



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

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2.022)

Clase de proceso:	Fuero sindical – Levantamiento fuero sindical
Radicación:	76-001-31-05-007-2021- 00265-01
Juzgado de primera instancia:	Séptimo Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Empresas Municipales de Cali –Emcali E.I.C.E. E.S.P.
Demandados:	- Felipe Riascos Villegas -Sindicato de Servidores Públicos al Servicio de Emcali EICE ESP “SEMCALI”
Sentencia escrita No.	388

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. 181** emitida el día 01 de septiembre de 2021, por el Juzgado Séptimo 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 Felipe Riascos Villegas en su condición de miembro de la Junta Directiva del Sindicato –SEMCALI-. **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. 2 a 10– Archivo 02Demanda.pdf).

2. Contestaciones de la demanda.

La parte pasiva presentó contestación escrita a la demanda de la cual se dio traslado a la parte accionante (Fl.2 a 17 Archivo 16 ContestaciónPrueba.PDF). Presentó como excepciones de mérito las de “Innominada”, “Prescripción”, “Buena Fe” y “Prevalencia de los derechos constitucionales”. En virtud de la brevedad y el principio de economía procesal, no se estima necesario reproducirla (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *a quo* dictó sentencia No. 181 emitida el día 01 de septiembre de 2021, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declaró probada de oficio la excepción de inexistencia de la obligación. **Segundo**, absolver al señor Felipe Riascos Villegas, de todas las pretensiones propuestas en su contra por Emcali EICE ESP. **Tercero**: condenó en costas a la parte demandante y a favor del demandado.

3.2. Para adoptar tal determinación, arguyó que el demandado si goza de la protección de fuero sindical y además hace parte de la Junta directiva del Sindicato de Servidores Públicos al Servicio de Emcali E.I.C.E. E.S.P. SEMCALI por ostentar el cargo de suplente del presidente, cumpliéndose la condición dispuesta en el literal c) del Art. 406 del C.S. del T., y por tanto, con la garantía de la protección foral aludida.

Y en tal virtud, procedió a estudiar la causal del despido invocada por la entidad demandante, advirtiendo previamente que EMCALI EICE ESP es una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, por lo que por regla general todos sus empleados tienen la calidad de ser trabajadores oficiales, y sólo por excepción serán empleados públicos los que ejercen actividades de dirección y confianza; premisas que le permitieron advertir que el señor Felipe Riascos Villegas, ostenta la condición de trabajador oficial al ejercer el cargo de coordinador, donde ejerce funciones que insiste, no se adecúan para nada a las funciones propias de dirección, manejo y representación de la entidad demandante, ya que la empresa accionada no determinó de manera clara y precisa, cuáles son los cargos que corresponden a los empleados públicos y cuáles las actividades de dirección y confianza que deben ejercer. Concluyendo, por tanto, que el demandado ostenta la condición de trabajador oficial.

Indicó además, que la entidad demandante erró al invocar como causa del despido, la de la supresión del empleo, consagrada en la Ley 909 de 2004, toda vez que al establecerse que el demandado ostenta la condición de trabajador oficial, no le es aplicable dicha normativa, pues acorde con su calidad le son aplicables las justas causas de terminación dispuestas en los artículos 16, 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945, compilados en el decreto 1083 de 2015, dentro de las cuales advirtió, no se encuentra consagrada las causales de “supresión del empleo”.

Ultimó, que no fue demostrado en el presente proceso que se configurara realmente una justa causa de despido que justificara el levantamiento de fuero sindical del cual goza el trabajador demandado, razón por la cual denegó las pretensiones de la demanda, pues era a la demandante a quién le correspondía probar la configuración de la justa causa que alegaba para acreditar el cumplimiento de los requisitos necesarios para la consecución de sus pedimentos, y como quiera que no se probó, no las acogió, por lo que procedió a declarar probada de oficio, la excepción de inexistencia de la obligación, e impuso las costas al extremo activo al haber sido vencida en juicio.

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, 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.

Señaló, que si bien la jurisprudencia laboral ha admitido que el juez laboral, que resuelve el conflicto derivado de la estabilidad laboral reforzada derivado del fuero sindical, está habilitado para resolver cuestiones adicionales, que se le proponen, como por ejemplo la existencia del contrato de trabajo laboral, la justeza o no del despido, no ocurre lo mismo con la discusión de la naturaleza del cargo, porque esta discusión, por sí sola, no hace al juez laboral competente funcionalmente ya que en principio la parte demandada es un servidor público, por ende la jurisdicción competente para definir la cuestión es la jurisdicción contenciosa administrativa.

Indicó que, 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 cualquiera que sea la relación que los una, de manera que, si el servidor pretende el ajuste de su cargo por considerar que sus funciones no encajan dentro de las de un servidor público sino las de un trabajador oficial, deberá someterlo al conocimiento de la jurisdicción administrativa. Nótese como el asunto de tales características, no impide que pueda resolverse la acción de levantamiento de fuero sindical, como si ocurre con la existencia de un contrato, luego el que sea empleado oficial o servidor público sigue dejando en cabeza del juez laboral el conocimiento del proceso.

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.

Señaló 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 y por disposición legal del artículo 292 del Decreto Ley 1333 de 1986, 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 que las actividades de dirección y confianza deben ser desempeñadas por personas que ostentan la calidad de empleados públicos.

Indicó que en el caso, se dejó claro en la actuación procesal que, el artículo 209 de la Constitución, impone que la función administrativa debe ejercerse con fundamento en el bien común y el bien general, es decir, persiguiendo los fines propios del Estado Social de Derecho; bajo dicha concepción se ha facultado a la administración para que con el fin de ser más eficaz la prestación del servicio público, con las políticas de modernización del Estado pueda reestructurar o modificar la planta de personal e inclusive reclasificar empleos.

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, es decir, con menos niveles de autoridad y con igual o menos número de dependencias, como quiera que tal situación causaba no solo claros efectos financieros y de carácter operacional.

Insistió, en que atendiendo al hecho de que la restructuración 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, teniendo las justas causas subjetivas. Solicitando se revoque la sentencia y se acceda a la demanda.

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 Felipe Riascos Villegas ostenta la condición de empleado público o trabajador oficial?

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

3. Respuestas a los interrogantes planteados.

3.1. Las respuestas a los interrogantes son **negativas**. Fue acertada la decisión del 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 desempeñadas 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 error endilgado, toda vez que contravino el genuino entendimiento, entre otros, del artículo 5º 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 la supresión del empleo por la reestructuración de Emcali EICE ESP, constituye una causa

legal del retiro del servicio del empleado del sector público demandado, indistintamente si se trata de un cargo de carrera administrativa como en los cargos de libre remoción.

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 que actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos;

(iv) Que mediante la Resolución GG No. 001552 del 05 de Octubre de 2010 Emcali E.I.C.E. E.S.P. nombró al ingeniero Felipe Riascos Villegas para desempeñar el cargo de Coordinador código de cargo 904.001, Área Funcional Administración Departamento Code 7314200 Departamento de Interventoría Code 7314200 de la Gerencia Unidad Estratégica de negocios

de acueducto y alcantarillado, (Págs. 12– Archivo 02Demanda – PDF); del cual tomó posesión el 12 de octubre de 2010 (Pág. 19 Archivo 16ContestaciónPrueba.pdf).

(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. 48 a 73– Archivo 03Anexos.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. 74 a 154– Archivo 03Anexos.pdf)). Acto Administrativo que fue modificado en su artículo 27, por la Resolución JD No 009 de 03 de noviembre de 2020 (Pág. 155 a 158 ibid.)

(vii) Que en virtud de lo anterior, por intermedio de Acta de Formalización de Incorporación del 05 de noviembre de 2020, Emcali E.I.C.E. E.S.P. comunicó al señor Felipe Riascos Villegas su incorporación al cargo de coordinador código de cargo 904.001, área funcional administración unidad, dependencia unidad de interventoría, adscrita a la gerencia unidad estratégica de negocio de acueducto y alcantarillado, code 7321121, 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 (Fl.20 Archivo 16 ContestaciónPrueba.pdf).

(viii) Que el demandante hace parte del Sindicato de Servidores Públicos al Servicio de Emcali EICE ESP “SEMCALI”, ocupando el cargo de **suplente del presidente** (Págs. 16– Archivo 02Demanda.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 (Págs 52 a 289 Archivo 02 Demanda.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 unidad, dependencia unidad de interventoría, adscrita a la gerencia unidad estratégica de negocio de acueducto y alcantarillado, code 7321121 (Fl.20 Archivo 16 ContestaciónPrueba.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. 48 a 73– Archivo 03Anexos.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, la incorporación que se ejecutó el 05 de noviembre de 2020, por Emcali E.I.C.E. E.S.P. al señor Felipe Riascos Villegas al cargo de coordinador, área funcional administración unidad, dependencia unidad de interventoría, adscrita a la gerencia unidad estratégica de negocio de acueducto y alcantarillado, no puede de forma alguna interpretarse **mutó** de forma “automática¹” y “sin solución de continuidad” el régimen de servidor

¹ 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

público que ostentaba el trabajador, hoy demandado, pues se rayarían 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, por encontrarnos, ante situaciones jurídicas consolidadas, para el caso, desde octubre de 2010, 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 (Pág. 68), 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 demandada, 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 discernió *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, desde el año 2010.

Por tanto, el señor Felipe Riascos Villegas, 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.

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.

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 Felipe Riascos Villegas, 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 en su integridad la sentencia de primer grado.

4. 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 de Felipe Riascos Villegas. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
act. judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO