REPUBLICA DE COLOMBIA

Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

E D I C T O

LA SECRETARÍA DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA,

H A C E S A B E R:

Que el treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN:	54-001-31-05-004-2022-00114-01 P.T. No. 19972
NATURALEZA:	FUERO SINDICAL (Levantamiento de fuero sindical – Permiso Despedir)
DEMANDANTE	CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE
DEMANDADO:	JOSAFAT GAMBOA CARVAJAL Y ASPROUL
FECHA PROVIDENCIA:	TREINTA (30) DE SEPTIEMBRE DE 2022.
DECISION:	"**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 23 de junio de 2022, dictada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído. **SEGUNDO:** Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada, fíjense como agencias en derecho la suma de $250.000."

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy seis (6) de octubre de dos mil veintidós (2022).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy diez (10) de octubre de 2022, a las 6:00 p.m.

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO:	**ACCIÓN DE FUERO SINDICAL – PERMISO PARA DESPEDIR**
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2022-00114-02
RADICADO INTERNO:	19.972
DEMANDANTE:	CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA
DEMANDADO:	JOSAFAT GAMBOA CARVAJAL y ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD LIBRE "ASPROUL"

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, presidida por NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES, en compañía de los Magistrados ELVER NARANJO y JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA, dentro del presente proceso de permiso para despedir por fuero sindical promovido por CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA, mediante apoderado judicial contra JOSAFAT GAMBOA CARVAJAL y el sindicato ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD LIBRE "ASPROUL", a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia del 23 de junio de 2022, proferidas por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

Abierto el acto por la Magistrada Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la siguiente providencia:

1. ANTECEDENTES

La CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA, interpone acción especial de fuero sindical para el levantamiento de fuero sindical del trabajador JOSAFAT GAMBOA CARVAJAL, en su condición de miembro suplente de la Junta Directiva de la Organización Sindical ASPROUL para la Seccional Cúcuta, como quiera que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES le otorgó reconocimiento pensional, se encuentra incluido en nómina de pensionados y recibiendo el pago de la correspondiente mesada; exponiendo como hechos que el demandado es docente de la facultad de ingeniería y percibe pensión de vejez reconocida mediante Resolución SUB54361 del 24 de febrero de 2022, encontrándose en nómina y por ende la Universidad necesita hacer uso de la potestad que le otorga el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, literal A, numeral 14 y el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para dar por terminado con justa causa el contrato, previo a lo cual se requiere levantar el fuero sindical que le protege como miembro suplente de la Junta Directiva de la Organización Sindical denominada ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD LIBRE "ASPROUL" para la seccional Cúcuta.

El conocimiento del proceso le correspondió al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta; el 28 de abril de 2022 se profirió auto Admisorio de la demanda, y en audiencia fijada para el 17 de junio de 2022, se presentaron las contestaciones del demandado y la asociación sindical.

El demandado JOSAFAT GAMBOA CARVAJAL y la Asociación ASPROUL contestan aceptando los hechos referentes a la vinculación y la pensión de vejez, pero advierte que la facultad de terminar el contrato es potestativa, y existe una aplicación abiertamente discriminatoria entre los docentes de la Universidad Libre asociados a la organización sindical ASPROUL y los directivos y docentes miembros de Sala General; por lo que se opone a las pretensiones, en la medida que la decisión de la demandante es inaplicable al presente caso por ser violatoria de los principios fundamentales al derecho de asociación y del fuero sindical, vulnerando además el derecho a la igualdad toda vez que la Universidad Libre desvincula a los docentes que han alcanzado su derecho a la pensión de vejez que hacen parte de la Asociación Sindical "ASPROUL", pero no a los docentes y directivos que también están gozando de su derecho a la pensión pero hacen parte de la Sala General de la Universidad Libre. Propone como excepciones PROTECCIÓN AL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y AUTONOMÍA SINDICAL, VIOLACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD, PERSECUCIÓN SINDICAL y solicita aplicar excepción de inconstitucionalidad por violación de los artículos 39 y 55 de la Constitución Política.

2. SENTENCIA IMPUGNADA

2.1. Identificación del tema de decisión

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia acerca del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia del 23 de junio de 2022, mediante la cual el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, resolvió:

> ***PRIMERO: NEGAR*** *la excepción de inconstitucionalidad propuesta por la pasiva, conforme a lo considerado.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR*** *el levantamiento del fuero sindical, otorgándole a la demandante permiso para dar por terminado el contrato de trabajo al trabajador aforado, conforme a lo considerado.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones de mérito propuestas por la pasiva, conforme a lo expuesto*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *en costas a la parte pasiva y a favor de la demandante, se fijan como agencias la suma de $1 millón a cargo de los dos demandados, fundamento legal artículo 365-1 del CGP en conc Acuerdo del Consejo Superior de la judicatura Sala Administrativa, PSAA16-10554 del 5 agosto de 2016, en su oportunidad se incluirán las agencias en la liquidación de las costas.*

2.2. Fundamento de la decisión apelada

El Juez de primera instancia, fundamentó su decisión en lo siguiente:

- Que el problema jurídico a resolver es determinar si es procedente conceder el permiso solicitado por el empleador demandante y declarar probada la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo del demandado JOSAFAT GAMBOA CARVAJAL, directivo de la asociación sindical ASPROUL, por estar percibiendo pensión e incluido en nómina por

lo que es procedente su despido acorde al artículo 62 del C.S.T. y jurisprudencia al respecto.

- Señala que no es materia de debate la gran mayoría de hechos, referentes a la vinculación laboral del demandado, que tiene el estatus de pensionado reconocida desde febrero de 2022 y está incluido en nómina, así como que goza de fuero sindical como suplente de la directiva de ASPROUL, asociación con personería jurídica vigente y por lo cual en efecto, se requiere levantar el fuero sindical dada la intención de finalizar su contrato alegando justa causa.

- Explica que a través de la normativa del trabajo se protege la garantía constitucional de fuero sindical para que el empleador antes de terminar el contrato de trabajo de un trabajador aforado por su calidad de fundador o directivo de la asociación sindical, acuda al Juez para que valore la existencia de la justa causa y en caso de no hacerlo daría lugar a la acción especial de reintegro a favor del trabajador; explicando la jurisprudencia que en estos procesos debe el Juez verificar la ocurrencia de la justa causa alegada y luego el análisis de la legalidad, que para este caso se alega el numeral 14 literal a del artículo 62 del C.S.T.

- Respecto de la calidad de aforado del demandante, JOSAFAT GAMBOA CARVAJAL, estando probado al proceso la inscripción de la junta directiva de ASPROUL donde el actor es suplente y no es objeto de discusión que goza de fuero sindical; por lo que goza de una estabilidad laboral reforzada cuyo objetivo es proteger el ejercicio de la actividad sindical pero no debe entenderse como una prerrogativa personal e individual, sino una protección al Sindicato para que sus miembros ejerzan su representación sin presiones y libremente. Por ello, el fuero no es absoluto dado que la ley identifica una serie de causales para finalizar el contrato válidamente.

- La justa causa alegada es “El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa”, la cual fue reiterada en el parágrafo 3° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que analizó la Corte Constitucional en Sentencia C-1037 de 2003 para advertir que la causal procedía siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente'; agregando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL2509 de 2017 que la causal se hace efectiva con la fecha de reconocimiento pensional, explicando que esta causa se justifica en que el trabajador ya cuenta con un ingreso sustitutivo y abre el espacio laboral para un nuevo empleado. Pero en todo caso es una decisión discrecional del empleador y que puede ejercer en cualquier momento, por ser una prestación de carácter permanente.

- Aplicando lo anterior al caso concreto, explica que demostrada la causal alegada no es dable al juez valorar situaciones ajenas pues el objeto del proceso es garantizar la legalidad de la actuación y la decisión del empleador no genera perjuicios al sindicato en la medida que se dirige sobre la persona que ejerce una representación, quien sin solución de continuidad pasa a gozar de su pensión y cumple el relevo generacional que ha sido avalado por la Corte Constitucional como objetivo de la norma; no procediendo alegados de persecución sindical, pues la organización puede reemplazar al trabajador como en efecto ya hizo acorde a prueba sobreviniente, por lo que niega la excepción de inconstitucionalidad solicitada y las excepciones propuestas.

4. APELACIÓN

El apoderado del trabajador y la asociación sindical demandada presentó recurso de apelación en contra de la decisión anterior, con fundamento en lo siguiente:

- Que sobre la causal alegada por el empleador y el análisis jurisprudencial realizado, está claro que es un motivo facultativo por lo que pese a la inclusión en nómina el empleador puede optar o no por desvincularlo, pero se advierte que la UNIVERSIDAD LIBRE no aplica esta discreción de manera igualitaria frente a los miembros de la Sala General o de sus Directivas; dejando de analizarse lo expuesto en las contestaciones sobre la discriminación alegada por este asunto y sobre lo cual se negaron las pruebas solicitadas, para evidenciar directivos que aun pensionados siguen laborando en la institución como el Presidente de la Seccional Pereira y otros ejemplos acreditados.

- Agrega que en este caso se enfrentan dos derechos, una colisión del derecho empresarial para despedir con justa causa a un trabajador pensionado frente al de asociación sindical que es de orden fundamental, por lo que debe primar para garantizar la supremacía constitucional y los tratados de la OIT, para que los sindicatos libre y autónomamente puedan conformar sus órganos directivos, impidiendo con estas decisiones la libre elección de los representantes sindicales que permitirían acceder a la excepción de inconstitucionalidad.

- Reclama que hubo un trato desigual en la etapa probatoria, al negarse las pruebas reclamadas por la demandada pero se ordenó de oficio el interrogatorio de parte que había desistido la demandante.

5. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

De acuerdo con los antecedentes explicados, a esta Sala de Decisión le corresponde establecer: ¿Si existe o se configura la justa causa o causa legal de terminación del contrato laboral invocada por la empleadora demandante CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA, para ordenar el levantamiento de la garantía foral del trabajador JOSAFAT GAMBOA CARVAJAL, y consecuentemente, si es procedente conceder el permiso para despedirlo del cargo que se encuentra ocupando?

6. CONSIDERACIONES:

6.1 Generalidades de la acción de fuero sindical

A fin de determinar si el demandado gozaba de fuero sindical al momento de su desvinculación, es menester recordar que el fuero es aquella protección de la cual goza el trabajador, para no ser desvinculado o desmejorado durante la ejecución de su contrato de trabajo, y bajo las condiciones que se establezca para dicha protección, aunado a que en el caso de la desvinculación, para esta no bastará con la justa causa sino que deberá ser calificada previamente por el juez laboral para autorizar el retiro del trabajador.

Sea lo primero señalar que en el artículo 39 de la Constitución Política se elevó a rango constitucional la garantía del fuero sindical:

> *"ARTÍCULO 39. Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin*

> *intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.*
>
> *La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos.*
>
> *La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo proceden por vía judicial.*
>
> *Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.*
>
> *No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública."*

Al respecto del fuero sindical establece el artículo 406 del C.S. del T., define el fuero sindical como: *"(…) la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo."*

A su vez, esta norma señala que trabajadores se encuentran amparados por la garantía sindical:

> *"ARTICULO 406. TRABAJADORES AMPARADOS POR EL FUERO SINDICAL. <Ver Notas del Editor> <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Están amparados por el fuero sindical:*
>
> *a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses;*
>
> *b) Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores;*
>
> *c)* ***Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más****;*
>
> *d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos. Esta comisión será designada por la organización sindical que agrupe el mayor número de trabajadores.*
>
> *PARAGRAFO 1o. Gozan de la garantía del fuero sindical, en los términos de este artículo, los servidores públicos, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.*

> *PARAGRAFO 2o. Para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador."*

Conforme a la norma transcrita, la garantía que otorga el fuero sindical es para cierta clase de trabajadores vinculados al sindicato y por el tiempo que dispone la norma; por lo tanto, para que un empleador pueda despedir, trasladar o desmejorar las condiciones de trabajo de un empleado amparado por el fuero sindical es necesario que solicite un permiso al juez laboral, a través de la acción de levantamiento de fuero, aduciendo la justa causa en que fundamenta dicha petición, para lo cual debe recurrir al procedimiento previsto en los artículos 113 y siguientes del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

6.2 Caso concreto

En el presente asunto, el juez de instancia, resolvió acceder a la pretensión de levantamiento del fuero sindical por encontrar demostrada la causal del numeral 14 literal A del Artículo 62 del C.S.T. y del parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, al haber accedido el trabajador JOSAFAT GAMBOA a su pensión de vejez desde febrero de 2022 y por lo cual el empleador goza de la discrecionalidad para decidir el retiro del demandado, siendo una causal avalada por la jurisprudencia para garantizar el relevo generacional, sin solución de continuidad entre el retiro y la percepción de la pensión, y que no afecta el ejercicio sindical, pues la protección recae sobre la asociación no la persona.

En la alzada, manifiesta la apoderada judicial del demandado, que no está conforme con la valoración efectuada de la causal de liquidación, pues se dejó de verificar los alegatos expuestos en la contestación sobre discriminación por no ejercer de manera igualitaria la discreción de despedir trabajadores pensionados, la solicitud de excepción de inconstitucionalidad sobre la objetividad de la causal por afectar la autonomía sindical y manifiesta que hubo desigualdad en el ejercicio probatorio en su perjuicio.

Previo a analizar con detalle los reparos del recurrente, señalan las partes que JOSAFAT GAMBOA CARVAJAL está vinculado a la UNIVERSIDAD LIBRE SECCIOANL CÚCUTA mediante un contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 12 de febrero de 1996, para desempeñarse como profesional de la facultad de ingeniería industrial, que se mantiene vigente a la fecha según certificado del empleador.

Respecto de la calidad de aforado, se aportó con la demanda el certificado proferido por el MINISTERIO DEL TRABAJO, en el que se evidencia que el señor GAMBOA CARVAJAL tiene la calidad de miembro suplente de la Junta Directiva del Sindicato ASPROUL CÚCUTA, registrada el 25 de septiembre de 2019, por lo que ostenta una estabilidad laboral reforzada según lo establecido en el artículo 405 y 406 del Código Sustantivo del Trabajo; aunque en el curso del proceso de aportó un cambio en el registro del 20 de mayo de 2022 donde se suscitó cambio de directiva, se advierte que el fuero se extiende por 6 meses tras la finalización del mandato.

En la demanda, se manifiesta por la demandante que el señor JOSATAF GAMBOA actualmente se encuentra incluido en nómina de pensionados de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y viene disfrutando del pago de las respectivas mesadas pensionales acorde a la Resolución SUB54361 del 24 de febrero de 2022, por lo que necesita hacer uso de la potestad que le otorga el artículo 62 del Código Sustantivo del

Trabajo, literal A, numeral 14 y el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para dar por terminado con justa causa el contrato de trabajo.

Estas normas establecen como justa causa para despido "*El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa"* y que "*Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones*".

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 ibidem, 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.

Al respecto, se demostró que COLPENSIONES reconoció pensión de vejez al señor GAMBOA CARVAJAL JOSAFAT teniendo en cuenta 1,378 semanas, con una tasa de reemplazo del 65.72%, cuantía inicial de $1,533,368 pesos M/CTE efectiva a partir del 1 de febrero de 2021 y posteriormente mediante Resolución No. SUB54361 del 24 de febrero de 2022 accedió a la reliquidación aumentando la cuantía a $2,074,354 a partir del 1 de enero de 2021 y dispuso el ingreso en nómina de la nueva mesada a partir de marzo de 2022.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-1037 de 2003, dispuso que además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se puede dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique al trabajador debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondientes, en consecuencia, no basta con la notificación del reconocimiento de la pensión si no que es un requisito indispensable que el trabajador sea incluido en nómina a fin de que no exista solución de continuidad entre la fecha de retiro y aquella en la que empieza a recibir la pensión.

Esta garantía ha sido ratificada por la misma Corporación en Sentencia T-606 de 2017, donde se señaló que:

> "(…) *el reconocimiento de la pensión es una causal contemplada por el Legislador para dar por terminado el contrato laboral por parte del empleador que solo puede invocarse una vez el trabajador se haya incluido en nómina.* ***Esta causal es objetiva y razonable,*** *toda vez que el trabajador -particular o servidor público-: (i) no queda desamparado al tener derecho de disfrutar de una contraprestación fruto de los ahorros realizados durante su vida laboral para goce de su descanso, en condiciones dignas cuando su fuerza de trabajo se disminuye; y (ii) se abre la posibilidad de que el cargo ocupado pueda ser provisto por otra persona.*"

Respecto al parágrafo 3º del artículo 9º de la ley 797 de 2003, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2509 del 2017 reiterada en la SL3108 del 2019 y SL3146 del 2020 señaló en resumen lo siguiente: "*i) que la causal resulta aplicable en las vinculaciones laborales,*

tanto del sector privado como del público; ii) que para su configuración no solo se requiere el acto de reconocimiento de la pensión sino la efectiva inclusión en nómina de pensionados; iii) puede ser utilizada por el empleador en el momento que considere necesario o conveniente, cuidando de no transgredir el artículo 128 de la Constitución Política en el caso de los servidores oficiales y además, iv) que el empleador tiene la facultad de solicitarla y tramitarla en nombre de su trabajador". (subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, una vez cumplidos los presupuestos aludidos, el empleador puede hacer uso de dicha causal, cuando lo estime conveniente y considere que su trabajador o servidor ha cumplido ya con su ciclo laboral en la empresa o entidad, es decir, no está sujeto a ninguna regla de inmediatez, quedando a su discrecionalidad ejercerla en cualquier momento, como señala la citada providencia T-606 de 2017 al indicar que:

> "(…) *nada impide al patrono y al trabajador mantener el vínculo contractual cuando reconocida la pensión a favor del último, surge de esta circunstancia la causal establecida por la ley, pues en lo concerniente a los trabajadores del sector privado el ordenamiento no impone edad de retiro forzoso. No obstante, la prolongación voluntaria del contrato, la causal derivada del reconocimiento de la pensión no desaparece, pues lo que caracteriza la prestación que la origina es la constitución permanente de una posibilidad de goce a favor del trabajador. Dicha contingencia genera al patrono la alternativa de mantener el contrato o darlo por terminado pues ninguna de las decisiones que tome al respecto, lesiona derechos constituidos a favor del trabajador*"

Así las cosas, la causal prevista en el numeral 14 literal a) del art. 62 del CST propuesta por la Corporación Universidad Libre Seccional Cúcuta, no vulnera el derecho a la asociación sindical, pues la misma constituye causal objetiva, que se genera a la terminación de su contrato de trabajo cuando se causa en favor del trabajador una prestación de carácter permanente y que impide dejarlo desamparado y desprotegido en su mínimo vital, dándole la posibilidad gozar de descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de su producción laboral es evidente y, además, se genera 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.

Estas razones permiten desestimar el primer argumento del apelante, que reclama la existencia de discriminación por parte del empleador alegando que se está ejerciendo la facultad discrecional de manera indebida, por cuanto acorde a los fundamentos jurisprudenciales expuestos se trata de una valoración subjetiva que puede realizar el empleador para identificar la necesidad de un relevo generacional y la posibilidad de despedir a un trabajador que ya cuenta con el sustituto de su ingreso salarial.

Frente a la existencia de desigualdad por existir otros trabajadores que también están pensionados pero no han sido objeto de la decisión discrecional de terminación alegando justa causa por dicha calidad, esta se reclama en la contestación identificando una serie de docentes y directivos que conforman la Sala General de la Universidad Libre; sobre la aplicabilidad de juicios de igualdad por parte de los operadores judiciales, la providencia T-030 de 2017 de la Corte Constitucional explica:

> "(…) *la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los*

> *particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos construidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.*
>
> *De igual forma, esta Corporación ha expresado que este postulado tiene un contenido que se concreta en el deber público de ejercer acciones concretas, destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones particulares o cambios en el diseño institucional (acciones afirmativas).*
>
> *En consecuencia,* ***están prohibidas las distinciones que impliquen un trato distinto no justificado****, con la capacidad de generar efectos adversos para los destinatarios de las normas o conductas que las generan, quienes no están obligados a soportar esos déficit de protección.*"

Atendiendo a este parámetro, la Sala reitera lo expuesto previamente en el auto que resolvió la apelación del decreto de pruebas, en cuanto a que se busca comparar a un docente de nivel seccional con personal que adicionalmente a la docencia ejerce y ostenta un cargo directivo en la Corporación Universitaria a nivel nacional, lo que implica una situación jurídicamente relevante de diferente categoría y ante ello, no es viable exigir una protección de no discriminación.

Sobre el argumento del apelante por el cual reclama que se inaplique la justa causa para despido consagrada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, literal A, numeral 14 y el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 por vía de **excepción de inconstitucionalidad**, esta figura jurídica tiene su origen en el artículo 4º de la Constitución Política al establecer que su superioridad jerárquica sobre el restante ordenamiento jurídico y su prevalencia en caso de incompatibilidad; para la efectividad de este postulado normativo se erigió un sistema de control de constitucionalidad mixto al combinar por un lado el control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional en modalidad abstracto (demandas de inconstitucionalidad y control automático) y concreto (sede de revisión de acciones de tutela) y por otro lado un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución también por vía de acción (tutela) o de excepción.

La vía de excepción, advierte la Corte Constitucional en sentencia C-122 de 2011, la "*puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.*"

La Jurisdicción Ordinaria Laboral no ha sido ajena a desarrollar y ejecutar este precepto cuando ha encontrado que la aplicación de un parámetro normativo puede sacrificar principios constitucionales; siendo el caso por excelencia para demostrar su implementación, la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar el requisito de fidelidad al sistema creado en la ley 860 de 2003, que solo fue declarado inexequible hasta el año 2009 y en aras de evitar que su exigencia costara la negativa a acceder a pensiones de invalidez y sobreviviente, se ha aceptado que las causadas antes de la declaratoria de inexequibilidad se diriman inaplicando esta norma por su talante regresivo e incompatible con la Constitución.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus decisiones ha indicado que su aplicación en sede judicial no puede darse mediante la aplicación del artículo 20 de la ley 393 de 1997 que regula las acciones de cumplimiento, como puede verse recientemente en SL4280 de 2019 aunque **sí concuerda con esta norma en que no puede darse cuando ya ha habido un pronunciamiento en sede de control abstracto, como se ve en SL4327 de 2018**; así mismo ha indicado desde la providencia de rad. 28.820 del 13 de junio de 2006, reiterada en SL3801 de 2019, que "*es presupuesto sine qua non que haya sido planteada en las oportunidades procesales para ello*" y en otras providencias como SL4956 de 2018 se advierte que el demandante debe señalar tanto las normas que estima incompatibles con la Constitución como la carga argumentativa que ello conlleva, pues la excepción de inconstitucionalidad debe ser evidente e inequívoca.

Sobre su naturaleza, en providencia SL1622 de 2019 explica que "*la posibilidad de inaplicar una norma por inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 4º de nuestra constitución, no es una patente de corso para que de manera irrestricta se busque, la vigencia ultractiva de normas que generen como efecto desconocer, en una situación en concreto, el marco normativo vigente. Ello no opera al libre albedrió y el juez para echar mano de la misma está llamado a la estrictez de la garantía constitucional.* ***La excepción, que no ha sido ajena a esta Sala, es procedente cuando nos encontramos frente a una norma abiertamente contraria a la constitución*** *o por ser una normativa regresiva frente al contenido mínimo de protección que inicialmente se ofrecía, sin que exista una justificación razonable a la luz de la misma constitución que hubiera habilitado el cambio normativo.*"

En este caso, siguiendo los lineamientos descritos deviene en improcedente la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en la medida que el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, literal A, numeral 14 ya fue objeto de control abstracto de constitucionalidad mediante la Sentencia C-1443 de 2000 y el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 también fue declarado exequible mediante la providencia C-1037 de 2003; por lo que no es procedente desconocer que ya hubo una revisión del órgano encargado sobre cómo la norma satisface los parámetros constitucionales para predicar su validez y ello impide desconocer sus efectos por vía de excepción.

Finalmente, sobre el argumento enunciado de que el Juez descartó las pruebas solicitadas para demostrar las excepciones propuestas pero inclusive decretó oficiosamente el interrogatorio de parte del demandado que ya había desistido el demandante; se advierte que acorde a los artículos 53 y 54 del C.P.T.Y.S.S., el Juez motivará la decisión en que rechaza las pruebas que considera inconducentes o superfluas y tiene la facultad de decretar oficiosamente las que estima indispensables para esclarecer los hechos controvertidos, lo cual es susceptible de recursos de reposición y apelación.

Entonces, no es admisible controvertir en la sentencia el uso de estas facultades dado que es en la etapa probatoria donde el interesado debe interponer los recursos para reclamar oportunamente la inclusión de las pruebas que estima le permitirían cumplir con su carga procesal; como en este caso, que se surtió un debate entre las partes durante la audiencia del 17 de junio por la cual se aceptaron unas pruebas y se rechazaron otros, con su respectiva motivación y la parte demandada solo apeló la negativa sobre un documento, lo cual fue confirmado en segunda instancia por advertirlo inconducente.

En consecuencia al no ser procedente los argumentos expuestos en la apelación, se confirmará íntegramente la decisión del *a quo* de autorizar el despido del trabajador aforado JOSAFAT GAMBOA CARVAJAL por configurarse la causal de ingreso a nómina de pensión por parte del trabajador.

Finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada y se fijan como agencias en derecho la suma de $250.000.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 23 de junio de 2022, dictada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada, fíjense como agencias en derecho la suma de $250.000.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NIDIA BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Magistrado