



TRIBUNALES DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
BOGOTÁ - CUNDINAMARCA

TRIBUNAL DE BOGOTÁ
BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
31 DE ENERO DE 2018

**CONCURRENCIA DE CAUSAS EN ACCIDENTE DE TRANSITO –ACTIVIDAD PELIGROSA –
LUCRO CESANTE Y PERJUICIOS MORALES
EXCLUSIONES EN LA PÓLIZA DE SEGUROS.**

Pág. 3 – 5

**COMPETENCIA DESLEAL EN MATERIA DE RETRANSMISIÓN DE SEÑAL DE TELEVISIÓN Y SU
INCIDENCIA EN LOS DERECHOS CONEXOS Y DE AUTOR**

Pág. 5 - 8

SALA LABORAL

**NO ES VÁLIDO EL PACTO DE EXCLUSIÓN SALARIAL QUE VERSE SOBRE PAGOS QUE
TENGAN DE FORMA CIERTA E INDISCTUBILE LAS CARATERIASTICAS QUE LA LEY ASIGNA
AL SALARIO.**

Pág. 9 - 11

**EL ERROR DE DERECHO NO VICIA EL CONSENTIMIENTO EN EL ACTO JURÍDICO MEDIANTE
EL CUAL EL AFILIADO AL SISTEMA DE PENSIONES DECIDE EL TRASLADO DEL RÉGIMEN
DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (RPM) AL RÉGIMEN DE AHORRO
INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS).**

Pág. 11 -12

LA MORA PATRONAL NO PUEDE SER TRASLADADA AL TRABAJADOR PARA NEGAR EL DERECHO DE PENSIÓN POR PARTE DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES

Pág. 13 - 14

CONTRATO REALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO.

Pág. 14 – 15

CALIFICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN O PARO COLECTIVO DE TRABAJO SEGUIDO POR AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A “AVIANCA” CONTRA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES “ACDAC”

Pág. 15 – 16

El contenido de este boletín es de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias

SALA CIVIL

CONCURRENCIA DE CAUSAS EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO –ACTIVIDAD PELIGROSA –

LUCRO CESANTE Y PERJUICIOS MORALES

EXCLUSIONES EN LA PÓLIZA DE SEGUROS.

M.P DRA. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

RADICADO: [2014-00135](#)

ASPECTO FÁCTICO

Corresponde resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada – Juan David Forero- contra la sentencia proferida en audiencia llevada a cabo el 20 de octubre de 2016 por el Juzgado 49 Civil del Circuito de Bogotá D.C., mediante la que se declaró civilmente responsable al demandado -apelante- por la muerte del señor Ángel Urías Acosta, y lo condenó, bajo la concurrencia de culpas, al pago -exclusivamente- de los daños morales pretendidos.

PROBLEMAS JURÍDICOS:

Compete a la Sala de decisión determinar si, para el presente caso, la proporción en que se valoró la concurrencia de culpas entre los extremos procesales se compadece con los supuestos fácticos y probatorios del caso o, si contrario a ello, ésta se halla ausente por recaer en exclusividad –la culpa- sobre la víctima; desarrollado dicho aspecto y si hay lugar a ello, adentrarse al estudio de viabilidad en lo referente al lucro cesante que se denegó al demandante recurrente, para así, por último -de ser necesario-, establecer si a la compañía de seguro le es excluido el pago de cualquier grado de indemnización en favor del demandante por el actuar culposo del conductor de vehículo objeto de amparo.

ANÁLISIS DE LA SALA

Entonces, para abrir paso a los tópicos en que se estructuran los argumentos impugnativos, se habrá de comenzar por decir que la dinámica de la actividad en la que se desarrollaron los supuestos que invocan la acción de reparación, se adentra en aquellas que han sido denominadas como actividades peligrosas, en las que se rompe la carga demostrativa

del perjudicado y, dada la naturaleza del acto, como lo es la manipulación y conducción de automotores, se adopta una regla especial, en la que, con base en la presunción de culpa de quien ejecutaba el acto generador del riesgo, se exime de ejercicio persuasivo al damnificado, en lo relativo a la probanza del actuar negligente e imprudente de quien con su proceder generó el riesgo del que se imputa el desagravio.

Por lo que el ejercicio del *onus probandi* para la víctima se limitará al daño y a la relación de causalidad de éste con el primero y el actuar del convocado a juicio y, a su vez, dicha presunción se destruirá desdibujando el nexo causal mediante la causa extraña, esto es, con la demostración que el daño fue causado por un hecho ajeno a la voluntad del agente generador del mismo, ya sea, mediante un caso fortuito, fuerza mayor, o la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, siendo para el caso del damnificado, que la conducta por este desplegada sea irresistible e imprevisible .

De otro lado, puede ocurrir también que el actuar imprudente de la víctima aporte o contribuya a la producción del daño censurado, empero de forma parcial, pues de ser total se hablaría de una ruptura de causalidad y, de allí, una exoneración en los cargos de responsabilidad del demandado; lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2357 del C.C. que dispone la reducción del monto de la indemnización en dichos casos.

Así, conclusivo resulta que, al margen de que el demandado apelante reproche la conducta del occiso, lo verídico es que la víctima fatal del accidente, no fue quien de forma única generó o incidió en la producción o desarrollo del daño, pues, es verificable que el conductor se expuso al riesgo de ejecutar un acto, para su caso, prohibido y, de otro lado, porque el actuar del señor Acosta no resultó

imprevisible e irresistible para quien maniobraba el vehículo para así, acreditar la causa extraña, ello, en tanto que en la zona fue informada la presencia de ciudadanos, la curva presentada en la vía, involucraba ejercer una agudeza sensitiva del conductor ante la apertura de un nuevo panorama visual oculto por la geografía de la zona y, además, porque la indumentaria del fallecido permitía -en horario nocturno- advertir su presencia en la vía, al llevar consigo pantalón con cintas reflectivas hacia los lados (f. 394 Cd. 3).

Ahora, el mismo análisis sirve para desarrollar la valoración porcentual de la causalidad acumulativa o concurrente que definió el juzgador de primer grado en un 70% para la víctima y el restante 30% para el conductor demandado y que fue objeto de impugnación por ambas partes.

Así pues, pacífico resulta para esta Sala que la víctima del siniestro intervino directamente en la consumación del resultado, cuando expuso y arriesgó su vida al caminar de forma intrépida a altas horas de la noche en un tramo de una vía nacional sin iluminación artificial y, en un alto grado de embriaguez (250 ml de etanol/100 ml de sangre) cruzar la avenida sin prevenir el paso de automotores, comportamiento que acrecienta su participación en la causación del daño.

No existe prueba de un exceso en la velocidad del vehículo MAZ-373, pues más allá de la afirmación de quien acompañaba al occiso al momento de su muerte, al manifestar un recorrido, por parte del hoy demandado, superior a los niveles permitidos, lo cierto es que él mismo manifestó que con el señor Acosta, habían departido las últimas 5 horas ingiriendo bebidas alcohólicas, por tanto su apreciación sensorial de la dinámica del movimiento no tiene el grado de persuasión para colegir algún otro factor que maximizara el riesgo de la conducción.

Entonces la valoración del juzgador de primer grado no luce desacertada ni carente de sustento probatorio, pues goza de un grado de discrecionalidad con sustento en el sabio criterio judicial, como a su vez, en la apreciación de las reglas de la experiencia. Ahora, si bien no puede

concluirse una causalidad eficiente en la generación del accidente, lo cierto es que la víctima aumentó el riesgo de perder su vida cuando en las condiciones de aminoramiento sensorial por la afectación del alcohol, atravesó una vía nacional sin prever el paso de rodantes.

Ahora, más allá de la argumentación del demandante recurrente en que la compensación, sobrelleva una correlatividad de causas y, por tanto, esta debió fijarse en un 50% a cada uno de los litigantes, no existe otra fuente para restarle valor a la apreciación que en primera instancia se dio; explicación que carece de sustento pues la causalidad acumulativa no implica una inescindible igualdad de coparticipación, sino un aporte relativo a la ocurrencia del daño, el que puede variar de acuerdo al hecho o acopio de motivos fácticos que generaron la producción del acto dañoso, razón por la que se confirmará el porcentaje, aclarando que no se trata de culpas sino de causas.

Tasación del daño

Para desarrollar dicho tópico, se comenzará por el reparo del extremo demandante en lo tocante al lucro cesante que fue denegado ante la ausencia de medio persuasivo respecto de la dependencia económica de la cónyuge para con el occiso, en tanto, a juicio del apelante, dicha conclusión –sujeción financiera- se presume por la relación de familiaridad, en un monto equivalente al 50% de los ingresos del fallecido por tratarse de su esposa.

Es por ello, que a la luz del artículo 167 del C.G.P., correspondía a la parte actora, valiéndose de cualquiera de los medios de convicción legales, la demostración de que el occiso le proveía de forma continua el ingreso reclamado -50% de su salario mensual-, pues el simple vínculo familiar dado por la relación conyugal existente, no permite, no hace presumir –como lo alude el apelante- el aludido grado de dependencia económica. Sin embargo, ella anduvo por otra senda y supeditándose únicamente en su afirmación, no realizó esfuerzo alguno para respaldar su aspiración en cuanto a perjuicios materiales se trata.

Desatado dicho asunto, se estudiará el reparo referente a los perjuicios morales que acusó el demandado apelante.

El daño extrapatrimonial a título de perjuicio moral, tiene su fundamento en el golpe emocional producto del desaparecimiento intempestivo de las víctimas y, en consecuencia su futura ausencia, menoscabo que se ciñe en el deceso de la persona y las consecuencias emocionales y afectivas que representa para quienes reclaman su inesperado fallecimiento.

Jurisprudencialmente se ha decantado respecto a la tasación de los perjuicios de orden moral que se ligan, entre otros aspectos, a los vínculos de consanguinidad entre la víctima del siniestro y quienes reclaman, pues ese carácter –familiaridad– les legitima para solicitarlos, entonces ha de entenderse que, dados lazos de fraternidad, cercanía, apoyo y solidaridad que se predicán del círculo familiar próximo, el desaparecimiento repentino de uno de sus miembros genere ineludiblemente en un daño irreparable desde el punto de vista humano, producto de la aflicción, consternación y dolor causado con causa a las cesación de los sentimientos de apoyo afectivo que, de por vida, dejarán de recibir.

Ello permite concluir que el hecho de no concurrir bajo el mismo techo –la víctima y los demandantes – no resta o desaparece las relaciones de familia, máxime cuando en el presente asunto, por demostrado se tuvo que el señor Ángel Acosta residía en el Municipio de Cáqueza por aspectos laborales, pues allí se ejecutaba la obra en la que trabajaba, más no, porque respecto de los hoy reclamantes y éste no concurren vínculos de familia.

Exclusiones en las pólizas de seguro.

Entonces por tratarse las anteriores disposiciones - «exclusiones en las pólizas de seguro»-, dada su naturaleza pública, son de forzosa apreciación y aplicación, por ende, su inobservancia torna los pactos que se hagan en contrario como ineficaces, esto es, que no producen ningún efecto en el tráfico jurídico, conforme ellas mismas lo disponen.

Así las cosas, se observa de la póliza No. 021047863 (f. 270-295 Cd.1), que la exclusión que sirvió de fundamento para exonerar de responsabilidad a la compañía, esto es, que se condujera el vehículo sin la licencia legal para ello, o se encontrara en estado de suspensión, no se relacionó en la carátula o primera hoja de la póliza, razón que la torna ineficaz como todas aquellas exclusiones que no satisfagan dicho requerimiento.

En lo tocante a la nominada « Inexistencia de la obligación» con base en que el seguro de responsabilidad civil impone a la compañía únicamente la obligación de indemnizar los perjuicios materiales y, no, los de orden moral de conformidad con dispuesto en el artículo 1127 del C. Co., esta se desestimará.

Dicha dicotomía entre en daño causado y el sufrido es el que permite clarificar que en la modalidad de seguro bajo estudio, no está vedada la cobertura del pago que el agente generador deba hacer por los perjuicios morales sufridos en cabeza la víctima, porque dicha condena – lesión inmaterial- se ve reflejada en la tasación que de la misma se haga, la que a su vez, se representa en el pago que el asegurado deba efectuar, es decir, lo que realmente cubre no son la naturaleza de los daños recibidos por las víctimas sino, la estimación económica de ese daño que deba pagar el asegurado, así se definió en reciente pronunciamiento por parte de la H. Corte Suprema de Justicia (...)

M.P DR. JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

RADICADO: 2014-16592

ASPECTO FÁCTICO

CARACOL TELEVISIÓN S.A. y RCN TELEVISIÓN S.A., mediante apoderado judicial convocaron en demanda a TELMEX COLOMBIA S.A., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., DIRECTV COLOMBIA S.A. y EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A., pretendiendo se declare que éstas incurrieron en actos de competencia desleal por violación de normas prevista en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996, en consecuencia, se ordene a las demandadas abstenerse de retransmitir a través del servicio de televisión por suscripción del que son responsables, la emisión de la señal de los canales CARACOL y RCN, sin contar para ello, en cada caso, con la autorización previa y escrita de las demandantes (fls. 115 y 116 c.1).

Posteriormente mediante reforma de la demanda, adicionó las pretensiones solicitando: i) que se declare que las demandadas han incurrido y continúan incurriendo en actos de competencia desleal por violación de normas, “al no haber provisto a todos sus suscriptores un selector conmutable a la entrada del receptor de cada usuario con el fin de que se pueda conectar directamente a la antena de recepción de los canales de televisión terrestre radiodifundida, tal como lo ordena el Anexo Técnico del Acuerdo 10 de 2006 de la Comisión Nacional de Televisión (ANTV)” y, como consecuencia de esa declaración, se prohíba a las enjuiciadas “continuar incurriendo en los actos de competencia desleal señalados en la pretensión anterior”; ii) Que se declare que las demandadas sin estar legal ni contractualmente facultadas han cobrado a sus suscriptores por la recepción de la señal HD de los canales CARACOL y RCN, “incurriendo en actos de competencia desleal de engaño, explotación de la reputación ajena y violación de normas”, iii) se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas. (fls. 11 a 14 c. 11).

Por su parte, TELMEX COLOMBIA S.A., propuso los siguientes medios exceptivos: “PRESCRIPCIÓN”, “AUSENCIA DE PREPARACIÓN PARA COMPETIR EN VIOLACIÓN DE LA LEY”, “ATIPICIDAD DEL ARTÍCULO 18 DE LA LEY 256 DE 1996”, “LA INTERPRETACIÓN DE LOS CANALES IMPLICA UNA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE LOS CANALES Y UNA ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE LOS OPERADORES” y “EXCEPCIÓN ECUMÉNICA” (fls. 30 a 42 c. 6).

En cuaderno separado, presentó demanda de reconvencción, pretendiendo en síntesis que se “prohíba a los Canales o el de ellos que corresponda, continúen realizando las conductas desleales de violación de la clientela y violación de normas prohibidas en los artículos 8 y 18 de la Ley 256 de 1996, y la prohibición general contenida en el artículo 7° de la misma ley (sic)”, además, que se ordene a los Canales Caracol y RCN, se “abstengan de exigir autorización expresa para la retransmisión de la señal de su canal en la parrilla de los servicios de televisión por suscripción de que es responsable Telmex”, asimismo “se abstengan de exigir cualquier pago como contraprestación de la señal de su canal en la parrilla de los servicios de televisión por suscripción de que es responsable Telmex” (fls. 137 a 151 y 214 a 230 c. 9).

PROBLEMA JURÍDICO:

[E]s evidente que el asunto central de esta controversia es la de determinar si los canales de televisión abierta, en este caso CARACOL y RCN TELEVISIÓN tienen respaldo legal para exigir una contraprestación económica a los operadores de televisión por suscripción al momento de autorizar la retransmisión de su señal tanto análoga como en alta definición HD?, pues como se dijo anteriormente, tanto la ley nacional como la supranacional, en principio, los faculta para impedir que un tercero retransmita su señal sin su autorización.

MARCO TEÓRICO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

El artículo 333 de la Carta Política preceptúa “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones...”.

Esta disposición garantiza el libre ejercicio de la actividad económica y de la iniciativa privada, junto con la facultad de los asociados de desarrollarse económicamente a través de la empresa, propenden al progreso individual y social, pero dentro de los límites que señalen las normas que para el caso expida el legislador; fue por ello que el constituyente señaló que: “La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”, y esas responsabilidades se refieren al cumplimiento de determinadas reglas que sobre el ejercicio de la actividad económica ha expedido el legislador, es por ello, que el particular al ejercer el comercio tiene que adecuar su conducta al marco normativo que lo orienta, lo controla y lo verifica, con el fin de que no cause daño a los demás particulares, deterioro al medio ambiente, o lo reduzca a las más mínimas consecuencias y dentro de los niveles permitidos; así que la libertad económica y empresarial no es absoluta sino restringida en cierto grado, porque quien la ejerza debe someterse a determinados límites, debe desarrollarse dentro de ciertos parámetros o talanqueras que el legislador ha impuesto, facultado por la misma Constitución Política, al indicar en ese postulado “que supone responsabilidades”; la misma Carta previó que en esta actividad aunque exista plena libertad, debía regular determinadas conductas o comportamientos no acordes con el progreso particular y social.

3.- La competencia desleal como su nombre lo señala y como emerge de los hechos y actos enumerados en los artículos 7º a 19 de la Ley 256 de enero 15 de 1996, no se presenta por la sola circunstancia de que un comerciante explote una línea de bienes o servicios igual o parecida al ramo en que otro ha acreditado un producto determinado o ganado una clientela. La libertad de industria y

comercio, hace lícito que un comerciante pueda rivalizar con un producto igual o similar al que ya se produce en el comercio y que honestamente pueda ganar la clientela de otro, utilizando medios aceptados por la costumbre comercial y la ética mercantil, como mejorando la calidad del producto o abaratando los precios. No es, pues, acto vedado el buscar por medios honestos el atraer a la clientela.

La simple competencia, la emulación de los comerciantes en las distintas áreas del mercado, sólo se torna desleal, cuando el competidor arrebatara la clientela que ha ganado otro comerciante apelando a procedimientos legalmente vedados o reprochables, mediante maniobras o engaños, como son, entre otros, el introducir confusión con el competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios, desacreditar a la persona, los establecimientos o los productos, desorganizar internamente la empresa, obtener sus secretos, desviar la clientela por medios innobles, desorganizar en forma general el mercado, privar al competidor de sus técnicos o empleados de confianza aunque no se produzca la desorganización ni se obtenga sus secretos.

ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN LA COMPETENCIA DESLEAL

Calidad de comerciante

8.- Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles (artículo 10 del Código de Comercio), y se consideran mercantiles todos los actos señalados en el artículo 20 ibídem, amén de que algunos hechos hacen presumir la calidad de comerciante, tales como hallarse inscrito en el registro mercantil, tener establecimiento de comercio abierto y anunciarse al público como tal (artículo 13).

Condición de competidores o competitividad

9.- La competencia es un asunto de hecho, que varía constantemente, dependiendo de factores diversos que inclusive pudieran ser ajenos a la voluntad humana. Esta ocurre cuando dos comerciantes se disputan un espacio común de negocio o cuando están dedicados a ramos semejantes aunque las actividades sean distintas; el

caso más corriente se presenta entre productores o comercializadores de productos afines, pero podría darse también entre el fabricante y el comercializador de un mismo producto o de uno similar, o entre el inversionista y el vendedor.

Actos o conductas alegados como de competencia desleal

Por leal se entiende lo que es verídico, fidedigno, fiel en el trato o en el desempeño de un oficio o cargo; en la dinámica de las actividades económicas significa ser honorable y honrado frente a los competidores y los consumidores; lealtad es un concepto ético que implica el cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad, del honor y de la hombría de bien; mientras que desleal es lo contrario de todos esos principios; la deslealtad económica se presenta cuando el acto sea contrario a las normas de corrección que deben regir en el tráfico económico.

19.- Bajo la anterior perspectiva, es evidente que el asunto central de esta controversia es la de determinar si los canales de televisión abierta, en este caso CARACOL y RCN TELEVISIÓN tienen respaldo legal para exigir una contraprestación económica a los operadores de televisión por suscripción al momento de autorizar la retransmisión de su señal tanto análoga como en alta definición HD?, pues como se dijo anteriormente, tanto la ley nacional como la supranacional, en principio, los faculta para impedir que un tercero retransmita su señal sin su autorización.

Para resolver el anterior interrogante, se hace necesario acudir a las previsiones de la Ley 182 de 1995, que en su artículo primero establece que “la televisión es un **servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado**, cuya prestación corresponde, **mediante concesión**, a las entidades públicas a que se refiere esta ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política” y añade, que “es un servicio de telecomunicaciones que ofrece programación dirigida al público en general o a una parte de él, a través de la emisión, transmisión, difusión, distribución, radiación y recepción de señales de audio y video en forma simultánea (...) **vinculada intrínsecamente a la opinión pública y a la cultura del país, como instrumento dinamizador**

de los procesos de información y comunicación audiovisuales” (Énfasis de la Sala).

Ahora bien, como quiera que en Colombia la ley le impuso a los operadores de televisión por suscripción la obligación de garantizar a sus suscriptores la recepción, sin costo alguno de los canales de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal que se sintonicen en VHF, UHF o vía satelital, lo que se conoce como el Must Carry o deber de entregar, es necesario hacer un breve recuento sobre esta figura jurídica.

En relación al Must Carry en Colombia, refiere:

«**“Must-carry” o “deber de entregar”** es la obligación a cargo de los operadores de televisión cerrada (Cable, DTH, FTTH, etc) de transmitir las señales de la televisión abierta por medio de sus redes y **“must-offer” o “deber ofrecer”**, es la **obligación que tienen los operadores de TV abierta de permitir que sus señales sean retransmitidas a través de los sistemas de televisión por suscripción**»¹.

Volviendo al caso que suscita la atención de la Sala, se recuerda que en Colombia el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, obliga a los operadores de televisión por suscripción a garantizar la señal de televisión abierta a sus suscriptores, es decir, les impone **el deber de entregar “Must Carry”**, que es la obligación a cargo de los operadores de televisión cerrada de transmitir las señales de la televisión abierta por medio de sus redes, y a su vez, le impone a las radiodifusoras el **deber de ofrecer “Must Offer”**, que es la obligación que tienen los concesionarios de televisión abierta de permitir que sus señales sean retransmitidas a través de los sistemas de televisión por suscripción sin costo alguno.

175. Con fundamento en esos argumentos la Corte Constitucional declaró la exequibilidad pura y simple del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 por estimar que **los deberes de transporte de señal son compatibles con la Carta**. Mientras **el deber de entregar comprende la obligación a cargo de los operadores de televisión cerrada de transmitir las señales de la televisión abierta por medio de sus redes, el deber de ofrecer consiste en la obligación de los concesionarios de televisión abierta de permitir que sus señales**

sean retransmitidas a través de los sistemas de suscripción sin costo alguno.

176. A partir de lo expuesto la Sala encuentra que el servicio de televisión abierta nacional, regional y local tiene un valor intrínseco que es digno de protección. Por esa razón el Congreso de la República decidió no dejar al arbitrio de operadores y canales de televisión la transmisión de las señales de carácter abierto. Según se indicó el legislador busca que la televisión colombiana forme, recree de manera sana, eduque, informe veraz e imparcialmente, contribuya a la promoción de las garantías, deberes y derechos fundamentales y propenda por la difusión de los valores humanos y las expresiones culturales de carácter nacional, regional y local. Por manera que, frente al riesgo de exclusión de las emisiones abiertas

el legislador ordenó a los operadores de televisión por suscripción su transporte a través de las distintas plataformas (cableada, satelital, análoga, digital, etc.). sin costo alguno para el usuario. Ese transporte, como lo señaló la Corte,

lejos de afectar a los operadores comporta beneficios significativos, pues **transmiten a sus usuarios “la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto”.**

22.- Teniendo en cuenta los anteriores fundamentos de orden legal y jurisprudencial para la Sala es claro, que el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 estableció una excepción a los derechos conexos y de autor, tal y como lo prevé el artículo 21 de la Decisión 351 de 1993: “[l]as limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos”, es más, así lo entendieron CARACOL y RCN TELEVISIÓN durante todo el tiempo que autorizaron la retransmisión de su señal sin exigir contraprestación alguna.

SALA LABORAL

NO ES VÁLIDO EL PACTO DE EXCLUSIÓN SALARIAL QUE VERSE SOBRE PAGOS QUE TENGAN DE FORMA CIERTA E INDISCTUBILE LAS CARATERIASTICAS QUE LA LEY ASIGNA AL SALARIO. LA OMISION DEL EMPLEADOR NO GENERA SANCIÓN MORATORIA

MAG. PONENTE: DR. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.
RADICADO 2015-00942

ASPECTO FÁCTICO

El demandante, Alfonso Vanegas Rubiano, solicita a través de apoderado, que se reliquiden las prestaciones sociales y las vacaciones, teniendo en cuenta los pagos que recibió bajo los rubros “bono de mera liberalidad, auxilio de alimentación, salud y educación”, por considerar que formaban parte del salario y no se podían excluir de la base de liquidación mediante pacto.

SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

Si bien el artículo 128 del CST modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 autorizó la exclusión de algunos pagos que recibe el trabajador de la base de liquidación de sus prestaciones sociales, dicha posibilidad solo cabe frente a una duda razonable sobre la naturaleza salarial que tengan dichos pagos. El pacto que deduzca de la base de liquidación de prestaciones sociales a pagos que tienen claramente las características que nuestro ordenamiento jurídico asigna al salario implica una renuncia a derechos ciertos del trabajador y por ello es ineficaz. Así lo disponen los artículos 53 de la Constitución

Política y 13 del CST, y lo adoctrinó la sentencia C-710 de 1996, providencia en la cual la Corte Constitucional impartió una interpretación auténtica de la Ley que tiene por ello efectos de cosa juzgada Constitucional y es de forzosa aplicación para todos los jueces.

Dijo la sentencia referida: *“La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente”*. Advierte la Corte más adelante en la sentencia referida que el artículo 128 define pagos que no constituyen salario *“Sin que ello implique –en palabras de esa Corporación- que, en casos concretos, el juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada”*.

Por ello, para decidir controversias como la que se estudia y en armonía de lo dispuesto en el artículo 15 del CST, que permite la conciliación o transacción de derechos laborales cuando tienen naturaleza incierta y discutible, el juez laboral NO PUEDE otorgar validez al pacto de exclusión salarial que verse sobre pagos que tengan de forma cierta e indiscutible naturaleza salarial. Pero una duda razonable sobre esta situación (es decir sobre el carácter retributivo del pago, o sobre su habitualidad, o sobre si constituye o no un ingreso efectivo en el patrimonio del trabajador) habilitará la transacción o pacto mediante la cual las partes zanján cualquier controversia que sobre esta materia se pueda presentar en el futuro.

Bajo este criterio y una vez revisado el expediente, no encuentra la Sala que exista una duda razonable sobre la naturaleza salarial de los

pagos que la demandada excluyó de la base de liquidación de prestaciones sociales. Lo que demuestran las pruebas aportadas es que lo recibido por el demandante bajo el rubro “bono mera liberalidad” al cual se cambió el nombre por “auxilio de salud o educación” tenía como causa la prestación del servicio, aunque se derivara de una metas e indicadores grupales de la empresa, pues en su cumplimiento él participaba (los pagos se derivaban de no la ausencia de sanciones, la puntualidad en el trabajo, la asistencia a capacitaciones, entre otras). Por ello retribuía directamente sus servicios (carácter retributivo – primera característica del salario-). Además los pagos se hacían de forma periódica (todos los meses –segunda característica-), y el trabajador podía destinar libremente las sumas que recibía (por lo cual constituían un ingreso personal del demandante por oposición a los pagos que –en palabras del artículo 128 reciba el trabajador no para su beneficio personal sino para atender debidamente las funciones encomendadas por su empleador como los gastos de representación – tercera característica del salario-).

(...). La claridad de la situación no permitía una duda sobre la naturaleza salarial de los pagos. De ello se deriva la ineficacia del pacto de exclusión salarial que las partes acordaron (...).

Sin embargo el Tribunal ABSOLVERÁ del pago de sanción moratoria. Para este efecto debe reconocer que ha sido variable la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la validez de los pactos de exclusión salarial. Ello permitía a la demandada entender razonablemente (es decir con razones posibles aunque equivocadas a juicio del Tribunal) que no estaba obligada a incluir en la base de liquidación de prestaciones sociales los pagos sobre los cuales pactó exclusión. La Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia ha otorgado plena validez a los pactos de exclusión salarial en el pasado (sentencia de fecha 20 de octubre de 2009 radicación 35154 MP GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA) y en la época en que se dictaron tales decisiones se estaba desarrollando la relación de trabajo. De ello se deriva buena fe en el empleador demandado. Recuerda el Tribunal que la sanción moratoria castiga conductas de renuencia del empleador a cumplir las obligaciones que están claramente definidas en su

contra, y sobre cuya existencia no cabía una interpretación posible del ordenamiento jurídico.

EL ERROR DE DERECHO NO VICIA EL CONSENTIMIENTO EN EL ACTO JURÍDICO MEDIANTE EL CUAL EL AFILIADO AL SISTEMA DE PENSIONES DECIDE EL TRASLADO DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (RPM) AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS).

MAG. PONENTE: DR. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.
RADICADO 2016-00690

ASPECTO FÁCTICO

La demandante, Maritza Moyano Ávila, solicita a través de apoderado que se declare la nulidad de su traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) realizado en el año 2000, afirma la existencia de vicios del consentimiento y falta de información por parte de los asesores de la AFP.

SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003- dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones la posibilidad de escoger libremente el régimen pensional, y trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, el artículo 1º del Decreto 3800 de 2003 limitó este derecho cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo para quienes tuvieran más de quince (15) años cotizados en la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994), para éstos últimos el ordenamiento jurídico conservó el derecho a regresar al régimen de prima media con prestación definida -en cualquier tiempo-.

Sobre la validez constitucional de las restricciones referidas se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujo en lo pertinente la sentencia C-062 de 2010.

En dicha providencia esa Corporación judicial dijo lo siguiente: *“el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte que para el 1° de abril de 1994 la demandante tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema y por ello no era viable su traslado.

Tampoco se demostró la invalidez del acto jurídico mediante el cual lo decidió el 9 de septiembre de 1999.

No se deduce de las pruebas allegadas un vicio en el consentimiento que prestó. Al respecto de se debe recordar, que las consecuencias del traslado de régimen las definió claramente la Ley 100 de 1993 en los incisos 4° y 5° del artículo 36, y por ello cualquier duda interpretativa de las normas constituía un error de derecho que NO tenía alcance para viciar el consentimiento, según lo dispone clara y perentoriamente el artículo 1509 del Código Civil, menos aún para quienes -como la demandante- efectuaron trasladados o afiliaciones sucesivas dentro del RAIS a diferentes AFP's (este hecho lo demuestran el documento de folio 69 vto).

Además en el expediente se demostró que las demandadas dieron la información *pertinente* a la afiliada en el momento del traslado, y ninguna prueba útil se aportó sobre un error inducido o *dolo* de la entidad mediante el cual se hubiera generado un engaño. Lo que se demuestra en el plenario es que la demandante libremente consintió en su traslado de régimen pensional, dentro de las opciones que la Ley le otorgaba.

Las proyecciones aportadas con la demanda no son pruebas útiles sobre un *engaño* pues se elaboraron en el año 2016 con fundamento en hechos que no habían ocurrido, ni se sabía si ocurrirían o no en el momento del traslado (el valor de la pensión en el RAIS dependía del ahorro que pudiera acumular en su cuenta precisamente a partir del traslado -año 1999-).

Si bien la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha exigido, al valorar las pruebas

aportadas en algunos expedientes, si las entidades dieron o no una información detallada sobre las consecuencias que acarrea el traslado de régimen para los afiliados al RPM, para situaciones como la que expone este expediente resultaba imposible para cualquier persona establecer de forma cierta si en el momento del traslado era conveniente la afiliación a uno o a otro régimen pensional.

Dentro de las opciones que tenían los afiliados de optar por uno u otro régimen, solo resultaba claramente conveniente mantener la vinculación en el RPM para los afiliados que habían cumplido los dos o al menos uno de los requisitos dispuestos en la ley para alcanzar la pensión en dicho régimen, o incluso (e hilando muy fino) se podría entender conveniente la permanencia en el RPM para quienes tenían una expectativa cercana de acceso a la prestación en ese momento; ninguna de estas situaciones cobija a la demandante.

Debe precisar el Tribunal que cada régimen pensional tiene aspectos favorables y aspectos desfavorables frente al otro (verbi gratia la devolución de saldos en el RAIS es claramente más favorable que el valor de la indemnización sustitutiva que tasa el RPM, o la posibilidad de disponer libremente de excedentes de capital que autoriza el artículo 95 de la Ley 100 de 1993 para las personas vinculadas al RAIS y no para quienes se encuentran vinculados al RPM, entre otras). Y es por ello -precisamente- que nuestro ordenamiento jurídico le otorgó al afiliado la opción de escoger, opción que una vez ejercida libremente, tiene las restricciones a las que se hizo referencia al inicio de esta audiencia, opción que no se puede invalidar por vía jurisprudencial asumiendo de forma equivocada -a juicio del Tribunal- que los errores de derecho pueden viciar el consentimiento de quien celebra un acto jurídico, o imponiendo retroactivamente a las AFP's requisitos o trámites que las normas no contemplaban en su momento.

LA MORA PATRONAL NO PUEDE SER TRASLADADA AL TRABAJADOR PARA NEGAR EL DERECHO DE PENSIÓN POR PARTE DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES.

M.P DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTERAS
RADICADO: 2016-00314

ASPECTO FÁCTICO

El señor **MIGUEL ANTONIO GARZÓN PULIDO**, a través de apoderado judicial, pretende que declare beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de Ley 100 de 1993, y como consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 7 de febrero de 2013 de conformidad con los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, junto con la mesada adicional, reajustes de ley, intereses moratorios, indexación y costas procesales.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y las inconformidades planteadas por la parte demandante en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el corroborar si el demandante cumple con las previsiones normativas para ser beneficiario de la prestación pensional por vejez conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, acreditado lo anterior, corroborar la calenda de reconocimiento pensional.

PENSIÓN DE VEJEZ – RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Mediante el Acto Legislativo 01 de 2005, se adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional relativo al derecho a la seguridad social, y en el párrafo 4° de dicha disposición se impuso un límite temporal al beneficio de la transición, indicando que el mismo no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para los trabajadores que, estando en éste régimen, tengan además, 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, a los cuales se les mantendría dicho régimen de transición hasta el año 2014.

Empero, advierte esta instancia que el motivo de reclamo por el accionante desde el *libelo genitor* atañe, precisamente, a la falta de contabilización de sendos tiempos laborados con precedencia al 1° de abril de 1994, y que conducirían a concretar su derecho bajo el régimen de transición de que trata el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990; norma que instituyó «*Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo*»

Manifestación de la entidad convocada a la acción ordinaria laboral, que permite entrever la veracidad del contribuyente y que aquella indicación inmersa en el reporte de semanas cotizadas, no se traduce en el desconocimiento del nexo contractual, sino la falta de pago en el aporte. Aspecto que en manera alguna puede derivar en la afectación o desconocimiento de la prestación rogada, pues en los casos de mora patronal la misma no puede ser trasladada al trabajador, quien no tiene en su haber procedimental los medios judiciales de defensa real de sus derechos cuando es el empleador quien incumple en las obligaciones prestacionales, pues es la entidad administradora de pensiones quien debe ejercer los cobros coactivos correspondientes para la obtención de los aportes no cancelados, de manera diligente y con premura de conformidad con el art. 24 de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios No. 1161 y 2633 de 1994. Decisión jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia vista, entre otras, en la sentencia rad. 43023 del 7 de febrero de 2012 con Ponencia del H. Magistrado Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, al señalar:

“Precisó la Corte para el caso de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que si

han cumplido con el deber que les asiste frente a la seguridad social de prestar el servicio y así causar la cotización, no pueden salir perjudicados ellos o sus beneficiarios, por la mora del empleador en el pago de los aportes y que antes de trasladar a éste las consecuencias de esa falta, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber de cobro."
(Subraya de la Sala)

Pues ha de indicarse, que si bien es el empleador el responsable del pago de los aportes de sus trabajadores desde el inicio y hasta el fenecimiento del vínculo contractual (art. 22 de la Ley 100 del 1993 empleador- retenedor fiscal), lo cierto es que le compete a las entidades

administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro coactivo con motivo del incumplimiento; fiscalización que debe gestionarse en los términos del artículo 3 de CPACA, a saber, en forma pronta, eficiente y trasparente a fin de lograr la progresividad en los derechos pensionales. Por lo que, se concluye, es sobre ellas que recae el deber u obligación de construir la «*historia laboral*» que refleje el comportamiento contable de lo aportado por los afiliados, empleadores y contratista sobre la base de los salarios o ingresos por prestaciones de servicios que devenguen y confiesen durante la vigencia de la relación laboral y/o del contrato de prestación del servicio (C- 760 del 2004).

CONTRATO REALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO.

M.P DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTERAS

RADICADO: 2015-01007

ASPECTO FÁCTICO

El señor JHON FREDY ROMERO GÓMEZ a través de apoderado judicial, pretende la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo a término indefinido al tenor del artículo 5 de la Convención Colectiva de Trabajo, sin solución de continuidad desde el 25 de agosto de 2010 a 30 de noviembre de 2012; como consecuencia, se condene al pago como «*Trabajador Oficial*»¹ de las acreencias laborales por concepto de reajuste salarial como profesional universitario, cesantías, intereses a las mismas, compensación de vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, prima adicional de servicios, prima de antigüedad, prima de navidad, prima técnica, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, auxilio de alimentación, indemnización moratoria, devolución del 10% descontado de la asignación salarial, devolución del mayor valor pagado por concepto de aportes en pensión y salud, valor de las pólizas, sanción moratoria por no consignación de las cesantías, indemnización del artículo 5° Convencional, afiliación y convalidación de la historia laboral al Sistema General de Pensiones, indexación y costas.

ANÁLISIS DE LA SALA

De las anteriores documentales, se puede concluir en primer lugar, que la entidad acudiendo a lo normado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2° del Decreto Ley 165 de 1997, acudió a la vinculación de personal a través de contratos de prestación de servicios con el objeto de atender actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad, pues, tal y como lo acreditan los documentos precedentes, no existía suficiente personal de planta para dar curso a todos los procesos y procedimientos que le correspondían efectuar en cumplimiento de su objeto social.

Lo anterior, en la medida que el señor JHON FREDY ROMERO GOMEZ logró demostrar el desempeño de funciones como ABOGADO en la GERENCIA NACIONAL DE ATENCIÓN AL PENSIONADO, concluyendo la Sala de Decisión que el demandante, en primera medida ostenta la calidad de profesional y, de otro lado, prestó sus servicios al interior de una Gerencia, escenarios que permiten entrever, de conformidad con las normas relatadas de manera precedente, que JHON FREDY ROMERO GÓMEZ tendría la calidad de empleado público durante el interregno

relacionado en los contratos de prestación de servicios, y por lo tanto, su nexo contractual debió ser a través de una relación legal y reglamentaria.

Al punto, juzga conveniente recordar esta Colegiatura que el Decreto 419 de 1997 fue objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, autoridad que en virtud de una acción de nulidad, avaló parcialmente la clasificación indicada en la norma ejusdem, y frente al cargo que ostentó el hoy demandante textualmente señaló:

«Los Servidores Profesionales y Secretarías Ejecutivas del Instituto de los Despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director, forman parte

de los niveles profesional y administrativo, respectivamente, desempeñan funciones que de un lado implican el ejercicio de actividades que requieren del manejo de determinadas profesiones y, de otro desarrollan labores complementarias de las tareas propias de los niveles superiores, amén de la supervisión de un pequeño grupo de trabajo, pues, obsérvese que están adscritos a los cargos de mayor categoría dentro de la Institución, dependen indubitablemente de ellos, necesitan ejecutar sus labores en perfecta armonía, y ceñirse de manera inmediata a las órdenes de los superiores quienes deben tener plena seguridad en los mismos, por lo que se infiere que deben corresponder al grupo de empleados públicos» (resalta fuera de texto).

CALIFICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN O PARO COLECTIVO DE TRABAJO SEGUIDO POR AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A “AVIANCA” CONTRA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES “ACDAC”

DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTERAS
RADICADO [2017-02171](#)

ANÁLISIS DE LA SALA

pues no es esta Corporación la llamada a determinar la naturaleza de esencial o no esencial del servicio público de la demandada, se reitera, sino que le corresponde a esta sala es determinar si lo es o no conforme a la ley. Así pues, tenemos que en acatamiento a las políticas laborales de la OIT, el legislador Colombiano inicialmente indicó en forma taxativa en el artículo 430 del C.S.T que está prohibida la huelga en los servicios públicos esenciales, considerando como tales a *“toda actividad organizada que tiende a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente, por personas privadas”*, así mismo enlisto las actividades que conforme a esta directriz deben entenderse como un servicio público esencial y dentro de las mismas se destaca que en el literal b) hace alusión a *“Las empresas de transporte por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones.”*. Calificación esta que se viene dando de tiempo atrás, desde la expedición del Decreto 753 de 1956 y ratificado mediante la Ley 336 de 1996, luego no estamos en una causal

Sobre el particular, a juicio de esta Colegiatura es tema que se circunscribe a un punto de derecho, sorpresiva y el conocimiento de la ley se presume por todos los ciudadanos.

Conforme, a los anteriores antecedentes constitucionales, parafraseados de vieja data, en esta providencia, no cabe duda que la actividad del transporte público en general en Colombia, siempre se ha considerado como un servicio público **“esencial”**, tanto en vigencia de la constitución de 1886 como en la actual de 1991, pues contribuye de manera directa al desarrollo de gran parte de los derechos fundamentales de los ciudadanos para poder proyectarse, garantizar y gozar el derecho fundamental, núcleo de la actual constitución **“vida digna”**. Por ello el Estatuto Nacional del Transporte (Ley 336 de 1996), se reitera, en su art. 68 y advierte que el transporte aéreo es un servicio público esencial, tal como lo exige las recomendaciones de la OIT ya citadas, ello es dentro de la discrecionalidad que cada Estado goza para calificarla, como tal incluso desde la expedición del **Decreto 753 de 1956 mediante el cual se modificó el artículo 430 del C.S.T. en determinarlos como servicios públicos esenciales.**

_Trazados estos lineamientos, para la Sala, no cabe la menor duda que la empresa AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A AVIANCA tiene por objeto social la prestación del servicio de transporte aéreo en todas sus ramas tal como se especifica en el certificado de cámara y comercio que milita a folios 176 a 198 del cuaderno 1, siendo esta la prueba idónea para dar cuenta de ello. Por ende, bajo las premisas constitucionales, legales, jurisprudenciales y acorde al control de convencionalidad al que hemos venido haciendo uso o alusión a lo largo de esta providencia, emerge incuestionable afirmar que presta un servicio público de carácter esencial

y en consecuencia le estaba vedado a sus trabajadores desarrollar la huelga que vienen realizando desde el pasado 20 de septiembre de los corrientes, por lo que efectivamente en acatamiento a la Constitución y la Ley Colombiana se debe declarar la ilegalidad de la cesación de actividades con fundamento en lo dispuesto inicialmente en el literal a) del artículo 450 del C.S.T y la S.S., y los artículos 430 del C.S.T, 5° y 68 de la Ley 336 de 1998 y la línea jurisprudencial de las altas cortes acá enunciadas y algunos acápite transcritos en esta providencia