



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**  
**Sala Primera de Decisión Laboral**

Magistrado Ponente:

**Fabio Hernán Bastidas Villota**

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2.022).

<b>Clase de proceso:</b>	Fuero sindical – Levantamiento fuero sindical – Permiso para Despedir.
<b>Radicación:</b>	76-001-31-05-012-2021- <b>00333-02</b>
<b>Juzgado de primera instancia:</b>	Doce Laboral del Circuito de Cali
<b>Demandante:</b>	Empresas Municipales de Cali –Emcali E.I.C.E. E.S.P.
<b>Demandados:</b>	- Andrés Felipe Quiñonez Salcedo - Sindicato de Servidores Públicos de Emcali EICE ESP “SINSERPUBLIEMCALI”
<b>Sentencia escrita No.</b>	<b>059</b>

**I. ASUNTO**

De conformidad con el artículo 117 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 47 de la Ley 712 de 2001, pasa la Sala a proferir **sentencia de plano** que resuelve el **recurso de apelación** formulado por la apoderada judicial de la parte demandante Emcali EICE ESP, contra la sentencia **No. 003** emitida el día 27 de Octubre de 2021, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

**II. ANTECEDENTES**

**1. La demanda.**

Procura la sociedad demandante: **i)** se disponga el levantamiento del fuero sindical que cobija al señor Andrés Felipe Quiñonez Salcedo en su condición de miembro de la Junta Directiva del Sindicato – SINSERPUBLIEMCALI -. **ii)** se conceda permiso para despedir a dicho trabajador, toda vez que en virtud de la resolución JD No. 003 del 6 de octubre de 2020 la Junta Directiva de Emcali E.I.C.E. E.S.P. suprime la planta de personal de la entidad, y adopta una nueva estructura. (Págs. 1 a 10– Archivo 03Demanda.pdf).

## **2. Contestaciones de la demanda.**

### **2.1 Contestación de Andrés Felipe Quiñonez Salcedo.**

La parte pasiva presentó contestación escrita a la demanda de la cual se le dio traslado a la parte accionante. Presentó como excepciones de mérito las de: “Inexistencia de justa causa para el despido”, “Calidad de trabajador oficial del demandado”, “Protección especial al derecho de asociación sindical”, “Riesgo para el empleador”, “Prescripción de la Acción”, entre otras. En virtud de la brevedad y el principio de economía procesal, no se estima necesario reproducirla (Arts. 279 y 280 C.G.P.). (Fl.4 a 19 Archivo 13 ContestaciónAndresQuiñonez.pdf)

### **2.2 Contestación del Sindicato de Servidores Públicos de Emcali EICE ESP “SINSERPUBLIEMCALI”.**

La organización sindical presentó contestación escrita a la demanda de la cual se le dio traslado a la parte accionante. En virtud de la brevedad y el principio de economía procesal, no se estima necesario reproducirla (Arts. 279 y 280 C.G.P.). (Fl.3 a 14 Archivo 14 ContestaciónSinserpubliemcali.pdf).

## **3. Decisión de primera instancia.**

3.1. El *a quo* dictó sentencia No. 003 emitida el día 27 de Octubre de 2021, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declaró probada la excepción denominada “inexistencia de justa causa para el despido” propuesta por el señor Andrés Felipe Quiñonez Salcedo y en consecuencia absolverlo de todas las pretensiones que en su

contra formuló Empresas Municipales de Cali Emcali EICE ESP. **Segundo**, condenó en costas a cargo de EMCALI EICE ESP y en favor del accionado.

3.2. Para adoptar tal determinación, frente a la **existencia de la justa causa invocada** por Emcali, evocó el art. 41 de la ley 909 del año 2004, que establece las causales de retiro del servicio de quienes están desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción, y de carrera administrativa en el que en su literal l) se encuentra la *supresión del empleo*. Sin embargo, indicó que en tratándose de un derecho fundamental, la garantía del fuero sindical no sólo cubre a quien tiene la calidad de aforado, sino que su verdadero alcance es el de proteger a la organización sindical, buscando precisamente que no sean apartados del cargo quienes ostentan rangos directivos; por lo que adujo, ello implicaba necesariamente el analizar el contexto del cargo que ocupa el actor y por lo mismo, realizó el siguiente análisis:

Debe verificarse cuál es la estructura de la planta y la categorización del cargo, con el fin de establecer si es aplicable o no en el caso que nos ocupa el artículo 41 previamente mencionado, e invocó los consecutivos aspectos:

**i)** Recordó la sentencia SL4042 de 2019 emitida por la Corte Suprema de Justicia, situación que consideró es análoga al presente caso, atendiendo a la denominación del cargo del accionado.

**ii)** Que en el estudio realizado por la Universidad del Valle, el cual supuestamente sirvió de base para todas las modificaciones de la planta de personal que realizó Emcali y que hoy se enrostra como justa causa para la terminación del vínculo, se expuso claramente que el único cargo que debía tener la categoría de empleado público en el área en el que labora el accionante, es el de gerente de área, sin embargo, exteriorizó que a pesar de las reiteradas sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, respecto de la categorización de los servidores de Emcali y contrariando el estudio realizado, Emcali continúa en su equívoco, de enmarcar dentro de los empleados públicos, el cargo del actor, que evidentemente obedece a la categoría de trabajador oficial. Por lo anterior concluyó, que no puede aplicarse el referido artículo 41 de la ley 909 de 2004, atendiendo el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la

Constitución Política, un empleado público de libre nombramiento y remoción.

Luego pasó a estudiar **la aplicación en la práctica de la supresión del cargo**. Rememoró el Art. 46 de la ley 909 de 2004, señalando que el mismo es claro en advertir, que toda reforma de la planta de las entidades públicas de todo orden debe motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren elaborados en las respectivas entidades. Ante lo cual señaló, que si bien formalmente podía pensarse en la modificación de la planta, que la misma se basó en un estudio técnico, lo que se concluye del análisis de la prueba documental aportada, es que en efecto si se realizó dicho estudio por parte de la Universidad del Valle, por tanto se cumplió el requisito legal, pero aparente, porque en la realización del estudio implicaba no sólo efectuar el mismo, sino acoplar, incorpora las conclusiones que tuvo éste a la realidad de la entidad y con base en ello producir las reformas de la estructura, pero indicó que lo que aquí ocurre es todo lo contrario.

Lo anterior agregó, por cuanto se sugiere la disminución de la planta, pero lo que demuestra la respuesta a la petición elevada por el accionado ante Emcali, es que ésta en lugar de disminuir aumentó; se hace énfasis de manera reiterada en la categorización de los servidores advirtiendo que los cargos deben de ser ocupados por empleados públicos pero lo que se hizo fue seguir desconociendo la ley, la jurisprudencia y el mismo análisis de la universidad, al conservar como empleados públicos a quienes el estudio sugiere son trabajadores oficiales. Además, no se evidencia disminución en la carga salarial ni prestacional.

Prosiguió señalando que era carga probatoria de Emcali acreditar en el sumario que la reforma a la planta de personal se había ajustado a derecho, más allá, de la presunción de la legalidad el cual recae sobre la resolución que modificó la planta, se denota de la prueba documental que la modificación realizada no se ajustó de manera alguna a los parámetros dados en el estudio técnico que efectuó la Universidad del Valle, por tanto, consideró, no se cumplió con el referido artículo 46 de la ley 909 de 2004.

Insiste en que el cargo de coordinador no desapareció de la estructura de Emcali, pues se demostró que el 05 de noviembre de 2020 el demandado se incorporó sin solución de continuidad en el cargo de coordinador, el mismo que ya ocupaba. Citó el Art. 26 de la resolución JD001 de 06 de octubre de 2020, para luego advertir que se continúa con la existencia del cargo, en la misma categoría de empleado público y que no se demostró por parte de Emcali que el cargo del coordinador de la supuesta nueva planta, tenga en la práctica funciones diferentes o responsabilidades distintas incompatibles con el perfil del demandado Quiñonez Salcedo. Indica, no se demostró que el demandado haya hecho parte de una planta transitoria, como se había indicado en los actos administrativos que emitieron la modificación de la planta, lo que en realidad ocurrió fue una equivalencia en el cargo, porque no de otra manera se hubiera podido incorporar del cargo de coordinador al cargo de coordinador sin solución de continuidad.

No desconoce de la garantía del fuero sindical, el cual enuncia es una protección a la organización sindical, es el derecho fundamental y solo cuando el cargo desaparece totalmente de la planta. No existe ningún cargo equivalente que ocupar según el perfil del trabajador, lo que aquí evidentemente no ocurre, por lo que concluyó no puede levantarse el fuero al demandado.

Señaló además que la acción se **encuentra prescrita** porque desde la admisión de la resolución que modificó la estructura de la planta y la fecha de presentación de la demanda transcurrieron más de 2 meses que establece el Art. 118 A del C. P. del T., como término para interponer la acción. En ese orden de ideas finiquitó que el presente asunto debe ser despachado de manera desfavorable a las pretensiones de la entidad demandante.

#### **4. La apelación.**

Contra esa decisión, la apoderada judicial de la sociedad demandante, formuló y sustentó recurso de apelación.

##### **4.1. Apelación demandante Emcali EICE ESP.**

Se sustentó por la recurrente por pasiva el trámite de alzada, en cuanto a la naturaleza del cargo que ostenta el demandado, indicando que la *a quo* en la audiencia de fijación del litigio dispuesto en el Art. 77 del C.P.L. y de la S.S., dejó por fuera del debate probatorio entre otros, el estudio de dicha naturaleza, el cual por demás no hizo parte de lo planteado en el escrito de demanda y a las pretensiones, y por lo mismo consideró, que dicha decisión se constituía en ley en el proceso, y por ende concluyó, que no podía ser de desconocimiento posterior por las mismas partes.

Insiste en que, el régimen de Emcali EICE es de derecho privado, de conformidad con lo dispuesto, entre otros, en los artículos 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001 y 32 ibidem y el artículo 76 de la Ley 143 de 1994, así como las demás normas que le sean concordantes, las personas que prestan sus servicios a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales, sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisan qué actividades de dirección y confianza deben ser desempeñadas por personas que ostentan la calidad de empleados públicos. Y que en tal sentido mediante resolución J.D. 05 de 2020, se estableció precisamente, como excepción en la categoría de empleados públicos entre otros, el de coordinador, cargo que ocupa actualmente el demandado.

Que, la jurisprudencia laboral y constitucional, tiene establecido que, conforme a los preceptos legales vigentes, son tres exigencias que se deben demostrar para la prosperidad de levantamiento de fuero sindical a saber: i) la vinculación laboral entre la accionante y la accionada; ii) la existencia de un fuero sindical y que este en cabeza del actor y iii) la causa justa para el levantamiento.

Que, frente a tales exigencias se advierte que, en el caso de autos, están dados todos los presupuestos, el demandado presta servicio en EMCALI, como empleado de libre nombramiento y remoción, hace parte de la Junta Directiva del Sindicato y se alega una justa causa.

Que, en esta oportunidad la juez de instancia resuelve la naturaleza del cargo y señala que, es un trabajador oficial, situación que riñe con la norma adjetiva laboral por las siguientes razones: Si bien la jurisprudencia laboral ha admitido que el juez resuelva un conflicto relativo a la estabilidad laboral reforzada del fuero sindical, hasta habilitando para resolver cuestiones adicionales que se proponen, como por ejemplo la existencia de un contrato de trabajo o de la justeza o no del despido, no ocurre lo mismo con la discusión sobre la naturaleza del cargo, porque esta discusión por sí sola no corresponde al juez laboral competente funcional, ya que, en principio el hoy demandado es servidor público, por ende la jurisdicción competente para definir esta cuestión es la jurisdicción contenciosa administrativa; claramente la acción de fuero sindical no atiende la naturaleza del cargo porque expresamente el artículo 2º del CPTSS dispone que, será competente el juez laboral; de manera que si el servidor público pide que se ajuste el cargo o las funciones que desempeña por considerar que sus funciones no encajan dentro de las enmarcadas como servidor público, sino como un trabajador oficial, deberá someterlo al conocimiento de la jurisdicción administrativa.

Afirmó, que bajo estos preceptos, es claro que no se violenta el derecho de asociación, so pretexto de un criterio de simple competencia porque primero, la definición de la naturaleza del cargo en modo alguno impide asumir el fondo del conflicto y dos, el servidor no ha sido despedido, de manera que no afecta la prescripción o impide ejercer su derecho de defensa.

En cuanto a **las causales objetivas**, agregó que los art. 405, 490 del C. S. del T., que comprende a quienes cobija el fuero sindical y el art. 12 de la Ley 584 del 2000 que modificó el art. 406, consagran de manera expresa el fuero sindical según el cual se denomina fuero sindical la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos o desmejorados en sus condiciones de trabajo ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa sin justa causa; previamente calificada por el Juez del trabajo, de la que colige que la misma adoptó un criterio objetivo caracterizado por condicionar el despido, o desmejora, entre otros a la previa calificación del juez laboral, por ser la autoridad competente para determinar si existe o no justa causa, en contra posición a que el actuar del empleador se encuentre subordinado a malicia o temeridad. Lo que armoniza con lo dispuesto en los

artículos 103, 114 y 118 del C. P. L., para luego concluir que aceptar los motivos o las causas por las cuales el empleador invoca la acción de fuero sindical permiso para despedir, subjetivas es permitir que la garantía foral se convierta en ilusoria, pues la protección se otorga en razón a su pertenencia a un sindical y como protección a sus derechos de asociación sindical, lo contrario conllevaría a la vulneración de los derechos, consagrados constitucionalmente.

Afirmó que, en esta medida se supone, la supresión del empleo constituye una causa legal del retiro del servicio de los empleados del sector público, están justificadas las necesidades de adecuar la planta de personal en las distintas entidades públicas, según el requerimiento del servicio para hacerlo más ágil, eficaz o eficiente y es aplicable indistintamente tanto en los cargos de carrera administrativa como en los cargos de libre remoción.

Manifestó que, mediante resolución JD. No. 003 del 6 de octubre de 2020, la Junta Directiva de EMCALI EICE, suprimió la planta de personal de la entidad y adoptó una nueva estructura, la cual se motivó en la necesidad de la calidad del servicio y modernización, justificada con los estudios técnico realizados por EMCALI mediante contrato suscrito y ejecutado por la Universidad del Valle, el cual planteó una estructura más delgada, planteando desacuerdo a los argumentos de la *a quo*.

Insistió, en que atendiendo al hecho de que la reestructuración de EMCALI implicó la supresión de cargos y que el cargo desempeñado por el demandado es de aquellos que se define como de libre nombramiento y remoción y por ende público, quien actualmente goza de la garantía foral, se acude ante la jurisdicción ordinaria para que autorice su levantamiento, para despedirlo invocando causas justificables.

En cuanto a la **prescripción**, indicó que de conformidad con la expedición de la Ley 712 de 2001 el artículo 118A CPLSS se estableció el término de 2 meses para el empleador, a partir del momento en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente según sea el caso, por lo que de dicha manera es claro que para el empleador surgen dos momentos a partir del cual se puede contar el término de 2 meses que

estableció la ley, el primero desde el momento de la ocurrencia de los hechos invocados y dos desde el agotamiento del procedimiento convencional o reglamentario, y en el caso de autos se tiene como hecho determinante la decisión de reestructuración y supresión de la planta de personal de Emcali, procedimiento que conlleva al trámite y ajuste de todo lo relacionado con la actividad que hasta el momento ha desarrollado el ente, a través del plan estratégico de Emcali 2018 – 2023, ello obedece a un procedimiento complejo que no es posible concluir en plazos breve ni un día cierto y preciso.

Aduce además, que en el presente caso para la contabilización del término de prescripción se debe tener en cuenta lo dispuesto en el Resolución JJ1000006572020 del 18 de diciembre de 2020, donde se estableció que las facultades otorgadas a la administración general y a la nueva estructura administrativa de Emcali, adoptada mediante Resolución JD003 del 06 de octubre de 2020, el ajuste presupuestal y modelo de operaciones de Emcali, debería implementarse de manera progresiva en coordinación con la estructura administrativa de la empresa y su despliegue funcional, estableciendo para ello una fase transicional de seis meses para implementar el mismo, por lo que de dicha manera de definió el modelo a llevar a cabo, diferenciándolo de los modelos a saber; macroproceso, subproceso, y efectividad y de la manera de cómo se ubicaría cada una de las gestiones a desarrollar.

Concluye indicando que los dos meses quedan inmersos dentro de la segunda posibilidad que estableció el artículo 118A del CPT y SS, es decir desde que se haya agotado todo el proceso convencional o reglamentario.

Por último, en cuanto a las **costas** fijadas en la sentencia solicitó que no le sean impuestas, ya que Emcali acudió a la administración de justicia buscando la protección de derechos, respetando la garantía del fuero sindical del demandado.

### III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

#### 1. Consonancia.

El artículo 35 de la Ley 712 de 2001, por medio del cual se adicionó el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., regula el principio de consonancia. Este consiste en que la decisión que resuelva la apelación de autos y sentencias deberá sujetarse a los puntos objeto del recurso de apelación. En consecuencia, la decisión de segunda instancia no podrá tocar los puntos que la apelante no impugnó.

## 2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer si en el asunto:

2.1. ¿El demandado Andrés Felipe Quiñonez Salcedo ostenta la condición de empleado público?

2.2. ¿La causa de despido invocada por Emcali E.I.C.E., se ajusta como justa para finiquitar el vínculo laboral, con la consecuente autorización del levantamiento de fuero sindical y, por ende, conceder el permiso para despedir al trabajador demandado?

2.3. ¿Prescribió la acción con la que contaba la entidad demandante para solicitar el levantamiento del fuero sindical del demandado?

2.4. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a la parte vencida Emcali EICE ESP?

## 3. Respuestas a los dos primeros interrogantes planteados.

3.1. Las respuestas a los dos primeros interrogantes son **negativas**. Fue acertada la decisión de la *a quo* de negar el levantamiento del fuero sindical del que es titular el trabajador aforado demandado. La parte actora incumplió con el *onus probandi* que le atañía, de demostrar de manera concreta y específica, que la supresión del empleo por la reestructuración de Emcali EICE ESP constituye una causa legal del retiro del servicio del trabajador oficial demandado acorde con lo establecido en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o en el reglamento interno de trabajo. En ese orden de ideas, deberá confirmarse la decisión de primer grado apelada por encontrarse ajustada a derecho.

3.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

### **3.2.1. Del fuero y la libertad sindical**

El fuero sindical es una garantía constitucional establecida en el artículo 39 de la Carta Política y desarrollada en el artículo 405 del C.S.T. La última disposición la define como la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, 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.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el fuero sindical es una garantía que propende por la estabilidad de quienes han decidido asociarse para crear o hacer parte de una organización sindical, consistente en que, en el evento en que su empleador pretenda despedirlos, trasladarlos o desmejorar sus condiciones laborales, deba acudir previamente a una autoridad judicial, a fin de que ella califique la causa de la decisión, revisando su concordancia con el ordenamiento vigente (C.C. T – 938 de 2011).

En dicho escenario, la normatividad laboral prevé dos (2) acciones judiciales para garantizar que los trabajadores no sean perseguidos por su condición de dirigentes sindicales: i) la acción de levantamiento del fuero sindical, a cargo del patrono interesado en obtener del juez laboral el permiso que le permitirá despedir o desmejorar las condiciones del trabajador aforado; y ii) la acción de reintegro por cuenta del trabajador, quien deberá promover acción contra el patrono que actuó sin cumplir el anterior requisito.

Por tanto, el objeto de la solicitud judicial previa al despido, para el caso de la acción de levantamiento del fuero sindical, es: i) la verificación de la ocurrencia real de la causal alegada, y ii) la valoración de su legalidad o ilegalidad. Por su parte, la acción de reintegro se ocupa en establecer: i) si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial, y ii) si dicho requisito efectivamente se cumplió antes del despido o desmejora.

De otro lado, el artículo 408 del C.S.T. dispone que el juez laboral, 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.

En consecuencia, le corresponde al empleador, la carga procesal de demostrar que en efecto el trabajador amparado por la garantía foral, incurrió en una de las causales determinadas por la ley como justa causa para la terminación del vínculo laboral, previo el levantamiento de su protección constitucional. Dichas causales se encuentran contenidas de manera taxativa en el artículo 410 ibidem, modificado por el artículo 8° del Decreto Legislativo 204 de 1957, así:

En todo caso, si bien la garantía de fuero sindical otorga una estabilidad laboral para los trabajadores que gozan de esta prebenda, tal garantía no es absoluta, pues el empleado no es inamovible, ya que el empleador sea público o privado, no está obligado a conservarlo en el empleo en determinados eventos, consagrados expresamente por la ley como causales justas de terminación de su contrato, emergiendo por tanto la necesidad de autorización previa al despido del trabajador aforado.

### **3.2.2. De la categoría de los servidores en el sector público.**

Ahora bien, en lo que atañe a la calidad que ostenta el trabajador, es preciso citar el artículo 123 de la Constitución Política el cual dispone:

“ARTÍCULO 123.- Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

En lo que concierne a las categorías de empleados públicos y trabajadores oficiales, el artículo 5 del decreto ley 3135 de 1968, señala:

“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.

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”.

La anterior norma, es concordante con lo indicado con los artículos 292 del Decreto 1333 de 1986 y 125 del Decreto 1421 de 1993, de las que emerge una presunción de orden legal, en donde todos los trabajadores de las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales, la cual puede desvirtuarse con la estipulación de las actividades de dirección o confianza en los estatutos de las entidades.

Finalmente, debemos evocar la SL4017-2021, emitida dentro de la Radicación n.º 77186, de fecha 30 de Agosto de 2021, donde respecto al tema en estudio la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó:

“...Pues bien, frente al criterio orgánico que sirve para determinar la calidad de los servidores públicos de la accionada, esta Sala ya tuvo oportunidad de referirse en diferentes providencias, entre otras en las CSJ SL, 23 ag. 2005, rad. 24492; CSJ SL, 23 mar. 2007, rad. 29948; CSJ SL, 12 feb. 2008, rad. 31977 y CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 35733, para precisar que conforme lo previsto en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 292 del Decreto 1333 de 1996, los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado son por, regla general, trabajadores oficiales y solo excepcionalmente, de acuerdo con sus estatutos internos, empleados públicos, cuando ejercen funciones de dirección y confianza.

En la última de las decisiones indicadas, se ilustró:

(...)

En caso similar y teniendo como demandada la misma entidad, esta Sala profirió el 12 de febrero de 2008 sentencia con número de radicación 31977 en la que dijo:

Los tres cargos se encaminan por la vía directa, y hallan cabal respuesta en un pronunciamiento de la Sala sobre idéntica materia, respecto a los mismos documentos y en proceso seguido contra la misma demandada y contenido en sentencia del 23 de marzo de 2007, radicación 29948, respecto a la misma demandada, donde se señala:

Ciertamente el Tribunal, al considerar al demandante como empleado público con fundamento en dicha resolución, asumió que la misma contenía los estatutos internos de la entidad demandada.

La precisión anterior es indispensable, primero, porque el ad quem no desconoció que la entidad demandada era una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal y que por regla general los servidores de una entidad de esa naturaleza son trabajadores oficiales, constituyendo la excepción la de quienes desempeñen actividades de dirección confianza y que así estén precisadas en los estatutos, que serán empleados públicos.

**En ese orden de ideas, debe advertirse que la resolución atrás mencionada, efectivamente no puede considerarse como los estatutos de la entidad, ya que simplemente se limita a describir los cargos de la empresa cuyos titulares son trabajadores oficiales o empleados públicos, según el anexo pertinente, pero no determina cuáles son las actividades de dirección o confianza que pueden desempeñar personas que tengan la condición de empleados públicos.**

En un asunto similar, traído a colación por la censura, la Corte en sentencia del 23 de agosto de 2005, radicación 24492, dijo lo siguiente:

“Como puede verse, el acto mencionado no señala las actividades de dirección y confianza que pueden ser desempeñados en la empresa por personas que tengan la calidad de dirección o confianza. El hecho de que haya establecido que los cargos de ciertos niveles son de libre nombramiento y remoción, no significa automáticamente que quienes desempeñen esos cargos son empleados públicos, pues la exigencia que al respecto contiene el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 es que los estatutos de las empresas industriales y comerciales del Estado deben precisar qué actividades de dirección o confianza pueden ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

En ese orden de ideas, las funciones del cargo ejercido por el actor... tampoco sirven para deducir la condición de empleado público del demandante, pues aunque pueda considerarse que son de dirección y confianza, lo que importa, como atrás se dijo, es la determinación en los estatutos de la empresa sobre cuáles actividades de dirección y confianza pueden ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos. Esa facultad, desde luego, corresponde a la entidad y no al Juez.

Asimismo, la condición de empleado público del demandante no se desprende del acta de posesión, pues la naturaleza jurídica del vínculo de los servidores públicos, no se acredita con la forma de vinculación, sino de acuerdo a lo que prescribe la ley”.

En las condiciones reseñadas, es patente que el Tribunal se equivocó cuando consideró al demandante como empleado público con fundamento en la resolución JD-000090 tantas veces mencionada. Y **siendo la demandada una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, la situación del demandante debió resolverse con la regla general prevista en el artículo 292 del Decreto 1333 de 1986, según la cual, los servidores de una entidad de esa naturaleza son trabajadores oficiales, a excepción de aquellas actividades de dirección o confianza que estén precisadas en los estatutos de la misma como susceptibles de ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. Y tales estatutos, no fueron aportados al Informativo.**

Asimismo, si bien en el artículo undécimo de la Resolución n.º 000820 de 2004, se estableció que tendrían calidad de empleados públicos, quienes «*con funciones de dirección o confianza de EMCALI E.I.C.E. ESP, ocup[aran] los siguientes cargos: gerente general, gerente comercial, secretario general y coordinador*», lo cierto es que este acto administrativo no cumple los presupuestos legales mencionados, ya que solo enuncia los cargos de la entidad que tendrían tal connotación, pero no especifica las actividades de dirección o confianza que pueden desempeñar y que justifican su categorización excepcional.

A más de ello, aunque el Tribunal fue enfático en afirmar que la mencionada resolución fue estudiada por la jurisdicción contenciosa administrativa y no fue declarada nula, por lo que goza de plena validez, esa circunstancia resulta intrascendente pues, en todo caso, en aquella decisión judicial tampoco se determinó las actividades que corresponden al cargo de coordinador que desempeña el accionante, como lo exigen los artículos 5º del Decreto 3135 de 1968 y 292 del Decreto 1333 de 1986, ya que su estudio se concentró en la procedencia de la cosa juzgada, como se extrae de su considerativa (f.º 251 a 266 del expediente) .

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL4042-2019 que reiteró la CSJ SL3417-2019, al decidir un caso de idénticos contornos, la Sala explicó:

En el sub lite, la recurrente refiere que tales estatutos se encuentran consagrados en la Resolución n.º 000820 de 2004 (f.º 339 a 348), a través de la cual se estableció la estructura organizacional de la entidad, se adoptó la planta de cargos y se determinaron las competencias generales por áreas y, específicamente, en el artículo undécimo señaló que serían empleados públicos «*aquellos con funciones de dirección o confianza de EMCALI E.I.C.E. ESP, quienes ocupen los siguientes cargos: gerente general, gerente comercial, secretario general y coordinador*».

Sostiene además que como quiera que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó la nulidad propuesta contra esta última disposición, el acto administrativo es válido y, por tanto, no existe duda de la calidad de empleado público del actor.

Sin embargo, la Sala advierte que tal resolución no puede considerarse como estatuto de la entidad, en la medida que únicamente se limita a describir los cargos de la empresa cuyos titulares son empleados públicos, pero no determina cuáles son las actividades de dirección o confianza que pueden desempeñar, situación que tampoco se desdibuja por el hecho de que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca no haya declarado la nulidad de tal preceptiva, pues aunque se entiende válida, **en ella tampoco se analizó ni se acreditaron cuáles son las actividades y funciones correspondientes al cargo de «coordinador» que ejerce el actor, sino que este simplemente se enunció en la categoría de empleado público dentro de la estructura general de la empresa, lo cual resulta insuficiente para clasificarlo como de dirección y confianza.**

Aunado, en dicha sentencia la jurisdicción contencioso administrativa únicamente analizó «si el agente especial designado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, con ocasión de la toma de posición decretada para administrar los negocios, bienes y haberes de las Empresas Municipales de Cali - Emcali EICE ESP -, tiene facultades dentro de la órbita de sus atribuciones, para establecer una categorización de empleados públicos con funciones de dirección o confianza de acuerdo al cargo ocupado y según la relación descrita en el acto impugnado».

Y si bien allí se aludió al régimen legal de los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado y a la sentencia de la Corte Constitucional C-484-1995, ello tuvo lugar a fin de indicar que en condiciones normales de funcionamiento de la empresa, corresponde a la Junta Directiva de Emcali EICE ESP «la adopción de los estatutos internos, en los cuales deben fijarse las actividades de dirección o confianza que deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos». Así lo reiteró esta Sala en la sentencia referida en el cargo precedente (CSJ SL3417-2019).

Igual situación acontece respecto de los demás medios de convicción acusados como apreciados erróneamente, esto es, la resolución n.º 003952 de 29 de junio de 2004 de nombramiento del actor y el acta de posesión en el cargo de 1.º de julio del mismo año, pues de ellos tampoco es posible establecer que, estatutariamente, Emcali EICE ESP **fijara las funciones de dirección y confianza que debían ser desarrolladas por el coordinador en el departamento de recursos físicos de la gerencia del área administrativa.**

En ese sentido, no se equivocó el Tribunal al concluir que los mencionados documentos únicamente describieron los cargos, pero no precisaron las actividades de dirección confianza y manejo que pueden desempeñar aquellas personas que tengan tal categoría, y si bien las sentencias en que el juzgador apoyó su postura hacen referencia a otras resoluciones diferentes a la que hoy propone la

censura, lo cierto es que idéntica inferencia se produce, pues aunque se trata de un acto administrativo disímil contiene la misma falencia y, por tanto, para todos los efectos legales pertinentes, el actor debe considerarse como trabajador oficial, según la regla general establecida para las empresas industriales y comerciales del Estado.

De lo anotado se sigue, que el Juez de apelaciones incurrió en el yerro endilgado, toda vez que contravino el genuino entendimiento, entre otros, del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, al considerar que la resolución pluricitada **establecía la naturaleza de la labor de coordinador que desempeña el demandante**, cuando realmente este acto administrativo solo realiza un listado de cargos y no se sujeta a lo establecido en la ley, en el sentido que solamente la junta directiva *en los estatutos* de la entidad puede precisar cuáles son aquellas actividades que deben ser ejercidas por empleados públicos, por ser de dirección y confianza.

Asimismo, como esta Corporación en la decisión precitada, precisó que la Resolución n.º 820 de 2004 de EMCALI EICE ESP, en la que se apoyó el Tribunal, no permite entender cumplida la excepción legalmente prevista en las normas acusadas, debe colegirse que el demandante fungió como trabajador oficial, que es la regla general en entidades como ésta...” (Resalta la Sala).

Por tanto, por regla general 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 deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

### **3.2.3. De las justas causas para el despido.**

Debemos evocar la SL2336 de 2021, emitida dentro de la Radicación n.º 82744, de fecha 18 de mayo de 2021, donde respecto a las justas causas de terminación del vínculo laboral de los trabajadores oficiales, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó:

“Para ello, se tiene como problema jurídico el de establecer si se equivocó el Tribunal, al considerar que la liquidación y supresión del Idema ordenada mediante decreto, constituye una causa legal pero injusta de terminación del contrato de trabajo, pues a juicio de la censura las justas causas de finalización de una relación laboral no se limitan a las señaladas en la ley, específicamente a las dispuestas en los artículos 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945.

Conviene decir que la Sala no encuentra ningún elemento verdaderamente novedoso o significativo para proponer un cambio en el precedente citado, uno de los cuales (CSJ SL4538-2018) explicó:

Al respecto basta señalar, que esta Sala de la Corte, se ha pronunciado en múltiples oportunidades en casos similares contra la misma entidad demandada, y ha sostenido lo expresado por el tribunal en el fallo acusado, esto es, que si bien la extinción y liquidación del Idema constituye un modo legal de terminación del contrato, ello no configura una justa causa. Sobre dicha temática, basta traer a colación lo señalado en la sentencia CSJ SL 17590-2017, donde al respecto se sostuvo:

(...)

*De tal suerte que la circunstancia de que un contrato de trabajo termine por la existencia de un modo legal, no significa que esa finalización se haya producido con justa causa, en la medida en que éstas, se encuentran taxativamente establecidas en la ley.*

*No desconoce la Corte que fenómenos como el de la extinción jurídica de la empresa autorizan plenamente la terminación del contrato de trabajo y de ahí que la ley, en este caso el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, consagre ese hecho como motivo de finalización del vínculo laboral, más ello no significa que esa terminación, con amparo en la ley, impida el surgimiento de algunos derechos para el trabajador, derivados, precisamente, de la culminación de la relación de trabajo por razones que no le son oponibles, como el de la pensión de jubilación.*

***En efecto, una cosa es que se estime que ese hecho es ajustado a la ley, y otra, distinta, que constituya una de las justas causas para terminar el contrato de trabajo, pues, como ya se dijo, son solamente aquellos hechos catalogados expresamente como tales por la ley, que justifican el despido del trabajador y así se ha expresado en innumerables pronunciamientos, entre otros CSJ SL13455-2016, SL 14532-2016, SL 15605-2016.***

En consecuencia, conforme a lo expuesto en precedencia, se insiste que ninguna vulneración de la ley cometió el tribunal al concluir que **la supresión y liquidación de la entidad no constituía una justa causa de despido**, tesis que se reitera nuevamente en esta oportunidad, pues no se observan razones válidas que conlleven a variarla.

Y en la sentencia CSJ SL1879-2020, que resolvió acusaciones semejantes a las de estos cargos, efectuadas por la misma demandada, esta Sala explicó:

Así, de una parte, esta Sala de la Corte ha sostenido de manera reiterada, que **si bien la terminación del contrato laboral de los trabajadores oficiales con ocasión de la clausura o liquidación de la entidad, es de carácter legal, ello no implica que dicha desvinculación esté amparada en una justa causa, pues tal motivo no está contemplado dentro de las causales establecidas en los artículos 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945, tal y como acertadamente lo estableció el Tribunal.**

Al respecto, en sentencias CSJ SL3150-2019 y CSJ SL 4538 -2018, en donde la Sala resolvió unos recursos de casación de similares, se puntualizó lo siguiente:

De tiempo atrás esta Sala de la Corte, para efectos de analizar la procedencia de la pensión restringida de jubilación, ha diferenciado los modos legales o generales de terminación del contrato de trabajo, con las justas causas legales para que el empleador de manera unilateral extinga el vínculo jurídico.

Esa distinción la ha llevado a concluir que se trata de conceptos que, aunque afines, son diferentes porque tiene cada uno de ellos connotaciones particulares, en tanto los modos de terminación del contrato corresponden a los eventos legales que de manera general dan lugar a esa decisión, **mientras que las justas causas son los hechos o actos que autorizan al empleador de forma unilateral terminar el contrato de trabajo, esto es, el despido.**

De tal suerte que la circunstancia de que un contrato de trabajo termine por la existencia de un modo legal, no significa que esa finalización se haya producido con justa causa, en la medida en que éstas, se encuentran taxativamente establecidas en la ley.

No desconoce la Corte que fenómenos como el de la extinción jurídica de la empresa autorizan plenamente la terminación del contrato de trabajo y de ahí que la ley, en este caso el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, consagre ese hecho como motivo de finalización del vínculo laboral, más ello no significa que esa terminación, con amparo en la ley, impida el surgimiento de algunos derechos para el trabajador, derivados, precisamente, de la culminación de la relación de trabajo por razones que no le son oponibles, como el de la pensión de jubilación.

En efecto, una cosa es que se estime que ese hecho es ajustado a la ley, y otra, distinta, que constituya una de las justas causas para terminar el contrato de trabajo, pues, como ya se dijo, son solamente aquellos hechos catalogados expresamente como tales por la ley, que justifican el despido del trabajador y así se ha expresado en innumerables pronunciamientos, entre otros CSJ SL13455-2016, SL 14532-2016, SL 15605-2016.

Y en la sentencia CSJ SL, 1 abr. 2008, rad. 21106, expresó:

En diferentes oportunidades la Corte ha establecido la clara diferencia que existe entre el despido autorizado legalmente y, el despido con justa causa, en la medida en que no siempre el primero obedece a uno de esos motivos específicos que, en el orden de la justicia, sirven de fundamento de la extinción unilateral del contrato y que se denominan “justas causas”, como, **para el caso del trabajador oficial, son las que establecen los artículos 16, 48, y 49 del Decreto 2127 de 1945, y para el particular el artículo 62, subrogado por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, pues a los demás modos de terminación del contrato de trabajo no les da la ley esa especial denominación.**

Así las cosas, el despido sin causa justa, no necesariamente excluye al que opera por decisión unilateral del empleador, con autorización legal distinta a la que establece las justas causas de despido, porque no se puede equiparar

la legalidad de la terminación del vínculo con el despido precedido de justa causa...”

Ahora bien, las normas que hacen referencia a las prohibiciones y obligaciones especiales de las partes involucradas en el contrato de trabajo, lo mismo que las que se refieren a las justas causas para darlo por terminado (artículos 16, 47, 48, 49 del Decreto 2127 de 1945 que reglamenta la Ley 6 de 1945 para trabajadores oficiales y 62, 63 y 410 del CST.).

En tal sentido, el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, reza:

“... el contrato de trabajo termina:

- b) Por expiración del plazo pactado o presuntivo;
- b) Por la realización de la obra contratada, aunque el plazo estipulado fuere mayor;
- c) Por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio;
- d) Por mutuo consentimiento;
- e) Por muerte del asalariado;
- f) Por liquidación definitiva de la empresa, o por clausura o suspensión total o parcial de sus actividades durante más de ciento veinte días, por razones técnicas o económicas, siempre que se haya dado el aviso de que trata el ordinal 3º del artículo 44, o que se haya pagado un mes de salarios y sin perjuicio de los derechos emanados de contratos a término fijo;
- g) Por decisión unilateral, en los casos previstos en los artículos 16, 48, 49 y 50; h) Por sentencia de autoridad competente”.

A su vez, el artículo 48 *ibid.*, refiere que:

“Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, sin previo aviso:

Por parte del patrono:

- 1º El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante presentación de certificados falsos para su admisión;
- 2º Toda falta de honradez y todo acto de violencia, injurias, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador, durante sus

labores, contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los demás trabajadores del establecimiento o empresa;

3º Toda falta de honradez y todo acto grave de violencia, injurias o malos tratamientos en que incurra el trabajador, fuera del servicio, en contra del patrono, de los miembros de su familia, de sus representantes y socios, o de los jefes de taller, vigilantes o celadores;

4º Todo daño material causado intencionalmente a la otra parte, a los edificios, obras, maquinarias, materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o las cosas;

5º Todo acto inmoral que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o fuera de estos sitios, cuando revelen falta de honradez y sean debidamente comprobados ante autoridad competente;

6º El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa;

7º La detención preventiva del trabajador, por más de treinta días, a menos que posteriormente sea absuelto; o el arresto correccional que exceda de ocho días, o aun por un tiempo menor cuando la causa de la sanción sea suficiente por si misma para justificar la extinción del contrato, y

8 Cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones consignadas en los artículos 28 y 29 o cualquier falta grave calificada como tal en las convenciones colectivas, en los contratos individuales o en los reglamentos internos aprobados por las autoridades del ramo, siempre que el hecho esté debidamente comprobado y que en la aplicación de la sanción se sigan las correspondientes normas de la ley, la convención o el reglamento interno”.

Y el artículo 49 *ibid.* dice que:

“...son justas causas para dar por terminado, unilateralmente el contrato de trabajo, con previo aviso dado por escrito a la otra parte, con antelación por lo menos igual al período que regule los pagos del salario, o mediante el pago de los salarios correspondientes a tal período:

Por parte del patrono:

1º La ineptitud plenamente comprobada del trabajador para prestar el servicio convenido. Esta causal no podrá ser alegada después de sesenta días de iniciado el cumplimiento del contrato;

2º La sistemática inexecución sin razones válidas por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales;

3º Todo vicio habitual del trabajador que perturbe la disciplina de la empresa;  
4º La renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas prescritas por los médicos de la empresa o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes;  
5º La enfermedad del trabajador, por seis meses o más; pero el patrono quedará obligado para con el trabajador a satisfacer todas las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales.

6º Las demás que se hayan previsto, con esta modalidad, en la convención o en el reglamento interno”.

Finalmente, el artículo 410 del CST, aplicable al caso sub examine refiere que:

“Son justas causas para que el juez autorice del despido de un trabajador amparado por el fuero:

- a). La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días, y
- b) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato”.

### **3.3. Caso en concreto:**

La inconformidad de la recurrente por activa, radica en que, atendiendo los diferentes actos administrativos emanados de la empresa industrial y comercial del Estado demandante, el cargo de coordinador que ocupa actualmente el trabajador demandado, es de categoría empleado público por ser de libre nombramiento y remoción; por lo que considera, que la supresión del empleo por la reestructuración de Emcali EICE ESP constituye una causa legal del retiro del servicio del empleado.

En tal sentido, deviene procedente establecer si la parte actora logró probar, de manera concreta y específica en el plenario, qué categoría ostenta el trabajador demandado, si la de empleado público o trabajador oficial; para luego verificar si se configura o no una justa causa de despido, que justificara el levantamiento de fuero sindical del cual goza el trabajador demandado.

Para tal propósito, precisa la Sala que en el *sub lite* no es materia de discusión entre las partes de la litis y se encuentran demostrados los siguientes presupuestos:

**(i)** Que a través del Acuerdo 034 de 1999, se adoptó el Estatuto Orgánico de la Empresas Municipales de Cali; el cual en su artículo 1º se estableció que la entidad seguirá siendo una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa y de objeto social múltiple;

**(ii)** Que el régimen legal de Emcali E.I.C.E. E.S.P., es el de derecho privado, de conformidad con lo dispuesto, entre otros, en los artículos 31 de la Ley 142 de 1994 (modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001) y 32 ibidem, el artículo 76 de la Ley 143 de 1994;

**(iii)** Que por disposición legal (art. 292 del Decreto Ley 1333 de 1986), las personas que prestan sus servicios en las E.I.C.E., son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas pueden precisar qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos;

**(iv)** Que mediante la Resolución GG No. 000274 de 30 de marzo de 2017, Emcali E.I.C.E. E.S.P. nombró al Doctor Andrés Felipe Quiñonez Salcedo para desempeñar el cargo de Coordinador código de cargo 904.001, Área Funcional Administración Gerencia en la Gerencia de Área Gestión Humana y Activos (Págs. 179– Archivo 02 Anexos. pdf); del cual tomó posesión el 03 de abril de 2017 (Pág. 181 ibidem.).

**(v)** Que Emcali E.I.C.E. E.S.P., mediante la Resolución No. JD No. 001 del 6 de octubre de 2020, adoptó los Estatutos Internos de las Empresas Municipales de Cali, de conformidad con el Estudio Técnico realizado por la Universidad del Valle y el Plan Estratégico Corporativo -PEC 2018-2023 (Págs. 65 a 90– Archivo 02Anexos.pdf).

**(vi)** Que, a través de la Resolución JD No. 003 del 6 de octubre de 2020, la demandante adoptó una nueva estructura administrativa y de funciones

básicas, suprimiendo la planta de cargos existente hasta ese momento en la empresa (Págs. 91 a 171 – Archivo 02Anexos.pdf). Acto Administrativo que fue modificado en su artículo 27, por la Resolución JD No 009 de 03 de noviembre de 2020 (Pág. 172 a 175 ibid.)

**(vii)** Que en virtud de lo anterior, por intermedio de Acta de Formalización de Incorporación del 05 de noviembre de 2020 (Fl. 20 Archivo 13 ContestaciónAndresQuiñonez.pdf), Emcali E.I.C.E. E.S.P. comunicó al señor Andrés Felipe Quiñonez Salcedo su incorporación al cargo de coordinador código de cargo 904.001, área funcional administración gerencia, dependencia Gerencia de Área Gestión Humana y Activos, code 7780001, de conformidad con las Resoluciones JD No. 001, JD No. 003, JD No. 005 del 6 de octubre de 2020, y JD No. 006 del 30 de octubre de 2020, sin solución de continuidad o desmejora de las condiciones laborales.

**(viii)** Que el demandado hace parte del Sindicato de Servidores Públicos de Emcali EICE ESP “SINSERPUBLIEMCALI”, ocupando el cargo de Secretario principal (Págs. 185 a 186– Archivo 02Anexos.pdf).

En tal sentido, Emcali E.I.C.E. E.S.P. estribó su posición como hecho concluyente para la configuración de una justa causa, que producto del estudio técnico realizado por la Universidad del Valle (Fl. 169 a 385 Archivo 13 ContestaciónAndresQuiñonez.pdf), sobre el esquema organizacional de la empresa, la Junta Directiva decidió, en Resolución JD 003 del 6 de octubre de 2020, suprimir la planta de personal y adoptar una nueva estructura, razón por la cual decidió reubicar al demandante en el cargo de coordinador código de cargo 904.001, área funcional administración gerencia, dependencia Gerencia de Área Gestión Humana y Activos, code 7780001 (Fl. 20 Archivo 13 ContestaciónAndresQuiñonez.pdf).

Y como quiera que en esa decisión de la Junta Directiva referida es donde Emcali E.I.C.E. E.S.P. pretende sustentar la postulación de levantamiento de fuero, surgiendo por tanto desde el acto propio de la determinación de suprimir la planta de cargos de la entidad, sin que sea viable como lo pretende la censura, enmarcar la categoría que ostenta el trabajador, teniendo como soporte al resolución JD 01 del 26 de octubre de 2020 (Págs.

65 a 90– Archivo 02Anexos.pdf), de donde se advierte únicamente la descripción de los cargos de la empresa cuyos titulares son trabajadores oficiales o empleados públicos, pero no determinó cuáles son las actividades de dirección y confianza que pueden desempeñar las personas que ostenten la condición de empleados públicos, a voces de las premisas normativas arriba evocadas.

Nótese que, en el artículo 26 de la Resolución JD 003 del 6 de octubre de 2020, únicamente se limitó a desplegar una clasificación de los servidores públicos de Emcali EICE ESP, calificando el cargo y otros como desempeñados por empleados de libre nombramiento y remoción, empleados públicos; sin que sea viable darle visos de empleado público al cargo de Coordinador que ejerce el actor, teniendo como soporte los actos administrativos ya enunciados, pues se realiza una discriminación generalizada de las denominaciones que corresponden a la “excepción de los cargos que son empleados públicos de libre nombramiento y remoción”.

Es más, con la incorporación que se ejecutó el 05 de noviembre de 2020, por Emcali E.I.C.E. E.S.P. al señor Andrés Felipe Quiñonez Salcedo al cargo de coordinador, área funcional administración gerencia, dependencia Gerencia de Área Gestión Humana y Activos, code 7780001, no puede de forma alguna interpretarse que **mutó** de forma “automática<sup>1</sup>” y “sin solución de continuidad” el régimen de servidor público que ostentaba el trabajador, hoy demandado, pues irían en contravía con las premisas normativas que soportan la naturaleza jurídica, y el consiguiente régimen jurídico y convencional que entraña la categoría de empleado público y trabajador oficial, pues nos encontramos ante situaciones jurídicas consolidadas. Para el caso, desde el 03 de abril de 2017, cuando el servidor demandado tomó posesión en el cargo de coordinador, las cuales no podrán ser afectadas, acorde con la garantía constitucional de los derechos adquiridos.

Tan es así, que al verificarse las funciones establecidas para dicho cargo en los numerales subsiguientes de la citada resolución, de cara al artículo 27 de la resolución JD No. 001 de 05 de octubre de 2020 (Págs. 85 – Archivo

---

<sup>1</sup> La palabra “automático” significa lo “dicho de un mecanismo que funciona en todo o en parte por sí solo” o también lo “que sigue a determinadas circunstancias de un modo inmediato y la mayoría de las veces indefectible”. Es decir, lo automático implica dos condiciones: que opera por sí mismo y que obra sin interrupción temporal entre la causa y el efecto. Diccionario de la Lengua Española. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.. Ed. ESPASA. 2001. Pág. 170.

02Anexos.pdf), se evidencia que las actividades encomendadas no se adecúan para nada a funciones de representación, manejo y confianza de la entidad accionante, sino por el contrario son actividades de simple ejecución dentro de la demanda, por lo cual queda evidente que Emcali EICE E.S.P., no ha establecido de manera clara e inequívoca cuáles son los cargos que corresponden a empleados públicos y cuáles con las actividades de dirección y confianza que deben ser realizados por dichos empleados, justificando claramente por qué esa función se considera de dirección, manejo y confianza, tal y como lo sostuvo *el a quo*. Sin que se haya aportado, tampoco, el manual de funciones que se encontraba vigente al momento en que el actor se posesionó en el cargo, 03 de abril de 2017.

Por tanto, el señor Andrés Felipe Quiñonez Salcedo, ostenta la condición de servidor público, en virtud de un contrato de trabajo, es decir, se trata de un trabajador oficial y su régimen legal será el establecido en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o en el reglamento interno de trabajo, y por lo no previsto en ellos en la Ley 6 de 1945, reglamentada por el Decreto 2127 de 1945 y demás normas que lo modifican o adicionan; más no el de servidor público vinculado mediante una relación legal y reglamentaria a un empleo de libre nombramiento y remoción, luego no tiene la calidad de empleado público y si fuera así su régimen legal será el establecido en las normas para empleados públicos.

Así las cosas, para la Sala, ninguna de las causales enunciadas por el extremo activo, encaja como justa causa legal y contractual para que Emcali E.I.C.E. E.S.P. dé por terminado el contrato de trabajo al señor Andrés Felipe Quiñonez Salcedo, y culmine con el vínculo laboral existente, pues lo que aconteció en dicha entidad fue una modificación de su planta de personal, a través de una reestructuración económica a la entidad. Lo anterior, por cuanto además el Decreto 2127 de 1945 aplicable a los trabajadores oficiales, no señala de manera tácita ni expresa en sus ya citados artículos, como justa causa, la que aduce la entidad, como lo es, la reestructuración económica o “supresión de cargo”. A voces de los diferentes precedentes jurisprudenciales remembrados en acápites anteriores de esta decisión, no se encuentran justificadas razones para autorizar el levantamiento del fuero sindical al trabajador aquí demandado.

Colofón de lo expuesto, se despachan de manera desfavorable los argumentos de la recurrente por activa y en consecuencia, se confirmará la decisión atacada.

#### **4. Respuesta al tercer interrogante planteado.**

4.1. La respuesta al tercer interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión de la *A quo* al considerar que la presente acción se encontraba afectada por el fenómeno jurídico de la prescripción. Lo anterior, por cuanto la acción encaminada a obtener la autorización de desvincular al demandado Andrés Felipe Quiñonez Salcedo fue afectada por la prescripción, ya que con la emisión de la Resolución JD 003 del 6 de octubre de 2020 el empleador contaba hasta el 6 de diciembre de 2020 para impetrar la acción de levantamiento de fuero sindical por la supresión del cargo que aquella ocupaba, sin embargo, Emcali E.I.C.E. E.S.P. sólo la radicó hasta el 18 de Junio de 2021.

4.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

#### **4.3. La excepción de prescripción de la acción especial establecida en el artículo 118A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.**

La normatividad laboral prevé dos (2) acciones judiciales para garantizar que los trabajadores no sean perseguidos por su condición de dirigentes sindicales: **i)** la acción de levantamiento del fuero sindical, a cargo del patrono interesado en obtener del juez laboral el permiso que le permitirá despedir o desmejorar las condiciones del trabajador aforado; y **ii)** la acción de reintegro por cuenta del trabajador, quien deberá promover acción contra el patrono que actuó sin cumplir el anterior requisito.

Sin embargo, para el primer evento, que corresponde a la acción de levantamiento del fuero sindical (por parte del empleador), la instituyó en un término perentorio, so pena de prescripción. Al respecto el artículo 118 A del CPT y SS consagró lo siguiente: **ARTÍCULO 118-A.**

**PRESCRIPCIÓN.** <Artículo adicionado por el artículo 49 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las acciones que emanan del fuero sindical prescriben en dos (2) meses. Para el trabajador este término se contará desde la fecha de despido, traslado o desmejora. **Para el empleador desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso...**(se resalta por la Sala)

Disposición normativa que fue objeto de control de constitucionalidad concentrado, oportunidad en la que se precisó que respecto del conteo del término de prescripción de la acción de fuero sindical para el empleador comienza «**desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso**. No sobra advertir que el artículo al hablar de convencional o reglamentario, ya presupone que se trata de dos tipos de trabajadores: particulares (convencional) o reglamentario (empleados públicos).» (CC C 1232 de 2005)

Sobre este punto, al estudiarse la constitucionalidad de los artículos 3º y 6º del decreto 204 de 1957, que sustituyeron los artículos 114 y 118 del Código Procesal del Trabajo, en lo que atañe a la prescripción de las acciones derivadas del fuero sindical, la Corte Constitucional los declaró exequibles en Sentencia C-381 de 2000 y, en lo que interesa a este asunto, dijo dicha Corporación:

“(...) el caso del levantamiento del fuero, lo que se pretende es consumir un requisito necesario para lograr esa autorización de traslado, retiro o desmejora del trabajador, ajustada a la ley, precisamente como garantía y protección a la figura del fuero sindical y en atención a las necesidades del empleador. Bajo ese supuesto, en esta figura no se ha verificado aún el despido, traslado o desmejora del trabajador, en espera de que la autorización sea concedida o denegada por la autoridad pertinente.

**En consecuencia, y en virtud de la naturaleza de esa figura, lo pertinente es que el cumplimiento de ese requisito necesario para el retiro, cuando así se pretenda por parte del empleador, se esgrima lo más cercanamente posible al conocimiento de la existencia de una justa causa necesaria para el despido, el traslado o la desmejora laboral. En efecto, es claro que la ambición de dicha norma, es resolver entonces, la tensión entre las potestades del empleador y la protección al fuero sindical, en atención a unos y otros intereses.**

***De allí, que un término de prescripción desvinculado del fundamento de esas prerrogativas, es decir de la justa causa que permitiría la excepción a la protección definitiva al fuero sindical, carecería necesariamente de toda razonabilidad, ya que alegar per se el ejercicio de un procedimiento para el levantamiento de fuero, meses, o incluso años después del conocimiento de una justa causa para ese proceder, desvirtúa la protección al fuero sindical que pretende la Constitución.*** (resaltado fuera del texto).

Por todo lo anterior, la Corte, en atención a la prontitud con la que debe ser resuelta este tipo de controversias y la naturaleza del levantamiento y la razón de ser de su garantía, declaró la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo respecto al término de prescripción de la mencionada acción, y la constitucionalidad condicionada del artículo 113 del Código Procesal del Trabajo, y, precisó que, en desarrollo del principio de igualdad material (CP art. 13 inciso 2º), y de la protección definida que al fuero sindical establece la Constitución, **el término que el empleador tiene para interponer la acción de levantamiento de fuero es concomitante con el conocimiento de la ocurrencia de una causa justa para solicitar la autorización de despido, traslado o desmejoramiento del trabajador aforado**, desvirtuando así la aplicación de otras interpretaciones diversas a la que precisamente se desprende de una lectura simple del artículo en mención.

En consonancia con el anterior precedente constitucional, en Sentencia T-249 de 2008, esa misma Corporación recordó que, hay que entender que los dos meses que el artículo 49 de la Ley 712 de 2001 confiere al patrono para instaurar la acción de levantamiento de fuero sindical, corren *“inmediatamente ocurra la justa causa requerida para solicitar la autorización de despido, traslado o desmejoramiento del trabajador aforado”*, según el condicionamiento impuesto por esta Corte al artículo 113 del Código Procesal del Trabajo, en los términos de la Sentencia C-368 de 2001.

Quiere decir, entonces, en palabras de la Corte Constitucional, *“...que los dos meses con que cuenta el empleador particular para hacer uso del procedimiento especial de levantamiento del fuero sindical, comienzan a correr una vez ocurrida la justa causa o culminado el procedimiento convencional que da lugar a establecerla, según el caso.”*.

También, la Corte Constitucional nuevamente analizó este tema, en la Sentencia T-338 de 2019, al resolver un caso similar al que ocupa la atención de esta Sala, sobre levantamiento de fuero sindical, en el que se brinda nuevas directrices para analizar el fenómeno de la prescripción para ejercer la acción de levantamiento del fuero sindical, por la causal a) del citado artículo 410 del CST, donde además reitera su tesis frente a la prescripción de las acciones de reintegro y de levantamiento de fuero sindical, efectuada en la citada Sentencia C-381 de 2000, en el entendido que dicho término debe observarse y aplicarse conforme a: *“(i) la justa causa alegada en la acción de levantamiento de fuero sindical, es decir, que no se extienda en el tiempo; y (ii) la oportunidad de la justa causa respecto de la formulación de la acción”*.

Más adelante puntualiza: *“(...) Ahora bien, en relación con la prescripción de dichas acciones judiciales, se ha recordado que el artículo 118 original<sup>[98]</sup> del CPTSS disponía 2 meses como término de prescripción pero únicamente para la acción de reintegro, y que tal norma legal había sido objeto de control abstracto mediante la Decisión **C-381 de 2000**<sup>[99]</sup>. Esa vez, y bajo la misma postura fijada frente a la prescripción general de las acciones laborales, este Tribunal consideró que “la norma impugnada no está consagrando la prescriptibilidad del fuero sindical, lo cual sería contrario a la Carta, sino la prescripción de reclamaciones concretas que puedan surgir de ese derecho constitucional, lo cual es legítimo y razonable. En efecto, de esa manera, con el fin de lograr mayor seguridad jurídica y promover la paz social, la ley pretende evitar que un trabajador aforado pueda reclamar su reintegro después de muchos años de ocurridos los hechos.”<sup>[100]</sup>*

***En lo concerniente a la razonabilidad del término de prescripción de la acción de reintegro de un empleado aforado, la Corporación sostuvo que al amparar el derecho fundamental de asociación, dichas discusiones deben desatarse en la mayor brevedad posible para no ocasionar un “daño irreversible” al sindicato. En esa medida, afirmó que si bien ese término es breve, lo cierto es que para esa clase de acciones está “constitucionalmente justificado, debido al interés mismo que es protegido por la figura del fuero sindical.”***

*Según lo previsto en los artículos 25 y 39 Superiores y el Convenio 98 de la OIT, y dado que la norma demandada no regulaba la prescripción de la acción de levantamiento de fuero sindical, la Corte aseveró que cuando el empleador decidiera formularla, “deberá hacerlo inmediatamente al conocimiento de la ocurrencia de una causa justa para la autorización de despido, traslado o desmejora del trabajador.” Agregó que “[s]i esa justa causa no se extiende en el tiempo y se esgrime en momentos diversos a los que dieron origen a la eventual posibilidad de levantamiento del fuero, lo que en realidad ocurre es que el fundamento mismo o la causal que autorizaba legítimamente el levantamiento, desaparece y en consecuencia se controvierne la razón misma de su consagración.”*

39. Con la expedición de la Ley 712 de 2001, cuyo artículo 49 adicionó el artículo 118A al CPTSS, se modificó la regulación precedente, al precisarse que las acciones que emergen del fuero sindical prescriben en el término de 2 meses, el cual se contabiliza para el trabajador “desde la fecha de despido, traslado o desmejora” y para el empleador “desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso”. (...)” (Resalta la Sala).

#### **4.4 Caso en concreto:**

La inconformidad de la recurrente por activa, radica en que con la decisión de reestructuración y supresión de la planta de personal de Emcali EICE ESP, la cual comprende un trámite y un ajuste de toda la actividad desplegada por el ente, la contabilización del término prescriptivo se debe surtir desde la Resolución GG 100006572020 del 18 de diciembre de 2020 donde se definió adoptar lo señalado en la Resolución JD No. 003 de 2020, de manera progresiva, en concordancia con la estructura administrativa y el despliegue funcional de la empresa, disponiendo una fase transitoria de seis (6) meses, por lo que la supresión y desvinculación de personal no podía compelerse a contar un término de dos (2) meses, el cual debe computarse desde la culminación del procedimiento aludido, y por tanto inmersos dentro de la segunda posibilidad que estableció el artículo 118A del CPT y SS, es decir desde que se haya agotado todo el proceso convencional o reglamentario.

En tal sentido, deviene procedente establecer si la parte actora logró probar de manera concreta y específica en el plenario, que presentó la acción de levantamiento de fuero sindical, dentro del lapso legal que le otorgó el legislador, el cual fue objeto de análisis en los pronunciamientos de orden constitucional evocados a través de esta decisión.

Y como quiera que en esa decisión de la Junta Directiva referida es donde Emcali E.I.C.E. E.S.P. pretende sustentar la postulación de levantamiento de fuero, surgiendo por tanto desde el acto propio de la determinación de suprimir la planta de cargos de la entidad, que para esta Sala comenzó a correr el término de dos (2) meses para impetrar la correspondiente acción encaminada a obtener la autorización de desvincular a el demandado Andrés Felipe Quiñonez Salcedo, configurándose por tanto el fenómeno jurídico de la prescripción, ya que con la emisión de la Resolución JD 003 del 6 de octubre de 2020 el empleador contaba hasta el 6 de diciembre de 2020 para

impetrar la acción de levantamiento de fuero sindical por la supresión del cargo que aquella ocupaba, sin embargo, este evento sólo aconteció hasta el 18 de Junio de 2021 como se advierte del acta de radicación en la Oficina de Reparto correspondiente, donde se lee además, que existió un primer reparto el día 31 de mayo de 2021 (Págs. 1– Archivo 04 Acta.PDF).

La Sala no acoge los argumentos planteados por la apoderada judicial de la entidad demandante, cuando señala que dicho término se contabiliza desde la finalización de todo el proceso adelantado al interior de Emcali E.I.C.E. E.S.P., bajo la premisa de que el mismo se ajusta dentro del supuesto señalado en el artículo 118A CPLSS, al entender la contabilización desde que “(...) *haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso. (...)*”, ya que el procedimiento de reestructuración y modernización de la empresa no se ciñó al cumplimiento de un mandato convencional o reglamentario tal y como allí se señala, sino a la decisión de la Junta Directiva dirigida a adoptar una nueva estructura, apoyada en la necesidad del servicio y un nuevo modelo de gestión, conforme al Estudio Técnico realizado por la Universidad del Valle y el Plan Estratégico Corporativo -PEC 2018-2023.

Se resalta, además, que el párrafo único del artículo 3° de la Resolución JD No. 003 de 2020 (Págs. 91 a 171 – Archivo 02Anexos.pdf) dispuso, en relación con aquellos aforados, que la discrecionalidad para decidir sobre su incorporación a la nueva planta quedaba sujeta al adelantamiento del levantamiento de la garantía ante la jurisdicción laboral. También en su artículo 5° contempló un plazo de tres (3) meses para la armonización de los documentos corporativos y disposiciones internas, conforme las nuevas condiciones, temporalidad que fue inobservada por el ente demandante, pues la demanda fue incoada hasta el **18 de Junio de 2021** (primer reparto el día 31 de mayo de 2021) (Págs. 1– Archivo 04 Acta.PDF), y dicha directriz fue emitida también el 06 de octubre de 2020, es decir, que contaba hasta el **06 de enero de 2021**.

Nótese que el acta de Formalización de Incorporación de Emcali E.I.C.E. E.S.P., por medio de la cual se le comunicó al señor Andrés Felipe Quiñonez Salcedo su incorporación al cargo de coordinador código de cargo 904.001,

área funcional administración gerencia, dependencia Gerencia de Área Gestión Humana y Activos, en cumplimiento con las Resoluciones JD No. 001 (Págs. 65 a 90– Archivo 02Anexos.pdf), JD No. 003 (Págs. 91 a 171 ibid.), JD No. 005 del 6 de octubre de 2020, y JD No. 006 del 30 de octubre de 2020, es del **05 de noviembre de 2020** (Fl. 20 Archivo 13 ContestaciónAndresQuiñonez.pdf), es decir, que la demandante ya contaba con la esquematización de cargos al interior de la entidad, sin que fuera necesario un tiempo adicional, como se indicó por la recurrente, razón suficiente para despachar negativamente el mismo.

Así las cosas, la Sala considera acertada la conclusión de la Juez de primer grado al considerar que la presente acción judicial para levantamiento de fuero sindical, estaba afectada por el fenómeno jurídico de la prescripción.

#### **5. Respuesta al cuarto problema jurídico.**

La respuesta a este interrogante es positiva. En lo que atañe a la imposición de costas de primera instancia a cargo de la demandante Emcali EICE ESP, es menester indicar que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Por ende, su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en ese escenario se define cuál extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de las partes, e inclusive las potestades de las mismas, vía administrativa. Por ende, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por la *a quo* a la entidad demandante.

#### **6. Costas.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de la apelante Emcali E.I.C.E. E.S.P., y en favor del trabajador demandado.

### **IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la

República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la providencia objeto de apelación, por lo antes expuesto.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la apelante Emcali E.I.C.E. E.S.P., y en favor del señor Andrés Felipe Quiñonez Salcedo. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

Firma digitalizada para  
actuación judicial



**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**  
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**



**MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**  
**MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**  
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública  
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)