



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

SENTENCIA No. 275

Santiago de Cali, dieciséis (16) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Proceso	Especial de fuero sindical, permiso para despedir
Demandante	Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP
Demandados	REYNALDO HENAO BARBERI
Trámite	Apelación de sentencia
Radicado	760013105015202100232-01
Decisión	Confirma

En Santiago de Cali, Departamento del Valle del Cauca, a los dieciséis (16) días del mes de agosto del años dos mil veintidós (2022), la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, conformada por los Magistrados ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA y CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ, quien actúa como ponente; obrando de conformidad con el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y la Ley 2213 del 12 de junio de 2022, adopta la decisión con el fin de dictar sentencia en el proceso de la referencia, en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

Pretende la empresa demandante Empresas Municipales de Cali, en adelante EMCALI EICE ESP, el levantamiento del fuero sindical del trabajador demandado Reynaldo Henao Barberi, en su calidad de miembro de la junta directiva del Sindicato de Servidores Públicos al Servicio de EMCALI EICE ESP, en adelante, SISEMCALI, y, en consecuencia, la autorización del despido por supresión de la planta de personal de la entidad y la adopción de una nueva estructura, además solicita la condena en costas.

Como hechos relevantes señaló que EMCALI EICE ESP, es una entidad del orden municipal, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa, de objeto social múltiple, cuyo régimen legal es de derecho privado.

Informó que mediante resolución de 2004, nombró al trabajador demandado en el empleo público de director, asignado a la dependencia de la dirección de aprovisionamiento de la gerencia de unidad estratégica de negocio de telecomunicaciones, y que, en la actualidad desempeña el cargo de subgerente de la subgerencia operativa GUENTIC, el cual es de libre nombramiento y remoción, según resolución JD No. 001 de octubre de 2020, sin embargo, mediante resolución JD No. 003 del mismo mes y año, la junta directiva de esa empresa suprimió la planta de personal, y adoptó una nueva estructura, por las necesidades del servicio y en razón a la modernización, la cual se justificó en estudios técnicos realizados por la Universidad del Valle.

Afirmó que en varias oportunidades ha encargado al demandado para desempeñar distintos empleos públicos al interior de la entidad, y que en la actualidad ella goza de la garantía foral, por hacer parte de la junta directiva del sindicato SISEMCALI, en el que ocupa el cargo de fiscal.

Explicó que la supresión de empleos es una causa legal de retiro del servicio de los empleados del sector público, que se justifica en la necesidad de adecuar las plantas de personal de las distintas entidades públicas a los requerimientos del servicio para hacer más ágil, eficaz y eficiente la función que deben cumplir. Esta causal de retiro es aplicable indistintamente tanto a los cargos de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción.

El demandado Reynaldo Henao Barberi, así como SISEMCALI manifestaron en forma coadyuvada no ser cierto que el cargo de director Guentic, sea de empleado público, en tanto, dicha calidad sigue unos parámetros legales determinados por el ordenamiento jurídico, en consecuencia, afirmaron que el demandado es un trabajador oficial,

además que el citado cargo no ha sido previsto en ninguna de las resoluciones de EMCALI. Añadieron que todos los cargos de la planta de personal de la demandante se deben clasificar como trabajadores oficiales, excepto que en los estatutos se precisará qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por empleados públicos.

Precisaron que la empresa demandante expidió la Resolución JD 003 del 6 de octubre de 2020, en la que suprime la planta de personal para adoptar una nueva, sin embargo, eso se dio en papel, pero no en la realidad, dado que, en los estudios técnicos contratados con la UNIVALLE no se suprimió el nivel profesional en el que se encuentra el demandado por ser subgerente, que por el contrario, tal cargo se mantuvo y aumentó de 360 a 372 personas. Citaron providencia proferida el día 22 de agosto de 2022 (sic) por la Sala de Decisión Laboral de este Tribunal, con ponencia del Mg. Carlos Alberto Oliver Gale, así como la sentencia proferida por la Corte Constitucional T-435 de 2011. Propusieron como excepción previa la de prescripción, y de mérito las de inexistencia de justa causa invocada; clasificación del cargo del demandado, como trabajador oficial; naturaleza jurídica de la entidad y régimen de su personal, y no existencia de carrera administrativa en EMCALI EICE.

TRÁMITE Y DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Quince Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia proferida el 27 de julio de 2022, dispuso declarar probadas las excepciones propuestas por el demandado, en consecuencia, absolvió al demandado de las pretensiones incoadas en su contra por la empresa demandante, a quien le impuso condena en costas.

Como fundamento de la decisión, expuso que no existe controversia respecto del vínculo que une a las partes, así como tampoco la calidad del demandado de miembro de la junta directiva del sindicato SISEMCALI, precisando que el problema jurídico era establecer si es procedente levantar el fuero sindical que goza el trabajador y si procede el permiso para despedir.

Citó y leyó los arts. 123 de la Constitución Política, así como el 5° de la Ley 3135 de 1968 que define la calidad de empleados públicos y

trabajadores oficiales. Señaló que en los Estatutos de las EICE se determina cuales son los empleados de dirección, manejo y confianza. En lo relativo al fuero citó el art. 39 de la Constitución, así como la Ley 362 de 1997, que modificó el art. 2° del CPTSS, entre otra normativa. En lo relativo a las justas causas para levantar el fuero, además de citar el art. 209 de la norma superior, citó providencias proferida por la Corte Constitucional C-725 de 2020 y SU 055 de 2018, y por la Corte Suprema de Justicia con radicado 653804 -sin precisar fecha- y la SL 261 de 2019. Respecto de las justas causas para terminar contratos enunció el Decreto 2127 de 1945, y los convenios 87 y 98 de la OIT relativos a la asociación sindical.

Explicó que, una vez revisada la normativa citada, no existe referencia que la reestructuración de la planta de personal sea justa causa para terminar los contratos de trabajo, menos aún que en el proceso no está determinada la calidad de empleado del demandado, porque la parte demandante no solicitó que se estableciera si es empleado público o trabajador oficial, sin embargo, manifestó que para efectos de determinar la competencia, señaló que para el despacho es un trabajador oficial, y no se dan las condiciones para permitir el levantamiento del fuero, ante la inexistencia de la justa causa. Señaló que no analiza la prescripción porque no se configuró la justa causa para terminar el contrato.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la empresa demandante señaló que se ha establecido por la jurisprudencia vigente que conforme a los preceptos legales son tres los presupuestos para que proceda el levantamiento del fuero sindical, como son i) la vinculación laboral entre las partes, ii) la existencia del fuero sindical y iii) la justa causa para terminar el contrato. Que si bien en este caso la parte demandada señala que esta en discusión la naturaleza del cargo, y que es el Juez quien debe decidir, para ella tal situación riñe con la norma objetiva laboral porque pese a que, el Juez laboral esta habilitado para resolver las situaciones adicionales que se presentan en estos asuntos, como son la existencia del contrato o la justeza o no del despido, indicó que no ocurre lo mismo con lo relativo a la naturaleza del cargo, lo cual es ajeno a la competencia del

juez laboral por corresponder a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, más aún que el demandado es un servidor público.

Señaló no estar de acuerdo con lo manifestado por el Juez, relativo a que no se aportó prueba alguna de los Estatutos de EMCALI, los que afirma se allegaron con la demanda y corresponden al JD1 del 6 de octubre de 2020, en los que se describen cuales son los cargos de libre nombramiento y remoción, como es el caso del demandado por ser director y subgerente de la empresa.

Por otro parte, reiteró lo expuesto en los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda relativos a la función administrativa y la supresión de empleos como causal admisible de retiro de servicio de los empleados públicos, lo que señaló ha sido aceptado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Añadió que mediante Resolución 003 del 6 de octubre de 2020, EMCALI modificó debido a la necesidad del servicio, la planta de personal, lo que señala estuvo acorde al estudio técnico contratado con la Universidad del Valle.

Señaló que, pese a no haberse analizado la prescripción por el Juez, señala que se debe tener en cuenta lo dispuesto en la resolución GG1000006572020 del 18 de diciembre de 2020 aportada al proceso, en la que se concedió un término de 6 meses para implementar las modificaciones relativas a la supresión y modificación de cargos, de ahí que la empresa no podía iniciar el presente proceso en un término de dos meses.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

La competencia de esta Corporación se limita a los puntos que fueron objeto de apelación por la parte demandante, en aplicación del principio de consonancia consagrado en el art. 66A del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que debe solucionar esta Sala de decisión consiste en determinar si en el presente caso se dan los presupuestos exigidos por la Ley para declarar constituida, en perjuicio del trabajador demandado, la causal

esgrimida por la empleadora demandante y la consecuente viabilidad de autorizar el despido de este, en caso positivo, si operó o no el fenómeno jurídico de la prescripción.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Fuero Sindical constituye un privilegio y amparo de origen constitucional nacido en el derecho internacional, por el cual se garantiza que ningún trabajador aforado pueda ser despedido, desmejorado o trasladado a otro establecimiento de la misma empresa sin justa causa previamente calificada por el Juez del trabajo. Calificación que debe hacerse a través de proceso especial de fuero sindical según lo establece el artículo 39 de la Constitución Nacional y tal como lo señalan los Convenios 87 y 98 de la O.I.T.

Dicha garantía, según lo establece el Artículo 406 CST, cobija a los fundadores de un sindicato; a los trabajadores que con anterioridad a la inscripción en el registro sindical adhieren al sindicato; a los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes; los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente; y a dos (2) miembros de la comisión estatutaria de reclamos.

Para establecer el periodo en que opera la protección, se tiene que el de los fundadores corresponde desde el día de la constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin que pueda exceder de seis (6) meses, siendo este mismo el punto final de la protección para los adherentes, a quienes les nace la cobertura desde el ingreso al sindicato. Por su parte para los miembros de junta directiva, subdirectivas, comités seccionales y comisión estatutaria de reclamos, la protección es por el tiempo del mandato y seis (6) meses más.

Finalmente debe establecerse que el fuero sindical implica que para proceder a la terminación del contrato de trabajo o a la desvinculación, aun cuando exista justa causa, el empleador, debe tramitar la autorización para despedir al aforado, por considerar que existe justa causa para la terminación del contrato de trabajo, a esto se llega por el proceso especial de fuero sindical en su modalidad de acción «*permiso para despedir*», que aquí se tramita.

Si se produce el despido, sin mediar el proceso o cuando aún está en trámite, -así se funde en una justa causa para ello- se trata de una modalidad de despido ilícito, que da lugar al reintegro, al mismo cargo que ocupaba o a otro de mayor jerarquía, más el pago de los salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta su reintegro efectivo.

Definido el ámbito de protección del fuero sindical, es necesario subrayar que esta protección debe estar precedida de la existencia de un sindicato u organización sindical, que se encuentre acorde a los preceptos y exigencias establecidas por el artículo 359 y ss. del CST.

Una vez definida la figura del fuero sindical, se pasa a realizar un análisis de esta, de cara a los hechos que dan sustento al proceso que se estudia, para así decidir frente a la sentencia objeto de apelación.

Sea lo primero determinar, que se encuentra demostrada en el plenario sin que sea objeto de discusión, la naturaleza jurídica de la empresa demandante como Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal; el régimen legal de los trabajadores de dicha empresa como trabajadores oficiales, y excepcionalmente como empleados públicos los que desarrollen actividades de dirección, manejo y confianza -según Acuerdos 014 de 1996 y 34 de 1999-.

Así mismo, se acreditó la vinculación inicial del accionado en el cargo de director asignado a la dependencia de Dirección Aprovisionamiento de la Gerencia de Unidad Estratégica de Negocio de Telecomunicaciones de EMCALI EICE ESP, mediante Resolución 3410 del 20 de mayo de 2004; y luego en el cargo de subgerente en la subgerencia operativa adscrito a la Gerencia Unidad Estratégica de Negocio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, mediante Resolución GG 1000006262020 del 3 de diciembre de 2020.

No obstante, aunque la empresa demandante señala que el cargo desempeñado por el trabajador demandado es de empleado público por ser un cargo de libre nombramiento y remoción, para lo cual invoca la Resolución JD No. 001 del 6 de octubre de 2020, lo cierto es que, en tal acto administrativo se enlista tal cargo como empleado público, sin embargo, no determina las actividades de dirección o confianza que desempeña el mismo, como lo exigen los artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 y 292 del Decreto 1333 de 1986, de

ahí que tal resolución no se pueda tener como estatuto de la entidad, y por ende, esta colegiatura aplicará la regla general de tener como trabajador oficial al demandado. A la anterior conclusión se llega con fundamento en los acuerdos antes citados, así como con el criterio que de vieja data ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, en sentencias 23 mar. 2007, rad. 29948 y SL 12 feb. 2008, rad. 31977, SL-883 de 2013, SL4042 de 2019 reiterado en SL4635-2019, SL 1327 de 2020, SL3558 de 2020, y SL 4017-2021, entre otras.

Continuando con el análisis de los requisitos para que se configure la protección foral, se advierte que, también se demostró la existencia del sindicato SISEMCALI y del fuero sindical en favor del trabajador demandado - por ser fiscal de la junta directiva de dicha organización sindical-, lo que constituye requisito indispensable generador de la acción esgrimida por la empresa demandante, dado que en criterio de esta Colegiatura, la demostración del Fuero Sindical, constituye la legitimación de la causa del derecho objetivo, que es precisamente la que atribuye la titularidad de los derechos derivados a quién ostenta la calidad de trabajador aforado y cuyo levantamiento se pretende en el presente proceso para poder procederse a su despido.

Ahora, en lo que corresponde a la justa causa que invoca la empresa demandante, esta debe corresponder en principio a las que enuncia el art. 410 del CST para que proceda la autorización por parte del Juez laboral para el despido del trabajador aforado, o las que enuncian los arts. 16, literal g) del art. 47, o arts. 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945, sin embargo, se advierte que se invoca la supresión de la planta de personal de la entidad y la adopción de una nueva estructura, atendiendo lo dispuesto en la Resolución JD No. 003 del 6 de octubre de 2020 emitida por la Junta Directiva de la demandante, conforme a la reestructuración planteada por la Universidad del Valle.

Al respecto, es fundamental precisar que conforme a los arts. 2° y 209 de la Constitución Política, la Administración tiene la facultad de adecuar su estructura organizacional para garantizar la debida prestación de los servicios y el ejercicio de las funciones a su cargo, es por ello que la Constitución y la Ley le han concedido una serie de competencias encaminadas a crear, fusionar y suprimir los empleos de su planta de personal, cuando las necesidades públicas o la situación fiscal así lo demanden.

En efecto, así lo ha señalado el Consejo de Estado al precisar que: «*De tal manera que la Carrera Administrativa ni ningún otro régimen de administración de personal que brinde garantías a quienes se hallen inscritos o escalafonados, constituyen impedimento para que el Gobierno Nacional, Departamental, Municipal o Distrital, lleven a cabo, dentro de los parámetros constitucionales y legales, la supresión de empleos en las entidades que sean de su competencia*»¹.

Conforme a lo expuesto, entiende esta Colegiatura que la supresión de cargos también puede ser invocada como una justa causa para autorizar el despido del trabajador aforado, «*sin que lo anterior implique el menoscabo del derecho a la estabilidad laboral que se deriva de la calidad de trabajadores inscritos en la carrera administrativa*»², así lo ha expuesto también la Corte Suprema de Justicia al precisar en sentencia del 16 de septiembre de 2008 con Rad. 33004, que:

Por esta razón el mero acto administrativo de la entidad demandada por la que se auto - autorizo para ajustar su planta de personal y suprimir cargos, no es suficiente para declarar la existencia de un interés público (sic) que tenga primacía sobre la eficacia de las garantías convencionales de estabilidad de empleo a las necesidades de la administración; esta debe resultar de estudios que aconsejen el reordenamiento administrativo, y que persuadan de cómo el sacrificio de los trabajadores que pierden su empleo, se justifica por la realización de un interés superior, como el de hacer más eficaz, o menos superflua la administración, o para propender al nivel de gasto que le permite su situación financiera

Respecto de la causa invocada por la demandante, se advierte de las pruebas documentales aportadas por las partes que, mediante Resoluciones JD 001 del 6 de octubre de 2020, EMCALI EICE ESP adoptó los Estatutos Internos de esa entidad; JD 003 de la misma fecha adoptó la estructura administrativa y funciones básicas, y JD 005 de igual calenda, adoptó la planta de cargos.

Según los justificativos expuestos por la empresa demandante en el libelo inicial, tal reforma obedeció a que se “*planteó una estructura más delgada, con menos niveles de autoridad y con igual o menor número de dependencias, como quiera que tal situación causaba no solo claros efectos financieros sino mejoras esperables de la eficiencia en el trabajo*”. Y que “*se justifica en la necesidad de adecuar las plantas de personal de las distintas entidades públicas a los requerimientos del servicio para hacer*

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Rad. 05001-23-31-000-1998-00285-01(0778-11), sentencia del 8 de agosto de 2012.

² Corte Constitucional, sentencia T-204 de 2011.

más ágil, eficaz y eficiente la función que deben cumplir”, de ahí que suprimiera entre otros, el cargo de director.

Sin embargo, se evidencia en los enunciados actos administrativos la equivalencia de cargos como el de subgerente, al cual se le incorporó al demandado a la nueva planta en el cargo en la subgerencia operativa adscrito a la Gerencia Unidad Estratégica de Negocio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones el 4 de diciembre de 2020, pues de ello da cuenta tanto la Resolución GG 1000006262020 del 3 de diciembre de 2020, como el acta de posesión N° 76 del día siguiente, por ende, estima esta Sala que lo acontecido fue una modificación a la planta de personal, ante la existencia del cargo que se vinculó al demandado y que desempeña sin reparos por parte de la demandante, por ende, no se encuentra configurada la justa causa invocada por la empresa, y no resulta aceptable conceder el levantamiento del fuero sindical.

En gracia de discusión, de aceptarse como justa la causa invocada por la empresa demandante para terminar el contrato con el trabajador demandado, lo cierto es que, tampoco se obtendría una sentencia favorable para la empresa por cuanto prescribió el término con que contaba para instaurar la presente acción, el cual es de dos meses contados *«desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convención o reglamentario correspondiente, según el caso»*³.

En el presente caso se tiene que, mediante Resolución JD 005 del 6 de octubre de 2020, EMCALI EICE ESP adoptó la planta de cargos, disponiendo que la misma empezaría a regir a partir de la publicación de dicho acto, y en particular en el párrafo 2° del art. 2°, para los trabajadores que gozaban de fuero sindical, lo siguiente:

PARÁGRAFO SEGUNDO: Aquellos supuestos en los que se presente una desaparición definitiva de cargos cuyos titulares gocen de fuero sindical por no requerirse para el correcto funcionamiento de la entidad, la supresión de los puestos de trabajo y la terminación de los vínculos laborales se harán efectivas cuando se hayan adelantado y decidido los correspondientes procesos para el levantamiento de la garantía de acuerdo con las normas vigentes.

³ Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, art. 118A.

De lo que deduce esta Corporación que, si la vigencia del cambio en la planta de cargos empezó a regir a partir de la publicación de la resolución, es decir, el 6 de octubre de 2020, la entidad tenía hasta el 5 de diciembre de ese mismo año, para iniciar el correspondiente trámite especial para levantar el fuero del trabajador que aquí demanda, sin embargo, el presente proceso se instauró el 1° de junio de 2021 -según acta de reparto-.

Ahora, si se entendiera que, conforme al artículo séptimo de la Resolución JD 005 de octubre de 2020, que dispuso *«A partir la entrada en vigencia de la presente resolución, la administración de EMCALI EICE ESP, contará con tres (3) meses para adelantar las gestiones necesarias para armonizar los documentos corporativos y disposiciones internas, conforme a las condiciones aquí establecidas»*, la entidad contaba con 3 meses para realizar trámites, es decir, que dicho término iniciaría a contabilizarse desde el 6 de enero de 2021, lo cierto es que, la conclusión jurídica no sería diferente, en tanto, el plazo para incoar el presente trámite le fenecería en marzo de 2021, y no en junio como se realizó.

Si el anterior argumento fuese poco, tampoco resulta aceptable la manifestación de la apoderada recurrente, cuando hizo mención que en la Resolución GG1000006572020 del 18 de diciembre de 2020 se amplió el término en seis para implementar la planta de personal, toda vez que, revisado el contenido del citado acto administrativo, el mismo concedió el plazo señalado por la abogada, pero en lo concerniente a la implementación del Sistema de Gestión de Calidad y mejoramiento conforme al Modelo de Operación de Emcali, lo que dista de la implementación de la planta de personal como lo quiere hacer entender la profesional del derecho. En consecuencia, tampoco se llegaría a un desenlace diferente.

De contera, se confirmará la decisión del Juez de primera instancia, pero por las razones expuestas en la presente sentencia, sin que sea necesario adentrarse en análisis adicionales conforme al ya citado art. 282 del CGP.

Por lo expuesto, se confirmará la sentencia de primer grado en todas sus partes y se condenará en costas en esta instancia al extremo accionante, al no salir próspero el recurso de apelación interpuesto, se incluirá como agencias en derecho la suma equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, en favor de la parte pasiva.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia No. 157 proferida el día 27 de julio de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO. COSTAS a cargo del accionante, en cuya liquidación se incluirá la suma equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes como agencias en derecho.

Lo resuelto se notifica a las partes por EDICTO.



CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada



ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada



JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado