

**PETICIÓN ESPECIAL DTE 76001310500820210043001 RV: RAD.
76001310500820210043001. ACTORA. SANDRA PATRICIA ESCOBAR GUTIERREZ.
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 3:54 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 15:45

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

Asunto: RAD. 76001310500820210043001. ACTORA. SANDRA PATRICIA ESCOBAR GUTIERREZ. 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.

LUIS MARIO DUQUE
Abogado

Santiago de Cali, septiembre 19 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: 76001310500820210043001
DEMANDANTE: SANDRA PATRICIA ESCOBAR GUTIERREZ
DEMANDADO: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E. ESP.
EMCALI EICE ESP

**Ref.: PETICIÓN ESPECIAL - DENTRO DEL TRÁMITE DE RECURSO DE APELACIÓN -
COMPETENCIA DEL JUEZ ORDINARIO LABORAL**

Respetada Magistrada

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 de la parte actora, presentó memorial dentro del trámite de recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Cali por entender que dentro del recurso mencionado, el apoderado judicial de EMCALI EICE ESP de manera extraña pretende inducir en error a la judicatura respecto de asuntos jurídico - sustanciales que ya han sido zanjados en procesos análogos contra la misma empresa.

Por lo anterior de forma respetuosa paso a referir algunos aspectos de orden jurídico obviamente conocidos por usted, pero que sobre el particular bien valga sean tenidos en cuenta.

1. En la Ley

Es Competente la justicia laboral de conformidad con el numeral primero del artículo segundo del CPTSS, en consideración a que se reclama que la demandante tiene la calidad de trabajador (a) oficial y por lo tanto una relación laboral (contrato laboral) con EMCALI EICE ESP.

En efecto la norma en cita establece:

"(...) ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laborales y de seguridad social conoce de:

*1. Los conflictos jurídicos que **se originen directa o indirectamente** en el contrato de trabajo. (...)" (Sabayas y negrillas fuera el texto).*

2. El criterio orgánico y el criterio funcional como factor para la determinación de la competencia del juez.

2.1. Posición del Consejo Superior de la Judicatura.

La discusión respecto de la competencia del juez ordinario laboral o el contencioso en casos análogos al que nos concita, ha sido tratada en su momento por la Jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura como por ejemplo en la sentencia del 18 de septiembre de 2013, radicación 2069, instancia que ha expresado que para definir tal

LUIS MARIO DUQUE Abogado

situación se debe tener en cuenta el criterio orgánico y el criterio funcional tal como se cita:

*“(...) i) **orgánico**, que exige establecer la naturaleza de la entidad a la que se encuentra vinculado el demandante; y ii) **funcional**, que impone valorar - prima facie- la naturaleza de las actividades desarrolladas por el demandante a efectos de establecer si ellas corresponden con las de un empleado público o un trabajador oficial. Si ocurre lo primero, la competencia será de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. **Si es lo segundo, será competente la jurisdicción ordinaria laboral**¹ (...)”.* (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

2.2. Posición de la Corte Constitucional.

En esa misma línea interpretativa en Auto 492/21 de la Corte Constitucional² recientemente manifestó frente al mismo asunto:

*“(...) Es claro que corresponde a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los procesos laborales en los que son parte trabajadores oficiales (...). En efecto, cuando existe certeza de la existencia de un vínculo laboral y no se discute que había una relación de subordinación entre la entidad pública y el trabajador o empleado, resulta válido definir la jurisdicción competente para conocer de estos asuntos con base en las funciones que dice haber ejercido el empleado o trabajador (**criterio funcional**) y la entidad a la cual se encontraba vinculado (**criterio orgánico**), para establecer si se trata de un trabajador oficial, que puede ejercitar la acción laboral ante la jurisdicción ordinaria del trabajo(...)”.* (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

Así las cosas y como quiera que desde la perspectiva orgánica por disposición legal y reglamentaria EMCALI, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, misma a la que le es aplicable el artículo 292 del Decreto 1333 de 1986, el artículo 41 de la Ley 42 de 1984 y el inciso segundo del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, normas que establecen que la regla general es que en las EICE, todos son trabajadores oficiales a excepción de aquellos que por especiales circunstancias de orden legal y estatutario sean catalogados como empleados públicos; es claro que el **criterio orgánico** para el caso de EMCALI, es que esta es una EICE y NO un establecimiento público en donde la regla anterior se invierte, esto es, todos son empleados públicos a excepción de aquellos que realicen actividades de construcción y sostenimiento y mantenimiento de obras, aspecto anterior que desde la demanda se dejó claro en el capítulo de antecedentes normativos y estatutos orgánicos e internos de la empresa.

Por otra parte, en razón al **criterio funcional** para efectos de la determinación de la competencia, es completamente claro que en razón a principios constitucionales como el de la primacía de la realidad sobre las formas y los estudios técnicos y el precedente judicial vertical y horizontal aportado en el plenario y ya valorados dentro de la sentencia, el cargo de Jefe de Departamento ahora Jefe de Unidad y Coordinador son de trabajador oficial, línea interpretativa a la que se suma que no es propio de la de jurisdicción contenciosa dirimir la aplicación o no de Convenciones Colectivas de Trabajo.

3. La Constitución y la Ley imponen a la actividad judicial la prevalencia del derecho sustancial.

Desde la perspectiva constitucional y legal, se le ha impuesto a la actividad jurídica la sumisión al derecho sustancial, al respecto nótese cómo el artículo 228 de la Constitución

¹ Por ejemplo, en las providencias del Consejo Superior de la Judicatura de 18 de septiembre de 2013, rad. 2069, M.P. José Ovidio Claros Polanco, y de 23 de marzo de 2017, rad. 12685-30, M.P. Julia Emma Garzón de Gómez, entre otras.

² Corte Constitucional. Auto 492/21. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado del 11 de agosto de 2021

LUIS MARIO DUQUE Abogado

y el 11 del Código General del Proceso determinan que al interpretar la ley procesal, el Juez debe tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustancial, preceptos anteriores que han sido asumidos en sentencias de la Corte Suprema de Justicia que en un caso similar expresó:

*“(...) Sobre el particular, la Corte en sentencia CSJ SL, 18. mar. 2003, rad. 20173, precisó que las decisiones que resuelven pretensiones relativas a la existencia del contrato de trabajo son de fondo o de mérito, **al hacer actuar el derecho sustancial y, por ende, son ajenas a los presupuestos de orden procesal (...)**”³ (Negrillas fuera del texto original).*

De tal suerte es claro que la presente demanda es competencia del Juez Laboral como quiera que: (i) La controversia surge de la vinculación del servidor público con el estado, misma en donde se afirma la existencia en la realidad de un contrato de trabajo y en consecuencia un vínculo como trabajador oficial (ii) La pretensión subsidiaria se deriva de la calificación del real vínculo de trabajador oficial y su aplicación de la convención colectiva de trabajo del sindicato mayoritario.

Por las razones anteriores es claro que en sede judicial la competencia para discutir las pretensiones que se generaron en el proceso según radicación, le son propias a la jurisdicción ordinaria laboral, por lo que no se entiende y a todas luces resulta extraño que el apoderado de la demandada pretenda distraer y confundir el objeto de la presente demanda con excepciones previas, nulidades, memoriales que aparte de ser anti técnicos en los términos de la Ley y la jurisprudencia antes citada, ya han sido desestimadas en más de 70 sentencias con igualdad de objeto y causa en las diferentes instancias jurisdiccionales.

A lo antes expresado se suma que la misma empresa, a través de la Unidad Jurídica, dependencia a la que pertenece el abogado de la defensa que interpone los “*recursos nulidades y memoriales*” a través de concepto jurídico que se anexa, ha reconocido la calidad de trabajador oficial de personas con cargo igual y similar al de Jefe de Unidad y Coordinador, lo que resulta más extraño aún para las resultas y su accionar profesional dentro de esta radicación.

4. En el precedente judicial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a la competencia del Juez Laboral.

La Corte Suprema de Justicia de forma pacífica y reiterada frente a la interpretación del artículo 2 del Código de Procedimiento Laboral ha señalado que la definición judicial de la categoría laboral de un servidor y su consecuente forma de vinculación con la administración, es un asunto de orden sustancial y por lo tanto se debe resolver en sentencia judicial, en tal sentido ha precisado, además:

*“(...) Pues bien, esta Sala de Casación ya ha tenido la oportunidad de explicar que la sentencia dictada por un juez laboral, mediante la cual resuelve una controversia judicial **en la que define la categoría de un servidor público, es en sí misma una decisión de fondo o de mérito**, en la medida en que implica un análisis fáctico, probatorio y normativo de parte del funcionario judicial, destinado a verificar si quien demanda **tiene la calidad de trabajador oficial que implora y, por ende, si hay lugar a reconocer en su favor los derechos reclamados en virtud de la existencia de un contrato de trabajo**; análisis que **encaja dentro de su ámbito de competencia, en los términos del artículo 2 del CPTSS(...)**”⁴ (Subrayas y negrillas fuera del texto original).*

³ Al respecto ver la sentencia CSJ SL, 18. mar. 2003, rad. 20173

⁴ Al respecto ver la sentencia SL1384-2020 radicación 55460 Magistrada Ponente: Dolly Amparo Caguasango Villota del 5 de mayo del año 2020, en donde se reitera las sentencias: CSJ SL10610 -2014, CSJ SL, 18. mar. 2003, rad. 20173, CSJ SL17528 -2017 y CSJ SL2951 -2017

LUIS MARIO DUQUE
Abogado

De forma subsecuente en sentencia SL 1384-2020 radicación 55460 Magistrada Ponente: Dolly Amparo Caguasango Villota del 5 de mayo del año 2020 concluyó:

*“(…) Así las cosas, es claro que **la competencia de la jurisdicción ordinaria** laboral, en los eventos en que se pide la declaratoria de existencia de una vínculo laboral, viene dada desde que el promotor del proceso en la **demanda inicial afirma que tiene una relación regida por un contrato de trabajo (ficto-presunto o expreso) con una entidad u organismo de la administración pública, bien sea con miras a obtener el reconocimiento de beneficios y derechos legales o extralegales exclusivos de los trabajadores oficiales o discutir sobre los ya existentes, pretensiones que obviamente invitan al juez a razonar sobre la categoría laboral del funcionario como requisito sustantivo previo a resolver cualquier punto relacionado con el contrato de trabajo (…)**”* (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

En esa misma línea argumentativa el precedente de la Sala Laboral de la Corte ha sido pacífica frente a la competencia del Juez laboral, posición que se ha reafirmado con el paso de los años, tal como ocurre en la sentencia SL 5562-2021⁵, en la que frente a este aspecto reiteró:

*“(…) Debe recordarse, que esta Sala ha sostenido en asuntos similares al que ocupa nuestra atención, respecto de entidades de derecho público, que la competencia de la especialidad se adquiere **por la mera afirmación contenida en la demanda de ostentar el servidor la calidad de trabajador oficial (…)**”* (Negrillas fuera del texto original)⁶.

5. En el precedente judicial de la Corte Constitucional en definición de casos de conflictos de competencia de casos análogos.

La Corte Constitucional al estudiar casos de conflicto de competencia entre la Jurisdicción ordinaria laboral y la jurisdicción contencioso administrativas en casos de similares contornos al que se presente en esta demanda, precisó en reciente **Auto 378 del 15 de julio de 2021**:

“(…) la Corte consideró que el asunto debía ser objeto de conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria en la Especialidad Laboral en virtud del artículo 2 del CPTSS, pues a ella le corresponde conocer de “[l]os conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo”. A juicio de este tribunal, la Jurisdicción Laboral se activa por (i) la presentación de una demanda en la que se alega la existencia de una relación laboral derivada de un contrato de trabajo con un particular o cuando (ii) “el promotor del proceso en la demanda inicial afirma que tiene una relación laboral regida por un contrato de trabajo (ficto-presunto o expreso) con una entidad u organismo de la administración pública”. (Subrayas fuera del texto original).

Adicionalmente la Corte Constitucional en **Auto 330/21 del 23 de junio de 2021** resaltó también que:

“(…) De acuerdo con los precedentes de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la Sección Primera del Consejo de Estado y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que delimitaron la actividad industrial y comercial desarrollada por la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia y en atención a que los cargos desempeñados por los demandantes no son de dirección y confianza dentro de la FLA, está claro que estos tienen la calidad de trabajadores oficiales, lo que

⁵ Magistrado ponente: Martín Emilio Beltrán Quintero. SL5562-2021. Radicación n.º 81187. Acta 46. Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

⁶ *Ibidem*, al respecto ver sentencias: CSJ SL184-2019, rad. 62561, CSJ SL9315-2016, CSJ SL,10610-2014, que reiteró la SL, 18 mar. 2003, rad. 20173 entre otras.

LUIS MARIO DUQUE
Abogado

implica que la jurisdicción ordinaria laboral sea la competente para estudiar el proceso objeto de controversia (...)⁷" (Subrayas fuera del texto original).

Adicional al anterior precedente es claro que en más de 60 casos análogos al que nos convoca en el que se ha demandado a EMCALI EICE ESP para que se declare la existencia de un contrato de trabajo, la justicia laboral en decisiones de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto la existencia de los contratos de trabajo y la aplicación de la convención colectiva del sindicato mayoritario SINTRAEMCALI; para el efecto se cita entre otras las más recientes: SL 4042-2019 cargo Coordinador, SL 1327-2020 cargo Jefe de Departamento, ahora denominado Jefe de Unidad, SL 3558-2020 cargo Jefe de Departamento y la SL 4017-2021, cargo Coordinador.

No obstante, lo anterior, el mismo Consejo de Estado en temas análogos en los que se ha asumido de alguna manera la calidad de trabajadores oficiales en EMCALI EICE ESP en razón a acciones de lesividad por parte de EMCALI frente a sus propios actos administrativos de reconocimiento de jubilación convencional a quienes han calificado históricamente contrario al ordenamiento jurídico, la máxima instancia de la jurisdicción contenciosa ha precisado que la competencia para definir estos temas en los que se discute la calidad de trabajador oficial en esta empresa corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral, al respecto se pueden consultar entre otras las sentencias con radicación 4601-16 del 20 de noviembre de 2019⁸, radicación 0866-2018 del 31 de octubre de 2019⁹ y radicación 2920-17 del 10 de octubre de 2019¹⁰.

6. Consideraciones respecto del Auto A - 355 de 2022 del 16 de marzo de 2022 presentado por la parte demandada y con el que se pretende inducir a error al Honorable Tribunal.

El memorial presentado por el apoderado de la parte demandada incurre en imprecisiones de orden técnico jurídico que, a más de poder ser valoradas para el esclarecimiento del problema jurídico sujeto a análisis, pretende distraer el mismo y de forma falaz y con ello hacer incurrir en error al Juez natural del proceso, por esta razón y aunque parezca innecesario de forma respetuosa y sin perjuicio del esbozo que sobre manera acerca de la competencia se hiciera en el memorial demanda se reiteran y precisan los siguientes aspectos:

El abogado de la parte demandante presenta el Auto No. A-355 del 16 de marzo de 2022 como precedente judicial aun cuando este no lo es porque:

1. El proceso que cursa a instancias de su despacho en el Tribunal Superior de Cali versa sobre un problema jurídico distinto y disímil en comparación con el Auto presentado por el abogado de la parte demandante, dicho de otra forma, el proceso en segunda instancia que cursa por demanda de mi poderdante tiene como problema jurídico **(i)** declarar la existencia de un contrato de trabajo en aplicación del principio constitucional y legal de la primacía de la realidad sobre las formas, a lo que se suman las conclusiones de los estudios técnicos contratados por EMCALI EICE ESP que determinan que las actividades y responsabilidades reales del cargo de Jefe de Departamento ahora Jefe de Unidad y el Coordinador de esa

⁷ SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 330/21. Referencia: Expediente CJU-379. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá D. C., veintitrés (23) de junio de dos mil veintiuno (2021)

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda- Subsección A. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suarez Vargas Radicación: 76001233100020100127902

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda- subsección A, Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernandez, Radicación: 76001-23-31-000-2010-01354-02

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección A, Consejero Ponente: Rafael Francisco Suarez Vargas, Radicación: 76001233100020100124402

LUIS MARIO DUQUE
Abogado

empresa son de trabajador oficial – nivel profesional, posición también asumida por la consultoría jurídica contratada también por EMCALI con el ex Magistrado Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y la reciente confesión mediante Concepto Jurídico No. 17 del 16 de noviembre de 2021 emitido por Unidad Jurídica de EMCALI a la que pertenece el togado que presentó el Auto, documento que de forma textual expresó:

*“(…) 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.

A los anteriores planteamientos se ha llegado también a través de la aplicación del precedente judicial vertical y horizontal emanado de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en más de 60 sentencias y el precedente emanado del mismo Tribunal Superior de Cali en procesos ordinarios y especiales respectivamente, en donde se estudia de forma específica, concreta y especial el vínculo laboral de los servidores públicos de EMCALI como Empresa Industrial y Comercial del Estado - EICE, mismos que de forma pacífica no solo han definido el tema de fondo favorablemente a los demandantes, sino que además por obvias razones han desarrollado lo relativo a la competencia y jurisdicción de forma también pacífica, determinando de forma precisa y sin duda alguna que este problema jurídico es propio y exclusivo de la jurisdicción ordinaria laboral sin dubitación alguna.

2. El problema jurídico que trata el Auto presentado por el togado de la parte demandada en memorial denominado: “falta de jurisdicción” versa sobre las controversias relacionadas con *la prestación del servicio de seguridad social, suscitadas entre los empleados públicos y las entidades estatales administradoras del respectivo régimen*, para llegar a tal acierto basta con leer el numeral 3 de la parte considerativa el Auto en mención visible a folio número 5 de esa providencia, en donde por demás la misma Corte decanta en el mismo apartado dos reglas para determinar la jurisdicción para resolver las controversias relacionadas con la seguridad social, siendo estas la denominada regla especial y la regla residual, problema jurídico este que como se evidencia no es en nada análogo y ni siquiera similar al que se discute en el presente radicado, pues se insiste, en el proceso que cursa en su despacho se discute el real vinculo del demandante con la EICE y el pago de beneficios de carácter convencional del sindicato mayoritario.

Tal como se evidencia en el numeral 17 de las consideraciones del Auto A-355 de 2022 del 16 de marzo de 2022, muy a pesar que este máximo

LUIS MARIO DUQUE
Abogado

tribunal constitucional advierte acerca de que no le corresponde hacer un análisis minucioso y exhaustivo de las funciones del demandante, precisa en aquel acápite que el **cargo de Director de Gestión Comercial Acueducto y Alcantarillado**, el cargo desempeñado por el demandante se caracterizó por “*ser de confianza y manejo, cuyas funciones están orientadas a la definición y cumplimiento de políticas de la empresa, propias de un empleado público*”, aserto al cual también había llegado la primera instancia tal como se observa en el numeral cuatro (4) titulado antecedentes visible a folio 2 del Auto en mención, aspectos que por demás no le son propios a los cargos de Jefe de Departamento ahora Jefe de Unidad y Coordinador tal como se probó en el plenario, pues se recaba estos no tienen definidas de manera excepcional, real y objetivamente las actividades de confianza y manejo tal como lo exige la constitución y ley para los casos de las EICE como EMCALI.

Así las cosas y haciendo un análisis extenso del mismo Auto con que el abogado de la demandada pretende hacer incurrir en error al Tribunal, bien debiera hacerse percatado también de la referencia bibliográfica obrante en la nota al pie de página No 26, misma en que la Corte cita el Auto 1171 de 2021(caso de EMCALI EICE ESP) y el Auto 314 de 2021 en los que el máximo tribunal se apartó justamente de la decisión por no encontrar que estos fueran precedente judicial para el tema a tratar de forma específica, ello sin contar de que si se estudiara de forma rigurosa el asunto, el profesional del derecho hubiera precisado que en esos casos la definición de la competencia justamente recayó en el jurisdicción ordinaria laboral, Juzgado 9 Laboral del Circuito de Cali y el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura respectivamente y no como pretende dar erradamente a entender el togado, valiéndose de casos que no son análogos como se ha decantado a lo largo de este memorial.

3. En esa misma línea argumentativa se tiene que el cargo que se estudia en el pluricitado Auto, esto es, el de **Director de Gestión Comercial Acueducto y Alcantarillado**, es un cargo inexistente en la estructura actual de EMCALI EICE ESP y en nada se parece a la de Jefe de Departamento ahora Jefe de Unidad y mucho menos a la de Coordinador, de hecho, conforme a las conclusiones del estudio técnico contratado por EMCALI con la UNIVALLE sus resultados fueron claros en determinar qué el cargo de Coordinador que pasaba a llamarse Profesional Líder y Jefes de Departamento ahora Jefes de Unidad estos cargos son de trabajador oficial y ello se puede evidenciar entre otras en la gráfico visible a página 3 del documento titulado INFORME FINAL DE PLANTA DE CARGOS Y PERSONAL – LEVANTAMIENTO DE CARGAS DE TRABAJO Y REVISIÓN Y EVALUACIÓN DE LA ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL CONTRATO No. 100-GG-CIA-1167 DE 2019. Universidad del Valle-UNIVALLE, obrante en el expediente y en el que se ilustra lo siguiente:

LUIS MARIO DUQUE Abogado

Gráfico No. 1: Familias y niveles de cargos



Fuente: Universidad del Valle

4. Distinto a la sentencia que se quiere presentar como precedente en un caso que no es análogo al que nos convoca, se tienen otras decisiones también emitidas por la Corte Constitucional, sin perjuicio de las emitidas en su momento por el Consejo Superior de la Judicatura y la misma Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, que en casos análogos al presente ha precisado el alto tribunal constitucional en Autos como el 378 del 15 de julio de 2021 lo siguiente:

“(…) la Corte consideró que el asunto debía ser objeto de conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria en la Especialidad Laboral en virtud del artículo 2 del CPTSS, pues a ella le corresponde conocer de “[l]os conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo”. A juicio de este tribunal, la Jurisdicción Laboral se activa por (i) la presentación de una demanda en la que se alega la existencia de una relación laboral derivada de un contrato de trabajo con un particular o cuando (ii) “el promotor del proceso en la demanda inicial afirma que tiene una relación laboral regida por un contrato de trabajo (ficto-presunto o expreso) con una entidad u organismo de la administración pública”. (Subrayas fuera del texto original).

Finalmente, y con el respeto acostumbrado se quiere insistir en que tal como lo han decantado de forma reiterativa las altas Cortes de nuestro país, el respeto por el precedente judicial se fundamenta en el derecho a la igualdad, lo que exige del juez que frente a hechos análogos se apliquen las mismas reglas de decisión emitidas previamente por el mismo funcionario (precedente horizontal) o por uno de superior jerarquía (precedente vertical).

Por tal razón para que se entienda como precedente judicial una sentencia, el profesional del derecho debe precisar: i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado; circunstancia inexistente en el presente caso, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituyen la pretensión del caso presente, razón también ausente en el caso objeto de litigio. De suerte se tiene que cuando no existe analogía entre los hechos del precedente y el sometido a estudio, mal puede entenderse que el curso del proceso actual y distinto tenga como consecuencia una aplicación contraria a derecho y a los valores fundantes de la igualdad ante la ley y el principio de seguridad jurídica y confianza legítima.

LUIS MARIO DUQUE
Abogado

6. CONSIDERACIONES GENERALES.

6.1. LAS DECISIONES QUE RESUELVEN PRETENSIONES RELATIVAS A LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO SON DE FONDO O DE MÉRITO: al respecto “(...) la Corte suprema en sentencia del 18. Marzo de 2003, radicación 20173, precisó que las decisiones que resuelven pretensiones relativas a la existencia del contrato de trabajo son de fondo o de mérito, **al hacer actuar el derecho sustancial y, por ende, son ajenas a los presupuestos de orden procesal (...)**”¹¹ (Negritas fuera del texto original).

6.2. EL CRITERIO ORGÁNICO Y EL CRITERIO FUNCIONAL SON REGLA PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA DEL JUEZ LABORAL. El Consejo Superior de la Judicatura en su momento a través de providencia del 18 de septiembre de 2013, radicación 2069 y la Corte Constitucional mediante Auto 492 de 2021 establecieron que uno de los parámetros para determinar la competencia del Juez Laboral en casos análogos al que se presenta, es la existencia del Criterio **ij) orgánico**, que exige establecer la naturaleza de la entidad a la que se encuentra vinculado el demandante; y el **ii) funcional**, que impone valorar -prima facie- la naturaleza de las actividades desarrolladas por el demandante a efectos de establecer si ellas corresponden con las de un empleado público o un trabajador oficial. Si es lo segundo, será competente la jurisdicción ordinaria laboral¹² (...), de tal suerte que al evidenciarse en el libelo de la demanda que el cargo de Coordinador y Jefe de Unidad antes Jefe de Departamento, realizan actividades que no son propias de empleado público y las mismas de acuerdo a los estudios técnicos contratados por EMCALI y precedente judicial son trabajadores oficiales, trae como consecuente que la competencia de este tipo de asuntos corresponde a la Jurisdicción ordinaria laboral.

6.3. EL PRECEDENTE JUDICIAL DE LA SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE A LA COMPETENCIA DEL JUEZ LABORAL HA INDICADO QUE SU COMPETENCIA ESTA COMPRENDIDA DENTRO DEL ARTICULO 2 DEL CÓDIGO ADJETIVO DEL TRABAJO. Para el efecto en sentencia SL 1384-2020 del 5 de mayo de 2020 precisó que la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, en los eventos en que se pide la declaratoria de existencia de una vínculo laboral, “(...) viene dada desde que el promotor del proceso en la demanda inicial afirma que tiene una relación regida por un contrato de trabajo (fictopresunto o expreso) con una entidad u organismo de la administración pública, bien sea con miras a obtener el reconocimiento de beneficios y derechos legales o extralegales exclusivos de los trabajadores oficiales o discutir sobre los ya existentes, pretensiones que obviamente invitan al juez a razonar sobre la categoría laboral del funcionario como requisito sustantivo previo a resolver cualquier punto relacionado con el contrato de trabajo (...)” Esta posición ha sido reafirmada por la Corte Constitucional en Auto 378 del 15 de julio de 2021, que en la definición de un conflicto de competencia aparente se refirió en similares términos agregando además, que: “(...) la Jurisdicción Ordinaria en la Especialidad Laboral en virtud del artículo 2 del CPTSS, le corresponde conocer de “[l]os conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo (...)”

De tal suerte es claro que la presente demanda es competencia del Juez Laboral como quiera que:

(i) la pretensión principal versa sobre la controversia que surge de la vinculación del servidor público con una Empresa Industrial y Comercial del Estado, misma donde se afirma la existencia en la realidad de un contrato de trabajo y en consecuencia un vínculo como trabajador oficial, circunstancia que dota de competencia al juez laboral de acuerdo al numeral 1 del artículo 2 del Código de Procedimiento del trabajo por tratarse de un

¹¹ Al respecto ver la sentencia CSJ SL, 18. mar. 2003, rad. 20173

¹² Por ejemplo, en las providencias del Consejo Superior de la Judicatura de 18 de septiembre de 2013, rad. 2069, M.P. José Ovidio Claros Polanco, y de 23 de marzo de 2017, rad. 12685-30, M.P. Julia Emma Garzón de Gómez, entre otras.

LUIS MARIO DUQUE
Abogado

conflicto jurídico originado de forma directa o indirecta en el contrato de trabajo, ficto o presunto.

(ii) La pretensión subsidiaria se deriva de la calificación del real vínculo de trabajador oficial y su aplicación de la convención colectiva de trabajo del sindicato mayoritario.

(iii) A lo antes expresado se suma que la misma empresa, a través de la Unidad Jurídica, dependencia a la que pertenece el abogado de la defensa, a través de Concepto con consecutivo No. 17 del 16 de noviembre de 2021 reconoció la calidad de trabajador oficial de funcionario que en la actualidad ocupa cargo de Jefe de Unidad antes denominado Jefe de Departamento, lo que es indicativo de la inducción a error por parte de la defensa de la empresa accionada.

7. PETICIÓN ESPECIAL

En ese sentido y por encontrar que no hay lugar a proceder de forma favorable a lo solicitado por la parte demandada, solicito muy respetuosamente se despache de forma desfavorable esa solicitud, de acuerdo a los planteamientos de orden jurídico que líneas atrás de referenciaron y en virtud de ello se confirme la decisión emanada por el *a quo*.

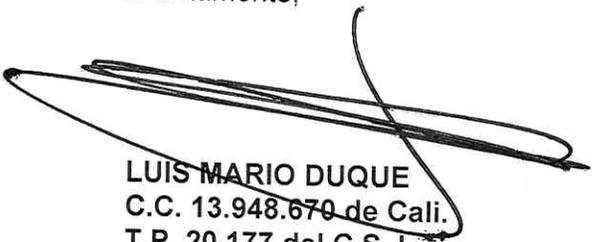
8. ANEXOS

1. Concepto No. 0017 del 16 de noviembre de 2021 emitido por la Jefe de Jurídica de EMCALI EICE ESP acerca de trabajadores oficiales en la empresa.

9. 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



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.

RECEBIDO

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

REVISADO

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 parágrafo 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 catalogados 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 

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

RECEBIDO