

ESCRITO DE REFORMA Expediente No. 2020-0253

camilo garzon gordillo <camilog22@hotmail.com>

Mar 11/05/2021 9:06 AM

Para: Juzgado 15 Laboral - Bogotá - Bogotá D.C. <jlato15@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Johana Milena Giraldo Perez <NOTIFICACIONES@AVIANCA.COM> 1 archivos adjuntos (502 KB)

REFORMA.pdf;

Señor Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá

Cordial saludo,

Referencia: ORDINARIO LABORAL de LUZ RUTH GONZALEZ JAIMES contra AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. "AVIANCA S.A."

Expediente No. 2020-0253

Con todo respeto adjunto a este correo, escrito de REFORMA DE DEMANDA.

Es dable señalar que, este correo junto con su contenido, se pone en conocimiento de las demandadas, en estricto cumplimiento a lo ordenado en el artículo 3 del decreto 806 de 2020.

De Usted

Con todo respeto,

CAMILO ALBERTO GARZÓN GORDILLO

C.C. 80.198.882

T.P. 155.450 del C.S. de la J.

Apoderado parte actora.

SEÑOR

JUEZ QUINCE (15) LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

E.

S.

D.

Referencia: ORDINARIO LABORAL de LUZ RUTH GONZALEZ JAIMES contra AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. "AVIANCA S.A."

Expediente No. 2020-0253

Cordial saludo,

CAMILO ALBERTO GARZÓN GORDILLO, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.198.882 de Bogotá y Tarjeta Profesional de Abogado No. 155.450 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la Señora demandante, con fundamento en el artículo 28 del Código Procesal del Trabajo, con todo respeto presento escrito de **REFORMA** de la demanda, con el propósito de allegar nueva prueba documental al proceso, fundamentada en un *nuevo hecho*.

Igualmente, se aporta nuevamente el dictamen pericial, que, si bien ya obra en el expediente, se evidencia que este puede ser más resumido y llevar a una conclusión más entendible para el Despacho.

En este sentido encontrará su Señoría, que se aportan pruebas documentales nuevas (la #17 de las pruebas documentales), se enlista un nuevo hecho (el #19), y se aclaran aspectos del dictamen pericial aportado con la reforma.

Con fundamento en lo anterior, y estando dentro de la oportunidad procesal correspondiente, pues las demandadas, fueron notificadas el día 20 de abril de 2021, teniendo un plazo de 12 días en total (sumados los dos días hábiles siguientes al envío del correo electrónico de notificación, más los 10 días establecidos en el artículo 74 del C.P.T.SS) para dar respuesta a la demanda, los cuales se cuentan hasta el día 6 de mayo de 2021, lo que indica que en los términos del artículo 28 del CPTSS, los cinco días siguientes al vencimiento del traslado irían hasta el 13 de mayo de 2021; presento con todo respeto, esta reforma en tiempo, integrándola debidamente en un solo escrito, en el que se incluyen los aspectos enunciados.

El escrito quedará así:

CAMILO ALBERTO GARZÓN GORDILLO, identificado con la cédula de ciudadanía No., 80.198.882 de Bogotá y Tarjeta Profesional de Abogado No., 155.450 del Consejo Superior de la Judicatura actuando en nombre y representación de la Señora LUZ RUTH GONZALEZ JAIMES, identificada con la cédula de ciudadanía 41.761.091, con el presente escrito presento demanda ORDINARIA LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA en contra de AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. "AVIANCA S.A" sociedad comercial, con ánimo de lucro, representada legalmente por la Dra. YANETH PINZON GUIZA o por quien haga sus veces, y en contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES -en calidad de litisconsorte cuasi-necesario-, empresa industrial y comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, representada legalmente por el Señor MAURICIO OLIVERA GONZÁLEZ o quien haga sus veces; a fin de que su despacho previos los trámites correspondientes a un PROCESO ORDINARIO LABORAL de primera instancia, y en sentencia que cause ejecutoria, formule los pronunciamientos a que hubiere lugar, conforme a la ley, a las

peticiones, a los hechos contenidos en el presente escrito, y a las facultades extra y ultra petita que tiene su Señoría.

PETICIONES:

Principales.

PRIMERA: Solicito se condene a la demandada a pagarle a la Señora demandante, la diferencia o el mayor valor, que surga entre la pensión de vejez que le reconoció a la actora Colpensiones y las sumas producto de la inclusión del factor salarial de viáticos por alojamiento, en los montos que fueron calculados en el dictamen pericial que se aportó con la demanda, o los que resulten probados en el proceso.

SEGUNDA: Como consecuencia de la petición anterior, solicito se condene a la demandada a cancelar a la demandante, los valores producto de la reliquidación pensional por concepto de viáticos por alojamiento, desde la fecha del reconocimiento pensional que hizo Colpensiones a la actora, de manera retroactiva, e incluyendo la mesada adicional de diciembre, y haciendo los reajustes anuales de Ley hasta que la prestación se mantenga vigente.

TERCERA: - Se CONDENE al pago de costas y agencias en derecho a cargo de la demandada.

Subsidiarias.

PRIMERA: En defecto de la pretensión primera principal, solicito se CONDENE a la demandada AVIANCA S.A a pagar con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- y a favor de la demandante, el cálculo actuarial que corresponde al concepto o factor salarial de viáticos por alojamiento, causados en los últimos 10 años de servicios, en los montos que fueron calculados en el dictamen pericial que se aportó con la demanda, o en los valores que resulten probados en el proceso.

SEGUNDA: Como consecuencia de la petición primera subsidiaria, solicito se CONDENE a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, a que una vez la demandada Avianca S.A., actualice y pague las cotizaciones de los últimos 10 años de servicios al valor real, proceda a reliquidar la pensión y cancelar a la demandante, los valores producto de la reliquidación, desde la fecha del reconocimiento pensional que hizo esa entidad a la actora, de manera retroactiva, y hasta que actualice la mesada pensional en nómina.

HECHOS

1.- La Señora LUZ RUTH GONZALEZ JAIMES, trabajó para AVIANCA S.A., del 1 de Marzo de 1978 al 31 de Agosto de 2014, desempeñándose en el cargo de auxiliar de vuelo internancional.

2.- A la demandante se le pagaba por sus servicios, un salario variable que estaba compuesto, entre otros factores, por los viáticos que la empresa cancelaba de manera permanente por concepto de manutención, razón por la cual el salario variaba mes a mes dependiendo del tiempo de permanencia en el exterior, y el destino al cual era enviada en su calidad de auxiliar de vuelo internancional.

3.- El salario que se le pagó a la Señora GONZALEZ JAIMES, durante su vínculo laboral con la demandada, no incluía el pago de los viáticos por alojamiento.

4.- La Señora demandante, por derecho de petición de fecha 22 de marzo de 2018, solicitó a la demandada la información pertinente a fin de poder cuantificar el concepto salarial de viáticos por alojamiento, no tenidos en cuenta como factor salarial.

5.- Por cartas respuesta, la demandada se pronunció frente a la solicitud de la actora, de manera parcial, pues aportó los itinerarios de vuelo, los salarios devengados y certificó la liquidación definitiva, pero no informó el valor pagado por los alojamientos de la demandante, pues aseveró no tener un control individualizado de las habitaciones. En cuanto a los contratos hoteleros, se negó a entregar copia de estos, hasta tanto no “exista una orden por parte de una autoridad judicial”, dado su “carácter de confidencialidad”.

6.- Con los documentos que la demandada certificó, con ocasión del derecho de petición de información, se acudió a un perito calculista, a fin de que cuantificara en un dictamen pericial, los viáticos pagados por **concepto de alojamiento**, y por ende, lo no tenido en cuenta en el I.B.C pensional, por dicho factor salarial para los últimos 10 años de servicio.

7.- Pese a que la demandada se negó a proporcionar los contratos hoteleros, convenios o facturas, que permitieran cuantificar y trasladar a pesos Colombianos lo cancelado por viáticos de alojamiento; el dictamen pericial se pudo realizar en ese punto, con los cd's que contienen los convenios y contratos hoteleros, suscritos por Avianca S.A., con los diferentes hoteles en el mundo en donde la demandada tiene establecida su operación, y que fueron aportados por ella, previa orden judicial, dada por el H. Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de los expedientes números 11001310500520140066000 y 1100131050005201464300.

8.- El dictamen pericial reveló, los valores que la demandada por concepto de viáticos por alojamiento, no incluyó dentro del IBC con el que cotizó para pensión a la actora.

-Por razones de economía procesal, se hablará de lo revelado en el dictamen, en el capítulo correspondiente de esta demanda-.

9.- La clasificación de los viáticos por alojamineto, está determinada en la cláusula 19 de la convención colectiva de trabajo de la cual es beneficiaria la actora, así:

CLAUSULA 19:

Viáticos Auxiliares de Vuelo

En los casos de pernoctadas la Empresa pagará el hotel asegurando habitación privada para cada Auxiliar en un lugar de primera categoría, suministrando el transporte correspondiente.

(....)

Viáticos en el exterior:

En los casos de pernoctada, la Empresa pagará el hotel asegurando habitación privada para cada Auxiliar de Vuelo, en un lugar de primera categoría, o en su defecto, cuando la Empresa no provea el hotel, reconocerá a sus Auxiliares el valor pagado por éstos por concepto de habitación.”.

10.- La Señora demandante, siempre, y para el número de noches que requerían pernoctar según el itinerario de vuelo asignado, pernoctó en los hoteles que la

compañía demandada tenía contratados para ese propósito, en los diferentes países donde realizaba su operación de vuelo.

11.- La demandante nunca acudió a un sistema de alojamiento diferente al proporcionado por la demandada, como tampoco recibió, en el transcurso de toda la vinculación laboral, suma alguna por parte del empleador a fin de reembolsar pagos hechos por ella, por concepto de habitación u hospedaje.

12.- En los Hoteles que contrató la demandada, para que los auxiliares de vuelo pudiesen pernoctar, no se utilizaba el sistema común de ingreso y salida (check in – check out), únicamente se manejaban unas listas o planillas de ingreso y salida (más un general declaration), que el hotel tenía listas previamente para cada tripulación, sin que al trabajador se le entregara registro o factura alguna por estadía, pues el pago era realizado por la demandada directamente al hotel, mediante procedimiento interno entre las partes, y sin que interviniera el trabajador; quien solo debía someterse para el registro y salida del hospedaje, al sistema único y atípico que para ellos operaba.

13.- La obligación de tener asegurada en caso de pernocta, una habitación individual para cada auxiliar de vuelo, no solo se determinó en la convención colectiva de trabajo, también se consignó en el manual de auxiliares de vuelo, dentro del capítulo de “normas y políticas administrativas”, de la siguiente forma:

“ALOJAMIENTO

Durante las asignaciones con pernocta y/o permanencia en el aeropuerto mayor a cinco (5) horas la Compañía proveerá alojamiento en hotel de primera categoría en habitación individual a cada uno de los Tripulantes. Igualmente se efectuará reserva para **cada uno** de ellos”.

14.- La demandada nunca le especificó, ni le informó a la Señora demandante, en comprobante de pago de nómina, recibo o por cualquier medio físico o verbal, el valor mensual pagado por viáticos de alojamiento.

15.- Los viáticos destinados a cubrir el alojamiento, no fueron reportados durante todo el transcurso de la relación laboral, como concepto salarial con destino a las cotizaciones o aportes que para pensión, la entidad le realizaba a la demandante en la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

16.- El día 22 de febrero de 2013, mediante resolución GNR 014023 COLPENSIONES, le reconoció a la actora una pensión de vejez con las cotizaciones deficientes que aportó la demandada. La liquidación pensional que realizó esa entidad, determinó el IBL con el producto de lo cotizado en los últimos 10 años de servicio.

17.-No obstante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, se solicita llamar a este proceso en calidad de litisconsorte cuasi-necesario, se agotó reclamación administrativa, ante esa entidad el día 29 de octubre de 2019.

18.- La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a la fecha no ha dado respuesta de la reclamación presentada.

19.- La contratación hotelera, se ha dado por parte de AVIANCA S.A., por espacios de tiempo, en los que si bien en apariencia, parecieran existir lapsos en los que no hay contratos hoteleros, esto se debe a que la compañía contrata por periodos extendidos los servicios de alojamiento, a fin de sostener las tarifas, de manera que se puede encontrar, por ejemplo, un contrato hotelero para la ciudad de Nueva York, en el año

2004 y luego volver a tener un contrato en esa misma ciudad en el año 2009, sin que esto signifique que no hay tarifas por costos de habitación o alojamiento, para los años 2005, 2006, 2007 y 2008, simplemente que la tarifa del año 2004, se aplica a los años subsiguientes, tal y como lo certificó la demandada a la Señora Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso radicado 2018-0661 que trata de esta misma problemática, así:

“Me refiero a su requerimiento relativo a aclarar si en los intervalos de tiempo entre los contratos de alojamiento aportados se puede entender que aplicó la misma tarifa del contrato más antiguo.

Al respecto, me permito aclarar que conforme la información suministrada por el área de logística de la empresa, es costumbre del sector que las negociaciones se hagan en un plazo extendido (5 años o más) pues así se obtiene estabilidad en los precios con los proveedores.

En esa medida, es correcto concluir, por ejemplo, que, si para una ciudad específica existe un contrato en el año X y posteriormente se encuentra otro contrato en año X5, la tarifa para los años X1, X2, X3 y X4 fue la del contrato X.”.

DERECHO:

Sustento mi petición en lo dispuesto en los artículos 53 y 48 de la Constitución Política, los artículos 9, 13, 127 y 130 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, el artículo 20 del decreto 692 de 1994, las normas procedimentales del decreto 2158 de 1948, el artículo 226 y 227 de la ley 1564 de 2012, el artículo 116 de la ley 1395 de 2010 y, en los acuerdos válidamente celebrados entre la demandante y la demandada concretamente contenidos en las convenciones colectivas de trabajo, además de los manuales de operaciones y reglamentos de trabajo que rigen para las partes.

RAZONES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA:

A- Imprescriptibilidad de los factores salariales que no fueron tenidos en cuenta en el reconocimiento pensional.

Uno de los avances más edificantes, de mayor estructura dogmática y de hermenéutica constitucional pura que ha realizado en los tiempos recientes, la H. Sala de Casación Laboral de la C.S. de J., en el tema de la interpretación del derecho a la pensión y los derechos que de ahí se derivan; es el haber reconocido que **no** existe un principio de razón suficiente, para seguir sosteniendo la prescriptibilidad del reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales, pues el reconocimiento de pensiones deficitarias, que no pueden ajustarse sino dentro del término trienal de la prescripción ordinaria, no guarda ninguna consonancia con el carácter de imprescriptibilidad e irrenunciabilidad, que ostenta el derecho fundamental a la seguridad social, y no cumple con el propósito de garantizar una pensión digna y proporcional al salario que el trabajador recibía.

Al respecto la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL8544-2016 Radicación No., 45050, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, señaló:

“(…)En efecto, el calificativo irrenunciable de la seguridad social no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que, desde un enfoque material, busca su satisfacción in toto, a fin de que los derechos y los intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables.

En este sentido, el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica no es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran; si además se tiene en cuenta que una pensión deficitaria no cumple su propósito de garantizar una renta vitalicia digna y proporcional al salario que el trabajador devengó cuando tenía su capacidad laboral inalterada.

Por esto, la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habilita a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho.

Aunque podría sostenerse que al prescribir los derechos crediticios que emanan de las relaciones de trabajo, éstos desaparecen del mundo jurídico y, por ello, no pueden ser tenidos en cuenta para otros efectos legales, incluidos los pensionales; tal tesis presenta el serio inconveniente de no distinguir y ofrecer un tratamiento particular a dos cuestiones que son bien diferentes: (i) el salario como retribución directa del servicio en el marco de una relación de trabajo, y (ii) el salario como elemento o factor establecido por la ley para la liquidación de las pensiones.

En la primera hipótesis, es claro que el salario constituye un derecho crediticio sujeto a las reglas generales de prescripción previstas en los arts. 151 del C.P.T., 488 del C.S.T. y 41 del D. 3135/1968; en la segunda, el salario se redimensiona y adquiere otra calidad, pues deja de ser un derecho patrimonial y se convierte en un elemento jurídico esencial de la pensión.

Naturalmente, esta reconsideración del salario como elemento jurídico consustancial de la pensión, apareja su imprescriptibilidad, pues ya deja de ser un referente aislado para integrarse en la estructura de la prestación pensional y formar con ella un todo indisoluble.

Por lo demás, esta visión del salario y su papel en la consolidación de la pensión, empalma perfectamente con el pensamiento de la Sala en el sentido que los elementos consustanciales a la prestación pensional no prescriben y, por este motivo, pueden ser revisados judicialmente en cualquier momento. Así, se ha dicho jurisprudencialmente que aspectos tales como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL y la actualización de la pensión, no se extinguen por el paso del tiempo, pues constituyen aspectos ínsitos al derecho pensional (CSJ SL, 19 may. 2005, rad.

23120; CSJ SL, 5 dic. 2006, rad. 28552; CSJ SL, 22 ene. 2013, rad. 40993; CSJ SL6154-2015).

En este orden de cosas, debe entenderse que así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, tampoco deben serlo los factores salariales, pues tanto unos como otros son elementos estructurales y definatorios de la prestación, por manera que, en la actualidad no existe un principio de razón suficiente para seguir sosteniendo la prescriptibilidad del reajuste por inclusión de nuevos factores salariales.

Adicional a esta crítica y a la consideración de la imprescriptibilidad de la acción de revisión pensional por inclusión de factores salariales, esgrimida con apego en el carácter inalienable del derecho fundamental a la pensión, salen en defensa de la tesis que hoy acoge la Sala, los siguientes argumentos:

(1o) La jurisprudencia de la Corte, desde hace muchos años, ha asegurado que la pensión genera un arquetípico estado jurídico en las personas: el de jubilado o pensionado, que da derecho a percibir de por vida, una suma mensual de dinero. En esa línea, no puede ser objeto de prescripción, dado que este fenómeno afecta los derechos, más no los estados jurídicos de los sujetos.

(...)

En este orden de ideas, las personas tienen derecho a que en todo momento se declare su status de pensionado y se defina el valor real de su pensión, teniendo en cuenta que este último aspecto es una propiedad indisoluble de la calidad que les otorga el ordenamiento jurídico.

(2o) El estado jurídico de pensionado o jubilado implica el derecho a percibir mensualmente una renta, producto del ahorro forzoso, del trabajo realizado en vida o de cuando se tenía plena capacidad para laborar. De ahí, el carácter vitalicio del derecho, inextinguible por prescripción, y la connotación de tracto sucesivo de las prestaciones autónomas que de él emanan; todo lo cual significa que, si bien es imprescriptible el derecho a la pensión o, si se quiere, el estado de pensionado, sí son esencialmente prescriptibles sus manifestaciones patrimoniales, representadas en las mesadas pensionales o en las diferencias exigibles.

(...)

3o) La postura jurisprudencial que hoy nuevamente se retoma tiene la bondad de superar una situación de desigualdad procesal en el tratamiento que la jurisdicción ordinaria laboral y la contenciosa administrativa le venía ofreciendo

a las personas que solicitaban la revisión de sus pensiones por defectos o incorrecciones en su liquidación.

En efecto, mientras que una persona puede solicitar ante la jurisdicción contenciosa administrativa la revisión en cualquier tiempo de los actos administrativos «que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas» (lit. c), num. 1o del art. 164 del CPACA), como las pensionales, en la jurisdicción laboral, para que su petición de reajuste pensional por inclusión de factores salariales prospere, tiene que presentar su demanda con arreglo a las reglas generales de prescripción. De manera que, una vez transcurrido el término trienal, va a obtener una respuesta diferente dependiendo de la jurisdicción en que presente su demanda, no obstante que en el fondo se encuentra un mismo problema: el derecho o no al reajuste de una pensión cuantificada incorrectamente por omisión de factores salariales.

Con lo anterior no se quiere significar que no puedan presentarse diferencias en los criterios de ambas jurisdicciones, pues, en virtud de la autonomía e independencia que la Constitución les otorga a los jueces en la interpretación de la ley, pueden darse y de hecho se presentan disparidades de pensamientos jurídicos, que son válidas. Lo que se quiere decir es que la tesis que se adopta, producto de una interpretación conforme con el postulado de la irrenunciabilidad, imprescriptibilidad, indisponibilidad e indivisibilidad del derecho subjetivo a la pensión y del estado jurídico que genera, tiene unas consecuencias o corolarios positivos de cara a la idea del derecho de que las decisiones de los distintos órganos judiciales sean armónicas.

4o) Por último, debe subrayarse que la postura de la Sala, antes que atentar contra el principio de la seguridad jurídica, termina afianzándolo, puesto que las condiciones de seguridad y certeza en el derecho existen cuando las normas jurídicas se interpretan y aplican correctamente, en aras de que sean consistentes con las demás disposiciones e instituciones y compatibles con los valores del ordenamiento jurídico en general.

Adicionalmente, a la realización de la seguridad jurídica, en tanto valor complejo del derecho, no solo se contribuye cuando se definen con presteza los conflictos jurídicos, sino, primordialmente, cuando éstos son resueltos en los precisos términos normativos, teniendo en cuenta todas las salvedades y reservas que la Constitución y la ley consagren, de modo tal que el ciudadano y demás partícipes del sistema tengan certeza y puedan prever sus condiciones objetivas de aplicación por parte de los jueces.

Por todo lo anterior, esta Sala **recoge** el criterio jurisprudencial expuesto en la sentencia CSJ SL, 15 jul. 2003, rad. 19557 y, en su lugar, **postula que la acción encaminada a obtener el reajuste de la pensión por inclusión de factores salariales, no está sujeta a las reglas de prescripción, motivo por el cual,**

puede demandarse en cualquier tiempo la revisión de las pensiones. Igualmente, se aclara que si bien es inextinguible por prescripción el derecho al reajuste de la pensión, sí continúan sujetas a las reglas generales de prescripción previstas en los arts. 151 del C.P.T., 488 del C.S.T. y 41 del D. 3135/1968, las diferencias en las mesadas originadas como consecuencia de una reliquidación judicial (resaltado y subrayado fuera del texto).

Sobre la imprescriptibilidad de los factores no tenidos en cuenta en el reconocimiento pensional, la H. Corte Constitucional, también se encuentra en sintonía con lo afirmado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, básicamente por las mismas razones de orden constitucional, que no permiten una desarticulación del derecho a la seguridad social, como la que imperaba y aceptaba que el derecho al reconocimiento pensional era imprescriptible en si mismo, pero los factores que no se tuvieron en cuenta en la liquidación del derecho, sino se solicitaban contados tres años desde su causación, eran susceptibles de ser inaplicados por concurrir en ellos el fenómeno de la prescripción.

Al respecto la H. Corte Constitucional, en la sentencia SU-298 de 2015, M.P. Dra. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, indicó:

“(…) Dicho esto, la Sala precisó una regla jurisprudencial que expuso así:

“[S]í (sic) una entidad encargada del reconocimiento de una pensión vulnera el derecho fundamental a la correcta liquidación de la misma, el afectado no puede renunciar a reclamar lo debido, y por tanto, no resulta razonable ni proporcionado sancionarlo con la prescripción de la acción para hacer efectivo su goce.”

En ese caso, esta Corporación decidió revocar las sentencias de tutela y dejar sin efectos las decisiones proferidas por los jueces del proceso ordinario. Además, ordenó a Cajanal efectuar la reliquidación conforme a las reglas establecidas en las sentencias.

En la **sentencia T-456 de 2013** esta Corte estudió una tutela presentada por el señor Jesús María Restrepo Gutiérrez contra el Instituto de Seguros Sociales –ISS-. De acuerdo con la citada sentencia, en 1996 el ISS reconoció pensión de jubilación al señor Jesús María Restrepo y en 2001 él solicitó la reliquidación de la misma. Después de agotar la vía gubernativa, el señor Restrepo presentó demanda laboral para obtener la nueva liquidación pensional, pero el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín declaró probada la excepción de prescripción porque la solicitud se elevó después de tres años de habersele reconocido la pensión. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín confirmó el fallo. Ante esa situación, el accionante presentó tutela para que se protegieran sus derechos a la igualdad, a la seguridad social, y a recibir un salario (pensión) digno y justo, los cuales estimó vulnerados por la negativa del ISS de reliquidar su pensión. Agregó que en un caso similar al suyo, el Juzgado Primero Laboral de Descongestión del Circuito de Medellín reconoció el derecho a solicitar el reajuste de la pensión del señor Manuel Fernando Quiroz.

Las dos instancias en sede de tutela negaron el amparo. En el trámite de revisión ante la Corte Constitucional, esta Corporación estudió la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia que sostiene que el derecho a reclamar la reliquidación prescribe en tres años, y advirtió que esa postura desconoce la jurisprudencia constitucional sobre el carácter de los derechos a la seguridad social. La sentencia expuso:

“la posición jurídica asumida tanto por los jueces de instancias como por los jueces de tutela, y en su caso por el mismo ISS, en cuanto a que operó la prescripción de la acción para reclamar la reliquidación pensional anotada, desconocen abiertamente la jurisprudencia constitucional fijada por esta Corporación en múltiples oportunidades, según la cual, y en aplicación de los principios de **favorabilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad** que se predica de todos los derechos de la seguridad social, las personas a quienes se les ha reconocido una pensión tienen derecho a que dicha prestación les sea adecuadamente liquidada según el régimen legal que les sea aplicable.”

En consecuencia, la Sala de Revisión determinó que el derecho a obtener la pensión es subjetivo, exigible y justiciable. En consecuencia, confirmó la regla de la sentencia T-762 de 2011 según la cual, ante una incorrecta liquidación pensional, resulta desproporcionado imponer un plazo específico para la reclamación porque el accionado no puede renunciar a solicitar que se le pague de la forma correcta.

Finalmente, respecto al alcance de su fallo, la Corte señaló que “la interpretación constitucional fijada por la Corte determina el contenido y el alcance de los preceptos de la Constitución y hace parte, a su vez, del “imperio de la ley”, por lo tanto, “el desconocimiento de las interpretaciones realizadas por la Corte Constitucional implica el desconocimiento de las normas sustanciales aplicables al caso concreto, y en esa medida, constituye una infracción al debido proceso.”

Bajo ese presupuesto, la Sala decidió que negar la solicitud de reliquidación desconoce los principios de imprescriptibilidad, irrenunciabilidad y favorabilidad y es contrario a “la interpretación jurisprudencial que ha hecho esta Corporación, con lo cual se estaría desconociendo el derecho al debido proceso.” Pero aclaró que la no aplicación de la prescripción para el derecho a reclamar el nuevo cálculo de la pensión no afecta la prescripción de la que sí son objeto las mesadas dejadas de percibir y no reclamadas después de tres años. Así pues “la materialización de este derecho pensional, representado en las mesadas pensionales si tiene un término de prescripción de tres (3) años para su cobro o reclamación.”

28. Así las cosas, si bien las decisiones expuestas anteriormente tienen elementos fácticos específicos, ambos fallos se encargaron de resolver si una petición de reliquidación pensional puede elevarse máximo tres años después de la fecha en la que se ha concedido la pensión, y resolvieron que el derecho a reclamar el

reajuste no prescribe. En la sentencia T-762 de 2011, el accionante solicitó que se le aplicara un régimen diferente a aquel con el cual le liquidaron la pensión, y la Corte decidió que, ante el carácter imprescriptible de la pensión, y ante las reiteradas sentencias de esta Corporación que evidenciaban que sistemáticamente se emitían liquidaciones de forma equivocada, no es adecuado, ni proporcionado sancionar al afectado con la prescripción de su posibilidad de reclamar. Por su parte, la sentencia T-456 de 2013 reiteró esa regla jurisprudencial y ordenó efectuar la liquidación de la pensión solicitada por el accionante, aunque advirtió que la prescripción aplica para las mesadas pensionales causadas más de tres años anteriores a la interrupción de la prescripción.

Es posible concluir entonces que, conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a reclamar la reliquidación de la pensión está estrechamente vinculado con el derecho a la pensión en sí misma, por lo tanto también es imprescriptible. Además, se ha determinado que resulta desproporcionado que los afectados con una incorrecta liquidación no puedan reclamar su derecho en cualquier tiempo.”.

Como conclusión de lo anterior, encontrará su Señoría que, dado el estado actual de la jurisprudencia de las altas Cortes, es posible superar el examen de prescriptibilidad en este asunto, y por tanto entrar a determinar que factores efectivamente no fueron incluidos en el reconocimiento pensional, por causa de las cotizaciones deficientes hechas por el empleador, y por ende resolver de fondo la solicitud de protección de derechos fundamentales que la actora solicita en este escrito.

B- Génesis del artículo 130 del C.S.T y su incidencia salarial.

Desde la ponencia para primer debate, de la que posteriormente se convirtió en la Ley 50 de 1990, por la cual se modificó en artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo; se determinó que la razón de ser, del por qué la parte destinada a proporcionar al trabajador **alojamiento** y manutención, **tuviese incidencia salarial**; derivaba de la naturaleza del servicio que corrientemente presta el trabajador al empleador, o que por ejercicio al ius variandi, este se desplaza con frecuencia, habitualidad o regularidad de su lugar de trabajo, viendo así alterada constantemente la cotidianidad de su vida, sin más justificación que la exigencia del empleador, razón por la que Ley le otorgó incidencia salarial a lo atiniente a la manutención y **alojamiento**, como una forma más que justa de compensar las molestias y privaciones, que sufren los trabajadores al ausentarse constantemente de sus domicilios y ver alteradas sus vidas.

Al respecto la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia radicado 31662, señaló:

“Por manera que, siendo ‘ordinario’ lo que sucede común, regular y habitualmente, se impone entender que en materia de viáticos en el cumplimiento de una labor, tal situación alude a todos aquellos eventos en los que el trabajador, por la naturaleza de los servicios que corrientemente presta a su empleador en un determinado cargo, oficio u ocupación, o que por ejercicio del ius variandi que a éste asiste también está llamado a cumplir, se desplaza con frecuencia,

habitualidad o regularidad de su lugar de trabajo, **viendo así constantemente alterada su cotidianeidad sin razón distinta a tal exigencia, lo que conlleva a que por la incidencia salarial que la ley atribuye a los gastos que ese hecho genera, particularmente en lo atinente a manutención y alojamiento, se pretenda, entre otras razones, “compensar las molestias y privaciones que [éste] soporta por ausentarse de su domicilio”, tal y como se expresara en la ponencia para primer debate del pliego de las modificaciones introducidas al proyecto gubernamental de la que más adelante llegara a ser la Ley 50 de 1990, pliego en el cual se introdujo un artículo que modificó el hasta entonces artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo”** (Subrayado y resaltado por mí).

Es claro entonces, que la razón legislativa usada para darle carácter salarial a los gastos destinados a cubrir la manutención y el alojamiento, tiene una vertiente claramente compensatoria entre los diferentes trabajadores, que busca igualar a unos con otros, compensando económicamente el hecho de que algunos deben privarse de una vida cotidiana normal y ausentarse de su domicilio frecuentemente, a fin de que el empleador pueda desarrollar o cumplir a cabalidad con su objeto social.

De manera que, al no haber pagado la demandada ni salarios, ni prestaciones sociales, ni haber incluido en el IBC con el que se cotizó para pensión a la actora, el concepto salarial de viáticos por alojamiento, pese a que estos tienen incidencia salarial, por virtud directa de la Ley (como ya se dijo), y en este caso también, por así reconocerlo la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre las partes; se rompió por parte de Avianca S.A., la naturaleza misma del concepto salarial y su **cometido compensatorio**, ya que dicho elemento en la parte destinada a proporcionar a los trabajadores alojamiento, era pagado mes a mes, y de manera permanente a los diferentes hoteles donde se contrató el servicio de alojamiento para tripulantes, lo que le permitía a la demandada cuantificar sin problema alguno el monto pagado por los alojamientos de la demandante, pues las habitaciones contratadas eran de uso individual, como lo refiere la cláusula 19 de la convención colectiva de trabajo y el manual de auxiliares de vuelo, y la tarifa por habitación que es específica, como lo demuestran los contratos hoteleros que se anexan como prueba, además de que las asignaciones o itinerarios de vuelo, fueron impuestos por la accionada a la actora.

Ahora, si bien los costos por alojamiento no se realizaban o pagaban directamente a la actora, sino a un tercero, esta situación no es óbice para indicar que los costos por servicios de alojamiento no entran al patrimonio del trabajador, pues al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, se pronunció en la sentencia radicado 39396 del 1 de marzo de 2011, en la que se indicó lo siguiente:

“Además el hecho de que la empresa pagara directamente a un tercero el hotel o restaurante, que son los que aparecen relacionados, no significa que no los hubiere devengado el trabajador, pues este es el que hacía el consumo de tales servicios, de donde queda claro y sin duda alguna que sí entraban a su patrimonio, pues no tenía que efectuar los gastos correspondientes a su manutención y alojamiento”.

De acuerdo con lo anterior, resulta claro que los viáticos por concepto de alojamiento tienen incidencia salarial, pues como ya se indicó y probó, la demandante pernoctaba de manera regular y por toda su vida laboral, luego se insiste, su cargo era el de auxiliar de vuelo internacional.

No tener en cuenta, dentro la base para cotizar a pensión de la actora, la porción destinada a cubrir el alojamiento, le representó a la trabajadora obtener de Colpensiones una pensión disminuida, ya que la prestación económica, no fue reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran, pues la cotización fue deficiente y no cumplió con el propósito constitucional de garantizar una renta vitalicia, proporcional al salario que el trabajador devengó cuando tenía su capacidad laboral inalterada.

Es así como la demandada, no dio cumplimiento y violó de manera directa, y sin justificación legal de ninguna naturaleza, el contenido del artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo que es del siguiente tenor:

“ARTICULO 130. VIÁTICOS. Modificado por el art. 17 de la Ley 50 de 1990:

1. Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador **manutención y alojamiento**; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.

2. Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos.

3. Los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso. Son viáticos accidentales aquéllos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente.”.

La violación directa a la Ley, se consumó entonces al momento en que los viáticos permanentes destinados a proporcionar a la trabajadora alojamiento, no fueron especificados por el empleador en su valor pagado, como tampoco tenidos en cuenta como factor salarial que se tuviese presente mes a mes, para el pago de salarios por los servicios prestados, para la liquidación final de prestaciones sociales y en grado sumo, para la base de cotización pensional que se le reportó a Colpensiones.

Sin embargo, todas y en especial esta última falencia, es posible de corregir en cualquier tiempo, ya que la no inclusión de factores pensionales no tenidos en cuenta en el reconocimiento pensional, como consecuencia de cotizaciones deficientes hechas por el empleador, es imprescriptible y por tanto los Jueces Laborales, son plenamente competentes para conocer de estos asuntos en todo momento, y ordenar los ajustes o cotizaciones pensionales respectivas.

C- Los valores cancelados por alojamiento, no están destinados a proporcionar habitación al trabajador de manera habitual y en lugar de su domicilio, como tampoco, están cubiertos por los gastos de representación en la modalidad de salario en especie de que trata la cláusula 67 de la Convención C. De T.

La demandada ha referido en casos anteriores, y de esta naturaleza, que los valores cancelados por alojamiento, están destinados a proporcionar habitación al trabajador, y por tanto están cubiertos por los gastos de representación en la modalidad de salario en especie.

Pues bien, al respecto la H. Sala de Casación Laboral de la C.S.J, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la Sra. MARINA CRUZ ROCA contra AVIANCA S.A., radicado 35818; en sentencia de fecha 4 de noviembre de 2009, **y con nota de relatoría:**

“TEMA: SALARIO - Los viáticos por alojamiento no constituyen salario en especie”
indicó frente a esta tesis lo siguiente:

“Pues bien, la connotación salarial de los viáticos permanentes **para subvenir el alojamiento del empleado** que, en razón de su oficio, debe constantemente desplazarse a un lugar diferente al de su sede de trabajo, no puede ponerse en duda, ni interpretarse como comprendida en el vocablo “habitación”, que menciona la parte final del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, como susceptible de ser contractual o convencionalmente excluido de la base para liquidar prestaciones sociales, pues esa desafectación salarial solo puede interpretarse restrictivamente, en el sentido de limitarla a la vivienda que habitualmente, y en el lugar de su domicilio, ocupa el trabajador, y su familia.

Literalmente, dice la cláusula 67 de la convención colectiva de trabajo que, “La incidencia prestacional del Salario en especie equivaldrá al cincuenta por ciento (50%) de los correspondientes gastos de representación, porcentaje que tendrá que tomarse en cuenta para liquidar prestaciones sociales legales” (cuad. Anexos>). No se ve, entonces, como pueda inferirse que lo pagado por viáticos sólo tiene incidencia prestacional en un 50%, **cuando, claro está, que, en primer lugar, como ya quedó dicho, el alojamiento que le fue suministrado no puede estimarse salario en especie**, y mucho menos, relacionar lo convenido en esta cláusula, con el contenido de la No. 19, puesto que, **en ésta para nada se alude a gastos de representación, concepto en extremo diferente al de alojamiento**, entre otras cosas, **porque éste es constitutivo de salario, carácter que no tiene el primero.**

Si bien, estrictamente, el ad quem no dio por demostrado que en la convención colectiva, la demandada y su sindicato de trabajadores acordaron “el pago de la habitación de hotel donde se hospedaba la demandante como salario en especie”, de la asimilación que hizo de lo que es viáticos para alojamiento, con lo que es salario en especie, salta a la vista que fue la errática lectura de las cláusulas mencionadas del convenio colectivo de trabajo, la causa generadora de la conclusión ostensiblemente distanciada de la realidad, **que consistió en haberle quitado al alojamiento la connotación salarial legalmente consagrada, que es precisamente, lo que el impugnante combatió en el desarrollo del cargo.**

En lo atinente a la interpretación de este precepto extralegal, la Sala ya tuvo oportunidad de pronunciarse, en sentido contrario a lo que dedujo el juez ad quem. En la sentencia radicada bajo el número 34192, el 5 de febrero de 2009, se asentó que:

“d) Del texto convencional que corresponde a la convención colectiva de trabajo firmada el 5 de diciembre de 1996 entre AVIANCA S.A. y las organizaciones SINTRAVA y ACAV, que corre a folios 388 a 463 del cuaderno principal, la cláusula cuestionada sobre viáticos de los auxiliares de vuelo, es del siguiente tenor literal:

CLAUSULA 19:

Viáticos Auxiliares de Vuelo

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.

A partir de la firma de la presente Convención 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 trece mil seiscientos veintiún pesos (\$13.621.00). Por permanencia menor de doce (12) horas que incluya un período de descanso, seis mil novecientos cincuenta pesos (\$6.950,00).

El 1° de julio de 1997, estos valores se incrementarán en un porcentaje igual a la variación del índice de precios al consumidor (IPC) (DANE o entidad oficial que lo sustituya), entre el 1° de julio de 1996 y el 30 de junio de 1997.

A los Auxiliares trasladados temporalmente fuera de su base, les reconocerá viáticos en la misma forma que lo hace a tripulantes que pernocten en vuelo de itinerario.

Viáticos en el exterior:

En los casos de pernoctada, la Empresa pagará el hotel asegurando pieza privada para cada Auxiliar de Vuelo, en un lugar de primera categoría, o en su defecto, **cuando la Empresa no provea el hotel, reconocerá a sus Auxiliares el valor pagado por éstos por concepto de habitación.**

(....)

“Del texto de la cláusula convencional transcrita, se colige que las partes efectivamente pactaron unos **viáticos en el exterior reconocidos en dólares** para los auxiliares de vuelo internacional que integran la tripulación y que pernotan en país extranjero, conforme a los vuelos programados y efectuados, para lo cual se fijaron distintos valores según las horas de permanencia del trabajador en “Europa” y en “otros países”.

“En este orden de ideas, el sentenciador de segundo grado no se equivocó cuando de la disposición convencional, coligió que los viáticos en dólares recibidos por los demandantes se concedían por la actividad que éstos cumplían y eran habituales “puesto que si no se suministraban no podían los auxiliares de vuelo pernotar en país extranjero; entendiéndose que se configuraban estos viáticos cada vez que los demandantes cumplían sus funciones”, de lo cual se desprendía su carácter salarial.

“Ahora, no es del todo cierto lo asegurado por la censura de que “los miembros de la tripulación de las aeronaves de la empresa no pagaban suma alguna por

alojarse en los hoteles con los cuales existieron convenios con la empresa para el suministro de habitaciones”, habida cuenta que al remitirse la Sala a lo estipulado en el precepto convencional en cuestión, queda al descubierto que los viáticos en el exterior en la cantidad en dólares allí señalada se reconocen en los casos de pernotada, ya sea porque la empresa pague lo relativo a la habitación al hotel contratado o cancele al auxiliar de vuelo lo correspondiente al alojamiento en país extranjero, al expresar <...cuando la Empresa no provea el hotel, reconocerá a sus Auxiliares el valor pagado por éstos por concepto de habitación>.

“De tal forma, que lo pactado en la norma convencional no se opone a que de acuerdo a la labor desempeñada por los auxiliares de vuelo internacional, se concluya que los viáticos permanentes o habituales otorgados por la empresa en dólares y recibidos por los demandantes titulares de los derechos objeto de condena, estaban destinados a la “manutención y alojamiento” cuando éstos pernotaban o permanecían por razón de su trabajo en el extranjero; sin que la sociedad demandada hubiera logrado acreditar dentro del recurso extraordinario de casación y con las pruebas acusadas, cuáles de esos viáticos pagados tenían una finalidad diferente, como por ejemplo proporcionar gastos de representación”.

Es claro entonces su Señoría, que en este caso lo pagado por concepto de alojamiento, de ninguna manera puede ser visto como salario en especie destinado a proporcionar vivienda al trabajador y comprendido dentro de los gastos de representación que se le pagaban a la demandante, pues como lo refiere la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia que se acaba de citar; en los casos específicos de los auxiliares de vuelo de AVIANCA S.A., **no** se cumple el presupuesto final del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que no se está proporcionando al trabajador, vivienda habitual y en el lugar del domicilio que ocupa él y su familia, ya que como lo demuestran los itinerarios de vuelo que se aportaron como prueba, los destinos internacionales a los que volaba la demandante, son múltiples e incluso no se repiten en meses, de manera que la trabajadora no acudía únicamente a una sola ciudad o destino, donde se pudiera pensar que se le proporcionaba vivienda de manera habitual y a cambio de la de su domicilio, por el contrario, lo que acá se evidencia para todos los itinerarios o asignaciones de vuelo, es que la demandante siempre regresaba a la ciudad de Bogotá, es decir, al domicilio contractual y habitacional que tenía.

Por otra parte, como bien lo resalta la H. Sala de Casación Laboral en la sentencia traída a colación, basta con leer las cláusulas 19 y 67 de la convención colectiva de trabajo, para ver que dicho pago salarial no se contiene en los gastos de representación, en la modalidad de pago o salario en especie, ya que son dos cláusulas convencionales diferentes y que no se remiten entre sí, pues al leer el contenido de cláusula No. 19, se denota claramente que esta en nada apunta a los gastos de representación, o que el alojamiento que paga la demandada en los hoteles donde tiene convenido el suministro de las habitaciones, no tenga incidencia salarial o el carácter legal de viáticos que la Ley les da como factor salarial o, que esté relacionada con la cláusula de salario en especie; al contrario, como bien lo resalta la H. Corte Suprema de Justicia, son conceptos jurídicos y legales totalmente diferentes.

El único propósito de la demandada, es tergiversar ante la carencia de argumentos jurídicos, apuntando a una tesis estrambótica y de mala fe, que pretende de manera absurda, desvirtuar la naturaleza jurídica de los viáticos como factor salarial establecidos en el artículo 130 del C.S. del T y la cláusula 19 de la convención colectiva, y así desconocer los derechos de la demandante.

El concepto legal de viáticos en el sentido de que constituyen factor salarial, en lo correspondiente a la manutención y alojamiento, no está establecido por el legislador como salario en especie, como equívocamente lo ha querido hacer ver la demandada,

pues la naturaleza jurídica de estos parte del presupuesto de que se causan, cuando el trabajador contratado debe desplazarse frecuentemente fuera de su sede de trabajo y como consecuencia de ello, el empleador debe sufragar los gastos que generan la manutención y el alojamiento, para luego tomar el monto pagado por esto, y darle carácter salarial a fin de compensar las molestias y privaciones, que sufre el trabajador por estar desplazándose constantemente a otras ciudades o países, con el único propósito de servir al desarrollo económico y cumplimiento del objeto social de la compañía.

Lo anterior, quedó confirmado también, en la sentencia radicado 45982 de fecha 20 de septiembre de 2017, M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

D- Carácter habitual de los viáticos de alojamiento, y su incidencia salarial en el caso de la compañía demandada.

La jurisprudencia laboral de todos los tiempos, ha indicado que le corresponde al juzgador determinar cuando los viáticos son permanentes dependiendo del caso concreto, y con apoyo en los criterios jurisprudenciales cuantitativo, cualitativo y funcional de las actividades cumplidas.

En este orden de ideas, encontrará su Señoría que la porción monetaria que fue destinada a proporcionarle al trabajador **alojamiento** durante toda su vida laboral, debe ser considerada como salario, pues cumple en toda su extensión con el carácter habitual y permanente, ya que su connotación nace de la razón de ser de su oficio, luego el cargo de la demandante era el de auxiliar de vuelo internacional, y la función natural y propia de la actividad, como lo demuestran los itinerarios o asignaciones de vuelo que se aportaron como prueba, es la de desplazarse semana tras semana de un país a otro y pernoctar en este, entre otras razones, por la imposibilidad material y física de regresar en un mismo día al lugar del domicilio contractual; de manera tal que el concepto de viáticos por alojamiento, sin lugar a dudas, debe ser incluido como factor salarial no tenido en cuenta, para todos los efectos del petitum planteado en este caso.

Frente a este tema, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia del 4 de noviembre de 2009 Rad. 35.818 dictada dentro del proceso ordinario laboral de Alfonso Suarez Casas y otros en contra de AVIANCA S.A., precisó:

“Pues bien, la connotación salarial de los viáticos permanentes para subvenir el alojamiento del empleado que, en razón de su oficio, debe constantemente desplazarse a un lugar diferente al de su sede de trabajo, **no puede ponerse en duda**, ni interpretarse como comprendida en el vocablo ‘habitación’, que menciona la parte final del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo (...)”, como susceptible de ser contractual o convencionalmente excluido de la base para liquidar prestaciones sociales, pues esa desafectación salarial solo puede interpretarse restrictivamente, en el sentido de limitarla a la vivienda que habitualmente, y en el lugar de su domicilio, ocupa el trabajador, y su familia”.
(Resaltado fuera del texto).

Es de resaltar frente a la habitualidad del viático, que el auxiliar de vuelo incluso permanece más tiempo en el exterior que en su sede base de trabajo; sede que en realidad es solo un lugar de embarque, pues un auxiliar de vuelo no cumple con funciones en tierra, y no cuenta con un puesto físico de trabajo, siendo el avión el lugar principal donde desarrolla su actividad. De manera tal, que un auxiliar de vuelo internacional que

pernocta en país extranjero mes a mes por la evidente función de llevar a múltiples destinos, a los pasajeros de la aerolínea, se erige como un ejemplo propio e incluso académico, de lo que es percibir viáticos de manera habitual y permanente.

E- Denominación que la demandada le dio a los viáticos y posibilidad de cuantificarlos.

La clasificación de los viáticos de alojamineto, está determinada por la demandada en la cláusula 19 de la convención colectiva de trabajo –de la cual es beneficiaria la actora-, así:

CLAUSULA 19:

Viáticos Auxiliares de Vuelo

En los casos de pernoctadas la Empresa pagará el hotel asegurando habitación privada para cada Auxiliar en un lugar de primera categoría, suministrando el transporte correspondiente.

(....)

Viáticos en el exterior:

En los casos de pernoctada, la Empresa pagará el hotel asegurando habitación privada para cada Auxiliar de Vuelo, en un lugar de primera categoría, o en su defecto, cuando la Empresa no provea el hotel, reconocerá a sus Auxiliares el valor pagado por éstos por concepto de habitación.”.

En este caso, no solo es la Ley la que le da el carácter de viáticos a los conceptos de manutención y alojamiento, es la propia convención colectiva de trabajo la que destina espacio para los “viáticos auxiliares de vuelo”, y reconoce la necesidad permanente que tiene la tripulación por razón del servicio, de pernoctar de manera constante en lugar diferente al del domicilio contractual, específicamente en las ciudades donde tiene rutas de destino la compañía demandada, por lo que se reconoce el pago de una habitación privada a cada miembro de la tripulación.

Pues bien, su Señoría, es perfectamente posible cuantificar los viáticos por concepto de alojamiento, tal y como se hace en el dictamen pericial que se anexa como prueba, ya que la compañía ha suscrito contratos de alojamiento con diferentes hoteles en el mundo, donde se acuerda el servicio individual y se pacta una suma por este, además de que se determina la forma o proceso en que se va a cancelar por el uso individual que hace cada auxiliar de vuelo de las habitaciones, tal y como se demuestra en el cuadro anexo a esta demanda, denominado cuadro de alojamiento y formas de pago¹.

En el denominado cuadro de alojamiento y formas de pago (que no se inserta al escrito de demanda por razones de economía procesal), se puede evidenciar que existe todo un sistema de facturación sobre el uso individualizado y tarifado de las habitaciones, el cual al ser confortando con los itinerarios o asignaciones de vuelo de la demandante, permite cuantificar vuelo por vuelo y hotel por hotel, el valor que la convocada a juicio canceló noche a noche, por el uso de las habitaciones en las que debió pernoctar la demandante, y de contera determinar la porción salarial que no fue tenida en cuenta en el IBC reportado y por ende en el reconocimiento pensional que hizo Colpensiones a la

¹ Ver cuadro de alojamiento y formas de pago anexo como prueba número 9.

accionante.

F- El uso de los hoteles que la compañía destinó para el alojamiento de los auxiliares de vuelo, es único y no existe sistema diferente de hospedaje.

Como quedó evidenciado su Señoría, en la cláusula 19 de la convención colectiva de trabajo, la compañía accionada se comprometió asegurar en caso de pernocta, una habitación individual para cada auxiliar de vuelo.

Para cumplir con el anterior cometido, se celebraron múltiples contratos de alojamiento (anexados como prueba) y se dispuso un sistema de ocupación cuasi obligatorio de los hoteles, pues la compañía además de contratar el alojamiento, suministraba el servicio de transporte al auxiliar de vuelo desde el aeropuerto y hasta el hotel de destino que previamente se había contratado, esto sin que existiera alternativa de hospedaje diferente, ya que al auxiliar de vuelo y concretamente a la demandante, jamás se le suministró suma alguna para que sufragara sus gastos de alojamiento, por ejemplo, en el hotel o lugar que ella quisiera escoger y contratar, es decir, la rutina era clara y única, al auxiliar de vuelo simplemente se le transportaba cumplido el itinerario de vuelo, al hotel contratado en el exterior y luego se le volvía a recoger allí para llevarlo al aeropuerto a cumplir el itinerario de regreso, sin que este tuviese injerencia o decisión sobre el proceso de alojamiento y transporte.

Lo anterior, obedece su Señoría a múltiples razones, entre ellas las siguientes:

1. Las tripulaciones una vez cumplen sus itinerarios de vuelo en el exterior, no quedan en vacaciones, receso o libertad absoluta, por el contrario, **permanecen a disposición** de la compañía, pues la operación aérea puede sufrir imprevistos como vuelos adelantados o retazados. Imagine su Señoría, lo que sería en una época como la que trabajó la actora (1978 a 2014), permitir que cada auxiliar de vuelo se quedara donde quisiera, y fuese necesario por razón del servicio ubicarlo, esto sin la existencia de celulares, roaming internacional habilitado a cada país, o chats como whatsapp. De ahí la necesidad de tener a todos los auxiliares en el mismo Hotel, pues insisto, el auxiliar aéreo quedaba a disposición entera de la compañía.
2. Por procedimientos de pago a los hoteles. Como quedó evidenciado en el cuadro inserto como prueba número 9 de este escrito, existe todo un sistema de facturación o procedimiento individualizado de pago por uso de habitaciones, el cual se simplifica por el volumen de trabajadores, escogiendo **un solo hotel por ciudad**, incluso encontrándose ejemplos de hoteles como el Melia Castilla en Madrid-España, donde la compañía prorroga y prorroga en otrosí el servicio de alojamiento, lo que demuestra que el trabajador forzosamente solo podía quedarse en el hotel que le suministraba la compañía, ya que no se podía generar una serie de pagos en muchos hoteles, en tantos como escogieran los auxiliares, quienes no tenían la libertad para ello, pues el proceso se simplificaba por la compañía, escogiendo un solo hotel por ciudad y renovando contratos año tras año con el hotel, en la mayoría de los casos.
3. Porque la permanencia en un mismo hotel está sometida a reglas. Los auxiliares de vuelo si querían salir del Hotel, debían solicitar un permiso al jefe de cabina o piloto, ya que, por la necesidad del servicio, no se podía estar donde se quisiera,

luego el hotel designado es el punto de llegada y partida en el exterior, pues el transporte era uno, y no se hacía ruta por la ciudad de hotel en hotel, o de casa en casa, buscando en donde había decidido quedarse cada auxiliar.

4. Porque resultaba imposible, para el auxiliar de vuelo con el salario que devengaba, en promedio 4.2 salarios mínimos mensuales vigentes para la época del retiro, sufragarse en moneda extranjera su propio alojamiento, y esperar como lo dice la cláusula 19 de la convección, el reembolso de ello, sin que existieran parámetros claros sobre el asunto, ya que la circunstancia nunca se generaba, por imposibilidad económica del trabajador y por ser el servicio de alojamiento proporcionado por la accionada, como tanto se ha dicho.

Todo lo anterior, demuestra a efectos de la cuantificación de los viáticos por alojamiento, que el uso de las habitaciones siempre se dio, pues no existía otro mecanismo de alojamiento, siendo únicamente necesario, como lo demuestra el dictamen pericial, entrar a confrontar lo pagado por ellas de acuerdo a las noches pernoctadas por el auxiliar, y de esa manera establecer lo que se debió reconocer por ese concepto salarial.

F1- Las habitaciones usadas por la demandante, eran reservadas previamente por la compañía a los hoteles contratados, y se aseguraban de manera individual.

Señor Juez, la obligación de tener asegurada en caso de pernocta, una habitación individual para cada auxiliar de vuelo, no solo se determinó en la convención colectiva de trabajo, también se confirmó en el manual de auxiliares de vuelo, dentro del capítulo de “normas y políticas administrativas”, de la siguiente forma:

“ALOJAMIENTO

Durante las asignaciones con pernocta y/o permanencia en el aeropuerto mayor a cinco (5) horas la Compañía proveerá alojamiento en hotel de primera categoría en habitación individual a cada uno de los Tripulantes. Igualmente se efectuará reserva para **cada uno** de ellos”.

Como se puede evidenciar, a contrario de lo que la demandada alega que lo que hace es un bloqueo generalizado de habitaciones, de las cuales no sabe si se usan o no por sus auxiliares, acá queda comprado contundentemente, como es lógico, que las reservas eran **individuales** y se efectuaban por la compañía para cada persona, pues ella misma era quien asignaba con antelación el itinerario de vuelo de las tripulaciones.

Su Señoría, la acepción de la palabra reservar, según la real academia de la lengua española, indica que es la:

“Acción de pedir una cosa, de modo exclusivo y con antelación”.

De manera que, como lo demuestra lo señalado en el manual de operaciones y el sistema de facturación de la compañía, que como quedó visto, era individualizado; la demandada siempre realizó un proceso de reserva y pago de habitaciones para cada auxiliar, conociendo de manera previa donde se debía hospedar el tripulante, pues ella misma le asignaba con antelación los vuelos, y por lo mismo siempre estuvo al tanto de cuando pagó por el trabajador, solo que nunca lo hizo público para el auxiliar, como

tampoco lo tuvo en cuenta para el pago de salarios y aportes a la seguridad social en pensiones.

Resulta toda una ocurrencia, que de verdad no se puede creer nadie, que una empresa como Avianca S.A., con todo un departamento de contabilidad con movimientos que declarar a nivel nacional e internacional, no sepa cuando le cuesta el hospedaje de cada uno de sus auxiliares de vuelo, sino que de la manera más generosa, tenga diseñado un sistema de pago a los hoteles, en los que cancela por las habitaciones sin importar si el trabajador hizo uso o no de ellas.

G- Jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha definido estos casos.

La H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al definir el recurso extraordinario de casación que interpuso la hoy demandada AVIANCA S.A., en razón a que había sido condenada en primera y segunda instancia, por no tener en cuenta los viáticos destinados a cubrir el alojamiento de sus auxiliares de vuelo, dispuso en la sentencia **radicado No., 34192 de 5 de febrero de 2009**, lo siguiente:

“Ahora bien, es de anotar que la connotación salarial de los viáticos pagados a los demandantes en dólares, el Tribunal no la dedujo de los citados contratos, sino de la propia actividad cumplida por los actores como auxiliares de vuelos internacionales y de las demás pruebas en especial de lo estipulado en la convención colectiva de trabajo, al expresar “resulta claro constituir salario los viáticos en dólares recibidos por los demandantes, pues por las actividades cumplidas al desarrollar su trabajo **se hicieron habituales, puesto que si no se suministraban no podían los auxiliares de vuelo pernoctar en país extranjero**; entendiéndose que se configuraban estos viáticos cada vez que los demandantes cumplían sus funciones, luego el cargo desempeñado era auxiliar de vuelo internacional, por tanto eran habituales y permanentes de acuerdo a lo consagrado en la convención colectiva, en consecuencia también de ello se desprende su carácter de salario”.

La circunstancia de que tales contratos suscritos con los distintos hoteles en el exterior, hicieran mención a que las personas alojadas por virtud del convenio que se tenía con la empresa AVIANCA, podían hacer uso de los servicios y facilidades ofrecidas a todos sus huéspedes, y en algunos de esos hoteles se acordaran descuentos por el consumo de alimentos y bebidas, no le resta el carácter salarial a los dineros que por concepto de viáticos figuraban cancelados a la tripulación en dólares, pues lo cierto es, que la compañía demandada además de tener a disposición de sus trabajadores habitaciones en los hoteles contratados, les reconocía sumas en dólares por el sólo hecho de pernoctar la tripulación en país extranjero de conformidad con las cuantías que se obligó a conceder en la convención colectiva de trabajo, independiente de que esa cifra le fuera entregada directamente al trabajador **o pagada por AVIANCA al respectivo hotel de acuerdo con las tarifas señaladas en los documentos contractuales de marras.**

En estas condiciones, ante el reconocimiento de esos viáticos, que según quedó visto eran “permanentes”, lo cual no desvirtuó la censura, es razonado considerarlos, como lo concluyó el Tribunal, constitutivos de salario en los términos previstos en el artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990.

(...)

En este orden de ideas, el sentenciador de segundo grado no se equivocó cuando de la disposición convencional, coligió que los viáticos en dólares recibidos por los demandantes se concedían por la actividad que éstos cumplían y eran habituales “puesto que si no se suministraban no podían los auxiliares de vuelo pernoctar en país extranjero; entendiéndose que se configuraban estos viáticos cada vez que los demandantes cumplían sus funciones”, de lo cual se desprendía su carácter salarial.

Ahora, no es del todo cierto lo asegurado por la censura de que “los miembros de la tripulación de las aeronaves de la empresa no pagaban suma alguna por alojarse en los hoteles con los cuales existieron convenios con la empresa para el suministro de habitaciones”, habida cuenta que al remitirse la Sala a lo estipulado en el precepto convencional en cuestión, queda al descubierto que los viáticos en el exterior en la cantidad en dólares allí señalada se reconocen en los casos de pernoctada, ya sea porque la empresa pague lo relativo a la habitación al hotel contratado o cancele al auxiliar de vuelo lo correspondiente al alojamiento en país extranjero, al expresar “...cuando la Empresa no provea el hotel, reconocerá a sus Auxiliares el valor pagado por éstos por concepto de habitación”.

De tal forma, que lo pactado en la norma convencional no se opone a que de acuerdo a la labor desempeñada por los auxiliares de vuelo internacional, se concluya que los viáticos permanentes o habituales otorgados por la empresa en dólares y recibidos por los demandantes titulares de los derechos objeto de condena, estaban destinados a la “manutención y alojamiento” cuando éstos pernoctaban o permanecían por razón de su trabajo en el extranjero; sin que la sociedad demandada hubiera logrado acreditar dentro del recurso extraordinario de casación y con las pruebas acusadas, cuáles de esos viáticos pagados tenían una finalidad diferente, como por ejemplo proporcionar gastos de representación.” (resaltado y subrayado fuera del texto original).

De igual manera, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al definir otro caso de viáticos contra AVIANCA S.A., en la sentencia **radicado No., 39266 de 18 de septiembre de 2012**, puntualizó lo siguiente:

“En vista del derrotero trazado por la apelación de la demandada, el tribunal centró su atención en examinar el carácter salarial de los viáticos recibidos por el actor, ante lo cual concluyó que, indiscutiblemente, sí la tenían, en razón a que se dieron como retribución por los servicios prestados y, por ende, debían incluirse como factor salarial para la liquidación de prestaciones social del actor, premisas, se reitera, no han sido refutadas por el recurrente en casación, por lo que se mantienen incólumes y siguen siendo pilar de las condenas.”.

Como lo puede constatar el H. Juez, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, de tiempo atrás viene indicando que los viáticos que se le pagan a los auxiliares de vuelo en la proporción destinada a cubrir el alojamiento, constituyen salario en los términos del artículo 130 de C.S. del T, que son habituales y que se suministran con el propósito que lo auxiliares puedan pernoctar en país extranjero con ocasión de la prestación del servicio que realizan, sin que puedan ser excluidos del salario pues no están destinados a proporcionar **vivienda habitual** al auxiliar de vuelo, quien por obvias razones no reside de manera permanente en un solo lugar ni viaja a un solo destino y, muchos menos están reservados para cubrir gastos de representación, ya que estos son pagados de manera independiente por Avianca S.A., tal y como quedó ampliamente explicado en el literal C de este escrito.

En suma, es claro que en este caso la calificación de viáticos que se le debe dar a los pagos que por **alojamiento** hizo la demandada, emerge por virtud directa de la ley, la razón de ser del servicio y, de manera más específica, por la concreta explicación que frente a este tipo de casos ha desarrollado la justicia laboral.

H- Consecuencias de la omisión de no haber reportado el concepto salarial de viáticos por alojamiento con destino a la seguridad social en pensiones.

Señor Juez, la omisión de no incluir los viáticos destinados a cubrir el alojamiento de la demandante, en el salario y en las prestaciones sociales, tanto las que se originaron durante el transcurso de la relación laboral, como en las definitivas, de por sí constituye para la actora un daño de alta severidad.

Sin embargo, es preciso destacar, que resulta de igual o mayor gravedad, la omisión de no haber reportado ese concepto salarial de viáticos por alojamiento con destino a la seguridad social en pensiones, ya que esto consumó un perjuicio constitucional, con cargo directo al derecho fundamental a la seguridad social de la actora, pues al no reportarse, en este caso a COLPENSIONES, el ingreso base de cotización **real**, le representó a la demandante, obtener una pensión liquidada por debajo de su ingreso efectivo, lo que según voces de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ y de la H. Corte Constitucional, constituye un daño permanente ya que este se sufre de manera constante, pues la pensión se renueva mes a mes, día a día y por el resto de la vida.

El artículo 18 de la ley 100 de 1993, es claro en indicar lo siguiente:

“ARTICULO. 18.- Base de cotización de los trabajadores dependientes de los sectores privado y público. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

El salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.”

En este orden de ideas, si el salario base de cotización de los trabajadores particulares esta dado por lo que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo, existía y existe la obligación de contar los viáticos por alojamiento dentro del ingreso base de cotización, ya que como tanto se ha dicho, es el legislador quien así lo dispuso al indicar en el artículo 130 de C.S. del T. que la porción destinada a proporcionar al trabajador **alojamiento**, constituye **salario** cuando es permanente como en este caso, y por tanto debe ser aplicado inexorablemente en la base de cotización.

I- Consideraciones al peritaje que se aporta con la demanda.

Ha sido reiterado el criterio jurisprudencial en determinar que cuando en un proceso judicial el trabajador afirma haber recibido viáticos permanentes, que en desarrollo del contrato o la terminación del mismo no se tuvieron en cuenta como factor salarial para la liquidación de prestaciones, es a la parte la que le corresponde la carga de la prueba en ese sentido, por ser este el supuesto de hecho que le da fundamento a la pretensión.

En este orden de ideas, vale la pena hacer las siguientes consideraciones:

1. La demandante por derecho de petición, solicitó a la demandada que le informara cuanto debió cancelar por ella en los diferentes hoteles donde pernoctó, con ocasión del servicio laboral que les prestaba y que le expidieran copia, de los contratos o convenios hoteleros que el comité de compras y contratos de la compañía, o quien haga sus veces, celebró con el propósito de proveer el alojamiento de los auxiliares de vuelo.
2. Por carta respuesta al derecho de petición, la demandada **negó** tener un control individualizado de habitaciones que le permita cuantificar lo pagado en los hoteles por cada tripulante, al igual que se **negó** a entregar los contratos hoteleros hasta tanto no exista orden judicial.
3. Pese a que la demandada se negó a certificar lo pagado, por concepto de alojamiento, así como a proporcionar los contratos hoteleros, convenios o facturas, que permitieran cuantificar y trasladar a pesos Colombianos lo cancelado por viáticos de alojamiento; el dictamen pericial se pudo realizar con los cd's e impresos de los cd's, que contienen los convenios y contratos hoteleros, con sus respectivas tarifas por habitación, suscritos por Avianca S.A., con los diferentes hoteles en el mundo, en donde la demandada tiene establecida su operación, y que fueron aportados por ella misma, previa orden judicial, dada por el H. Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de los expedientes números 11001310500520140066000 y 1100131050005201464300, con el propósito de esclarecer la misma situación que hoy acá se discute.

Pues bien, con la información que se contaba, y con el conocimiento previo y reiterado que la demandada, se niega siempre a certificarle a sus trabajadores lo pagado por concepto de alojamiento, al igual que ha proporcionarles la documental que contiene las tarifas que omitió incluir como salario, se procedió a realizar el respectivo dictamen pericial, a fin de que su Señoría conozca la real situación y de ser el caso, pueda fulminar condenas sobre la base cierta de sumas de dinero, que incluso debieron ser cambiadas a pesos Colombianos.

El dictamen le informará a su Señoría, con definitiva claridad y precisión cada uno de los viajes, donde de acuerdo a las asignaciones de vuelo debió pernoctar la demandante, y el valor transformado a pesos colombianos, según TMR vigente al momento en que se pagaba por cada noche en el hotel respectivo.

Para hacer la lectura del dictamen, le ruego su Señoría tener en cuenta que la contratación hotelera, se ha dado por parte de AVIANCA S.A., por espacios de tiempo, en los que si bien en apariencia, parecieran existir lapsos en los que no hay contratos hoteleros, esto se debe a que la compañía contrata por periodos extendidos los servicios de alojamiento, a fin de sostener las tarifas, de manera que se puede encontrar, por ejemplo, un contrato hotelero para la ciudad de Nueva York, en el año 2004 y luego volver a tener un contrato en esa misma ciudad en el año 2009, sin que esto signifique que no hay tarifas por costos de habitación o alojamiento, para los años 2005, 2006, 2007 y 2008, simplemente que la tarifa del año 2004, se aplica a los años subsiguientes, tal y como lo certificó la demandada a la Señora Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso radicado 2018-0661 que trata de esta misma problemática, así:

“Me refiero a su requerimiento relativo a aclarar si en los intervalos de tiempo entre los contratos de alojamiento aportados se puede entender que aplicó la misma tarifa del contrato más antiguo.

Al respecto, me permito aclarar que conforme la información suministrada por el área de logística de la empresa, es costumbre del sector que las negociaciones se hagan en un plazo extendido (5 años o más) pues así se obtiene estabilidad en los precios con los proveedores.

En esa medida, es correcto concluir, por ejemplo, que, si para una ciudad específica existe un contrato en el año X y posteriormente se encuentra otro contrato en año X5, la tarifa para los años X1, X2, X3 y X4 fue la del contrato X.”.

El dictamen que se aporta con esta demanda, se realizó con los elementos que fueron obtenidos su Señoría, tras la intervención de otros Jueces Laborales del Circuito de Bogotá, pues si de la demandada dependiera, jamás se entregaría la información necesaria para cuantificar, como ocurrió en este caso, ya que su costumbre de tiempo atrás, y ante la imposibilidad jurídica de desconocer los viáticos permanentes que se generan por alojamiento, es negar la existencia de los contratos hoteleros, de las facturas o recibos de pago, para que los Jueces de la república no puedan fulminar condenas en su contra, por existir el principio prohibitivo de emitir condenas en abstracto al desconocer los valores pagados por alojamiento.

Es sabido inveteradamente, que a las partes les corresponde probar el supuesto de hecho que sustenta sus pretensiones, salvo los casos de inversión en la carga de la prueba; en ese sentido encontrará Señor Juez, que el dictamen ofrece un cálculo exacto sobre los viáticos por alojamiento hecho con tarifas comprobadas y extraídas de los contratos hoteleros.

Ahora bien, es claro que el dictamen pericial no es la única forma de probar el salario, pues Avianca s.a., debe aportar los valores pagados por concepto de alojamiento, bien sea con la contestación de la demanda o por orden judicial dada por su Señoría, según las facultades consignadas en los artículos 40 y 48 del C.P.T, a fin de que sea obligada a concurrir con la información relevante y necesaria para resolver el presente asunto, ya que con el valor de las noches pagadas en los hoteles, vs las noches pernoctadas según las asignaciones de vuelo, se podría cumplir con la función del dictamen pericial.

Sin embargo, también es preciso aclarar que en otros procesos en los que ha resultado condenada la demandada por este asunto, se ha advertido la necesidad del dictamen pericial en razón a que algunos contratos hoteleros contienen sumas en dólares, moneda que no es de manejo cotidiano de esta jurisdicción, y sobre la cual no se puede emitir condenas por mandato legal, al respecto el Tribunal Superior de Bogotá en radicado TS 2006-00992-1, indicó:

“De otra parte, resulta palmario que era necesaria la prueba decretada, ya que el asunto versaba sobre dineros devengados en dólares americanos, cuyo valor no es de manejo cotidiano del juez, puesto que el valor de tal moneda extranjera varía casi a diario, por ende se necesitaba convertir los valores a moneda nacional para entonces proceder a reliquidar los factores solicitados si a ello hubiere lugar; debiéndose recordar que tal prueba es optativa del juzgado, proviniendo de su fuero interno su necesidad en desarrollo de su labor”.

Con todo, sería pertinente su Señoría, y si persiste la rebeldía de la demandada en querer certificar los valores pagados, acoger este dictamen pericial, el cual es completo, y cuenta con el apoyo de traducciones oficiales para los contratos hoteleros.

J- Indicio grave.

No existe una tarifa inferior a la sostenida para los hoteles, y de existir le corresponde Avianca S.A., demostrarlo con los documentos contractuales respectivos.

Igualmente, es conocido que constituye **indicio grave** en contra de quien no acredite el pago en documento escrito, tal y como ocurrió en este caso Señor Juez, pues la demandada nunca le especificó, ni le informó, a la Señora demandante, en comprobante de pago de nómina, recibo o por cualquier medio físico o verbal, el valor mensual pagado por viáticos de alojamiento.

Es posible entonces su Señoría emitir condenas.

K- Distribución de la carga de la prueba.

Es sabido su Señoría, que por regla general es a la parte a la que le corresponde probar el supuesto de hecho que le da fundamento a sus pretensiones, sin embargo, con el advenimiento del Código General del Proceso, el legislador reconoció que existen casos en los que una de las partes se encuentra en mejor posición que la otra, para probar determinados hechos, como por ejemplo, la cercanía que tenga una de ellas con el material probatorio; por lo que se facultó al Juez para que de oficio o a petición de parte, distribuyera la carga al decretar las pruebas. Al respecto el artículo 167 del código citado, estableció:

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”.

Como se ha advertido en varios apartados de este escrito, a la demandante se le ha dado el servicio de alojamiento, sin embargo, la trabajadora no ha tenido acceso a los documentos que contienen el valor pactado entre Avianca S.A. y los Hoteles, como tampoco ha tenido en sus manos los contratos hoteleros, pues estos están en poder de la demandada, quien no los exhibe por ninguna razón a sus empleados, adicionalmente, y como se demuestra de los certificados de pago salariales que emitió la demandada, a

la trabajadora jamás se le informó el valor pagado por viáticos de alojamiento.

De tiempo atrás, ha sido estrategia de la demandada negar la existencia de los contratos, facturas o recibos de pago por servicio de alojamiento de sus tripulantes, bien sea que se soliciten por los trabajadores de manera directa, mediante derecho de petición o con la contestación de la demanda ordinaria.

Lo anterior, por constituir la estrategia de defensa (si así se le puede llamar), que más le produce efecto a la compañía, pues por tener ella en su poder el material probatorio que esclarece este tipo de situaciones, se niega a proporcionarlo incluso rechazando su existencia hasta tanto no intervienen los Jueces Laborales, y le obligan a entregar los contratos hoteleros, como ocurrió en los expedientes números 11001310500520140066000 y 1100131050005201464300, tramitados en el H. Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá, o incluso dentro del expediente que constituye el antecedente más relevante en este asunto, es decir, dentro del proceso **0122 de 1999**, donde se emitió la sentencia de casación **radicado No., 34192 de 5 de febrero de 2009**, que condenó por estos hechos a la demandada.

En ese proceso su Señoría (**el 0122 de 1999**), debió el H. Juez Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, decretar y practicar una inspección judicial en las dependencias de la compañía, con el propósito de constatar la existencia de los contratos hoteleros.

El resultado de dicha inspección judicial, decretada ante la renuencia de la compañía en aportar la información al proceso, reveló que existe un comité de compras y contratos que se encarga de suscribir los contratos de alojamiento, en donde, entre otras cosas, se establecen las tarifas por habitación y el sistema de facturación; al respecto en carta de abril 17 de 2002, que se aporta como prueba, la demandada informó a ese despacho judicial lo siguiente:

“Atentamente y de acuerdo a lo por ustedes solicita en Tercera Audiencia llevada a cabo el pasado 22 de marzo de 2002 en nuestras dependencias, estamos remitiendo copias simples del listado de los hoteles aprobado por el comité de compras y contratos de los años 1995 a 1999 y que se relacionan a continuación”.

Lo anterior, es una muestra más de que la documentación está en poder de la demandada, a quien se le debe ordenar por distribución de la carga de la prueba, que la aporte a este proceso, por su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, y por estar en una situación más favorable para aportar las evidencias a fin de esclarecer los hechos controvertidos, pues es ella y nadie más que ella, la que contrata el servicio de alojamiento para sus tripulaciones año tras año, y lo hace a través de su comité de compras y contratos (o quien haga sus veces), por lo que sabe con exactitud cuanto paga por cada uno de sus auxiliares de vuelo, como es natural; y lo más importante su Señoría, en razón a que no permite el acceso a la información al trabajador, a quien **jamás** se le hizo participe del valor que constituye su factor salarial por viáticos de alojamiento.

Otra razón más Señor Juez, para dar una justa distribución de la carga de la prueba, es evitar una inspección judicial, ya que la demandada deberá aportar lo solicitado con destino al proceso, sin necesidad de un desplazamiento hasta sus instalaciones, pues es un hecho irrefutable que el material probatorio existe y está en su poder.

Con todo, es claro, justo y procedente, decretar una distribución probatoria equitativa, tal y como se solicitará en el capítulo de pruebas, a fin de esclarecer los hechos, llegar a la verdad y dar un real equilibrio a las partes, conforme lo señala el artículo 4 del C.G.P., el cual brinda poderes al Juez para ese propósito.

L- Litis consorte cuasi-necesario.

Su Señoría, la necesidad de vincular a Colpensiones como Litis consorte cuasi-necesario, surge de las posibles resultas que pueda tener la sentencia, ya que estas se le podrían extender en sus efectos jurídicos a esa entidad, en los términos del artículo 62 del C.G.P., como quiera que existen peticiones subsidiarias que de ser decretadas, obligarían a Colpensiones a re liquidar la pensión de la actora, con las cotizaciones reales que debe cancelar la demandada Avianca. S.A., y en consecuencia debe pagar el retroactivo pensional desde que reconoció la prestación.

Lo anterior, tiene su razón de ser en el hecho de que es imposible saber para esta parte actora, en un hipotético caso, si prosperarán las pretensiones principales o las subsidiarias, además, de que en este momento es imposible solicitarle una reliquidación pensional a Colpensiones, justamente porque se está determinando en este proceso, si los viáticos por alojamiento tienen incidencia salarial y el valor dejado de cotizar por ese concepto, de manera que mientras esto no ocurra, Colpensiones solo puede estarse al reconocimiento pensional que emitió, con las cotizaciones que le reportó la demandada Avianca S.A.

Es procedente esta vinculación, en la medida en que la actora está interrumpiendo términos prescriptivos de sus derechos pensionales, es decir, no sería justo que aguardara todo un proceso ordinario para que Avianca S.A., se pusiera al día con las cotizaciones reales a pensión, para ahí sí, solicitar su reliquidación pensional y que Colpensiones aplique nuevamente una prescripción sobre las mesadas no solicitadas en tiempo, perdiendo así, el equilibrio de sus derechos y todo el término interrumpido, a favor de una entidad que en nada se verá afectada, pues recibiría el pago de las cotizaciones por los 10 últimos años de servicio junto los intereses de mora por el pago tardío.

M- La ausencia de Buena Fe de AVIANCA S.A.

Son varias las razones en que se podría inferir que Avianca S.A., al negarle el carácter salarial y prestacional a los viáticos destinados a cubrir el **alojamiento**, no actuó con la convicción de hacerlo de buena fe.

Primero, por faltar al sentido común: es una ocurrencia reconocer en la convención colectiva de trabajo los viáticos de alojamiento, para luego desconocer su existencia e incidencia, justamente, cuando por acto propio la demandada así los determinó.

Segundo, por la ausencia del cumplimiento de las obligaciones de ley, como es posible que la demandada, **NUNCA** y me refiero a los más de 20 años que duro la relación laboral, procedió a incluir en el salario y muchos menos en las prestaciones sociales y la seguridad social, los viáticos que cubrían el **alojamiento**, simplemente desconoció la ley laboral a sabiendas de su incidencia salarial, y que así se lo había hecho saber expresamente, la propia Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado 34192 de 5 de febrero de 2009-.

Tercero, porque la demandada diseñó todo un sistema en el que siempre tuvo al margen al trabajador, a fin de que no conociera lo pagado por concepto de alojamiento y por ende este estuviera hasta donde fuera posible, imposibilitado para cuantificar lo que se le adeudaba por dicho concepto salarial.

Cuarto, porque existe obligación de Ley de especificar el valor pagado por viáticos, según el numeral segundo (2) del artículo 130 del C.S.T. y eso se omitió sin justificación alguna durante toda la vida laboral, por parte de la accionada.

Quinto, porque quedó evidenciado en el dictamen pericial que acompaña esta demanda, que no obstante la demandada pagaba el servicio de alojamiento según las tarifas que se comprometió con los hoteles en los contratos hoteleros proporcionados, nunca reconoció suma alguna al trabajador por ese concepto salarial.

N- Lo que se reclama para recomponer el procedimiento ilegal

Señoría, encontrará que esta situación se encuentra perfectamente probada y documentada, de manera que quedó en evidencia la mala fe en la que incurrió la demandada dentro del caso que se estudia, razón por la que es procedente acceder a todos las condenas solicitadas a fin de recomponer el procedimiento ilegal que acá se denuncia.

PRUEBAS:

Comedidamente solicito se tengan como pruebas las siguientes:

1.-DOCUMENTALES

1. Poder para actuar junto con certificación de envío a mi correo electrónico registrado en el registro nacional de abogados, que se podrá encontrar en el siguiente enlace <http://190.27.51.215:8080/share.cgi?ssid=0mxR1uJ>.
2. Copia del Derecho de Petición que se radicó el 22 de marzo de 2018, solicitando información a la demandada acerca de varios aspectos objeto de este litigio.
3. Copia de la respuesta que la demandada dio al Derecho de Petición anterior, en diferentes cartas, junto con los anexos que expidió incluidos los itinerarios o asignaciones de vuelo, la certificación de los salarios percibidos, los extremos de la relación laboral y la liquidación final de prestaciones sociales. Todo se podrá encontrar en el siguiente enlace <http://190.27.51.215:8080/share.cgi?ssid=0jsp7zj> al cual podrá acceder el Despacho y la contraparte, de forma ilimitada y segura, pues se trata de un servidor NAS de mi propiedad, el cual se utiliza para la descarga en forma ágil y constante de archivos almacenados. Esto en razón a que el peso de los documentos excede por mucho la capacidad que, demanda en línea, permite para los archivos adjuntos (el enlace puede ser abierto directamente si se tiene google chrome, o cortandolo y pegandolo en cualquier buscador).
4. Archivos de las convenciones colectivas de trabajo, suscritas entre la demandada y el sindicato ACAV, con su respectivo sello de depósito. Esta prueba será encontrada en los siguientes enlaces <http://190.27.51.215:8080/share.cgi?ssid=0YMs3Sb> (convención 2002) <http://190.27.51.215:8080/share.cgi?ssid=0GtWFO6> (convención 2003) <http://190.27.51.215:8080/share.cgi?ssid=07AtMYp> (convención 2005-2010), a los cuales podrá acceder el Despacho y la contraparte, de forma ilimitada y segura, pues se trata de un servidor NAS de mi propiedad, el cual se utiliza para

la descarga en forma ágil y constante de archivos almacenados. Esto en razón a que el peso de los documentos excede por mucho la capacidad que, demanda en línea, permite para los archivos adjuntos (el enlace puede ser abierto directamente si se tiene google chrome, o cortandolo y pegandolo en cualquier buscador).

5. Certificación expedida por la asociación colombiana de auxiliares de vuelo y demás trabajadores de industria del sector aéreo colombiano ACAV, donde se informá que la demandante perteneció a dicha asociación sindical, que se podrá encontrar en el siguiente enlace <http://190.27.51.215:8080/share.cgi?ssid=0dBDwgz> .
6. Copia del manual de auxiliares de vuelo, en lo referente al capítulo de “normas y políticas administrativas” ALOJAMIENTO que se podrá encontrar y descargar en el siguiente enlace <http://190.27.51.215:8080/share.cgi?ssid=09uDLV6> al cual podrá acceder el Juzgado y la contraparte, de forma ilimitada y segura, pues se trata de un servidor NAS de mi propiedad, el cual se utiliza para la descarga en forma ágil y constante de archivos almacenados. Esto en razón a que el peso de los documentos excede por mucho la capacidad que, demanda en línea, permite para los archivos adjuntos (el enlace puede ser abierto directamente si se tiene google chrome, o cortandolo y pegandolo en cualquier buscador)..
7. Copia de la carta de 17 de abril de 2002, con la que la demandada remite al Señor Juez Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, despues de practicada inspección judicial en las dependencias de la accionada, los contratos hoteleros sucritos por el comité de compras y contratos de la compañía, para los años 1995 a 1999, y con la cual se prueba que los contratos hoteleros si existen y están el poder de la demandada.
8. Oficios y archivos, con los que la demandada aporta los contratos hoteleros a Jueces Laborales, previa orden judicial dada por distintos Despachos Laborales dentro de procesos de esta misma naturaleza. Esta prueba será encontrada en el siguiente enlace <http://190.27.51.215:8080/share.cgi?ssid=0cpRxE4> al cual podrá acceder el Juzgado y la contraparte, de forma ilimitada y segura, pues se trata de un servidor NAS de mi propiedad, el cual se utiliza para la descarga en forma ágil y constante de archivos almacenados. Esto en razón a que el peso de los documentos excede por mucho la capacidad que, demanda en línea, permite para los archivos adjuntos (el enlace puede ser abierto directamente si se tiene google chrome, o cortandolo y pegandolo en cualquier buscador).
9. Cuadro de alojamiento y formas de pago, que podrá ser encontrado en el enlace <http://190.27.51.215:8080/share.cgi?ssid=0BQop9a> al cual podrá acceder el Juzgado y la contraparte, de forma ilimitada y segura, pues se trata de un servidor NAS de mi propiedad, el cual se utiliza para la descarga en forma ágil y constante de archivos almacenados. Esto en razón a que el peso de los documentos excede por mucho la capacidad que, demanda en línea, permite para los archivos adjuntos (el enlace puede ser abierto directamente si se tiene google chrome, o cortandolo y pegandolo en cualquier buscador).
10. Contratos hoteleros, con correspondiente traducción efectuada por interprete oficial. Esta prueba será encontrada en el siguiente enlace <http://190.27.51.215:8080/share.cgi?ssid=050p1o6>, al cual podrá acceder el

Despacho y la contraparte, de forma ilimitada y segura, pues se trata de un servidor NAS de mi propiedad, el cual se utiliza para la descarga en forma ágil y constante de archivos almacenados. Esto en razón a que el peso de los documentos excede por mucho la capacidad que, demanda en línea, permite para los archivos adjuntos (el enlace puede ser abierto directamente si se tiene google chrome, o cortandolo y pegandolo en cualquier buscador).

11. Reporte de semanas que le cotizó a la demandante la demandada para seguridad social en pensiones, expedido por COLPENSIONES y que podrá encontrarse en el siguiente enlace <http://190.27.51.215:8080/share.cgi?ssid=00npgn9>.
12. Copia de algunas planillas de alojamiento con diferentes hoteles, que por su volumen de peso, podrán ser encontradas en el siguiente enlace <http://190.27.51.215:8080/share.cgi?ssid=0t2Axn5> al cual podrá acceder el Despacho y la contraparte, de forma ilimitada y segura, pues se trata de un servidor NAS de mi propiedad, el cual se utiliza para la descarga en forma ágil y constante de archivos almacenados. Esto en razón a que el peso de los documentos excede por mucho la capacidad que, demanda en línea, permite para los archivos adjuntos (el enlace puede ser abierto directamente si se tiene google chrome, o cortandolo y pegandolo en cualquier buscador).
13. Copia de la resolución de pensión que emitió a favor de la demandante Colpensiones.
14. Certificados de existencia y representación de las demandadas, en el caso de la demandada AVIANCA SA se encuentra en el siguiente enlace <http://190.27.51.215:8080/share.cgi?ssid=0MJU36v> y para Colpensiones en el enlace <http://190.27.51.215:8080/share.cgi?ssid=0yy5mz1>.
15. Copia agotamiento de la reclamación administrativa presentada ante Colpensiones y que se podrá encontrar en el siguiente enlace <http://190.27.51.215:8080/share.cgi?ssid=0WFq3Qx>
16. Copia envío electrónico de fecha 10 de agosto 2020 que prueba que la demanda y sus anexos fue puesta en conocimiento de las demandadas, según lo indica el artículo 6 de decreto 806 de 2020, a sus direcciones de correo electrónico de notificaciones judiciales, que se podrá encontrar en el siguiente enlace <http://190.27.51.215:8080/share.cgi?ssid=04albRi>.
17. Certificación emitida por la demandada AVIANCA S.A., de fecha 23 de marzo de 2021, en la que le informa al Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, la manera en se deben entender los intervalos de la contratación hotelera, según los contratos aportados a esta demanda. Esta prueba será encontrada en el siguiente enlace <http://190.27.51.215:8080/share.cgi?ssid=0jwcsND>

2.- DICTAMEN PERICIAL APORTADO CON LA DEMANDA:

Conforme las facultades que otorga el artículo 226 y 227 de la ley 1564 de 2012, con esta demanda se aporta el dictamen pericial que realizó profesional, inscrito en la lista de auxiliares de la justicia, con el propósito de cuantificar en pesos colombianos, las

sumas adeudadas por la demandada, por el concepto salarial de viáticos destinados a cubrir el alojamiento.

Junto con el dictamen pericial, se aporta todo el material con el cual se fundamentó el estudio, aclarando que los cd's que contienen los contratos hoteleros, no son adjuntados al trabajo, pues son aportados en las pruebas documentales, así como todos los elementos tenidos en cuenta en el trabajo pericial, por lo que por economía procesal, es innecesario hacerlo dos veces.

Este peritaje se aporta como sustento de las pretensiones y para que su Señoría le asigne el valor que en derecho corresponda.

El dictamen pericial, se podrá encontrar en el siguiente enlace <http://190.27.51.215:8080/share.cgi?ssid=0h23ewa> al cual podrá acceder el Despacho y la contraparte, de forma ilimitada y segura, pues se trata de un servidor NAS de mi propiedad, el cual se utiliza para la descarga en forma ágil y constante de archivos almacenados.

El profesional que realizó el dictamen, Señor Cesar Augusto Ortiz Perdomo, podrá ser notificado al correo electrónico: calculo.liquidacion.judicial@gmail.com

3.- PRUEBAS QUE SE SOLICITAN SE APORTEN CON LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

En ejercicio de la facultad contenida en el artículo 31 del decreto ley 2158 de 1948, modificado por la ley 712 de 2001, solicito que con la contestación de la demanda, se le indique a la demandada AVIANCA S.A., que debe aportar con destino a este proceso, todos los contratos hoteleros que haya suscrito el comité de compras y contratos, la vicepresidencia de operaciones o quien haga sus veces en la compañía, para los años 2003 a 2013, con el fin de proveer el alojamiento de sus trabajadores en las ciudades de Nueva York, Miami, Madrid, México D.F, Sao Pablo, Rio de Janeiro, Los Ángeles, Lima, Londres, Buenos Aires, Washington, Guayaquil, Quito, Santiago de Chile, Barcelona, Caracas, y la Paz, o certifique para las mismas fechas, los destinos donde la demandante debió pernoctar con ocasión del servicio, los hoteles en que se alojó y el valor de los costos asumidos por la empresa, con cargo a los alojamientos de la demandante.

Lo anterior, en razón a que la información se encuentran en poder de la demandada, y como se anunció en este escrito, esta no fue entregada por ninguna vía a la trabajadora.

Los documentos solicitados, son de vital importancia para calcular los viáticos destinados a cubrir el **alojamiento, y el deficit pensional** que se adeuda a la demandante, y que resulta piedra angular de este conflicto.

4.- PRUEBAS QUE SE SOLICITAN SE DISTRIBUYAN POR CARGA DE LA PRUEBA.

Si la demandada no aporta, con la contestación de la demanda, todos los contratos hoteleros que haya suscrito el comité de compras y contratos, la vicepresidencia de operaciones o quien haga sus veces en la compañía, para los años 2003 a 2013, con el fin de proveer el alojamiento de sus trabajadores en las ciudades de Nueva York, Miami, Madrid, México D.F, Sao Pablo, Rio de Janeiro, Los Ángeles, Lima, Londres, Buenos Aires, Washington, Guayaquil, Quito, Santiago de Chile, Barcelona, Caracas, y la Paz, o certifique para las mismas fechas, los destinos donde la demandante debió pernoctar con

ocasión del servicio, los hoteles en que se alojó y el valor de los costos asumidos por la empresa, con cargo a los alojamientos de la demandante.

Solicito muy respetuosamente a su Señoría, se sirva en distribución de la carga probatoria, decretar lo anterior, esto es, ordenar a la demandada a que aporte a este proceso:

“todos los contratos hoteleros que haya suscrito el comité de compras y contratos, la vicepresidencia de operaciones o quien haga sus veces en la compañía, para los años 2003 a 2013, con el fin de proveer el alojamiento de sus trabajadores en las ciudades de Nueva York, Miami, Madrid, México D.F, Sao Pablo, Rio de Janeiro, Los Ángeles, Lima, Londres, Buenos Aires, Washington, Guayaquil, Quito, Santiago de Chile, Barcelona, Caracas, y la Paz, o certifique para las mismas fechas, los destinos donde la demandante debió pernoctar con ocasión del servicio, los hoteles en que se alojó y el valor de los costos asumidos por la empresa, con cargo a los alojamientos de la demandante y si el despacho lo considera pertinente, transformando los valores a pesos colombianos, para los momentos respectivos de pago según la tasa de cambio representativa del mercado, la cual por constituir un hecho notorio no requiere de prueba según el artículo 180 C.G.P.², y puede facilitar la labor del despacho”.

Lo anterior, en los en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso, y en razón a que los demandantes no tienen, ni han tenido acceso, por ningún medio, incluso jurídico, a los documentos que contienen el valor pactado entre Avianca S.A. y los Hoteles, como tampoco han tenido en sus manos los contratos hoteleros, pues estos están en poder de la demandada, quien no los exhibe por ninguna razón a sus empleados.

Igualmente, invoco como potísimas razones para decretar lo pedido, las expuestas en el capítulo “L- Distribución de la carga de la prueba” de esta demanda, donde se informa que la documental existe y solo es aportada por la demandada previa orden judicial.

Con todo, es claro, justo y procedente, decretar una distribución probatoria equitativa, tal y como la acá solicitada, máxime que independiente de la labor titánica que ha hecho la demandante, para probar lo que se le dejó de pagar, es vital recordar que es a la demandada a quien le correspondía, según el numeral 2 del artículo 130 del CST, **especificar el valor** de los conceptos de viáticos por manutención y alojamiento⁴ y no lo hizo, de manera que se debe ordenar lo propio, a fin de esclarecer los hechos, llegar a la verdad y dar un real equilibrio a las partes, conforme lo señala el artículo 4 del C.G.P., el cual brinda poderes al Juez para ese propósito.

5.- INSPECCIÓN JUDICIAL.

En el evento en que la demandada no aporte con la contestación de la demanda las pruebas pedidas, comedidamente solicito si se considera pertinente, se decrete una inspección judicial a la sede de la demandada, o en el sitio que se señale en el momento de la diligencia, a fin de que se exiva toda la documental existente con relación a los contratos hoteleros que haya suscrito el comité de compras y contratos, la vicepresidencia de operaciones, o quien haga sus veces en la compañía, para los años 2003 a 2013, con el fin de proveer el alojamiento de sus trabajadores en el exterior, o se exiva por el

² Corte Suprema de Justicia Radicado 43278 M.P. Rigoberto Echeverri Bueno: “debe subrayarse que se hará teniendo en cuenta la tasa de cambio representativa del mercado a la fecha del pago, según la consulta realizada en la página web del Banco de la República, la cual, por constituir un hecho notorio no requiere de prueba, según lo previsto en artículo 180 del C.G.P., aplicable a los juicios del trabajo y de la seguridad social en virtud del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S.”.

departamento contable o el que haga sus veces, los valores que canceló a favor de la actora por concepto de servicio de **alojamiento**, en los diferentes hoteles en los que debió pernoctar la demandante con ocasión del servicio profesional que le prestaba a la demandada, en esos periodos.

Sería procedente decretar la inspección judicial, ya que de tiempo atrás, ha sido posición de la demandada negar la existencia de los contratos, facturas o recibos de pago por servicio de alojamiento de sus tripulantes, bien sea que se soliciten por los trabajadores de manera directa, mediante derecho de petición o con la contestación de la demanda ordinaria.

Lo anterior, por constituir la maniobra de defensa, que más le produce efecto a la compañía, pues por tener ella en su poder el material probatorio que esclarece este tipo de situaciones, se niega a proporcionarlo incluso rechazando su existencia hasta tanto no intervienen los Jueces Laborales, y le obligan a entregar los contratos hoteleros, como ocurrió en los expedientes números 11001310500520140066000 y 1100131050005201464300, tramitados actualmente en el H. Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá, o incluso dentro del expediente que constituye el antecedente más relevante en este asunto, es decir, dentro del proceso 0122 de 1999, donde se emitió la sentencia de casación **radicado No., 34192 de 5 de febrero de 2009**, que condenó por estos hechos a la demandada.

En ese proceso su Señoría (el 0122 de 1999), debió el H. Juez Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, decretar y practicar una inspección judicial en las dependencias de la compañía, con el propósito de constatar la existencia de los contratos hoteleros.

El resultado de dicha inspección judicial, decretada ante la renuencia de la compañía en aportar la información al proceso, reveló que existe un comité de compras y contratos que se encarga de suscribir los contratos de alojamiento, en donde, entre otras cosas, se establecen las tarifas por habitación y el sistema de facturación; al respecto en carta de abril 17 de 2002, que se aporta como prueba, la demandada informó a ese despacho judicial lo siguiente:

“Atentamente y de acuerdo a lo por ustedes solicita en Tercera Audiencia llevada a cabo el pasado 22 de marzo de 2002 en nuestras dependencias, estamos remitiendo copias simples del listado de los hoteles aprobado por el comité de compras y contratos de los años 1995 a 1999 y que se relacionan a continuación”.

Lo anterior, es una muestra más de que la documentación está en poder de la demandada y en sus dependencias.

Me reservo el derecho de ampliar el cuestionario sobre los puntos de inspección al momento de realizar dicha prueba.

6.- TESTIMONIOS.

Solicito respetuosamente al despacho, constituirse en audiencia pública, fijando fecha y hora previamente, para que los siguientes testigos absuelvan las preguntas que en forma verbal me permitiré formular, con el fin de que declaren sobre lo que les consta frente a la manera en que se prestaba el servicio alojamiento por parte de la demandada, las reglas de uso del servicio hotelero, y en general como se desarrollaba

la labor cuando se debía pernoctar en el extranjero y como se remuneraba por parte de la accionada.

El Señor Jaime Sabogal quien se identifica con la cédula de ciudadanía 79.140.890, con dirección de notificación en la carrera 4 este No., 27-01, de Chía, teléfono: 3118538544, correo electrónico jimmysabogal@hotmail.com.

La Señora Rosa Janeth Hernández Romero quien se identifica con la cédula de ciudadanía 51.612.269 con dirección de notificación en la carrera 20A No. 172-30 apto. 202 interior 13, de la ciudad de Bogotá, teléfono: 310 485 7596, correo electrónico entonces.q@hotmail.com

La Señora Janeth Gamarra Rueda quien se identifica con la cédula de ciudadanía 35.469.468 con dirección de notificación en la calle 13 No. 153-81 apto. 101 interior 5, de la ciudad de Bogotá, teléfono: 302 388 2189, correo electrónico jagaru21@hotmail.com.

El Señor José Miguel Alvarado identificado con cédula de ciudadanía 17.580.174 con dirección de notificación calle 120 No.11b -78 apto 102, teléfono 3153552756, correo electrónico jmalvara1389@gmail.com.

El Señor Federico Guillermo Londoño Morelly, quien se identifica con la cédula de ciudadanía 79.148.159 con dirección de notificación en la calle 175 No. 80-15 casa 3, de la ciudad de Bogotá, teléfono: 310 485 0255, correo electrónico fedelon@hotmail.com.

7.- INTERROGATORIO DE PARTE.

Solicito al Señor Juez, se sirva fijar fecha y hora de audiencia en la que se escuche a la representante legal judicial de la demandada, la Señora IRMA YANETH PINZON GUIZA o quien haga sus veces, en interrogatorio de parte que oralmente formularé.

COMPETENCIA:

Es Usted competente para conocer de este negocio, por haber prestado el demandante el servicio en la ciudad de Bogotá y encontrarse domiciliado en la ciudad de Bogotá.

PROCESO QUE SE DEBE SEGUIR:

Se debe seguir el proceso ordinario laboral de primera instancia que se señala en el artículo 74 y subsiguientes del C.P.L.

CUANTÍA

Estimo la cuantía en suma superior a los 120 salarios mínimos mensuales.

ANEXOS

Acompaño a esta demanda las documentales anunciadas en el acápite de pruebas y copias de la demanda para el traslado a la demandada y otra más para el archivo del juzgado.

NOTIFICACIONES:

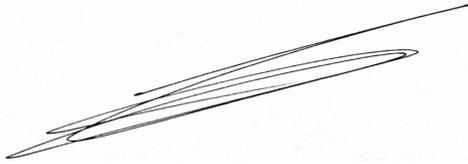
La Señora demandante se notificará en la Carrera 68b No, 78 -29 interior 4 apartamento 503 de la ciudad de Bogotá, correo electrónico ruquitago@yahoo.com.

La demandada, AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. "AVIANCA S.A.", se le podrá notificar en su dirección de notificación judicial (según último certificado de Cámara de Comercio) en la calle 77 b no., 57 -103 piso 21 EDIFICIO GREEN TOWERS de la ciudad de Barranquilla, correo electrónico notificaciones@avianca.com.

Colpensiones podrá ser notificada en la carrera 10 No., 72 -33 torre b piso 11 de la ciudad de Bogotá, correo electrónico notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

El suscrito abogado se notificará en la Avda. 19 No 125-65 Of. 103 de la ciudad de Bogotá, teléfono 2145113, correo electrónico camilog22@hotmail.com

Del Señor Juez,
Cordialmente,



CAMILO ALBERTO GARZÓN GORDILLO

C.C. No 80.198.882 de Bogotá

T.P. No 155.450 del C.S. de la J.