OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN

Magistrada ponente

SL1089-2025

Radicación n.° 11001-31-05-007-2018-00234-01

Acta 13

Bogotá D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veinticinco (2025).

La Corte decide el recurso de casación que **JOSÉ RAFAEL GARCÍA ARRIETA** interpuso contra la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió el 31 de mayo de 2024, en el proceso ordinario laboral que instauró el recurrente contra **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S. A. (AVIANCA S. A.)** y la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN.**

I. ANTECEDENTES

José Rafael García Arrieta demandó a Avianca S. A., y a la CTA Servicopava en liquidación con el fin de que se declare que su vinculación, a través de esta última, para prestar sus servicios personales a la aerolínea mencionada, entre el 23

de abril de 2012 y el 30 de noviembre de 2017, correspondió «*realmente a un vínculo laboral con la compañía AVIANCA S.A.*»; que su despido carecía de toda validez jurídica de conformidad con el inciso segundo de la Ley 361 de «*1996*» (sic) y que, por asistirle derecho al reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de iguales o superiores condiciones, no existió solución de continuidad en la relación de trabajo.

Asimismo solicitó se declare que al momento de la «*reincorporación*» ordenada por el juez de tutela, no se le pagaron los emolumentos atinentes a salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social y demás derechos extralegales durante el tiempo en que estuvo cesante; que procede el pago de la indemnización a la que se refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y que Servicopava actuó de mala fe al finalizar vínculo laboral el 31 de enero de 2018, aun cuando mediaba «*una orden de tutela incurso, y sin que se hubiese emitido el fallo de segunda instancia*».

Por otro lado pidió se declare que Avianca S. A. le adeuda los derechos extralegales contemplados en el denominado Plan Voluntario de Beneficios y que son reconocidos por dicha sociedad a los trabajadores no sindicalizados; tales como bonificación extralegal de febrero, prima de vacaciones y de navidad; reconocimiento por antigüedad, incentivo de productividad; auxilio educativo y médico; ayuda especial para salud, auxilio de alimentación, y extralegal de transporte «*por toda la vigencia del vínculo*».

Que, de la misma manera se declare que no fue reincorporado en las mismas o mejores condiciones laborales a las que tenía derecho «*en virtud a que materialmente no ha sido reincorporado a sus labores*»; que no se le han pagado ni consignado los valores del auxilio de cesantías causado, y que los «*presuntos*» reconocimientos para cubrir tal acreencia se hicieron de manera irregular «*al tenor del artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo*»; que la convocada al proceso, sin especificar cuál, obró de mala fe en el desarrollo del contrato, pues era conocedora de la ilegalidad de la vinculación en atención a las sanciones impuestas por parte del Ministerio del Trabajo como consecuencia de la intermediación indebida presentada desde el año 2012.

Que se le adeuda el auxilio de transporte que se ha debido cancelar en la vigencia de la relación laboral, los intereses a las cesantías «*conforme lo dispone la ley*» y que las accionadas son responsables por la culpa patronal derivada de los accidentes de trabajo sufridos, ante la ausencia de «*elementos de labor*», capacitaciones, suministro de elementos de protección personal adecuados y autorización para trabajo en alturas.

De igual forma, que la suma que le era cancelada a título de compensación extraordinaria tiene carácter salarial, por retribuir sus servicios; que la suma de $18.890 descontada al inicio del contrato por concepto de cuota de admisión, era ilegal, así como el 5% que del valor mensual de su salario era debitado por «*aportes sociales*», los que no le eran reintegrados.

En subsidio pidió que se declare que la vinculación realizada a través de la CTA Servicopava para prestar sus servicios a Avianca S. A. entre el 23 de abril de 2012 y el 30 de noviembre de 2017 correspondía a un contrato de trabajo desarrollado con la segunda; que no existió justa causa para dar por terminado su contrato, en tanto «*las causas legales presentadas*» no eran justas; que no se reconoció a su favor la indemnización por despido; se le debe la sanción moratoria por el no pago de las prestaciones sociales a la terminación de la relación de trabajo, la causada por el no pago de los intereses a las cesantías y la no consignación del auxilio de cesantías.

En consecuencia, de manera principal, solicitó que la demandada, sin precisar cuál, fuera condenada a reintegrarlo al mismo cargo que venía desempeñando por causa del despido unilateral y por motivo de su discapacidad sin contar con autorización del Ministerio del Trabajo al tenor de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; al pago de la indemnización que dispone ese último precepto; los salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social, beneficios extralegales y «*demás rubros dejados de percibir*» en atención a su desvinculación.

Además que tiene derecho a la cancelación de las prebendas concedidas a los trabajadores no sindicalizados por parte de Avianca S. A. antes referenciadas, y a la reliquidación de las vacaciones causadas; asimismo del reconocimiento de los días adicionales a que se refiere el Plan Voluntario de Beneficios; los intereses a las cesantías; los

aportes a seguridad social conforme a la base «*real*»; «*a la cuantificación para efectos de su impacto salarial de los beneficios extralegales otorgados en especie*» como tiquetes o pasajes, alimentación en casino y ruta de transporte.

También implora el pago de las cesantías correspondientes a todo el tiempo en que estuvo vigente la relación de trabajo; la indemnización por su no consignación ante un fondo; los intereses a las cesantías y la sanción por su falta de cancelación; la reliquidación de las prestaciones sociales y aportes a seguridad social «*por causa de los valores no tenidos en cuenta como factor salarial*»; la indemnización plena de perjuicios que comprende los morales, materiales, daño emergente, y lucro cesante, por la culpa patronal de las accionadas en la ocurrencia de los accidentes de trabajo que produjeron su pérdida de capacidad laboral, la que estima en la cuantía de $500.000.000.

Asimismo, los salarios y prestaciones sociales causados desde el retiro hasta el reintegro efectuado el 27 de diciembre de 2017; la reliquidación de los salarios desde el momento del reintegro producido el 31 de enero de 2018; las sumas ilegalmente descontadas por concepto de cuota de admisión y aportes sociales; la indexación de las condenas; los intereses moratorios; lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra *petita*; y las costas del proceso.

Como condenas subsidiarias deprecó la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, por no habérsele reconocido los derechos laborales causados a la

terminación del vínculo; la indemnización por despido; el pago de las prebendas concedidas por Avianca S. A. en los términos del Plan Voluntario de Beneficios antes relacionados; la reliquidación de las vacaciones canceladas; el pago de los intereses a las cesantías; la reliquidación de prestaciones sociales y aportes a seguridad social; y la cuantificación «*para efectos de impacto salarial*» de los beneficios en especie.

A su vez el pago de las cesantías correspondientes a la vigencia de la relación de trabajo; la indemnización por su no consignación ante un fondo; los intereses a las cesantías de todo el tiempo y la sanción por su falta de cancelación; la reliquidación de las prestaciones sociales y aportes a seguridad social «*por causa de los valores no tenidos en cuenta como factor salarial*»; la indemnización plena de perjuicios que comprende los morales, materiales, daño emergente, y lucro cesante por la culpa patronal de las accionadas en la ocurrencia de los accidentes de trabajo que produjeron su pérdida de capacidad laboral; la reliquidación de los salarios causados desde el reintegro ocurrido el 3 de enero de 2017; las sumas ilegalmente descontadas por concepto de cuota de admisión y aportes sociales; la indexación de las condenas; los intereses moratorios; lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra *petita*; y las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que Avianca S. A. para el desarrollo de sus operaciones internas, implementó un esquema de tercerización laboral, creando y

contratando diversas CTA dentro de las que estaba Servicopava, a la cual pasaron sus trabajadores, a pesar de la prohibición contenida en el Decreto 2025 de 2011, por el cual se reglamentó el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

Indicó que el Ministerio del Trabajo sancionó administrativamente en el año 2012 a las demandadas, a través de la Dirección Territorial del Atlántico, con una multa individual de $1.113.400.000, como consecuencia de la evidente intermediación indebida y, ante lo cual, Avianca S. A. optó por acogerse a un acuerdo de formalización laboral y con ello lograr la suspensión y condonación de tal acreencia.

Dijo que en diciembre de 2012 se suscribió el correspondiente acuerdo, lo que implicó la contratación directa de un gran número de trabajadores que se encontraban vinculados por intermedio de Servicopava, Gestionar y Clave Integral, así como el compromiso de no continuar realizando acciones de tercerización, sin que en realidad ello ocurriera, en lo concerniente al proceso de asistencia en tierra, al cual pertenecía.

Destacó que, ante la persistente trasgresión de los derechos de los trabajadores por las prácticas de tercerización, se dio paso a una nueva investigación y sanción para el año 2017, esta vez, por la Dirección Territorial del Valle del Cauca, la que impuso una multa de $2.950.000.000 y, por ese motivo, se suscribió un nuevo acuerdo de formalización respecto de diferentes áreas,

incluida aquella de la que hacía parte, lo que ocurrió el 31 de octubre de ese año.

Aseguró que a pesar de que Avianca S. A. siempre negó el hecho de que los trabajadores de asistencia en tierra fueran sus empleados, «*finalmente desarrolló su proceso de formalización, utilizando una empresa adquirida recientemente para estos efectos*»; lo que ponía de relieve su mala fe, pues solo procedió con la formalización, como consecuencia de las multas que se le impusieron y, a pesar de haberse comprometido desde el año 2012 a no volver a incurrir en las prácticas de tercerización, fue nuevamente sancionada en 2017 por eludir sus responsabilidades laborales y legales.

Expresó que se vinculó a través de un documento denominado convenio de asociación a término indefinido con la entonces Precooperativa Servicopava, a partir del 23 de abril de 2012, para desempeñar el cargo de auxiliar de asistencia en tierra, hoy denominado agente de operaciones terrestres; percibiendo como asignación salarial para el momento de su ingreso, la suma de $566.700, así como un auxilio de transporte extralegal por $67.800.

Afirmó que la CTA no contaba con niveles directivos, de manera que las instrucciones eran impartidas por personal de Avianca S. A.; que prestó sus servicios en las instalaciones del Aeropuerto El Dorado con equipos de propiedad de esta misma sociedad, bajo los turnos dispuestos para el efecto y

utilizando uniformes con sus distintivos y un carné para su identificación.

Señaló que contaba con algunos beneficios que eran suministrados por Avianca S. A., como rutas para transportarse de su lugar de domicilio al de prestación de servicios; tiquetes nacionales e internacionales, alimentación y refrigerios en el casino de la accionada, seguro médico y de vida, contratados por tal sociedad.

Precisó que mediante Resolución 935 del 27 de noviembre de 2017, Servicopava dio por terminado su contrato de trabajo asociado a partir del día 30 de ese mismo mes y año, correspondiendo su salario al rubro de $862.056 y, percibiendo para ese momento, beneficios de transporte, extraordinario de transporte y de educación, así como trabajo suplementario, recibiendo, incluida la asignación salarial la suma total de $1.282.732.

Relató que durante la ejecución de sus labores no se le suministraron cinturones para el levantamiento de cargas; líneas de vida para trabajo en alturas; elementos de protección auditiva adecuados; grúas para el levantamiento de cargas y tuvo que «*soportar*» la extensión «*ilegal*» de turnos de trabajo, sin haber sido capacitado de manera especial y permanente, en los riesgos derivados de la actividad riesgosa de manejo de cargas. Que, además, no se dio cumplimiento a las restricciones y recomendaciones que le fueron impartidas tanto por las entidades de la seguridad social, como por la misma empresa.

Manifestó que en consideración «*a las precarias condiciones brindadas*» para la prestación de sus servicios, se generaron varios accidentes de trabajo que le causaron una pérdida de capacidad laboral dictaminada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, el 25 de enero de 2018, del 16,44% de origen laboral.

Describió los accidentes de trabajo sufridos en el año 2014, 2015 y 2016, el primero relacionado como «*AT RODILLA DERECHA*»; el segundo como «*AT RODILLA IZQUIERDA*» de los que afirmó que para la calenda en que se interpuso la demanda no había calificación de pérdida de capacidad laboral y, el último, presentado el 15 de febrero de 2016 como «*con compromiso de HOMBRO DERECHO*» debido a una ruptura completa del ligamiento articular del hombro que dio lugar a que lo intervinieran quirúrgicamente el 5 de diciembre de esa misma anualidad y que el 30 de agosto de 2017 obtuviera una calificación de pérdida de capacidad laboral determinada por la ARL en 11,80% y, posteriormente por la Junta Regional de Calificación en 16,44%.

Señaló que ante la sobrecarga sufrida por las lesiones en su hombro, se le presentó una afectación catalogada como «*bursitis leve, tendinitis del supraespino hombro izquierdo*»; enfermedad laboral sin calificación; unido a una discopatía L3-L4 y L4-L5 tratada por la EPS con recomendaciones a partir de «*aproximadamente*» marzo de 2016, pendiente de manejo quirúrgico, impedido por no encontrarse activo ante tal entidad debido a su desvinculación; lo que también se

presentaba respecto de una «*hernia hombilical*» (sic) dictaminada en el mismo año.

Adujo que debido a su condición de salud, tanto la ARL como Servicopava expedían de manera permanente restricciones y recomendaciones laborales con las que ejecutaba sus funciones, así mismo ordenaron su reubicación, siendo objeto de discriminación y maltrato psicológico hasta el finiquito laboral.

Insistió en que no le suministraron los elementos de protección personal adecuados para el desarrollo de sus funciones y que sus turnos no eran asignados de manera adecuada; que en el mes de septiembre de 2017 Avianca S. A. le ordenó a Servicopava el retiro de los trabajadores de asistencia en tierra que tuvieran problemas de salud, por lo que el día 15 de ese mes y año, tanto a él como a aproximadamente 350 a 400 trabajadores asociados se les informó la «*suspensión transitoria de sus funciones*» de manera unilateral.

Refirió que lo anterior además implicó que se le comunicara a OPAIN el retiro de las autorizaciones de ingreso a los sitios de labor a partir de la misma calenda, la no programación de actividades, la supresión de los beneficios como trabajador, así como la merma sustancial de sus ingresos, al dejar de percibir «*los pagos de labores extra jornada que debía realizar*», lo que tenía como finalidad ejercer presión para lograr su desvinculación.

Dijo que el 19 de octubre de 2017 su apoderado radicó ante las demandadas una solicitud especial de «*espacio de dialogo*», a lo que se respondió de manera negativa por parte de Avianca S. A. con el argumento de que el actor no era su empleado.

Precisó que, a pesar de que la aerolínea como consecuencia del compromiso de formalización, lo incluyó en el listado correspondiente, no se le llamó para la suscripción de un nuevo contrato y, por el contrario, el 24 de octubre de 2017 fue invitado a un plan de retiro que se presentó por un tercero diferente a Servicopava, sin que el ofrecimiento efectuado se compadeciera con su situación de discapacidad y edad, la que hacía imposible conseguir un empleo.

Señaló que a pesar de que el día 30 del mismo mes y año se le citó para efectuarle una oferta laboral, por Servicios Aeroportuarios Integrados (SAI S. A. S.) esta no solo estaba condicionada a su renuncia a la cooperativa, sino que desmejoraba sus condiciones y que el 4 de noviembre siguiente otra vez se le ofreció su retiro, a lo que tampoco accedió. De ahí que el día 27 del mismo mes y año se le comunicó la Resolución 935, por medio de la que se dispuso su desvinculación por la terminación de la oferta mercantil que dio origen a su labor asociativa.

Así las cosas, sostuvo que la terminación unilateral de su convenio asociativo no se fundó en una justa causa, no contó con autorización por parte del Ministerio del Trabajo ni estuvo precedida de una socialización del acuerdo de

formalización, motivo por el que promovió una acción de tutela, en la que a través de la sentencia de primera instancia fechada 12 de diciembre de 2017 se concedió el amparo deprecado y, por ende, su reintegro, empero, en segunda instancia por medio del proveído de 9 de febrero de 2018 se revocó tal determinación.

Manifestó que aun cuando Servicopava lo reintegró el 27 de diciembre de 2017, dispuso nuevamente su desvinculación el 31 de enero de 2018 «*a pesar de que aún no se había adoptado la determinación de segunda instancia*».

Puso de presente que en la acción de tutela mencionada no se definieron los derechos económicos del reintegro, motivo por el que se le adeudaban los salarios y prestaciones sociales «*dejados de recibir*» desde el 30 de septiembre de 2017 «*hasta su reincorporación laboral el día 31 de enero de 2018*».

Agregó que encontrándose al servicio de la demandada, devengaba una suma fija mensual a título de compensación extraordinaria, la cual no era factor salarial aun cuando estaba destinada a retribuir sus servicios y que al momento en que se vinculó se le descontó la suma de $18.890 por cuota de admisión, la que no era reembolsable y en forma mensual, el monto equivalente al 5% de su salario por concepto de aportes sociales «*presuntamente por el derecho a permanecer como asociado a la Cooperativa*» sin efectuar consideración adicional alguna.

Al dar respuesta a la demanda, Avianca S. A. se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, admitió lo referente a la presentación de la solicitud de espacio de dialogo radicada por el apoderado del promotor de la contienda; la presentación de la acción de tutela y las decisiones proferidas en su trámite. De los demás supuestos fácticos señaló que no eran ciertos, que no los aceptaba o que no le constaban.

En su defensa indicó que el actor nunca fue contratado laboralmente para prestarle sus servicios personales, de manera que no ostentó la calidad de trabajador, por lo que no había lugar a la imposición de las condenas deprecadas.

Destacó que de la demanda inaugural emergía que el accionante tuvo la condición de cooperado de Servicopava, relación en la que no tuvo injerencia, de manera que no recaía en ella ninguna responsabilidad y, en esa medida, no podía asumir las eventuales consecuencias que surgieran.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación; inexistencia de solidaridad; falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda; prescripción; buena fe; compensación; pago; inexistencia de culpa patronal; inexistencia de fuero de salud; y la genérica.

A su turno la CTA Servicopava en Liquidación contestó la demanda inaugural oponiéndose a sus pretensiones. Frente a los hechos admitió que el 15 de septiembre de 2017

le comunicó de manera unilateral al actor la suspensión transitoria de funciones. De los restantes supuestos fácticos adujo que no eran ciertos o que no le constaban.

En su defensa indicó que tuvo un contrato u oferta mercantil con Avianca S. A. en los términos de la ley cooperativa, para cubrir la totalidad de los procesos no misionales y subprocesos de dicha empresa para lo que vinculó al actor quien, de manera temeraria pretendía desconocer los acuerdos suscritos y en virtud de los cuales no existió una relación laboral y mucho menos un contrato de trabajo, sino un acuerdo cooperativo que se ejecutó de conformidad con los estatutos y regímenes vigentes y las normas aplicables sobre la materia.

Puso de presente que el convenio que existió con el promotor de la contienda finalizó como consecuencia de una causal objetiva correspondiente a la terminación de la oferta mercantil suscrita con Avianca S. A., la que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2017, de manera que no existían puestos asociativos iguales o similares al ejecutado por el demandante.

Formuló como excepciones de fondo las que enlistó como 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.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo del 16 de febrero de 2022, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá resolvió:

> **PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor JOSÉ RAFAEL GARCÍA ARRIETA y la sociedad AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. "AVIANCA S.A.", existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 23 de abril de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2017, para que el demandante desempeñara el cargo de ASISTENTE EN TIERRA, devengando como último salario último salario (sic) de $1.282.732.
>
> **SEGUNDO: DECLARAR** a SERVICOPAVA como responsable solidaria de las condenas impuestas en contra de la sociedad AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. "AVIANCA S.A.", con fundamento en el art 17 del Decreto 4588 de 2006.
>
> **TERCERO: DECLARAR** que el despido al que fue sujeto el actor, fue ilegal, por ser este sujeto de especial protección, y por tanto no se podía despedir sin el permiso de la autoridad competente.
>
> **CUARTO:** como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a AVIANCA S.A. solidariamente a SERVICOPAVA al REINTEGRO del actor a un cargo de similares condiciones al que venía desempeñando o a uno de mayor jerarquía, teniendo en cuenta las condiciones de salud del demandante.
>
> **QUINTO: CONDENAR** a AVIANCA S.A. y solidariamente a SERVICOPAVA al pago de los siguientes conceptos a favor del señor JOSÉ RAFAEL GARCÍA ARRIETA:

CESANTÍAS	$5.545.175,29
INTERÉS CESANTÍAS	$2.635.806,65
PRIMAS SERVICIO	$5.545.175,29
VACACIONES	$2.540.521,99
SALARIOS	$66.542.103,47
LEY 361	$8.399.424,00
TOTAL	$91.208.206,69

- Por concepto de sanción por no consignación de cesantías la suma de $46.663 pesos diarios a partir del 9 de febrero de 2018 y hasta que se haga efectivo el pago de cesantías; suma que a hoy 16 de febrero de 2022 asciende a la suma de **$66.542.103**.

- Por concepto de indemnización de que trata el artículo 65 del CST la suma de $46.663 pesos diarios a partir del 1° de diciembre de

2017 y hasta por 24 meses, a partir del mes 25 deberá pagar intereses a la tasa máxima que certifique la Superfinanciera.

CUARTO: (sic) **ABSOLVER** a AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. "AVIANCA S.A." y a SERVICOPAVA de las demás condenas incoadas en su contra por el señor demandante.

QUINTO: (sic) **EXCEPCIONES.** Declara NO probadas las excepciones presentadas por las demandadas.

SEXTO: (sic) **COSTAS.** Lo serán a cargo de la parte demandada y las agencias en derecho se tasan en un 7% de las condenas impuestas y liquidadas en esta sentencia, a cargo de cada una de las demandadas.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver la apelación que tanto el demandante como las demandadas interpusieron, a través de sentencia del 31 de mayo de 2024, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió:

PRIMERO: REVOCAR los ordinales tercero, cuarto y quinto de la sentencia apelada; en su lugar, se **CONDENA solidariamente** a las demandadas AVIANCA S.A. y a la CTA SERVICOPAVA a la indemnización por despido sin justa causa contemplada en el artículo 64 CST en la suma de $5.221.194, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas AVIANCA S.A. y a la CTA SERVICOPAVA de la indemnización plena de perjuicios reclamada y a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AVIANCA S.A. y CTA SERVICOPAVA.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el juez plural fijó como problema jurídico establecer si entre José Rafael García y la CTA Servicopava en Liquidación se

suscribió un convenio de asociación y, por lo tanto, si el vínculo estuvo regido bajo las normas que regulan la materia o, si, por el contrario, Avianca S. A. actuó como verdadero empleador, siendo la mencionada cooperativa una simple intermediaria.

Además, si el actor era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en caso negativo, si debía reconocerse de manera subsidiaria la indemnización por despido sin justa causa establecida en el artículo 64 del CST; si los accidentes laborales que sufrió el trabajador durante la vigencia de la relación laboral y que conllevaron a una pérdida de capacidad laboral del 30,54% ocurrieron por culpa atribuible al empleador; si el promotor de la contienda era beneficiario del Plan Voluntario de Servicios que reconocía Avianca S. A. a sus trabajadores no sindicalizados y, por último, si había lugar a imponer la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del CST.

Puso de presente que no eran materia de controversia los siguientes supuestos fácticos, que: *i)* la CTA Servicopava en Liquidación le presentó a Avianca S. A., el 5 de febrero de 2009, una oferta mercantil para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos; *ii)* entre estas mismas sociedades se suscribió un contrato de comodato para el desarrollo de los servicios contenidos en la oferta mercantil; *iii)* la relación contractual finalizó el 31 de diciembre de 2017; *iv)* el 23 de abril de 2012 el actor solicitó

su vinculación como socio a la CTA Servicopava siendo aceptada el mismo día; *v)* el 23 de abril de 2012 se suscribió un acuerdo cooperativo de trabajo asociado entre el demandante y la cooperativa para ejecutar la labor de auxiliar asistente en tierra para Avianca S. A., de acuerdo con la oferta mercantil antes referida.

vi) El 27 de noviembre de 2017 le fue notificado al actor la culminación de su labor a partir del día 30 del mismo mes y año; *vii)* mediante el fallo proferido en el trámite de la acción de tutela del 12 de diciembre de 2017 se ordenó el reintegro del trabajador, no obstante, tal determinación fue revocada en segunda instancia; y *viii)* a través de la Resolución 000233 del 8 de mayo de 2012 la Dirección Territorial del Atlántico del Ministerio del Trabajo adelantó proceso sancionatorio en contra de las ahora demandadas y el 26 de diciembre de esa anualidad, se suscribió acuerdo de formalización laboral con Avianca S. A.

Se refirió a la tercerización laboral mediante cooperativas de trabajo asociado y puso de presente que al tenor de lo dispuesto en los artículos 3 y 5 del Decreto 4588 de 2006, la naturaleza y objeto social de estas, consiste en la asociación de personas naturales que simultáneamente son gestoras, las cuales contribuyen económicamente a las mismas y, a su vez, son aportantes directos de capacidad de trabajo para el desarrollo de diferentes actividades, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y

de la comunidad en general, buscando mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación, y autogobierno.

Adujo que, de la misma manera, en el ordenamiento jurídico colombiano se preveía la prohibición para las CTA de actuar como empresas de intermediación laboral como empresas de servicios temporales para el envío de trabajadores para la atención de labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio, como emergía de los artículos 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006, así como del 7 de la Ley 1233 de 2008 y 63 de Ley 1429 de 2010.

Sobre la contratación a través de cooperativas dijo que era reiterada la jurisprudencia de esta corporación al señalar que dicha figura no podía ser utilizada para ocultar verdaderas relaciones laborales ni ejercer funciones de intermediación laboral de actividades misionales permanentes; pues ello traía consigo la declaratoria del contrato realidad del trabajador asociado con la empresa que se benefició del servicio, y a la CTA responsable solidariamente en los términos del artículo 35 del CST, para lo que se remitió a fragmentos de la sentencia CSJ SL2084-2023.

Precisó que para resolver la controversia planteada era necesario hacer referencia a la oferta mercantil para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y

operativos que presentó Servicopava a Avianca S. A., al contrato de comodato vigente a partir del 1 de marzo de 2006, el cual tuvo como objeto el préstamo y uso de los bienes muebles para el desarrollo de la oferta mercantil y satisfacer las necesidades de infraestructura para ello, así como el acuerdo cooperativo de trabajo asociado suscrito por el actor el 23 de abril de 2012 para desarrollar la labor de auxiliar asistente en tierra para Avianca S. A.

Procedió a desatar las inconformidades planteadas en la alzada manifestando que a pesar de que se discrepaba de que el objeto social de Avianca S. A. coincidiera con la actividad desarrollada por el demandante, al tenor del certificado de existencia y representación legal de esta sociedad y de que al accionante le correspondía atender el cargue y descargue de maletas de los aviones, así como la limpieza de las sillas de la aeronave, surgía evidente que «*las actividades contratadas sí fueron afines a las labores propias y ordinarias de la parte contratante, ya que dichas actividades servían para dar trámite al fin esencial de su objeto social consistente en la explotación comercial de los servicios de trasporte aéreo*».

Que, se encontraban reunidos los elementos del contrato de trabajo, «*en cuanto a la subordinación*», al tenor del interrogatorio de parte del promotor de la contienda, además de los testimonios rendidos por Miguel Ángel Montenegro González y Norberto Vargas, compañeros de labor.

Así las cosas, aseguró que, en el presente asunto, en el que en la prestación de servicios estaba en presencia de subordinación como consecuencia de las órdenes impartidas por Avianca S. A., sumado a la utilización de los elementos de trabajo, materiales, herramientas y espacios físicos suministrados por la empresa usuaria, sin duda alguna se estaba frente a la existencia de un contrato laboral directamente con aquella e impedía en consecuencia, «*que se alegue que el vínculo lo fue a través de un trabajo asociado*».

Sobre la responsabilidad solidaria de la CTA acudió a las decisiones CSJ SL, 21 sep. 2010, rad. 34893 y SL, 2 oct. 2013 (sin radicado), y afirmó que llegaba a la misma conclusión que el sentenciador de primer grado en relación con que las actividades desplegadas por el trabajador para el beneficio de Avianca S. A. tenían conexidad con su objeto social y que la entrega de dotaciones y carnés en los existían logos «*compartidos con*» Servicopava no era demostrativo de la existencia de un contrato de trabajo.

Adujo que de acuerdo con los diferentes elementos probatorios arrimados al plenario, se observaba que existían «*muchas otras probanzas*» que permitían evidenciar que Avianca S. A. actuó como verdadero empleador, pues como se desprendía de la oferta mercantil, suministraba a los trabajadores asociados no solamente el carné y dotación, sino que además les ofrecía los mismos beneficios que se les daba a sus trabajadores directos, como transporte, casino y tiquetes, lo cual fue aceptado por los representantes legales de ambas compañías; los que si bien aludieron a que esto se

concedía por mera liberalidad del contratista, «*al manejar contratos grandes que les facilitaba tarifas cómodas al respecto, las cuales después eran compensadas a SERVICOPAVA*» dicha justificación no resultaba razonable, pues se trataba de una práctica propia de un verdadero empleador.

A lo anterior agregó que la CTA carecía de estructura propia y especializada, unido a que no era autónoma en su gestión administrativa y financiera, lo que se constituía en un indicio de subordinación y se corroboraba en lo manifestado por el actor en el interrogatorio de parte en torno a que su labor estaba bajo la continua supervisión y vigilancia de Avianca S. A.

Acudió a la respuesta al oficio librado con destino al Ministerio del Trabajo en la que se aportó la Resolución 000233 del 8 de mayo de 2012 de la que emergía que se adelantó un procedimiento sancionatorio en contra de las convocadas, por prácticas indebidas de contratación laboral y se estableció que «*había existido violación a todas y cada una de las normas de cooperativismo*», lo que condujo a la suscripción de un acuerdo de formalización laboral y a la suspensión de la sanción por cinco años, contados desde la fecha de la vinculación directa del personal beneficiario del mismo.

Dijo que si bien se desconocía si «*a la fecha existía dicha sanción*» no era dable «*desestimar los fundamentos que*

conllevaron a la sanción inicialmente impuesta», pues dichas situaciones fácticas eran similares a las que se evidenciaban en el asunto y permitían determinar la existencia de una intermediación laboral de actividades misionales permanentes, como lo destacaron los testigos, los que a pesar de que fueron tachados le merecían total credibilidad y conducía a la confirmación de la sentencia de primera instancia sobre la materia.

Frente a la estabilidad reforzada a la que aludía el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sostuvo que al tenor de la providencia CSJ SL1152-2023, reiterada en las SL1154-2023, SL1181-2023, SL1184-2023, SL1259-2023 y SL1268-2023, para establecer su aplicabilidad, bajo la egida de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad, debía concurrir los siguientes parámetros objetivos:

i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «*los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida*»; *ii)* la presencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás; y *iii)* el conocimiento del empleador al momento del despido, «*a menos que sean notorios para el caso*».

Con la finalidad expuesta señaló que se aportaron al

expediente los siguientes documentos en los que se encontraban relacionadas las patologías médicas que presentaba el accionante y con los cuales consideraba «*que se encontraba catalogado en condición de estabilidad laboral reforzada al momento del despido*»:

FECHA	**DIAGNÓSTICOS**
16/02/2016	Otras lesiones del hombro, esguinces y torceduras de la articulación acromioclavicular (f° 354-355).
31/03/2016	Ruptura completa de ligamento glenohumeral inferior anterior, ruptura del labrum anterior (f°104).
03/07/2016	Traumatismo de tendón y musculo de la cabeza larga del bíceps (380)
04/04/2016	Luxación de la articulación del hombro (378)
04/05/2016	*«Leve discopatía L3-L4 y L4-L5 asociada a abombamiento de los discos intervertebrales que indentan (sic) el saco dural (sic) con incipiente disminución de la amplitud de los agujeros de conjunción»* (f°105, archivo 01, carptea 1 instancia, exp. Digital).
31/08/2016	Trastorno del disco lumbar y otro no especificado (f 405).
05/12/2016	Síndrome de manguito rotatorio – contusión de otras aprtes de la muñeca (f°106).
10/03/2017	Bursitis leve subacromio – subdeltoidea, Tendinosis del supraespinoso (f°110).
27/05/2017	Signos de ruptura intersticial parcial de grado moderado del ligamento cruzado anterior, secuela de osteocondrosis de la tuberosidad anterior de la tibia con fragmento óseo prominente en el tendrán patelar distal (f°111).
29/11/2017	Quirúrgicos: sutura de manguito rotatorio derecho (f°356).
30/08/2017	Lesiones de hombro (Dictamen de pérdida de capacidad laboral ARL AXA COLPATRIA, **PCL: 11,80%**, accidente de trabajo) (f° 95 y 358, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).
22/01/2018	Lesiones de hombro, no especificada (f°361).
25/01/2018	**Calificación pérdida de capacidad laboral del 16,44%,** origen laboral, fecha de estructuración 18/07/2018, expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca.
13/02/2019	Traumatismo de tendón del manguito rotatorio del hombro (f° 358).

01/03/2019	Tendinosis del supra en infraespinoso sin signos de ruptura (f° 347).
17/01/2020	Trastorno especificado de los discos intervertebrales y síndrome de manguito rotatorio (Dictamen de pérdida de capacidad laboral – Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, PCL 30.54%, origen: laboral, **fecha de estructuración; 15/10/2019**) (f°572 a 578).

(Negrilla y subrayado del texto citado).

De lo anterior, coligió que para el momento del despido, ocurrido el 30 de noviembre de 2017, el actor no se encontraba con incapacidad médica y, si bien había sido inicialmente calificado con una pérdida de capacidad laboral del 11,80%, por parte de la ARL para el 30 de agosto de 2017, tuvo un accidente el 16 de febrero de 2016 y se le impartieron recomendaciones médicas a su empleador el 15 de marzo, 29 de abril, 18 de mayo, 28 de julio, 4 de agosto, 27 y 29 de septiembre de 2016; 5 de enero, 28 de febrero, 9 de mayo y 7 de junio de 2017, lo cierto era que dichas recomendaciones habían sido acatadas por Servicopava y dieron lugar a su reubicación laboral temporal en los siguientes «*interregnos: el 7 de marzo de 2016, 22 de marzo de 2016, 29 de abril de 2016, 31 de mayo de 2016, 15 de julio de 2016, 1 de septiembre de 2016 y 2 de agosto de 2016*», en el cargo de «*APOYO DE RAMPA NACIONAL*», y a partir del 3 de febrero, 11 de mayo, 1 de marzo y 7 de junio de 2017, como «*HOMBRE GUÍA*».

Añadió que de esta forma la demandada propendió por eliminar las barreras con el fin de que desaparecieran las limitaciones del trabajador para ejercer sus labores, al punto

que al momento de la finalización de la relación contractual no existían, motivo por el que se desvirtuaba la presunción de que el despido hubiera sido discriminatorio por razones de enfermedad, alegadas por el actor, quien, además, fue desvinculado por la terminación de la oferta mercantil que existía con Avianca S. A.

Agregó que el hecho de que la enfermedad se hubiere estructurado el 15 de octubre de 2019, al tenor del dictamen emitido el 17 de enero de 2020 por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, ponía de relieve que «*las enfermedades que se alegan como consecuencia del despido no estaban latentes significativamente al momento del finiquito contractual, pues a pesar de haber sido reubicado, en las labores que para el momento del despido se encontraba ejecutando*», su estado de salud no le impedía o dificultaba desempeñarlas en condiciones regulares y en igualdad de condiciones que sus demás compañeros. Por lo que revocó la decisión de primer grado en torno este tópico.

Aludió a la indemnización por despido injusto aduciendo que la finalización del contrato de asociación del actor se sustentó en la terminación de la oferta mercantil que tenía suscrita Servicopava y Avianca S. A., lo que no correspondía a una justa causa menos cuando «*quien resultó ser la verdadera empleadora fue la empresa usuaria, por lo cual la terminación del contrato de trabajo se torna injusta*». Así las cosas, procedió a su cálculo estableciendo que correspondía al monto de $5.221.194, el cual debía ser

indexado hasta el momento de su pago efectivo.

En cuanto a la culpa patronal señaló que revisada la decisión del *a quo*, se advertía que aquél no se pronunció sobre esta pretensión, por lo que la parte demandante debió haber solicitado la adición a la sentencia; no obstante, destacó que procedería a desatar el reparo esbozado por la parte demandante, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 287 del CGP.

Recordó que la condena por indemnización ordinaria y plena de perjuicios consagrada en el artículo 216 del CST, debía estar precedida de la culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de modo que su imposición «*ameritaba*», además de la demostración del daño originado en una actividad relacionada con el trabajo, la prueba de que la afectación a la integridad o salud del empleado había sido consecuencia de la negligencia u omisión del empleador en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores, tal y como lo enseñaba el artículo 56 del CST, lo que respaldó en la sentencia CSJ SL, 30 jun. 2005, rad. 22656.

De ese modo, planteó que no bastaba con afirmar que existió incumplimiento del empleador en las obligaciones de cuidado y protección a favor del trabajador, sino que le correspondía al último demostrar al menos la culpa leve del primero, y a este, que tuvo la diligencia y cuidados requeridos.

Descendió al caso en concreto y puso de presente que los reparos expuestos por la parte actora en su recurso de alzada, estaban llamados al fracaso pues, aun cuando señalaba que debía tenerse plenamente probada la culpa por parte del empleador por el hecho de contar con una pérdida de capacidad laboral del 30,54%, de origen laboral y, además, padecer patologías originadas por su actividad laboral al servicio de las demandadas, el acaecimiento del accidente laboral no era indicativo por sí solo de la culpa comprobada en la ocurrencia del infortunio, «*pues para ello debió demostrar la realidad de lo sucedido, para determinarse que en realidad el empleador no actuó con precaución y cuidado en la labor desarrollada por su trabajador*».

Destacó que aun cuando el promotor del litigio, afirmó haber sufrido varios accidentes laborales, de acuerdo con el concepto médico de aptitud laboral del 22 de enero de 2018, los siniestros reportados en el año 2015, no dejaron secuelas; de ahí que «*el accidente que deberá analizarse bajo la culpa patronal es el que ocurrió el 15 de febrero de 2016*».

Partiendo de ello se adentró en el análisis del reporte del accidente presentado ante la ARL AXA COLPATRIA en el que se describió: «*El colaborador se encontraba en el descargue de la bodega No. 3 al levantar una caja muy pesada siente un dolor rígido en el brazo y con mucho dolor en el hombro*», lo que dijo correspondía a una de sus labores como auxiliar asistente en tierra.

Señaló que el manejo y transporte manual de materiales

se encontraba regulado en los artículos 388 a 397 de la Resolución 2400 de 1979, y que con la finalidad de establecer si el empleador cumplió con las obligaciones que de tales preceptos se derivaban, era dable destacar que en el plenario obraba constancia de las capacitaciones a la que asistió el demandante en marzo de 2012, septiembre de 2013, marzo de 2014, julio de 2015, enero de 2016 y febrero de 2017 relacionadas con cuidado de espalda; acondicionamiento físico; charlas pausas activas; manipulación manual de cargas adecuadas y calidad de vida.

Que en el interrogatorio de parte rendido por el actor este confesó que había recibido por parte de Avianca S. A. capacitaciones sobre mercancías peligrosas, capacitaciones con la ONU y de cómo debía trabajar en rampa; lo que permitía colegir que existía «*carencia probatoria acerca de cómo acaeció el accidente laboral sufrido por el señor José García, que permita establecer la responsabilidad del demandado y su culpa comprobada en la ocurrencia del infortunio*», pues no existía certeza de que al momento del accidente laboral, el empleador no hubiese actuado con verdadero cuidado.

Indicó que lo que se evidenciaba era que el trabajador fue previamente capacitado para ejercer la labor, y no obraba prueba en la actuación que diera «*plena certeza*» que se sobrepasó el peso límite establecido en la caja que manipuló y que dio lugar a la lesión en su hombro o, que no contaba con los elementos suficientes para realizar la carga, como se alegaba, pues reposaba en el plenario documental en la que

se evidenciaba que se le entregó la correspondiente dotación; además de unos protectores auditivos y botas de caucho, sin que se justificara que debía contar con elementos mecánicos u otro elemento adicional de protección, lo que soportó en el artículo 389 de la Resolución 2400 de 1979.

Dijo que tampoco se acreditó que las demás enfermedades profesionales que padecía el actor fueran «*consecuencia exclusiva del empleador*», pues pudieron haber sido producto de una mala posición por parte de aquél al momento de manipular las cargas, lo que conducía a despachar negativamente la pretensión.

En cuanto a los beneficios del Plan Voluntario de Beneficios de trabajadores no sindicalizados de Avianca S. A. acudió a los artículos 470 y 471 del CST para afirmar que no reposaba en el plenario medio de prueba que evidenciara que el asalariado estuvo afiliado al sindicato de trabajadores de tal sociedad, como tampoco que este fuere mayoritario.

Y que por el contrario, en respuesta al requerimiento efectuado por el juzgado de conocimiento se indicó que a pesar de que en efecto existía un plan de beneficios «*no voluntarios para sus trabajadores no sindicalizados*», este no se aplica indiscriminadamente a todos los trabajadores, en tanto debía «*existir la voluntad expresa de cada colaborador para acogerse a esos beneficios, además que debe cumplirse con unas condiciones y requisitos como evaluaciones anuales de desempeño debidamente calificadas e indicadores*»,

condiciones que no cumplía el demandante y, en esa medida, no era posible otorgar los beneficios solicitados.

Sobre la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del CST adujo que como no se acreditó que las accionadas a la terminación del contrato de trabajo adeudaran sumas de dinero por concepto de prestaciones sociales o salarios, no había lugar a imponer tal condena, de manera que lo que correspondía era revocar la decisión de primera instancia en torno a ese aspecto.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

El recurrente pretende que esta corporación case parcialmente la sentencia fustigada, para que, en sede de instancia:

> 1. **CONFIRME PARCIALMENTE** la sentencia proferida por el a-quo en lo atinente a los numerales 1,2,3,4,5 de la parte resolutiva de la sentencia, relativos a: 1) la declaratoria del contrato realidad a término indefinido del actor **JOSE** (sic) **RAFAEL GARCIA** (sic) **ARRIETA** con la demandada **AVIANCA S. A.,** a partir del 23 de abril de 2012 y vigente hasta el 30 de noviembre de 2017; 2) la declaratoria de responsabilidad solidaria de las condenas impuestas entre **AVIANCA S. A., y SERVICOPAVA;** 3) la declaratoria de despido ilegal del actor por ser sujeto de protección especial de estabilidad laboral por fuero de salud, para lo cual se requería de autorización para su despido por la autoridad competente; 4) la orden o condena a la demandada **AVIANCA S.A.** para el reintegro del trabajador a un cargo de

> similares condicionales a que venía desarrollando o de mejor categoría, teniendo en cuenta las condiciones de su salud; 5) la condena solidaria respecto de los valores de salarios, prestaciones sociales, indemnización de que trata el artículo 361/97; sanción por la no consignación de la cesantía. La subsidiaria indemnización de que trata el artículo 65 del CST.
>
> 2. De igual manera se solicita ante esa H. Colegiatura, que en sede de instancia, **REVOQUE** la determinación de primera instancia, relativa a la improcedencia de las reclamaciones atinentes a: 1) el reconocimiento por la indemnización plena de perjuicios causados al actor, ante la existencia de la culpa patronal del empleador en la ocurrencia de los accidentes de trabajo y pérdidas de capacidad laboral a las que ha sido objeto el demandante en el desarrollo de sus funciones; 2) la aplicación de los beneficios contemplados en el denominado Plan Voluntario de Beneficios que ofrece a sus trabajadores vinculados, y que ante la tercerización ilegal de sus procesos, el aquí demandante ha sido rezagado de su aplicación, durante toda la vigencia de la relación laboral; 3) y/o finalmente las reclamaciones subsidiarias de indemnización por terminación unilateral sin justa causa y sanción moratoria.
>
> Lo anterior para que en su lugar disponga condena al pago de la indemnización plena de perjuicios conforme a lo dispuesto por ley y las fórmulas que para ello se han tenido de vieja data por esa H. Corporación; de igual manera se condena a la demandada AVIANCA S.A. en la aplicación de los beneficios extralegales contemplados en el Plan Voluntario de Beneficios.

Con tal propósito formula cuatro cargos por la causal primera de casación, los cuales son replicados por Avianca S. A. Los cargos primero y segundo se resolverán de manera independiente, y conjuntamente el tercero y cuarto, como quiera que estos últimos adolecen de defectos técnicos que impiden su decisión de fondo.

VI. CARGO PRIMERO

La censura ataca la decisión de segundo grado por la vía directa en la modalidad de interpretación errónea del artículo 13 de la CP, las Leyes 1346 de 2009, 1618 de 2013,

el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, «*y demás normas concordantes*».

Para demostrar su inconformidad sostiene que el juez plural para adoptar su determinación trajo a consideración la actual postura jurisprudencial de esta corporación «*resaltando entre ellas las sentencias CSJ SL1152–1154–1181–1184–1259–1268 todas ellas del año 2023*», de manera que es posible sostener que para el colegiado son claros los elementos requeridos con el propósito «*de establecer la evidencia de una estabilidad laboral reforzada al tenor de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361/97*».

Que, a pesar de lo anterior, el Tribunal se apartó «*de las premisas jurídicas inicialmente planteadas, para entrar a justificar o considerar la improcedencia del derecho del actor, en elementos que no guardan relación con el presupuesto anunciado en su providencia*».

Sostiene que el fallador de la apelación, acudió al «*análisis los soportes médicos e historia clínica del demandante*», así como los documentos que fundamentan la calificación de su pérdida de capacidad laboral, centrándose únicamente en establecer la existencia de una barrera que al interactuar con el entorno laboral le impida ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad, dejando de lado la verificación de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo, así como el conocimiento del empleador respecto de estos.

En esa medida, aduce, dar por entendido que «*respecto de estos 2 elementos descritos en precedencia y no analizados por el juzgador, comparte el ad-quem la apreciación o conclusión a la que llegó el a-quo, quien optó por la protección laboral del demandante*».

Se remite a varios apartes de las consideraciones del juez de la alzada e indica:

> A pesar de que la jurisprudencia que desarrolla el ad-quem, no trae como requisito especial la condición de incapacidad respecto del trabajador al momento de su retiro, el ad-quem indebidamente yerra, al reprochar como una ausencia probatoria, el hecho que el demandante no se encontrase en incapacidad para el día 30 de noviembre de 2017, aspecto que de entrada constituiría en una apreciación jurídica impropia para el análisis de este tipo de reclamaciones, pero que sin embargo, podríamos pasar por alto, atendiendo a que podría ser una conclusión de contesto (sic), en la cual el ad-quem, soporta con posterioridad la segunda conclusión y es que el empleador, en este caso SERVICOPAVA, cumplió a cabalidad con las recomendaciones y restricciones laborales dadas por la ARL y EPS.
>
> Como se puede observar entonces, la segunda conclusión, tampoco tiene cabida alguna dentro del análisis de interpretación jurídica de la norma, ni acordes (sic) con los referentes jurisprudenciales que el ad-quem se planteó en su providencia a concretar su análisis jurídico, aspectos por los cuales, no tendrían asidero alguno para sustentar la determinación de instancia.

Lo anterior, como quiera que pretende «*premiar y/o contrarrestar*» la responsabilidad de la demandada en que cumplió con su obligación de atender las restricciones laborales impuestas «*aspecto que más allá de una actitud vista por el ad-quem como la mas (sic) grande bondad; constituye en un aspecto que da a entender su propia negligencia y ausencia de responsabilidad*» en evitar, a pesar de las reubicaciones laborales, la presencia de accidentes

laborales en sus trabajadores.

Señala que, contrario a la conclusión jurídica del fallador de la apelación, nunca se presentó ni fue demostrada la adopción de medidas tendientes a que desaparecieran sus limitaciones, pues lo que realmente sucedía era que cada día empeoraba en sus condiciones laborales y, en el transcurso de las calificaciones se sumaban patologías y se incrementaba el porcentaje de su pérdida de capacidad laboral.

Pone de presente que el Tribunal se contradice en sus argumentaciones pues aun cuando, en principio, acepta que se le realizó una calificación de su pérdida de capacidad laboral el 17 de enero de 2020, pasa por alto que, con anterioridad se había establecido el origen laboral de sus padecimientos; lo que también ocurre cuando argumenta que al momento del despido no estaban «*latentes significativamente*» las enfermedades alegadas, a pesar de que contaba con dos dictámenes previos y que dan cuenta de que sus deficiencias surgen desde el año 2014.

Argumenta que se soslayó el hecho de haber sido reubicado para desarrollar las labores de «*hombre guía*», las que no eran propias de la actividad para la que fue contratado y, en esa medida, se evidencia que se le impidió o dificultó desempeñar las labores en condiciones regulares y en igualdad de condiciones a las de sus demás compañeros, lo que desde su perspectiva se constituye en una «*grave confusión que le amerita grandes contradicciones en sus*

argumentos, por lo que no es en sí, ausencia probatoria, sino aspectos propios de la vía directa».

Plantea que el fundamento jurídico que ampara la estabilidad reforzada corresponde al artículo 13 de la CP, en el que se enmarca como deber del Estado la protección especial para aquellas personas que por sus condiciones físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Lo que así mismo se presenta frente a la Ley 1346 de 2009, la Ley Estatutaria 1618 de 2013 y el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 cuya aplicación invoca para que, en sede de instancia, se analice el cumplimiento de los requisitos de la jurisprudencia citada por el fallador de segundo grado.

VII. RÉPLICA

Avianca S. A. se opone a la prosperidad del cargo indicando que a pesar de que se dirige por la vía del puro derecho, el impugnante soporta su argumentación en consideraciones fácticas, al discrepar de la valoración probatoria.

Que, con todo, el juzgador de la alzada no incurrió en ningún desacierto hermenéutico al fijar los aspectos que deben ser tenidos en cuenta para evaluar si existía una discapacidad, no solo porque se basó en el criterio jurisprudencial vigente, sino porque lo aplicó de manea correcta y sin distorsionar su sentido.

VIII. CONSIDERACIONES

Aun cuando el cargo no resulta ser ningún modelo, como lo pone de presente la opositora, la Sala al prescindir de los argumentos fácticos que se exponen en la acusación logra extraer que el reparo del censor se circunscribe a la intelección dada por el juzgador de la alzada al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y en esa medida a ello se circunscribirá el pronunciamiento de esta corporación.

Aclarado lo anterior, en lo que hace a la materia de la que se ocupa la acusación, vale memorar que el Tribunal fundamentó su decisión en que al tenor de la providencia CSJ SL1152-2023, reiterada en las SL1154-2023, SL1181-2023, SL1184-2023, SL1259-2023 y SL1268-2023, para establecer la aplicabilidad del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 debían concurrir los siguientes parámetros objetivos:

i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo; ii) la presencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás; y iii) el conocimiento del empleador al momento del despido, «*a menos que sean notorios para el caso*».

Por su parte, la inconformidad jurídica de la censura gravita en que el juez plural se equivocó al interpretar la jurisprudencia en la que respalda su decisión, dado que de

aquella no emerge como requisito especial, la condición de incapacidad del trabajador, al momento de su retiro.

Pues bien, teniendo en consideración el alcance del reparo expuesto por el censor, debe indicarse que para la concesión de la estabilidad laboral reforzada, desde la expedición de la providencia CSJ SL1152-2023, se señaló que la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (vigente desde el 10 de junio de 2011) y la Ley Estatutaria 1618 de 2013 (en vigor desde el 7 de febrero de 2013), resultaban vinculantes en nuestro ordenamiento jurídico y por ello debían tenerse en cuenta al momento de darle contenido y alcance a la protección consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En consecuencia, para los eventos consolidados en vigencia de estas normas, como ocurre en el presente asunto, la situación de discapacidad no depende de un factor numérico sobre PCL, sino que se deben tener en cuenta los siguientes parámetros:

> a) la existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «l*os problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida*»
>
> b) la existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás.
>
> c) que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

La postura anteriormente indicada se ha reiterado,

entre otras, en las sentencias CSJ SL1503-2023, SL1504-2023 y SL1508-2023. En la primera de las decisiones antes referidas, en la que el empleador, igualmente que, en el caso bajo análisis, dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa y sin autorización del Ministerio del Trabajo, se enseñó:

> Pese a que uno de los cargos se dirige por la vía indirecta, no fue objeto de discusión en el proceso que Olga Catalina Moreno Solórzano trabajó al servicio de Bimbo de Colombia S.A. desde el 4 de abril de 2011 hasta el 5 de enero de 2017, con un último cargo de controladora de equipo con un salario de $3.749.777, vínculo que terminó por decisión unilateral de la empleadora sin justa causa con el pago de la correspondiente indemnización. De igual manera, se encuentra demostrado que la actora padece de fibromialgia como da cuenta la historia clínica aportada, entre otras enfermedades, por las que ha recibido la correspondiente atención médica.
>
> Expuesto lo anterior, debe la Sala definir si en el caso concreto opera la garantía a la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, teniendo en cuenta que la demandante padece fibromialgia; de ser así, determinar si, según las pruebas incorporadas al proceso, se demostró la empleadora se enteró de dicha condición.
>
> **1º) Consideraciones previas**
>
> **a.Sobre los criterios de la Sala respecto a la definición de discapacidad y a la protección de estabilidad laboral establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.**
>
> La jurisprudencia vigente de la Sala, por mayoría, tiene asentado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es suficiente que, al momento del despido, el trabajador sufra quebrantos de salud, esté en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse, al menos, una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada; esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, en los términos del artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001 e independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales, como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, CSJ SL10538-2016, CSJ SL5163-2017, CSJ SL11411-2017, CSJ SL4609-2020, CSJSL3733-2020, CSJ

SL058-2021 y CSJ SL497-2021).

A partir de ese porcentaje, se ha considerado que la condición o situación de discapacidad es relevante o de un grado significativo, de carácter considerable y prolongado en el tiempo que afecta el desarrollo de las funciones del trabajador en el ejercicio del derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, por lo que merece la protección legal.

Adicionalmente, la Sala ha precisado que, para acreditar la discapacidad, no se requiere de prueba solemne y concomitante a la terminación del vínculo laboral, toda vez que, por el carácter finalista de la norma, lo importante es que el empleador tenga conocimiento de la condición del trabajador, para asumir con cuidado la potestad de prescindir de sus servicios, bien sea logrando su calificación o esperando el resultado de aquella.

Entre tanto, el contenido y los alcances del concepto de discapacidad han sido tópicos en constante discusión y desarrollo, de manera que son varios los instrumentos que impactan el entendimiento que debe asumir esta Sala, específicamente en lo que concierne al ámbito del trabajo y a la estabilidad que consagra el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En efecto, el concepto de discapacidad no ha sido estático, pues ha evolucionado como consecuencia de diferentes factores de acuerdo con las realidades sociales. Desde la década de los años 60 se propuso un concepto de modelo social de discapacidad, tal como puede notarse de la aprobación del Programa de Acción Mundial para la Discapacidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que buscaba el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas en situación de discapacidad, enfocado no solo en medidas de rehabilitación, sino de prevención y equiparación de oportunidades.

Tal objetivo también puede advertirse en la Resolución n.º 48/1996 del 20 de diciembre de 1993 emanada de la Asamblea de las Naciones Unidas relativa a las «*Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*», *que puso de presente los «obstáculos que impiden que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos y libertades y dificultan su plena participación en las actividades de sus respectivas sociedades», y la necesidad de «centrar el interés en las deficiencias de diseño del entorno físico y de muchas actividades organizadas de la sociedad, por ejemplo, información, comunicación y educación, que se oponen a que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad*».

Posteriormente, con la expedición de la «*Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*» y su «*Protocolo Facultativo*» de 2006, se enfatizó en un modelo con enfoque social y de derechos humanos, y se reafirmó que la discapacidad resulta

de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras externas, incluidas las actitudinales, las cuales finalmente evitan o impiden la participación igualitaria del individuo en el ámbito social, político, económico y cultural del Estado.

La Convención adoptó el «*enfoque de los derechos humanos*», por cuanto, con base en el «*modelo social*» de concepción de la discapacidad, se fijó como propósito «*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*», artículo 1.º.

Dicha convención «*configura el estándar global más reciente y garantista de los derechos de las personas en situación de discapacidad*» (CC C-066-2013) y, en particular para Colombia, al ser aprobada a través de la Ley 1346 de 2009 que entró en vigor desde el 10 de junio de 2011 (CSJ SL3610-2020).

En vigencia de dicho instrumento, las sentencias CSJ SL711-2021 y CSJ SL572-2021 reiteraron el criterio de la Sala referido con anterioridad y, en esta última decisión se amplió y señaló que, si bien ante el carácter técnico científico de la condición de discapacidad era relevante contar con una «*calificación técnica descriptiva*», en el evento en que esta no obrara en el proceso, bajo el principio de libertad probatoria, la limitación podía inferirse «*del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación*».

Por ello, la Sala reexamina la composición del bloque de constitucionalidad con relación a los derechos de las personas en situación de discapacidad y concluye que la mencionada Convención es vinculante no solo para el entendimiento del concepto de discapacidad, sino de la protección de estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; o en otros términos, que constituye el parámetro para interpretar los derechos humanos de las personas con discapacidad contenidos en la Constitución, especialmente, en lo que concierne a las medidas de integración social en igualdad de oportunidades con las demás personas.

Pues bien, según el inciso 2.º del artículo 1.º de la convención, «*Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de*

condiciones con las demás».

Así mismo, señala:

Por "discriminación por motivos de discapacidad" se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables (Inc. 4, art. 2).

Este concepto también concuerda con lo establecido en la Ley 1618 de 2013, que incluso lo amplió a las deficiencias de mediano plazo, en tanto establece:

ARTÍCULO 2o. DEFINICIONES. Para efectos de la presente ley, se definen los siguientes conceptos:
1. Personas con y/o en situación de discapacidad: Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Destaca la Sala.

Además, la Ley 1618 de 2013 también definió que las «*acciones afirmativas son políticas, medidas o acciones dirigidas a favorecer a personas o grupos con algún tipo de discapacidad, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades y barreras de tipo actitudinal, social, cultural o económico que los afectan*».

A juicio de la Sala, sin duda estas disposiciones tienen un impacto en el ámbito laboral y se orientan a precaver despidos discriminatorios fundados en una situación de discapacidad que pueda surgir cuando un trabajador con una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo, al interactuar con el entorno laboral vea obstaculizado el efectivo ejercicio de su labor en igualdad de condiciones que los demás.

Realizado el estudio del ordenamiento jurídico vigente, la Corte, debe concluir que la identificación de la discapacidad a partir de los porcentajes previstos en el artículo 7. º del Decreto 2463 de 2001 es compatible para todos aquellos casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 10 de junio de 2011 para deficiencias de largo plazo, y el 7 de febrero de 2013 para aquellas de mediano y largo plazo, conforme a la Ley Estatutaria 1618 de ese año.

b. Alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de

la Convención sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad.

De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que la discapacidad se configura cuando concurren los siguientes elementos:

1.La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.

2.La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás.

En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «*cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad*». La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «*algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo*».

Dicha disposición, sin pretender realizar un listado exhaustivo, señala que las barreras pueden ser:

a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;

b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.

c)Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o construidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.

Al respecto, debe destacarse que en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en «*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el*

goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».

Por tanto, el empleador tiene la obligación de realizar los ajustes razonables para procurar la integración al trabajo regular y libre (artículo 27 de la convención), en iguales condiciones que las demás. Para tales efectos la Sala entiende por ajustes razonables, una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

Asimismo, los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer «*una carga desproporcionada o indebida*» para el empleador. La determinación de la razonabilidad o proporcionalidad de los ajustes requeridos podrían variar, según cada situación, lo que implica para los empleadores hacer un esfuerzo razonable para identificar y proporcionar aquellos que sean imprescindibles para las personas con discapacidad. Y en caso de no poder hacerlos debe comunicarle tal situación al trabajador.

Los ajustes razonables cobran relevancia al momento de lograr la integración laboral de las personas con discapacidad, máxime si se tiene en cuenta que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia del año 2016, recomendó al Estado que «*adopte normas que regulen los ajustes razonables en la esfera del empleo*».
En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) la existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «l*os problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida*». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

b) la existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c)que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos

constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con los artículos 51 y 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez oficiosamente decrete y practique los medios de convicción que estime pertinentes en búsqueda de la verdad real por encima de la meramente formal.

En el anterior contexto, la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. Se considera que el baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales.

En este punto la Corte destaca que en el 2001 la Asamblea Mundial de la Salud aprobó la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud -CIF- de la OMS, que tiene por objetivo ser una herramienta descriptiva en la medición de la salud y la discapacidad en el contexto de la atención e investigación médica y en políticas públicas sanitarias compatible con el modelo social de la discapacidad.

Con todo, este último documento no puede utilizarse por sí solo para determinar la estabilidad laboral reforzada para las personas con discapacidad, sino que debe leerse en armonía con otros instrumentos normativos de aplicación obligatoria en nuestro ordenamiento jurídico que han abordado el concepto de la discapacidad desde un enfoque de derechos humanos.
Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) la existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;
(ii) el análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) la contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral no se funda en una causa objetiva o justa, tal decisión se considera discriminatoria y, por ello, es preciso declarar su ineficacia, acompañada de la orden de reintegro y el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en

el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora, el empleador conserva en todo caso la facultad de terminar el contrato de trabajo con sustento en una causa justa u objetiva y, para tal efecto, no es necesario que solicite autorización ante el Ministerio de Trabajo. El referido trámite administrativo se requerirá cuando el despido tenga una relación directa con la situación de discapacidad y no fue posible implementar ajustes razonables.

Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función de unificación de la jurisprudencia, se aparta de las interpretaciones que consideran que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración toda vez que, conforme se explicó, la Convención y la ley estatutaria previeron tal protección únicamente para aquellas deficiencias de mediano y largo plazo que al interactuar con barreras de tipo laboral impiden su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. Aquí, vale precisar que las diferentes afectaciones de salud per se no son una discapacidad, pues solo podrían valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características.

(Subrayado de la Sala).

De tal manera que atendiendo el lineamiento jurisprudencial transcrito, contentivo del criterio actual de la Corte, para la aplicación de la protección a la estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad, se debe tener en cuenta, en primer lugar, si el trabajador, al momento del despido, padecía una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo; luego, si en su caso particular, existían barreras (actitudinales, comunicativas, físicas, sociales, culturales o económicas etc.) que le impidieran el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás subordinados de la empresa; y finalmente, si tales circunstancias habían sido conocidas por el empleador, como

lo consideró el juzgador de la alzada.

Entonces, al momento de evaluar la situación de discapacidad del trabajador, en aras de establecer si la deficiencia que padece conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, resulta imperioso analizar el cargo desempeñado por el subordinado, las funciones, los requerimientos, exigencias, en el entorno laboral y actitudinal (factor contextual); y por último, realizar la «*contrastación e interacción*» entre la deficiencia o limitación con el entorno laboral, para verificar la imposibilidad del trabajador de desarrollar la labor para la que fue vinculado.

Si del análisis anterior se concluye que el asalariado estaba en situación de discapacidad porque además de sufrir de algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo, tenía barreras que le impidieran el ejercicio efectivo de su labor en igualdad de condiciones con sus compañeros, que fueran conocidas por el empleador; ha de averiguarse si la terminación del vínculo en realidad se fundó en una causa objetiva o justa. Si la respuesta es negativa, la decisión del empleador debe considerarse discriminatoria, y, por tanto, ampararse al empleado con el fuero deprecado.

En otras palabras, antes de entrar a confirmar si la terminación del contrato de trabajo se fundó en causa objetiva o justa, o si lo fue de manera unilateral sin justa causa, resulta ineludible establecer si el trabajador era titular o no de la protección en los términos anteriormente señalados.

Los parámetros anteriores fueron advertidos por el colegiado quien, contrario a lo planteado por la censura, sí incursionó en el análisis de los medios de prueba allegados al plenario sobre esa materia y a partir de allí arribó a una serie de conclusiones fácticas que le permitieron establecer que no se reunían los presupuestos jurisprudenciales, dentro de los que no incluyó el que el trabajador se encontrara incapacitado para la calenda del retiro, como lo afirma el recurrente, para considerar al actor beneficiario de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, lo que independientemente de su acierto, no le es dable a la Sala criticar desde el punto de vista probatorio, en consideración a la senda directa elegida para el ataque.

En ese orden de ideas, el Tribunal no cometió los yerros jurídicos endilgados, por ende, el cargo no prospera.

IX. CARGO SEGUNDO

El recurrente controvierte la decisión de segundo grado por la vía directa, en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 254 del CST, 98 y 99 de la Ley 50 de 1990.

Como sustento de su inconformidad refiere que en las pretensiones de la demanda inicial se invocó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías correspondiente a la vigencia de la relación de trabajo, con fundamento en que las convocadas «*a sabiendas de la ilegalidad que le asistía respecto de la vinculación irregular*» a través de un esquema de trabajo asociado, «*no le fue*

reconocida ni pagada la cesantía tal y como lo ordenan los artículos 98 y 99 de la ley 50 de 1990».

Señala que los valores cancelados en forma indebida carecen de legalidad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 254 del CST, lo que conduce a su pérdida, pues se desatendió la obligatoriedad del régimen de consignación anualizado ante el fondo al que debió ser afiliado.

Agrega que el juez de la apelación «*no puso en análisis las normativas de que tratan los artículos 98 y 99 de la ley 50/90, con el fin de establecer en efecto que el demandante fue apartado de los postulados legales para el reconocimiento y pagos del derecho a la cesantía*» pues tan solo dispuso la revocatoria del numeral quinto de la decisión que contenía tanto el reconocimiento de las cesantías, como la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, con el argumento de que no se logró demostrar que las accionadas hayan quedado adeudando concepto alguno por prestaciones sociales o salarios.

Y agrega:

> Bajo el entendimiento anterior, partimos entonces que el ad-quem, considera validados entonces los pagos efectuados por la cooperativa bajo denominaciones diferentes y sin mediar las reglas especiales de la ley 50/90 esto es, sin consignarlas ante el fondo respectivo, por lo que evidentemente se constituye en una abrogación indebida de la aplicación normativa.

Ahora, además de solicitar que se confirme la aplicación de la sanción de que trata el tantas veces mencionado artículo 99 pide que «*de plano conforme los mismos principios*

de buena o mala fe son tenidos en consideración para la pretensión SUBSIDIARIA DE SANCION (sic) MORATORIA en caso de no prosperar la pretensión principal de reintegro. imponiendo para ello, condena al pago de 1 día de salario por cada día de mora en su cumplimiento».

Ello en tanto «*bajo las normas de interpretación implementadas*» por esta corporación, este tipo de sanciones opera con la observancia y análisis debido de la buena o mala fe de su empleador en el desarrollo de la actividad contractual, siendo evidente en el caso en concreto, la verdadera intención de eludir por todos los medios las responsabilidades patronales por parte de Avianca S. A., a quien le correspondía acreditar que su proceder estuvo ajustado a la buena fe.

X. RÉPLICA

Avianca S. A. se opone a la prosperidad de la acusación destacando que el Tribunal no ofreció ninguna argumentación para revocar las condenas al pago de las cesantías ordenadas en el numeral quinto de la sentencia de primera instancia y, por esa razón, no es posible establecer si incurrió en alguna infracción normativa.

Que, sin perjuicio de lo anterior, el artículo 254 del CST gobierna una situación diferente a la debatida en el proceso, como lo es la prohibición de pagos parciales del auxilio de cesantía, luego no debía ser aplicada en consideración a que, en el asunto en concreto, no se presentó ese pago parcial,

puesto que, en estricto sentido, no hubo un pago del auxilio de cesantía como tal, ya que lo que se dio fue el reconocimiento de beneficios equivalentes a este, lo que es distinto.

De ahí que, si no hubo un pago parcial del auxilio de cesantía, pues, además, la suma equivalente se pagó completa, no había ninguna razón para hacerle producir efectos a la citada disposición normativa. Y que, si se asume que no hubo un pago del auxilio de cesantía, como lo entendió el juez de primer grado, con mayor razón no podría hablarse de un pago parcial o anticipado de esa prestación.

En cuanto al artículo 98 de la Ley 50 de 1990, pone de presente que tal y como lo señala el recurrente, el Tribunal afirmó que al actor no se le quedó debiendo concepto alguno por prestaciones o salarios, de lo que puede entenderse que consideró que las sumas pagadas a este por la cooperativa incluían lo correspondiente al auxilio de cesantía.

Y en cuanto al artículo 99 *ibidem*, adujo que, si el fallador concluyó que nada se le adeudaba al demandante, es claro que no tenía cabida, por no presentarse ninguna conducta morosa que ameritara la imposición de la sanción allí establecida.

XI. CONSIDERACIONES

Atendiendo el reparo del censor debe indicar la Corte que le asiste la razón a la sociedad opositora en la glosa que

le atribuye a la acusación, toda vez que de la providencia controvertida surge que el colegiado no hizo pronunciamiento alguno sobre el derecho a la cesantía por todo el tiempo laborado por el actor a su verdadera empleadora; de ahí que, si el fallador de apelación omitió resolver puntos que de conformidad con la ley debían ser objeto de decisión, ello imponía a la parte interesada, en este caso el demandante, que solicitara la adición o complementación del fallo de segundo grado en los términos del artículo 287 del CGP, en tanto el recurso extraordinario no está concebido para corregir las falencias que pueden ser saneadas en las instancias.

Al respecto, en la sentencia CSJ SL, 29 jun. 2001, rad. 15456, reiterada en la decisión SL2604-2021, esta corporación dijo:

> […] En reiteradas oportunidades ha sostenido la Corte que el recurso de casación, dada su propia naturaleza de ser extraordinario, no está instituido como sucedáneo para corregir yerros que pueden ser subsanados en las instancias mediante otros mecanismos jurídicos especialmente previstos para el caso, como son la aclaración, corrección y adición de las sentencias, consagrados en los artículos 309, 310 y 311 del Código de Procedimiento Civil, aplicables en lo laboral por la remisión expresa del artículo 145 del C. de P. L.

Por otro lado, destaca la Sala que lo que el *ad quem* consideró fue que no estaba acreditado que las accionadas, a la terminación del contrato de trabajo, adeudaran sumas de dinero por concepto de prestaciones sociales o salarios; de ahí que no dio paso a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, pretensión respecto de la que sí se pronunció y, lo que, en todo caso permite descartar la

infracción directa de los artículos 98 y 99 de la Ley 50 de 1990, pues la razón por la cual no le dio aplicación a las mismas, no fue por desconocimiento o rebeldía, sino porque el demandante no tenía derecho al pago de suma de dinero alguna por concepto prestaciones sociales, en las que se encuentran comprendidas las cesantías.

Entonces, si la censura quería tener consistencia y solidez en el ataque, lo primero que debió hacer era acusar por la vía de los hechos, tal particularidad, esto es, demostrar que al trabajador se le adeudaba el auxilio de cesantías causado en vigencia de su vínculo laboral, y/o que se le canceló de manera irregular al desatenderse la obligación de consignación ante un fondo de cesantías, de manera que pusiera en evidencia que, contrario a lo concluido por el fallador de alzada, sí había lugar a su pago.

Solo advertido y demostrado lo anterior podía pretender la aplicación de los efectos a los que alude el artículo 254 del CST, así como a la indemnización contemplada por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, lo cual lejos está de acaecer, pues el recurrente busca la aplicación de tal sanción sobre una premisa que el Tribunal nunca edificó.

Es por ello que esta corporación ha expuesto, entre otras en las sentencias CSJ SL9159-2017 y SL5003-2019, que es carga imperativa y fundamental de quien interponga el recurso extraordinario, identificar las premisas jurídicas y fácticas de la sentencia y desquiciar, mediante cargos independientes, de acuerdo con la vía que corresponda, todos

los cimientos del fallo cuya desaparición del mundo jurídico pretende, pues si ello no ocurre, como acontece en el caso bajo examen, el cargo está llamado al fracaso.

Por lo anterior la acusación no prospera.

XII. CARGO TERCERO

Impugna la decisión del Tribunal por la vía directa en la modalidad de infracción directa de los artículos 1, 9, 10, 14 del CST, lo que condujo a la aplicación indebida de los artículos 470 y 471.

Para demostrar la inconformidad dice que, al no existir discusión en torno a los aspectos de intermediación y tercerización laboral indebida por parte de las demandadas, surge evidente que una de las principales razones por las cuales no fue vinculado de manera directa de Avianca S. A. tuvo que ver con el factor económico derivado del otorgamiento de los beneficios extralegales de que son beneficiarios los trabajadores de dicha sociedad y que se plasman en los planes voluntarios de beneficios.

Por ello, dice, la consecuencia «*lógica*» ante la declaración del contrato realidad corresponde al reconocimiento de tales prebendas, sin que sean oponibles los argumentos tendientes a sostener que su aplicación es voluntaria y, que por ello se requería de la manifestación del trabajador en ese sentido, pues en consideración a la forma tercerizada en que se vinculó no se otorgó la posibilidad

acogerse a tales acreencias, de ahí que se relieve la desventaja y desmejora respecto de los demás empleados directos de la compañía.

Así las cosas, advierte que el juzgador de segundo grado incurrió en un yerro protuberante al acudir al artículo 470 del CST, cuando las acreencias que se persiguen provienen de un plan voluntario de beneficios y no de una convención colectiva de trabajo.

Destaca que a pesar de que el colegiado afirmó que no era posible aplicar los beneficios como quiera que se encontraba condicionados a otros requisitos como «*evaluaciones anuales de desempeño e indicadores*», lo que corresponde a la esfera fáctica, afirma que «*atendiendo a que la justificación jurídica en su negativa se aprecia desde la óptica de las reglas de la convención colectiva, no estaríamos frente a una deficiencia de carácter probatoria*».

XIII. RÉPLICA

Sobre este cargo la opositora plantea que adolece de la deficiencia de estar soportada en consideraciones de orden fáctico pese a estar orientada por la senda jurídica.

Independientemente de ello sostiene que, en todo caso, no demuestra que el colegiado haya incurrido en un desacierto al concluir que ese plan no se aplica a todos los trabajadores por cuanto se requiere de la voluntad expresa

del trabajador para acogerse a este; además del cumplimiento de condiciones y requisitos como evaluaciones de desempeño e indicadores que no se satisfacen por el promotor del litigio.

Y, que, por el contrario, la censura se dedica a efectuar «*conjeturas y especulaciones*» sobre las supuestas razones por las cuales en las actividades tercerizadas no se le brindó la oportunidad de acogerse a tales beneficios, sin precisar de dónde provienen tales aseveraciones.

XIV. CARGO CUARTO

El recurrente controvierte la decisión de segunda instancia por la vía indirecta en la modalidad de aplicación indebida del artículo 216 del CST.

Enlista como errores de hecho:

> 1.Considerar que la perdida (sic) de capacidad laboral del demandante en un 30.54%, las deficiencias allegadas al plenario y que obran en su historia clínica originadas de su relación laboral, no revisten de la conducencia para demostrar la culpa patronal.
>
> 2.Dar por demostrado, sin estarlo, que los siniestros reportados en el año 2015, no dejaron secuelas en el demandante.
>
> 3.Dar por sentado, que el único incidente que debe analizarse bajo la culpa patronal es el ocurrido el día 15 de febrero de 2016, omitiendo el análisis completo de la historia clínica del trabajador.
>
> 4.Dar por demostrado, sin estarlo, el cumplimiento por parte del empleador en los limites (sic) de carga de que trata los artículos 388 y 397 de la Resolución 2400 de 1979, al trabajador, siendo cierto que las cargas sometidas al trabajador, superaban estos limites (sic) establecidos.

5.Dar por demostrado el cumplimiento en la capacitación del demandante por las constancias de capacitación esporádica de acondicionamiento físico, calidad de vida y pausas activas, sin contar siquiera con los contenidos de estas capacitaciones.

6.Concluir carencia probatoria de la manera como acaeció el accidente sufrido por el demandante JOSE (sic) GARCIA, (sic) omitiendo el análisis debido a la historia clínica y reporte de accidente de trabajo.

7.Dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante se encontraba previamente capacitado para ejercer la labor.

8.Dar por demostrado que la demandada entrego (sic) la suficiente dotación para la protección del trabajador ante lesiones de espalda y hombro, por el hecho de entregársele protectores auditivos y botas de caucho.

9.Dar por sentado que no se demostró que las enfermedades profesionales que padece el actor son consecuencia exclusiva del trabajador, cuando el mismo despacho acevera (sic) que fueron de origen "profesional".

10.Concluir, argumentando que no tiene la claridad suficiente, que las lesiones "pudieron haber sido producto de una mala posición por parte del trabajado al momento de manipular las cargas".

Relaciona como medios de prueba apreciados de manera indebida:

1.Copia de Historia Clínica de fecha 15 de octubre de 2011 expedida por la Clínica de Occidente, ingreso por "Dolor Lumbar Agudo".

2.Copia de Historia Clínica de fecha 3 de diciembre de 2012 con el cual se atiende el accidente de trabajo, expedido por la Clínica de ortopedia y accidentes laborales S.A., ingreso por "Trauma hombro izquierdo".

3.Copia de Historia Clínica de fecha 7 de diciembre de 2012 con el cual se atiende el accidente de trabajo, expedido por la Clínica de ortopedia y accidentes laborales S.A., ingreso por "Tirón hombro izquierdo".

4.Copia de Historia Clínica de fecha 23 de abril de 2013 expedida por la Clínica de Occidente, ingreso por "Lesión Mano derecha".

5.Copia concepto de aptitud laboral de fecha 1º de enero de 2014, expedido por Asesorías y servicios en salud ocupacional con recomendaciones laborales.

6.Copia de informe de consulta por dolor el hombro y mano derecha de fecha 28 de julio de 2014 expedido por el Policlínico del Olaya.

7.Copia de informe de recomendaciones laborales expedido por SERVICOPAVA de fecha 9 de octubre de 2015.

8.Copia de Historia Clínica de fecha 4 de octubre de 2015 general en donde se puede evidenciar el historial de patologías y accidentes de trabajo del demandante. (52 Folios).

9.Informe de resonancia magnética de columna lumbosacra de fecha 16 de octubre de 2016 expedida por la Clínica los Nogales.

10.Copia de informe de reubicación y recomendaciones laborales expedido por SERVICOPAVA de fecha 16 de enero de 2017.

11.Copia de Historia Clínica de fecha 13 de octubre de 2017 general en donde se puede evidenciar el historial de patologías y accidentes de trabajo del demandante, expedida por la IPS Virrey Solís. (4 Folios).

12.Copia de informe de consulta por psicología con la cual se remite por medicina general al demandante con cuadro clínico “depresión” de fecha 8 de noviembre de 2017 expedido por la Clínica Retornar S.A.S.

13.Copia de informe de consulta de reumatología de fecha enero 18 de 2018 expedido por IPS Especializada.

14.Dicamen (sic) de pérdida de la capacidad laboral junta regional de invalidez con pérdida del 16,44%

15.Pérdida de la capacidad laboral AXA COLPATRIA del 11.80% de perdida de origen laboral

16.Dictamen de pérdida de capacidad laboral con PCL 30.54% de la Junta Regional de Calificación de invalidez.

17.Planillas de asistencia a capacitaciones de folios 427 a 437 del informativo.

Para demostrar su inconformidad señala que al tenor de la demanda inaugural, el reconocimiento y pago de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios se sustenta en

los «*múltiples*» accidentes laborales padecidos y que le han causado su pérdida de capacidad laboral, inicialmente determinada en 11,80% de origen laboral por lesiones de hombro; luego en 16,40% por la deficiencia en su médula espinal y, la última de ellas en 30,54% por la afectación en «*manguito rotador, trastorno no especificado de discos intervertebrales*».

Reproduce el contenido del artículo 216 del CST y sostiene que si bien el sentenciador de la apelación en cuanto a la carga de la prueba acudió a la sentencia CSJ «*SL22656 de 2005*» (sic) y sobre su inversión se refirió a la decisión SL17026-2016, es necesario tener en cuenta que lo que reclama es la desprotección debida del empleador en el desarrollo de las actividades desplegadas, ante la omisión de capacitación y de implementar el uso de elementos mecánicos para el levantamiento de cargas y, de políticas «*y aspectos debidos en su obrar como "aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios" o como el del buen padre de familia hacia su hijo*».

Transcribe un fragmento de la decisión controvertida para indicar que el primero de los desatinos del juez plural consiste en considerar «*como "inconducentes" las pruebas de historia clínica del trabajador*» así como los dictámenes de origen y nivel de pérdida de capacidad laboral, a pesar de que son documentos que dan cuenta de aspectos como la fecha de ocurrencia de los eventos, sus pormenores, tratamiento seguido y las consecuencias que se derivaron de su

ocurrencia. Además, en el caso de los dictámenes, establecen el origen de la lesión, su gravedad y PCL.

Lo que, de la misma manera, pasa por alto que «*la circunstancia reclamada y que el mismo colegiado inicialmente resalta*» no deviene de un único y exclusivo evento en su salud, pues se funda en la ocurrencia de «*múltiples*» accidentes de trabajo a lo largo de su vigencia contractual y que dan cabida a la pérdida progresiva de su estado de salud.

Afirma que el colegiado comete el segundo de los errores enunciados en el cargo, y es considerar que los siniestros reportados con anterioridad al accidente de trabajo del 15 de febrero de 2016 no dejaron secuela alguna, pues una adecuada interpretación de la historia clínica permite establecer las lesiones padecidas «*en todo su desarrollo laboral*», como se avizora del documento fechado 4 de octubre de 2015. Unido a que en los documentos de «*reporte de accidente de trabajo, calificaciones de pérdida y recomendaciones laborales en general*», se registra que todas sus deficiencias, tienen origen estrictamente laboral.

Argumenta que a pesar de que el sentenciador de segundo grado endilga «*la obscuridad y/o aspectos en la ocurrencia del accidente de trabajo padecido el 15 de febrero de 2016*», ello se esclarece tanto en el reporte de accidente de trabajo aportado, el documento de calificación de pérdida de su capacidad laboral y «*sus múltiples recomendaciones y restricciones laborales*» en los que se establece «*la manera de ocurrencia del accidente y qie* (sic) *obedeció al sobre esfuerzo*

del demandante al realizar una manipulación de cargas al interior de las bodegas de un avión».

Indica que si bien para el despacho se presenta insuficiencia respecto del motivo concreto generador de la lesión, esto es, si fue por sobrepeso o por un movimiento inadecuado del trabajador, lo cierto es que este aspecto, por cualquiera de las causas planteadas desencadena en la responsabilidad patronal, pues para el caso de manipulación de cargas, «*es claro conforme a los testimonios y de público conocimiento, cuales* (sic) *son los tamaños, pesos y descripción de las cargas que se transportan en las bodegas de los aviones de AVIANCA S.A., equipajes de personas con un rango entre los 25 kilos y más, que evidentemente no es limitado por la aerolínea*», sino sobrefacturado con cobro al viajero, sin embargo validado para su manipulación.

Además, que se transportan «*aparatos y demás elementos que por su tamaño y peso no pueden ser abordados en cabina (ataud, (sic) herramientas, motores, repuestos, insumos) de los cuales evidentemente en su mayoría supera los 20 kilos de que trata la normativa aludida por el ad-quem*», y que conforme se evidencia, no se contaba con elementos auxiliares o mecánicos para su manipulación.

Por otra parte, asegura, de llegarse a tratar de una indebida manipulación del trabajador, era deber del empleador demostrar la debida capacitación, la implementación de elementos para manipulación de cargas, los coordinadores ocupacionales que vigilan estos

procedimientos, el plan de trabajo, las políticas internas para manipulación de estas cargas, lo que brilla por su ausencia.

Señala que el juez de la apelación «*invalida los aspectos o siniestros anteriores al accidente de trabajo del 15 de febrero de 2016*», con lo que soslayó que contaba con lesiones de hombro, espalda y columna, que devienen «*de la multiplicidad de contingencias presentadas a lo largo de su vida laboral al servicio de las demandadas*».

Así mismo que los artículos 388 a 397 de la Resolución 2400 de 1979, establecen que los trabajadores deben instruirse por el empleador sobre métodos seguros para el manejo de materiales, sin que se haya puesto de presente por el sentenciador plural de qué manera se aseguró el empleador de estos aspectos y de la limitación de las cargas máximas de 25 Kg., pues aun cuando se consideró que la demandada presentó debidamente el adiestramiento y capacitaciones del trabajador, conforme las documentales obrantes a folios 427 a 437 del plenario, ello no era así.

Lo afirmado como quiera que dentro tales medios de prueba se encontraba una planilla de asistencia a charlas de acondicionamiento físico, empero, no se determinaba con claridad, cuáles eran los temas allí tratados, los cuidados reseñados ni si se le había indicado la manera como debía realizarse la manipulación de cargas y menos aún, qué hacer en caso de presentarse pesos que superaran los límites legalmente permitidos.

De igual forma, sostiene que corresponden a soportes de asistencia del trabajador a charlas de calidad de vida y pausas activas, aspectos que si bien los reseña el Tribunal como capacitaciones respecto de levantamientos y manipulación de cargas, en nada tienen que ver estos temas o actividades; unido a que no obran en la actuación soportes de las capacitaciones o charlas respecto del cuidado de espalda o de cómo debía trabajar en rampa, «*por lo que estos aspectos no concuerdan con las documentales relacionadas*» por el fallador de la apelación.

Indica que a pesar de que el sentenciador dijo que se acreditó la entrega de la dotación a que había lugar y que ello conducía a «*excluir la responsabilidad del empleador en la ocurrencia de los accidentes que dan cuenta de lesiones en espalda, hombro, manguito rotador, etc.*», discrepa de tal consideración pues un pantalón, camisa y chaqueta, junto con los protectores auditivos y botas de caucho, no son suficientes ni adecuados para la labor principal a su cargo consistente en la manipulación de equipaje y mercancía de las aeronaves de la demandada, para lo que debía existir elementos mecánicos que apoyaran en esta labor.

Agrega que de vieja data «*SL 13653/ 15 y SL 7181-2015*», se ha contemplado la denominada inversión de las cargas probatorias, de manera que era deber del empleador, ante las afirmaciones y evidencias de lesiones por causa de labores realizadas con el descuido y deber de protección debido, entrar a demostrar todas las circunstancias de protección

desarrolladas y encaminadas a la prevención precisamente de la ocurrencia de accidentes de trabajo o lesiones causadas a los trabajadores por actividades de alto riesgo como las desempeñadas por el demandante frente al levantamiento de cargas de gran peso, aspecto que nunca cumplió.

XV. RÉPLICA

Avianca S. A. se opone precisando que, pese a que se cita como mal valoradas varias pruebas del proceso, no se refiere, de manera concreta a lo que cada una acredita; que además, la acusación soporta toda su argumentación en un supuesto abiertamente equivocado consistente en que la simple ocurrencia de accidente de trabajo o de una enfermedad laboral, desencadena una responsabilidad del empleador.

Destaca que aun cuando el censor sostiene que el juzgador de la apelación afirmó que la historia clínica del trabajador y los dictámenes rendidos eran inconducentes, ello no es así, en tanto lo que consideró fue que el hecho de que hubiera sufrido accidentes de trabajo o tuviera una pérdida de capacidad laboral no era prueba suficiente de la culpa patronal alegada.

XVI. CONSIDERACIONES

Conforme al sistema constitucional y legal, la demanda de casación está sometida a un conjunto de formalidades

que, más que un culto a la técnica, son supuestos esenciales de la racionalidad del recurso; por ende, constituyen su debido proceso y son necesarios para que este no se desnaturalice.

Lo indicado, en consideración a que la labor de la Corte se supedita a que el recurrente formule de manera adecuada la acusación, para a partir de ello, confrontar la sentencia con la ley y, así determinar si el fallador plural atendió las disposiciones legales que debía aplicar para solucionar correctamente la controversia sometida a su escrutinio.

Por lo señalado, al censor le corresponde identificar los soportes del fallo que debate, para con base en ello, establecer la senda por la cual debe dirigir el ataque, ya sea por la vía de los hechos ora por la jurídica, o por ambas, en cargos separados, desde luego, cuando el fundamento de la decisión que se confuta sea mixto. Lo anterior a efectos de que el recurso extraordinario sea susceptible de un estudio de fondo, en tanto, acorde con las normas procesales de nuestro ordenamiento laboral, el mismo debe reunir los requisitos de técnica que aquellas exigen, pues de no cumplirse puede conducir a que este resulte infructuoso.

Así las cosas, advierte la Sala que en la sustentación de los cargos tercero y cuarto se incurre en desatinos técnicos que comprometen su prosperidad, los cuales no son susceptibles de corregir en virtud del carácter dispositivo que rige el recurso extraordinario, conforme se señala a continuación.

1. En lo que hace al cargo tercero, aun cuando la censura señala que la senda elegida corresponde a la del puro derecho, lo que reitera en el desarrollo de la acusación, advierte la Sala que lejos de desplegar un ejercicio argumentativo de ese tipo conforme al cual revelara su conformidad con las conclusiones fácticas y probatorias de la sentencia del Tribunal, el reproche se contrae a señalar que atendiendo a que la vinculación fue tercerizada, no se le otorgó la posibilidad de acogerse a las prebendas contenidas en el plan voluntario de beneficios, y por ello no se le podía tampoco exigir el cumplimiento de los requisitos previstos para su aplicación.

Lo anterior pone en evidencia el desconocimiento del censor en torno a que los reparos por la vía jurídica suponen conformidad con las conclusiones fácticas del colegiado, lo que sin duda no ocurre en el asunto en concreto, en tanto la acusación parte de argumentos que necesariamente conducen a la revisión del Plan Voluntario de Beneficios, lo que no es dable cuando el reparo se encauza por la senda jurídica.

Así se ha adoctrinado por esta corporación, entre muchas otras en la providencia CSJ SL, 18 may. 2009, rad. 32198, en la que al respecto se dijo:

> Como es suficientemente sabido, cuando un cargo se dirige por la vía directa, como aquí sucede, la cuestión debatida por el recurrente debe ser estrictamente jurídica, de suerte que los hechos del proceso están fuera de controversia, lo cual indica que se parte del supuesto de que el impugnante los acepta en la forma como fueron establecidos por el Tribunal.

2. Lo precedente supone, además, que las conclusiones fácticas del colegiado sobre la inaplicabilidad del Plan Voluntario de Beneficios, las que se fundaron en el incumplimiento de las exigencias dispuestas para ello, correspondientes a la necesaria expresión de voluntad del trabajador para acogerse a este; así como de las evaluaciones anuales de desempeño e indicadores, al no ser controvertidas se mantengan inalterables y, por consiguiente, la sentencia incólume.

Sobre la deficiencia anotada vale la pena traer a colación la sentencia CSJ SL2996-2023, en la que se precisó:

> La Sala reitera el carácter extraordinario del recurso de casación, que impone al recurrente la carga de destruir todos los soportes sobre los que se encuentra construido el pronunciamiento impugnado, por manera que, de no lograrlo, la presunción de acierto y legalidad que lo ampara permanecerá invariable y acarreará, como necesaria consecuencia, el fracaso de la impugnación.

En igual sentido, en la decisión CSJ SL3326-2019, que reiteró lo dicho en la providencia SL16794-2015, sobre el punto se indicó:

> [...] Teniendo en cuenta la presunción de acierto y legalidad de que está revestida la sentencia de segunda instancia, al recurrente le corresponde derruir todos y cada uno de los fundamentos en que se soporta la decisión, so pena de que ésta permanezca incólume. Al respecto, la Corte ha sostenido que «no son suficientes las acusaciones parciales, de tal suerte que es carga del recurrente en casación destruir todos los soportes del fallo impugnado, pues aquél que se deje libre de cuestionamiento será suficiente para mantener en pie la decisión que se impugna, que bien se sabe, llega al estrado casacional amparada con las presunciones de legalidad y de acierto, que deben ser derruidas por el impugnante.» (CSJ SL, 3 feb. 2009, rad. 31284).

Así que se dejaron libres de ataque los pilares de la decisión sobre los que se encuentra construido el pronunciamiento impugnado, no se logra derruir la presunción de acierto y legalidad que lo ampara, por lo que permanecerá invariable y acarreará, como necesaria consecuencia, el fracaso de la impugnación. (CSJ SL1847-2024).

De acuerdo con lo expuesto, era necesario que el recurrente controvirtiera todos los fundamentos de hecho en que se basó la sentencia acusada, pero ello no ocurrió.

3. Vale aclarar que, aun cuando el sentenciador de segundo grado aludió a los artículos 470 y 471 del CST para manifestar que no reposaba en el plenario medio de prueba que evidenciara que el actor estuvo afiliado al sindicato de trabajadores de tal sociedad, como tampoco que este fuere mayoritario, lo que resulta desacertado en tanto la fuente de los derechos extralegales no correspondía, en este caso, a una convención colectiva de trabajo; lo cierto es que ello no fue lo que realmente incidió en su decisión absolutoria.

En efecto, al adentrarse en el análisis del Plan Voluntario de Beneficios cuya aplicación se depreca por el demandante, estableció, se itera, que este no se aplicaba indiscriminadamente a todos los trabajadores, en tanto debía existir la voluntad expresa de cada colaborador para acogerse al mismo; unido a que debían cumplirse con unas condiciones y requisitos como evaluaciones anuales de desempeño debidamente calificadas e indicadores, las que

coligió no se reunían por el promotor del litigio, sin que se controvirtiera tal conclusión.

4. De esa manera es evidente que el cargo tercero se quedó en una formulación genérica de la inconformidad de la censura, la cual se asemeja más a unos alegatos, en los que en todo caso, no se despliega un planteamiento lógico y jurídico tendiente a demostrar cómo el sentenciador de segundo grado, transgredió las normas denunciadas, en las que si bien, además se incluyó a los artículos 1, 9, 10, 14 del CST, como infringidos de manera directa, el recurrente no se ocupa de indicarle a la Corte porque eran las disposiciones llamadas a resolver la controversia y a pesar de ello el Tribunal no las empleó y cómo tal proceder incidió en la decisión adoptada.

5. Ahora, en lo que al cargo cuarto se refiere debe indicarse que el discurso planteado por la censura, evidencia que el escrito es un típico alegato de instancia, pues efectúa una crítica genérica sin ocuparse de cada uno de los yerros fácticos endilgados para intentar demostrarlos.

Sobre esta materia resulta oportuno señalar, que la casación no le otorga competencia a la Corte para juzgar el pleito, a fin de resolver a cuál de los litigantes le asiste la razón, pues tal como lo ha expresado insistentemente esta Sala, no se trata de una tercera instancia, por lo tanto, no es procedente presentarlo en forma de alegatos, toda vez que debe sujetarse a las mínimas formalidades previstas para su

estimación y deben acreditarse con suficiencia los desatinos que se imputan a la decisión.

Así lo dijo esta corporación en la sentencia CSJ SL12326-2017, en la que precisó lo siguiente:

> Como lo ha expresado la Sala y se reitera, el recurso extraordinario de casación, no es una tercera instancia, ni admite argumentos en forma de alegatos de instancia; en sentencia CSJ SL4281-2017, se precisó:
>
> Reitera, una vez más, la Corte que el recurso de casación no es una tercera instancia, en la que el impugnante puede exponer libremente las inconformidades en la forma que mejor considere. Por el contrario, adoctrinado está que el recurrente debe ceñirse a las exigencias formales y de técnica, legales y jurisprudenciales, en procura de hacer procedente el estudio de fondo de las inconformidades, en la medida en que son los jueces de instancia los que tienen competencia para dirimir los conflictos entre las partes, asignando el derecho sustancial a quien demuestre estar asistido del mismo. Al juez de la casación, le compete ejercer un control de legalidad sobre la decisión de segundo grado, siempre que el escrito con el que se sustenta el recurso extraordinario, satisfaga las exigencias previstas en el artículo 90 del Código Procesal del Trabajo, las cuales no constituyen un culto a la formalidad, en tanto son parte esencial de un debido proceso preexistente y conocido por las partes, según los términos del artículo 29 de la Constitución Política.
>
> Se ha dicho con profusión que, en esta sede, se enfrentan la sentencia gravada y la parte que aspira a su quiebre, bajo el derrotero que el impugnante trace a la Corte, dado el conocido carácter rogado y dispositivo de este especial medio de impugnación.

6. Además, como bien lo pone de presente la réplica, aun cuando se denuncian como indebidamente apreciados varios medios de convicción obrantes en el plenario, tanto hábiles como no, en sede extraordinaria, se pasa por alto que cuando un cargo se propone por la vía indirecta, el deber de la censura radica en exponer de manera clara qué es lo que la prueba acredita y el yerro evidente en su apreciación;

demostración que, debe realizarse a través de un análisis razonado y crítico del material probatorio, confrontando la conclusión que se deduzca de este proceso intelectual de argumentación con, aquello que coligió el sentenciador plural.

Se afirma lo anterior pues el recurrente omite por completo indicar qué es lo que cada una de las pruebas acusadas dice y cómo contradicen las conclusiones del fallador, con lo que se dejó de desplegar de manera adecuada el ejercicio argumentativo tendiente a demostrarle a la Sala cómo desde la vía fáctica el juez de la apelación en su decisión incurrió en un determinado error.

Ello en tanto la alusión genérica a lo que se puede derivar de las pruebas denunciadas o que estas pueden disipar la «*obscuridad*» que avizoró el sentenciador de segundo grado en relación con las circunstancias en que se produjo el accidente de trabajo ocurrido el 15 de febrero de 2016 y que el actor sufrió «*múltiples*» accidentes y en igual medida recibió recomendaciones médicas, sin desplegar un ejercicio argumentativo suficiente no permite considerar satisfechos los presupuestos para analizar de fondo su inconformidad.

Lo indicado pues las anteriores alusiones las acompaña así mismo, de una serie de afirmaciones subjetivas respecto al alcance de las capacitaciones que debió recibir y a los elementos de protección personal que se le debieron

suministrar, sin ocuparse de controvertir las conclusiones del juzgador de la alzada sobre tales materias y, en todo caso, sin estructurar un argumento sólido que le permita a la Sala adentrarse en su estudio de fondo.

Al punto ha sostenido la Corte que cuando la acusación se endereza formalmente por la vía de los hechos, debe la censura cumplir con el deber de presentar un razonamiento mínimo que permita hacer un examen sobre la sentencia y determinar si la misma violó o no la ley, lo cual, en el presente caso no se cumplió. Sobre este particular en la providencia CSJ SL, 23 mar. 2001, rad. 15148 se enseñó:

> En lo que tiene que ver con los errores fácticos y con la apreciación probatoria, debe recordarse que el hecho de no compartir la censura la razonable estimación efectuada por el fallador a las pruebas existentes en el expediente no constituye necesariamente un yerro ostensible.
>
> En efecto, cuando la acusación se enderece formalmente por la vía indirecta, le corresponde al censor cumplir los siguientes requisitos elementales: precisar los errores fácticos, que deben ser evidentes; mencionar cuáles elementos de convicción no fueron apreciados por el juzgador y en cuáles cometió errónea estimación, demostrando en qué consistió ésta última; explicar cómo la falta o la defectuosa valoración probatoria, lo condujo a los desatinos que tienen esa calidad y determinar en forma clara lo que la prueba en verdad acredita.
>
> Dicho en otras palabras, cuando de error de hecho se trata, ha dicho la jurisprudencia, es deber del censor en primer lugar precisar o determinar los errores y posteriormente demostrar la ostensible contradicción entre el defecto valorativo de la prueba y la realidad procesal, sirviéndose para ello de las pruebas que considere dejadas de valorar o erróneamente apreciadas. Es decir, en el cargo ha debido quedar claro qué es lo que la prueba acredita, cuál es el mérito que le reconoce la ley y cuál hubiese sido la decisión del juzgador si la hubiera apreciado, aspectos que no tuvo en cuenta el recurrente y que compromete la técnica propia del recurso extraordinario. (Subrayas de la Sala)

7. De otro lado, se advierte que el censor incurre en una mezcla inapropiada de vías, pues, aun cuando la acusación se dirige por la senda de los hechos, pretende plantear una discusión eminentemente jurídica como lo es la carga de la prueba y de la denominada inversión de esta, a efectos de plantear que era deber de la demandada demostrar las circunstancias de protección desarrolladas y encaminadas a la prevención de la ocurrencia de accidentes de trabajo en actividades de manipulación de cargas como la que desplegada, sin que la Corte pueda incursionar en dicho análisis.

8. Además el recurrente le atribuye al sentenciador de la alzada aseveraciones que este no efectuó, como cuando plantea que para el Tribunal ni la historia clínica ni los dictámenes realizados para determinar el origen y la pérdida de capacidad laboral del actor eran conducentes para establecer la culpa patronal alegada, pues, contrario a lo que sostiene la censura, lo que refirió el colegiado frente a estos medios de prueba, fue que el acaecimiento del accidente laboral no era indicativo por sí solo de la culpa comprobada en la ocurrencia del infortunio, «*pues para ello debió demostrar la realidad de lo sucedido, para determinarse que en realidad el empleador no actuó con precaución y cuidado en la labor desarrollada por su trabajador*».

Igualmente destacó que, aun cuando el promotor del litigio, afirmó haber sufrido varios accidentes laborales de acuerdo con el concepto médico de aptitud laboral del 22 de enero de 2018, los siniestros reportados en el año 2015, no

dejaron secuelas; de ahí que «*el accidente que deberá analizarse bajo la culpa patronal es el que ocurrió el 15 de febrero de 2016*». Sin que en ningún momento haya señalado que tales pruebas fueran inconducentes, de ahí que su reparo luce del todo desenfocado.

Aquí importa recordar que esta corporación tiene adoctrinado que para ser viable la condena por indemnización plena de perjuicios, imperiosamente debe demostrarse que hubo culpa del empleador en la ocurrencia del hecho generador del daño, además de acreditarse los daños ocasionados y el nexo de causalidad. Así se precisó, entre otras en la sentencia CSJ SL4665-2018, donde se enseñó:

> Para que proceda una condena por indemnización plena de perjuicios con base en la culpa patronal, esta Sala ha considerado que el demandante no solo está llamado a demostrar que hubo culpa del empleador en el insuceso. Como quiera que se imputa una responsabilidad subjetiva de naturaleza contractual, resulta menester demostrar la culpa del empleador, el daño o perjuicio ocasionado y el nexo de causalidad entre el primero y el segundo:
>
> (…) la demostración de la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios exige la prueba del (i) daño originado por causa o con ocasión del trabajo; (ii) la culpa suficientemente comprobada del empleador, y (iii) el nexo de causalidad entre el daño y la culpa, sin que ninguno de esos elementos sea susceptible de presumirse legalmente pues no existe una norma en el esquema de responsabilidad subjetiva de culpa probada que así lo indique. (CSJ SL14420-2014).

Y es que ello es así, en tanto la citada responsabilidad no emana de la culpa objetiva, sino de la subjetiva, que de conformidad con lo previsto por el artículo 216 del CST, debe estar *suficientemente* comprobada, lo cual *per se* descarta su

acreditación con planteamientos subjetivos que no tienen soporte probatorio alguno, pues no puede olvidarse que conforme a lo previsto por las normas adjetivas civiles aplicables en laboral por virtud del artículo 145 del CPTSS, quien persigue un derecho, debe demostrar el hecho que lo acredite.

9. Así las cosas, la demostración y desarrollo de los cargos resultan insuficientes, pues a lo largo de los mismos no se estructuran argumentos sólidos y concretos, sino que se alude a manifestaciones genéricas que lejos están de conformar una acusación que dé paso a atender el propósito de la casación del trabajo, que es, precisamente, confrontar la sentencia con la ley.

Al respecto, en la providencia CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 41314, entre otras múltiples decisiones, se puntualizó:

> La confrontación de una sentencia, en la intención de lograr su derrumbamiento en el estadio procesal de la casación, comporta para el recurrente una labor persuasiva y dialéctica, que ha de comenzar por la identificación de los verdaderos pilares argumentativos de que se valió el juzgador para edificar su fallo; pasar por la determinación de si los argumentos utilizados constituyen razonamientos jurídicos o fácticos; y culminar, con estribo en tal precisión, en la selección de la senda adecuada de ataque: la directa, si la cuestión permanece en un plano eminentemente jurídico; la indirecta, si se está en una dimensión fáctica probatoria.

Todo lo reseñado impone a la Sala insistir en el carácter extraordinario y técnico, del recurso de casación, el cual no tiene por objeto juzgar el pleito a fin de resolver a cuál de los litigantes le asiste razón, sino enjuiciar la sentencia para así establecer si al dictarla el Tribunal observó las preceptivas

jurídicas que como parte del sistema normativo propio estaba obligado a aplicar para rectamente solucionar el conflicto, mantener el imperio e integridad del ordenamiento jurídico y proteger los derechos constitucionales de las partes.

Por lo expuesto, estos dos cargos se desestiman.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo del recurrente demandante y a favor de la opositora Avianca S. A., se fija como agencias en derecho la suma de $6.200.000, la que deberá ser incluida en la liquidación que efectúe el juzgado de conocimiento al tenor del artículo 366 del CGP.

XVII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió el 31 de mayo de 2024, dentro del proceso ordinario laboral que **JOSÉ RAFAEL GARCÍA ARRIETA** siguió contra **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S. A.** (**AVIANCA S. A.)** y la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN.**

Costas como se indicó en la parte motiva.

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

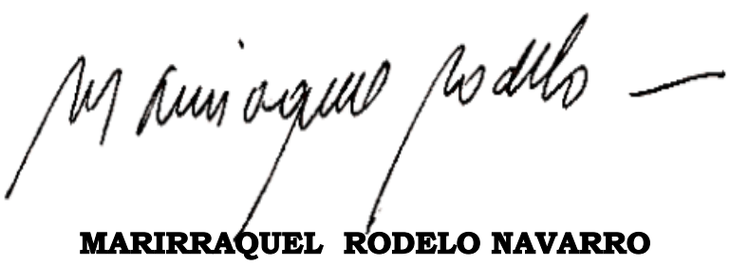
Firmado electrónicamente por:



MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO



OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN



MARIRRAQUEL RODELO NAVARRO

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: F4CAF2A7D6FF1E8C52FD29A5B9DC75182FF4BCDBE1000E8FF8EF41BB07AB8439
Documento generado en 2025-05-02