**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL**

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL - ACCIÓN DE REINSTALACIÓN- DE ORLANDO CANTILLO HIGUERA CONTRA HELICÓPTEROS NACIONALES DE COLOMBIA S.A.S., HELICOL.

Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre dos mil veintitrés (2023).

El tribunal de conformidad con lo acordado en la Sala de Decisión, procede a decidir de plano el recurso de apelación propuesto dentro del proceso de la referencia por la parte demandante contra la sentencia del 16 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad.

S E N T E N C I A

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Orlando Cantillo Higuera, a través de apoderada, en su calidad de miembro de la junta directiva como fiscal de la organización sindical Asociación Colombiana de Aviadores Civiles “Acdac”, demandó a Helicópteros Nacionales de Colombia SAS, con el propósito de que se declare que ha sido desmejorado en sus condiciones de trabajo, al haberle sido retenido ilegalmente el salario por el empleador, parcialmente respecto de julio de 2021 y totalmente frente al período de agosto de esa misma anualidad; en consecuencia, solicitó que, además de la devolución o reconocimiento

efectivo de la remuneración por esos períodos, dicho salario debe reconocerse en los términos consignados en la sentencia del 21 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, radicada bajo el número 11001310503900102000, confirmada mediante providencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá del 13 de febrero de 2021, en la acción ordinaria instaurada por Acdac contra Helicol S.A.S, que declaró vigente la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2003, celebrada entre dichas partes, lo mismo que los beneficios logrados en el laudo arbitral de 2010; igualmente los intereses moratorios y la indexación de las condenas.

2. Hechos.

Se fundamenta lo anterior en los hechos reseñados en el escrito de demanda y reforma, que en síntesis indican que: es aviador civil al servicio de Helicol SAS desde el 27 de marzo de 1991, cuyo último cargo desempeñado fue el de piloto del equipo Bell 412.

Sostuvo, que en desarrollo de la actividad laboral sufrió una afección a su salud, por ende, mediante la Resolución n° 02471 del 7 de diciembre de 2020, expedida por la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, definió su no aptitud psicofísica para actividades aeronáuticas, como consecuencia de ello, la Junta Especial de Calificación de Invalidez dictaminó un 100% de pérdida de capacidad laboral, por enfermedad de origen común con el Acta 036-21 del 12 de febrero de 2021.

Indicó, que es afiliado a la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles – ACDAC- y ha ocupado diversos cargos en la junta directiva; que estuvo incapacitado hasta el 21 de julio de 2021, pues los galenos no consideraron expedidor más incapacidades al haber sido calificado con el 100% de PCL.

Refirió, que por correos electrónicos de 28 de julio y 25 de agosto de 2021, el empleador le remitió los desprendibles de pago de esos meses, en donde se observaba que dejó de cancelar el respectivo salario; que el 13 de septiembre

de 2021, peticionó a la demandada, que le cancelara de forma inmediata los salarios adeudados, sin obtener respuesta alguna.

Manifestó, que jamás ha existido ausencia injustificada al trabajo, a partir del 22 de julio de 2021, sino que la empresa omitió su deber de notificarle de eventuales asignaciones, que de todas maneras no procedían porque fue calificado con el 100% de pérdida de su capacidad laboral por la Junta Especial de Calificación de Invalidez.

Indicó, que el empleador conoció oficialmente del reconocimiento de la pensión de invalidez, mediante comunicación del 30 de agosto de 2021; que a pesar de que la demandada conoció de cada uno de los hechos que rodearon la condición de discapacidad, a partir del mes de agosto de 2021 hasta la fecha ha generado aportes para pensiones, dirigidas a Colpensiones, sin que mediara autorización del trabajador, igualmente, ha ejercido actos de constreñimiento para que se presente a las instalaciones de la empresa, a pesar de que no ha sido notificado de programación alguna.

Alegó, que la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2003 se aplica a Helicol y, por ende, a la relación laboral, y como no existe autorización judicial en favor del empleador para haberle retenido dichos salarios, considera que se trata de una desmejora en sus condiciones de trabajo, que requería el permiso del juez laboral.

3. Contestación de la demanda

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor la demandada dio contestación a la misma, oponiéndose a las pretensiones condenatorias y respecto a los hechos adujo que no eran ciertos y que no le constaban; precisó que, contrario a lo indicado por el demandante, el 21 de junio de 2021, éste formalizó ante el área de nómina, la incapacidad médica otorgada por la IPS Gran Colombia con fecha de inicio el 21 de junio de 2021 y finalización el 21 de julio de 2021, por esa razón, el 30 de julio de 2021, el área de nómina le solicitó al trabajador que allegara las incapacidades médicas vigentes con el fin de registrar las novedades correspondientes, de lo cual obtuvo

respuesta hasta el 6 de agosto de 2021, en donde el actor informó que desde el 22 de julio de 2021, no tenía incapacidad médica vigente; de ahí, que como el trabajador no tenía incapacidad médica vigente y no presentó soporte válido que justificara la no prestación del servicio para el cual contratado, convocó al demandante a descargos, pero, adicionalmente, no se le pagaron los días de salario.

Precisó, que no puede considerarse como una desmejora de las condiciones de trabajo del demandante, el no pago de unos salarios por la ausencia injustificada a desarrollar las actividades para las cuales fue contratado, teniendo en cuenta que aquél no informó oportunamente sobre la finalización de incapacidades médicas, las cuales le fueron otorgadas hasta el 21 de julio de 2021, y tampoco se presentó a laborar con posterioridad a este día, sin que mediara ningún soporte que justificara su inasistencia. Añadió que, a pesar de que demandante es un aviador civil, se le sigue aplicando el régimen jurídico laboral colombiano con todas sus obligaciones, sin que se puede considerar que, en atención a la calificación emitida por la entidad competente, el trabajador no puede tener asignaciones de vuelo, pues el empleador está en la facultad de asignar otras responsabilidades.

Como excepciones de mérito propuso las de: no existe desmejoramiento de las condiciones laborales; inexistencia de las obligaciones reclamadas; cobro de lo no debido; compensación; buena fe, y la genérica (audiencia del 21 de febrero de 2022, archivos 10 y 14 digitales).

Igualmente, en sesión del 9 de marzo de 2022, el demandante adicionó la demanda incluyendo algunos hechos (archivos 20 y 22 ibídem), frente a los cuales la pasiva se pronunció en vista del 5 de abril de 2022, aduciendo que éstos no eran ciertos (archivo 25 ibídem).

La organización sindical ACDAC no se pronunció.

4. Fallo de primera instancia

Agotada la etapa probatoria el juez del conocimiento, que lo fue el Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad, en sentencia referida al inicio del presente fallo, dispuso:

“PRIMERO. - ABSOLVER a la demandada HELICOPTEROS NACIONALES DE COLOMBIA - HELICOL SAS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el aquí demandante de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - DECLARAR los hechos sustento de las excepciones tituladas, 1) no existe desmejoramiento de las condiciones laborales del señor Orlando cantillo, 2) inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos propuestos, de conformidad con lo expuesto.

TERCERO. - CONDENAR en costas a la parte demandante ORLANDO CANTILLO HIGUERA y a favor de HELICOPTEROS NACIONALES DE COLOMBIA - HELICOL SAS, liquídense en su oportunidad por la secretaria PROCESO ESPECIAL – FUERO SINDICAL:110013105024 2021 00427 00 DEMANDANTE: ORLANDO CANTILLO HIGUERA DEMANDADA: HELICOL SAS La secretaria, EMILY VANESSA PINZÓN MORALES fijando como agencias en derecho la suma de Cuatrocientos mil pesos M/cte (\$ 400.000,00).

CUARTO. – Remítase el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, en el evento que no se interponga recurso de apelación”.

Como fundamento de la decisión, y luego de señalar que no se discutía la existencia del vínculo laboral ni la calidad de aforado del demandante como fiscal de la organización sindical, señaló que no se acreditó la desmejora alegada por el demandante sobre sus condiciones de trabajo, concretamente, el no pago de salarios desde el 22 de julio hasta el 31 de agosto de 2021 o como lo había señalado en la reforma, hasta la fecha en que se materialice el pago, toda vez que, a partir de la primera de las fechas señaladas, el demandante tenía la obligación legal y reglamentaria de presentarse a prestar servicios, o en su defecto haber comunicado de manera inmediata el uso del permiso sindical permanente para que se le diera el trámite correspondiente, lo que no quedó probado en el expediente.

Sostuvo, que al actor le correspondía una vez terminada su incapacidad médica, ponerse a disposición de su empleador, sin que se admita como

excusa la falta de la programación de vuelo, porque el empleador se enteró de la falta de incapacidades hasta el 6 de agosto de 2021. Preciso, que la falta de pago fue consecuencia de la no prestación de los servicios, por culpa del mismo trabajador, de ahí, que no fuer aplicable el artículo 140 del CST; que, si se trataba del ejercicio de un permiso sindical permanente, conforme con lo previsto convencionalmente, ello no operaba de manera automática, sino con un procedimiento previo que debió surtirse ante el empleador, el cual no se hizo.

Así, concluyó que, en la medida en que la no prestación del servicio obedeció a una conducta imputable al trabajador, esto es, no haber puesto a disposición de su empleador su fuerza de trabajo una vez finalizada su incapacidad, con el objeto de que este pudiera adoptar alguna medida en atención a su nueva condición de salud, que le impedía desarrollar las funciones como piloto, para tener por justificadas las ausencias del demandante a su puesto de trabajo, el empleador no estaba obligado a solicitar permiso del juez laboral para hacer esas deducciones de la nómina, y por lo tanto, no se podía considerar esa conducta una desmejora de las condiciones de trabajo de un aforado.

5. Del recurso de apelación.

Inconforme con la decisión del *a quo*, la parte demandante interpuso el recurso de alzada, solicitando la revocatoria de la sentencia, para que, en su lugar, se acceda a las pretensiones del libelo. Dado que la apoderada de la parte actora fue insistente y reiterativa en sus argumentos, se extraen las siguientes inconformidades: **(i)** que el empleador estaba obligado a solicitar el permiso de desmejoramiento ante el juez laboral con el propósito de retener los salarios; **(ii)** que una vez se dejaron de expedir las incapacidades, el trabajador no estaba obligado a prestar el servicio, porque se encontraba en ejercicio de permiso sindical permanente, el cual, el empleador conocía de antaño, pues por cuenta de la actividad sindical del trabajador en favor de ACDAC, era de público conocimiento, y en todo caso, ello sí fue informado al empleador; **(iii)** que el trabajador una vez terminaron las incapacidades, no estaba obligado a prestar el servicio, porque aquí no se aplican las

disposiciones del RIT sino las convencionales, debido a la especialidad de la labor del demandante como piloto y no como cualquier trabajador particular, por ende, para poder prestar el servicio, se requería de una programación previa de vuelos, y como ello no lo dispuso el empleador, no era necesario prestar el servicio, máxime que con la calificación del 100% de PCL, tampoco le era exigible presentarse, y; **(iv)** que se debe aplicar el principio de favorabilidad laboral, además, con la actuación del empleador, se desestima el ejercicio del derecho da asociación sindical, pues se premia a aquél en una retención ilegal de salarios.

II. CONSIDERACIONES

No fue objeto de discusión en la alzada los siguientes supuestos fácticos aducidos por la juzgadora de primera instancia, por ende, al tenor del artículo 66 A del CPT y de la SS, permanecen incólumes: **(i)** la condición de trabajador del demandante al servicio de la sociedad demandada, vinculado para ejercer el cargo Piloto¹; **(ii)** la existencia y vigencia de la organización sindical Asociación Colombiana de Aviadores Civiles – ACDAC- en donde además figura el demandante como miembro de la junta directiva en calidad de fiscal conforme al registro JD-155-1 del 29 de febrero de 2020, razón por la cual aquel goza de la protección foral consignada en el literal C del artículo 406 del CST; **(iii)** que la Aeronáutica Civil en Resolución n.º 02471 del 7 de diciembre de 2020, declaró la no aptitud psicofísica para actividades aeronáuticas del demandante; **(iv)** que mediante Acta No.36-21 del 12 de febrero de 2021, la Junta Especial de Calificación de Invalidez de Pilotos Aviadores se determinó una invalidez absoluta para desarrollar actividades de vuelo del 100%, a partir del 16 de abril de 2019; **(v)** que el demandante disfrutó de incapacidades medicas ininterrumpidas desde el 14 de noviembre de 2018 hasta el 21 de julio de 2021; **(vi)** que la demandada no pagó el salario al demandante desde el 22 de julio al 31 de agosto de 2021, al enterarse el 6 de agosto de esa anualidad, por respuesta del mismo demandante, que no le fueron expedidas incapacidades adicionales; **(vii)**

¹ Aquí la juzgadora de primera instancia sostuvo que no se apresuraba a establecer una fecha exacta de inicio de la relación laboral, pues, consideró que, dado que, las partes no estaban de acuerdo en ese aspecto, debía ser objeto de discusión en otro escenario, sin que dicha indefinición fuera determinante para resolver el litigio.

que la Convención Colectiva 2001-2003 aplica a los trabajadores de Helicol y, por ende, el demandante es beneficiario de sus estipulaciones.

Problema jurídico.

En ese orden de ideas, debe resolver la Sala, si, en efecto, ante la calidad de aforado del demandante y la no prestación del servicio, luego del 21 de julio de 2021, fecha en la cual le dejaron de expedir incapacidades médicas, el empleador estaba en la obligación de solicitar el permiso ante el juez del trabajo, para deducir los salarios del demandante, y si ello se considera una desmejora de las condiciones de trabajo.

Del fuero sindical.

Para lo anterior, es necesario hacer unas precisiones acerca de la garantía foral. En términos generales, el fuero sindical es una consecuencia de la protección especial que el Estado otorga a los sindicatos para que puedan cumplir libremente la función que a dichos organismos compete, cual es la defensa de los intereses de sus afiliados. Con dicho fuero, tales organizaciones procuran el desarrollo normal de las actividades sindicales, para que no sea ilusorio el derecho de asociación que el artículo 39 Superior garantiza; por lo que esta institución mira a los trabajadores y especialmente a los directivos sindicales, para que estos puedan ejercer libremente sus funciones, sin estar sujetos a las represalias de los empleadores. En consecuencia, el amparo foral busca impedir que, mediante el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, sin previo permiso del Juez Laboral, se perturbe indebidamente la acción que el legislador le asigna a los sindicatos.

Así, como se dijo, la Constitución Política de 1991 elevó a rango constitucional esta garantía en el artículo 39, al disponer que, “Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión”, con lo cual, desarrolló los compromisos internacionales adquiridos por el Estado en materia de libertad y del derecho de asociación sindicales, concretamente, lo previsto en los Convenios 87 y 98 de la OIT, los cuales refieren en cuanto al primero que, “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el

derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas” (art. 2) ; así mismo, que “Todo Miembro [...] para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación” (art. 11); y el segundo, según el cual, “Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo” (art. 1).

Cabe recordar, que el artículo 53 Superior dispuso que dichos convenios debidamente ratificados² “hacen parte de la legislación interna”, por lo tanto, se trata de normas que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, a la luz del artículo 93 de la Constitución, al prever normas en materia de derechos humanos no susceptibles de suspensión durante los estados de excepción y que, por lo tanto, prevalecen en el orden interno y guían la interpretación constitucional, y por ende, de todos los operadores judiciales.

Dichas normas encuentran su desarrollo en lo previsto en el artículo 405 del CST, el cual establece que el fuero sindical es “la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo”, lo que además armoniza con el artículo 406 *ibidem*, que estableció quiénes están amparados por fuero sindical:

“c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más (...)”

Por su parte, sobre la prueba de la existencia del fuero sindical el artículo 113 del CPT y de la SS, modificado por el artículo 44 de la Ley 712 de 2001 preceptúa:

² Tales Convenios fueron ratificado mediante las Leyes 26 y 27 de 1976.

“(…) Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la inscripción se presume la existencia del fuero sindical.”

De la misma manera, el parágrafo 2° del citado artículo 406 del CST, establece:

“Para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador (…).”

Puede concluirse, entonces, que esta garantía foral permite que los trabajadores o servidores al Estado amparados por ella, puedan ejercer su función sindical frente al empleador, al Estado y los mismos trabajadores, en forma independiente, permanente, sin que se vean truncadas o impedidas esas aspiraciones por el actuar del empleador, ya sea con el cambio de sitio de trabajo, desmejoramiento de las condiciones de trabajo o el despido. Todo ello busca, en última instancia, hacer efectivo y desarrollar el derecho de asociación sindical, en cuanto la permanencia y estabilidad de la organización sindical garantiza que no es absoluta, puesto que, si el aforado incurre en algunas de las causas contempladas en la ley y es comprobada ante el juez del trabajo, éste debe autorizar la terminación de la relación laboral, el traslado o el desmejoramiento. Y tratándose de la desmejora de las condiciones de trabajo o acción de reinstalación, las mismas deben provenir del empleador y no de terceros, dado que lo que se sanciona es el actuar de éste.

Así las cosas, la protección que se deriva del fuero sindical, prevista por el artículo 405 del CST, consiste en que, para despedir, trasladar o desmejorar las condiciones laborales del trabajador, debe existir una justa causa previamente calificada como tal por el juez laboral. Por lo tanto, siempre que se trate de un aforado, el empleador tiene el deber de acudir ante el juez laboral para que sea este quien califique la justa causa y autorice el despido, traslado o desmejora, en cuanto el fuero sindical implica una protección, en virtud de la cual, se garantiza que en un escenario amplio y de discusión que propende por los derechos al debido proceso, a la defensa y demás

derechos relacionados con el fuero, serán asegurados por un funcionario judicial y no a motu proprio por el empleador. Si el empleador no acude al permiso judicial estando obligado a ello, la terminación, el traslado o la desmejora será ilegal, con la correspondiente orden de reintegro, reinstalación o reacomodación de las condiciones primigenias.

Ahora, cuando la norma se refiere a la desmejora de las condiciones de trabajo, que es el punto que se analiza en este evento, tal situación, como lo adujo la juzgadora de primer grado, está íntimamente relacionado con el *ius variandi*, que ha sido definido doctrinariamente como la potestad patronal de variar unilateralmente algunos aspectos de la prestación de los servicios prometida por el trabajador, dentro de los límites del respectivo contrato de trabajo, derivada del ejercicio del poder de subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos.

De manera que el término “desmejora” debe utilizarse en su acepción literal, que, según el Diccionario de la Real Academia, consiste en un “deterioro o menoscabo” de esas condiciones, esto es, es un cambio negativo sobre la forma como se ejerce el contrato y la consecuente pérdida o reducción de garantías del trabajador, que al ser aforado, requiere de una evaluación por el juez laboral, a efectos de su autorización, que sea razonable y se encuentre dentro de los límites señalados expresamente en el ordenamiento jurídico, y en los establecidos en el desarrollo interpretativo que hace la jurisprudencia, así como en los contractuales, de ser el caso, pero, ante todo, el respeto por la dignidad, el honor y los derechos mínimos del trabajador.

Así que, para la Sala, la retención o deducción del salario del trabajador por no prestar el servicio que ha sido contratado, en estricto sentido no puede considerarse una desmejora de esas condiciones laborales sino la aplicación práctica de diversas estipulaciones de origen legal sobre lo que significa y la forma como se desarrolla el contrato de trabajo, tal como ocurre con el artículo 22 del CST, que nos dice que a cambio de la prestación personal del servicio y bajo subordinación, el empleador concede una remuneración; el

mismo literal c) del artículo 23 sobre los elementos esenciales, que prevé que se paga un salario como retribución del servicio; el 27 que indica que todo trabajo dependiente debe ser remunerado, o el mismo 127, que señala que es salario todo lo que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio; lo que a su vez conduce a verificar las obligaciones especiales del trabajador, que, por ejemplo, el artículo 58 *ibídem*, consagra la principal, que no es otra que la de realizar personalmente la labor en los términos estipulados, y a cambio, según el numeral 4° del artículo 57, el empleador debe pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos; lo cual se relaciona con la prohibición al trabajador contenida en el numeral 4° del artículo 60, que prevé que se prohíbe faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del empleador, excepto en los casos de huelga.

Ahora, esas normas guardan una especial relación, precisamente por el binomio inescindible que implica que, por prestar el servicio, el trabajador debe recibir como contraprestación el salario, y solo de manera excepcional, el artículo 140 del CST prevé una posibilidad en favor del trabajador de recibir la remuneración pese a que no haya prestación del servicio, con la condición de que ello sea culpa del empleador; lo que significa que, si la fuente o causa de esa dejación o no prestación del servicio es del mismo trabajador, cesa en el empleador su obligación de pagar el respectivo salario.

En otras palabras, el empleador no tiene la obligación de pagar por un servicio del que no se ha beneficiado. Tan es así, que el legislador habilitó al empleador para dejar de remunerar, por ejemplo, el descanso dominical, que, como lo indica el artículo 173 del CST, es remunerado, pero, si el trabajador falta al trabajo sin permiso del empleador, o sin que exista una justa causa para ello, pierde el derecho a esa contraprestación, o igualmente, la posibilidad de deducir los días no prestados en la liquidación de las prestaciones sociales.

De manera que, la lógica enseña que, si el salario es todo pago que se hace al trabajador como contraprestación del servicio de éste al empleador, si aquél es inexistente, no hay lugar a ese pago, precisamente porque se carece

de ese servicio; y aquí no aplica la protección del artículo 149 del CST, sobre el cual insistió el impugnante, atinente a los descuentos prohibidos, en donde el empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial, porque esa garantía está prevista, o parte de la base del servicio efectivamente prestado, esto es, cuando aquél se ha causado, pero si, precisamente, lo que genera o es causa inmediata del salario es la prestación del servicio, y éste no se da, aquí no opera esa protección.

Aduce el demandante que, como se trata de un trabajador que ejerce como piloto de aeronave, a él no se le aplican las disposiciones del RIT, sino todo lo relacionado con la programación que debe realizar el empleador de manera anticipada, incluso ante la Aeronáutica Civil, y como ello no se hizo, no estaba en la obligación de prestar el servicio una vez culminó el proceso de expedición de incapacidades.

Sobre ese argumento, es cierto que los aviadores civiles como es el caso del actor, por el tipo de actividad que realizan y las altas exigencias que su ejercicio implica, se justifica cierta especialidad o tratamiento diferenciado en diversas regulaciones que les reportan ciertos beneficios, pero, a su vez, les condicionan, como ocurre precisamente que sea la licencia de vuelo lo que constituye el criterio para determinar la pérdida de capacidad laboral, según lo reporta el artículo 11 del D.L. 1282 de 1994; incluso, la programación está dada por los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia en materia de tiempos de vuelo, servicio, descanso y demás factores inherentes a esa actividad (D 2742 de 2009); de manera que las asignaciones de vuelo a los tripulantes, no se puede hacer de cualquier manera, sino que requiere de una programación previa dirigida por la empresa al operador o dependencia de la Aeronáutica Civil, precisamente, por todo lo que implica la seguridad aérea, procedimiento que confirmó la prueba testimonial recaudada en el informativo, que coincidieron en señalar ese itinerario que se realiza previamente por el empleador, según los dichos de Roberto Ballén Bautista, Juan Camilo Trujillo y Harold Arcila Gutiérrez.

Eso mismo encuentra eco en la aludida Convención Colectiva 2001-2003, en los artículos 42 a 45, sobre asignaciones de vuelo, que deben hacerse con antelación y con la respectiva relación mensual.

No obstante, contrario a lo afirmado por el demandante, ello no se contrapone a las regulaciones laborales del ámbito privado, concretamente el RIT (páginas 97 a 129 del archivo 20 del expediente digital), que en sus artículos 29 a 37 regulan lo atinente al servicio médico, regularidad y seguridad en el trabajo, e impone en cabeza del trabajador informar al empleador si en alguno de los días en que debe prestar el servicio, por cuestiones de salud, se le imposibilita, lo mismo que las incapacidades que le son expedidas, so pena de considerarse tal omisión en un verdadero incumplimiento del contrato de trabajo.

Y es que, es apenas natural y obvio que, si el trabajador no puede prestar el servicio por razones ajenas a su voluntad, como ocurre con la afectación al estado de salud, informe al empleador, para que éste pueda hacer los ajustes necesarios y su actividad económica no se vea truncada, porque de lo contrario, se estaría ante otro tipo de nexo contractual, en el que no predomina la subordinación jurídica, que, como se sabe es la facultad del empresario para impartirle órdenes al trabajador y exigirle su cumplimiento, y como tal dirigir su actividad su actividad laboral; por suerte que, cualquier alteración o situación que impida la prestación efectiva del servicio a cargo del trabajador, éste debe comunicarla en virtud de dicha subordinación, que caracteriza este tipo de contrato; de ahí, que una cosa son las asignaciones de vuelo propias de los procedimientos de los tripulantes que debe hacer el empleador, y otra la obligación de todo trabajador incluidos los aviadores civiles de prestar el servicio.

Ahora, el impugnante adujo que tampoco estaba obligado a prestar el servicio luego de la culminación de las incapacidades médicas, debido a que se encontraba en permiso sindical permanente, el cual se encuentra consignado en el inciso 3° del artículo 51 de la CCT 2001-2003, que reza que, “La Empresa concederá dos permisos permanentes remunerados para miembros de la Junta Directiva de ACDAC los cuales ésta designará en cada

caso anunciándolo por escrito a la Empresa con una anticipación no inferior a tres días”.

En cuanto a ese argumento, se sabe que, en el conflicto colectivo, sindicato y empleador pueden acordar diversas garantías en pro de los afiliados, lo cual se extiende al ejercicio del derecho de asociación sindical; de manera que los permisos sindicales están diseñados para atender las responsabilidades que se desprenden tanto de ese derecho como del de libertad sindical, y las partes dentro de la negociación tienen potestades amplias para regularlo en cuanto al número de beneficiarios, duración, objetivos específicos, entre otros aspectos, lo cual no ocurre cuando ese diferendo se somete a la justicia arbitral, en donde, por ejemplo, no resulta viable la concesión de permisos sindicales permanentes, que en el asunto que se analiza, los contendientes del conflicto colectivo sí fijaron esa garantía, es decir, que por autocomposición decidieron pactar que dos miembros de la Junta Directiva del sindicato pueden dedicarse de forma exclusiva a entender esas actividades inherentes a la representación sindical.

Pero, como lo adujo la juzgadora de primera instancia, esos permisos no operan de forma automática por el hecho de que un trabajador ostente la calidad de afiliado a la organización sindical y miembro directivo, ya que se requiere, por la esencia de esa garantía, que el sindicato, además de la designación, lo informe a la empresa, para que ésta pueda hacer sus ajustes indispensables a efectos de no afectar su actividad económica, con mayor razón, cuando se trata de permisos permanentes, es decir, que los trabajadores directivos designados, prácticamente, no prestan el servicio por así haberlo pactado convencionalmente.

Por lo tanto, era carga del actor acreditar el ejercicio efectivo de ese permiso sindical permanente, lo cual no ocurrió, pues solo obra la comunicación del demandante del 13 de septiembre de 2021, dirigido a la demandada, reclamando el pago del salario de la parte correspondiente a julio y todo agosto de esa misma anualidad, alegando el ejercicio de ese permiso en su calidad de directivo sindical (páginas 310 y 311 del archivo 01 del expediente

digital), sin que se hubiera probado esa designación por el sindicato, en qué fechas, o si existía alguna actualización, y ante todo, la comunicación al empleador. Es cierto que los testigos que acudieron al proceso, y que se reseñaron en líneas anteriores, dijeron en forma generalizada que el actor tenía ese susodicho permiso, pero no dieron detalles de su concesión y cómo se estaba ejerciendo para entender que en realidad esa ausencia se debía a la actividad sindical, y no solo por el hecho de la posición que ocupaba en el órgano directivo del sindicato.

Y en todo caso, si se aceptase que el actor gozaba de ese permiso según lo dicho por los testigos, y que el ejercicio de los permisos sindicales se rige por el principio de autonomía sindical, en el cual cada organización verifica y establece cómo se aprovecha esa garantía en sus integrantes y en favor de todo el colectivo, no es menos cierto, que dichos permisos deben estar inspirados en el principio de buena fe y estar acorde con esos objetivos, y no que se utilicen simplemente para separarse del empleo³.

Se dice lo anterior, porque si el demandante venía excusando su ausencia del trabajo y no prestación efectiva del servicio por las incapacidades médicas expedidas desde finales del 2018, de manera continua, una vez termina ese obstáculo, no puede sorprender al empleador o basar en forma inmediata esa misma ausencia con el ejercicio de otras actividades, esto es, con la labor sindical, porque de esa forma, el trabajador hace ver que los

³ Por ejemplo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en materia de concesión de permisos sindicales sobre estos dos principios, en sentencia SL4312 de 2022, señaló:

Debe quedar claro que, la solicitud de los permisos sindicales debe estar inspirada en los principios de: (i) autonomía sindical reconocido en el artículo 3.º del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT, según el cual las organizaciones de trabajadores son libres de redactar sus estatutos y reglamentos, organizar sus programas y actividades y de formular su programa de acción (CSJ SL938-2022), y (ii) buena fe consagrado en los artículos 83 de la Constitución Política: «Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas» y 55 del Código Sustantivo del Trabajo: «El contrato de trabajo, como todos los contratos, debe ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella», en la medida en que la buena fe debe presidir la ejecución del contrato del contrato de trabajo, pues, a no dudar, es un principio cardinal que gobierna la relación laboral, individual y colectiva, en aras de que se lleve a cabo de manera respetuosa y armónica.

permisos sindicales y, en general, el cargo directivo sindical, se utiliza como un comodín para evitar prestar el servicio, y no con el objetivo fundamental, que es dedicar ese tiempo a las labores de representación, que en este evento, por lo pactado convencionalmente, se dispuso que fueran permanentes; y en tal sentido, debió acreditarse que en todo el tiempo, incluso, en forma concomitante con las incapacidades médicas, el trabajador se consagró en forma efectiva a esas actividades, y no sacar a relucir ese aspecto a mejor conveniencia, porque se insiste, se estaría utilizando el permiso sindical por fuera del principio de buena fe.

De ahí que, para la Sala, no es excusa que, una vez terminaron las incapacidades, el trabajador dejara de informar en forma inmediata la situación, para que el empleador hubiera dispuesto lo necesario en aras de acomodar la forma en que se prestaría el servicio, incluso, si se disponía ejercitar un permiso sindical permanente de allí en adelante, hacer, como se ha venido replicando, los ajustes necesarios y estar enterado de la situación particular del trabajador, al punto que, como empresa del servicio aeronáutico, debe informar esos aspectos a la entidad respectiva, por así disponerlo los RAC. Por manera que, no haber pagado o reconocido la demandada el salario ante la ausencia injustificada del trabajador, no se puede considerar una desmejora en las condiciones de trabajo, que implique en el empleador la necesidad de haber solicitado el permiso judicial para ese propósito, sino su derecho efectivo a remunerar exclusivamente el servicio que se le ha prestado.

En cuanto al argumento según el cual, como por disposición legal (D. L. 1282 de 1994, 1302 de 1994, D 1557 de 1995 y 1507 de 2014) los aviadores que pierden su licencia para volar deben ser calificados por la Junta Especial de Calificación de Invalidez con el 100% de pérdida de su capacidad laboral de origen profesional o común por estar inhabilitados para cualquier actividad y, en virtud de ello, no estaba obligado a prestar el servicio, en cambio sí, a percibir el salario que la demandada debió reconocer, de lo contrario se considera una desmejora, la Sala debe indicar lo siguiente:

Es cierto, como en líneas anteriores se mencionó, y tal como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2016 que analizó el primero de los preceptos mencionados por el demandante que, “(...) la imposibilidad de continuar piloteando aeronaves, dado que la pérdida de la licencia comporta una exclusión de la profesión, permite hablar de una verdadera incapacidad absoluta. Se trata de una situación que no admite nada distinto de una de dos posibilidades, o se puede ejercer la aviación civil por que se posee licencia de vuelo, o no se puede llevar a cabo esa actividad dado que se ha perdido el permiso exigido. No cabe en este caso hablar de una pérdida gradual de la capacidad para volar, porqué por disposición del ordenamiento jurídico al perderse la licencia de vuelo, se incurre en una imposibilidad absoluta de desarrollar la actividad para la cual se calificó el aviador y de la cual derivaba sus ingresos”.

No obstante, en esa misma decisión, contrario a lo afirmado por el demandante, y analizando la Corte el tema sobre las implicaciones que tiene el 100% de PCL de los pilotos que pierden su licencia de vuelo por esa precisa condición, da luces sobre la siguiente conclusión: que esa discapacidad para pilotar aeronaves del tripulante no implica que no pueda realizar otra actividad laboral, y no desconoce la posibilidad del empleador para hacer los ajustes indispensables, con el objetivo de que el trabajador pueda ser ocupado en otras labores. Así se entiende, cuando la Corte Constitucional refiriéndose a jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ, dijo:

Se observa entonces que el monto de la pensión de invalidez no coincide, sin más, con el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral. Ello puede acontecer en circunstancias muy puntuales, pero, lo que no cabe decir es que todas las declaraciones de invalidez en el caso de los pilotos conducen indefectiblemente al monto máximo de la prestación.

Tampoco resulta cierto que por virtud de lo dispuesto en el inciso 1° del Artículo 3° del Decreto 1302 de 1994, la declaración de invalidez por pérdida de la licencia de vuelo, conduzca, en todas las circunstancias, a que se considere al pensionado en una situación de máxima invalidez. No se debe perder de vista que la pérdida de capacidad laboral no se asimila a la invalidez, pues, aquélla es un factor para la determinación de ésta. Ilustrativo en este punto es el siguiente pasaje de la citada providencia de la Sala de Casación Laboral:

“(...) La sola circunstancia de que el régimen especial de los aviadores civiles considere la invalidez de que trata el artículo 11 del Decreto 1282 de 1994 “como incapacidad laboral del 100%” para manipular

aviones, necesariamente no lleva a que se califique a todo trabajador en ese estado como inválido permanente absoluto o con gran invalidez, pues para ello se requiere que concurren otras situaciones. (...)"

Se puede afirmar entonces que el ordenamiento jurídico sí tiene en cuenta la condición física real y la capacidad productiva del piloto al momento de determinar su situación de invalidez y, por ende, para establecer el monto de su pensión.

Esclarecedora en este punto, resulta la consideración vertida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de Noviembre 28 de 2008, cuando abordó un caso en el cual sí se conjugaban circunstancias exigidas por la normatividad rectora de la situación, para estimar que se estaba frente al grado máximo de invalidez. Dijo la Alta Corporación:

"(...) la incapacidad para ejercer la profesión de aviador civil, puede no ser invalidante, porque permita desarrollar otra actividad lucrativa que le subvencione su existencia; sin embargo, en el subjuice se conjugaron ambas situaciones, la incapacidad del demandante para manipular aviones y la de poder valerse por sí mismo; es decir, su enfermedad le generó a la vez la invalidez consagrada en el artículo 11 del Decreto 1282 de 1994 y la gran invalidez del literal d) del artículo 5 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, cuya fecha de estructuración fue el 14 de octubre de 2000, cuando fue suspendido de las actividades aeronáuticas y se le canceló su certificado médico de primera clase. (...)"

Son esas pues las razones por las cuales en la primera de las Sentencias de la Sala Laboral, citadas, se concluía, a propósito de la pérdida de capacidad laboral en examen, que:

"(...) esa incapacidad laboral del 100% para ejercer la profesión de aviador civil sin duda le otorga el derecho al trabajador para acceder a la pensión, pero no equipararla a la máxima invalidez contemplada en la norma anterior aplicable, debiendo para este último evento quedar satisfechas las otras situaciones o el cumplimiento de los presupuestos normativos que permitan tener al trabajador, bien sea como un "Inválido permanente total" (que es cuando el afiliado ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral para desempeñar únicamente el oficio o profesión para la cual está capacitado y que constituye su actividad habitual o permanente, y que en este asunto en particular se traduce en la manipulación de aviones), o, en un "Inválido permanente absoluto" por haber perdido la capacidad laboral para realizar cualquier otra actividad o trabajo remunerado, o, "Gran invalidez," que se configura cuando la pérdida de capacidad laboral sea de tal magnitud o grado que necesite de la asistencia constante de otra persona para movilizarse o valerse por sí mismo. Todo lo anterior de conformidad con lo preceptuado en los literales a), b) y c) del numeral 1° del citado artículo 5° del Acuerdo del ISS 049 de 1990, que se recuerda su aplicación no se discute en esta Litis (...)"

Se concluye pues que, distinto a lo que manifestaron los accionantes, el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral establecido por el artículo cuestionado no implica el logro de la máxima prestación posible en materia de pensión de invalidez y, **tampoco comporta el desconocimiento de la**

capacidad laboral que preserve el pensionado. Se trata más bien de una ficción legal que apunta a reconocer una realidad insoslayable, cual es, la exclusión del aviador de lo que fuera su profesión.

Es más, la CCT 2001-2003 en su artículo 73, previó esos casos en los cuales un tripulante que por incapacidad médica no puede volar, no quede inmerso en una situación de desocupación por falta de idoneidad en el ejercicio de otro cargo u otras funciones al interior de la empresa, por lo que, en esa estipulación convencional, el empleador se obligó a ocuparlo y ofrecerle facilidades de capacitación para adaptarse al nuevo sistema de trabajo, sin desmejorar su salario como piloto; de ahí, que no sea cierto que la imposibilidad de ejercitar el cargo original por cuenta de la evaluación pericial, conduzca necesariamente a una imposibilidad absoluta de aprender y ser integrado a una fuente de empleo distinta.

Entonces, pese a que el trabajador le fue cancelada su licencia de vuelo, y por ello, fue calificado con una PCL del 100%, ciertamente, quedó excluido de la labor como piloto de aeronaves, pero, el demandante no podía utilizar esa condición para dejar de asistir o presentarse ante su empleador una vez terminaron sus incapacidades, para que aquél procediera a fijarle otras actividades en virtud del elemento de la subordinación jurídica que es propio del contrato de trabajo. Por consiguiente, como el demandante no prestó el servicio ni se puso a disposición del empleador, no causó salario alguno, y en tal orden, la falta de reconocimiento, se insiste, no se puede considerar una desmejora de las condiciones de trabajo que ameritara una autorización judicial ante la condición de aforado del trabajador.

El hecho de que esa PCL del demandante también condujera al reconocimiento de la pensión de invalidez, tampoco excluía al trabajador de ponerse a disposición de su empleador, porque, como lo indicó la juez de primer grado, el empresario conserva la facultad de dirigir la actividad laboral hasta tanto el trabajador ingrese a la nómina de pensionados.

Finalmente, no puede considerarse que para resolver este asunto se tenga que acudir al principio de favorabilidad laboral que, como bien lo ha descrito la jurisprudencia laboral, procede en caso de duda sobre la aplicación de

dos o más normas vigentes de trabajo, sean estas de carácter legal, contractual, convencional, arbitral o reglamentarias que regulan la misma situación fáctica, en donde prevalecerán las más favorables al trabajador, porque aquí no existe ninguna duda sobre la aplicación de las normas que regulan la obligación del trabajador de prestar personalmente el servicio, y qué ocurre cuando cesa la expedición de incapacidades laborales.

A propósito, sobre dicho principio, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL16104-2014, sostuvo:

Al respecto, debe recordar la Sala que el principio de favorabilidad en la interpretación de las fuentes formales del derecho, cobra vigor en los eventos en los cuales al funcionario judicial le surge una duda en torno a diversas interpretaciones razonables de una o varias disposiciones normativas, lo cual implica que debe optar por aquella que más favorezca al trabajador.

Ahora bien, esa *duda* debe tener las siguientes condiciones: (i) le debe surgir a el Juez, lo que significa que «*si para él no existe, así la norma permita otras interpretaciones, no es obligatorio su empleo*» (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 40662), y no «*está compelido a aceptar las interpretaciones que propongan las partes*» (CSJ SL, 26 jul. 2011, rad. 39098); (ii) debe tener el carácter de seria y objetiva, desde el punto de vista de la fundamentación de las interpretaciones y su firmeza, pues de modo alguno el principio de favorabilidad puede servir de patente de corso para que las posiciones jurídicas sólidas, cedan ante las más débiles.

En el *sub examine*, el actor simplemente pretende que se explore la fuente más favorable a un interés particular, que tienda a interpretar que el empleador no estaba habilitado motu proprio a desconocer o dejar de reconocer el salario ante la falta de prestación del servicio, y que, para que ello fuera legal, ante la calidad de aforado, requería del permiso del juez del trabajo, pero, como se explicó, el empleador no requería de esa autorización, porque, si bien estaba en presencia de un directivo sindical, su actuación no se considera una desmejora para el trabajador, sino el derecho a dejar de retribuir algo de lo cual no se ha beneficiado.

Tampoco puede decirse, que con esa actuación del empleador se esté desestimulando los derechos de asociación y libertad sindical, porque cualquier garantía fundamental debe ejercerse dentro de ciertos límites, y si en realidad el trabajador estaba realizando actividades sindicales por cuenta de un permiso sindical permanente, debió acreditarlo, con mayor razón, si

el empleador estaba confiado en que las razones de las ausencias del actor se debían a un tema de salud, es decir, una razón diferente, que implica para el empresario realizar ajustes de diverso tipo para no entorpecer su actividad económica; pero, si definitivamente, la razón es otra, significa que se acude al ejercicio sindical solo para separarse del empleo y causarle un perjuicio.

Por su puesto, que no se puede desconocer que a los directivos sindicales se les debe brindar la oportunidad de reunirse con el fin de organizarse en defensa de los intereses de los afiliados, y ampliar su margen de acción, pero, todo ello, sin que vaya en contravía del elemento esencial que define el contrato de trabajo como lo es la prestación personal del servicio a favor de un empleador, porque de lo contrario, la gestión del afiliado pasa de la esfera de la relación laboral a alguien que recibe retribución solo por pertenecer a un sindicato, sin mayor información, ni siquiera al empleador, y esa no es la esencia de los permisos sindicales, con todo y que convencionalmente se haya pactado que fueran permanentes.

En suma, como en virtud de los elementos de prestación personal del servicio y subordinación jurídica, que le permiten al empleador impartirle órdenes al trabajador y exigirle su cumplimiento, dirigir su actividad laboral e imponerle los reglamentos internos de trabajo a los cuales debe someterse, todo dirigido a lograr que la empresa marche según los fines y objetivos que se ha trazado, ante la ausencia injustificada del trabajador aforado, el empleador no requería permiso judicial para dejar de reconocer el salario respectivo, pues ese comportamiento no se considera una desmejora de las condiciones de trabajo.

Como esa fue la conclusión a la que arribó la *a quo*, se confirmará su decisión. Costas contra el recurrente dado el resultado adverso.

DECISION

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión Laboral, administrado justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de fecha 16 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso especial de fuero sindical promovido por Orlando Cantillo Higuera contra Helicol SAS.

SEGUNDO.- Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv, por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese y Cúmplase

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada