

PETICIÓN ESPECIAL DTE 76001310501520220007101 RV: RAD.
76001310501520220007101. ACTORA. MARIA DEL PILAR HERNANDEZ. PETICIÓN ESPECIAL DENTRO DEL TRAMITE DE RECURSO DE APELACIÓN DE EMCALI

Secretaria Sala Laboral Tribunal Superior - Seccional Cali
<sslabcali@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 19/09/2022 5:19 PM

Para: Mary Elena Solarte Melo <msolartm@cendoj.ramajudicial.gov.co>;Gustavo Esteban Delgado Viteri <gdelgadv@cendoj.ramajudicial.gov.co>;Monica Londoño Mayungo <mlondonm@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cordial saludo.

Remito lo enunciado.

Atentamente,

Victoria Eugenia Ramos Ordóñez
Escribiente



De: luis mario duque <luismarioduque01@hotmail.com>

Enviado: lunes, 19 de septiembre de 2022 16:10

Para: Secretaria Sala Laboral Tribunal Superior - Seccional Cali <sslabcali@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RAD. 76001310501520220007101. ACTORA. MARIA DEL PILAR HERNANDEZ. PETICIÓN ESPECIAL DENTRO DEL TRAMITE DE RECURSO DE APELACIÓN DE EMCALI

Doctora
MARY ELENA SOLARTE MELO
Tribunal Superior de Cali - Sala Laboral

Atentamente,

LUIS MARIO DUQUE
C.C. No. 14.948.670 de Cali
T.P. No. 20.177 del C.S.J.

Santiago de Cali, septiembre de 2022

Honorable Magistrada
MARY ELENA SOLARTE MELO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE CALI
sslabcali@cendoj.ramajudicial.gov.co
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
Cali

REFERENCIA: LABORAL ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN: 76001310501520220007101
DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR HERNANDEZ
DEMANDADO: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI
E.I.C.E. ESP. EMCALI EICE ESP

Ref.: PETICIÓN ESPECIAL
– APLICACIÓN DE PRECEDENTE JUDICIAL VERTICAL Y HORIZONTAL

LUIS MARIO DUQUE, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.948.670 de Cali, Abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional No. 20.177 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderado del actor, presento la siguiente petición especial dentro del trámite de segunda instancia del proceso según radicación, misma en la que sin perjuicio de los argumentos de hecho y de derecho planteados en el memorial demanda y los surtidos en el curso del plenario; con el respeto acostumbrado me permito recabar la existencia de precedente judicial vertical y horizontal en casos análogos al presente y que para todos los efectos me permito referir en los siguientes términos:

I. PRECEDENTES JUDICIALES.

1.1. PRECEDENTE JUDICIAL VERTICAL: SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

En igual sentido al que generó el análisis que en razón del cargo de Jefe de Departamento de EMCALI EICE ESP realizara el Consejo de Estado en sentencia del 12 de noviembre de 20021, existe una amplia línea jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que se precisa en las múltiples demandas que cargos como el Jefe de Departamento ahora Jefe de Unidad y Coordinador son trabajadores oficiales, providencias que para efectos de ilustrar el carácter pacífico y unívoco del mismo se pasan a referir.

¹ Consejo de Estado, ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bastamente, en sentencia del 12 de noviembre de 2002, expediente No. 76001-23-31-000-1998-1011-01, No. Interno 2873-200. Entre otros aspectos esta sentencia destaca que, analizadas las funciones del Cargo de Jefe de Departamento, se tiene que estos cargos no son de empleados públicos porque:

- (i) El objetivo del cargo está orientado a la ejecución y cumplimiento de las políticas y no a la definición de las mismas
- (ii) La participación de los Jefes de Departamento en la determinación de políticas consiste en una mera Coadyuvancia; esto es, se trata de un papel eminentemente subalterno y de simple colaboración
- (iii) Las actividades de administración, dirección, control y evaluación, propias del cargo de Jefe de Departamento, se aplican respecto a los programas que otros han definido, y su relación con las directivas de la empresa se contrae a asistirles en la aplicación de las normas y políticas respectivas.
- (iv) Las funciones de los Departamentos, no obstante incorporar otras dependencias, se limitan a aspectos eminentemente operativas¹.

48	50095	HÉCTOR FABIO RIVERA (15-MAY-2013)
49	13227	FERNANDO MEJIA CANDELO (27-AGOSTO-2014)
50	30153	JAIRO SOTO TORRES (02-JUL-08)
51	38708	HERNANDO GIRALDO DUQUE (22-08-12)
52	57803	DIEGO ALONSO MENA (25-JUL-2018)
53	78290	JUAN MARTIN MANCERA (14 AGOSTO 2019)
54	77603	HERNÁN CÉSPEDES CABRERA (18 SEPTIEMBRE DE 2019)
55	65805	MARINO GRISALES LONDOÑO (29 OCTUBRE DE 2019)
56	66264	EDGAR PRIETO CASTILLO (31 MARZO 2020)
57	85057	OSCAR HERNÁN SANCLEMENTE TORO (16 SEPTIEMBRE 2020)
58	79041	JUAN PABLO CRUZ MONTAÑO (22 SEPTIEMBRE 2020)
59	80803	JAIRO BOTERO GUTIERREZ (8 MARZO 2021)
60	77186	SANTOS OLMEDO MARTINEZ (30 AGOSTO 2021)
61	86624	FAUSTO AGUSTÍN GUERRERO HURTADO (25 OCTUBRE 2021)

1.1.1. RESEÑA DE LA RATIO DECIDENDI DE LOS FALLOS MÁS RECIENTES.

1.1.1.1. SL-4042-2019. PROCESO HERNÁN CÉSPEDES CABRERA CONTRA EMCALI EICE ESP. (TEMA DESARROLLADO, CARGO DE COORDINADOR EN EMCALI COMO TRABAJADOR OFICIAL)

- El Juzgado Quinto Laboral Séptimo Laboral del Circuito de Cali, en fallo del 25 de noviembre de 2015 dispuso:” 2. **CONDENAR** a la Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Municipal EMCALI E.I.C.E. ESP (..) a reajustar la pensión de jubilación del actor (...) a partir del 6 de febrero de 2011 en adelante, con atención a convención colectiva aplicable al año 2008, fecha de su retiro, con los aumentos legales y convencionales correspondientes, calculándose las primas legales y extralegales que efectivamente le correspondía recibir y demás prestaciones que sean afectadas por dicho acuerdo...” (subrayado fuera de texto)
- El Tribunal Superior de Cali, Sala Laboral, adicionó la sentencia en el monto y confirmó la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
- En sentencia de Casación, la Corte Suprema de Justicia con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, radicación 77603, proceso SL 4042-2019, al resolver recurso de EMCALI en el que señalaba que la naturaleza del cargo, contrario a las sentencias de instancia era de empleado público, indicó : “...por lo tanto para todos los efectos legales pertinentes, el actor debe considerarse como trabajador oficial, según la regla general establecido para las empresas industriales y comerciales del Estado” y “...no casa la sentencia del 25 de enero de 2017 del Tribunal Superior de Cali..”

1.1.1.2. PROCESO MARINO GRISALES LONDOÑO CONTRA EMCALI EICE ESP. (TEMA DESARROLLADO, CARGO DE DIRECTOR EN EMCALI COMO TRABAJADOR OFICIAL)

En recurso de Casación la Corte Suprema de Justicia con ponencia de la magistrada Dolly Amparo Caguasango Villota, SL 4635-2019. Radicación No. 65806 , analizó si la sentencia impugnada violó la ley sustancial por vía directa en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 292 del Decreto Ley 1333 de 1986 y otros, **CASANDO** la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Cali del 30 de septiembre de 2013 y **REVOCANDO** la sentencia del juzgado 7 Laboral de Descongestión del Circuito de Cali y condenando a la entidad al reintegro al cargo de Director y pago de los salarios y prestaciones sociales legales y convencionales dejados de percibir, debidamente indexados por considerar que el accionante es trabajador oficial.

1.1.1.3. PROCESO DE JUAN MARTIN MANCERA ESPINOSA CONTRA EMCALI EICE ESP. (TEMA DESARROLLADO, CARGO DE JEFE DE DEPARTAMENTO EN EMCALI COMO TRABAJADOR OFICIAL)

El Tribunal Superior de Cali, Sala Laboral, en sentencia del 27 de abril de 2017, Actor Juan Martin Mancera Espinosa, revocó la sentencia recurrida y en su lugar condenó a la

demandada al pago de los reajustes salariales y prestaciones extralegales en aplicación del artículo 25 de la Convención Colectiva del Trabajo; **al considerar que el cargo desempeñado era de trabajador oficial.**

- EMCALI presentó recurso de Casación ante la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral y en la sentencia SL 3417-2019, radicación 78290, Acta No. 28 del 14 de agosto de 2019, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo, concluyó que el actor tenía la calidad de trabajador oficial y por lo tanto beneficiario de la Convención Colectiva del Trabajo de SINTRAEMCALI. Dentro de los aspectos más importantes de esta sentencia se destaca que la Corte frente a la naturaleza del cargo expresó:

*“...Al amparo de las anteriores reflexiones, no es posible clasificar el cargo de jefe de departamento que desempeña el actor como de dirección y confianza; **en consecuencia, para todos los efectos legales pertinentes debe considerarse como trabajador oficial**, según la regla general establecida para las empresas industriales y comerciales del Estado. ...”*

De acuerdo con lo expuesto, no incurrió el Tribunal en ninguna de las equivocaciones que se le endilgan al concluir que el demandante tiene la calidad de trabajador oficial y que es beneficiario de la convención colectiva, dado que las pruebas documentales que se acusaron en el cargo como erróneamente apreciadas y no valoradas, no demuestran errores manifiestos de hecho...”

- Posteriormente EMCALI presentó **acción de tutela** contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, La Corte en el radicado No. 109426, Sentencia del 03 de marzo del 2020 Magistrado Ponente Luis Antonio Hernández Barbosa, expresó:

“... La Corte precisa que las divergencias de contenido interpretativo o por valoración probatoria no son violatorias, per se, de derechos fundamentales, y en esta medida la acción de tutela no procede para impugnar providencias judiciales cuando el supuesto afectado simplemente no coincide con la posición judicial ...” (Subrayas fuera del texto original) Por lo anterior se niega el amparo constitucional deprecado por EMCALI E.I.C.E. ESP.

EMCALI EICE ESP, impugnó la sentencia y la Corte Suprema de Justicia en el expediente No. 11001-02-04-000-2020-00313-01 con ponencia del Magistrado Octavio Tejeiro Duque, confirmó el fallo de primera instancia y en la parte considerativa concluyó que el cargo era de trabajador oficial

1.1.1.4. PROCESO EDGAR PRIETO CASTILLO CONTRA EMCALI EICE ESP. (TEMA DESARROLLADO, CARGO DE JEFE DE DEPARTAMENTO EN EMCALI COMO TRABAJADOR OFICIAL).

El Tribunal Superior de Cali, Sala Laboral, en sentencia del 10 de octubre de 2013 **REVOCÓ** la sentencia de primera instancia y condenó a la empresa al reintegro como Jefe de Departamento y al pago de los salarios y prestaciones sociales legales y convencionales.

En recurso de Casación la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en fallo de marzo 31 de 2020, en el proceso No. 760013105012201100090-01 (número interno 66264), SL 1327-2020, Ponente magistrada Ana María Muñoz Segura frente al objeto de estudio expresó:

“De otro lado, en lo que tiene que ver específicamente con la condición de trabajador oficial o de empleado público del demandante tomando en consideración la naturaleza jurídica de la empresa demanda, vale recordar por la Sala que, en un asunto de linderos idénticos, también respecto de un funcionario que ocupaba el cargo con categoría de “jefe de departamento”, la Sala recientemente (CSJ SL 3417-2019, razonó:

“En tal sentido, conforme al criterio orgánico, por regla general, sus servidores son trabajadores oficiales, a excepción de los que desarrollen actividades de dirección y confianza precisados en los respectivos estatutos internos, quienes serán catalogados como empleados públicos (CSJ SL 13227-2014)

En suma, en la mencionada providencia no se analizó, ni con la misma se acredita cuáles son las actividades y funciones correspondientes al cargo de "jefe de departamento" que ejerce el actor.....simplemente se enuncia dicho cargo en la categoría de empleado público dentro de la estructura general de la empresa, pero ello no resulta suficiente para catalogarlo como de dirección y confianza. (...)

Al amparo de las anteriores reflexiones, no es posible clasificar el cargo de jefe de departamento que desempeñada el actor como de dirección y confianza; en consecuencia, para todos los efectos legales pertinentes debe considerarse como trabajador oficial según las reglas generales establecidas para las empresas industriales y comerciales del Estado

"Este criterio ya había sido esbozado en providencias CSJ SL4042- 2019; CSJ SL883-2013; CSJ, 19 de julio de 2011, radicación 40908; CSJ SL, 31 de mayo de 2011, radicación 36891; CSJ SL, 12 de febrero de 2008, radicación 31977; CSJ SL, abril 3 de 2008, radicación 32340; CSJ SL, del 28 de octubre de 2008, radicación 29948 y CSJ SL, 23 de agosto de 2005, radicación 24493; entre otras.

1.1.1.5. PROCESO SANTOS OLMEDO MARTÍNEZ CONTRA EMCALI EICE ESP (TEMA DESARROLLADO, CARGO DE COORDINADOR EN EMCALI COMO TRABAJADOR OFICIAL).

Más recientemente mediante la radicación SL 4017-2021 del 30 de agosto de 2021, MP. Carlos Arturo Guarín Jurado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al estudiar la naturaleza del cargo de COORDINADOR, remitiéndose a su mismo precedente CASÓ la Sentencia del Tribunal Superior del Distrito de Cali y en virtud de ello calificó el cargo de COORDINADOR como trabajador oficial y condenó al pago de los beneficios de carácter convencional del sindicato mayoritario SINTRAEMCALI.

1.1.1.6. PROCESO ÓSCAR HERNÁN SANCLEMENTE TORO CONTRA EMCALI EICE ESP (TEMA DESARROLLADO, CARGO DE COORDINADOR EN EMCALI COMO TRABAJADOR OFICIAL).

En sentencia con radicación No. °85057, radicado interno AL 3492-2020 del 16 de septiembre de 2020, en proceso en el que se estudiara también la calidad de trabajador oficial del señor Óscar Hernán Sanclemente Toro, quien ostentaba el cargo de coordinador, dejó en firme la decisión emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, quien a su vez en fallo del 1.º de marzo de 2019 confirmó la decisión de primera instancia que calificó el cargo de Coordinador que ocupaba el accionante como trabajador oficial, sentencia que se suma al dossier de precedentes y antecedentes judiciales que afianzan que el Coordinador y Jefe de Unidad son trabajadores oficiales.

1.1.1.7. PROCESO FAUSTO AGUSTÍN GUERRERO CONTRA EMCALI EICE ESP (TEMA DESARROLLADO, CARGO DE COORDINADOR EN EMCALI COMO TRABAJADOR OFICIAL).

Al igual a como sucediera en casos de Coordinadores con raditaciones SL-4042-2019. Proceso Hernán Céspedes y radicación SL 4017-2021 del 30 de agosto de 2021, Proceso Santos Olmedo Martínez, más recientemente el 25 de octubre de 2021 mediante radicación SL 5602-2021 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, profirió sentencia a favor de Fausto Agustín Guerrero en la que califica el cargo de Coordinador como trabajador oficial, proceso este que es su tránsito también dejó sentado un precedente judicial en el Tribunal Superior de Cali, tal como se pasa a mencionar.

1.2. PRECEDENTE JUDICIAL HORIZONTAL: TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI.

1.2.1. PROCESO FAUSTO AGUSTÍN GUERRERO CONTRA EMCALI EICE ESP (TEMA DESARROLLADO, CARGO DE COORDINADOR EN EMCALI COMO TRABAJADOR OFICIAL).

En proceso en el que se discutió la calidad e trabajador oficial de una persona que ostenta en la actualidad el cargo de Coordinador, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante sentencia No. 187 del 20 de junio de 2019, bajo la radicación 76001-31-05-007-2017-00658-01, Magistrada Ponente: Elsy Alcira Segura Diaz, confirmó la decisión de primera instancia emitida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito en el que se declaró la existencia de un contrato de trabajo y calidad del trabajador oficial al accionante y condenó además al pago de sobre remuneraciones y beneficios de carácter convencional del sindicato mayoritario de la empresa, SINTRAEMCALI.

1.3. PRECEDENTE JUDICIAL HORIZONTAL: PROCESOS DE LEVANTAMIENTO FUERO SINDICAL EN LOS QUE SE HA VALORADO LA CALIDAD DE TRABAJADORES OFICIALES DE CARGOS DE JEFE DE UNIDAD Y COORDINADOR-RADICACIONES 2021 Y 2022.

La actual administración de la empresa con el ánimo de desvincular a más de 40 funcionarios inició procesos de levantamiento de fuero en los que de manera expresa los jueces en sus consideraciones calificaron los cargos de Jefe de Unidad y de Coordinador como trabajadores oficiales.

1.3.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, SALA 5 LABORAL, RADICACIÓN 007-2021-00264-01, SENTENCIA NÚMERO 352, ACTA DE DECISIÓN N° 085 DEL 23 DE SEPTIEMBRE DE 2021, MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO OLIVER GALE, CASO DE LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL DONDE SE ESTUDIÓ CALIDAD DE TRABAJADOR DE OFICIAL DEL CARGO DE JEFE DE UNIDAD EN EMCALI EICE ESP. (CASO EMILIO CORRALES VELASCO - JEFE DE UNIDAD)

Sobre lo importante para el presente proceso el Tribunal Superior de Cali expresó:

(...) NATURALEZA DEL CARGO DESEMPEÑADO POR EL DEMANDADO

*No se discute en este proceso que, el demandado se encontraba vinculado a EMCALI en su condición de Jefe de Departamento (folio 539 PDF contestación 2), así como que, la planta de EMCALI fue suprimida y pese a la discusión de la naturaleza jurídica de dicho cargo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia **ha determinado en diversas providencias que dicho cargo es trabajador oficial** y específicamente respecto al demandante lo precisó en sentencia de 11 de diciembre de 2007, radicación No 29951(...)* (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Frente a este particular caso bien vale destacar que el trabajador Emilio Corrales, formuló reclamación de derechos como trabajador oficial ante EMCALI, solicitud que generó la emisión del Concepto consecutivo No. 17 del 16 de noviembre de 2021 por parte de la actual Jefe de Jurídica de EMCALI EICE ESP quien en este documento expresó textualmente:

*(...) Así las cosas y en atención a los fundamentos legales y jurisprudenciales, los jueces que conocieron del proceso de levantamiento de fuero sindical concluyeron que el señor CORRALES VELASCO **es trabajador oficial**, pues no ostenta funciones que comprenden aquellas relativas a dirección, manejo, conducción u orientación institucional, de formulación de políticas institucionales o de adopción de planes, programas y proyectos; conllevando a **determinar que la ubicación del empleo y su denominación de libre nombramiento y remoción, no son correctas**; postulado que concuerda con los pronunciamientos hechos por la Corte Suprema de Justicia en casos con similitud fáctica y jurídica.*

Ahora bien, este mismo Tribunal ha establecido que para que los trabajadores oficiales gocen de los beneficios de la convención colectiva deben probar que *“se es afiliado al sindicato que la celebró, o porque sin serlo, decide adherirse a sus disposiciones, o que el sindicato agrupe más de la tercer parte del total de los trabajadores de la empresa, o por último, por disposición o acto*

gubernamental", por lo tanto corresponde al funcionario petente, probar que cumple con los precitados supuestos para acceder a los beneficios contenidos en dicho instrumento (...)" **Subrayas y negrillas fuera del texto original.**

Las razones anteriores afirman aún más que es conocido y asumido por EMCALI EICE ESP la calidad de trabajador oficial de cargos como el de Coordinador y Jefe de Unidad, situación que no hace para nada comprensible que ante tal circunstancia adversa, conocida, obvia y exigible para la empresa, en virtud de evitar riesgos irremediables al patrimonio de esta entidad, no haya sido suficiente para generar al interior de la empresa decisiones frente a alternativas de resolución de conflictos y/o conciliaciones que a la postre mitiguen el riesgo que ante circunstancias de hecho y de derecho son tan palmarias.

1.3.2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, SALA 3 DE DECISIÓN LABORAL, RADICACIÓN 76001-31-05-01-2021-00280-01, AUDIENCIA NÚMERO 396, ACTA DE DECISIÓN N° 36 DEL 7 DE OCTUBRE DE 2021, MAGISTRADA PONENTE: ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ, CASO DE LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL DONDE SE ESTUDIÓ CALIDAD DE TRABAJADOR OFICIAL DEL CARGO DE COORDINADOR EN EMCALI EICE ESP (CASO GONZALO PEÑALOZA AFANADOR-COORDINADOR).

Por su parte en el proceso de la radicación aludida, el Tribunal Superior de Cali, de forma tajante a su turno expresó:

*"(...) Así las cosas, se tiene que el señor GONZALO PAÑALOZA AFANADOR, ostenta la condición de servidor público, pero por lo expuesto, 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, al 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 o un empleo de libre nombramiento y remoción (...)"*. (Subrayas y negrillas fuera del texto).

1.3.3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, SALA DE DECISIÓN LABORAL, RADICACIÓN: 76001310500820210029101 DEL 26 DE OCTUBRE DE 2021, MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA, CASO DE LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL DONDE SE ESTUDIÓ CALIDAD DE TRABAJADOR OFICIAL DEL JEFE DE UNIDAD EN EMCALI EICE ESP (CASO WILLIAM JARAMILLO GARCÍA - JEFE DE UNIDAD).

En este proceso bien debe destacarse que al referirse al principio de la primacía de la realidad sobre las formas el Tribunal Superior de Distrito de Cali expresó:

*"(...) La variada forma de las conductas que presenta la realidad hace imposible la descripción detallada de comportamientos humanos que merecen el reproche del derecho. **En vano resulta que el legislador laboral pretenda positivizar absolutamente todas las conductas contrarias a los principios y valores que deben regir las relaciones de tipo laboral pues tal empresa resultaría insensata y quimérica, ya que la realidad no alcanza a ser totalmente contenida en las normas (...)"***. (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

Por otra parte, en relación con la calidad de trabajador de oficial precisó:

*"(...) al revisar las funciones establecidas para dicho cargo, **es claro que las actividades encomendadas no se adecuan 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 (sic) (...)"* (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

1.3.4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, SALA DE DECISIÓN LABORAL, RADICACIÓN: 76001310500820210028901 DEL 26 DE OCTUBRE DE 2021, MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO RAMÍREZ, CASO DE LEVANTAMIENTO

DE FUERO SINDICAL DONDE SE ESTUDIÓ CALIDAD DE TRABAJADOR OFICIAL DEL JEFE DE UNIDAD EN EMCALI EICE ESP (CASO NERIETH CARDONA - JEFE DE UNIDAD).

*“(…)En conclusión, Nerieth Cardona Millán, ostenta la condición de servidor público, pero por lo expuesto, **se trata de una trabajadora 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, al 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 o un empleo de libre nombramiento y remoción(…)”** (Subrayas y negrillas fuera del texto original).*

1.3.5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, RADICACIÓN: 760013105015202100232-01 DEL 16 DE AGOSTO DE 2022, MAGISTRADO PONENTE: CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ, CASO DE LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL DONDE SE ESTUDIÓ CALIDAD DE TRABAJADOR OFICIAL DEL CAGO DE SUBGERENTE EN EMCALI EICE ESP (CASO REYNALDO HENAO BARBERI - SUBGERENTE).

La tesis asumida por el precedente emanado por el Tribunal Superior de Cali, incluso ha dado para abarcar dentro de la calificación de trabajador oficial al cargo de Subgerente tal como ocurre en el presente radicado, todo ello en el entendido de que para la jurisdicción como se ha pluricitado los estatutos contenidos en la Resolución JD 001 de octubre de 2020 y sus modificaciones, adolecente del carácter excepcional que deben tenerse en cuenta para determinar de forma exceptiva los cargos de empleados públicos, de tal suerte que al ser tan generales comprenden a su paso casi todos niveles de la planta, incluso cargos del nivel profesional y técnico, circunstancia anterior que ha derivado en que este Tribunal afirme que tal resolución no se pueda tener como estatuto de la entidad, tal como se pasa a citar:

*“(…) 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.(…)” (Subrayas y negrillas fuera del texto original).*

II. OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE POR PARTE DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES.

La jurisprudencia constitucional y ordinaria han indicado con el paso de los años, que tanto los jueces de tutela como los jueces ordinarios están obligados a respetar los precedentes fijados por las altas cortes en relación con la aplicación y alcance de una norma o incluso de los derechos fundamentales. Así lo ha considerado la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones al manifestar que el precedente judicial como

expresión del “Derecho vivo” adquiere fuerza obligante, pues vincula al juez a una decisión anteriormente tomada, dicho en otras palabras el precedente traza una línea por el cual deben encaminarse las decisiones posteriores frente a casos similares²,

Por las razones anteriores, la Ley 1395 de 2010 “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial, faculta a los jueces para que al momento de emitir fallo pueden decidir sin respetar el turno de entrada o ingreso de tales procesos, normativa que al tenor expresa:

“(…) Artículo 115. Facúltese a los jueces, tribunales, altas cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura para que cuando existan precedentes jurisprudenciales, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4° de la Ley 169 de 1896, puedan fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos, conforme a lo señalado en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 (…)”. (Subrayas y negrillas fuera del texto)

II. PETICIÓN ESPECIAL

Con base en los argumentos antes presentados, comedidamente me permito solicitar se de aplicación al precedente judicial que de forma pacífica ha emitido la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia – precedente vertical y la propia emitida por la diferentes Salas de Decisión del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali – Precedente horizontal, mismas que en todo caso hacen posible que se decida conforme lo establece el artículo 115 de la precitada Ley 1395 de 2010.

III NOTIFICACIONES

El suscrito en el Edificio Zaccour Carrera 3 No. 11-32 Oficina 416 Cali, teléfonos 8817818, email: luismarioduque01@hotmail.com

Atentamente,



LUIS MARIO DUQUE
C.C. 13.948.670 de Cali.
T.P. 20.177 del C.S.J.
Correo: luismarioduque01@hotmail.com

² Al respecto ver sentencias Corte Constitucional, Sentencias C447- de 1999, C836- de 2011 y T049- de 2007.



Santiago de Cali, 16 de noviembre de 2021

Consecutivo: 0017,

Para: ARTURO FERNANDO BARCO DIAZ
GERENCIA DE GESTIÓN HUMANA Y ACTIVOS

De: 140 DIRECCION JURIDICA

Asunto: CONCEPTO SOBRE PRONUNCIAMIENTO EN LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL.

Cordial saludo,

En ejercicio de las competencias atribuidas a esta Unidad Jurídica por las normas reglamentarias de la Estructura Administrativa, Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la planta de personal de EMCALI E.I.C.E. E.S.P., la suscrita Jefe de la Unidad Jurídica, procede a pronunciarse sobre el concepto solicitado.

1. Materia de consulta

Se recibió por parte de esta Unidad Jurídica, solicitud de la Gerencia del Área de Gestión Humana y Activos, con el fin de que se establezcan unos lineamientos para dar respuesta a la petición incoada por el funcionario Emilio Corrales Velasco, quien actualmente ostenta el cargo de Jefe de Unidad, en la cual solicita, le sean reconocidos el pago de salarios, prestaciones, beneficios convencionales e indexación, a los cuales tiene derecho por ostentar la calidad de trabajador oficial como quedó determinado en diferentes fallos judiciales, los cuales adjunta.

RECIBIDO

Una vez revisado el asunto, por parte de esta Unidad Jurídica, se consideró que no era procedente emitir concepto jurídico sobre el tema por encontrarse ante un conflicto de interés, por lo tanto se puso en conocimiento del jefe inmediato esta situación tal como se encuentra regulado en los artículo 11 y 12 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Mediante memorando con fecha 08 de noviembre de 2021, se comunica a esta Jefe de Unidad que *"no se acreditan los elementos necesarios para que se configure el impedimento alegado (...)"* y por ende se solicita *"se sirva proyectar el concepto solicitado con la atención, cuidado y cautela propia de la labor encomendada"*, teniendo en cuenta lo expuesto, procede esta Jefe de Unidad a emitir concepto sobre el tema consultado.

2. Consideraciones jurídicas

Con la finalidad de emitir concepto de fondo sobre la consulta elevada a esta Unidad Jurídica, se procederá a exponer el sustento legal y a realizar una breve recopilación jurisprudencial sobre la naturaleza de los empleos públicos:

En cuanto al empleo público se refiere, encontramos la definición legal establecida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004:

"ARTÍCULO 19. El empleo público.

1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado. (...)"

Así mismo dicho artículo señala que el empleo público debe contener una estructura:

"2. El diseño de cada empleo debe contener:

a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;



b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;

c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales.
(...)"

De otro lado, partiendo de la clasificación del empleo público que hace la Constitución Política (artículo 125), al fijar los empleos de carrera administrativa como regla general para las entidades públicas, es preciso señalar que la carrera administrativa, se define como un sistema de administración de personal que tiene por objeto mejorar la eficacia de la administración y ofrecer a todos los colombianos, igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, estabilidad en sus empleos y posibilidades de ascender en la carrera, conforme a las reglas establecidas por las leyes. (Concepto 900 de 1995 Departamento Administrativo de Acción Comunal)

En igual manera existen los empleos de libre nombramiento y remoción, sobre los cuales se tiene la conceptualización realizada por el Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante Concepto N° 039731 de 2020, en la siguiente forma:

"El artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, establece:

"ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

(...)

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado son por regla general, de carrera, y excepcionalmente de elección popular, de libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales, entre otros que determine la ley.

(...)

De conformidad con lo anterior tienen la naturaleza de libre nombramiento y remoción aquellos empleos que obedezcan a alguno de los otros criterios señalados en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004. Para la provisión de dichos empleos, debe realizarse un nombramiento ordinario.

Ahora bien, respecto al concepto u objeto "de libre nombramiento y remoción" se traduce en que la persona que ha de ocupar un empleo de tal naturaleza, puede ser nombrada y también desvinculada por quien tiene la facultad de hacerlo. Es decir, el órgano o persona a quien corresponda, puede disponer libremente del cargo confirmando o removiendo a



su titular, mediante el ejercicio exclusivo de la facultad discrecional que, entre otras cosas, se justifica precisamente porque en virtud de las funciones que le son propias al cargo de libre nombramiento y remoción, (de dirección, manejo, conducción u orientación institucional), se toman las decisiones de mayor trascendencia (adopción de políticas o directrices fundamentales) para la entidad o la empresa de que se trate.

Los empleados de libre nombramiento y remoción no gozan de las mismas garantías de los del régimen de carrera, y pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública.”

En tal sentido es necesario comprenderse, que la noción de empleo público conlleva a la determinación del ejercicio de ciertas funciones y responsabilidades en cabeza de una persona con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado; y por otro lado que existe una clasificación del empleo público, que parte de la forma en que la persona es vinculada al Estado para prestar el servicio y ejercer las funciones de dicho empleo, teniéndose así los empleos de carrera administrativa que son la regla general, y los empleos de libre nombramiento y remoción, que resultan ser una excepción, en los términos de la constitución política y la Ley.

Ahora bien, en concordancia con la materia es importante hacer referencia a la regulación existente sobre las funciones del empleo público, motivo por el cual es pertinente citar el Decreto 785 del 17 de marzo de 2005, mediante el cual se definen las funciones del empleo público de las entidades públicas territoriales, de acuerdo con los niveles jerárquicos en que la norma ha clasificado el empleo, así:

“ARTÍCULO 3º. Niveles jerárquicos de los empleos. Según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades territoriales se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial.

ARTÍCULO 4º. Naturaleza general de las funciones. A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:

4.1. Nivel Directivo. Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos.

4.2. Nivel Asesor. Agrupa los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos de la alta dirección territorial.



4.3. Nivel Profesional. Agrupa los empleos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que según su complejidad y competencias exigidas les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales.

4.4. Nivel Técnico. Comprende los empleos cuyas funciones exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología.

4.5. Nivel Asistencial. Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución.

PARÁGRAFO. Se entiende por alta dirección territorial, los Diputados, Gobernadores, Concejales, Alcaldes Municipales o Distritales, Alcalde Local, Contralor Departamental, Distrital o Municipal, Personero Distrital o Municipal, Veedor Distrital, Secretarios de Despacho, Directores de Departamentos Administrativos, Gerentes de Unidades Administrativas Especiales y Directores, Gerentes o Presidentes de entidades descentralizadas.

Así es de connotar que los empleos públicos de cualquier entidad estatal, al momento de ser concebidos dentro de una estructura organizacional y planta de empleo, deben tener definidas sus funciones y responsabilidades respecto del servicio público que se pretende prestar, para a partir de allí, proceder a su clasificación.

Ahora bien, conforme al Concepto 455521 de 2020 proferido por el Departamento Administrativo de la Función Pública:

Con respecto a las categorías de empleados públicos y trabajadores oficiales, el artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, señala:

"ARTICULO 5. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE> Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (En los estatutos de los establecimientos Públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo).



Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.

De conformidad con lo anterior, puede afirmarse que la naturaleza de vinculación de un trabajador oficial obedece a dos criterios:

a.- Criterio funcional.- en virtud de este precepto, quien desarrolle actividades relacionadas con la construcción, el mantenimiento de la planta física de las entidades públicas y el sostenimiento de obras públicas, se consideran trabajadores oficiales.

b.- Criterio orgánico.- según este criterio quienes presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado -EICE, son considerados trabajadores oficiales.

De acuerdo con anterior, por regla general la vinculación en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado EICE es la de trabajador oficial y por excepción los empleados públicos de dirección y confianza, que son de libre nombramiento y remoción; en los estatutos de dichas empresas se precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos de libre nombramiento y remoción, sin que en dichas empresas se tengan contemplados empleos de carrera administrativa.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, al analizar la naturaleza de algunos cargos de confianza y manejo de EMCALI E.I.C.E ESP, ha concluido lo siguiente a través de su jurisprudencia:

En sentencia SL 3558-2020 del 22 de septiembre de 2020, en la que se analiza la clasificación del empleo público, ocupado por el funcionario JUAN PABLO CRUZ MONTAÑO, quien se desempeñó como Jefe de Departamento del 25 de mayo de 2004 al 17 de octubre de 2008, el cual según las Resoluciones No 00820 y 00823 del 2004, proferidas por EMCALI correspondía a un cargo de libre nombramiento y remoción, concluyó:

El Tribunal soportó su decisión, en que pese a que se aportaron las Resoluciones No 00820 y 00823 del 2004 (F. 633 y 744), en las cuales se cataloga al “Jefe de Departamento” de EMCALI EICE ESP, como un cargo de confianza y manejo, y por ende, desarrollado por empleados públicos, y que se hizo además de la descripción de las funciones de todos los cargos de la planta de personal, no se precisó cuáles eran de dirección, confianza y manejo, y además que debían ser desempeñadas por empleados públicos; falencia que hace innegable la pertenencia del demandante a



la categorización general de trabajador oficial prevista en el art. 292 del Decreto 1333 de 1986. (negrilla y subrayado fuera de texto)

Por su parte, la censora alega que, en los citados actos administrativos, que son los estatutos de la entidad, se consagró que el cargo de «Jefe Del Departamento» era de dirección o confianza, y con nuevas específicas funciones.

El problema jurídico planteado a la Sala se orienta a establecer, si el ad quem se equivocó al concluir, que el cargo desempeñado por el demandante de «jefe Del Departamento», no correspondía al de un empleado público; aspecto sobre el cual gravitan los primeros seis errores de hecho.

En forma preliminar debe precisarse, que, tratándose de las empresas industriales y comerciales del Estado, naturaleza jurídica que ostenta la demandada, de conformidad con el art. 5 del Decreto 3135 de 1968, la regla general es que las personas que prestan sus servicios 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.

Ello fue reiterado para las entidades del sector municipal, como lo es la demandada, por el art. 292 del Decreto 1333 de 1996, por eso sus juntas directivas, a través de sus estatutos, deben de fijar las actividades de dirección, confianza y manejo que pueden desempeñar aquellas personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Del análisis de las Resoluciones No 000820 y 000823 del 2004 expedidas por Emcali EICE ESP, acusadas como indebidamente valoradas por la recurrente, observa la Sala:

La No 00820 de 2004 (folios 614 a 618), "Por la cual se expide el estatuto interno, se establece la estructura organizacional de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE ESP., se adopta la planta de cargos, se determinan las competencias generales por área y se adoptan otras determinaciones", si bien en su artículo undécimo señala que son empleados públicos con "funciones de dirección o confianza de EMCALI E.I.C.E ESP, quienes ocupen los siguientes cargos:", y entre ellos se menciona el de "JEFE DE DEPARTAMENTO", no se precisa, como lo advirtió el sentenciador de segundo grado, cuales son las actividades de dirección o confianza que pueden ser ejercida por los empleados públicos en este tipo de entidades.

Tampoco se desprenden de la Resolución No 000823 de 2004 (Folios 722 a 903), "Por medio de la cual se adopta el manual de funciones y perfiles de la planta de cargos de EMCALI E.I.C.E E.S.P", pues sólo informa las funciones de los "Jefes de Departamento".

Por lo tanto, no se equivocó el sentenciador al no tener por acreditada, a partir del contenido de los citados actos administrativos, la excepción contemplada en los arts. 5 del Decreto 3135 de 1968 y 292 del 1333 de 1996, por lo que debe concluirse que el



demandante ostentó la condición de trabajador oficial al servicio de la demandada, que es la regla general en aquellas entidades.

(...)

Igualmente alega la recurrente que no quedó acreditado dentro del proceso, que el actor era beneficiario de la convención colectiva de trabajo 2004-2008, suscrita entre Emcali EICE ESP y Sintraemcali, pues en su sentir, la certificación emitida por el último, que reposa a folio 468, si bien da cuenta de su afiliación, no prueba el pago de los aportes que ordena el texto convencional, en sus arts. 9 y 10, para gozar de sus beneficios.

Tal argumento no resulta de recibo, **porque jurisprudencialmente se ha señalado (CSJ SL, 24 nov. 2009, rad. 37601) que la condición de beneficiario de una convención colectiva de trabajo, se acredita con la prueba de que se es afiliado al sindicato que la celebró, o porque sin serlo, decide adherirse a sus disposiciones, o que el sindicato agrupe más de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, o por último, por disposición o acto gubernamental; y el documento referido, tal como lo concluyó el sentenciador plural, informa del primer supuesto. (negrilla y subrayado fuera de texto)**

Igualmente, mediante Sentencia SL4042 – 2019 del 18 de septiembre de 2019, proferida por el mismo Tribunal en la que llevó a cabo el análisis de una solicitud de pago de una pensión de jubilación convencional a partir del 4 de mayo de 2004, en la que la solicitante adujo que cumplió con los requisitos establecidos en la convención colectiva de trabajo suscrita entre EMCALI y Sintraemcali para la vigencia 2004-2008, estableció:

En el sub lite, la recurrente refiere que tales estatutos se encuentran consagrados en la Resolución n.º 000820 de 2004 (f.º339 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 coordinadora».

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. (negrilla y subrayado fuera de texto)

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 8L3417-20 19).

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. (negrilla y subrayado fuera de texto)



Mediante Sentencia SL 3417-2019 del 14 de agosto de 2019, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al analizar la solicitud de reconocimiento de una pensión convencional de jubilación desde el 31 de diciembre de 2007, las mesadas adicionales y la indexación. Y también el reajuste salarial desde el 1.º de enero de 2011 en los términos del artículo 25 del convenio colectivo de trabajo, al igual que el pago indexado desde el 1.º de enero de 2011 de las siguientes prestaciones extralegales: primas semestrales, de antigüedad y de vacaciones, cesantías, horas extras, beneficios educativos y préstamos para vivienda. Por considerar el cargo desempeñado como de trabajador oficial, afirmó:

2.- De la condición de trabajador oficial o empleado público

Sea lo primero señalar que en aplicación del párrafo 1.º del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, el Concejo Municipal de Santiago de Cali a partir del Acuerdo n.º 14 de 26 de diciembre de 1996 (f.º 142 a 153), transformó a la hoy demandada en empresa industrial y comercial del municipio, a partir del 1.º de enero de 1997, cuyo objeto consiste en la prestación de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, acueducto y alcantarillado.

En tal sentido, conforme al criterio orgánico, por regla general, sus servidores son trabajadores oficiales, a excepción de los que desarrollen actividades de dirección y confianza precisadas en los respectivos estatutos internos, quienes serán cataiogados como empleados públicos (CSJ SL13227-2014).

Así, en el presente caso, el recurrente refiere que en la sentencia proferida el 30 de marzo de 2007 dentro del proceso con radicación n.º 5005/2885-00, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca analizó los estatutos internos de Emcali EICE ESP adoptados mediante la Resolución n.º 000820 de 2004 (f.º 213 a 220) de cara al régimen legal de sus servidores regulado en el inciso 2.º del artículo 5.º del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 292 del Decreto 1333 de 1986, según lo cual se evidencia que el demandante era empleado público.

Sin embargo, en dicha providencia únicamente se estudió «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, se hizo para 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».

En suma, en la mencionada providencia no se analizó, ni con la misma se acredita cuáles son las actividades y funciones correspondientes al cargo de «jefe de departamento» que ejerce el actor (f.º 362, 364, 366, 367, 370 y 371); simplemente se enuncia dicho cargo en la categoría de empleado público dentro de la estructura general de la empresa, pero ello no resulta suficiente para catalogarlo como de dirección y confianza.

De los demás medios de convicción acusados tampoco es posible establecer que, estatutariamente, la entidad accionada haya decantado las funciones de dirección y confianza que debían ser desarrolladas por el jefe de departamento. Tal es el caso de la certificación de 8 de marzo de 2013, en la que el demandante figura como directivo del Sindicato de Servidores Públicos Vinculado a Emscali EICE ESP (f.º 373 a 275), y la Resolución n.º 12165 del 22 de julio de 1990, por medio de la cual fue inscrito en el escalafón de carrera administrativa (f.º 352), sistema técnico de administración de personal en el que conforme al artículo 5.º de la Ley 909 de 2004, no tienen cabida los cargos de dirección, confianza y manejo.

Al amparo de las anteriores reflexiones, no es posible clasificar el cargo de jefe de departamento que desempeña el actor como de dirección y confianza; en consecuencia, para todos los efectos legales pertinentes debe considerarse como trabajador oficial, según la regla general establecida para las empresas industriales y comerciales del Estado.

3. De la condición de beneficiario de la convención colectiva

En el sub iudice, el Tribunal consideró que el accionante en su condición de trabajador oficial era beneficiario de la convención colectiva de trabajo, al estimar que Sintraemcali agrupa más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa.

Por su parte, la censura aduce que el documento en el que el sindicato certifica la cantidad de afiliados para el periodo 2003 a 2008 es genérica, motivo por el cual no puede cotejarse con el total de servidores de la empresa en el mismo lapso para establecer si dicha organización sindical es mayoritaria.

En tal dirección, se observa que en la certificación emitida por Sintraemcali que figura a folio 270, se hizo constar que «al 30 de junio y 31 de diciembre de los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008 (...) el número de afiliados ha fluctuado entre 1750 y 1800».

Igualmente, la demandada informó el número de trabajadores para el mismo periodo en los siguientes términos (f.º 271):

Fecha Número de trabajadores



Junio 30 de 2003	2746
Diciembre 30 de 2003	2675
Diciembre 30 de 2004	2312
Diciembre 30 de 2005	2287
Diciembre 30 de 2006	2334
Diciembre 30 de 2007	2347
Diciembre 30 de 2008	2407

Según lo anterior era razonable concluir, como lo hizo el ad quem, que para el período 2003 a 2008, el sindicato tenía afiliados a más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa. Se dice lo anterior, pues si bien esa organización sindical no certificó específicamente el número de servidores integrantes, sí indicó que en dicho lapso la menor cantidad era 1750, la que en todos los años supera en más de la tercera parte al total de trabajadores de la demandada; luego, ningún error apreciativo cometió el ad quem. (negrilla y subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo expuesto, no incurrió el Tribunal en ninguna de las equivocaciones que se le endilgan al concluir que el demandante tiene la calidad de trabajador oficial y que es beneficiario de la convención colectiva, dado que las pruebas documentales que se acusaron en el cargo como erróneamente apreciadas y no valoradas, no demuestran errores manifiestos de hecho.

El cargo no prospera.

3. Concepto de la Unidad Jurídica

Teniendo en cuenta lo anterior se puede concluir que con el fin, de establecer la naturaleza de los empleos públicos, conforme a la ley y a los pronunciamientos judiciales, es necesario determinar las funciones y tipo de responsabilidades que deberá asumir la persona en el cargo, una vez realizado esto se podrá proceder a establecer la clasificación del tipo de empleo a ejercer; pues si sus funciones son de dirección, manejo, conducción u orientación institucional, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos, el cargo será ubicado en aquellos empleos de dirección y confianza y por ende su vinculación será de libre nombramiento y remoción; pero si el cargo no ostenta ese tipo de funciones, sino que las mismas están relacionadas con aquellas fijadas para los empleos de nivel profesional, técnico o asistencial, es claro que el empleo corresponderá a aquellos que poseen la característica de permanencia y estabilidad laboral, o sea de carrera administrativa, por ser la regla



general o de trabajador oficial conforme a la naturaleza de la entidad donde se presta el servicio, la clase de actividad y funciones que desempeña el servidor.¹

Así las cosas y en atención a los fundamentos legales y jurisprudenciales, los jueces que conocieron del proceso de levantamiento de fuero sindical concluyeron que el señor CORRALES VELASCO es trabajador oficial, pues no ostenta funciones que comprenden aquellas relativas a dirección, manejo, conducción u orientación institucional, de formulación de políticas institucionales o de adopción de planes, programas y proyectos; conllevando a determinar que la ubicación del empleo y su denominación de libre nombramiento y remoción, no son correctas; postulado que concuerda con los pronunciamientos hechos por la Corte Suprema de Justicia en casos con similitud fáctica y jurídica.

Ahora bien, este mismo Tribunal ha establecido que para que los trabajadores oficiales gocen de los beneficios de la convención colectiva deben probar que *"se es afiliado al sindicato que la celebró, o porque sin serlo, decide adherirse a sus disposiciones, o que el sindicato agrupe más de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, o por último, por disposición o acto gubernamental"*, por lo tanto corresponde al funcionario petente, probar que cumple con los precitados supuestos para acceder a los beneficios contenidos en dicho instrumento.

Es importante recalcar que el concepto que se emite debe ser concebido como una orientación de carácter general sobre el asunto puesto bajo consideración y que su alcance no es de obligatorio cumplimiento o ejecución de acuerdo con el artículo 28 del C.P.A.C.A., como tampoco tiene el carácter de fuente normativa; por tanto, sólo puede ser utilizado para facilitar la interpretación a aplicación de las normas jurídicas vigentes en la materia consultada.

Cordialmente,


DIANA PAOLA URREGO TRUJILLO
Jefe Unidad Jurídica
Elaboró: María Juliana Paredes, Abogada Contratista *MP*

¹ Corte Suprema Radicado No. 27883 del 6 de febrero de 2007

RECORDED