó su enfermedad como de origen laboral, ante la existencia de factores de riesgo ocupacional suficientes y necesarios para la generación de las patologías, trastornos de disco lumbar y otros de radiculopatía y el histórico de la exposición del trabajador.

Acotó que el Ministerio de Trabajo investigó a las empresas accionadas por intermediación laboral, lo que dio lugar a la expedición de la Resolución 2017001587 del 31 de agosto de 2017, en la que consta que la aerolínea emitía las asignaciones de turnos, divulgaba información; manuales de operaciones, de gestión de seguridad operacional y de mercancías peligrosas; control de servicios aeroportuarios; bitácora de sala VIP; pedidos aeroservicios, y solicitud de transporte personal, aspectos que evidencian la existencia de una relación laboral y llevaron a multar a las aludidas empresas con 4000 salarios mínimos legales mensuales vigentes por violación a la prohibición de intermediación laboral; y que Servicopava funcionó hasta cuando tuvo convenio con Avianca S. A.

Indicó que una vez fue despedido, interpuso acción de tutela ante el Juzgado Noveno Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías, en cuyo fallo del 1 de febrero de 2018, ordenó su reintegro transitorio por haber encontrado violado su derecho a la estabilidad laboral reforzada, el cual fue confirmado el 2 de marzo del mismo año por el Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito con Función de Conocimiento.

Expuso que desde el 14 de febrero al 15 de marzo de 2018, estuvo incapacitado y, con posterioridad, por periodos cortos; que el 22 de mayo de ese año se inhabilitó nuevamente por 22 días por neurocirugía; que para la fecha de presentación de la demanda presentaba lesiones en columna cervical, dorsal y lumbar, todas en proceso de evaluación ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; circunstancias que lo afectaron psicológicamente, por lo que se encontraba en tratamiento de psiquiatría desde el 13 de septiembre de 2017.

Adujo que cuando le realizaron el examen de ingreso se dijo que estaba entre los parámetros para desempeñar el cargo (cargue de aviones); pero los exámenes de reingreso practicados el 20 de marzo de 2018, arrojaron que presenta múltiples secuelas que le han dejado las enfermedades laborales, las que gestaron una pérdida de capacidad que «*aún no se ha determinado*», las cuales evidencian la severidad de la incapacidad; y que desde el 14 de enero de 2014, lleva más de 450 días incapacitado; y que sus partes osteomuscular y psicológica, se han afectado.

Dijo que Avianca S. A. realizó un acuerdo de formalización laboral ante la Dirección Territorial del Atlántico del Ministerio del Trabajo el 14 de marzo de 2016, con el que demuestra que la empresa ejecutó un proceso de tercerización o intermediación laboral a través de Servicopava, en el que aparece su nombre en la casilla 538; que la aerolínea se comprometió a vincular directamente al personal que estaba prestando servicios a través de la CTA y a salvaguardar la contratación de la población mayormente vulnerable; y que para la fecha de suscripción del acuerdo ostentaba el cargo de vicepresidente de la Asociación Sindical de Trabajadores de Operaciones Terrestres del Sector Aéreo Colombiano (Astoptsac).

Finalmente, indicó que por instrucciones de la Gerencia de Operaciones Terrestres tuvo que recibir capacitación del Sena; que por disposición de esa aerolínea debía atender otras como Iberia; que Avianca S. A. fue la que ordenó la reactivación de sus carnets, y Freddy Mauricio Lineros era quien ordenaba y notificaba por correo electrónico los entrenamientos.

Al dar respuesta a la demanda y su reforma (f.° 245 y 1337), Servicopava en Liquidación se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, admitió que el actor participó en la convocatoria para conductores*;* realizaba funciones de asistencia en tierra; que tuvo un accidente laboral el 28 de agosto de 2012 que le afectó el codo derecho por el que le dieron recomendaciones médicas; el reporte del mal estado de los equipos debía hacerlo a Seguridad Operacional de Avianca; que él sufrió otro infortunio profesional el 14 de enero de 2014, reintegrándose a laborar el 4 de abril de ese año, data para la cual tenía recomendaciones médicas, por lo que fue reubicado en el área de móviles.

También admitió que la suspensión de los carnets fue notificada al actor mediante correo electrónico suscrito por Diego Amaya, coordinador administrativo de la CTA; y que en los exámenes médicos de reintegro del 20 de marzo de 2018 se pueden ver sus condiciones de salud; que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez efectuó un dictamen el 25 de julio de 2018; y que Avianca S. A. celebró un acuerdo de formalización laboral y por orden de la aerolínea el trabajador debió acudir a recibir capacitación al Sena. Frente a los demás supuestos fácticos, indicó que no eran ciertos o no le constaban.

En su defensa, dijo que entre ella y el demandante nunca existió una relación laboral sino un acuerdo cooperativo firmado el día 29 de marzo de 2012, conforme a los lineamientos previstos en el artículo 3 de la Ley 79 de 1988, el cual terminó mediante Resolución 947 del 30 de noviembre de 2017; que la finalización se dio por causa objetiva, acorde con los estatutos de la Cooperativa, esto es, la terminación de la oferta mercantil suscrita con Avianca S. A. y la imposibilidad de reubicarlo a otro cargo asociativo al interior de la CTA.

Agregó que a los trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado no le son aplicables las normas laborales, por lo que el contrato cooperativo no es de índole laboral. Añadió que terminó todas las ofertas mercantiles el 30 de noviembre de 2017, por lo que no existían puestos asociativos iguales o similares a los que desarrollaba el demandante.

Al efecto propuso las excepciones de cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo, prescripción y la genérica.

Por su parte, Avianca S. A., al responder la demanda inaugural y su reforma (f.os 1308 y 1364), se opuso a las pretensiones de la demanda; y en cuanto a los supuestos fácticos, admitió que no solicitó autorización al Ministerio porque nunca tuvo contrato de trabajo con el promotor del proceso. Con relación a los demás hechos dijo que no le constaban o no eran ciertos.

En salvaguarda de sus intereses, indicó que no contrató laboralmente al demandante, pues este siempre tuvo la calidad de cooperado de Servicopava; que por cuenta de la CTA adelantó algunas labores en las instalaciones de Avianca S. A., pero alejadas del objeto principal de sus actividades (no misionales), sin estar sujeto a subordinación alguna, pues el trabajo lo realizó aquella de manera autogestionaria, con total autonomía técnica, administrativa y financiera.

Agregó que resulta improcedente la pretensión de reintegro y pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, porque al no existir contrato de trabajo con el demandante, no puede predicarse la estabilidad laboral reforzada, regulada en la citada disposición, por lo que es impropio hablar de despido, máxime que aquél nunca informó que sufriera algún tipo de patología. Que, además, para que opere la protección es necesario que exista prueba técnico-científica que acredite la condición de salud, por lo que resulta insuficiente la historia clínica, como quiera que el accionante debió allegar certificación expedida por autoridad competente que demuestre que tenía una limitación superior al 25% para el momento de la desvinculación.

Al efecto propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, falta de título y causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe y la genérica o innominada.

1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante providencia del 30 de septiembre de 2021, resolvió:

**PRIMERO: DECLARAR** que la vinculación del señor WILLIAM HERNANDO CUERVO AVENDAÑO con AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A., - AVIANCA S.A. a través de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO “SERVICOPAVA CTA” EN LIQUIDACIÓN, se dio como un hecho de simple intermediación o tercerización, por lo que el verdadero empleador fue la sociedad AVIANCA S.A., a través de un contrato de trabajo, conforme a las consideraciones de la parte motiva.

**SEGUNDO: DECLARAR** la ineficacia de la terminación del referido contrato de trabajo y por tanto, CONDENAR a la demandada AVIANCA S.A. al REINTEGRO del señor WILLIAM HERNANDO CUERVO a su cargo o uno de igual o mejor categoría acorde a sus capacidades físicas y aptitudes si fuere necesario y el cubrimiento que esté PENDIENTE de la seguridad social, salarios, vacaciones y prestaciones sociales sin solución de continuidad, a partir del 01 de diciembre del año de 2017 y en adelante hasta que se verifique el reintegro del trabajador, sumas debidamente indexadas mes a mes conforme a lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERA: DECLARAR** solidariamente responsable a SERVICOPAVA CTA EN LIQUIDACIÓN de las condenas de que sea objeto AVIANCA S.A. por la vinculación laboral de la parte demandante, por lo considerado en este fallo.

**CUARTO: CONDENAR** en costas a las demandadas. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) SMLMV, pagaderos en cuota parte por AVIANCA S.A. y por SERVICOPAVA CTA EN LIQUIDACIÓN.

1. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al resolver los recursos de apelación impetrados por las partes, con sentencia del 30 de noviembre de 2022, decidió revocar la sentencia del Juzgado y absolver, sin imponer costas en la instancia y las de primera a cargo del demandante.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal delimitó el problema jurídico en determinar si entre el demandante y Avianca S. A. existió un verdadero contrato de trabajo y, en caso afirmativo, si era o no procedente el reintegro del actor debido al fuero de estabilidad laboral reforzada invocado.

En primer lugar, con relación al vínculo laboral, luego de referir al contenido de los artículos 23 y 24 del CST, indicó que a la parte demandante le corresponde acreditar la prestación personal del servicio y a la demandada derruir la presunción legal del contrato de trabajo, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales de este (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, SL1420-2018, SL1081-2021, y SL781-2022). Igualmente, citó literalmente el contenido de los artículos 59 de la Ley 79 de 1988; 7, 8 y 12 de la Ley 1233 de 2008; y 17 del Decreto 4588 de 2006.

Acto seguido aludió a los objetos sociales de Avianca S. A. y Servicopava en Liquidación (f.° 230 y 236); dijo que esta presentó oferta mercantil de servicios a aquella el 1 de agosto de 2003, relacionada con la «*prestación de servicio de apoyo técnico, administrativo y operativo*», en virtud de la cual, la CTA tenía dentro de sus obligaciones, entre otras, las de organizar a los asociados en los diferentes horarios y sitios requeridos por Avianca S. A.; impartirles inducción, entrenamiento y capacitación; dotarlos de escarapelas para su identificación; celebrar con ellos los respectivos convenios de asociación; pagarles oportunamente las compensaciones y reconocimientos cooperativos correspondientes; y aceptar la auditoría efectuada por la aerolínea respecto de la calidad de los servicios ejecutados (pág. 426 del archivo 1).

Que por su parte, Avianca S. A. tenía que pagar los servicios prestados por la CTA y asistirla para que los asociados pudieran cumplir con las labores de los servicios contratados; colaborar en la capacitación técnica de los asociados, con el apoyo de Servicopava y de la ARL, en la prevención de factores de riesgos que se llegaren a presentar en las actividades a desarrollar en el área asignada por la CTA para su realización; prestarle a la codemandada los equipos, herramientas o elementos, en los términos indicados en el comodato, con el fin de facilitar la prestación de los servicios convenidos; pagar directamente los costos relacionados con el trámite de permisos ante la Aerocivil, carnets, elementos de protección personal y el transporte de los asociados del oferente, así como uniformes y vestuarios específicos, los cuales debían ser entregados por Servicopava en Liquidación.

Adujo que el contrato de comodato precario n.° 12605021, vigente desde el 1 de marzo de 2006, celebrado entre las demandadas, se suscribió por los muebles de propiedad de Avianca S. A. para satisfacer las necesidades de infraestructura para la correcta prestación de servicios (pág. 467, archivo 1); que en los otrosíes se extendió la vigencia hasta el 31 de diciembre de 2017 (pág. 471, archivo 1 y 1-139, archivo 2); mediante misiva del 12 de septiembre de 2017, el director de Operaciones Terrestres de Avianca S. A. informó a la CTA que por necesidades de la operación era necesario reducir la prestación de servicios aeroportuarios terrestres ofrecidos por ésta (pág. 218, archivo 2) y que por comunicación del 28 de septiembre de 2017, la aerolínea notificó a la CTA la terminación de la relación comercial existente, a partir del 31 de diciembre de 2017 (pág. 217, archivo 1).

Acto seguido, relacionó las restantes pruebas documentales allegadas por las partes y culminó con el estudio detallado de los testimonios de Javier Ernesto López, Rodrigo Ruiz Abello, Meryein Amado Orozco y Stiven García Barrera, quienes estuvieron vinculados mediante convenio asociativo a Servicopava; el primero, del 2 de diciembre de 2011 al 30 de noviembre de 2017, como líder de operaciones terrestres; el segundo, desde el año 2006 hasta el 30 de noviembre de 2017, en calidad de auxiliar de asistencia en tierra en rampa, en presentación y en selección; la tercera, a partir del 27 de octubre de 2014, como abogada de la CTA, encargada de llevar procesos disciplinarios, dar respuesta a peticiones, tutelas y demandas, etc.; y el último, del 2 de febrero de 2008 a mediados de febrero de 2018.

Agregó que en virtud de la facultad de libre formación del convencimiento prevista en el artículo 61 del CPTSS y con apoyo en lo señalado en la sentencia CSJ SL1927-2021, le ofrecían mayor credibilidad los dichos de los tres primeros, más que lo declarado por Stiven García Barrera.

Así, con fundamento en el acervo probatorio reseñado, concluyó que el demandante prestó servicios en condición de trabajador asociado a Servicopava en Liquidación, «*en beneficio de Avianca S. A*.», desde el 29 de marzo de 2012; que ello ocurrió en virtud de que entre la aerolínea y la CTA se pactó la «*tercerización de un proceso operativo, lo que resulta válido y eficaz*»*,* al tenor de lo dispuesto en el artículo 34 del CST. Lo anterior por cuanto el outsourcing implicaba que una organización contrataba a empresas externas para que se hicieran cargo de parte de su actividad o producción, con sus propios trabajadores, herramientas y recursos, y bajo su propia autonomía y riesgo, aunque «*sin que pueda pasarse por alto, la prohibición de subcontratar procesos misionales o propios de la empresa beneficiaria o contratante, con cooperativas de trabajo asociado*».

En esa dirección, esto es, a fin de establecer si el demandante desempeñó labores misionales permanentes de Avianca S. A., precisó que están en conexidad directa con la misión de la empresa, las que se diferencian de las que, «*a pesar de ser permanentes, no se relacionan con la misión de manera directa*».

Añadió que según el convenio asociativo el convocante ejercía funciones de auxiliar de asistencia en tierra y estuvo encargado del cargue y descargue de aeronaves, en las áreas de selección, tractores y móviles, de lo que daban cuenta las versiones de los testigos.

Adujo que tales actividades no estaban incluidas como misionales permanentes de la aerolínea en la forma como fueron ejecutadas, pues la principal era el transporte aéreo nacional e internacional de pasajeros; y como secundaria, el transporte aéreo nacional e internacional de carga; de tal manera que, más allá de que Avianca S. A. tuviera un Manual de Operaciones Terrestres en el que se hacía referencia a tales labores, esa situación por si sola «*no implica que sus funciones pertenecían a las actividades misionales de la empresa, independientemente de que las mismas sean permanentes*»*;* y que tampoco por el hecho de que en el objeto social se señalara la frase «*servicios aeronáuticos y aeroportuarios*», porque estos se referían a las aplicaciones de la aviación civil.

Por otra parte, dijo que aunque no existía duda respecto a que las labores que desarrolló el demandante fueron en beneficio de Avianca S. A., de «*los abundantes medios probatorios allegados por las partes, no se encuentra acreditado que esa empresa haya ejercido actos de subordinación frente al demandante*»*;* pues lo que había quedado establecido era que las instrucciones que debía seguir el actor, las daban los líderes de operaciones, **personas que estaban al igual que él, vinculadas con la** CTA, a través de un convenio asociativo; y que el objeto social de esta tenía una relación estrecha con las actividades realizadas por los trabajadores asociados (Subrayado de la Sala).

En la misma línea, expuso que la potestad disciplinaria sobre el gestor fue ejercida por la Cooperativa, punto sobre el cual coincidían los testigos; sin embargo, resultaban imprecisas las versiones en torno a la afirmación relativa a que esa situación obedecía a una exigencia de los empleados de Avianca S. A.; y que la CTA fue quien realizó el pago de las compensaciones previstas en el acuerdo cooperativo y, además, autorizaba los permisos y días de descanso, de lo que daba cuenta de que quien ejercía control sobre la prestación del servicio era Servicopava; y que el acceso que tuvo el demandante a los beneficios brindados, lo fue en razón del convenio de asociación.

Precisó que Avianca S. A. informaba a la Cooperativa el horario de los vuelos y el itinerario, y ésta, por medio de sus líderes asociados, los comunicaba a los trabajadores asociados como el demandante. En lo atinente al uso de los medios y bienes de la aerolínea por parte la CTA, indicó que hubo un contrato de comodato precario para su uso, figura legalmente permitida.

Frente a las capacitaciones presenciales o que por medio de una plataforma hubiera realizado Avianca S. A., señaló que ello «*se traduce en el cumplimiento de lo pactado en la oferta mercantil,* pues allí se estableció como *obligación a cargo del destinatario de la oferta*», la de colaborar con el oferente en la capacitación de los trabajadores asociados asignados, tanto en aspectos técnicos como en seguridad operacional, propios de las actividades que desarrolla la aerolínea, «*por lo que no resulta ajena ni extraña la intervención del operador en estos asuntos*».

En cuanto a los beneficios que fueron concedidos al demandante (transporte, tiquetes aéreos, casino y póliza de seguro) dijo que no resultaban suficientes para acreditar que él fue trabajador de Avianca S. A., pues aun cuando esa sociedad en la oferta mercantil se comprometió a pagar directamente como costos adicionales tales prerrogativas, «*lo cierto es que ello no es indicativo del elemento de subordinación, máxime cuando es totalmente ajeno a la ejecución de las actividades de operaciones terrestres y está plenamente probado que el convocante recibía las directrices directamente del personal vinculado a la CTA*», quien era la responsable de pagar las compensaciones, ejercer la facultad disciplinaria y sancionatoria, conceder los permisos.

Añadió que, para la adecuada ejecución de la oferta mercantil, Avianca S. A. entregó en comodato precario unos inmuebles, elementos, herramientas y equipos de trabajo, «*sin que de ninguno de estos supuestos se pueda desprender la subordinación deprecada*», máxime que la contratación no se realizó sobre actividades misionales permanentes.

Aunado a ello, consideró que de las versiones de los testigos se vislumbraba que los *duty manager* y el gerente de operaciones terrestres cumplían una labor de supervisión, lo que se enmarcaba dentro de los acuerdos plasmados en la oferta mercantil, en la que se pactó una cláusula de interventoría que permitía al destinatario vigilar el cumplimiento de las condiciones; por tanto, no se podía suponer que el «*contratante asumió una actitud subordinante frente a los trabajadores cooperados*».

Al efecto, concluyó:

En suma, en consideración de la Sala no se acreditó, y por el contrario se desvirtuó, la existencia de subordinación laboral en la relación entre el demandante, la cooperativa de trabajo asociado a la que pertenecía y Avianca como beneficiaria del servicio cooperado que prestaba. A pesar de que se acreditó la prestación personal del servicio, lo cierto es que, fue con ocasión del convenio asociativo de trabajo suscrito por las partes, frente al cual ninguna presentó reparos, ni se alegaron vicios en dicha suscripción, además que se reitera, tuvo su génesis en la solicitud que el demandante elevó a Servicopava para ser vinculado en calidad de trabajador cooperado.

Así mismo, se pone de presente que a las cooperativas de trabajo asociado les está permitido contratar con terceros procesos productivos. Dentro del objeto social de Servicopava está previsto el proceso administrativo de servicios aeroportuarios. La oferta mercantil con Avianca fue ejecutada de manera autónoma desde el año 2003, y fue prorrogada en varias ocasiones. Esta autonomía no se desvirtúa con los carnés de identificación, al tener plasmado además del nombre de Avianca el de la Cooperativa, como lo indicó el testigo Javier Ernesto López

Así las cosas, del análisis conjunto del material probatorio, de […] quedó demostrado dentro del plenario que la prestación del servicio por parte del gestor fue ausente de subordinación, en ejercicio legítimo del trabajo cooperado, como consecuencia de su pertenencia a la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava, y en cumplimiento de la oferta mercantil con Avianca SA. En consecuencia, como no se configuró la existencia del contrato de trabajo, no resulta viable pasar al estudio de la procedencia del reintegro solicitado respecto de la demandada Avianca, en tanto que dicha protección y la solidaridad de la Cooperativa de Trabajo Asociado, dependían de que saliera avante la pretensión declarativa; además, se estableció que el convenio de trabajo asociado terminó como consecuencia de la finalización de la oferta mercantil entre las demandadas, que constituía la causa del mismo, esto es, el trabajo para el que se asociaron, y en igual fecha en la que terminaron los convenios de los testigos Javier Ernesto López y Rodrigo Ruiz Abello por igual motivo, con lo que se desvirtúa la presunción de terminación, en este caso, del convenio asociativo, por motivos de discriminación, con ocasión del estado de salud del actor, resultando una causa objetiva que de ninguna manera daría lugar a la protección prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, en los términos de la jurisprudencia (CSJ SL3772-2018, CSJ SL1236-2021), sin que resulte por ello necesario efectuar análisis adicional alguno, respecto a los demás supuestos requeridos para que opere la referida protección. Por lo expuesto, habrá de revocarse la sentencia apelada, para en su lugar, absolver a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

(Subrayado de la Sala).

1. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

1. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que se case la sentencia fustigada, para que, en sede de instancia, confirme la del Juzgado y provea en costas como corresponda. Así mismo, solicita:

De igual forma en el evento que la sala considere casar parcialmente en lo que tiene que ver con el contrato realidad, pero no lo haga respecto a lo de la estabilidad laboral como tal no condene al reintegro se le solicita que condene a la sanción moratoria, teniendo en cuenta que LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL EN RADICACIÓN NO. 25713 SENTENCIA 6 DE DICIEMBRE DEL 2006 […].

Con tal propósito formula tres cargos por la causal primera de casación, frente a los que se presenta réplica, por parte de Avianca S. A. La acusación se resolverá de manera conjunta, pues a pesar de que los embates están orientados por sendas disimiles, persiguen idéntico fin, la argumentación se complementa y se acusan las mismas disposiciones.

1. CARGO PRIMERO

Por la vía directa acusa la interpretación errónea de los artículos 22, 23, 24 y 25 del CST y 53 de la Constitución Política, lo que llevó a la violación directa por falta de aplicación de los cánones 1, 5, 9, 14, 18, 21, 25, 104, 127, 193, 259, 260 y 340 del CST; 1800 del C Co.; y 13, 29, 31 y 84 de la CP.

Indica que existe un error interpretativo del artículo 24 del CST porque, al margen de lo que prueben los documentos, se busca que el demandante demuestre la subordinación, es decir, que se hizo una inversión de la carga de la prueba, lo cual es un despropósito jurídico (CSJ SL172-2018). Agrega que la hermenéutica que corresponde es aquella según la cual es suficiente acreditar la prestación personal del servicio, para que opere la presunción legal del contrato de trabajo («*CSJ STL3145-2021»*).

Argumenta que es clara la magnitud del error del Tribunal, pues trató de buscar la prueba de la subordinación, cuando la carga probatoria estaba en cabeza de Avianca, quien debía desvirtuarla.

Añade que también se desconoció el artículo 1800 del Código de Comercio, según el cual se entiende por personal aeronáutico «*aquellas personas que, a bordo de las aeronaves o en tierra, cumplen funciones vinculadas directamente a la técnica de la navegación aérea*»; lo cual es consecuente con lo afirmado en la sentencia «*CSJ STL3145-2021»*. Esto por cuanto, la carga y descarga de equipaje, así como el alistamiento de aviones, son actividades directamente ligadas con el giro ordinario de los negocios y el objeto social que desarrolla una empresa que se dedica al transporte aéreo de pasajeros, carga y servicio postal, como lo es Avianca S. A.

1. RÉPLICA

Avianca afirma que el cargo no debe prosperar porque el sentenciador interpretó correctamente el artículo 24 del CST, y que no es cierto que invirtiera la carga de la prueba; sino que después de analizar las pruebas, concluyó que la subordinación fue desvirtuada.

1. CARGO SEGUNDO

Se imputa por vía indirecta la aplicación indebida de las siguientes disposiciones:

[…] artículos 1, 9, 14, 18, 21, 22, 23,24, 25 a 65, 66, 67, 68, 69, 70, 104, 127 y ss, 186 y ss, 149 y ss, 259, 260 y ss y 340 y ss del Código Sustantivo del Trabajo y el art. 53 de la Constitución Nacional, articulo 63 de la ley 1429 del 2010, articulo 7 numeral 4 de la Ley 1233 del 2008; artículo 13 de la Ley 1233 del 2008; artículos 23, 24 del Decreto 4588 del 2006; articulo 2.2.8.1.23 del Decreto único Reglamentario del Sector Trabajo, 53 de la Constitución Nacional lo cual conllevó a la infracción directa de los 61 del Código de Procedimiento Laboral; 167 del Código General del Proceso, el numeral 160.620 del Reglamento Aeronáutico Civil en su libro 17, lo cual conllevó a la violación directa por falta de aplicación de los artículos 1, 5, 9, 14, 18, 21, 25, 104, 127, 193, y 259, 260 y ss y 340 y ss del Código Sustantivo del Trabajo, 13, 29, 31, 84 de la Constitución Nacional; artículo 1800 del Código de Comercio.

Atribuye al sentenciador de segundo grado haber incurrido en los siguientes errores de hecho:

* No dar por demostrado, estándolo que la imposición de reglamentos operativos por parte de la empresa AVIANCA al demandante era una clara prueba de subordinación.
* No dar por demostrado, estándolo que las actividades de servicios aeroportuarios que desarrollaba el demandante están claramente mencionadas en el certificado de existencia y representación de la empresa AVIANCA.
* No dar por demostrado estándolo y aceptando el tribunal que los cargos desempeñados por el actor existen al interior de AVIANCA, desconociendo que la existencia de los cargos al interior de la empresa AVIANCA probaba que eran cargos misionales.
* No dar por demostrado, estándolo que las actividades realizadas por el demandante son misionales permanentes y están claramente contenidas en la definición de servicios aeronáuticos.
* Dar por demostrado no estándolo que no se probó la subordinación, cuando si se probó, pero además esta es una presunción de ley y el tribunal invirtió la carga probatoria.

Como pruebas indebidamente apreciadas denuncia las siguientes:

* Confesión del representante legal de la empresa AVIANCA.
* Confesión del representante legal de SERVICOPAVA.
* Fotocopia de los carnés de AVIANCA y OPAIN que el DEMANDANTE debía portar para acceder a las áreas restringidas del Aeropuerto El Dorado y el Terminal Puente Aéreo, así como del certificado de Avianca de la aprobación del curso de mercancías peligrosas, en dos (2) folios.
* Oferta mercantil firmada entre AVIANCA y SERVICOPAVA.
* Contrato de comodato AVIANCA y SERVICOPAVA.
* Capacitaciones realizadas por aerolíneas extranjeras clientes de la empresa AVIANCA a través de la unidad de negocios AVIANCA SERVICES.
* Testimonio Rodrigo Ruiz Abello.
* Testimonio Javier Ernesto López.
* Testimonio Steven García Venegas.

Igualmente, atribuye la falta de valoración de los documentos que siguen:

* Convocatoria Conductores de distribución aeropuerto efectuada 24 noviembre de 2011.
* Exámenes de ingreso practicado por ASSO LTDA.
* Carnet de AVIANCA Y OPAIN.
* Fotografías de WILLIAM HERNANDO CUERVO AVENDAÑO con uniformes de Avianca.
* Fotografías en labores de operaciones terrestres.
* Copia póliza con ALLIANZ SEGUROS tomador AVIANCA ASEGURADO WILLIAM HERNANDO CUERVO AVENDAÑO.
* Certificación de salud ocupacional AVIANCA de fecha 12/12/2012.
* Certificación OPAIN respecto retiro carnets por orden de AVIANCA.
* Resolución de sanción por intermediación laboral No.2017001587 –CGPIVC DE FECHA 31 AGOSTO DE 2017 emitida por Mintrabajo y donde sanciona a las dos entidades aquí demandadas.
* Certificados de existencia y representación de las demandadas, expedidos Cámara de Comercio.
* Fotocopia ACUERDO DE FORMALIZACION LABORAL suscrito por AEROLINEAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA con la DIRECCION TERRITORIAL DEL ATLANTICO DEL MINISTERIO DEL TRABAJO. (29 folios).
* Copia manual descripción puesto cargo AVIANCA S.A. (33 folios).
* Copia perfiles personal OPERACIONES TERRESTRES AVIANCA (15 folios).
* Documentos INFORME DE RIESGO/EVENTO OPERACIONAL radicado por WILLIAM HERNANDO CUERVO AVENDAÑO de fecha enero 18 de 2016, con sello de recibido AVIANCA.
* Documentos INFORME DE RIESGO/EVENTO OPERACIONAL radicado por WILLIAM HERNANDO CUERVO AVENDAÑO de fecha junio 30 de 2017, con sello de recibido AVIANCA.
* Reporte de colisión dirigido a AVIANCA- Gerencia de equipos DE FECHA 28/11/2016.
* Reporte de colisión dirigido a AVIANCA- Gerencia de equipos DE FECHA 12 septiembre de 2015.
* Impresión correo electrónico enviado por operaciones.terrestresbog@avianca.com a William Hernando.
* Certificación Capacitación SENA enviada por DIEGO FERNANDO QUIJANO GARZON, auxiliar de enlace corporativo-gerencia operaciones terrestres.
* Respuesta proveedor de transporte emitido por AVIANCA a WILLIAM HERNANDO CUERVO AVENDAÑO.
* Documento PR\_NE0502\_00 PLANEACION DEL PERSONAL DE OPERACIONES TERRESTRES de AVIANCA de fecha 2016-09-02.
* Certificación CON VIASA expedida a WILLIAM CUERVO fecha 30-10 2013, por haber aprobado satisfactoriamente el adiestramiento “Adoctrinamiento Básico”, Estación Bogotá. • Manual de operaciones terrestres de AVIANCA- Gestión de tránsitos (123 Folios)
* Impresión correo enviado por FREDDY MAURICIO LINEROS Analista de convocatorias, entrenamientos e incorporaciones –Gerencia de Operaciones Terrestres AVIANCA a wcuervo36@hotmail.com.
* Impresión correo enviado por operaciones.terrestresbog@avianca.com referente a renovación de carnet (22 folios).
* Impresión citación por correo electrónico enviada por FREDDY MAURICIO LINEROS de fecha 12-10-2016 citándolo a recurrente. (Capacitación).
* Impresión correo electrónico enviado por Luz Estela Peña Mateus funcionaria de AVIANCA a mi mandante el día 10-03-2017.
* Protocolos de operaciones terrestres. • Respuesta proveedor de transporte emitido por AVIANCA a WILLIAM HERNANDO CUERVO AVENDAÑO. • Documento PR\_NE0502\_00 PLANEACION DEL PERSONAL DE OPERACIONES TERRESTRES de AVIANCA de fecha 2016-09-02.
* Certificación CONVIASA expedida a WILLIAM CUERVO fecha 30-10 2013, por haber aprobado satisfactoriamente el adiestramiento “Adoctrinamiento Básico”, Estación Bogotá.
* Manual de operaciones terrestres de AVIANCA- Gestión de tránsitos (123 Folios)
* Impresión correo enviado por FREDDY MAURICIO LINEROS Analista de convocatorias, entrenamientos e incorporaciones –Gerencia de Operaciones Terrestres AVIANCA a wcuervo36@hotmail.com.
* Impresión correo enviado por operaciones.terrestresbog@avianca.com referente a renovación de carnet (22 folios).
* Impresión citación por correo electrónico enviada por FREDDY MAURICIO LINEROS de fecha 12-10-2016 citándolo a recurrente. (Capacitación).
* Impresión correo electrónico enviado por Luz Estela Peña Mateus funcionaria de AVIANCA a mi mandante el día 10-03-2017.

Dice que las pruebas documentales indicadas demuestran claramente la subordinación, las que no fueron apreciadas por el fallador, pues evidencian el relacionamiento directo del actor con la sociedad frente al suministro de uniformes, la prestación del servicio (operatividad del día a día), entrega de beneficios como tiquetes; y capacitaciones por labores que se prestaban directamente a Avianca S. A.

Alega que lo anterior cobra relevancia, teniendo en cuenta que los artículos 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006, prohíben a las CTA actuar como empresas de intermediación laboral, o 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.

Dice que las pruebas denunciadas por falta de apreciación no fueron ni remotamente mencionadas por el Tribunal, pues en la sentencia se hizo un escueto análisis del caso concreto; pero tal como se indicó en el primer cargo, se pretendió invertir la carga probatoria, a pesar de la presunción legal en favor del trabajador. Al efecto itera argumentos expuestos en la sustentación del primer embate, haciendo énfasis en la inversión de la carga de la prueba.

Afirma que quedó plenamente probado que Avianca «*contenía los reglamentos del cargo que ocupaba*» y era quien entregaba las estipulaciones de cómo se debía portar el uniforme, pues el de auxiliar de operaciones terrestres y auxiliar de operaciones estaba creado en la empresa, quien contaba con la «*descripción de puestos y cargos pruebas que fueron debidamente aportadas al expediente*»*.*

Argumenta que el interrogatorio de parte fue apreciado de manera errónea, dado que se desconocieron varias confesiones del representante legal de Avianca S. A., a saber: se suscribió un acuerdo de formalización laboral en el que se incluyó al actor; que la empresa tomó el seguro con Allianz en favor de William Cuervo; Avianca S. A. «*ejecutó una solicitud*» para negarle el acceso a las instalaciones del aeropuerto; los chalecos y carnets debían contener los logos de la empresa; y que la demandada realizó capacitaciones al demandante.

Dice que también se dejaron de apreciar las siguientes confesiones del representante legal de Servicopava en Liquidación: no tenía manuales operativos de operaciones terrestres, sino la empresa cliente; Avianca le entregaba beneficios como transporte y casino, y luego, la CTA pagaba a la aerolínea para beneficiarse de las tarifas de esta, lo que, además de ser una prohibición en la reglamentación de la Cooperativa, dicho recobro carece de soporte probatorio en el plenario; la CTA no tenía convenio con la aerolínea Conviasa, ni era la propietaria de los equipos, los cuales estaban por contrato de comodato y eran de Avianca S. A.; y que esta era la que hacía el reembolso de los dineros de transporte.

Dice que afirmar que existían obligaciones de Avianca en la oferta mercantil para capacitar personal va en contravía de las normas acusadas en el cargo, puesto que la oferta mercantil no puede generar deberes prohibidos en la ley; por tanto, admitirlo sería contrario a la «*principialistica*» del derecho laboral. Sobre el particular, cita fragmentos de las providencias de esta Corte y de los tribunales superiores de Barranquilla y Bogotá.

Acota que se echa de menos el análisis de la oferta mercantil entre Avianca y Servicopava, lo que evidencia la ostensible violación de las normas acusadas, como quiera que las CTA deben acreditar autonomía administrativa, característica que debe prevalecer cuando se contrata un trabajo total o parcial a favor de terceros. Agrega que esa prueba demuestra lo que en realidad sucedió, esto es, que envión trabajadores en misión; que no es lógico que Avianca S. A. capacite al trabajador por el simple hecho de que la oferta mercantil indique eso, lo cual es en sí una prohibición, pues se está permitiendo la delegación de la subordinación, actividad permitida a las ESE, pero jamás a las CTA.

Expresa que por la complejidad del transporte aéreo y las funciones que se debían asumir, la labor no podía ser concertada con la CTA; que, si Avianca S. A. debía capacitar de manera directa, también tenía que realizar la contratación; que el cumplimiento de manuales muestra el poder subordinante de la aerolínea, pues los reglamentos deben mantenerse durante todo el tiempo de duración del contrato; que quedó demostrado que Servicopava no contaba con manuales de operación de los cargos de auxiliar de operaciones terrestres y auxiliar conductor, ya que los existentes fueron creados por Avianca, los que obran en el expediente, sin ser mencionados en la sentencia acusada, en los que además se aprecian las funciones y la dependencia a la que pertenecen.

Indica que del objeto social de la aerolínea se desprende que una de sus funciones misionales permanentes es la explotación comercial de los servicios «*aéreos, en todas sus ramas*», incluidos los postales en todas las modalidades, así como de los relacionados con las aplicaciones comerciales, técnicas y científicas de la aviación civil, incluyendo servicios aeronáuticos y aeroportuarios; lo cual muestra que se apreció de manera errada el certificado de existencia y representación de la empresa y «*de tajo desconoce lo reglamentado en el artículo 1800 del Código de Comercio*»*.*

Concluye diciendo que una de sus funciones era ilustrar para el parqueo de las aeronaves; que utilizaba las plataformas de Avianca S. A. y tenía usuario de esta; que no existe prueba que las plataformas como «*SIGA, SABRE, AVIAJAR y AVANCEMOS, entre otras*»*,* fueran entregadas en comodato y si así hubiera sido, dicho contrato solo demostraría el afán de ocultar la realidad.

Aduce que entre los procesos que debía realizar en el parqueo de las aeronaves está regulado en la página 36 del «*Capítulo 8 “Gestión de Tránsitos de la empresa AVIANCA”*»*,* el cual indica las acciones y recomendaciones para tener en cuenta; que estos aspectos fueron plenamente regulados por Avianca S. A., más no por Servicopava, quien mostró no tener absoluta idea de cómo se realiza el procedimiento, pues se trata de una actividad vinculada directamente con la técnica de la operación aérea.

Acota que la errada valoración probatoria condujo a la transgresión de los artículos 3 del Decreto 2025 de 2011; 16, 17 y 18 del Decreto 4588 de 2016; y 7 de la Ley 1233 de 2008. Agrega que no se podía entender que el control que ejercía Avianca sobre él era por la delegación establecida en la oferta mercantil, puesto que por la complejidad de la labor resulta incompatible la contratación por medio de CTA, lo cual incluye las capacitaciones operativas realizadas por aquella al demandante, sin limitarlas a la de mercancías peligrosas.

En la misma línea, alega que se desconocen los seguros en los que aparece como tomadora «*Avianca y el asegurado es el trabajador*», lo que permite preguntarse por qué la empresa lo aseguró como su trabajador y no Servicopava, circunstancia que evidencia claramente que no existía independencia, pues la labor en si no lo permitía.

Recalca que el sentenciador desechó que tenía que portar el uniforme de Avianca S. A., empresa que estableció el manual de presentación, y que portaba distintivos como el carnet; que se desconoció que los asuntos comerciales no justifican la imposición de uniformes; por el contrario, la seguridad y complejidad de la actividad indican que no podía ser contratada a través de CTA; y que en el numeral 160.620 del Reglamento Aeronáutico Civil, en su libro 17 enseña el contenido que debe tener el carnet de identificación, entre los cuales está el nombre de la empresa para el cual labora, circunstancia que evidencia que él trabajaba para Avianca y no para Servicopava.

Así mismo, resalta que con la prueba testimonial se probó la subordinación, a pesar de la existencia de la presunción legal del contrato de trabajo y, por ende, lo que debía hacer la empresa era destruir la presunción. Afirma que las versiones de Rodrigo Ruiz, Steven García y Javier López queda claro que él realizaba labores del giro ordinario de Avianca; que también dan cuenta de la imposición de manuales por parte de esta, así como de que dictaba las capacitaciones; y que los testimonios de Meryein Amado y Marlene Infante son genéricos y no puntualizan su caso.

1. CARGO TERCERO

Imputa por la vía indirecta la infracción directa de las siguientes disposiciones:

[…] artículos 1, 9, 14, 18, 21, 22, 23,24, 25 a 65, 66, 67, 68, 69, 70, 104, 127 y ss, 186 y ss, 149 y ss, 259, 260 y ss y 340 y ss del Código Sustantivo del Trabajo y el art. 53 de la Constitución Nacional, articulo 63 de la ley 1429 del 2010, articulo 7 numeral 4 de la ley 1233 del 2008, articulo 13 de la ley 1233 del 2008, artículos 23, 24 del decreto 4588 del 2006, articulo 2.2.8.1.23 del decreto único reglamentario del sector trabajo, 53 de la Constitución Nacional lo cual conllevo a la infracción directa de los 61 del Código de Procedimiento Laboral, 167 del Código General del Proceso, el numeral 160.620 del Reglamento Aeronáutico Civil en su libro 17, lo cual conllevo a la violación directa por falta de aplicación de los artículos 1, 5, 9, 14, 18, 21, 25, 104, 127, 193, y 259, 260 y ss y 340 y ss del Código Sustantivo del Trabajo, 13, 29, 31, 84 de la Constitución Nacional, artículo 1800 del Código de Comercio.

Expone que plantea el cargo de manera independiente, a pesar de ser *idéntico al SEGUNDO* en lo que tiene que ver con los errores de hecho, las pruebas dejadas de apreciar y las apreciadas de manera errónea; sin embargo, aunque el ataque se continúa haciendo por la senda de los hechos, acusa infracción directa de las mismas disposiciones, solo que en aquel lo hizo por aplicación indebida.

1. RÉPLICA

Avianca se refiere de manera conjunta a los cargos segundo y tercero, frente a los cuales aduce que no deben salir avante, toda vez que, a pesar de estar encauzados por la senda de los hechos, se extienden en interpretaciones y consideraciones jurídicas, con lo cual incurre en una mezcla indebida de argumentos fácticos y puro derecho; en la sustentación no se hace referencia a varias de las pruebas acusadas como mal valoradas; y que la censura no logra demostrar los errores de hecho imputados al sentenciador.

1. CONSIDERACIONES

De manera preliminar, advierte la Corte que a pesar de que le asiste razón a la opositora en cuanto a que el segundo cargo, encaminado por la senda de los hechos, alude a temas de índole jurídica, incurriendo en una impropiedad, lo cierto es que esta no tiene la entidad suficiente para comprometer el estudio de la acusación, toda vez que en la sustentación se evidencian claramente los argumentos encaminados a demostrar los supuestos errores fácticos cometidos por el colegiado; por tanto, es procedente la resolución de fondo dejando de lado los discernimientos jurídicos, los cuales, por demás, están planteados por la senda adecuada en el primer cargo.

Hecha la anterior precisión, memora la Sala que el sentenciador de segundo grado fundamentó su decisión, desde la perspectiva jurídica, en que a la parte demandante le correspondía acreditar la prestación personal del servicio y a la demandada derruir la presunción legal del contrato de trabajo, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales de este.

Así mismo, desde la óptica fáctica, adujo que las labores realizadas por el demandante no pertenecían a las actividades misionales de Avianca S. A., a pesar de que fueran permanentes; que del abundante caudal probatorio «*no se encuentra acreditado que esa empresa haya ejercido actos de subordinación frente al demandante*»; que a pesar de que se acreditó la prestación personal del servicio, esta fue con ocasión del convenio asociativo de trabajo, frente al cual ninguna parte presentó reparo y tuvo su génesis en la solicitud que el accionante elevó a Servicopava en Liquidación para ser vinculado en calidad de trabajador cooperado.

Iteró que del análisis conjunto del material probatorio, quedó demostrado que la prestación del servicio por parte del gestor «*fue ausente de subordinación*» en ejercicio legítimo de trabajo cooperado; y que «*no se acreditó, […] la existencia de subordinación*»en la relación del actor con la aerolínea y, en consecuencia, no procedía la declaración del contrato de trabajo con Avianca S. A.

Por su parte, el recurrente señala que el juez de la alzada se equivocó, desde la perspectiva jurídica, por cuanto invirtió la carga de la prueba, dado que buscó prueba de la subordinación, cuando estaba en cabeza de Avianca S. A. desvirtuar la presunción legal del contrato de trabajo.

Igualmente, desde la óptica de los hechos, asegura, erró el Tribunal al no advertir que Avianca S. A. acudió a una cooperativa de trabajo asociado con el fin de cumplir actividades misionales permanentes de la empresa, buscando encubrir un verdadero nexo de trabajo con el actor, en tanto era la que ejercía el poder subordinante. Al efecto, aduce que no evidenció que prestó servicios para la ejecución de una actividad que corresponde al giro ordinario de los negocios de Avianca S. A., la cual desarrolló con herramientas de propiedad de esta, atendiendo todos sus reglamentos, no los de la CTA y, que, además, fue Avianca quien impartió las capacitaciones para el desempeño del cargo, entre otros aspectos.

Así las cosas, a la Corte le corresponde dilucidar, en primera instancia, si el sentenciador de segundo grado se equivocó, desde la perspectiva jurídica, en la interpretación que debe darse al artículo 24 del CST; y desde la óptica fáctica, al considerar que entre el promotor del litigio y Avianca S. A. no existió un nexo de carácter laboral, por cuanto, en decir del colegiado, el actor prestó servicios a la CTA Servicopava en Liquidación en cumplimiento del acuerdo cooperativo válidamente celebrado entre ellos.

Por cuestiones metodológicas, la Sala se referirá, inicialmente a los aspectos jurídicos, esto es, a la intelección que debe darse al artículo 24 del CST y al marco jurídico y jurisprudencial que regula la actividad de las cooperativas de trabajo asociado; y luego, abordará el estudio desde la perspectiva fáctica.

1. Interpretación del artículo 24 del CST.

De entrada, se advierte que el sentenciador de segundo grado no se equivocó en la interpretación que debe darse a la norma acusada, pues expresamente indicó que a la parte demandante le corresponde acreditar la prestación personal del servicio y a la demandada derruir la presunción legal del contrato de trabajo, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales de este.

Al efecto, se memora que para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, no es menester su acreditación cuando se encuentra evidenciada la aludida prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal prevista en el citado artículo 24, conforme al cual «*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*»*.*

En ese orden de ideas, a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es la contraparte quien tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario, cual es la prestación del servicio de forma autónoma e independiente. Así lo precisó esta corporación en la sentencia de instancia CSJ SL, 24 abr 2012, rad. 39600:

[…] dado el argumento de la defensa de que la relación que sostuvo con la demandante fue de carácter civil, de ninguna manera de carácter laboral, el cual acogió el a quo, la Sala estima necesario reiterar una vez más lo que tiene asentado la jurisprudencia sobre el principio de la primacía de la realidad y la presunción del artículo 24 del CST establecida para que opere efectivamente el aludido principio.

De nada habría servido darle prelación a la realidad, inclusive en la Constitución, si el legislador no hubiese facilitado al trabajador la prueba de la subordinación, elemento diferenciador de la relación del contrato de trabajo con otras. Teniendo en cuenta esto, la Corte tiene enseñado:

“…para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del C. S del T., que para un caso como el que ocupa la atención de la Sala, sería en su versión posterior a la sentencia de la Corte Constitucional C-665 del 12 de noviembre de 1998 que declaró inexequible su segundo inciso, esto es, en los términos vigentes para el momento de la ruptura del vínculo (1 de marzo de 1999) que consagró definitivamente que “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Lo anterior significa, que al actor le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario”.

De lo anterior se extrae que, probada la prestación personal del servicio, la subordinación se presume.

Por ende, muy poco le sirve al demandado, para exonerarse de las obligaciones propias del contrato de trabajo, la aceptación de la prestación del servicio de manera continua con la sola negativa de la existencia del contrato de trabajo, o la sola afirmación de que se trató de un contrato de distinta naturaleza.

Si el demandado acepta la prestación del servicio, pero excepciona que lo fue mediante un contrato civil, como sucedió en el *sub lite*, le allana el camino el demandante para ubicarse en el supuesto de hecho contenido en el artículo 24 del CST y ampararse en la presunción de que se trató de un contrato laboral. En cuyo evento, el demandado tiene a su cargo desvirtuar la presunción mediante pruebas que demuestren, con certeza, el hecho contrario del elemento de la subordinación, es decir que la prestación personal del servicio se dio de manera independiente.

Lo anterior permite concluir que el sentenciador de segundo grado, en estricto rigor, no se equivocó en la hermenéutica que debe darse al artículo 24 del CST, pues resulta evidente que de manera preliminar señaló que al demandante le correspondía acreditar la prestación personal de la labor, para con base en ello, dar cabida a la presunción, en virtud de la cual la demandada estaba compilada a desvirtuar los demás elementos constitutivos del contrato de trabajo, especialmente, la subordinación.

Lo anterior es así, por cuanto, conforme a lo señalado por esta Corte en la sentencia CSJ SL9156-2015, cuando la controversia abarca la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo en razón a que la convocada a juicio, para oponerse al reconocimiento de los derechos laborales anhelados, invoca otra clase de vínculo, «*a la parte actora le basta probar la prestación personal del servicio, para que quede amparada con la presunción legal del precitado artículo 24 del CPL (sic), (es decir no tiene que presentar prueba directa de los actos de subordinación)*», y le traslade a la contraparte la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario, cual es la prestación del servicio de forma autónoma e independiente.

Sea oportuno precisar que, aunque la censura explícitamente denuncia la interpretación errónea del artículo 24 del CTS, en realidad, de lo que se duele es de que el juez de segundo grado haya realizado el estudio de los medios de convicción, de cara a establecer si el demandante demostró la subordinación laboral, tal como se evidencia en la síntesis del cargo primero; yerro que, de demostrarse, correspondería a la aplicación indebida de la norma, mas no a la hermenéutica de esta.

En efecto, lo que ocurrió en el presente asunto fue que el colegiado, después de determinar que estaba demostrado el primer elemento constitutivo del contrato de trabajo (prestación personal del servicio) por parte del actor, al realizar el análisis probatorio, en repetidas oportunidades mencionó que no estaba acreditado que Avianca S. A. «*haya ejercido actos de subordinación frente al demandante*», lo que de manera inequívoca permite inferir que el estudio de la prueba no lo efectuó con el fin de establecer si la demandada desvirtuó la presunción en comento, sino para verificar si Avianca S. A. ejerció sobre el actor actos configurativos de subordinación laboral.

Así se afirma, por cuanto tal y como se aprecia en la síntesis de la sentencia fustigada, después de dar por acreditada la prestación personal del servicio por parte del actor en favor de Avianca S. A., de manera reiterada consideró que los medios de convicción no evidenciaban subordinación laboral.

En efecto, verbigracia, expresamente arguyó que de «*los abundantes medios probatorios allegados por las partes no se encuentra acreditado que esa empresa haya ejercido actos de subordinación frente al demandante*». Posteriormente, consideró que aun cuando la aerolínea se comprometió a pagar directamente como costos adicionales (transporte, tiquetes aéreos, casino y póliza de seguro), «*lo cierto es que ello no es indicativo del elemento de subordinación*»; que, de la entrega en comodato precario de inmuebles, elementos, herramientas y equipos de trabajo, no se podía «*desprender la subordinación deprecada*», máxime que la contratación no se realizó sobre actividades misionales permanentes; y el haber pactado una cláusula de interventoría que permitía suponer que el «*contratante asumió una actitud subordinante frente a los trabajadores cooperados*».

Lo anterior lleva a precisar que, aunque inicialmente el juez plural impartió el correcto entendimiento a la norma, al señalar que una vez acreditada la prestación del servicio se activa la presunción de que aquella lo fue bajo una relación laboral por lo que al demandado le correspondía desvirtuarla, al momento de aplicarla, le dio un alcance distinto al que correspondía, dado que en la práctica invirtió, en contra del actor, la carga de probar los elementos constitutivos del contrato de trabajo, pues realizó el estudio probatorio con el fin de verificar la existencia de actos subordinantes, cuando este elemento esencial por ley se presume, estando demostrada la actividad personal, como en este caso ocurre.

En otras palabras, el error del colegiado consistió en que aplicó indebidamente el artículo 24 del CST, pues realizó el análisis probatorio de cara a establecer si Avianca S. A. ejerció actos constitutivos de subordinación, desconociendo que, probada la prestación del servicio, se presume que lo fue bajo un contrato laboral, esto es, subordinado.

Por tanto, como en el presente caso no se desconoció la prestación personal del servicio del demandante, resultaba inequívoco que operaba la presunción legal de que aquella estuvo regida por un contrato de trabajo y, por tanto, el análisis probatorio debió realizarse de cara a establecer si los medios de convicción denunciados tenían la entidad suficiente de desvirtuarla; no si aquellos demostraban la relación de índole laboral, en especial, la subordinación; de lo contrario, se haría inane la figura referida

En consecuencia, se evidencia un error jurídico por parte del sentenciador de segundo grado al aplicar indebidamente el artículo 24 del CST.

Ahora, antes de incursionar en el análisis de las pruebas acusadas, con el fin de establecer si el Tribunal también se equivocó desde la perspectiva fáctica, resulta imperativo aludir al régimen normativo y jurisprudencial de las CTA.

1. Marco legal y jurisprudencial de las cooperativas de trabajo asociado.

Al efecto, se tiene que, conforme se adoctrinó en las sentencias CSJ SL3436-2021 y SL2084-2023 las cooperativas de trabajo asociado son:

[...] aquellas 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 cuales autogobiernan sus relaciones.

Dada su finalidad, estos entes cooperativos resultan relevantes en el mercado laboral, porque constituyen una herramienta válida para vincularse al sector productivo del trabajo con autonomía técnica, administrativa y financiera; además, cuentan con reconocimiento y amparo no solo legal sino constitucional y de la Recomendación 193 de la OIT.

No obstante, la Corte ha precisado que a través de este tipo de contratación cooperativa no es posible ocultar verdaderas relaciones de trabajo subordinadas con los empresarios ni instrumentalizar a las CTA para que obren como intermediarias en actividades misionales permanentes (CSJ SL2842-2020 y CSJ SL2084-2023). Así se previó en los artículos 7 de la Ley 1233 de 2008 y 63 de la Ley 1429 de 2010, enfatizando en que la modalidad de trabajo asociativo no puede afectar derechos laborales vigentes.

Ahora, en caso de que se transgreda tal prohibición y las cooperativas se comporten como simples intermediarias, se genera como consecuencia jurídica, la declaratoria de una verdadera relación de trabajo con la empresa beneficiaria del servicio y la responsabilidad solidaria del ente cooperado en los términos del artículo 35 del CST, en concordancia con lo dispuesto en el canon 7 de la Ley 1233 de 2008.

Por otra parte, es dable tener como hechos indicativos de que una cooperativa ejecuta actos de intermediación laboral y no de prestación de servicios especializados de manera autogestionaria, como es su deber, entre otros, los siguientes: *i)* que la contratación tenga como objeto la prestación de servicios y la ejecución de actividades misionales permanentes y la empresa contratante ejerza la subordinación jurídica frente a los trabajadores asociados; *ii)* que la CTA no tenga una estructura propia, especializada y autónoma para su gestión administrativa y financiera, y *iii)* que el trabajador se integre a la organización de la empresa y labore bajo la subordinación del beneficiario del servicio, aspecto que tiene en cuenta la Recomendación 198 de la OIT como indicador de una verdadera relación de trabajo.

La falta de independencia o autogestión de la CTA se evidencia cuando la contratante interviene en las decisiones internas del ente cooperado, como en la selección o administración del personal, su organización u operación, lo que incluso transgrede las previsiones del numeral 1 del artículo 7 de la Ley 1233 de 2008 que señala que «*En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado*».

También se predica la ausencia de autogestión cuando la CTA o los asociados no cuentan con los medios de producción o elementos de trabajo para prestar el servicio contratado, sino que éstos son suministrados por quien requiere el trabajo, hecho indicativo de una verdadera relación laboral en los términos de la mencionada Recomendación 198 de la OIT.

Pues bien, en la sentencia CSJ SL2084-2023, en la que se resolvió una controversia en la que se debatió la intermediación laboral ejercida por una cooperativa de trabajo asociado, la corporación, enseñó:

Teniendo en cuenta estos fines, la Corporación ha respaldado la importancia que tienen este tipo de organizaciones en el mundo del trabajo (CSJ SL6441-2015), pues de forma paralela a los vínculos subordinados, constituyen una herramienta válida que permite a las personas incorporarse en el sector productivo de trabajo, con plena autonomía técnica, administrativa y financiera. Además, su existencia está validada y amparada por los artículos 25, 38 y 39 de la Constitución Nacional y la Recomendación 193 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, así como en un importante desarrollo legislativo y reglamentario local.

Sin embargo, también ha considerado que esta forma de contratación no puede ser utilizada por los empresarios con el fin de ocultar verdaderas relaciones subordinadas con sus trabajadores e instrumentalizar a las Cooperativas de Trabajo Asociado para que ejerzan funciones de intermediación laboral de actividades misionales permanentes (CSJ SL2842-2020).

Al respecto, el artículo 7.º de la Ley 1233 de 2008 es claro en señalar 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 terceros o remitirlos como trabajadores en misión».

A su vez, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 consagra 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» (destaca la Sala).

Sobre este particular, el Consejo de Estado ha sido enfático al considerar 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» (subraya la Sala, CE, sentencia de 19 de febrero de 2018, exp. 11001-03-25-000-2011-00390-00 (1482-11), y en igual sentido las sentencias de 20 de noviembre de 2020, exp. 2011-00302, y de 9 de julio de 2022, exp. 11001-03-25-000-2016-00263-00 (1488-2016), entre otras).

Lo anterior ratifica que las cooperativas de trabajo asociado sí son organismos facultados para contratar actividades laborales y fomentar la actuación de los trabajadores dentro del mercado en un marco de trabajo competitivo, independiente y autónomo; sin embargo, tienen expresamente prohibido contratar actividades misionales permanentes bajo *intermediación laboral*.

Adicionalmente, la Sala ha advertido que en caso de que las cooperativas funjan como simples intermediarias, ello trae como como consecuencia la declaratoria del contrato realidad del trabajador asociado con la empresa que se benefició de sus servicios y, por esta vía, que la precooperativa o cooperativa sea responsable solidaria de todas las obligaciones económicas que transmite una labor subordinada, en los términos del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el referido artículo 7.º de la Ley 1233 de 2008.

Por otra parte, la Corte ha evidenciado varios supuestos que son indicativos de que la CTA está ejerciendo intermediación laboral y no prestando servicios especializados e independientes, entre otros y sin ser exhaustivos, cuando:

(i) La contratación ocurre en el marco de servicios y actividades misionales permanentes y la empresa contratante no deja de ejercer la subordinación jurídica de los trabajadores asociados(CSJ SL5595-2019)*.*

(ii) La CTA carece de estructura propia y especializada, y no es autónoma en su gestión administrativa y financiera (CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 30605, CSJ SL665-2013, CSJ SL6441-2013, CSJ SL12707-2017 y CSJ SL1430-2018).

[…]

(iii) El trabajador asociado se *integra* a la organización de la empresa, evidenciándose el ejercicio continuo de subordinación por parte del contratante o beneficiario del servicio (CSJ SL3436-2021). Esto, conforme a la citada Recomendación 198 de la OIT, que menciona como un indicador de una verdadera relación laboral la «*integración del trabajador en la organización de la empresa*»*.*

Así las cosas, es evidente que las CTA no pueden fungir como simples intermediarias en materia laboral, sino que deben prestar el servicio contratado de manera independiente y autogestionaria, sin injerencias de la contratante en el desarrollo de la actividad, ni en su organización interna.

1. Análisis de pruebas para determinar si la demandada desvirtuó la presunción legal del contrato de trabajo.

A pesar de que los cargos segundo y tercero están orientados por la senda indirecta, se insiste en que no es motivo de controversia en sede extraordinaria, que el Tribunal dio por establecido que el demandante prestó personalmente servicios en beneficio de Avianca S. A.

Asimismo, es necesario recordar que en función de evaluar la presencia de la subordinación dentro de una relación aparentemente autónoma, en la providencia CSJ SL1439-2021, la Corte acudió a la Recomendación 198 de la OIT y estimó que, en el desarrollo de la labor de juzgamiento, el sentenciador debe echar mano de los «*datos fácticos relevantes que denoten el ejercicio de facultades empresariales de organización, dirección y control de las condiciones de trabajo*».

Igualmente, en la decisión CSJ SL5042-2020, se advirtió que un indicio importante de la presencia del elemento subordinante es que el servicio prestado resulte fundamental dentro de la organización o estructura de la empresa. Puntualmente allí se dijo:

Por lo anterior, al Tribunal le asistió plena razón al tener en cuenta como premisa indicativa de la subordinación, en contravía de la no autonomía e independencia, el hecho de que el fallecido prestaba un servicio fundamental dentro de la estructura de la empresa. Ese factor indicativo del contrato de trabajo, en el plano de la realidad, ha sido aplicado por esta corporación en anteriores oportunidades (CSJ SL2885-2019), además de que ha sido consagrado en la Recomendación 198 de la OIT, que sirve para informar la orientación de la Corte y que señala como parámetro determinante de una relación de trabajo el hecho de que se cumplan labores que implican «[…] la integración del trabajador en la organización de la empresa […]», tal y como ya lo adoctrinó la Sala en la sentencia CSJ SL 4479-2020.

(Subrayado de la Sala).

En línea con lo anterior, con la advertencia de que no se trata de una enumeración taxativa ni exhaustiva de reglas, dado el carácter dinámico y circunstancial de las relaciones de trabajo, en sentencia CSJ SL1439-2021, la corporación recopiló varios elementos que se han identificado como indicadores de la presencia de un vínculo subordinado. Al efecto se afirmó:

[...] la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

(Subrayado fuera de texto).

Hechas las anteriores y necesarias precisiones, la Sala incursiona en el estudio de las pruebas denunciadas para, como ya se advirtió, verificar si se desvirtuó la presunción del contrato laboral.

1. *Contrato de asociación* (f. 16).

Este documento da cuenta de que el demandante se obligó, en calidad asociado, a poner a disposición toda su capacidad técnica y operativa a efectos de ejecutar las instrucciones y/o proyectos de la CTA, en especial, la asignación de *auxiliar de asistencia en tierra* y/o las labores que le fueren asignadas, a partir del 29 de marzo de 2012.

2. *Interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de Avianca S. A.* (ED).

Frente a esta probanza resulta imperativo recordar que solo se puede tener como calificada en sede extraordinaria en la medida que contenga confesión, es decir, que lo manifestado por el absolvente recaiga sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, ello conforme al artículo 191 del CGP.

Al efecto, el recurrente señala que se desconocieron varias confesiones que hizo el representante legal de Avianca S. A., a saber: se suscribió un acuerdo de formalización laboral en el que se incluyó al actor; que la empresa tomó el seguro con Allianz en favor de William Cuervo; Avianca S. A. «*ejecutó una solicitud*» para negarle acceso a las instalaciones del aeropuerto; los chalecos y carnets debían contener los logos de la empresa; y que la demandada realizó capacitaciones al promotor del proceso.

En lo pertinente, el deponente admitió que era cierto que Avianca S. A. suscribió un contrato de formalización laboral con el Ministerio del Trabajo, en el cual estaba incluido William Hernando Cuervo Avendaño (respuesta 2); que era verdad que la empresa tomó una póliza con Allianz Seguros de Vida S. A. con beneficios para el accionante (respuesta 4), aclarando que ello ocurrió por requerimiento de Opain S. A., pues *todo el personal que esté en plataforma debe tener seguro*; con relación a la suspensión de los carnets, después de afirmar que ello ocurrió por solicitud de la CTA, precisó que «*Avianca como concesionario de espacios en el aeropuerto y como titular de los mismos, era quien tenía que tramitar frente a Opain S. A. los carnets*»(respuesta 5).

Así mismo, aceptó que los carnets debían tener los logos de la aerolínea por requerimiento de Opain S. A., operador del aeropuerto, y ser la concesionaria de las rutas (respuesta 11); que a Avianca S. A. le correspondía la obligación de dar capacitaciones, específicamente, del manejo de mercancías peligrosas, asunto regulado por la Aeronáutica Civil y *para cuya ejecución de esa formación se requiere de tipos de licenciamientos* (respuesta 14).

3. *Interrogatorio de parte del representante legal de Servicopava en Liquidación* (ED).

La censura dice que se dejaron de apreciar las siguientes confesiones del representante legal de Servicopava en Liquidación: que dicha cooperativa no tenía manuales operativos de operaciones terrestres, sino la empresa cliente; que Avianca le entregaba beneficios como transporte y casino al trabajador y luego, la CTA pagaba a la aerolínea para beneficiarse de las tarifas de esta; la CTA no tenía convenio con la aerolínea Conviasa, ni era la propietaria de los equipos, los cuales estaban por contrato de comodato y eran de Avianca S. A.; y que esta era la que hacía el reembolso de los dineros de transporte.

Al respecto se tiene que el absolvente asintió que la CTA no tenía manual de cargos de auxiliar de operaciones terrestres o asistencia en tierra (respuesta 3); que el personal asociado que prestaba servicios en el área de operaciones terrestres era transportado por Avianca S. A. (respuesta 5); que la aerolínea, en su política de gestión, otorgaba un beneficio de tiquetes aéreos, de carácter extralegal y por mera liberalidad, «*al personal de sus contratistas*» (respuesta 7); que, según la oferta mercantil, Avianca S. A. era la que tenía que impartir «*capacitación técnica y de seguridad*», por lo cual seguramente se dispuso que el actor la recibirá (respuesta 9); que los equipos que tenía que operar el demandante en el área de operaciones terrestres eran de «*propiedad de Avianca* S.A.», pero«*administrados por manejados*» por Servicopava, para lo cual se suscribió un contrato de comodato entre la CTA y la beneficiaria (respuesta 10); y que los beneficios de transporte y alimentación eran suministrados «*directamente por la aerolínea*» (respuesta 12).

4. *Certificado de existencia y representación de Avianca S. A*. (fos. 171).

Este medio de convicción muestra, entre otros aspectos, que esa empresa cumplió con unos requisitos legales para su constitución y existencia; informa igualmente su estructura societaria, capital, nombre del representante legal, revisor fiscal, junta directiva y domicilio; y frente al objeto social dice:

OBJETO SOCIAL: La explotación comercial de los servicios de a) transporte (i) aéreo en todas sus ramas, incluidos los servicios postales en todas sus modalidades, así como de todos los servicios relacionados con las aplicaciones comerciales, técnicas y científicas de la aviación civil, incluyendo servicios aeronáuticos y aeroportuarios; marítimo, en (ii) terrestre; en todas sus ramas; (iii) todas sus ramas; y (iv) multimodal; y b) servicios de ingeniería y mantenimiento; entrenamiento y servicios de apoyo que sean requeridos en todas las modalidades de transporte, todo de acuerdo con las leyes vigentes; En desarrollo de su objeto, la Sociedad podrá realizar los siguientes actos y contratos:

a) Ocuparse aeropuertos en negocios de construcción y administración de aeropuertos así como como de otras instalaciones necesarias para la navegación aérea; b) La revisión, mantenimiento y reparación de aeronaves y vehículos terrestres accesorios; c) La compra y venta de combustible para dichas aeronaves y vehículos; d) El fomento de empresas dedicadas al turismo; e) La participación en empresas de seguros de aviación; 17 La adquisición y construcción de inmuebles, así como representación la enajenación de los que no requiera; g) La personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, que se ocupen en negocios iguales o similares a los de la Sociedad; h) La importación, distribución, venta, fabricación, ensamble y exportación de equipos maquinarias, vehículos; repuestos y materias primas, cuando dichos elementos estuvieren destinados al transporte aéreo o al terrestre; corno accesorio de aquel o al mantenimiento de dichos equipos; i) Tornar en arrendamiento los bienes muebles o inmuebles que la sociedad requiera y dar en arrendamiento aquellos que no necesite para su funcionamiento; j) o Celebrar contratos, incluyendo el de sociedad, con personas naturales jurídicas que se ocupen en negocios similares o complementarios los que constituyen el objeto social del mismo modo podrá formar parte de otras sociedades cualquiera que naturaleza y objeto social, incluidas las dedicadas a la gestión de k) negocios de terceros, adquiriendo o suscribiendo acciones, partes o cuotas de interés social o haciendo aportes de cualquier especie; incorporar otras sociedades o fusionarse con ellas; Tornar o dar bienes sociales; pagar, protestar; cancelar dinero en mutuo; con o sin garantía de los girar; avalar; endosar, adquirir; aceptar, letras de cambio, cheques, pagares o cualesquiera otros efectos de comercio, y en general, celebrar el contrato comercial de cambio en sus diversas formas […].

(Subrayado de la Sala).

5. *Oferta mercantil presentada por la CTA Servicopava a Avianca S. A.* (fo. 340).

En esta probanza consta, básicamente, que la CTA le presentó una oferta mercantil a Avianca S. A. para los servicios de apoyo en gestión de procesos técnicos, administrativos y operativos. Frente a su contenido, se destaca que, en la cláusula tercera se indica que es obligación del destinatario de la oferta «*Colaborar con EL OFERENTE en la capacitación de los asociados asignados […] en aspectos técnicos y de seguridad operacional propios de la naturaleza de la actividad que desarrolla*»*.* También da cuenta de que se comprometió a «*Entregar en comodato los equipos, herramientas o elementos que EL OFERENTE pueda requerir*» y a pagar directamente como costos adicionales «*lo relacionado con el trámite de* *los permisos ante la Aerocivil, los carnets, los elementos de protección personal, la alimentación y el transporte de los asociados*»; así como apoyar en los procesos que requieran un informe o vestuario específico, evento en el cual el costo sería asumido por Avianca S. A.

En línea con lo anterior, en la cláusula décima octava se estableció la existencia de un área de interventoría, con la cual el destinatario de la oferta «*vigilará*» el cumplimiento y ejecución de las obligaciones a través de la Gerencia Corporativa de Gestión Humana, quien «*será la encargada de controlar y supervisar la correcta prestación del servició*» pudiendo «*hacer sugerencias a EL OFERENTE para que este retroalimente a los asociados asignados a la prestación de los servicios*»*.*

6. *Acuerdo de formalización laboral*. (fo. 1030).

En lo que refiere a este medio de convicción se destaca que de su contenido se deriva que la aerolínea se comprometió con el Ministerio del Trabajo a garantizar la formalización laboral de los asociados a la CTA Servicopava, asignados para ejecutar las ofertas mercantiles vigentes entre ellas. Igualmente, se obligó a salvaguardar la contratación de la población mayormente vulnerable entre los que se menciona, sin que sean los únicos, los trabajadores con fuero sindical y los incluidos en el acuerdo.

Así, Avianca se obligó a vincular a los trabajadores asociados bajo la figura del contrato de trabajo a término fijo a un año, aludiendo de manera específica a los trabajadores asignados a Servicopava dedicados a la ejecución del proceso de operaciones terrestres, a la cual pertenecía el actor, los que serían contratados por la compañía de Servicios Aeroportuarios Integrados SAI SAS.

También se indicó que se adelantaban actuaciones administrativas en contra de esa sociedad y la CTA por una presunta tercerización o intermediación laboral ilegal, las que se suspenderían por virtud del acuerdo; que la ahora demandada se comprometía a no contratar a través de cooperativas para desempeñar actividades misionales permanentes. En la lista, aparece el actor como integrante del área de operaciones terrestres, en el cargo de auxiliar conductor (fila 538).

7. *Resolución 2017001587-CGPIVC de agosto 31 del 2017* (f.o 95).

Esta probanza corresponde a un acto administrativo mediante el cual la Dirección Territorial del Valle del Cauca del Ministerio del Trabajo sancionó con una multa de 4000 SMMLV, para cada una, a la CTA Servicopava y a Avianca S. A., decisión que se adoptó luego de un análisis en el cual el ente administrativo concluyó que el personal vinculado a la cooperativa desarrollaba trabajos misionales permanentes de la aerolínea, como planeación y diseño de los productos y servicios, planeación de la operación y sus recursos, despacho de aeronaves y seguimiento operacional, operación y servicio a bordo.

La autoridad ministerial señalada también dedujo que se evidenciaba la *ausencia* de independencia financiera, administrativa, potestad reglamentaria y disciplinaria, participación en la toma de decisiones o rendimientos económicos; que de igual manera se apreciaban afectaciones a los derechos de los integrantes de la cooperativa que prestaban servicio en Avianca S. A., puesto que la eficacia y desarrollo de sus garantías laborales estaban supeditadas a los ingresos del contrato celebrados entre las empresas.

8. *Carnet* (f.° 61).

Este corresponde a una fotografía de un carnet que da cuenta de que el señor William Hernando Cuervo Avendaño, identificado con cédula n.° 79504238, desempeña el cargo de auxiliar conductor. Igualmente, aparece el logo de la empresa Avianca S. A. e indica como fecha de vencimiento el mes de diciembre de año 2017 y que él era beneficiario de la ruta cuatro. En el mismo folio aparece otra fotografía con las mismas características, pero cuyo vencimiento es el mes de diciembre de 2016.

9. *Contrato de comodato precario n.° 12605021 suscrito entre Servicopava en Liquidación y Avianca S. A.* (f.° 375).

Este medio de convicción informa que Avianca S. A. se comprometió a entregar a la Cooperativa, a título de comodato precario o préstamo de uso, los bienes muebles debidamente identificados en el inventario adjunto (anexo número 1), en virtud del desarrollo de los servicios contenidos en la oferta mercantil presentada por el comodatario. En dicho anexo, el cual consta de folios 396 a 715, aparecen de manera detallada todos los bienes y herramientas de trabajo entregados por la aerolínea a la CTA en cumplimiento de lo pactado en la aludida oferta.

Aquí resulta imperativo dejar constancia de que no se estudian los demás medios de convicción acusados como dejados de valorar por parte del Tribunal, tales como la convocatoria a conductores, los exámenes de ingreso, las fotografías y certificaciones de salud ocupacional y de Opain, por cuanto en el desarrollo de los cargos orientados por la senda indirecta no se intenta siquiera demostrar el supuesto error en su falta de apreciación y, menos aún, evidenciar su incidencia en la decisión. Además, el análisis de las probanzas reseñadas es suficiente para dirimir la acusación.

Entonces, de la apreciación en conjunto de los anteriores medios de convicción, surgen las siguientes conclusiones:

*i)* Avianca S. A. contrató unos servicios con la CTA Servicopava para el desarrollo de una labor propia del objeto social de la contratante, en tanto la actividad desplegada por esa cooperativa estaba ligada al apoyo en el trasporte aéreo, actividad principal de Avianca S. A.; recuérdese que el *ad quem* estableció que el convocante ejercía funciones de auxiliar de asistencia en tierra y estuvo encargado del cargue y descargue de aeronaves, en las áreas de selección, tractores y móviles; *ii)* la CTA no tenía la estructura funcional suficiente para prestar el servicio contratado, sino que debía valerse de los elementos de trabajo proporcionados por la contratante, quien también se encargaba de capacitar a los asociados.

Asimismo, *iii)* el demandante prestaba un servicio fundamental dentro de la estructura de Avianca S. A., pues estaba encargado del cargue y descargue de aeronaves; *iv)* las actividades asignadas al actor fueron ejecutadas bajo continua supervisión de una dependencia de Avianca S. A.; *v)* el accionante hizo parte del acuerdo de formalización laboral con la intervención del Ministerio de Trabajo; *vi)* la prestación del servicio se llevó a cago en los locales y lugares definidos por la empresa beneficiaria; *vii)* el trabajador estaba integrado en la organización de la empresa, tanto que tenía que portar documentos y uniformes con distintivos de la aerolínea; y *viii)* la accionada era la que suministraba el transporte y el auxilio de alimentación a los trabajadores asociados y no la CTA.

En consecuencia, las inferencias fácticas que se establecen de los medios de convicción estudiados lejos de desvirtuar la presunción del contrato de trabajo, esto es, de acreditar que la prestación personal del servicio por parte del actor en favor de Avianca S. A. fue de manera autónoma e independiente, lo que rompe evidencia es, el error del sentenciador.

En efecto, el caudal probatorio antes referenciado demuestra que las labores ejecutadas por el promotor del proceso en favor de la aerolínea fueron subordinadas, circunstancia que lleva, de manera inequívoca, a la aplicación del principio de primacía de la realidad.

Ahora, lo precedente, lejos de legitimar el proceder de la demandada, permite corroborar que acudió a una modalidad contractual prohibida para desarrollar la esencia de su objeto social, lo cual de manera reiterada ha reprochado esta corporación, dado que, como lo enseñó la sentencia CSJ SL5595-2019:

El personal requerido en instituciones o empresas para el desarrollo de actividades misionales permanentes no puede estar vinculado a través de cooperativas que hagan intermediación laboral o bajo otra modalidad contractual que afecte los derechos laborales y el empleo en condiciones dignas de los trabajadores.

Aunado a que, previo a la etapa de contratación entre la CTA y Avianca S. A., aflora que aquella no contaba con los elementos necesarios para ejecutar la actividad, al punto que una de las condiciones que plasmó era que la contratante se obligó a «*Entregar en comodato los equipos, herramientas o elementos que EL OFERENTE pueda requerir*»*.* Aquí resulta oportuno recordar lo plasmado en la citada sentencia CSJ SL3777-2022, en la que se expuso:

Debe precisarse que, el precedente de la Corte ha hecho énfasis en que el personal requerido en instituciones o empresas para el desarrollo de actividades misionales permanentes no puede estar vinculado a través de cooperativas que hagan intermediación laboral o bajo cualesquiera otras modalidades contractuales que afecten los derechos laborales y el empleo en condiciones dignas de los trabajadores (CSJ SL4816-2015, CSJ SL5595-2019, CSJ SL4330-2020, entre otras).

Y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1233 de 2008 y el Decreto 2025 de 2011, en su artículo 1 se definió que *«se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa»* (subraya la Sala) (CSJ SL 3436-2021)*.*

 Además, si en el asunto en concreto se acredita que la cooperativa y, por tanto, el trabajador o trabajadores asociados no son dueños de los medios de producción o laborales, la Corte ha precisado que si bien ello no acredita como tal la subordinación, es sin duda un elemento indicativo de que el vínculo de trabajo asociado no es real sino meramente aparente y esconde así la pretensión empresarial de deslaboralizar el personal de una operación del proceso productivo de la empresa usuaria a través de un ente que carece de una estructura propia y especializada, ni es autónoma en su gestión administrativa y financiera (CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 30605, CSJ SL665-2013, CSJ SL6441-2013, CSJ SL12707-2017 y CSJ SL1430-2018, SL 3436-2021.

Tampoco es ajena la Corte a que si bien la tercerización de servicios es un legítimo mecanismo al que pueden acudir las empresas para externalizar actividades que no hacen parte del núcleo de su negocio y centrar sus energías en su producto final o principal para ofrecerlo a un costo reducido y adaptarse a una demanda flexible de servicios, tal objetivo se desdibuja si la intención es simplemente deslaboralizar al personal y trasladarlo a una entidad que carece de estructura propia y especializada y que, en ese contexto, simplemente sirve de cobertura ilegal para desconocer los derechos mínimos laborales de verdaderos trabajadores subordinados y prohijar así el traslado de los riesgos y responsabilidades laborales a estas personas, con el efecto de precarizar su labor (CSJ SL3436-2021). (Subrayas propias del texto).

En consecuencia, quedan en evidencia los errores fácticos endilgados al Tribunal, dado que resulta palmaria la existencia de una intermediación laboral por parte de Servicopava en Liquidación, actividad prohibida a las cooperativas de trabajo asociado.

Lo anterior habilita a la Sala para estudiar las pruebas no calificadas, esto es, los testimonios, la certificación de Allianz Seguros de Vida S. A. y la respuesta al derecho de petición de Opain S. A.

Pues bien, al remitirse la Corte a las declaraciones de Javier Ernesto López, Rodrigo Ruiz Abello y Steven García Venegas, se establece que el primero fue compañero de trabajo del demandante, quien laboró para Avianca S. A., a través de Servicopava, desde el 2 de diciembre de 2011 hasta el 30 de noviembre de 2017, desempeñando el cargo de líder de operaciones terrestres, razón por la que era quien impartía instrucciones al demandante y supervisaba su desempeño.

Indicó que el promotor del proceso realizaba labores de cargue y descargue de aeronaves, actividad en la que era su jefe, por lo que tenía que controlar que cumpliera a cabalidad el Manual de Operaciones Terrestres implementado por la aerolínea; que los líderes recibían órdenes de los *duty Manager*, quienes eran trabajadores directos de Avianca S. A.; que tuvo con el conocimiento de que el promotor del proceso presentó algunas restricciones médicas con ocasión de un accidente, por lo que fue enviado a laborar al área de móviles; el trámite del carnet debía hacerlo ante la aerolínea, empresa que además les suministraba algunos beneficios como transporte, casino y tiquetes aéreos; y las capacitaciones eran impartidas por personal de la empresa de aviación; y que los turnos estaban bajo responsabilidad de personal de esta.

Por su parte, Rodrigo Ruiz Abello indicó que fue compañero de trabajo de la accionante, pues además de haber compartido en varias oportunidades las áreas donde empeñaban su labor, también era miembro de la junta directiva de una organización sindical; que conoció al demandante desde que ingresó a laborar en el año 2012 hasta el 30 de noviembre de 2017. Adujo que fue compañero directo de él, por cuanto ambos prestaron servicios a Avianca S. A. en la rampa de asistencia y selección, así como en las áreas de tractores y buses; que por todo el historial de salud que el accionante tenía, especialmente, daños a nivel de la columna y en los hombros, fue reubicado finalmente en la sección de buses; los equipos con los que ejecutaban sus actividades eran de propiedad de la empresa de aviación, tanto que inclusive tenían el logo de esta.

También dijo que los que impartían las órdenes eran los *duty manager,* personas encargadas de auditar y hacer el seguimiento de la operación, los que estaban vinculados directamente con la aerolínea; que toda la dotación era suministrada por la empresa de aviación, incluso con el logo comercial; las capacitaciones, en su gran mayoría, fueron impartidas por personal de la aerolínea, así como las relacionadas con mercancías peligrosas y seguridad; que la empresa les brindaba algunos beneficios como transporte y alimentación; y que los carnets tenían los distintivos de la empresa aeronáutica.

Ahora, Steven García Vanegas afirmó que también fue compañero de trabajo del actor hasta mediados de febrero de 2018, pues igualmente ejerció como auxiliar de operaciones terrestres (cargue y descargue de aeronaves) y luego lo hizo como auxiliar conductor; que tuvo conocimiento de que el accionante fue reubicado al área de buses por recomendaciones médicas; que cuando tenía algún incidente el demandante debía hacer el reporte en documentación de Avianca S. A. y entregarlo directamente a las oficinas de esta; la empresa les daba beneficios como tiquetes aéreos y transporte; y las capacitaciones eran virtuales e impartidas directamente por personal de la aerolínea, especialmente, las relacionadas con mercancías peligrosas y seguridad

Así las cosas, frente a las referidas versiones, se desprende, sin lugar a equívocos, que la sociedad demandada tenía una posición dominante en las relaciones triangulares, pues intervenía en el funcionamiento y administración de los asociados, quienes carecían de autonomía. Esto por cuanto resulta evidente que las instrucciones y las capacitaciones eran impartidas directamente por personal de Avianca S. A. y, además, la aerolínea era la encargada de suministrar transporte, alimentación y algunos beneficios como tiquetes aéreos. Igualmente, resulta palmaria la intervención directa en trámites tales como la expedición de carnets y la entrega de dotaciones y uniformes.

Por su parte, la certificación de Allianz Seguros de Vida S. A. (f.° 86 ) da cuenta de que Aerovías del Continente Americano S. A. es el tomador de la póliza de seguro de vida grupo n.° 22053387, y cuyo asegurado es el señor William Hernando Cuervo Avendaño, identificado con cédula de ciudadanía n.° 79504238, con vigencia del 1 de febrero de 2017 a los mismos día y mes de 2018. Igualmente, indica: «*GRUPO ASERGURABLE PERSONAL DE TIERRA*»*.*

Ahora, la respuesta al derecho de petición suscrita el 4 de diciembre de 2017 por la secretaria general de Opain S. A., Diana Patricia Bernal Pinzón, da cuenta de que la empresa que impartió la orden de impedir el ingreso del actor a laborar a las instalaciones del Aeropuerto Internacional el Dorado y a las del Puente Aéreo, fue «*una de las personas de Avianca que tiene firma autorizada en el registro de firmar radicado ante el Concesionario*», solicitud que fue radicada el 31 de octubre de 2017, *requiriendo la desactivación del carnet* a partir del 1 de noviembre del mismo año; documental que estaba dirigida a la Dirección de Seguridad Aeroportuaria de Opain S. A. Así mismo, dice que la reactivación de los permisos «*debe ser requerida por el solicitante de los mismos, en este caso, Avianca*»*.*

En suma, las situaciones a que se ha hecho alusión, dejan al descubierto que Avianca S. A. tenía el poder de dirección y control en la ejecución de la actividad contratada, de allí que el asociado, en la práctica, no pertenecía a la estructura de la CTA, como también que los medios para la ejecución de sus actividades eran del usuario del servicio; todo lo cual permite inferir que la aerolínea era la verdadera empleadora del promotor del proceso y, por tanto, la CTA accionada fungió como simple intermediaria.

Así las cosas, resulta evidente que la CTA no obró de manera autogestionaria, pues no tenía una estructura organizativa y especializada propia. De aquí que es dable concluir que la relación contractual comercial con la CTA no fue más que una formalidad para encubrir verdaderas actividades de intermediación laboral, las cuales están prohibidas para ese tipo de organizaciones.

 Por lo expresado, el Tribunal cometió los yerros fácticos y jurídicos reseñados; por ende, la acusación prospera y ha de casarse la sentencia impugnada.

Sin costas en casación dada la prosperidad de los cargos.

1. SENTENCIA DE INSTANCIA

El juzgador de primer grado, después de aludir a los medios de convicción allegados, así como al contenido de los artículos 23, 24, 34 y 35 del CST; 59 y 70 de la Ley 79 de 1988; y 12 de la Ley 1233 de 2008; y a la vez, a algunos lineamientos jurisprudenciales, concluyó:

[…] encuentra esta sede judicial que la vinculación del demandante, a través de Servicopava, Cooperativa de Trabajo Asociado en Liquidación, hasta el 30 de noviembre del 2017, se dio a través de una simple intermediación de dicha cooperativa; por lo que, para la respectiva vinculación hasta el 30 de noviembre del 2017, corresponde a un verdadero contrato de trabajo del demandante y Avianca, máxime que dicha empresa había sido reprochada con anterioridad por el Ministerio del Trabajo por práctica de tercerización a través de este mecanismo de cooperativa de trabajo asociado […].

Por lo anterior, […] se tendrá que el demandante fue empleado de Avianca S.A. siendo Servicopava, un simple intermediario por lo que de conformidad con el numeral tercero del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo y la legislación cooperativa ya indicada, será solidariamente responsable del pago de las acreencias que pueden llegar a darse en favor del demandante.

Ahora, frente a la estabilidad laboral por razones de salud, luego de referirse expresamente al contenido del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y a las sentencias CSJ SL41867-2013 y SL10538-2016, afirmó que para que opere la protección se requiere que el trabajador tenga una pérdida de capacidad laboral «*moderada a severa o profunda, calificada*», salvo que medie autorización de la oficina del trabajo. Agregó que el anterior criterio fue morigerado en sentencia CC SU149-2017, según el cual el amparo opera una vez las personas que por cualquier causa presentan afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, sin ser necesario contar con un porcentaje determinado de PCL.

Al incursionar en el análisis probatorio, dijo que como en el expediente estaba demostrado que el promotor del proceso sufrió un accidente laboral por el que se vio abocado a cambiar de funciones por recomendación médica, para determinar su pérdida de capacidad, además de las pruebas allegadas al plenario, tuvo que decretar un «*concepto técnico-científico*»*,* dictamen que fue practicado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca. De este medio de convicción (f.° 1085) dijo:

De acuerdo con la documentación aportada y el análisis del caso, el médico ponente resuelve que el origen de los DX(x), **trastorno del disco lumbar - trastorno del disco cervical - trastorno del disco dorsal y el Síndrome de Manguito rotador izquierdo** es profesional **y el origen de los Dx(s), trastorno somatomorfo y SAHOS** es común.

De acuerdo con la documentación aportada y al análisis del caso, el médico ponente resuelve que la pérdida de capacidad laboral es del 51.5%. […]

DETERMINACIÓN DEL ORIGEN: Enfermedad común

FECHA DE ESTRUCTURACIÓN: 24/07/10 (Concepto de psiquiatria).

(Negrillas del original).

Entonces, con base en lo dicho determinó que las patologías del señor William Hernando Cuervo Avendaño le causaron una pérdida de capacidad laboral del 51,5%, estructurada el 24 de julio del 2010. Siendo así, después de referir a la facultad de libre formación del convencimiento y de analizar de manera detallada la experticia, concluyó:

Lo que de suyo se evidencia el nexo de causalidad y, por supuesto, que el cuadro clínico que ha venido presentando desde entonces luego de la primera conclusión sería el caso que estaría entre los presupuestos fácticos dispuestos en el artículo 26 de la Ley 361, así como a la luz de lo dispuesto en la sentencia SU049 del año 2017 de la Corte Constitucional, en consonancia con el precedente de la honorable Corte Suprema de Justicia, pues se puede establecer que al momento que ocurrió el despido del señor William Hernando Cuervo Avendaño se encontró en un cuadro clínico y, por ende, en tratamiento médico, del cual es conocedor el accionado al haber reubicado por dicho cuadro al trabajador y por lo que lo hace merecedor del amparo constitucional que ha adoctrinado, en tanto que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan […] una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, indiferente que sea calificado o no, de manera objetiva experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta.

Así las cosas, declaró la ineficacia del despido ocurrido el 30 de noviembre del 2017 y, en consecuencia, ordenó a Avianca S. A., *su verdadero empleador*, el reintegro del demandante *a su cargo o a uno de igual o mejor categoría, acorde a sus capacidades físicas y actitudes, si fuera necesario*, así como el pago de la seguridad social, salarios, vacaciones y prestaciones sociales que estuviesen pendientes a partir del 1 de diciembre del año 2017 hasta que se verifique la reincorporación del trabajador.

Advirtió que, si bien el reintegro fue superado en virtud de la orden constitucional, tal como lo demostraba la documental que obra de folio 145 a 161, y el mismo se materializó transitoriamente en el año 2018, según lo manifestaron las partes y se corroboró con el examen médico; también es cierto que dicha *decisión es provisional hasta que el juez natural decida el litigio*. Esto, teniendo en cuenta que también estaba demostrado que el trabajador fue retirado posteriormente por Servicopava, con el argumento de que la CTA estaba en proceso de liquidación.

Con fundamento en lo dicho se relevó de resolver las excepciones planteadas, advirtiendo que no operó la de prescripción, toda vez que la terminación del contrato se dio el 30 de noviembre del año 2017, y la demanda se presentó el 31 de mayo del 2018, es decir, que no superó el término de tres años entre la fecha de exigibilidad y su reclamación.

Frente a la anterior decisión Avianca S. A. interpuso recurso de apelación manifestando inconformidad en cuanto a la declaración del contrato de trabajo, aduciendo que en el expediente quedó confirmado que el empleador fue la CTA y que en el plenario no existe prueba de subordinación de la aerolínea frente al trabajador.

Así mismo, con relación a la estabilidad laboral, adujo que no existe prueba de que Avianca S. A. hubiera conocido de la condición de salud del demandante; que la reubicación laboral del actor no fue efectuada por esa empresa, ni la orden de tutela estuvo dirigida a ella. Agregó que el dictamen de calificación ordenado de manera oficiosa por el Juzgado señala que el demandante tiene una pérdida de capacidad laboral del 51,05%, lo que le otorga la condición de invalidez e imposibilita a las demandadas a reintegrar al trabajador porque es una persona que no está apta para laborar de acuerdo con la normatividad laboral, razón por la cual, carece de fundamento la orden de reintegro y en esta medida, corresponde a la AFP a la que se encuentra afiliado el demandante verificar si cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

Por tanto, aseguró, no procede el reintegro *primero, por […] la inexistencia del vínculo laboral; y en segundo lugar, por la calificación de origen común que tuvo el demandante superior al 50%.*

Por su parte, Servicopava en Liquidación también interpuso recurso de alzada, aduciendo básicamente que además de los argumentos planteados por la aerolínea, en el expediente estaba plenamente acreditado que el actor suscribió convenio de asociación entre el 29 de marzo de 2012 y el 30 de noviembre de 2017, directamente con esa CTA y no con la empresa Avianca S. A., prestación del servicio que se dio única y exclusivamente en virtud de la oferta mercantil celebrada entre ellas; y que las instrucciones y las capacitaciones eran impartidas por personal de la Cooperativa, excepto las relacionadas con mercancías peligrosas, las que tenían que ser dadas por personal especializado.

Adujo que no era posible declarar a la CTA como simple intermediaria y mucho menos responsable solidaria, sobre unos conceptos que siempre le fueron pagados al actor por Servicopava*;* que como el promotor del proceso registra una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, automáticamente le da una pensión de invalidez, condición que le impide realizar algún tipo de labor y, por tanto, no se puede ordenar el restitución de una persona que «*ya esté con pensión de invalidez completamente reconocida»*.Agregó que se debe tener en cuenta que la estructuración de la invalidez se dio desde el «*año 2010*», es decir, que cuando ingresó a laborar a la CTA en el año 2012, tal condición ya estaba consolidada.

Así las cosas, le corresponde a la Corte en sede de instancia, elucidar si el sentenciador de primer grado se equivocó al declarar que entre el promotor del proceso y Avianca S. A. existió un contrato de trabajo en aplicación del principio de primacía de la realidad; y de ser así, determinar si erró al ordenar el reintegro del actor al cargo que regentaba para el momento del despido, o a uno de igual o superior categoría, por cuanto ostenta una PCL superior al 50%.

Antes de incursionar en la resolución de los problemas planteados, se advierte que ninguna de las recurrentes manifiesta inconformidad alguna acerca de que el demandante, para el momento del despido, esto es, para el 30 de noviembre de 2017, tenía una pérdida de capacidad laboral del 51%, estructurada con anterioridad a esa data.

Hecha la anterior precisión, en primer lugar, de cara a los motivos de disenso relacionados con la declaración del contrato de trabajo en aplicación del principio de primacía de la realidad, son suficientes las consideraciones esbozadas en sede extraordinaria, las que condujeron a concluir que quedó al descubierto que Avianca S. A. tenía el poder de dirección y control en la ejecución de la actividad contratada, de allí que el asociado, en la práctica, no pertenecía a la estructura de la CTA, como también que los medios para la ejecución de sus actividades eran del usuario del servicio; todo lo cual permite inferir que la aerolínea era la verdadera empleadora del promotor del proceso y, por tanto, la CTA Servicopava simplemente fungió como intermediaria.

Adicionalmente, quedó demostrado que la CTA no obró de manera autogestionaria, pues no tenía una estructura organizativa y especializada propia. De ahí que es dable concluir que la relación contractual comercial con la CTA no fue más que una formalidad para encubrir verdaderas actividades de intermediación laboral, las cuales están prohibidas para ese tipo de organizaciones.

En segundo término, en el presente asunto resulta palmario que el promotor del proceso ingresó para prestar servicios en el área de Asistencia en Tierra, labor en la que tenía que ejercer funciones de cargue y descargue de equipaje de las aeronaves; que tuvo un primer accidente laboral el 28 de agosto de 2012, el que le afectó el codo derecho por el que le dieron recomendaciones médicas; que sufrió otro infortunio profesional el 14 de enero de 2014, reintegrándose a laborar el 4 de abril de ese año, data para la cual le impartieron otras recomendaciones y restricciones laborales, por lo que fue reubicado en el área de móviles. Estos hechos fueron aceptados por la CTA al contestar la demandada inaugural.

Así las cosas, como está acreditado que William Hernando Cuervo ingresó a ejercer funciones en el área de Asistencia en Tierra, actividad en la que tenía que cargar y descargar equipajes; y que con ocasión del accidente laboral que sufrió el 14 de enero de 2014 recibió recomendaciones médicas que llevaron a que fuera reubicado en el área de móviles como conductor, resulta indiscutible que a partir de ese momento, para ejercer a cabalidad las funciones del cargo para el cual se le había vinculado de manera primigenia, contaba con barreras que le impedían ejercerlo.

La Sala ha de destacar que el actor para el momento en que ingresó a laborar, según el dictamen que oficiosamente se ordenó practicar en el trámite del proceso, ya tenía estructurada una pérdida de capacidad laboral que valga la pena resaltar era de origen común, patología que consistía en los «*Dx(s), trastorno somatomorfo y SAHOS*».

La anterior condición no le impidió ejercer las actividades propias del cargo para el que fue contratado. Fue solo con ocasión de los accidentes laborales que sufrió en el transcurso de su vinculación, que le generaron el diagnóstico de origen profesional conocido como «*DX(x), trastorno del disco lumbar - trastorno del disco cervical - trastorno del disco dorsal y el Síndrome de Manguito rotador izquierdo»,* cuando recibió recomendaciones y restricciones que le impidieron continuar ejerciendo sus funciones normalmente, lo que llevó a que fuera reubicado en otra área, tipificándose a partir de entonces el fuero de salud del que aquí se discute; enfermedades descritas que sumadas con las de naturaleza común le arrojaban una PCL equivalente a 51.5%.

Adicionalmente, no se puede desconocer que la real entidad empleadora, esto es, Avianca, conocía de las patologías padecidas por el demandante y también de las barreras que se le habían generado para el ejercicio de sus funciones, pues en razón de ellas fue que lo reubicó como conductor.

En consecuencia, el promotor del proceso, para el momento de la finalización contractual, era sujeto de la estabilidad laboral reforzada, por razones de salud.

Ahora, en relación con el argumento de Avianca S. A., según el cual no conoció de la condición de salud del demandante y que la reubicación laboral de aquél no fue efectuada por esa empresa, y que la orden de tutela no estuvo dirigida a ella, es suficiente señalar, en lo que hace al primer tema, que el caudal probatorio y las argumentaciones esgrimidas en el desarrollo del proceso, ponen en evidencia todo lo contrario, esto es, que Avianca sí conocía de las deficiencias físicas que padecía el trabajador.

Adicionalmente, no puede dejarse de lado que Servicopaba al contestar el escrito inaugural admitió que el accionante sufrió un infortunio profesional el 14 de enero de 2014, reintegrándose a laborar el 4 de abril de ese año, data para la cual tenía recomendaciones médicas, por lo que fue reubicado en el área de móviles, de la sociedad de quien se predica fue el verdadero empleador, supuesto corroborado por los testigos estudiados ampliamente en sede extraordinaria, lo que permite establecer que Avianca sí tuvo conocimiento de la condición de salud del actor.

En lo que hace a que el mandato de reintegro no se impartió a la aerolínea, no puede perderse de vista que ello operó como consecuencia de que en aplicación del principio de primacía de la realidad se declaró ser el verdadero empleador; por tanto, en el presente asunto no resulta relevante que la reubicación laboral del accionante dispuesto en el fallo de tutela no le hubiera impartido la orden expresa de reintegrarlo, pues la condición de empleador solo se dio con ocasión del presente proceso.

Ahora, frente a la inviabilidad del reintegro porque el actor ostenta la condición de invalidez por tener una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, basta con señalar que la invalidez y la discapacidad son conceptos diferentes, pero no excluyentes, por lo que es usual que las dos converjan en una persona, sin que necesariamente un individuo inválido no esté en condiciones de trabajar, es decir, el hecho de que ostenta tal condición no significa que no pueda reincorporarse a la fuerza laboral, pues ello implicaría negarle el acceso al trabajo y a ejercer su capacidad laboral residual.

Al efecto, se memora la sentencia CJS SL3610-2020, cuyos apartes pertinentes dicen:

Entonces, como bien lo afirma el recurrente, invalidez y discapacidad son conceptos diferentes. Sin embargo, no son excluyentes y pueden superponerse, lo que significa que una persona puede tener un estado de invalidez y al mismo tiempo una discapacidad. De hecho, es usual que las personas declaradas inválidas tengan a su vez discapacidades derivadas precisamente de esas deficiencias que les impiden integrarse en los entornos laborales. Es decir, puede suceder y es bastante común, que las deficiencias que provocan un estado de invalidez, también contribuyan a estructurar una discapacidad en un contexto laboral específico.

Pero, así como es usual que invalidez y discapacidad converjan en una persona, puede que no. Por ejemplo, un ex miembro de la fuerza pública o piloto de una aerolínea, debido a alguna deficiencia en su salud, puede haber sido declarado inválido para desarrollar esa actividad y por lo mismo puede estar percibiendo una pensión de invalidez, pero es factible que esa limitación no afecte en lo absoluto el desarrollo de otras labores productivas. Igual ocurre con profesionales, técnicos o artistas que debido a una pérdida o afectación de una estructura anatómica o una función psicológica o fisiológica son declarados inválidos, pero sus limitaciones no les impidan integrarse de nuevo al mundo laboral para explotar sus capacidades y poner en práctica otras destrezas, habilidades y conocimientos al servicio de la comunidad y la economía.

En ese orden de ideas, la tesis del recurrente relativa a que las personas declaradas inválidas «no se encuentran en condiciones de trabajar» no es de recibo para esta Sala. Como se mencionó, la mayor parte de las personas declaradas inválidas tienen discapacidades, de manera que sostener que están excluidas del mundo laboral equivale a negarles el derecho a la inclusión sociolaboral.

La Convención sobre las Personas con Discapacidad, en el artículo 27, reconoce el derecho al trabajo de las personas en tal condición, e incluye a aquellas «que adquieran una discapacidad durante el empleo», así:

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo […].

Igualmente, admitir que las personas en quienes concurre una invalidez y una discapacidad no pueden reincorporarse a la fuerza laboral no solo vulnera su derecho al trabajo; también niega su autonomía individual garantizada en la Convención y pone el énfasis en lo que no pueden hacer en vez de acentuar aquello que sí son capaces de ejecutar.

Así, desde un punto de vista jurídico, en aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es factible el reintegro de una persona con discapacidad, declarada a su vez inválida, pues lo contrario implicaría negarle el derecho a obtener un trabajo productivo y remunerado, a la igualdad de oportunidades y al reconocimiento de su dignidad. En ocasión anterior, esta Sala definió que no era aceptable negar el reintegro de una persona con discapacidad, «por la razón única y exclusiva de que, según la calificación de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el accionante tenga un 53.64% de pérdida de capacidad laboral», pues «a mayor situación de discapacidad mayor debe ser la protección que se debe prodigar en todos los campos, entre ellos el laboral» (CSJ SL5168-2017).

Así las cosas, atendiendo el lineamiento jurisprudencial transcrito, no puede afirmarse de tajo que una persona por tener una pérdida de capacidad laboral superior al 50% no pueda ser reincorporada al mercado laboral, pues para ello se debe verificar la imposibilidad de ejercer alguna actividad, dado que en algunos casos las barreras laborales son superables o se pueden minimizar, lo que hace procedente su integración.

Finalmente, ha de señalarse que si bien el numeral 14 del literal a) del artículo 62 del CST faculta al empleador para dar por terminado el contrato de trabajo cuando existe un reconocimiento pensional, en este caso ello no encuentra respaldo demostrativo, pues solo se advertiría la prueba de uno de los requisitos para lograr el reconocimiento de la pensión, sin que se conozca acerca de algún trámite al respecto.

Así las cosas, como en el presente asunto no hay prueba que acredite que el demandante no pueda reintegrarse a las actividades productivas que ejercía para el momento del despido, esto es, la de conductor, se concluye que no existen razones que impidan el reintegro el demandante cargo que desempeñaba para el momento de su desvinculación.

En consecuencia, atendiendo las razones esbozadas de manera preliminar resulta imperativo confirmar integralmente la sentencia del Juzgado.

Sin costas en segunda instancia y las de primera a cargo de las demandadas.

1. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 30 de noviembre de 2022, en el proceso ordinario laboral que instauró **WILLIAM HERNANDO CUERVO AVENDAÑO** contra **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMÉRICANO S. A. (AVIANCA S. A.)** y la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA (SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN)**.

Sin costas en sede extraordinaria.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

**CONFIRMAR** íntegramente la sentencia emitida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de septiembre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva.

Costas como se indica en las consideraciones.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.