

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Especial - Fuero Sindical
RADICADO:	66001-31-05-005-2020-00350-01
DEMANDANTE:	Universidad Libre – Seccional Pereira
DEMANDADO:	Javier de Jesús Ríos Gómez
VINCULADO	Asociación de Profesores de la Universidad Libre- ASPROUL
ASUNTO:	Apelación auto que resuelve excepciones previas y Apelación Sentencia del 4 de febrero de 2021
JUZGADO:	Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira
TEMA:	Levantamiento de fuero sindical – Permiso para despedir

SENTENCIA No. 2

Aprobado por Acta No. 30 del 24 de febrero de 2021

Hoy, veinticuatro de febrero de dos mil veintiuno (2021), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dra. OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA, DR. JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 27 de enero de 2021, emitido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, mediante del que negó la excepción previa de “indebida representación del demandado”, así como los recursos de apelación interpuestos por el demandado y la organización sindical contra la sentencia de primera instancia proferida por ese mismo despacho, dentro del proceso especial de levantamiento de fuero sindical – autorización para despedir - promovido por la **UNIVERSIDAD LIBRE – SECCIONAL PEREIRA** - en contra de **JAVIER DE JESÚS RÍOS GÓMEZ** y como vinculada la **ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD LIBRE- ASPROUL**, radicado **66001-31-05-005-2020-00350-01**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta Sala, conforme al artículo 15 del Decreto No. 806 de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, la cual se traduce en los siguientes términos,

I. ANTECEDENTES:

1) Pretensiones

Pretende la **UNIVERSIDAD LIBRE – SECCIONAL PEREIRA**, que se declare que el trabajador **JAVIER DE JESÚS RÍOS GÓMEZ** se encuentra incurso en la causal contemplada en el numeral 14 del art. 62 CST, para terminación del contrato por parte del empleador, por el reconocimiento de pensión de vejez y en consecuencia se autorice el despido. Lo anterior, por cuanto el trabajador es miembro activo de la Junta Subdirectiva Seccional Pereira del Sindicato **ASPROUL**.

2) Hechos

Indicó la parte actora que el demandado ha sostenido una relación laboral con la Universidad Libre - Seccional Pereira, inicialmente para desempeñarme como docente catedrático, a través de diversos contratos a término fijo, suscritos entre el 28 de enero de 1992 y el 22 de enero de 1996 y posteriormente a través de contrato a término indefinido, como docente de tiempo completo, desde el 23 de enero de 1996, hasta la fecha.

Señala que al interior de la Universidad Libre se constituyó la organización sindical denominada Asociación de Profesores de la Universidad Libre – ASPROUL, la cual fue inscrita mediante Resolución No. 001682 de 1992 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con domicilio social en el Municipio de Pereira y con registro actualmente vigente.

Que el señor Javier de Jesús Ríos Gómez es afiliado del sindicato e integra la junta directiva ocupando el cargo de fiscal.

Afirma que mediante resolución del 04 de septiembre de 2014 la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, reconoció pensión de vejez al demandado, con inclusión en nomina a partir de septiembre de 2014.

3) Posición de la parte demandada

- Javier de Jesús Ríos Gómez

El trabajador a través de apoderado judicial contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, formulando las excepciones previas de “indebida representación del demandado” e “inexistencia del demandado” y de fondo las de “prescripción”, “renuncia del empleador a la causal alegada”, “inexistencia de la causal” y “violación al debido proceso y derecho a la igualdad”.

Argumenta que su prohijado obtuvo el derecho a la pensión de vejez hace siete años, hecho que fue conocido por el empleador quien consintió que este continuara prestando el servicio a pesar de dicha circunstancia.

Que el empleador demandante ha renunciado a la facultad de alegar el reconocimiento de la pensión de vejez como justa causa para el caso de su

poderdante, al no haber hecho efectiva oportunamente la causal dentro de termino establecido legalmente.

Señala que la institución demandante tiene como actividad fundamental la educación universitaria, la que es una función pública. Razón por la cual, los docentes desempeñan funciones públicas así tengan el carácter de trabajadores particulares. Por lo tanto, su representado es titular del derecho consagrado en la Ley 1821 de 2016 “por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”.

Al fundamentar la excepción previa de “indebida representación del demandado” adujo que la entidad demandada es una persona jurídica, que solo tiene un representante legal y este es el presidente nacional, según lo establecen los estatutos de ASPROUL. Que la accionante notificó al presidente seccional asumiendo que este era el verdadero representante, hecho que no es cierto.

En cuanto a la excepción de prescripción advierte que, en el presente asunto el paso del tiempo ha afectado el derecho de acción, al tenor de lo dispuesto por el artículo 118A del CPT y SS que establece un término de dos meses como prescripción de las acciones emanadas del fuero sindical.

- **ASPROUL**

La Asociación de Profesores de La Universidad Libre se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, propone las excepciones de “prescripción de la acción” e “inconstitucionalidad por violación de los artículos 39 y 55 de la Constitución Nacional”.

Indica que el párrafo tercero del artículo 9° L.797/03 y el numeral 14 del art. 62 CST son inaplicables al presente caso por ser violatorio de los principios fundamentales del derecho de asociación y el fuero sindical.

Que si bien es cierto desde el punto de vista legal se puede configurar el despido con justa causa por el reconocimiento de la pensión de vejez al docente, esta causa legal no puede invocarse en el presente caso, por gozar el docente y la organización sindical de un derecho fundamental como el derecho de asociación sindical consagrado en el art. 39 C.N., por lo que autorizar el despido sería violatorio de estas prerrogativas.

Asevera que se debe aplicar el fenómeno de la prescripción de la acción de acuerdo con el art. 118 CPT y SS, que establece que las acciones que emanan del fuero sindical prescriben en dos meses, los cuales, para el caso del empleador se cuentan desde la fecha que tuvo conocimiento del hecho que se alega como justa causa

II. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

En el curso de la audiencia de que trata el artículo 114 CPT y SS, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, luego de escuchar al apoderado del demandante y de la organización sindical, tuvo por contestada la demanda y procedió a resolver las excepciones previas de “indebida representación del demandado” e “inexistencia del demandado” formuladas en la contestación, declarándolas no probadas.

Para tal efecto, aclaró que la organización sindical en esta clase de litigios no asume la calidad de parte procesal, ya sea demandante o demandado, así cuente con las facultades de una parte, pues únicamente está habilitada para intervenir en el proceso y coadyuvar al trabajador en la acción que se instaure en su contra.

Que en todo caso con fundamento en lo prescrito en el numeral 2° del art. 118C CPT y SS, el juzgado al admitir la demanda dispuso correr traslado de la misma a la Asociación de Profesores de la Universidad Libre – Asproul- y a la Subdirectiva Pereira de Asproul, surtiéndose la notificación del auto admisorio de la demanda en debida forma a la Organización Sindical por intermedio de la Subdirectiva, la cual, como lo afirma el apoderado judicial excepcionante, no es una persona jurídica distinta del sindicato, confirmándose que el mismo tuvo conocimiento de la acción porque el poder fue otorgado por el presidente nacional del sindicato Ellery Borrego, por tanto, se deben declarar imprósperas las excepciones previas propuestas.

4

El apoderado del señor Javier de Jesús Ríos Gómez interpuso recurso de apelación contra dicha decisión.

En su argumentación señala que interpone recurso frente a lo decidido respecto a la excepción de indebida representación del demandado.

Considera que, de acuerdo a lo definido por la Corte Constitucional al interpretar el art. 118 B del CPT y SS, la organización sindical sí es parte del proceso, por lo que no comparte la postura de la juez según la cual el sindicato solamente interviene para coadyuvar al trabajador.

Que al tener la calidad de parte en el proceso, tiene que ser notificado en los mismos términos que al demandado; de tal manera que el despacho incurre en una imprecisión al no darle el carácter de parte.

Expone que cuando se le notificó al sindicato se tuvo que hacer en los términos de ley, sin embargo, según se aprecia en el expediente, a este no se le notificó el auto admisorio de la demanda a través de su representante legal, el cual es diferente al presidente de la Subdirectiva.

Refiere que no comparte la postura de la juez respecto a que la actuación del sindicato en la audiencia subsana esta falencia, pues considera que uno

de los actos más importantes del proceso es el de la notificación y por eso cree que el análisis debido ser más detallado a fin de evitar una futura nulidad.

Manifiesta que, de aceptarse que el poder y la actuación del abogado tuviera un carácter saneatorio, lo cierto es que debería entenderse que en este momento apenas se e entera de a existencia de la demanda, razón por la cual, si se admite una notificación por conducta concluyente necesariamente no se podía haber realizado la audiencia el mismo día en que se efectúa la notificación, por cuanto se está vulnerando el derecho de defensa y el debido proceso.

El recurso de apelación fue concedido por la Juez Primigenia ante esta Sala, en el efecto devolutivo.

III. CONSIDERACIONES

1. Excepción previa de indebida representación del demandado

El artículo 100 numeral 4° del C.G.P. establece como excepción previa que podrá ser propuesta con la contestación, la de indebida representación del demandado.

Dicha excepción se configura para el caso de la persona jurídica cuando quien acude al proceso no ostenta su representación legal o en los eventos en que su comparecencia se da a través de un apoderado judicial y este no cuenta con poder para actuar en su nombre.

Abordando los argumentos del recurso, de manera preliminar se ha de señalar que conforme a lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia C-2040 de 2005, los sindicatos en los procesos de fuero sindical no son terceros, ya que cuentan con un derecho material en la litis, siendo necesaria su presencia para garantizar la defensa del fuero y por tanto su vinculación al trámite es forzosa. Conforme a lo anterior, en este tipo de proceso se debe efectuar la vinculación de la organización sindical a la cual pertenezca el aforado y realizar la notificación del auto admisorio de la demanda a su representante legal de manera oportuna, en los términos establecidos en el numeral 2° del artículo 118 B del CPT y SS; encontrando que sobre este aspecto es acertada la disertación del recurrente.

Descendiendo el estudio sobre la comparecencia y representación del sindicato en el presente proceso, se tiene que al trámite fue vinculada la Asociación de Profesores de la Universidad Libre – ASPROUL y se dispuso correrle traslado de la demanda, según se aprecia en el auto admisorio de fecha 18 de enero de 2021; ahora, en cuanto a la notificación de dicha providencia se debe poner de presente que, esta fue remitida el 19/01/2021 al correo de la seccional Pereira (asproulpereira@gmail.com) y no a la dirección electrónica de la directiva del sindicato

(asprounacional@yahoo.es), por lo que en principio existiría el vicio del cual se duele el recurrente, ante la ausencia de notificación de la demanda a quien ostenta la representación de la organización sindical, no obstante, no se puede desconocer que el día 26/01/2021 fue allegado al correo electrónico del despacho, memorial poder suscrito por el señor Ellerry Abdulhamid José Borrego Cotes, en su condición de presidente y representante legal de Asproul, mediante el cual confiere poder al abogado Jorge Alberto Díaz Cadavid para que actúe en nombre y representación del sindicato dentro del presente proceso, quien en efecto ostenta dicha calidad, conforme se extrae de la certificación expedida por el Ministerio de Trabajo que obra en el plenario, es decir que la persona jurídica que fuera vinculada compareció a través de su representante legal y este a su vez acude por intermedio de apoderado judicial debidamente facultado para prohiarlo.

Así las cosas, se tiene que el vicio en que incurrió el despacho fue saneado en los términos del art. 136 C.G.P., pues a pesar que la notificación se realizó a quien no contaba con la representación legal del sindicato, al proceso compareció la persona que tiene la calidad de presidente de la organización, cuyo apoderado se hizo presente en la audiencia, incluso tuvo la oportunidad de contestar la demanda, formular excepciones y coadyuvar la solicitud de pruebas del demandado, cumpliéndose así la finalidad del acto procesal.

Aunado a ello, se debe decir que cualquier nulidad que se hubiere generado por cuenta del trámite de notificación debió ser alegada por la parte afectada, esto es por el sindicato Asproul, sin embargo, aquel actuó en el proceso sin proponerla, por lo que a voces del art. 136 ib. dicha irregularidad también se encuentra saneada, por tanto, no es de recibo la manifestación del apelante en cuanto a que la audiencia no se podría realizar en la fecha en que se llevó a cabo por la afectación al derecho al debido proceso que genera.

En este sentido, al no asistirle razón al recurrente en los argumentos expuestos en su recurso, se confirmará el auto apelado.

Decantado lo anterior, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de primera instancia.

S E N T E N C I A

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira desató la litis en primera instancia mediante sentencia en la cual resolvió: **1)** Levantar el fuero sindical del señor Javier de Jesús Ríos Gómez y en consecuencia, conceder permiso para terminar el contrato de trabajo con justa causa, por el reconocimiento de la pensión de vejez, sin perjuicio del procedimiento

establecido para el efecto por el art. 62 CST. **2)** Condenar en costas procesales al demandado y a favor de la demandante.

Como fundamento de la decisión expuso que no es objeto de debate la existencia del contrato de trabajo entre la Universidad Libre- Seccional Pereira y el señor Javier de Jesús Ríos, vigente en la actualidad; la calidad de aforado que ostenta el demandado, ya que, según la certificación expedida por el Ministerio de Trabajo, el señor Ríos Gómez es miembro de la Junta Directiva de la Organización Sindical ASPROUL, en calidad de fiscal; el reconocimiento de la pensión de vejez al accionado por parte de Colpensiones, a través de la Resolución GNR 309029 del 04/09/2014, con inclusión en nómina desde ese mismo periodo; la garantía foral de la cual goza el demandado conforme al artículo 407 CST, por ser miembro de la junta directiva de Asproul, subdirectiva Pereira.

Señaló que al estar probado el reconocimiento de la pensión de vejez al demandado y de acuerdo con lo confesado en la contestación de la demanda, no existe duda que el demandado fue incluido en nómina de pensionados y desde hace varios disfruta de la prestación, por lo tanto, al reunirse estos dos elementos, se configura la justa causa para la terminación del contrato de trabajo consagrada en el numeral 14 del art. 62 CST.

Que aunque en la certificación expedida por la Universidad Libre se reconoce que la institución conocía el estatus pensional del accionado mucho tiempo antes de la presentación de la demanda, se sabe que excedió el término establecido en el artículo 118 A CPT y SS, sin embargo, no es posible pregonar que dicha acción hubiera prescrito, en la medida que se trata de una situación de carácter permanente.

Aseveró que, aunque el demandado fue contratado para desempeñarse como docente y con esto desarrollar una función pública, como es el servicio educativo, al ser un trabajador particular no es destinatario de los efectos de la Ley 1821 de 2016.

Advirtió que conforme a lo dicho en el interrogatorio de parte y los testimonios, no tiene vocación de prosperidad el argumento planteado por la defensa encaminado a demostrar que la universidad está haciendo uso de la causal de manera discriminatoria y vulnerando el derecho a la igualdad, pues se extrae del interrogatorio del rector de la Universidad, en armonía con lo expresado por el testigo Juan Carlos Olarte que la desvinculación de los docentes pensionados de la institución responde a un plan de renovación que se está aplicando de manera progresiva, al margen del ejercicio de un cargo directivo dentro de la organización sindical.

Que no existe un criterio de igualdad que permita establecer que son susceptibles de comparación o que se trate de sujetos en igualdad de condiciones el docente pensionado y el pensionado que ejerce un cargo directivo en la Universidad, ya que no es comparable la actividad de

docencia con la de dirección y en el plano jurídico no se observa la existencia de un trato desigual, máxime que como lo resaltó el rector de la institución, en los cargos directivos prima la discrecionalidad para la designación.

Consideró que es procedente ordenar el levantamiento del fuero sindical del trabajador aforado y autorizar su despido por causa legal, esto es, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, lo cual no va en detrimento del derecho de asociación sindical, ni del trabajador, por cuanto las circunstancias que alega la parte demandante están configuradas como una justa causa para el despido y responden a una causal objetiva.

V. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión los apoderados del demandado y del sindicato interpusieron recurso de apelación.

El apoderado de **Javier de Jesús Ríos** solicita se analice en el proceso la ausencia de notificación al representante legal del sindicato, advirtiendo que la comparecencia del apoderado del presidente de la organización al proceso no sana dicha irregularidad, la cual genera una nulidad por la trascendencia que tiene la notificación del auto admisorio a las partes.

Frente al análisis de la prescripción insiste en el que el término de prescripción es un término que ha establecido el legislador con un propósito muy claro y es que las relaciones jurídicas muy rápidamente se definan, más cuando están en juego derechos fundamentales como el de asociación sindical, por eso el legislador estableció términos cortos para que las partes resuelvan rápidamente estos conflictos. Que el término del fuero sindical es de dos meses a partir del momento del cual se conoce la causa, eso significa que si se supera ese término por una omisión evidente del empleador tácitamente está renunciando a esa posibilidad.

8

Manifiesta que en este caso no existe ningún medio de prueba que señale alguna irregularidad en la manera como se está prestando el servicio, razón por la cual ha debido prevalecer la norma de orden público, la norma constitucional y la protección que exige el derecho internacional del derecho de asociación sindical, sobre la tesis aquí aplicada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, qué tiene que ver con el tema de la inmediatez.

Que el empleador conocía la causa que motiva este proceso desde hace siete años, siendo inconcebible pensar que no haya prescrito ese derecho ya que son dos meses los que necesariamente tiene para iniciar esa acción, por lo tanto, considera que es la otra razón por la cual el Tribunal tiene que revocar la decisión y considerar que ha operado la prescripción.

Advierte que no hay duda que muchos tribunales del país se apartan de la interpretación que plantea la juez al considerar que hay una causal permanente en el tiempo y por lo tanto no prescribe el derecho, eso significa

que los operadores jurídicos han tenido interpretaciones diferentes y si existe esa situación, solamente queda un camino constitucionalmente hablando y es la favorabilidad, conforme al art. 53 C.N., principio que se debe aplicar en caso de duda de cualquier fuente formal del derecho.

Aduce que el análisis que se hace frente a la Ley 1821 de 2016 es poco profundo, porque está en juego no solamente el tema del derecho de asociación sindical, sino realmente lo qué significa el concepto de la función pública. Que la tesis de la A Quo al considerar que al actor por no ser servidor público no presta una función pública y por tanto no le es aplicable esta ley, es contraria a lo que quiso el legislador, pues la norma cuando hace referencia a la figura de la edad retiro forzó no menciona servidores públicos, sino personas que desempeñan funciones públicas.

Que la idea de la función pública tiene que ver con la razón de ser del Estado por lo que el análisis de este concepto se tiene que efectuar a la luz del modelo de Estado Social de Derecho, el cual tiene una serie de responsabilidades que no puede satisfacer directamente y por eso se autoriza que se utilicen todos esos mecanismos como la descentralización, la privatización y la desconcentración que le permiten cumplir las funciones que le son propias, sin que haya duda que la educación es una función propia del Estado.

Concluye que, al tratarse de una función pública, no hay duda que los docentes que están encargados de efectivizar esa función van a tener la garantía de llegar hasta la edad de retiro forzoso, por tanto, les aplica plenamente la Ley 1821, y por ende, mientras no se llegue a dicha edad no se puede considerar la justa causa para dar por terminado el vínculo laboral.

Solicita al T.S.P. revoque la decisión adoptada y se niegue la autorización de dar por terminado el vínculo laboral y en subsidio se estudié nulidad procesal, porque la parte sindical no fue notificada en debida forma.

El apoderado de **Asproul** argumenta que quedó demostrado en el proceso que operó el fenómeno de la prescripción no solamente la especial de fuero sindical sino también la ordinaria consagrada en el CST, olvidando el juzgado aplicar el principio constitucional de favorabilidad, consagrado en el artículo 53, ya frente a este problema hay diversas interpretaciones en los diferentes tribunales del país, siendo la constante que la mayoría de interpretaciones son a favor del trabajador, por tanto, al estar frente a esa realidad, se debe aplicar este principio constitucional. Que la universidad renunció al ejercicio de esa acción más por el transcurso del tiempo, cuando la norma es clara en ese sentido.

Indica que la interpretación que hace la Corte Constitucional es una interpretación forzosa, que desconoce una norma de orden público y desconocerla es ir en contra de los derechos fundamentales del docente del trabajador.

Que la universidad planteó la excepción de inconstitucionalidad por violación de los artículos 39 y 55 C.N., siendo el fuero sindical una de las instituciones más importantes en el mundo del derecho laboral, que forma parte del núcleo esencial del derecho de asociación, concomitantemente con el derecho a la negociación colectiva, con el derecho a la huelga y con el derecho de asociación sindical en sí; es una consecuencia de la protección especial que el Estado otorga a los sindicatos para que puedan cumplir libremente la función que a dichos organismos competente.

Expone que en el ordenamiento jurídico se han consagrado unas causales que requieren de autorización judicial para el despido de un trabajador que goza de fuero sindical, señaladas expresamente en el artículo 410 CST y dentro de ellas se señalan las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 ibídem, para dar por terminado el contrato de trabajo. Que el reconocimiento de la pensión de vejez a un trabajador no implica que este no pueda ejercer el derecho de asociación, debiéndose mirar la causal contemplada en el numeral 14 en su esencia, pues no tiene justificación que a un trabajador que se le reconozca la pensión, siendo un trabajador aforado, por el mero hecho de este reconocimiento se aplique esta justa causa, yendo en contravía del derecho de asociación, por ello solicita se inaplique esta norma por constituir una clara violación a los principios fundamentales del derecho de asociación y del fuero sindical, teniendo en cuenta que la Constitución nacional es norma de normas y en ese sentido este fallo torna violario de los derechos allí consagrados.

10

VI. CONSIDERACIONES

La sentencia apelada debe **CONFIRMARSE** son razones:

De acuerdo con los recursos de apelación interpuestos, los problemas jurídicos a resolver se centran en establecer si la causal invocada como justa causa para solicitar el levantamiento del fuero sindical, vulnera los derechos fundamentales de asociación y la garantía foral, o en su defecto se ajustan a las justas causas para autorizar el despido de un trabajador amparado por fuero instituidas en el artículo 410 CST y hay lugar a su aplicación por no haber operado el fenómeno de la prescripción.

En el caso de autos no se discuten los siguientes hechos: **1)** Que entre la Universidad Libre – Seccional Pereira y el señor Javier de Jesús Ríos Gómez se han suscrito varios contratos de trabajo a término fijo, entre el 28 de enero de 1992 y el 22 de enero de 1996 y posteriormente un contrato a término indefinido, como docente de tiempo completo, desde el 23 de enero de 1996 hasta la fecha. **2)** Que el trabajador demandado es miembro activo de la organización sindical denominada: Asociación de Profesores de la Universidad Libre – ASPROUL. **3)** Que el señor Ríos Gómez se encuentra amparado por fuero sindical al ser miembro de la junta directiva de la Seccional Pereira de “ASPROUL” ostentando el cargo de fiscal en dicha

organización.

1. Nulidad por indebida notificación

Al sustentar su recurso de apelación el apoderado del señor Javier de Jesús Ríos aduce que ante la ausencia de notificación al representante legal del sindicato se genera una nulidad, por la trascendencia que tiene la notificación del auto admisorio a las partes.

Al respecto, basta con indicar que los mismos argumentos expuestos en precedencia, al resolver el recurso apelación interpuesto contra el auto que declaró no probada la excepción de indebida representación, sirven de base para decidir negativamente este punto de la alzada, pues se tiene que con la comparecencia del representante legal de la organización sindical a través de su apoderado judicial, fue saneado el vicio en que incurrió el despacho al momento de notificar la admisión del presente proceso. Debiéndose además señalar que el demandado no está legitimado para alegar dicha nulidad por indebida notificación, ya que conforme al artículo 135 del C.G.P., esta solo podrá ser alegada por la persona afectada, en este caso el sindicato Asproul, quien además actuó en el proceso sin proponerla.

2. Fuero Sindical

El artículo 38 de la Constitución Política de Colombia establece como derecho fundamental la libertad de asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad. Específicamente, los trabajadores y empleadores tienen, conforme lo expresa el artículo 39 ibidem, el derecho fundamental «*a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado*».

Por su parte, el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Colombia a través de la Ley 26 de 1976, relativo a la «libertad sindical y la protección del derecho de sindicación», también consagra el derecho de asociación sindical cuando en su artículo 2° establece que los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Así las cosas, el sindicato aparece entonces, dentro de la lógica intrínseca de la libertad de asociación sindical, como la organización indicada para asumir la defensa de los intereses de los trabajadores asociados frente al abuso del que pueden ser objeto por parte de los empleadores, circunstancia que genera fricción en las relaciones obrero patronales, lo que obligó al legislador a instituir mecanismos de protección para aquellos que encabezan la defensa de los derechos colectivos.

En tal sentido, el artículo 1° del Decreto 204 de 1957, que modificó el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, estableció el fuero sindical como una garantía para algunos trabajadores de no ser despedidos, trasladados o desmejorados en sus condiciones laborales, sin que medie autorización del juez laboral quien habrá de calificar la configuración de la justa causa.

3. Permiso para despedir

En lo que respecta al trámite para que el empleador obtenga el permiso para despedir al trabajador amparado por el fuero sindical, este se encuentra estatuido en el artículo 113 del CPT y SS, lo que se constituye en garantía para la preservación de la asociación y de las personas encargadas de representarla.

De otro lado, el artículo 408 C.S.T dispone que: *“el juez negará el permiso que hubiere solicitado el patrono para despedir a un trabajador amparado por el fuero sindical, o para desmejorarlo, o para trasladarlo si no comprobare la existencia de una justa causa”*; lo que implica que el empleador tiene la obligación procesal de demostrar cualquiera de las justas causas establecidas en el artículo 410 ibídem, esto es, la liquidación definitiva de la empresa y la suspensión total o parcial de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días, o cualquiera de las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato; de no ser así, el juez deberá abstenerse de autorizar el levantamiento del fuero sindical.

Conforme a lo anterior, se tiene que en el presente asunto la UNIVERSIDAD LIBRE- SECCIONAL PEREIRA solicita el levantamiento del fuero sindical y autorización para despedir al señor **JAVIER DE JESÚS RÍOS GÓMEZ** por estar incurso en la causal establecida en el numeral 14 del artículo 62 CST, concordada con el parágrafo 3° del artículo 9° de la ley 797 de 2003, esto es, habersele reconocido al trabajador la pensión de vejez estando al servicio de la empresa, situación esta que se encuentra acreditada en el plenario con la resolución GNR 309029 proferida por Colpensiones el 4 de septiembre de 2014, a través de la cual le otorga la prestación al demandado.

De otra parte, respecto a la exigencia establecida en la Sentencia C-1037 de 2003 para la procedencia de la causal de despido consagrada en el parágrafo 3° del artículo 33 ibídem, esto es la notificación del reconocimiento de la pensión de vejez y el ingreso a nómina de pensionados del trabajador, estima esta Colegiatura que dicho requisito también quedó satisfecho, ya que con la contestación de la demanda, el señor Ríos Gómez ratifica que, en efecto desde hace siete años obtuvo el derecho a su pensión de vejez.

Ahora bien, en cuanto al principio de inmediatez para invocar esta causal contenida en el numeral 14, literal A del artículo 62 CST, es preciso señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, ha sostenido que *“a partir*

del vocablo “podrá” de los incisos 1º y 2º del parágrafo 3º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se “denota que el retiro del trabajador por reconocimiento de la pensión de vejez entraña una decisión discrecional del empleador. Luego, no se trata de una causal de forzoso acatamiento, sino de una facultad que la ley le brinda al empleador y de la cual puede hacer uso cuando estime conveniente que el servidor ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad”¹.

En los mismos términos lo ha expuesto la Corte Constitucional en sentencia T 606 de 2017, en la que señaló:

“En cuanto a la oportunidad en la que el empleador puede invocar la causal, para efectos de determinar si es un despido justo o injusto, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que puede ser en cualquier momento, a diferencia de las demás causales, al tratarse de una prestación de carácter permanente. Esta idea es reforzada bajo el supuesto de que el despido con fundamento en esta causal es una decisión facultativa del empleador, no de forzoso acatamiento, que puede ejercer cuando estime que el trabajador ha cumplido su ciclo laboral”

En consideración a lo anterior, tratándose de la causal dispuesta en el numeral 14, literal a) del artículo 62 CST, no se impone al empleador la rigurosidad del principio de inmediatez como en las demás causales que implican una conducta lesiva por parte del trabajador que en consecuencia produce la terminación de su contrato de trabajo, pues se trata de una prestación de carácter permanente y además, resulta objetiva y razonable, como lo expuso la Corte Constitucional en sentencia C-1037 de 2003, pues, por una parte, no quedaría el trabajador desamparado y se protegería su mínimo vital con la mesada pensional, dándole la posibilidad gozar de descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de su producción laboral es evidente y, además, se generarían la posibilidad que otra persona pueda ocupar el cargo, permitiendo la consolidación del derecho al trabajo, instituido no sólo como un derecho, sino también como una obligación social y que goza de la especial protección del estado, a través del relevo generacional.

La renovación generacional además, se muestra como la vía para “*propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar*”, instituida en el artículo 54 de la Constitución, cuestión a la que se refirió la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 10770 de 2017, y en la que se dijo que la expedición de la Ley 797 de 2003 estuvo precedida de la necesidad de dar cumplimiento al mandato constitucional en mención “*mediante el relevo de las personas de mayor edad y la correlativa oportunidad dirigida a la población joven o en curso de su vida profesional de obtener nuevas fuentes de empleos*”, indicando que ello estaba en armonía con la obligación impuesta al estado en el inciso 2 del artículo

¹Sentencia SL2509-2017 de 15 de febrero de 2017 (Rad. 45036), M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo reiterada en sentencia SL11232-2017 (Rad. 50238), M.P. Donald José Dix Ponnefz

334 de la Constitucional de intervenir en la económica para dar pleno uso a los recursos humanos, por medio de la redistribución y renovación de un recurso escaso como lo son los empleos.

Así las cosas, no considera la Sala que la causal invocada por la UNIVERSIDAD LIBRE- SECCIONAL PEREIRA esté dirigida a vulnerar el derecho de asociación sindical, pues la misma corresponde a una causal objetiva y razonable que permite al trabajador gozar del fruto de sus ahorros a través de la pensión y además hacer efectivos derechos constitucionales como al trabajo y propiciar la ubicación laboral de personas en edad de trabajar, en cumplimiento además del derecho de relevo generacional que se ha reconocido por la misma Corte Constitucional como una necesidad social; luego entonces, al tratarse de una causal objetiva, que no opera de forma automática y cuya configuración fue debatida dentro del presente proceso de levantamiento de fuero, no hay lugar a su inaplicación por inconstitucional en los términos solicitados en el recurso de apelación del sindicato.

4. Prescripción

Al desatar la Litis la juez primigenia advirtió que en el caso de marras no se configura el fenómeno de la prescripción, por cuanto la causal invocada se trata de una situación de carácter permanente.

Inconformes con la decisión los apoderados del demandado y del sindicato recurren la decisión argumentando que transcurrió el término de prescripción de dos meses establecido en el artículo 118 A del CPT, por lo que se debe dar aplicación al contenido de la norma y no al criterio de permanencia en el tiempo de la causal esbozado por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional; así mismo que ante la diversidad de criterios en los distintos Tribunales del país sobre este tema, se debe aplicar el principio de favorabilidad contenido en el art. 53 C.N.

Al respecto estima esta Sala que la conclusión a la que se arribó en la sentencia apelada fue acertada, toda vez que la aplicación del término de prescripción consagrado en el art. 118 A ib. no opera en aquellos casos en que la causal en que se fundamenta la solicitud de autorización de despido, es la del reconocimiento de la pensión al trabajador establecida en el parágrafo 3° del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art.9° de la Ley 797 de 2003, ello por cuanto esta causal a diferencia de las demás que contemplan los artículos 62 y 63 del CST, puede ser invocada en cualquier tiempo, ya que corresponde a una causal especial, por tratarse de una *facultad que la ley le brinda al empleador y de la cual puede hacer uso cuando estime conveniente que el servidor ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad*² y no de aquellas originadas en el incumplimiento de las

² Sentencia SL2509-2017 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral

obligaciones contractuales o en circunstancias naturales como la enfermedad.

Ahora en cuanto a la aplicación del principio de favorabilidad se estima que en el caso bajo estudio no nos encontramos frente a la duda en la interpretación del fenómeno de la prescripción, cuando la causal invocada es el reconocimiento de la pensión, ya que el criterio de imprescriptibilidad ha sido decantado por la Corte Constitucional en providencias de tutela como la T-606 de 2017 y la T-338 de 2019, cuya ratio decidendi tiene carácter vinculante en materia constitucional; así mismo por cuanto la posición sobre de permanencia en el tiempo de dicha causal ha sido trazada por el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL 2509 de 2019, por tanto, la interpretación que aquí se aplica se encuentra acorde con lo esbozado por los altos tribunales, sin que haya duda en la aplicación de varios criterios coexistentes sobre la materia.

5. Función Publica

En cuanto a la inconformidad planteada por el apoderado del demandado, en lo referente a que a su prohijado no le es aplicable el contenido del parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, según lo establecido en la Ley 1821 de 2016 *“Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”*, por tratarse de un docente universitario que cumple funciones públicas, se ha de precisar el alcance de este concepto y sí al señor Ríos Gómez le es aplicable el contenido de la Ley de retiro forzoso.

Al respecto se tiene que la función pública se entiende como aquella actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y de manera excepcional por delegación a un particular; siendo una actividad que despliega el Estado, sin que pueda concebirse como análoga a la desarrollada por los particulares.

Sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 2003 ha señalado:

“Si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, cabe precisar que la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones, lo que implica específicamente que no se pueda confundir el ejercicio de función públicas, con la prestación de servicios públicos, supuestos a los que alude de manera separada el artículo 150 numeral 23 de la Constitución que asigna al Legislador competencia para expedir las leyes llamadas a regir una y otra materia.

La Constitución utiliza el término función para identificar las actividades del Estado, (art.113 C.P.) así como para determinar las competencias de los diferentes órganos estatales (arts 150, 241, 277 C.P. por ejemplo). Así mismo el artículo 122 señala que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, en tanto que el artículo 212 superior expresa

que Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

(...)

Así las cosas, la noción de función pública atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

Empero, debe la Corte señalar que la posibilidad de desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión en un cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas (art. 123-3, 210-2, 267-2) o funciones públicas judiciales (art. 118-3).

(...)

Las anteriores referencias permiten señalar que no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público.

El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado.”

16

Conforme a lo anterior, se tiene que a pesar que la educación corresponde a un servicio público inherente a las finalidades del estado, per se no conlleva al ejercicio de una función pública, pues su ejecución puede estar en cabeza del estado o de particulares, en ese último evento y al no tratarse de los casos taxativamente señalados en la Constitución y la Ley, en los que un particular puede investirse de autoridad del Estado, no es dable predicar el desempeño de funciones públicas por parte de los docentes de instituciones privadas.

De acuerdo con lo expuesto, al señor Ríos Gómez no le es aplicable el contenido de la Ley 1821 de 2016 y, por ende, en su caso era dable para el empleador invocar la causal para dar por terminado el contrato de trabajo, regulada en el parágrafo 3° del artículo 9 L.797/03, en armonía con el numeral 14 del art. 62 CST.

En síntesis, encuentra esta Corporación que en el presente asunto se configuró la causal definida como justa por la legislación laboral relacionada con el reconocimiento pensional, la que no se encuentra prescrita, dada su permeancia en el tiempo, razón por la cual había lugar a ordenar el levantamiento del fuero sindical y la consecuente autorización para despedir al trabajador, según se dispuso por la Juez de primer grado, encontrándose

acertada la decisión adoptada en ese sentido, debiéndose entonces confirmar en esta instancia la sentencia apelada.

Por lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto interlocutorio mediante el cual se declaró no probada la excepción previa de “indebida representación del demandado”, formulada por el demandado.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 4 de febrero de 2021.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandado y de la organización sindical.

Los Magistrados,


GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO



OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA

(firmado hoy 24/02/2021, fecha de su registro)



JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

(firmado hoy 24/02/2021, fecha de su registro)