

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020).

Auto Interlocutorio Nro. 317

MAGISTRADO PONENTE: VICTOR ADOLFO HERNÁNDEZ DÍAZ

M. CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
EXPEDIENTE:	76001-33-33-012-2019-00009-01.
DEMANDANTE:	OMAR ANTONIO LEDEZMA LASSO pradoabogado23@hotmail.com
DEMANDADO:	EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI EICE ESP notificaciones@emcali.com.co
ASUNTO	APELACIÓN DE AUTO – CONFIRMA

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación propuesto por la parte demandada contra el auto del cinco (05) de marzo de dos mil veinte (2020)¹, proferido por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cali, mediante el cual declaró no probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia de ese despacho para conocer del asunto.

II. ANTECEDENTES

El señor Omar Antonio Ledezma Lasso a través de apoderado judicial demandó a las Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP, solicitando se declare la nulidad del oficio No. 830-DTH-0184 del 15 de enero de 2007², que negó el reajuste de la mesada pensional equivalente a la elevación en la cotización por salud, conforme lo establecido en el artículo 143 de la ley 100 de 1993.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a EMCALI EICE ESP, el reconocimiento y pago a partir del 01 de mayo de 2004 del reajuste mensual equivalente a la elevación de la cotización para salud.

III. DE LA PROVIDENCIA APELADA:

Mediante auto interlocutorio del 05 de marzo de 2020, proferido por el Juzgado Doce Administrativo Oral de Cali, declaró no probada la excepción de falta de jurisdicción al considerar que antes de convertirse en Empresa Industrial y Comercial del Estado, EMCALI era un Establecimiento Público para los cuales según el Decreto 3135 de 1968 por regla general sus servidores son empleados públicos y por excepción trabajadores oficiales. Lo anterior lo fundamentó en sentencia C-485 de 1995 del Corte Constitucional y Auto del 19 de febrero de 2019 proferido por esta Corporación y cuya ponencia correspondió al Magistrado Fernando Augusto García Muñoz.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

¹ Fl. 130 y 136 (Medio magnético).

² Fl. 63

El apoderado de la parte demandada, interpuso recurso de apelación reiterando los argumentos expuestos en su contestación para proponer la excepción. Afirmó que conforme a la Ley y la Jurisprudencia los empleados públicos no son beneficiarios de Convenciones Colectivas, como expresamente lo indica el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo³.

Citó la Sentencia del 31 de julio de 1992, Radicado 3480 del H. Consejo de Estado, consejera ponente Dra. Dolly Pedraza de Arenas cuya edición de texto corresponde al apoderado de la parte demandada así:

“... Sin embargo según el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 quienes prestan sus servicios en los establecimientos públicos son empleados públicos vinculados a la administración por una situación legal y reglamentaria, salvo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas que son trabajadores oficiales y ...” (pág. 7) (resaltado fuera del texto)⁴.

Afirma que la calidad de trabajador oficial se corrobora igualmente, como beneficiario de la convención colectiva, con la que se demuestra que se le aplicó al momento del retiro, y en ella se indica que incluyó para efectos liquidación de la pensión de jubilación los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios.

Por lo anterior, solicita se declare la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que admitió la demanda, para en su lugar rechazarla in limine, por ser la justicia ordinaria laboral la jurisdicción competente para conocer del asunto.

V. CONSIDERACIONES

V.1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe revocarse el auto del 05 de marzo de 2020 que declaró no probada probada la excepción de falta de jurisdicción propuesta por EMCALI EICE ESP?

V.2. TESIS

La Sala confirmará el auto apelado, pues en éste punto del proceso se advierte razonable que al haber sido reconocida la pensión en vigencia del Acuerdo No. 50 de 1961, esto es, siendo EMCALI una Establecimiento Público su régimen laboral atendía al Decreto 3135 de 1968 que por regla general asume que los servidores del Estado son empleados públicos y por excepción trabajadores oficiales, al margen de que le haya reconocido o no pensión con base en una convención colectiva del trabajo que no es el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala, ni fue el traído con la demanda.

V.3. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el artículo 1º del Acuerdo 050 de diciembre 1º de 1961 la entidad “Empresas Municipales de Cali” se creó como un establecimiento público descentralizado, con patrimonio propio y autonomía administrativa. No obstante, mediante Acuerdo No. 14 de diciembre 26 de 1996 y en virtud de lo dispuesto en el artículo 173 de la Ley 142 de 1994, su naturaleza jurídica fue transformada, convirtiéndose en una Empresa Industrial y Comercial del Estado.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que antes de la transformación, los servidores de EMCALI

³ **ARTICULO 416. LIMITACION DE LAS FUNCIONES.** <Texto subrayado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no puedan declarar o hacer huelga. -Subrayas del texto-

⁴ Sic

eran considerados empleados públicos, dada la naturaleza de establecimiento público descentralizado que se le había asignado al momento de su constitución; sin embargo, una vez se transformó en Empresa Industrial y Comercial del Estado la naturaleza de la relación laboral de sus empleados también cambió, convirtiéndose, en su mayoría, en trabajadores oficiales y, solo por excepción algunos cargos de dirección serían considerados de confianza o manejo, conforme el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968:

“Artículo 5.- Empleados públicos y trabajadores oficiales: Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.”

En los estatutos de EMCALI establecidos mediante Acuerdo No. 34 de enero 15 de 1995, después de la transformación en Empresa Industrial y Comercial del Estado, en torno a la naturaleza de la relación laboral de sus empleados se determinó:

“Artículo 16.- Régimen legal de los trabajadores. El régimen legal de los trabajadores de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. será el que le corresponda al artículo 5º, inciso 2º del Decreto 3135 de 1968. La regla general será la de los trabajadores oficiales y excepcionalmente ostentarán la calidad de empleados públicos quienes desarrollen actividades de dirección, confianza y manejo y en los siguientes cargos: Gerente General Asistentes de Gerencia Gerentes de Unidades Estratégicas de Negocios Gerentes de Área Secretarios Generales Director Centro de Informática Director Administrativo y Financiero Directores de Servicios Subgerentes de Servicio Jefe de Oficina de Control Interno Jefes de Oficina de Control Disciplinario Jefes de Departamento”

En sentencia del 8 de febrero de 2018, radicado No. 76001-23-31-000-2010-01329-02(2472-15) con ponencia del consejero GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ en caso semejante el H. Consejo de Estado, en punto a la naturaleza jurídica de EMCALI una vez convertida en Empresa industrial y comercial del Estado señaló:

“Antes de proceder a desatar el tema de la apelación debe precisarse, que la naturaleza jurídica de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P., así como de sus servidores ya ha sido decantada por esta Corporación a través de varias providencias, razón por la que vale recordar que de conformidad con lo señalado por el Acuerdo 014 de 26 de diciembre de 1996[6], proferido por el Concejo Municipal de Cali, EMCALI se transformó de un establecimiento público a una empresa industrial y comercial del Estado, en virtud de lo ordenado por la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios 142 de 1994, transformación a la que se remitió el análisis de ésta Corporación en reciente sentencia[7]: «... La entidad demandada es una Empresa de Servicios Domiciliarios constituida con fundamento en el parágrafo del artículo 17 de la ley 142 de 1994 como una Empresa Industrial y Comercial del Estado (Fls. 41 y s.s.).

El régimen laboral de sus funcionarios será entonces el señalado en el artículo 5 del decreto-ley 3135 de 1968, por remisión expresa del artículo 41 de la ley 142 precitada. En dicha norma se asigna en términos generales el carácter de trabajadores oficiales a sus servidores y excepcionalmente se faculta a los entes colegiados de dirección competentes (juntas directivas, asambleas) para señalar en los estatutos de la empresa que cargos serán ocupados por empleados públicos. Sobre esta facultad otorgada en el artículo 5 del Decreto 3138 de 1968, la Corte Constitucional señaló que tratándose de Empresas Industriales del Estado existe plena competencia de la entidad para asignar los cargos que por tener funciones de dirección y confianza deben ser ocupados por empleados públicos: “Por el contrario, la fijación de las actividades que van a ser desempeñadas por virtud de vinculación legal y reglamentaria dentro de las empresas industriales o comerciales, corresponde a una función constitucional de orden administrativo que bien puede entregar la ley a sus juntas directivas, para ser

ejercidas en la forma que determinen sus estatutos internos, sin que ello modifique la naturaleza del empleo ni la de la relación laboral de carácter oficial que está dada por la ley. En este sentido los estatutos internos de las empresas industriales y comerciales del Estado son el instrumento idóneo, en virtud del cual, se precisan las actividades de la empresa que corresponden a la categoría que debe ser atendida por empleados públicos; aquellos son actos que comprenden la definición del tipo de régimen aplicable a los servidores públicos en el entendido de que sólo los de dirección y confianza que se fije en el estatuto son empleados públicos, y el traslado de la competencia prevista en las expresiones acusadas no genera una contradicción con las normas constitucionales.”[8]

Son entonces las Juntas Directivas de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado quienes tienen la facultad de señalar la categoría de empleados públicos que excepcionalmente tienen algunos de los cargos de su planta. Cuando la Junta Directiva de una Empresa Industrial y Comercial del Estado ha ejercido su competencia al señalar excepcionalmente cargos de empleados públicos, se entiende entonces, que dichos cargos tienen funciones cuya esencia es de dirección y de confianza. Es en los Estatutos internos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en donde se precisan las actividades que deben ser ejercidas por empleados públicos, dichos actos por su naturaleza gozan de presunción de legalidad.»

De lo anterior se concluye que EMCALI EICE E.S.P se trata de (i) una Empresa de Servicios Domiciliarios (ii) constituida con fundamento en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 1994 como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, a partir del 1 de enero de 1997 (iii) y cuyo régimen laboral se encuentra en el artículo 5 del Decreto-Ley 3135 de 1968, por remisión expresa del artículo 41 de la Ley 142 precitada, que prevé en términos generales el carácter de trabajadores oficiales a sus servidores y excepcionalmente se faculta a los entes colegiados de dirección competentes (juntas directivas, asambleas) para señalar en los estatutos de la empresa que cargos serán ocupados por empleados públicos.

Ahora bien, no fue aportado al proceso el acto administrativo en el que se indique la mencionada clasificación efectuada por el órgano de dirección competente y en donde se comprenda el cargo del tercero interesado como aquellos de dirección, confianza y manejo que impliquen la naturaleza de empleado público, situación que no es relevante en tanto que la Resolución 055 que reconoció la pensión de jubilación al accionado desde el día 1 de febrero 1984, fue emitida el 28 de febrero de 1984 , es decir cuando el señor Jaime Sandoval Aguayo ostentaba la calidad de empleado público previa a la transformación de EMCALI de establecimiento público a empresa industrial y comercial del Estado. Además, tanto la entidad demandante como la apoderada del interesado convergen en su calidad de empleado público y en la Resolución 2217 de 10 de octubre de 1995 ese fue el tratamiento que se le prodigó. (fol. 13 cuaderno 1).

En estos términos se constata que la vinculación del accionado fue legal y reglamentaria a través de acto de nombramiento y posesión, por lo tanto, el régimen al cual quedó sometido, es de derecho público, sin que exista posibilidad legal de discutir y acordar con la administración las condiciones de prestación del servicio, sin perjuicio del derecho a presentar peticiones respetuosas a la administración”.

V.4. CASO CONCRETO

En el presente caso el a-quo declaró no probada la excepción de falta de jurisdicción propuesta por la entidad demandada, al considerar que quien demanda fue empleado público de las Empresas Municipales de Cali y en esa medida la jurisdicción contenciosa es competente para conocer del asunto. La parte demandada EMCALI EICE ESP recurre la decisión señalando que por regla general la jurisdicción ordinaria laboral conforme el artículo 416 del Código sustantivo del trabajo conocerá de aquellas demandas interpuestas por trabajadores oficiales, naturaleza jurídica que se le endilga a la vinculación del actor por gozar de los beneficios pensionales de una convención colectiva.

La Sala acompaña la decisión del *a quo* teniendo en cuenta que al demandante le fue reconocida pensión mediante Resolución No. 1963 del 16 de septiembre de 1993⁵, época para la que EMCALI se encontraba constituida como Establecimiento Público por virtud del artículo 1º del Acuerdo Municipal No. 050 de diciembre 1º de 1961 y cuyo régimen laboral era el contenido en el artículo 5 del Decreto-Ley 3135 de 1968, que estableció por regla general las personas que prestan sus servicios en los Establecimientos Públicos son empleados públicos y por excepción de lo determinado en los Estatutos de la entidad serán Trabajadores Oficiales; en consecuencia se confirmará la decisión revisada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Valle,

RESUELVE:

PRIMERO. – CONFIRMAR el auto del cinco (05) de marzo de dos mil veinte (2020), proferido por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cali, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO. - Ejecutoriada la presente providencia envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



VÍCTOR ADOLFO HERNÁNDEZ DÍAZ
Magistrado



ZORANNY CASTILLO OTALORA
Magistrada



ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES
Magistrada

⁵ Fls. 29-31 Cdno Recurso.