República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LARRY ANACONA AGUIRRE
DEMANDADO: UGPP
RADICACIÓN: 11001 31 05 005 2020 00229 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida el 5 de octubre de 2021 por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se condene a la demandada a reconocer la pensión de jubilación convencional a partir del 20 de abril de 2017 bajo los parámetros y condiciones del artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social el 31 de octubre de 2001, teniendo en cuenta una tasa de remplazo equivalente al 100% del promedio de lo percibido en los últimos 4 años de servicios exclusivos al ISS, incluyendo todos los factores de remuneración percibidos, los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación, las costas y agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones señaló que laboró con el ISS (patrono - empleador) por un espacio de 21 años, 5 meses y 27 días un total de 1.087 semanas, que durante el tiempo laborado con el ISS ostentó la calidad de trabajador oficial; agregó que nació el 20 de abril de 1962 y arribó a los 55 años de edad el mismo día y mes del año 2017; que entre Sintraseguridad social y el ISS se suscribió una convención colectiva el 31 de octubre de

2011 con vigencia diferencial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la convención colectiva de trabajo; que se encuentra afiliado a dicha organización sindical.

La UGPP procedió a contestar la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas con sustento en que el demandante no tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la pensión convencional en la medida que aquella fue derogada en virtud del acto legislativo 01 de 2005, aunado a que la accionante no cumplió ni con la edad requerida ni con el tiempo de servicio para el reconocimiento de la pensión antes del 31 de julio de 2010, ni tampoco hay lugar al pago de intereses moratorios de que tratan los artículos 141 de la Ley 100 de 1993 y 195 del CP.A.C.A.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción, no hay lugar a la indexación, no hay lugar al pago de intereses moratorios ni a condena en costas y la genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 5 de octubre de 2021, absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora solicitó la revocatoria de la sentencia con sustento en que la jurisprudencia de la Corte ha dado aplicación a las convenciones colectivas aun con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si a la parte actora le asiste el derecho a la pensión consagrada en la convención colectiva 2001-2004.

Elementos de prueba relevantes:

Copia de la cédula de ciudadanía que indica que nació el 20 de abril de 1962.
Reclamación administrativa
Certificado de salarios.
Certificado de vinculación a la entidad desde el 30 de julio de 1984 hasta el 30 de noviembre de 2005.
Convención colectiva.
Respuesta negativa a la reclamación administrativa.

CONSIDERACIONES

Caso concreto:

En el presente asunto no existe discusión entre las partes de que el actor laboró para el Instituto de Seguros Sociales, la calidad de trabajador oficial ni de que es beneficiario de la convención colectiva 2001-2004, suscrita el 27 de diciembre de 2001 entre el ISS y el Sindicato de los Trabajadores del ISS- Sintraseguridad Social.

La discusión se centra en que el demandante considera que se debe reconocer la pensión convencional, pese a que cumplió los requisitos en ella establecidos en fecha posterior a la fecha limite señalada por el Acto Legislativo 01 de 2005 para la pérdida de vigencia de los regímenes consagrados en las convenciones colectivas.

Dilucidado lo anterior y descendiendo al caso de autos, lo primero que se debe señalar es que dado el carácter autónomo del derecho a la seguridad social, que ya no se deriva desde el año 1994 del contrato de trabajo, y la necesidad de que se ajustara a los principios de organización de un sistema universal el cual no se lograba porque a través de los pactos o convenciones se generaban sistemas pensionales que generaban más diferencias sociales, se profirió el acto legislativo 1 de 2005, en cuya exposición de motivos se indicó:

> *El artículo 55 de la Constitución Política prevé que "se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley".*
> *Desde este punto de vista podría sostenerse que una ley podría determinar el alcance del derecho de negociación colectiva y excluir del –ámbito del mismo el régimen pensional. Sin embargo, el examen de la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional no arroja conclusiones claras sobre el particular (.....)*
> *Dado lo anterior, deben precisarse las normas constitucionales estableciendo que no podrán celebrarse pactos o convenciones colectivas en materia pensional.*
> *Lo anterior se funda, como ya se dijo, en el hecho de que la Constitución Política consagró el derecho a la seguridad SOCIAL como un derecho irrenunciable el cual se sujeta a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Dicho derecho fue desarrollado por la Ley 100 de 1993, estableciendo un sistema que está destinado a cubrir a todos los habitantes, y en esta medida los principios de la negociación colectiva, que se fundan en una negociación particular de las condiciones de trabajo en una empresa, deben subordinarse a los principios de organización de un sistema universal y solidario que cobija a todos los habitantes. (Gaceta del Congreso 385. Viernes 23 de*

julio de 2004, pág. 15) citado en recurso de anulación 31000 de 31 de enero de 2007.

En dicho acto Legislativo se limitó en los parágrafos 2 y 3 la negociación de condiciones pensionales, y se estableció un régimen de transición para quienes no hubieren consolidado el derecho y así se expuso en la exposición de motivos:

"En todo caso, siguiendo los principios que se han venido estableciendo en materia constitucional, al hacer la reforma debe procurarse conciliar el interés general que impone hacer la reforma con la situación de las personas que se encuentran en una situación próxima a la pensión.

Si bien no existe un derecho adquirido mientras no se hayan cumplido los supuestos previstos en la norma que otorga el derecho, y por ello no se puede hablar de un derecho adquirido a un régimen pensional, también es cierto que cuando se realizan reformas debe tomarse en cuenta la situación de las personas que están próximas a adquirir el derecho, y en la medida de lo posible establecer un tránsito normativo de tal manera que sus legítimas expectativas se tomen en cuenta.

Es por ello que el proyecto de Acto Legislativo mantiene los regímenes legales vigentes especiales hasta el año 2007. Igualmente se mantienen las convenciones y pactos colectivos celebrados hasta la fecha prevista para su extinción, y máximo hasta el año 2007" (Gaceta citada, pág. 16)

En ese orden de ideas, en la exposición de motivos, el régimen de transición para quienes no hubieren cumplido los requisitos para adquirir el derecho se extendería hasta el año 2007, situación que la concretó el legislador hasta el 31 de julio de 2010.

Respecto de dicha norma, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse en la sentencia SU-555 de 2014, en la cual analizó la recomendaciones al gobierno colombiano del Consejo de Administración la OIT y respecto a la primera, esto es, que "*adopte las medidas necesarias a fin de que los convenios colectivos que contienen cláusulas sobre pensiones, cuya vigencia va más allá del 31 de julio de 2010, mantengan sus efectos hasta su vencimiento*"; concluyó después de realizar el análisis correspondiente en el numeral 3.7.7. lo siguiente: "*De manera que la primera recomendación de la OIT no cobija: (i) a los trabajadores que soliciten pensiones consagradas en nuevos pactos o convenciones celebrados después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo; o, (ii) a aquellos que cumplen los requisitos para acceder a la prestación convencional con posterioridad al 31 de julio de 2010, pues no pueden alegar que esperaban recibir pensiones*

especiales en la medida que para ese momento ya se encontraban vigentes las nuevas reglas constitucionales, por lo tanto sería menos que una expectativa".

En ese orden de ideas, al aplicar el anterior marco normativo y jurisprudencial al presente caso, se encuentra que la convención colectiva suscrita por el ISS y el sindicato el 27 de diciembre de 2001 consagró en el artículo 2 *"una vigencia de 3 años desde el 1 de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004. Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente"* y el artículo 98 reguló el tema de la pensión de jubilación.

Lo importante de resaltar del artículo 98 es que señala los requisitos para adquirir el derecho por los trabajadores oficiales y señala la cuantía de la misma de manera diferencial dependiendo de la fecha a partir de la cual se jubilen, de 2002 a 2006, de 2007 a 2016 y de 2017 en adelante.

Esto es, que en el primer párrafo de la norma se señala los presupuestos para hacerse acreedor de la pensión de orden extralegal, una vez cumplido 20 años de servicios continuos o discontinuos, de la mano con el requisito mínimo de edad (55 años si es hombre), y el monto pensional equivalente al 100% del promedio de lo devengado en los dos, tres y cuatro últimos años de servicio para quienes se jubilen entre enero de 2002 a diciembre de 2006, enero de 2007 a diciembre de 2016, y enero de 2017 en adelante, respectivamente, de conformidad con los numerales i), ii), y iii) subsiguientes a dicho párrafo.

En el presente caso no hay discusión de que el demandante no cumplió con los requisitos exigidos en el inciso primero del artículo 98 de la Convención Colectiva, esto es, edad y tiempo de servicios antes del 31 de julio de 2010, fecha límite impuesta por el Acto Legislativo 1 de 2005, ya que el requisito de edad lo cumplió el 20 de abril de 2017.

En segundo lugar, si bien no se desconoce lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia sobre la aplicación de la cláusula 98 de la Convención Colectiva, es de anotar que tampoco se puede desconocer que dicha cláusula incumple los presupuestos legales y las orientaciones del documento CONPES 3104 señaladas para la negociación de las convenciones colectivas en el año 2001, ya que de manera expresa se indicaba que las entidades públicas, naturaleza que ostentaba el ISS para esa fecha, debían de abstenerse de negociar nuevos esquemas de pensiones y prestaciones diferentes a los regímenes generales establecidos en la Ley 100 de 1993, aunado a que se debía asegurar el cumplimiento de la Ley 617 de 2000.

Nótese que se incumple con dicho documento cuando se establece un

requisito de edad inferior al señalado en el régimen general de la ley 100 de 1993 y una tasa de reemplazo diferente, aunado que fijó las condiciones hasta para el año 2017, data para la cual no se proyectó ni siquiera los esquemas de financiación correspondiente.

Adicionalmente, no se puede pasar por alto que el artículo 98 de la Convención Colectiva se aplica a trabajadores, calidad que no ostenta el demandante dado que para la anualidad en que cumplió la edad de 55 años, 2017, ya se había aprobado el acta de liquidación del Instituto de Seguros Sociales el 31 de marzo de 2015, esto es, no existía empresa y mucho menos trabajadores de la misma.

En ese orden de ideas, se colige en el presente caso que el demandante no cumplió los requisitos para acceder a la pensión de jubilación consagrada en la Convención Colectiva 2001-2004 dentro del término máximo señalado por el Acto Legislativo 1 de 2005, esto es, antes del 31 de julio de 2010, tal y como lo refirió el juez A-Quo y hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de octubre de 2021, por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
Salvo el voto

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
ACLARO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

Magistrada Ponente: Ángela Lucía Murillo Varón

Radicación: 11001310500520200022901

De Larry Anacaona Aguirre vs Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP.

Como lo expresé a los restantes integrantes de la Sala, me opongo a la decisión adoptada por la mayoría, por las razones que expongo a continuación:

De tiempo atrás el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en la especialidad laboral ha dejado sentado que, aunque las convenciones colectivas de trabajo se allegan como prueba, ello no les resta el carácter de verdadera fuente formal del derecho; en esa medida, los operadores judiciales están llamados a interpretar sus cláusulas, a la luz de los principios superiores de favorabilidad e *indubio pro operario*.

Lo anterior impone que, ante una disyuntiva en la lectura de un precepto extralegal, el sentido y alcance se fije a partir de tales postulados. En la labor interpretativa que la Sala de Casación Laboral efectuó al artículo 98 de la convención colectiva 2001-2004, suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social, discurrió:

> Es necesario precisar que las convenciones colectivas de trabajo son fuente formal del derecho y, por tanto, sus enunciados normativos deben interpretarse a la luz de los principios y métodos de la hermenéutica jurídica

laboral, dentro de los cuales se encuentra la favorabilidad, de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política.

Por este motivo, la interpretación de las disposiciones convencionales de índole pensional debe realizarse de acuerdo con sus características y su finalidad, tal como lo adoctrinó la Sala en sentencia CSJ SL16811-2017, en la que dispuso que los textos normativos, dentro de ellos, los acuerdos convencionales, deben ser comprendidos como *«un todo y, por tanto, su interpretación debe ser integral, armónica y útil a los intereses y expectativas razonables de ambas partes»*, lo que naturalmente excluye interpretaciones textualistas, focalizadas en frases, palabras o expresiones elaboradas al margen de los sujetos y los contextos.

Ahora bien, la referida normativa convencional prevé lo siguiente:

El trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al ciento por ciento (100%) del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales (...).

En lo que concierne a la interpretación concreta de dicha cláusula convencional, para la Corte deriva que el derecho pensional puede ser adquirido por los ex trabajadores que al momento del retiro tengan acreditado el tiempo de servicios, pero no la edad.

Lo anterior, en tanto si bien el artículo alude a trabajadores oficiales, ello no excluye del beneficio a quienes tuvieron tal condición, pero arribaron a la edad enunciada con posterioridad a la finalización de sus contratos, pues dicha circunstancia no desvirtúa la calidad que una vez tuvieron: la de trabajadores oficiales al servicio de la entidad que, en últimas, es lo que exige la norma referida.

Al respecto, es relevante destacar que, en este caso, a la luz de la lectura de la cláusula convencional (art. 98), el derecho pensional allí consagrado goza de la particularidad de que se concede para compensar el desgaste físico que sufre el trabajador como consecuencia de muchos años de servicios. Por ello, la Sala considera que el eje central de tal prestación es el tiempo de servicios, toda vez que es el trabajo el que genera la merma laboral. La edad simplemente corresponde a una condición futura, connatural al ser humano.

> Específicamente, en el marco de las relaciones de trabajo, es un hecho usual, que las pensiones se ofrezcan a los trabajadores como un aliciente a la prestación de los servicios personales en favor de un empleador, de tal suerte que, además de compensar el deterioro laboral, también funcionan como premio a la fidelidad con aquel.
>
> Ahora, si bien por regla general, las convenciones colectivas gobiernan las condiciones de trabajo de los contratos vigentes, según lo preceptúa el artículo 476 del Código Sustantivo de Trabajo, de modo que los beneficios y prerrogativas extensivos a terceros deben ser explícitos y claros, también lo es que esta regla en materia pensional opera en forma diferente, dadas las características especiales y la finalidad de esta prestación.
>
> Así las cosas, y como quiera que en diferentes providencias esta Sala ha comprendido en forma disímil el contenido del citado artículo 98 convencional, se precisa que, a partir de esta decisión, la interpretación válida de dicha cláusula es la que aquí se fija, esto es, que el requisito de edad en ella contenido es de exigibilidad de la prestación pensional, no de causación.
>
> Por tanto, se equivocó el sentenciador colegiado al determinar que la edad era un requisito para causar la prestación, a pesar de tratarse de un requerimiento necesario únicamente para su exigibilidad.

Al amparo de las anteriores enseñanzas, considero que la decisión del juzgado ha debido revocarse para, en su lugar, acceder al derecho pretendido, como quiera que lo causó con el tiempo de servicio prestado a la entidad, corrido entre el 30 de julio de 1984 y el 30 de noviembre de 2005, de acuerdo con la *«certificación electrónica de tiempos laborados»* y la Resolución RPP 012215 de 21 de mayo de 2020, que hacen parte del expediente administrativo del actor pues, la edad, que logró en 2017, es un requisito de exigibilidad.

Aunado a lo anterior, creo que no puede servir de soporte a la negativa de la prestación, lo consignado en la sentencia, relativo a que *«dicha cláusula*

incumple los presupuestos legales y las orientaciones del documento COMPES 3104 señaladas para la negociación de las convenciones colectivas en el año 2001», pues se trata de un documento de política pública que contiene recomendaciones de carácter económico que en modo alguno vincula a los jueces, menos pueden anteponerse a la ley ni a la jurisprudencia, para dar solución a un asunto como el estudiado.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: GABRIEL OSPINA HERNÁNDEZ
DEMANDADO: AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2020 00125 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora respecto de la sentencia proferida el 5 de octubre de 2021 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a la demandada a reliquidar la pensión reconocida, incluyendo para ello como factor salarial los viáticos por alojamiento causados en el último año de servicios en el monto calculado en el dictamen pericial. Como consecuencia de ello, se condene a la accionada a pagar los reajustes a que haya lugar, mesadas adicionales, intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho. (fl.160 y 179)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que trabajó para Avianca desde el 5 de agosto de 1965 a 15 de enero de 1997 desempeñando el cargo de auxiliar de vuelo, recibía un salario variable compuesto por viáticos que la empresa cancelaba de manera permanente por concepto de manutención,

razón por la que el salario variaba mes a mes dependiendo del tiempo de permanencia en el exterior y el destino al cual era enviado. El salario pagado al actor durante la relación no incluía el pago de viáticos por alojamiento.

El actor fue pensionado por Avianca a partir del 25 de diciembre de 1996 por cumplir con los requisitos exigidos por la convención colectiva.

El demandante siempre y para el número de noches que fuesen requeridas según el itinerario de vuelo asignado, pernoctó en los hoteles que la demandada tenía contratados con ese propósito.

En los hoteles que contrató la demandada no se utilizaba el sistema común de ingreso y salida, únicamente se manejaban unas listas o planillas de ingreso y salida que el hotel tenía para cada tripulación, sin que al trabajador se le entregara registro o factura alguna por estadía.

Por resolución 00109 de 14 de enero de 2004 el ISS reconoció pensión de vejez al accionante.

AVIANCA S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que no hay lugar a reliquidar la pensión que se le reconoció al demandante, por cuanto dicha prestación ha sido reconocida en debida forma por cuanto Avianca efectuó los aportes teniendo en cuenta el salario devengado por el actor incluyendo los viáticos según la incidencia salarial que estos tenían.

Presentó las excepciones de fondo que denominó prescripción, pago, la naturaleza de los beneficios convencionales recibidos por el trabajador, inexistencia de la obligación, buena fe, compensación y la genérica o innominada. (fl.218)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 5 de octubre de 2021, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y no condenó en costas. (fl.255)

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente:

DEMANDANTE: i) hay lugar a la reiquidación pretendida, pues existe la prueba y el Tribunal puede decretarla ya que Avianca no las proporcionó en el proceso.

ALEGACIONES

El apoderado de Avianca presentó escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de la reliquidación pensional incluyendo como factor salarial los viáticos por alojamiento.

Fundamentos fácticos relevantes

- A folio 3, derecho de petición elevado por el actor a la demandada en el año 2019.
- A folio 4, respuesta de fecha 21 de agosto de 2019 a derecho de petición.
- A folio 6 a 9, itinerario del actor.
- A folio 11 a 20, comprobantes de pago realizados al demandante.
- A folio 21, liquidación definitiva de cesantías.
- A folio 22, certificación de promedio salarial para liquidación de pensión.
- A folio 23, carta de fecha 26 de diciembre de 1996 a través de la cual se le comunica reconocimiento pensional al demandante.
- A folio 25, constancia de depósito convención colectiva de trabajo.
- A folio 26 a 107, convención colectiva de trabajo
- A folio 108, certificación de afiliación del demandante al sindicato ACAV.
- A folio 109, Manual de Auxiliares de Vuelo.
- A folio 119 a 124, documental referente a solicitud de copia de listado de hoteles en proceso ordinario de Alfonso Suárez Menco y otros.
- A folio 125, cd en el que consta asignación de vuelos a Jorge Enrique Lozano Sandoval y a Elsa Fandiño.
- A folio 125, reporte de semanas cotizadas en Colpensiones.
- A folio 129, resolución de reconocimiento de pensión de vejez por parte del ISS.
- A folio 139, contratos hoteleros.
- A folio 147, dictamen pericial.
- A folio 224, contrato de trabajo, itinerario, contratos hoteleros, certificaciones.
- A folio 254, itinerario del actor.

- Testimonios.

Caso concreto

En el presente asunto no se presentó discusión frente a que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 5 de agosto de 1965 a 15 de enero de 1997 en el que el actor desempeñó el cargo de auxiliar de vuelo; tampoco que el señor Gabriel Ospina fue pensionado por Avianca a partir del 25 de diciembre de 1996 por cumplir con los requisitos establecidos en la convención colectiva de trabajo y pensionado por el ISS a través de resolución 109 de 14 de enero de 2004 desde el 6 de septiembre de 2003 en cuantía de $2.547.589.

Señala el recurrente que debe ordenarse la reliquidación pensional incluyendo como factor salarial los viáticos por alojamiento, en la medida que al encontrarse acreditada la existencia del derecho, debía el juez o el Tribual practicar la prueba que acreditara los costos de hospedaje asumidos por Avianca.

Para resolver se tiene que al proceso se aportaron las siguientes pruebas documentales relevantes:

-Derecho de petición elevado en el año 2019 por el actor a Avianca, a través del cual solicita información frente a cuáles fueron los factores salariales tenidos en cuenta para la liquidación pensional, se le informe los itinerarios de vuelos, se expida copia de contratos hoteleros y se le informe cuánto debió cancelar la empresa por concepto de costo de alojamiento en los hoteles en los que se hospedó el accionante. (fl.3)

-Respuesta emitida por Avianca mediante la cual le indica (fl.4):

> *"...los factores salariales que se tuvieron en cuenta para su reconocimiento pensional fue el promedio de su salario junto con el promedio de los viáticos del último año de servicio a la compañía, en consecuencia la suma promedio fue $1.595.246."*
>
> *"...realizadas las consultas internas con las áreas respectivas, encontramos que no es posible entregarle un valor individualizado de costos hoteleros por lo siguiente:*
>
> *A. La compañía dentro de la ejecución de sus contratos comerciales, con los diferentes hoteles ubicados en cada una de las ciudades donde la empresa tiene su operación, debe realizar el bloqueo de*

una determinada cantidad de habitaciones, teniendo como supuesto la programación de los vuelos y la cantidad de los tripulantes, así como las necesidades del servicio. En tal sentido mes a mes se verifica la utilización de las habitaciones reservadas sin detallar sus ocupantes.

B. En línea con lo anterior, no existe un control individualizado de las habitaciones utilizadas por los tripulantes durante sus asignaciones, por lo que no puede inferirse o afirmarse que determinada habitación sea asignada a un tripulante en específico, por lo tanto, no hay una cuantificación individualizada del valor de cada habitación.

Por lo anterior, no existe un costo individualizado por cada uno de los tripulantes que se hospedan en los hoteles cuando están en servicio. Lo pagado a estos hoteles, repetimos, es una tarifa global pactada en el marco de negociaciones comerciales..."

-Comprobante de pago de salario al demandante de enero a junio del año 1995 en donde se observa el concepto "viáticos a tripulantes" en dicho periodo (fl. 14).

-Cd contentivo de asignación de vuelos y contratos de personas diferente al aquí demandante. (fl.125)

-Acuerdos de alojamiento suscritos entre Avianca y diferentes hoteles.

-Certificación expedida el 10 de diciembre de 2020, a través de la cual Avianca señala (cd. Fl.224):

"Por medio de la presente me permito certificar que la Compañía dentro de la ejecución de sus contratos comerciales, con los diferentes hoteles ubicados en cada una de las ciudades donde Avianca S.A. tiene su operación, debe realizar el bloqueo de una determinada cantidad de habitaciones, teniendo como supuesto la programación de los vuelos y la cantidad de los tripulantes, así como las necesidades del servicio, en tal sentido mes a mes se verifica la utilización de las habitaciones reservadas sin detallar sus ocupantes.

En línea con lo anterior, no existe un control individualizado de las habitaciones utilizadas por los tripulantes durante sus asignaciones, por lo que no puede inferirse o afirmase que determinada habitación sea asignada a un tripulante en específico."

-Itinerario del demandante desde 1 de enero de 1995 a 31 de diciembre de 1996. (cd. Fl.254)

-Convenios para suministro de habitaciones celebrado entre Avianca y diferentes hoteles, dos de ellos entre la fecha de la relación laboral de las partes y los otros son para los años 1996, 1998 a 2016. En dichos convenios se describen las tarifas de la habitación sencilla, de la doble, con inclusión de desayuno, almuerzo o cena. (cd. Fl.224)

Se recibió el **interrogatorio al representante legal de Avianca**, quien manifestó que la Compañía realizaba reserva de hoteles en las diferentes partes en donde se llevaban a cabo los vuelos, que la suma pagada a los hoteles era global, nunca se pagó suma individual a algún tripulante pues no era política de la empresa.

Agregó que resultaba difícil saber o poder determinar si el tripulante se hospedaba en el hotel contratado por Avianca, ello por cuanto la obligación de Avianca era suministrarles o tener a disposición de ellos las habitaciones para que en el momento que llegaran a determinada ciudad se hospedaran con toda tranquilidad, pero que en ocasiones y en virtud al descanso que cada tripulante tenían entre uno y otro vuelo, se iban alguno a conocer ciudades del lugar en donde se encontraban y por tanto no se quedaban en los hoteles contratados por Avianca.

Rindió testimonio el señor **Miguel Antonio Calvo,** compañero del actor, ambos fueron auxiliar de vuelo; manifestó que Avianca no les dio dinero para alojamientos, que ellos sabían que tenían que hospedarse en los hoteles que la Compañía les indicara, que debido a que tenían que estar disponibles por si ocurría una urgencia, no salían del hotel y si lo hacían era a un supermercado cerca del hotel.

Pues bien, para definir la instancia se debe revisar el artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 17 de la ley 50 de 1990, que establece cuáles son los viáticos que no constituyen salario y cuáles si lo constituyen que son los viáticos permanentes en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento.

La jurisprudencia ha insistido que, cuando en proceso judicial el trabajador afirma haber recibido viáticos permanentes, que en desarrollo del contrato o a la terminación del mismo no se le tuvieron en cuenta como factor salarial para la liquidación de prestaciones, es a esta parte la que corresponde la carga de la prueba en ese sentido, al ser este el supuesto de hecho que le da fundamento a la pretensión; de igual forma es sabido que al empleador le

corresponde el deber legal de precisar, cuando efectúa el pago de viáticos, cuáles están destinados a cubrir gastos de alimentación y alojamiento.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido uniforme en explicar que el carácter permanente de los viáticos no solo se deriva de la periodicidad de los desplazamientos, la cual debe ser regular y en número importante, sino también de la naturaleza de la actividad ejecutada por el trabajador por fuera de su sede de trabajo, la cual debe enmarcarse en el ámbito de su contrato de trabajo y del desempeño de la labor subordinada.

En sentencia SL 3828 de 2021 dicha Corporación indicó:

> *"Pese a lo anterior, el legislador no estableció un criterio para determinar cuándo los viáticos son permanentes, contrario a lo que sucede con los accidentales, que en el ordinal tercero del mencionado artículo 130, los definió como «[...] aquéllos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente», de ahí que ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de fijar las pautas para definir cuándo este concepto ha de considerarse permanente, que básicamente se refieren a:* ***i)*** *la naturaleza de la labor desempeñada por el trabajador, que exija un requerimiento laboral ordinario, habitual o frecuente de desplazamiento fuera de la sede de trabajo, en contraposición al extraordinario, no habitual o poco frecuente, que emplea la norma para los accidentales, y* ***ii)*** *la periodicidad regular y la cantidad apreciable de tales desplazamientos (CSJ SL, 30 sep. 2008, rad. 33156).*
>
> *...En este orden de ideas, de acuerdo con lo ya expuesto,* ***para que los viáticos, en este caso el «auxilio de hospedaje», tengan incidencia salarial, se requiere que tengan carácter habitual; que los desplazamientos sean por órdenes del empleador; las actividades encargadas estén relacionadas con las funciones propias del cargo y se otorguen para gastos de alojamiento,*** *características estas que imperiosamente deben cumplirse para darle connotación salarial a tales pagos."*

Descendiendo al caso objeto de estudio encuentra la Sala que en este asunto existieron desplazamientos ordenados por el empleador (Avianca) al señor Gabriel Ospina tal y como se desprende de los itinerarios aportados por la accionada, también se prueba que dichos desplazamientos se encontraban relacionados con las funciones propias del cargo de auxiliar de vuelo que ostentaba el demandante, pues, precisamente, en virtud de su cargo él

formaba parte de la tripulación en los diferentes vuelos a los que debió asistir.

Adicionalmente, la cláusula 19 de la Convención Colectiva (fl. 38) consagra el concepto de viáticos de los auxiliares de vuelo así: "En los casos de pernoctadas la Empresa pagará el hotel asegurando pieza privada para cada Auxiliar en un lugar de primera categoría, suministrando el transporte correspondiente.

Indica el monto a partir de la firma de la convención que la Empresa pagará a sus Auxiliares de Vuelo de acuerdo con la programación de los vuelos que se efectúen por permanencia mayor de doce (12) horas y hasta veinticuatro (24) horas $9.215. Por permanencia menor de doce (12) horas que incluya un periodo de descanso $4.702.

Señala la regulación de viáticos al exterior. E indica en el parágrafo 2. como criterio de pago de viáticos, que se pagará de acuerdo con la permanencia del Auxiliar de Vuelo fuera de la Base si esta fuere mayor de la programada.

Ahora revisados los elementos de prueba aportados al proceso, se observa que con los mismos no se acredita con certeza primero, los días en que el demandante pernoctó en los hoteles destinados por la compañía para el alojamiento del personal, porque si bien el testigo señala que se hospedaban en dichos hoteles no se precisó las fechas en que se realizó el hospedaje, segundo, si bien es cierto se aporta un dictamen pericial el mismo no puede ser tenido en cuenta debido a que se basa en cifras generales que el perito tomó de las tarifas establecidas en los convenios para suministro de habitaciones celebrado entre Avianca y los diferentes hoteles, pero el valor no se deriva de los contratos celebrados por la demandada con hoteles en el periodo de prestación del servicio del demandante que den certeza del valor que se reconoció por el servicio de alojamiento ya que el único contrato que obra en el proceso para el año 1995- 1996 se refiere a hoteles el Salitre Bogotá y el listado que obra a folio 157-158 se refiere a contratos suscritos en fecha posterior por la demandada.

Ahora bien, indica el recurrente que el juez debió indagar frente a los costos que asumió Avianca por hospedaje, que era la demandada quien tenía la obligación de certificar lo pagado por viáticos de alojamiento, que en todo caso, el Tribunal también debía practicar la prueba.

Frente a ello no se desconoce la facultad con la que cuenta el Tribunal de decretar pruebas conforme a los parámetros establecidos en el art. 83 del C.P.T., empero en el caso particular no se hará uso de la misma pues además que el juez de primera instancia no se negó o dejó de practicar la prueba de certificación de costos de hospedaje asumidos por Avianca, en la medida en que la accionada en varias oportunidades manifestó e incluso

certificó la imposibilidad de allegar dicha prueba; nótese que desde la contestación de la demanda indicó *"no es posible para mi representada determinar en qué hoteles se hospedó el demandante en cada uno de los vuelos que ejecutó, bien sea porque realizó vuelos que no requerían pernoctar, o en su defecto, no utilizó el hospedaje que Avianca puso a su disposición."*

En esa dirección y al no poderse determinar con precisión el valor del componente por alojamiento del concepto de viáticos contenido en el numeral 1 del artículo 130 del CST modificado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990 hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de octubre de 2021 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMRÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: GLADYS SOLEDAD VARELA DE VALDERRAMA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES
RADICACIÓN: 11001 31 05 017 2018 00527 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 11 de octubre de 2021 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del incremento de la pensión por vejez equivalente al catorce por ciento (14%) en razón a la dependencia económica del cónyuge de la demandante desde el 1 de octubre de 2006 debidamente indexados, intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas del proceso. (fl. 1-2).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que el Instituto de Seguros Sociales, mediante Resolución No. 010062 de 27 de septiembre de 2006, reconoció la pensión de vejez a partir del 1 de octubre de 2006. Que se encuentra casada con el señor JOSE EVERGISTO VALDERRAMA PANTALEON quien depende económicamente de la actora y no disfruta de pensión alguna; razón por la cual solicitó el reconocimiento del incremento

pensional, para tal efecto presentó reclamación administrativa el 2 de agosto de 2018 y a la fecha no ha sido resuelta.

La Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones - se opuso a las pretensiones con fundamento por cuanto los incrementos salieron de la vida jurídica con la expedición de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo: prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, presunción de legalidad de los actos administrativo e innominada o genérica (fl. 39-40).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 11 de octubre de 2021, declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones -, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante GLADYS SOLEDAD VARELA DE VALDERRAMA y condenó en costas a la demandante incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de $200.000

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se presenta recurso de apelación por el apoderado de la parte demandante se ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia el cual se asume en virtud del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 14.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar a reconocer los incrementos pensionales por cónyuge a cargo.

DE LOS INCREMENTOS PENSIONALES

Elementos de prueba relevantes

- A folio 15, Resolución 010062 de 15 de junio de 2006, mediante la cual se reconoce la pensión a la demandante a partir del 1 de octubre de 2006.
- A folio 13, documento de identidad de la demandante, nació el 11 de abril de 1951.
- A folio 16, registro civil de matrimonio.

- A folio 25, reclamación administrativa.
- Testimonio de HARRY WILLIAM CABALLERO SIERRA.

Caso concreto:

En el presente caso no hay discusión sobre la calidad de pensionada de la señora GLADYS SOLEDAD VARELA DE VALDERRAMA y la aplicación del régimen de transición regulado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el conflicto se contrae a determinar si hay lugar al reconocimiento del incremento pensional consagrado en los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

La sentencia de primera instancia absolvió a la demandada del reconocimiento de los incrementos pensionales al declarar probada la excepción de prescripción.

Respecto de los incrementos pensionales la Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019 señaló que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados con la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez. Tesis que ha sido aceptada y aplicada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias STL 11922-2020, STL 1187-2021, STL 6196-2021 y SL 2061-2021, radicación 84054.

Es de recordar que la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que en principio, tiene carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la República y desde ese punto de vista se acoge, el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

En ese orden de ideas, al considerarse *primero*, que los incrementos pensionales fueron derogados conforme a lo ya expuesto, *segundo*, que el derecho pensional se causó con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, conforme se desprende del contenido de la Resolución 010062 de 2006 y *tercero* que la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 lo fue en virtud de la aplicación del régimen de transición, porque la demandante cumplió los requisitos en vigencia de la Ley 100 de 1993, es dable concluir que a la

demandante no le asiste el derecho invocado y, por esa razón, debe confirmarse la sentencia de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

Adicionalmente, si bien no se desconoce que el reconocimiento de la pensión de vejez fue en una anualidad anterior a la sentencia de unificación, es de anotar que tal situación no es relevante por cuanto la sentencia SU 140 de 2019 indicó que los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 perdieron su vigencia desde la expedición de la Ley 100 de 1993 para las personas que se les aplicaba el régimen de transición, esto es, en anualidad anterior a la que la demandante causó el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición en el año 2006.

Por las anteriores razones, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia, pero por los argumentos expuestos.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de octubre de 2021, por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: EDGAR ACERO PÉREZ
DEMANDADO: CASA EDITORIAL EL TIEMPO S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2017 00203 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante respecto de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2021 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la igualdad salarial del actor desde el 1 de enero de 2012 hasta la fecha que sea declarada y, consecuencia de ello, se condene a la accionada al pago de las desigualdades salariales con corte 28 de marzo de 2017, intereses y lo ultra y extra petita. (fl.64 carpeta 2017-203)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 15 de julio de 1991. Desde el 1 de enero de 2011 el actor se desempeña en el cargo de pre prensa comercial "montajista color" realizando labores de revisión de órdenes de producción, revisión PDFS, manejo de adobe indesign Cs6, hacer órdenes de imposición en apogee, entre otras.

El salario asignado es de $1.960.000, los compañeros de trabajo que realizan las mismas funciones y con los mismos horarios tienen una asignación salarial de $2.270.000 como lo señores Jaime Rosas Galeano, Alirio Iván Naranjo y Olmedo Meléndez.

CASA EDITORIAL EL TIEMPO S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que el demandante devenga una remuneración acorde con su cargo que lo es de montajista color, que no corresponde con quienes se pretende igualar que ocupan el cargo de montajista color eléctrico y quienes perciben el salario de acuerdo a su experiencia, capacitación y evaluación de desempeño.

Presentó las excepciones de fondo que denominó prescripción y falta de causa. (fl.106 carpeta 2017-203)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de noviembre de 2021, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, absolvió a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente:

DEMANDANTE: i) se acreditó la procedencia de la nivelación salarial pedida en la demanda.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a la nivelación salarial pretendida en la demanda.

CONSIDERACIONES

Fundamentos fácticos relevantes

Carpeta 2017-203

- A folio 22 a 45, comprobantes de nómina del demandante.
- A folio 110, relación de pagos efectuados al actor desde 2012 a 2017.
- A folio 114, política de compensación.

Carpeta MEMORIALES-DOCUMENTOS

- Certificación laboral expedida el 15 de abril de 2021.
- Calificación de desempeño del demandante.
- Comprobantes de pago de Alirio Iván Naranjo.
- Comprobantes de pago Jaime Rosas Galeano.
- Comprobantes de pago Olmedo Meléndez Gómez.
- Certificación laboral del señor Alirio Iván Naranjo.
- Certificación laboral del señor Jaime Rosas Galeano.
- Certificación laboral del señor Olmedo Meléndez Gómez.
- Certificación de funciones del demandante.
- Certificación de funciones del señor Jaime Rosas Galeano.
- Certificación de funciones del señor Alirio Iván Naranjo.
- Certificación de funciones del señor Olmedo Meléndez Gómez.
- Testimonios.

Caso concreto

En el presente proceso no hay discrepancia respecto a la existencia de un contrato a término indefinido entre las partes desde el 15 de julio de 1991 y que en la actualidad el señor Edgar Acero desempeña el cargo de MONTAJISTA COLOR; la discusión se centra en que el demandante considera que ejerció dicho cargo y que compañeros de trabajo realizaron la misma labor pero devengaron más que él, por ello solicita se acceda a la nivelación salarial pedida.

Respecto de la nivelación salarial pretendida se debe determinar si se acreditó en debida forma los presupuestos consagrados en el artículo 143 del C.S.T., con el fin de establecer el cumplimiento de las funciones del cargo de montajista color sobre el cual pretende el actor el reajuste salarial incoado en la demanda en relación con los compañeros de trabajo que ejercían dicho cargo.

En primer lugar, el artículo 143 del CST modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011 regula el principio de a trabajo de igual valor, salario igual así:

> ***"Artículo 143. A trabajo de igual valor, salario igual.***
> *1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127.*
> *2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.*
> *3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación."*

Dicha norma, al igual que las demás contenidas en la ley antes mencionada tiene por objeto garantizar la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, y establecer mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación.

De allí que en dicha disposición se establezca, ante un trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, la presunción de injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.

No obstante, la presunción consagrada en dicha disposición no exonera al trabajador de demostrar los supuestos fácticos de la norma, esto es, que desempeña un trabajo de igual valor al que ejerce otra persona y recibe un salario desigual; para así una vez probados los hechos de que se desempeña el mismo puesto que otro trabajador con similares funciones y eficiencia, la demandada deba demostrar que la diferencia salarial se justifica por razones objetivas.

Lo anterior de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que así lo ha manifestado, entre otras, en las sentencias SL4825-2020 en donde rememoró las sentencias CSJ SL14349-2017 que rememoró la CSJ SL1503-2016 SL6570-2015, de 6 de mayo de 2015, radicación 45894, SL-1279 radicación No. 51998, de 25 de abril de 2018, SL17462-2014, de 10 de diciembre de 2014, radicación 44317, en la que menciona las sentencias de SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de mayo 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente.

Pues bien, procede la Sala a analizar los medios probatorios encontrando lo siguiente:

Como pruebas documentales, relevantes para resolver el problema jurídico planteado se tienen en el proceso las siguientes:

-Calificaciones de desempeño expedidas el 15 de abril de 2021, a través de las que se informa que durante los años 2013 a 2020 el accionante y los siguientes trabajadores obtuvieron las siguientes calificaciones, en las que A es excelente, B bueno, C necesita mejorar y D no cumple.

Edgar Acero Pérez:

AÑO	CALIFICACION
2013	B
2014	B
2015	B
2016	B
2017	C
2018	B
2019	D
2020	B

Alirio Iván Naranjo Rodríguez:

AÑO	CALIFICACION
2013	A
2014	B
2015	A
2016	B
2017	B
2018	B
2019	C
2020	B

Jaime Rosas Galeano:

AÑO	CALIFICACION
2013	A
2014	B
2015	A
2016	B
2017	B
2018	B
2019	C
2020	B

Olmedo Meléndez Gómez:

AÑO	CALIFICACION
2013	B
2014	A
2015	A
2016	B
2017	B
2018	B
2019	C
2020	B

-Certificaciones de funciones expedidas por la accionada el 15 de abril de 2021, mediante la cual se indica lo siguiente:

TRABAJADOR	CARGO	SALARIO	FUNCIONES
Edgar Acero Pérez	Montajista Color	$2.322.171	-Planear la entrega de materiales con el ejecutivo y la agencia. -Responder ante el coordinador de área por la entrega completa del producto. -Controlar enteramente la calidad de los materiales recibidos. -Rechazar o corregir in house lo tenga arreglo. -Cumplimiento de horarios dados por la agencia para el lanzamiento del producto. -Cumplimiento del programa de producción.
Jaime Rosas Galeano	Montajista Color Eléctrico	$2.558.511	-Investiga acerca de nuevas alternativas para manejo de material electrónico. -Trabaja de la mano de las agencias para capacitación y asesoría. -Replicar los conocimientos técnicos del proceso entre los demás integrantes del equipo.

			-Reportar la utilización de recursos. -Cumplimiento del programa de producción.
Alirio Iván Naranjo Rodríguez	Montajista Color Eléctrico	$2.633.760	-Investiga acerca de nuevas alternativas para manejo de material electrónico. -Trabaja de la mano de las agencias para capacitación y asesoría. -Replicar los conocimientos técnicos del proceso entre los demás integrantes del equipo. -Reportar la utilización de recursos. -Cumplimiento del programa de producción.
Olmedo Meléndez Gómez	Montajista Color Eléctrico	$2.580.716	-Investiga acerca de nuevas alternativas para manejo de material electrónico. -Trabaja de la mano de las agencias para capacitación y asesoría. -Replicar los conocimientos técnicos del proceso entre los demás integrantes del equipo. -Reportar la utilización de recursos. -Cumplimiento del programa de producción.

Además de las pruebas documentales rindieron testimonio:

Jaime Rosas Galeano quien señaló trabajar para la accionada hace 29 años desempeñando el cargo de montajista eléctrico de color, indicó "las funciones mías han sido diferentes..., mis labores como corrector de retoque de fotografía y eso es lo que yo hago generalmente y lo que venimos haciendo hace muchos años.", manifestó que el demandante hace la función comercial, que es de todos los trabajos que llegan para finalizarlos, mientras el testigo hace la parte de fotografía del retoque de fotografías, cree que el cargo del demandante también se denomina montajista electrónica; negó

que dentro de sus funciones estuvieran las de revisión de PDF, manejo del programa Adobe, Indesign CC S 6, hacer órdenes de imposición en apoyo, modificación de trazos para el sistema a polly manejo del sistema a 11 y revisión de impresos contexto, funciones que sí desempeña el demandante.

Olmedo Meléndez Gómez, manifestó que trabaja para la accionada desde hace 31 años, su cargo es montajista electrónico de color, sus funciones son básicamente revisión de archivos de PDF, revisión de fotos, revisión de cómo vienen los elementos a hacer imposición y hacer montajes para prensa, mismas funciones que desempeña el demandante, trabajan en el mismo horario, cuentan con el mismo jefe, el señor José Antonio Sarmiento. Indicó que cada año les hacen evaluación de desempeño, son varios los criterios que manejan como responsabilidad, verificación del trabajo, que no haya tenido inconvenientes, metas a lograr, que se cumplan metas comunes, metas individuales y metas grupales, entre él y el demandante los criterios de evaluación a veces son iguales y a veces individuales.

José Antonio Sarmiento González, dijo ser jefe de prensa de la demandada y jefe del actor, señaló que hacen trabajos comerciales y trabajos de periódico, particularmente en el área comercial trabaja el actor, área encargada de recibir información de los clientes, procesarla, determinar su calidad y entregarla a impresión, donde obviamente debe contar con las normas de calidad y las normas de cumplimiento. Explicó que la diferencia salarial corresponde a la calidad del trabajo que se entrega, más no al hecho de que hagan o ejecuten las mismas actividades los trabajadores. Manifestó que él tiene la función de calificar a los trabajadores, incluido el señor Edgar Acero, que por ello sabe que durante varios años su calificación ha sido diferente a la de los señores Alirio Naranjo y Olmedo Meléndez.

Explica in extenso a qué se refiere la letra que identifica cada calificación, señala que quienes obtienen las letras A y B son personas indispensables para la empresa por su buen desempeño, que la mayoría de trabajadores de la demandada se mantienen en el rango de las letras B y C.

Señala que aunque desempeña las mismas funciones que el señor Olmedo el resultado del trabajo no es el mismo, que si el mal no recuerda el señor Acero Pérez ha tenido varios llamados de atención en virtud a que su trabajo final ha presentado varias fallas, en tanto que si el señor Meléndez ha tenido uno o dos llamados de atención ha sido mucho, mientras que el señor Alirio Naranjo no ha tenido ninguno.

Indicó que no era que el accionante entregara su trabajo tarde, pues incluso en varias ocasiones lo entregaba de manera anticipada, pero que presentaba

fallas que en trabajos de los otros compañeros no se encontraban y por ello debían hacerse correcciones, errores de montaje, de tamaño, de publicación, entre otros.

Pues bien, del anterior material probatorio aportado al expediente se tiene que el cargo desempeñado por el señor Edgar Acero Pérez es diferente al de los demás trabajadores sobre los que pretende se nivele su salario, pues el cargo del demandante es montajista color y el de los otros tres trabajadores montajista color eléctrico, todos cuatro con diferente asignación salarial pese a que estos tres últimos presentan igual cargo.

Sin embargo no es el nombre per sé lo que permite concluir a la Sala que no hay lugar a la nivelación salarial pretendida, en tanto se presentan diferentes circunstancias que implican que a uno y a otro trabajador se le pague su salario de manera diferente.

Como se observa de la certificación de funciones expedida el 15 de abril de 2021 el actor desempeña funciones diferentes a las realizadas por Jaime Rosas Galeano, Alirio Iván Naranjo y Olmedo Meléndez, no obstante, este último en la declaración señaló que el demandante llevaba a cabo las mismas funciones que él, trabajaban en el mismo horario y también en las mismas instalaciones, empero y contrario a lo afirmado por el apelante, el declarante también fue enfático en afirmar que la calificación de desempeño del señor Acero Pérez no era la misma obtenida por él, pues en ella se incluían factores grupales e individuales que impedían que ambos obtuvieran igual resultado.

Afirmación anterior que puede ser corroborada por la Sala con las certificaciones de calificación de desempeño de los años 2013 a 2020 realizadas por Casa Editorial El Tiempo S.A., documentos que cuentan con plena validez pues no fueron tachados de falso y tampoco desconocidos por ninguna de las partes, en las que se puede concluir con claridad que ninguno de los trabajadores, a excepción del demandante, tuvo como calificación en dicho periodo la letra "D" que significa "No cumple", además, en el mismo periodo todos, a excepción del actor, fueron calificados en dos oportunidades con la letra "A", es decir "Excelente", distintivo que en la relación laboral de 2013 a 2020 no fue obtenida o alcanzada por el accionante.

Es de anotar que el testigo José Antonio Sarmiento González, jefe del accionante por varios años, explicó el motivo por que el demandante no recibía el mismo salario por ejemplo que el señor Olmedo Méndez; como se desprende de su declaración la calidad de trabajo entre uno y otro

trabajador no era la misma, la eficiencia tampoco y menos aún los resultados, tampoco las calificaciones de desempeño, entre otros criterios que señaló hacían que a uno y a otro se les remunerara de manera diferente.

Cabe recordar que para efectos de establecer la igualdad salarial en el trabajo la Corte ha explicado que no basta la identidad de cargos o puestos de trabajo entre quienes se quiere hacer la comparación, sino que se requiere, en cada caso, verificar que la diferencia salarial sólo puede ser atribuida a circunstancias subjetivas, habida cuenta de que lo que se pretende conjurar es la discriminación salarial ante circunstancias objetivamente idénticas, aspecto que como se indicó, no ocurre en este asunto.

No le bastaba al señor Edgar Acero acreditar en el proceso que desempeñó el mismo cargo o puesto de trabajo al mismo tiempo que los trabajadores con quien se pretende la comparación, sino que debía probar, entre otras, que existió igualdad en circunstancias tales como la antigüedad, la preparación y las capacidades individuales de los cuatro trabajadores, o incluso, de él y el señor Olmedo Meléndez que es con quien insiste el apelante se probó la nivelación salarial.

En esa dirección, al no encontrarse demostrado que la ejecución y el cumplimiento de las funciones asignadas al actor con los otros trabajadores fueron semejantes, no es dable concluir que exista una igualdad que permita ordenar la nivelación salarial pedida.

Por lo expuesto en precedencia, se colige que no se acreditó en el proceso los supuestos de hecho para aplicar el principio de a trabajo de igual valor, salario igual por lo que se impone confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2021 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: EDGAR MAURICIO MILLA AYALA
DEMANDADO: AEROVIAS DEL CONTIENENTE AMERICANO S.A.-AVIANCA S.A.
RADICADO: 11001 31 05 027 2017 00430 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 01 de octubre de 2021 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El demandante pretende se declare que es i) afiliado de la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES-ACDAC; que el 4 de febrero de 2016 presentó pliego de peticiones ante AVIANCA y que, para la fecha en la que fue despedido, se encontraba vigente el pliego de peticiones; ii) que fue despedido sin justa causa, desconociendo la Convención Colectiva, los Acuerdos Convencionales y el Decreto 2531 de 1965; para que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a reintegrarlo al cargo de piloto A320-319-318 o uno de igual o mayor categoría; al pago de salarios dejados de percibir, primas legales y extralegales, junto con los respectivos incrementos legales y extralegales, desde la fecha en que fue despedido hasta que sea reintegrado; el valor indexado de la indemnización consagrada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, las costas del proceso y lo ultra y extra petita.

De manera subsidiaria, solicita se condene a la demandada a pagar el valor correspondiente a la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, los perjuicios morales y materiales, por el despido injusto e ilegal. (f°. 4-5 archivo pdf)

Como sustento de sus pretensiones, relató que: las partes el 24 de septiembre de 1985 suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido; que el 30 de diciembre de 2002, se firmó acta de acuerdo entre ACDAC y AVIANCA con la que se creó la posibilidad para aquellos pilotos que hubieran reunido los requisitos para acceder a la pensión, de continuar al servicio de la empresa y al mismo tiempo percibir las mesadas pensionales a cargo de la Caja de Auxilios y Prestaciones ACDAC; que la empresa se obligó a que solo en los casos de presentarse un excedente de aviadores, podía aducir la justa causa de terminación basada en la jubilación del aviador y retirarlo por esta vía; señaló que la demandada lo discriminó no solo por su estado de salud sino también laboralmente al no existir excedente de pilotos.

Agregó que el 7 de febrero de 2014 las partes suscriben otro sí al contrato modificando sus condiciones laborales, en las que se adoptó las regulaciones establecidas en el acta suscrita entre ACDAC y AVIANCA; que para el 16 de septiembre de 2016, AVIANCA y AXDAC suscribieron acuerdo provisional de reactivación de pago de aportes pensionales de los aviadores civiles cuyas pensiones se encuentran en trámite de revisión ante la jurisdicción laboral; y que el 26 de noviembre de 2015 suscribió otro sí al contrato.

Adujo que el 25 de mayo de 2016, la Directora de Medicina de Aviación y Licencias Aeronáuticas le suspendió temporalmente el certificado médico de primera clase para actividades aeronáuticas; que desde el 03 de marzo de 2016 hasta el 07 de junio de 2017 ha presentado incapacidades debido al diagnóstico de capsulitis adhesiva hombro derecho; que el 21 de junio de 2016, mediante derecho de petición, la empresa AVIANCA solicitó concepto de rehabilitación a Aliansalud Medicina Laboral; el 11 de julio de 2016, AVIANCA le comunicó que a partir del 16 de julio de 2016 no seguiría pagándole las incapacidades en razón a que la incapacidad había superado los 180 días de continuidad.

Señaló que el 05 de abril de 2017, AVIANCA le informó la terminación del contrato sin justa causa a partir del 05 de mayo de 2017, que, para el 10 de mayo de 2017, el centro médico Colsubsidio Mazuren emitió concepto

médico de salud ocupacional expedido por el Dr. Jorge Vicente Pinto Chacón donde reiteró el diagnostico de capsutilitis adhesiva hombro derecho; indicó que a pesar de su estado de salud, la demandada lo discriminó laboral y sindicalmente, pues en la actualidad trabajan pilotos pensionados y se encuentran reubicados algunos trabajadores en estado de incapacidad; que al momento del despido, la demandada no solicitó permiso ante el Ministerio de Trabajo para despedirlo y que AVIANCA tiene pactado con ACDAC la prohibición de despedir a trabajadores cuando se encuentre vigente la presentación de un pliego de peticiones. (f°. 6-9)

AVIANCA S.A. contestó la demanda manifestando su oposición a todas y cada una de las pretensiones bajo el argumento que a la terminación del contrato de trabajo no existía conflicto colectivo, que la terminación del contrato finalizó por una justa causa de acuerdo a las pruebas allegadas.

Presentó como excepciones las que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, improcedencia del pago de la indemnización por terminación del contrato, improcedencia de los pagos pretendidos, compensación, buena fe, pago y prescripción. (f°. 305-320 archivo pdf)

El apoderado de la parte actora reformó la demanda en cuanto a los hechos y pruebas. (f.°420-454)

La organización sindical Asociación Colombiana de Aviadores Civiles – Acdac coadyuvó las pretensiones de la demanda como se observa a folio 700 -708.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 01 de octubre de 2021, absolvió a AVIANCA de las pretensiones incoadas; declaró probadas las excepciones propuestas; condenó en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora formuló recurso de apelación con sustento en que i) el A-quo dio una interpretación errada al acuerdo extra convencional suscrito en el año 2002, porque de haberse hecho correctamente se colegiría que el demandante estaba cobijado por el mismo, ii) el actor se encontraba amparado por la protección del fuero circunstancial y iii) por la garantía de la estabilidad laboral por fuero de salud.

Al paso que el apoderado de la organización sindical ACDAC coadyuvó el recurso de apelación de la parte demandante haciendo énfasis en los siguientes puntos: i) la indebida valoración probatoria llevó a la juez a concluir la inexistencia del conflicto colectivo, ii) al demandante le era aplicable el acuerdo extra convencional del año 2002 y iii) desconoció el fuero de salud que cobijaba al actor.

ALEGACIONES

La Sala reconoce personería para actuar al Dr ANDRES FELIPE CHAVEZ ALVARADO identificado con la C de C n.° 1.075.655.441 y T.P 232.007 del C.S de la J., como apoderado sustituto de la parte demandada

CONSIDERACIONES

PROBLEMAS JURÍDICOS

Determinar si en el presente caso el demandante se encontraba amparado por el fuero circunstancial al momento de la terminación del vínculo contractual.

Dilucidar si el demandante fue despedido sin justa causa.

Establecer si el Acta de Acuerdo del año 2002, suscrito entre AVIANCA SA y ADCAC, le era aplicable al demandante y si en consecuencia dicho acuerdo obligaba a la demandada a mantener vigente el vínculo laboral del demandante aun cuando ya ostentaba la condición de pensionado.

Definir si el actor estaba cobijado por la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 37-38, contrato de trabajo suscrito entre la sociedad Aeronáutica Medellín Consolidado S.A. y el demandante.
- A folios 39- 45, acta de acuerdo entre ACDAC y la empresa AVIANCA SA.
- A folios 47- 49, otro SI al contrato de trabajo celebrado entre Avianca y Edgar Mauricio Millán Ayala REF.1003814. Piloto A320, de fecha 07 de febrero de 2014.
- A folios 50-55 acuerdo provisional de reactivación de pago de aportes a pensiones de los aviadores civiles cuyas pensiones se encuentra en

trámite de revisión ante la jurisdicción laboral de fecha 16 de septiembre de 2015.

- A folios 56-61, otro SI al contrato de trabajo celebrado entre AVIANCA y el demandante REG. 1003814. PILOO A320 de fecha 26 de noviembre de 2015.
- A folio 62, copia de la suspensión temporal del certificado médico emitido el día 25 de mayo de 2016 por la directora Medicina de Aviación y Licencias Aeronáuticas de la AERONAUTICA CIVIL.
- A folios 63-91 y 101-104 , incapacidades del demandante.
- A folios 93-94, derecho de petición emitido por AVIANCA, el día 21 de julio de 2016, solicitando el concepto de rehabilitación del demandante.
- A folios 95-97, carta del 5 de abril de 2017 por medio de la cual se termina el contrato de trabajo del actor con justa causa a partir del 05 de mayo de 2017.
- A folios 98-99, copia concepto medico de salud ocupacional del demandante expedido por el Dr. José Vicente Pinto Chacón donde se reitera el diagnostico de CAPSUTILITIS ADHESIVA HOMBRO DERECHO.
- A folios 116-133, historia clínica del demandante.
- A folios 141- 161, pliego de peticiones.
- A folios 162-183, denuncia de la convención colectiva y pactos colectivos presentada por ACDAC y por AVIANCA el 22 de marzo de 2013 y el 11 de septiembre de 2013.
- A folios 184- 221, convención colectiva de trabajo entre ACDAC y AVIANCA de 2009 a 2013.
- A folios 222-249, acta de asamblea de pilotos sindicalizados de AVIANCA en el que se aprueba el pliego de peticiones.
- A folio 252, comunicación dirigida al Ministerio de Trabajo por parte de ACDAC solicitando la conformación del tribunal de arbitramiento para resolver el conflicto colectivo.
- A folios 254-255, copia del acta de instalación de inicio de la etapa de arreglo directo del conflicto colectivo promovido por ACDAC a la empresa AVIANCA de fecha 26 de febrero de 2016.
- A folios 256-257, prórroga de la etapa de arreglo directo de fecha 16 de marzo de 2016.
- A folio 258, acta de finalización de la etapa de arreglo directo de fecha 05 de abril de 2016.
- A folio 320, certificación laboral.
- A folios 321- 322, contrato de aprendizaje, suscrito el 24 de septiembre de 1985.
- A folios 323- 324, contrato de trabajo para el personal de vuelo.

- A folios 334-335, comunicación del 06 de marzo de 2017, retorno esquema salario integral.
- A folio 336, comunicación por medio de la cual le suspendió al actor el certificado médico.
- A folio 337- 342, acuerdo de reactivación de aportes del 16 de septiembre de 2015.
- A folio 343, comunicación del 31 de marzo de 2017, por medio de la cual CAXDAC certifica que el actor se encuentra incluido en nómina de pensionados.
- A folios 344-346, comunicación de terminación del contrato de trabajo con justa causa.
- A folio 347, liquidación definitiva del contrato de trabajo.
- A folios 349- 393, reglamento interno de trabajo.
- A folios 394-401, acta acuerdo ACDAC realizado en el año 2002.
- A folio 402, copia certificado expedido por el Ministerio de trabajo de fecha 06 de diciembre de 2017.
- A folios 403- 409, fallo de tutela de fecha 29 de agosto de 2017.
- A folios 410-413, comunicación del 29 de agosto de 2017, respuesta derecho de petición.
- A folios 414-415, certificación listado de pilotos incapacitados o con problemas de salud y sin reconocimiento pensional.
- A folios 416- 417, certificación de pilotos en condición de excedencia
- A folios 418-419, certificado listado de pilotos con reconocimiento de pensión de vejez y licencia de vuelo activa.
- A folios 423- 453, acta de acuerdo final de modificación convencional marzo 2009- abril 2013.
- A folios 474-477, acta de acuerdo extraconvencional mayo de 2005.
- A folios 478-505, acta de acuerdo final de modificación convencional mayo 2005- marzo 2009.
- A folios 510-512, depósito de Convención Avianca, Sam y Helicol con ACDAC.
- A folios 513-517, acta de acuerdo final negociación colectiva abril 2001 a marzo 2003.
- A folio 667, certificado de ingreso del demandante a la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles.
- CD contentivo de los reglamentos aeronáuticos de Colombia.

Del fuero circunstancial

La Juez de primera instancia resolvió absolver a la convocada a juicio al considerar que el demandante no se encontraba amparado bajo la figura del fuero circunstancial, porque del material probatorio no fue posible

determinar que sucedió con ese conflicto colectivo, esto es, si finalizó de manera normal o si se dio una terminación anormal por no cumplirse los términos de ley.

Inconforme con esa decisión, presentaron recurso los apoderados de la parte demandante y de la organización sindical ACDAC.

Descendiendo al caso de autos, se establece que el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, dispone que *(...) los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto. (...)*

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral señaló en la sentencia proferida en los procesos identificados con las radicaciones No. 45080 del 28 de mayo de 2015, y N.° 45671 del 21 de septiembre de 2016, a quien le corresponde la carga de la prueba sobre la existencia del fuero circunstancial y en sentencia SL5267-2019, radicación 73110, de 4 de diciembre de 2019, en las que reitera sentencias sobre la ocurrencia de la declinación del pliego de peticiones ante el silencio del sindicato o la omisión de realizar las actuaciones correspondientes.

Respecto de la declinación del pliego de peticiones indicó lo siguiente:

"Al respecto, la Sala en providencia CSJ SL16788-2017, al analizar el tema en cuestión indicó:

> *(...)También ha sentado la jurisprudencia de esta Sala que la interpretación del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, no conlleva necesariamente a concluir que, en todos los casos, la sola presentación del pliego de peticiones al empleador perpetúa la garantía foral hasta la suscripción de una convención, pacto colectivo o la ejecutoria del laudo arbitral, pues existen eventos en los que el conflicto colectivo cesa de manera anormal, como lo es el incumplimiento de las etapas propias de la solución del mismo; o cuando no existe por parte de quienes lo promovieron el interés suficiente de concluirlo (CSJ SL14066-2016; SL6732-2015; SL 29822, 2 oct. 2007; SL 23843, 16 mar. 2005; y SL 19170, 11 dic. 2002).*
>
> *Bajo esa perspectiva, si el inicio de las conversaciones se trunca sin que la parte interesada –grupo de trabajadores u organización sindical- despliegue las actuaciones tendientes a compeler al empleador para la negociación del pliego de peticiones, el fuero circunstancial pierde razón*

de ser, por cuanto el conflicto colectivo llega a un punto muerto del cual es dable predicar su terminación de manera anormal.

En ese orden de ideas, se procede a contrastar el material probatorio adosado al expediente con el marco normativo y jurisprudencial antes reseñado encontrando lo siguiente:

- El día 4 de febrero de 2016, se radicó por parte de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles – ACDAC- pliego de peticiones ante la empresa AVIANCA S.A. (f.° 141-161)
- El 26 de febrero de 2016, se instaló y dio inicio a la etapa de arreglo directo, en la cual se pactó un cronograma de sesiones de negociación, las cuales culminarían al 16 de marzo de 2016. (f.° 254-255)
- El 16 de marzo de 2016, se suscribió acta de prórroga de la etapa de arreglo directo, señalándose como último día de negociación el 5 de abril de 2016. (f.° 256-257)
- El día 5 de abril de 2016, se suscribió acta de finalización de la etapa de arreglo directo. (f.° 258)
- El contrato del actor finalizó el 5 de mayo de 2017 (f.° 95-97)
- La única documental que reposa en el plenario entre la fecha en que se suscribió el acta de finalización de la etapa de arreglo directo y la calenda en que se dio por terminado el contrato de trabajo del demandante, hace relación a la comunicación adiada el 23 de enero de 2017 (f.° 252), a través de la cual el presidente de la organización sindical Asociación Colombiana de Aviadores Civiles –ACDAC informa al Ministerio que "*En los Estatutos de ACDAC, articulo 17, contempla para que sea válida una Asamblea, esta debe ser citada con no menos de 3 días de anticipación; como consecuencia de ello, una vez se lleve a cabo dicha Asamblea se resolverá su solicitud de designación unificación del árbitro dentro del conflicto colectivo promovido ante* ***AVIANCA*** *SA por* ***ACDAC-SINTRATAC*** *y le estaremos comunicando dentro de los tres días siguientes a la Asamblea la determinación de la misma.*

  Es absolutamente imposible cumplir con su solicitud dentro del término de tres días como quiera que por la naturaleza de la labor de nuestros afiliados, las Asambleas deben realizarse y convocarse dentro de un término prudencial, ya que los socios se encuentran cumpliendo itinerario de vuelo" (...)

- Por lo que al analizar su contenido, la Sala advierte que la organización sindical no dio cumplimiento al requerimiento elevado el Ministerio, sumado a que de las pruebas recaudadas tampoco se

advierte que ACDAC hubiese convocado a la asamblea con miras a designar árbitro, siendo del caso precisar, que lo que sí se corroboró de los testimonios de Jorge Enrique Cadena , Jaime Hernández Sierra, y Julián Pinzón es que el pliego inicialmente presentado por esa organización fue retirado, para posteriormente presentar uno nuevo, lo que permite concluir a la Sala, que el conflicto colectivo iniciado en febrero de 2016, finalizó de manera anormal.

En ese orden de ideas, la conclusión a la que se llega es la misma de la juez de primera instancia, esto es, que para la fecha de la terminación del vínculo laboral el 5 de mayo de 2017, no existía en la empresa un conflicto laboral en virtud del pliego de condiciones presentado el 4 de febrero de 2016 por el sindicato ACDAC, en la medida que no se acredita en el proceso las actuaciones que le competían al sindicato para lograr la designación del árbitro.

En este punto, considera la Sala rememorar que el objetivo del fuero circunstancial es evitar los despidos durante el desarrollo del conflicto colectivo para garantizar el desenvolvimiento de la negociación y no se dé deserción de los integrantes del sindicato ante retaliaciones del empleador, pero dicho fuero no es indefinido por eso se deben cumplir por las partes las etapas correspondientes, y en el presente caso, quien omitió el cumplimiento de las mismas fue el sindicato al no propender por el desarrollo del conflicto, sino que por el contrario con su omisión dejo de manifiesto el desistimiento del pliego de peticiones que inicialmente presentó, al punto que retiró el primigenio y presentó uno nuevo.

Por las anteriores razones, se colige que el demandante no se encontraba amparado por el fuero circunstancial al momento de terminar el contrato de trabajo y, en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

Adicionalmente, es de anotar que tampoco habría lugar a señalar que el demandante se encontraba amarado por la garantía del fuero circunstancial si se tiene en cuenta que el capitán no fue **despedido sin justa causa** por las siguientes razones:

El Artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, que modificó los artículos 63 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, literal a) numeral 14 consagra como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del empleador *"el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa"*.

A su turno, el Parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 establece la justa causa de terminación del contrato por reconocimiento de pensión a favor del trabajador.

Igualmente, tenemos que en la sentencia C–1137 de 2003, la Corte Constitucional moduló los efectos del parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en el entendido que la terminación del contrato sólo se debe producir una vez el trabajador sea incluido en nómina de pensionados.

Finalmente, las sentencias SL3108-2019-Radicación n.° 78842 del 31 de julio de 2019, SL2531-2019- Radicación n.° 60371 del 26 de junio de 2019, que reitera la sentencia CSJ SL2509-2017 y la sentencia CSJ SL10770-2017, refieren sobre la justa causa de despido por reconocimiento de la pensión, prevista en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

En el caso de autos, no existe controversia respecto a que el demandante se encuentra pensionado desde junio de 2014, sin embargo esa prestación estuvo suspendida por orden de la Junta Directiva de CAXDAC originada por la expedición de unos conceptos emitidos por los órganos de control por no tener certeza frente a la expiración del régimen para el reconocimiento de pensiones especiales transitorias de los aviadores, por lo que solo hasta diciembre de 2016 el actor fue incluido en nómina de pensionados, luego de la suscripción de un acuerdo conciliatorio que originó el desistimiento del proceso judicial iniciado por Caxdac. (f.°343)

Sobre la causal analizada, la Corte Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse para definir su validez, condicionada a que el trabajador a quien se le ha reconocido la pensión, debe ser incluido en la nómina de pensionados de la entidad pagadora, pues solo a través de esta actuación se le garantiza a éste, la no solución de continuidad entre el último salario devengado y la primera mesada pensional.

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha identificado las siguientes características frente a esta causal (...): (i) aplica a los trabajadores particulares y servidores públicos; (ii) se viabiliza su empleo cuando la administradora le notifica al trabajador el reconocimiento de la pensión y su inclusión en nómina, esto último de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia CC C–1037-2003, en aras de garantizar que no exista solución de continuidad entre la fecha de la desvinculación y la percepción de la prestación.(...) (CSJ SL2509-2017 y SL3108-2019.).

En consecuencia, para esta Colegiatura se encuentra acreditada la justa causa invocada por la entidad demandante por lo que se debe confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

Adicionalmente, se considera que el empleador no está obligado a consultar al trabajador su decisión de terminar el contrato por el reconocimiento de la pensión, por la sencilla razón que esa posibilidad no está prevista en la Ley 797 de 2003, norma que es la aplicable al caso concreto. (SL10770-51526 12 de julio 2017).

En lo que respecta al Acta de Acuerdo del 30 de diciembre de 2002 obra a folio 39- 45, el mentado documento del cual se extrae lo siguiente:

(...)"Se analizó el tema de los pilotos de la Empresa que en la actualidad podrían pensionarse por haber cumplido la totalidad de los requisitos frente a la CAJA DE AUXILIO Y PRESTACIONES DE ACDAC "CAXDAC" y que como consecuencia de las Reformas Laboral, Pensional y del Referéndum que se tramitan actualmente en el Congreso de la Republica podrían ver afectadas sustancialmente sus condiciones sobre pensión e ingresos labores y con el fin de minimizar estos riesgos y compensar las diferencias que se puedan generar con relación a estos aspecto, conviene llegar a los siguientes acuerdos (....)

*(...)A "**Los aviadores** (en adelante los "Aviadores", el "Aviador" o el "Trabajador", según el contexto lo requiera), afiliados a ACDAC que laboren en las Empresas arriba enunciadas y que a la fecha cumplan los requisitos bajo la legislación actual para pensionarse podrán acceder al derecho a la pensión de jubilación frente a la CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE ACDAC "CAXDAC" y continuar laborando al servicio de la Empresa bajo la misma modalidad contractual pero con Salario integral en los términos, condiciones y con las limitaciones que más adelante se especifican. Este beneficio también se extenderá a los Aviadores que no cumplan actualmente con los requisitos para pensionarse pero que lleguen a reunirlos durante el periodo comprendido entre enero 1 de 2003 y la fecha en la cual sea sometido a consideración del Constituyente Primario el Referéndum previsto para el año 2003 o el 31 de julio de 2003, lo que ocurra primero.*

B. Para los efectos contractuales y convencionales a que haya lugar, el Aviador jubilado que continúa laborando en las Empresas enunciadas seguirá siendo considerado como piloto activo hasta la terminación de su contrato de trabajo".
(...)

D. Este acuerdo debe ser avalado individualmente por cada uno de los Aviadores interesados y por el Representante Legal de ACDAC, quienes manifestarán su voluntad de acogerse al mismo mediante la firma de un ***OTROSI*** *a su contrato de trabajo en el que se incluirán expresamente las consideraciones contenidas en este documento (....)*

BASES MATERIALES DEL ACUERDO

(...) 5. La compañía se compromete con el Aviador que se pensione y se acoja a este acuerdo mediante la firma del ***OTRO SI*** *respectivo, a no dar por terminado el contrato de trabajo mediante la aplicación del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el D.L 2351 de 1.965 articulo 7 numeral 14 literal a y el artículo 33 de la ley 100 de 1.993, parágrafo 3 (o cualquier norma que los adiciones o modifique, o produzca los mismo efectos), entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2004 o hasta que el Aviador que se pensione cumpla los 54 años de edad, lo que ocurra después. Con respecto a los Aviadores de Avianca que a enero 1 de 2003 que tengan 52 o 53 años de edad cumplidos, la garantía arriba consagrada se extenderá hasta que el Aviador cumpla 55 años de edad o hasta el 31 de diciembre de 2005, lo que ocurra después. En caso de que un Aviador decida pensionarse y no firme el* ***OTROSI,*** *la compañía podrá terminar el contrato dando aplicación a la justa causa consagrada en la ley.*

Así mismo, la Empresa se compromete a que, durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2004, no dará por terminados los contratos de trabajo de ninguna Aviador dando aplicación al artículo 64 del CST, hoy art 6 de la Ley 50 de 1.990 (terminaciones unilaterales del contrato sin justa causa)

A partir de enero 1 de 2005, solo en caso de presentarse un excedente de aviadores debidamente sustentado, la Empresa podrá aducir la justa causa de terminación basada en la jubilación del Aviador y retirar por esa vía, en primer término y en orden descendente de edad, a los Aviadores jubilados con 54 años de edad o más que sean necesarios para eliminar tal excedente. (...)

Igualmente, a folio 47-49, milita OTROSI al contrato de trabajo celebrado entre el demandante y Avianca el 7 de febrero de 2014 en el que se acordó:

(...) Como precedente de este otro si, debe señalarse que existe un Acta de Acuerdo fechada el 30 de diciembre de 2002, suscrita entre ***LA EMPRESA*** *y la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles "ACDAC", con la cual se abrió la posibilidad para que aquellos pilotos que hubieren reunido los requisitos*

para acceder a la pensión de jubilación, de continuar el servicio activo para la empresa y al mismo tiempo percibir las mesadas pensionales que le otorga la jubilación a cargo de CAXDAC. Este acuerdo fue recogido en la cláusula 91 de la Convención Colectiva vigente de la que es beneficiario ***EL TRABAJADOR*** *a la fecha del presente otro sí.*
(...)
Con fundamento en los referentes anteriores, se suscribe el presente otro sí que se regirá por las siguientes cláusulas:

PRIMERA*. A partir del* ***16 de febrero de 2014,*** *se conviene entre las partes a dar aplicación en su integridad a las condiciones de remuneración para pilotos jubilados establecida en el parágrafo 6 de la cláusula 91 de la convención colectiva vigente con la organización sindical ACDAC (2009-2013), por lo que la remuneración allí pactada será la que se aplicará en lo sucesivo* ***AL TRABAJADOR.***

SEGUNDA. *Como consecuencia de lo anterior, a partir del* ***16 de febrero de 2014,*** *se conviene entre las partes el cambio en la modalidad de pago del salario del trabajador bajo la modalidad de* ***SALARIO INTEGRAL*** *de que trata el artículo 18 de la ley 50 de 1990 (...)*
(...)

(...) ***CUARTA.*** *Las partes reconocerán que el cambio de que da cuenta esta modificación contractual, representa para* ***EL EMPLEADOR*** *una fuerte erogación y un esfuerzo económico sustancial el cual no está obligado legal ni contractualmente a sufragar, representado entre otras cosas, en instrucción y preparación pasada, presente y futura de los Aviadores, asistencia a simuladores y cursos de formación profesional y complementaria para desempeñar sus funciones. Costo que se acuerda fijar a cargo del TRABAJADOR, en la cantidad de CUARENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS M.L. ($45.000.000). Esta parte del costo, que asume el TRABAJADOR pero que realiza EL EMPLEADOR es un préstamo sin intereses que acepta EL TRABAJADOR adeudada a EL EMPLEADOR y éste acepta sea pagado en tiempo de servicios y no en dinero, sin que esto implique modificar la naturaleza del contrato a término indefinido. Por lo tanto, EL TRABAJADOR lo cancelará totalmente permaneciendo en la EMPRESA por un lapso de tres (3) años, salvo que la Empresa termine la relación laboral con fundamento en la causal prevista en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el D.L 2351 de 1965 artículo 7 numeral 14 literal a) y el artículo 33 de la ley 100 1993, parágrafo 3 (o cualquier norma que los adicione o modifique, o produzca los mismos efectos.) (...)*

Descendiendo al caso de autos, y revisado el clausulado referido, la Sala arriba a la misma conclusión del A-Quo, en cuanto a que el demandante no le es aplicable la mencionada "ACTA DE ACUERDO ACDAC-AVIANCA – SAM", suscrita el 30 de diciembre de 2002 en punto a que la empresa no podía terminar su relación laboral con fundamento en la causal prevista en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el D.L 2351 de 1965 artículo 7 numeral 14, en concordancia con el artículo 33 de la ley 100 1993, parágrafo 3, por cuanto se considera que dicha prerrogativa estaba dirigida a los **aviadores que se pensionaran** entre i) el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2004 o hasta que el Aviador que se pensionara cumpliera los 54 años de edad, ii) a los Aviadores de Avianca que a enero 1 de 2003 tuvieran 52 o 53 años de edad cumplidos, la garantía se extendía hasta que el Aviador cumpliera 55 años de edad o hasta el 31 de diciembre de 2005, presupuestos que evidentemente no concurren en el caso de marras como quiera que el actor se pensionó en el año 2014.

De otro lado, si bien no se desconoce que el otro sí suscrito por las partes el 7 de febrero de 2014, se hace mención del acta de acuerdo fechada el 30 de diciembre de 2002, no por ello, puede entenderse que al demandante le es aplicable dicho clausulado, frente a que la empresa no podía finalizar su contrato de trabajo con justa causa amparado en la causal prevista en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en razón a que se considera que lo que se incluyó de esa acta al otrosí analizado, fueron las modificaciones de las condiciones salariales, esto es, el cambio de modalidad de pago del salario del trabajador a la modalidad de salario integral, conclusión que se reafirma cuando allí mismo se sostiene que ese acuerdo fue recogido en la cláusula 91 de la convención colectiva, que en su tenor literal hace referencia a "remuneración mensual" y que en su parágrafo 6 dispuso: *" en razón de lo previsto en el acuerdo suscrito entre ACDAC y la Empresa el 30 de diciembre de 2002, se continuará aplicando el Sistema de Salario Integral a los aviadores jubilados que actualmente laboran en la Empresa y hubieren suscrito el otrosí aceptando esa forma de remuneración, a partir del 1° de junio de 2005 se regulará por las siguientes condiciones y valores así: (...),* sin que en algunos de sus apartes se señalara la limitación de terminación del contrato por justa causa al tener la calidad de pensionado.

Aunado a lo anterior, tampoco puede pasarse por alto que precisamente en la cláusula 4 del mentado otrosí, las partes pactaron que el trabajador pagaría el "préstamo sin intereses" permaneciendo en la empresa por un lapso de 3 años, salvo que el empleador terminara la relación laboral con fundamento en la causal *prevista en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el D.L 2351 de 1965 artículo 7 numeral 14 literal a) y el artículo 33 de la ley 100 1993, parágrafo 3 (o cualquier norma que los*

adicione o modifique, o produzca los mismos efectos.) (...) que se refiere en especial a la justa causa de terminación del contrato por la calidad de pensionado.

En otro giro, indicó la parte actora que al ser despedido encontrándose amparado por fuero de **estabilidad laboral reforzada** denota un acto discriminatorio de la empresa hacía el trabajador.

Ya de antaño la jurisprudencia ha señalado que para que un trabajador acceda a la protección establecida en la ley 361 de 1997 se requiere que se encuentre en estado de discapacidad relevante, que el empleador conozca de dicho estado y que la relación laboral termine por razón de la limitación y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo (sentencia 32532 de 2009, reiterada entre otras en las sentencias 39207 de 2012, 42451 de 2016, 46842 de 2017, y 72060 de 2020), ello porque no es *"cualquier padecimiento físico o sensorial, sino aquellos que en realidad tengan una discapacidad relevante"*.

La Ley 361 de 1997 establece una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a las personas en condición de discapacidad, dando desarrollo a través del artículo 26 a la estabilidad laboral reforzada de la que deben gozar los trabajadores en estado de discapacidad, y a través de la Ley 1618 de 2013 se garantiza y asegura el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma discriminación por razón de discapacidad.

En ese orden de ideas y conforme a la protección brindada en la Ley 361 de 1997, es necesario acreditar el grado de limitación en la capacidad laboral, junto con el conocimiento que debe tener el empleador de la misma, y que entre éstas haya mediado un nexo de causalidad para la terminación del contrato que permita colegir que el fenecimiento del vínculo se produjo con ocasión de la discapacidad que padece el trabajador y sin previo permiso de la autoridad administrativa.

En este punto, conviene recordar que la Ley 361 de 1997 establece esa protección en el artículo 1°. para las personas en situación de discapacidad severas y profundas, a su vez la Ley 1618 de 2013 aplicable en el presente caso define en el artículo 2°. literal 1°. a las personas con y/o en situación discapacidad como *"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.".

En las anteriores normas no se determina los extremos de la limitación severa o profunda, lo que si se colige cristalinamente, es que no se trata de cualquier deficiencia o limitación la que da lugar a la protección, de tal manera que se debe tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en la sentencia SU-049 de 2017 cuando señala que el estado de salud de quien pretende el fuero de estabilidad laboral reforzada por discapacidad física, exige que dicho estado sea de tal magnitud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, en Sentencia SL1360-2018 al interpretar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, expuso:

"que dicho precepto no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que «lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio», por lo tanto, «la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador; en este sentido, «a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva».

Lo anterior, es relevante dado que ante el inspector del trabajo debe acudir el empleador cuando la terminación del vínculo sea por razón de la limitación y/o discapacidad, conforme lo prevé el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Bajo ese escenario, se debe anotar que la terminación del vínculo laboral por razón distinta a la situación de discapacidad de una persona que le impida el desarrollo de la actividad contratada no da lugar a la solicitud de autorización por parte del Ministerio, siendo precisamente esa la situación que se presentó en el caso bajo consideración de la Sala, en la medida que la terminación del vínculo laboral que existió entre las partes lo fue por el reconocimiento de una pensión a favor del demandante habiendo mantenido vigente el contrato de trabajo, incluso durante el tiempo en el que le fue suspendida temporalmente el certificado médico de primera clase para actividad aeronáuticas, finalizando el mismo sólo a partir del momento en que fue incluido en nómina de pensionados, por lo que se colige que la

convocada protegió su condición de trabajador hasta el momento en que comenzó a percibir su pensión.

Adicionalmente, como la terminación del contrato obedeció a una causa legal objetiva, dicho proceder no se constituye un despido como tal, sino que resulta ser un modo autorizado por la ley que no acarrea sanción alguna, lo que impone colegir que la encartada no debía solicitar permiso al ministerio para proceder a finalizar el contrato de trabajo del demandante, dado que la protección de la norma ya mencionada, da lugar a presumir que dicho despido fue discriminatorio, lo cual puede ser desvirtuado por el empleador demostrando esa terminación legal y objetiva del vínculo la laboral, como en efecto ocurrió en el proceso.

Dadas las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de octubre de 2021 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JORGE ELIAS VELASQUEZ CRUZ
DEMANDADO: POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA Y UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES-UGPP
RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2019 00805 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación presentado por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS y la UGPP contra la sentencia proferida el 21 de octubre de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que le asiste derecho a que Positiva Compañía de Seguros S.A., elabore el cálculo actuarial correspondiente y traslade la reserva para financiar la pensión de invalidez de origen profesional que fue reincorporada en nómina con Resolución RDP 026428 del 04 de septiembre de 2019 por parte de la Unidad De Gestión Pensional y Parafiscales- UGPP; para que como consecuencia de ello, se le condene, a elaborar el cálculo actuarial y trasladar la reserva, al igual que al pago de las costas y agencias en derecho. (f°.5)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 01 de febrero de 1935; que mediante Resolución No. 00985 del 21 de julio de 1987, la administradora de riesgos profesionales del Seguro Social, le concedió pensión de invalidez de origen profesional en cuantía de un salario mínimo

legal mensual vigente, prestación que fue concedida inicialmente hasta el mes de junio de 1988; indicó, que mediante Resolución 4616 del 12 de mayo de 1998, el Instituto de Seguro Social modificó la Resolución No. 00985 del 21 de julio de 1987, en el sentido de conceder la pensión de invalidez permanente parcial de origen profesional en accidente de trabajo con un 45% como pérdida de la capacidad laboral; que mediante Resolución n.°. 01347 del 8 de marzo de 1990, el Instituto de Seguro Social declaró definitiva la pensión por incapacidad permanente parcial; refirió que, mediante Resolución No. 03190 del 08 de marzo de 1996, el Instituto de Seguro Social suspendió el pago, retirándolo de la nómina de pensionados por invalidez y procedió a reconocer la pensión de vejez.

Adujo que, el 19 de octubre de 2018, solicitó ante la Unidad De Gestión Pensional y Parafiscales-UGPP el restablecimiento de la pensión de invalidez de origen profesional; que mediante Resolución RDP 023057 del 31 de julio de 2019 la UGPP lo reincorporó en nómina de pensionados, a partir del 18 de febrero de 2016 por prescripción trienal; condicionando su pago a la aprobación del cálculo actuarial; agregó que mediante Resolución RDP 026428 del 04 de septiembre de 2019, la UGPP resolvió que no era procedente el pago de las mesadas pensionales debido a que Positiva se negó a elaborar el cálculo actuarial, al igual que trasladar la reserva para financiar el pago del mismo; precisó que el 19 de septiembre de 2019, solicitó ante Positiva Compañía de Seguros S.A. realizar el cálculo actuarial y el traslado de la reserva para financiar el pago de la pensión de invalidez de origen profesional que fue restablecida por la UGPP; quien mediante oficio del 16 de octubre de 2019, no aprobó el cálculo actuarial, bajo el argumento que no se puede desconocer la incompatibilidad legal que existe en materia de pensiones de vejez e invalidez de origen laboral. (f°. 3-5)

La Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales-UGPP procedió a contestar la demanda con oposición a las pretensiones al considerar que carecen de fundamentos fácticos y legales.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción, indexación, de los intereses moratorios, de la condena en costas, genérica. (archivo 02 f° 5-7)

Positiva Compañía de Seguros S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones, bajo el argumento que no está en la obligación de actuar en contravía del ordenamiento jurídico, pues una persona no puede percibir dos asignaciones que provengan del tesoro público, así como tampoco podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y vejez. (archivo 02 f° 5-7)

Propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad legal del reconocimiento pensional, aplicación del precedente vertical, novación subjetiva con respecto a la entidad a cargo del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, sujeción a los requisitos en las normas del sistema de seguridad social, pago y/o compensación, prescripción de los eventuales derechos o acción en cabeza del demandante, buena fe, genérica. (archivo 06 f° 4-11)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de octubre de 2021, condenó a la Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP a reanudar el pago de la pensión de invalidez reconocida al demandante, en las mismas condiciones en las que le fue otorgada por el Instituto de Seguros Sociales; condenó a la UGPP a adelantar las gestiones administrativas y financieras con el fin de que se le pague al demandante el retroactivo de mesadas pensionales a las que tiene derecho a partir del mes de octubre de 2015; ordenó a Positiva Compañía De Seguros S.A. adelantar las gestiones administrativas a que haya lugar en el marco de las previsiones del Decreto 1437 del 2015 para efectos de giro o traslado de recursos en el marco del cálculo actuarial a la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional en el fondo de pensiones públicas del nivel nacional FOPEP; declaró probada la excepción de prescripción respecto de mesadas pensionales causadas en favor del demandante con anterioridad al mes de octubre del año 2015; condenó en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandada UGPP presentó recurso de apelación con sustento en que la Resolución DRP 23057 del 31 de julio del 2019 que ordenó la reactivación de la pensión de invalidez dejó condicionado el pago de la pensión de invalidez al trámite y aprobación del cálculo actuarial por parte de Positiva Compañía de Seguros, por lo que ante la falta de elaboración y envió del cálculo actuarial y traslado de la reserva no es procedente el pago de las mesadas pensionales determinadas a favor del accionante y las costas del proceso.

El apoderado de Positiva Compañía de Seguros recurrió la sentencia al considerar que las pensiones de invalidez y vejez son incompatibles, igualmente, consideró que no era dable emitir condena en contra de su

representada por tratarse de trámites internos que deben adelantarse en sede administrativa y las costas del proceso.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si las pensiones de invalidez de origen laboral y vejez de origen común que fueron reconocidas al demandante son compatibles.

En caso afirmativo, se establecerá quien debe proceder a su pago y quien debe adelantar todos los trámites para materializar el derecho del demandante.

Elementos de prueba relevantes

Archivo 01

- A folios 17-19 y 155-157 del expediente administrativo, Resolución 00985 de 21 de julio de 1987.
- A folios 20-21, Resolución 4616 del 12 de mayo de 1988.
- A folio 22, Resolución 01347 del 8 de marzo de 1990.
- A folios 23- 25, Resolución 03190 del 8 de marzo de 1996, a través de la cual se suspende el pago y se retira de la nómina la pensión de invalidez del actor.
- A folios 26- 30, Resolución RDP 023057 del 31 de julio de 2019, por la cual se reincorpora en nómina la Pensión de Invalidez del demandante.
- A folios 32-39, Resolución RDP 026428 del 04 de septiembre de 2019, por la cual se declara no ocurrida una condición del señor Velásquez Cruz Jorge Elías.
- A folios 42- 47, recurso de reposición y en subsidio de apelación de fecha 25 de septiembre de 2019.
- A folio 6-20 del expediente administrativo obra Resolución RDP 029885 del 3 de octubre de 2019.
- A folio 162-167 del expediente administrativo, se encuentra la Resolución RDP 033098 del 5 de noviembre de 2019, por la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la Resolución 26428 del 4 de septiembre de 2019.

- A folios 54-56, oficio de fecha 16 de octubre de 2019 por medio del cual Positiva niega la elaboración del cálculo actuarial al evidenciar la incompatibilidad en materia de pensiones de vejez e invalidez.
- Expediente administrativo.

Caso concreto:

En el caso bajo análisis quedó probado lo siguiente: i) el Instituto de Seguros Sociales, mediante Resolución n.° 00985 del 21 de julio de 1987, le reconoció una pensión de invalidez de origen profesional al demandante a partir del 22 de junio de 1986 en cuantía de 5.203 pesos. (f.° 155-157 del expediente administrativo), ii) el otrora ISS mediante Resolución n.° 4616 del 12 de mayo de 1988, modificó la Resolución de reconocimiento en el sentido de conceder la pensión de invalidez en cuantía de $ 7.805 a partir del 22 de junio de 1986. (f.° 20-21); iii) la citada entidad, a través de la Resolución n.° 01347 del 08 de marzo de 1990, declaró definitiva la pensión por incapacidad permanente parcial del 45% en ATEP (f.° 22), iv) el ISS, mediante Resolución n.°. 03199 del 08 de marzo de 1996, suspendió el pago y retiró de la nómina la pensión de invalidez al actor, para en su lugar, reconocer la pensión de vejez en cuantía inicial de $ 148.159 pesos a partir del 01 de febrero de 1995, con el argumento de que las dos prestaciones eran incompatibles. (f.° 23-25).

En esa dirección y en aras de resolver el recurso planteado por Positiva Compañía de Seguros, comienza la Sala por recordar que se entiende por riesgo profesional el accidente que se produce como consecuencia directa del trabajo o de la labor desempeñada o la enfermedad que haya sido catalogada como profesional y, en ese orden de ideas, se impone concluir que inicialmente la responsabilidad por los riesgos (accidente o enfermedad) que se originan con ocasión de las actividades que desarrollen los empleados de una empresa, recae justamente sobre el empleador, salvo que se asegure dicho riesgo en las administradoras de riesgos profesionales a través de la correspondiente afiliación.

La anterior precisión se hace para establecer que conforme lo ha enseñado el Tribunal máximo de cierre[1] no hay lugar a predicar incompatibilidad entre las pensiones de vejez y la pensión de invalidez de origen profesional por cuanto i) cada prestación ampara riesgos diferentes en la medida que la primera de ellas cubre una contingencia común y la segunda los riesgos que se originan con ocasión de la actividad laboral, ii) cuentan con fuentes de financiación diferentes e independientes y autónomas; la primera provienen de los recursos del trabajador y empleador y la segunda de los recursos

[1] SL3869-2021 y SL3342-2020

exclusivos del empleador iii) las cotizaciones efectuadas para cada uno de estos riesgos se hacen de manera separada iv) tienen una reglamentación diferente v) no cubren el mismo riesgo o evento habida cuenta que la pensión de vejez se adquiere en consideración a un tiempo o semanas de cotización y la edad establecida en la Ley, mientras que la pensión de invalidez por riesgo profesional tiene su razón de ser en el infortunio laboral, por accidente o enfermedad, por lo que se encuentra acertada la decisión del juez en ese sentido, misma que también fue expuesta por la UGPP en la Resolución RDP 023057 del 31 de julio de 2019, mediante la cual ordenó reincorporar en nómina de pensionados la Pensión de Invalidez del demandante.

En cuanto a la excepción de *prescripción* propuesta por la pasiva, la misma deberá ser declarada parcialmente, tal y como lo concluyó el A-Quo, como quiera que: i) mediante Resolución n.° 3190 del 8 de marzo de 1996 el otrora ISS suspendió el pago y retiró de la nómina la pensión de invalidez del actor (f.° 23-25); ii) el demandante hasta el *19 de octubre de 2018* solicitó la reactivación de la prestación según se informó en la Resolución RDP 023057 del 31 de julio de 2019, decisión que fue atendida a través de dicho acto administrativo donde se ordenó la reincorporación en nómina de pensionados (f.° 26- 30); iii) posteriormente a través de la Resolución RDP 026428 del 4 de septiembre de 2019, la UGPP declaró no cumplida la condición resolutoria contendida en el artículo primero de la Resolución RDP 023057 y la demanda fue presentada el *25 de noviembre de 2019* (f.° 63 carpeta 01), por lo que es dado concluir que las mesadas causadas con anterioridad al 19 de octubre de 2015 se encuentran afectadas por este fenómeno.

Dilucidado lo anterior, procede la Sala a resolver los demás puntos de apelación formulados por las partes de la siguiente manera:

Inicialmente el otrora Instituto de Seguros Sociales cubría los riesgos profesionales, no obstante, mediante Decreto n.° 600 del 29 de febrero de 2008 el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público estableció la normatividad para adelantar la cesión de los negocios del ISS ARP a la PREVISORA DE VIDA S.A.; así las cosas, mediante Resolución n.°. 1293 del 12 de agosto de 2008, la Superintendencia Financiera aprobó la cesión de activos y pasivos de la ARP del ISS a la PREVISORA- HOY POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, la cual se hizo efectiva a partir del 01 de septiembre de 2008.

De igual forma, se advierte que los artículos 1, 3 y 4 del Decreto 1437 de 2015, disponen:

Artículo 1°. Asignación de competencias. A partir del 30 de junio de 2015, las pensiones que actualmente están a cargo de Positiva Compañía de Seguros S. A., cuyos derechos fueron causados originalmente en el Instituto de Seguros Sociales serán administradas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y a partir del mes siguiente se efectuará el respectivo pago a través del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Fopep).

Artículo 3° Cálculo actuarial.: Positiva Compañía de Seguros S. A., deberá elaborar y presentar para aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público un cálculo actuarial de todas las obligaciones pensionales que se encuentran en la nómina de pensionados y que en virtud de la Ley 1753 de 2015 se trasladan a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) efectuará y llevará a término las acciones que conduzcan a la aprobación por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de los cálculos actuariales de los derechos pensionales que no se encuentren incluidos en el cálculo actuarial inicialmente aprobado.

Sin dichos ajustes al cálculo actuarial el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Fopep), no podrá realizar el pago de las respectivas mesadas pensionales. Para el efecto, el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Fopep), deberá cruzar cada seis (6) meses la nómina general de pensionados con el cálculo actuarial respectivo y aplicar los mecanismos de control establecidos para tales fines."

ARTÍCULO 4°. Traslado de reservas. Positiva Compañía de Seguros S. A., trasladará el 1° de julio de 2015, con valoración a 30 de junio de 2015, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional - Cuenta Fondo de Pensiones Públicas de Nivel Nacional (Fopep), los recursos correspondientes a las inversiones de la reserva matemática con corte a 31 de diciembre de 2014 de la nómina de pensionados cuyos derechos fueron causados en el Instituto de Seguros Sociales. Los recursos representados en títulos valores se trasladarán por su valor a precios de mercado, valorados conforme al procedimiento establecido por las normas de contabilidad aplicables.

Positiva Compañía de Seguros S. A., deberá asegurar que las inversiones de las reservas que mantiene en su poder, después de efectuar el traslado de que trata el presente artículo, tienen el grado de liquidez adecuado para

respaldar las obligaciones que mantiene como administradora de riesgos laborales.

PARÁGRAFO 1°. El valor de la reserva que corresponde a los cálculos actuariales adicionales que sea necesario efectuar por los derechos pensionales que no se encuentren incluidos en el cálculo actuarial inicialmente aprobado y de fallos judiciales de procesos que se encuentren en curso a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, será trasladado por Positiva Compañía de Seguros S. A., a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional - Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Fopep), en la medida en que los cálculos actuariales sean aprobados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de financiar el pago de las pensiones en los valores a que haya lugar. Para el efecto, Positiva Compañía de Seguros S. A., presentará el cálculo adicional que se requiera.

Acompasado con ello, el artículo 80 de la Ley 1753 de 2015 precisa:

ARTÍCULO 80. Pago de pensiones de invalidez reconocidas por Positiva. *Las pensiones que actualmente están a cargo de Positiva S. A., cuyos derechos fueron causados originalmente en el Instituto de Seguros Sociales, serán administradas por la UGPP y pagadas por el FOPEP, previo el traslado de la reserva actuarial correspondiente, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional*

En esa dirección, luce ajustada la orden impartida por el A-quo respecto de cada una de las demandadas, porque de conformidad con el decreto 1437 de 2015, en concordancia con la Ley 1573 de 2015, la UGPP es la encargada de adelantar los trámites necesarios para el pago de las mesadas pensionales que se ordenaron en la sentencia, así como también es la encargada de efectuar y llevar a término las acciones que conduzcan a la aprobación por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de los cálculos actuariales de los derechos pensionales que no se encuentren incluidos en el cálculo actuarial; debido a que aquella asumió la administración de la nómina de pensionados que estaba a cargo de Positiva Compañía de Seguros, cuyos derechos fueron causados originalmente por la ARL del otrora ISS, presupuesto que es el que aconteció en el caso del demandante.

Igualmente, tenemos que Positiva Compañía de Seguros S.A., deberá presentar para la aprobación del Ministerio Hacienda y Crédito Público, los cálculos actuariales que permitan financiar el pago de la pensión del demandante que en virtud del mencionado decreto se trasladaron a la

UGPP, debiéndose advertir que dichos trámites administrativos no pueden ir en perjuicio del derecho pensional del actor, por manera que se confirmará la sentencia en este punto.

En otro giro, respecto de las costas, de conformidad con el artículo 365 del C.G.P., al que se remite en virtud del artículo 145 del CPTYSS, las mismas están a cargo de la parte vencida en el proceso, y en este asunto como se indicara en líneas precedentes las condenas impartidas a las demandadas se encuentran ajustadas a derecho, por manera que se impone la confirmación de la decisión primigenia.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por no haberse causado.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de octubre de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado