



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISION LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ

**REF: FUERO SINDICAL – PERMISO PARA DESPEDIR
ACCIONANTE: EMCALI E.I.C.E E.S.P.
ACCIONADO: GONZALO PEÑALOZA AFANADOR
RADICACIÓN: 76001-31-05-01-2021-00280-01**

Acta número: 36
Audiencia número: 396

En Santiago de Cali, a los siete (07) días del mes de octubre del año dos mil veintiuno (2021), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, conforme a los lineamientos definidos en el artículo 15 del Decreto Legislativo número 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y en el artículo 10 del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, nos constituimos en audiencia pública con el fin de darle trámite al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia número 223 del 27 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad.

SENTENCIA N° 332

Las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E E.S.P., a través de apoderado judicial promovió proceso especial de fuero sindical contra el señor GONZALO PEÑALOZA AFANADOR, con el fin de obtener el levantamiento del fuero sindical, y en consecuencia de ello, el correspondiente permiso para despedirlo.



En sustento de sus pretensiones aduce que a través del Acuerdo 034 de 1999 se adoptó el Estatuto Orgánico de las Empresas Municipales de Cali, estableciendo en su artículo primero que la entidad seguirá siendo una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa y de objeto social múltiple.

Que el régimen legal de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. es el de derecho privado, de conformidad con lo dispuesto, entre otros, en los artículos 31 de la Ley 142 de 1994 (modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001), y 32 ibídem, el artículo 76 de la Ley 143 de 1994, así como las demás normas que le sean concordantes, modifiquen, aclaren o adicionen.

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

Que mediante Resolución GG No. 0001329 del 9 de septiembre de 2005, el señor GONZALO PEÑALOZA AFANADOR fue nombrado para ocupar el empleo público de COORDINADOR, asignado al Departamento de Prospectiva y Proyectos Especiales de Gerencia de Area Financiera, del cual tomó posesión el 5 de octubre del mismo año.

Que el demandado atendiendo la necesidad del servicio, en diversas oportunidades ha sido encargado para desempeñar distintos empleos públicos al interior de la entidad, desempeñando en la actualidad el empleo público de COORDINADOR en la Unidad de Gestión de Abastecimiento en la Gerencia de Area de Abastecimiento Empresarial.

Que tal empleo se encuentra dentro de los que deben ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos, en consecuencia, por su naturaleza jurídica, corresponde a un empleo de libre nombramiento y remoción (Resolución JD No. 001 del 6 de octubre de 2020).

Que mediante Resolución JD No. 003 del 6 de octubre de 2020 la Junta Directiva de EMCALI E.I.C.E. E.S.P., suprime la planta de personal de la entidad, y adopta una nueva



estructura administrativa de la empresa, motivada en las necesidades del servicio y en razón a la modernización, la cual se justificó en estudios técnicos realizados por EMCALI mediante contrato suscrito y ejecutado por la Universidad del Valle.

Que el estudio técnico realizado por la Universidad del Valle, planteó una estructura más delgada, es decir, con menos niveles de autoridad y con igual o menor número de dependencias, como quiera que tal situación causaba no sólo claros efectos financieros sino mejoras esperables de la eficiencia en el trabajo.

Que actualmente el señor GONZALO PEÑALOZA AFANADOR goza de la garantía de fuero sindical, por hacer parte de la junta directiva del sindicato denominado SISEMCALI, ocupando el cargo de PRESIDENTE - SUPLENTE.

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

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El presente proceso, correspondió por reparto, al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, Despacho que admitió la demanda, ordenó su traslado y notificación al demandado GONZALO PEÑA AFANADOR, así como, la vinculación del SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS AL SERVICIO DE EMCALI E.I.C.E. E.S.P. – SISEMCALI., quienes dieron contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda, por cuanto el demandado ocupa un cargo clasificado como trabajador oficial, formulando en su defensa las excepciones de mérito de carencia de poder para adelantar la acción y clasificación del cargo del demandado como trabajador oficial.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA



La A quo mediante sentencia número 223 dictada dentro de la audiencia pública llevaba a cabo el día 27 de septiembre de 2021, declaró probada la excepción de prescripción formulada por el demandado GONZALO PEÑALOZA AFANADOR y ordenó no levantar la garantía de Fuero Sindical del demandado pretendido por EMCALI E.I.C.E E.S.P. y en consecuencia la absolvió de todas las pretensiones incoadas en la demanda.

Para arribar a la anterior decisión, la operadora judicial de primer grado partió por establecer que el aquí demandado ostenta la calidad de aforado sindical, al pertenecer a la Junta Directiva de la Organización Sindical SISEMCALI y luego de ello advirtió que la facultad que la ley le otorga al Juez para dar un permiso para despedir a un trabajador aforado, redundando en la autorización del levantamiento de tal fuero, calificando para ello la justa causa que previamente el empleador ha señalado al trabajador, situación que en el presente caso no ocurrió pues es al empleador a quien le corresponde de manera autónoma adoptar la medida que considere pertinente, ya sea un traslado, reubicación o despido del trabajador y de las pruebas allegadas al proceso evidenció la A quo que la entidad demandada endilga como causal de levantamiento de fuero sindical, la supresión de la planta de personal, sin que se observen actos de persecución sindical por tal reestructuración.

Posteriormente, la Juez de primer grado al estudiar el medio exceptivo de prescripción formulado por la parte demandada, expresó que la presente acción se encuentra afectada por tal fenómeno, puesto que transcurrieron más de 2 meses desde la fecha en que se efectuó la supresión del cargo del demandante, la cual fue endilgada como causal de despido del trabajador demandado, a través de Resolución JD003 del 06 de octubre de 2020 y Resolución JD009 del 30 de noviembre de 2020 que modificó la anterior y la presentación de la demanda ante la oficina de reparto.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada judicial de la entidad demandante formuló el recurso de alzada, buscando la revocatoria total del proveído atacado, bajo el argumento de que con la expedición de la Ley 712 de 2001 en su artículo 118A, estableció el término de 2 meses para el empleador, a partir del momento en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el



procedimiento convencional o reglamentario correspondiente según sea el caso, por lo que de dicha manera es claro que para el empleador surgen dos momentos a partir del cual se puede contar el término de 2 meses que estableció la ley, el primero desde el momento de la ocurrencia de los hechos invocados y dos desde el agotamiento del procedimiento convencional o reglamentario, y en el caso de autos se tiene como hecho determinante la decisión de reestructuración y supresión de la planta de personal de EMCALI, procedimiento que conlleva al trámite y ajuste de todo lo relacionado con la actividad que hasta el momento ha desarrollado el ente, a través del plan estratégico de EMCALI 2018 – 2013, ello obedece a un procedimiento complejo que no es posible concluir en plazos breve ni un día cierto y preciso.

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

Expresa, que lo previsto en el contenido de la Resolución JJ1000006572020 del 18 de diciembre de 2020 en concordancia con la Resolución JD003 del 06 de octubre de 2020, es apenas la media lógica y consecuente de todo ese proceso, de manera que se otorga un término prudencial para llevar a cabo cada proceso en sus diferentes niveles, entre la supresión y desvinculación del personal, luego no podría haber sido compelida la entidad demandada a iniciar en un término de dos meses de un proceso que requiere de una conocimiento integral que le permite decidir de forma integral los actos del proceso de reestructuración, por lo que los dos meses quedan inmersos dentro de la segunda posibilidad que estableció el artículo 118A del CPT y SS, es decir desde que se haya agotado todo el proceso convencional o reglamentario.



Que, en esta oportunidad la juez de instancia resuelve la naturaleza del cargo y señala que, es un trabajador oficial, situación que riñe con la norma adjetiva laboral por las siguientes razones:

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

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

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

Nótese como el asunto de tales características, no impide que pueda resolverse la acción de levantamiento de fuero sindical, como si ocurre con la existencia de un contrato, luego, el que sea empleado oficial o servidor público sigue dejando en cabeza del juez laboral el



conocimiento del proceso y en nada afecta o entorpece las tres exigencias determinadas para la jurisdicción, para que proceda al levantamiento del fuero sindical.

Que, bajo estos preceptos, es claro que no se violenta el derecho de asociación, teniendo en cuenta que la naturaleza del cargo, y adicional a ello, el servidor no ha sido despedido, de tal manera no entorpece para nada su derecho de defensa.

Insiste que, el régimen legal de EMCALI es de derecho privado, de conformidad con lo dispuesto, entre otros, en los artículos 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001 y 32 ibídem.

Que, el artículo 76 de la Ley 143 de 1994, así como las demás normas que le sean concordantes, que modifiquen, aclaren o adicionen por disposición legal del artículo 292 del Decreto Ley 1333 de 1986, estableció que las personas que prestan sus servicios a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, son trabajadores oficiales, sin embargo, los estatutos de dichas empresas señalan que las actividades como dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que ostentan la calidad de empleados públicos.

Finaliza su actuar manifestando que, en el artículo 209 de la Constitución se impone que las funciones administrativas deben ejercerse en pro del interés general, es por ello que en razón a la modernización de la planta se dio una reclasificación de los empleos, y en esa medida la supresión de los mismos, resulta ser una justa causa para retiro del cargo del empleado público. Bajo este entendido, a través de sus estatutos, EMCALI ha definido que los empleados de dirección y confianza son excepción a la regla general, desempeñados por personas que tienen calidad de libre nombramiento y remoción, como se observa en la Resolución J.D. 01 del 6 de octubre de 2020.

Igualmente, el apoderado judicial de la parte demandada, interpone el recurso de alzada de manera parcial, en el entendido de que la causal argumentada por el Despacho para que existiera el levantamiento del fuero, no se encuentra probado, en vista de que la entidad demandante suprimió la planta de cargo el 06 de octubre de 2020 y la misma entidad incorporó al demandado a la nueva planta de cargos, desapareciendo la causal de supresión del empleo, aceptando que el cargo que aque ocupada en la anterior estructura se suprimió,



pero reitera que fue nuevamente incorporado y por ende tal causal aceptada por el Despacho desapareció. Igualmente, aduce que el cargo que el demandado ocupaba en la anterior estructura se clasificaba como trabajador oficial y la supresión de cargos de trabajadores oficiales no es causal de levantamiento de fuero sindical, por lo que solicita la terminación del proceso no sólo por la prescripción, sino por la inexistente causal la que tampoco se encuentra probada.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en segunda instancia, al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procedemos a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Antes de entrar a determinar los problemas jurídicos a estudiar por parte de la Sala, se advierte que no es materia de controversia, los siguientes supuestos:

1. Que a través del Acuerdo 034 de 1999, se adoptó el Estatuto Orgánico de la Empresas Municipales de Cali, en el cual en el artículo 1º, se estableció que la entidad seguirá siendo una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa y de objeto social múltiple.
2. Que el régimen legal de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. es el derecho privado, de conformidad con lo dispuesto, entre otros, en los artículos 31 de la Ley 142 de 1994 (modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001) y 32 ibídem, el artículo 76 de la Ley 143 de 1994.
3. Que por disposición legal (art. 292 del Decreto Ley 1333 de 1986), las personas que prestan sus servicios en las E.I.C.E. son trabajadores oficiales; sin embargo, en los estatutos de dichas empresas se puede precisar que actividades de dirección o confianza pueden ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.



4. Que mediante Resolución GG No. 001323 del 09 de septiembre de 2005, el señor GONZALO PEÑALOZA AFANADOR, fue nombrado para ocupar el empleo público de Coordinador, código de cargo 904-001 asignado a la dependencia DEPARTAMENTO DE PROSPECTIVA Y PROYECTOS ESPECIALES de la GERENCIA DE AREA FINANCIERA, del cual tomó posesión el 05 de octubre del mismo año.
5. Que por necesidades del servicio y en razón a la modernización, mediante Resolución DJ 003 del 6 de octubre de 2020, la Junta Directiva de EMCALI E.I.C.E. E.S.P., suprimió la planta de personal de la entidad y adoptó una nueva estructura.
6. Que el día 1° de febrero de 2021, al señor GONZALO PEÑALOZA AFANADOR, le es comunicado que ha sido reubicado en el mismo cargo de Coordinador en el Area Funcional Estructuración de Categorías y de Evaluación Contractual de la Unidad de Gestión de Abastecimiento, adscrito a la Gerencia de Área de Abastecimiento Empresarial,
7. La existencia de la Organización Sindical SINDICATO DE SERVIDORES PUBLICOS AL SERVICIO DE EMCALI EICE ESP – SISEMCALI, de primer grado y de industria, con domicilio en Cali, Valle.
8. Que el señor GONZALO PEÑALOZA AFANADOR goza de la garantía de fuero sindical, por hacer parte de la Junta Directiva de la aludida organización sindical, ocupando el cargo de Suplente del Presidente.

PROBLEMAS JURIDICOS

De acuerdo con los argumentos expuestos en los recursos de alzada, corresponderá a esta Sala de Decisión, determinar i) la procedencia o no del levantamiento de fuero sindical del señor GONZALO PEÑALOZA AFANADOR como Suplente del Presidente de la organización sindical SINDICATO DE SERVIDORES PUBLICOS AL SERVICIO DE EMCALI EICE ESP – SISEMCALI, ii) si el demandante ostenta la calidad de empleado público o trabajador oficial, iii) y si la causal alegada por EMCALI E.I.C.E., encaja como justa causa para finiquitar el



vínculo laboral y proceder con la autorización del levantamiento de fuero sindical y su consecuente permiso para despedirlo, iv) finalmente se determinara si la presente acción se encuentra afectada o no por el fenómeno de la prescripción.

SOLUCION A LOS PROBLEMAS JURIDICOS

Para resolver los anteriores problemas jurídicos, es necesario precisar que los convenios 87 y 98 de la OIT, integrados al orden jurídico interno con rango de normas constitucionales por ministerio del artículo 93 de la Constitución Política, así como el artículo 39 de la misma Carta Magna, que consagran el derecho fundamental a la libertad sindical, expuesto por la Guardiana de la Constitución, entre otras en las sentencias: C-385 de 2000, C-797 de 2000 y C- 466 de 2008.

La libertad sindical está formada por el derecho de asociación sindical y el de negociación colectiva; el primero hace referencia a la facultad que tienen los trabajadores de crear organizaciones sindicales, sin restricción, intromisión o intervención del Estado, que signifique la imposición de obstáculos en su constitución o funcionamiento; el segundo implica que los trabajadores tienen el derecho a negociar las condiciones laborales, bajo los parámetros establecidos en la Constitución y la ley, y la posibilidad de iniciar una huelga.

Para lo que aquí interesa, una de las consecuencias del reconocimiento del derecho de asociación sindical, es la consagración de una garantía de estabilidad reforzada para distintos trabajadores que ejercen funciones esenciales para el sindicato, o también denominado fuero, lo cual sólo puede entenderse porque el derecho de asociación sindical es a la vez un derecho constitucional individual de los trabajadores que son titulares del mismo, y un derecho constitucional colectivo, cuyo titular es el sindicato. (C-965 de 2011)

El Convenio 98, precisa el alcance de la protección y proscribire como conductas discriminatorias tendientes a menoscabar la libertad sindical: (a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; y (b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.



El artículo 39 de la Constitución Política reconoce a los representantes sindicales el fuero como una garantía necesaria para el cumplimiento de su gestión. Así de esta manera, el legislador le ha dado contenido y alcance a este reconocimiento, en atención de las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, que establecen que *“...los países miembros se comprometen a adoptar medidas específicas de protección contra todo acto que pretenda perjudicar a los representantes sindicales, en razón de su gestión sindical, incluido el despido”*.

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

En nuestra legislación interna el artículo 405 del C.S.T., modificado por el artículo 1 del Decreto 204 de 1957, establece la protección del fuero sindical de la siguiente manera:

“Se denomina fuero sindical la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.”

La normatividad laboral prevé dos acciones para garantizar que los trabajadores no sean perseguidos por su condición de dirigentes sindicales: la acción de levantamiento del fuero sindical y la acción de reintegro, las cuales se resuelven mediante sendos procedimientos especiales, el primero, a cargo del patrono interesado en obtener del juez laboral el permiso que le permitirá despedir o desmejorar las condiciones del trabajador aforado, y, el segundo, por cuenta del trabajador, quien deberá promover acción contra el patrono que actuó sin cumplir el anterior requisito.

Por mandato de los artículos 113 a 118B del Código de Procedimiento Laboral y específicamente el artículo 118, se dispone que la demanda del trabajador amparado con fuero sindical, que hubiere sido despedido, desmejorado o trasladado sin permiso del juez de



trabajo, se sujetará al trámite breve y sumario regulado en los artículos 113 y siguientes de la misma disposición.

Del derecho de asociación sindical

Aparte de lo que se plasmó al principio de las consideraciones de la presente providencia, para lo que aquí interesa, una de las consecuencias del reconocimiento del derecho de asociación sindical, es la consagración de una garantía de estabilidad reforzada para distintos trabajadores que ejercen funciones esenciales para el sindicato, o también denominado fuero, lo cual sólo puede entenderse porque el derecho de asociación sindical es a la vez un derecho constitucional individual de los trabajadores que son titulares del mismo, y un derecho constitucional colectivo, cuyo titular es el Sindicato. (C-965 de 2011)

Del mismo modo, la Corte Constitucional ha venido de antaño protegiendo el derecho a la asociación sindical en defensa de los trabajadores que lo ejercen, el cual ha menudo ha sido menoscabado por actos contrarios a la Constitución y a la ley en cabeza de sus empleadores, uno de esos pronunciamientos de la alta Corporación, es la contenida en la Sentencia T 136 de 1995, en donde se precisó:

“No es admisible la discriminación proveniente de estar o no afiliado a un sindicato, para favorecer a los no sindicalizados en contra de los sindicalizados, pues en tal evento no solo se contraría el derecho a la igualdad, sino que se atenta en contra del derecho de asociación sindical consagrado en el artículo 39 de la Constitución. La empresa, frente al enunciado derecho, actúa de manera ilegítima cuando pretende hacer uso de los factores de remuneración o de prestaciones sociales, sean estas legales o extralegales, para golpear a quienes se asocian, para desestimular el crecimiento del sindicato o para presionar los retiros de éste...”

De hecho, la legislación laboral señala acciones que de ser ejecutadas por la parte subordinante, se consideran como actos atentatorios contra el derecho de asociación sindical, y que se encuentran consagrados en el artículo 354 del CST, subrogado por el artículo 39 de la Ley 50 de 1990, a saber:

“Considéranse como actos atentatorios contra el derecho de asociación sindical, por parte del empleador:



- a). *Obstruir o dificultar la afiliación de su personal a una organización sindical de las protegidas por la ley, mediante dádivas o promesas, o condicionar a esa circunstancia la obtención o conservación del empleo o el reconocimiento de mejoras o beneficios;*
- b). *Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de los trabajadores en razón de sus actividades encaminadas a la fundación de las organizaciones sindicales;*
- c). *Negarse a negociar con las organizaciones sindicales que hubieren presentado sus peticiones de acuerdo con los procedimientos legales;*
- d). *Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal sindicalizado, con el objeto de impedir o difundir el ejercicio del derecho de asociación, y*
- e). *Adoptar medidas de represión contra los trabajadores por haber acusado, testimoniado o intervenido en las investigaciones administrativas tendientes a comprobar la violación de esta norma.”*

Sobre la Categoría de los Servidores en el sector Público

El artículo 123 de la Constitución Política de Colombia establece:

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado, pueden clasificarse como miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado.

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

“ARTÍCULO 5. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.



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

A su vez, el artículo 292 ibídem, refiere que las personas que prestan sus servicios en las E.I.C.E., son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisaran que actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

De la Condición Jurídica del Demandante

Para la Sala, conforme lo enunciado en precedencia, en principio, la condición jurídica del demandante debe seguir la regla general, esto es, corresponde a la de un trabajador oficial, pues, si bien es cierto, en la Resolución J.D. 01 del 6 de octubre de 2020, se refiere a que se trata de un empleo público, tal acto administrativo no se puede equiparar a los estatutos de la entidad, y en su artículo 26, se limita a describir cuales son los cargos con denominación de empleados públicos de libre nombramiento dentro de EMCALI E.I.C.E E.S.P., sin que se observe en el plenario que se hubiesen aportado los estatutos de la empresa demandante, a fin de verificar si la actividad desplegada por el aquí demandante, obedece a un cargo de dirección y confianza, luego entonces no se tiene certeza o precisión en este aspecto tan importante.

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.

Independientemente de ello, precisa la Sala que lo que determina la posibilidad de autorizar o no el despido de un servidor aforado, es que la causal alegada por el empleador para solicitar el permiso correspondiente, sea justa, lo cual pasará a verse a continuación.



Sobre las Reformas a las Plantas de Personal en el Sector Público

La Función Administrativa, por mandato constitucional contenido en el artículo 209, está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

La finalidad de la función administrativa, es el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, entre otros, los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación. Lo anterior se logra a través de la coordinación de las actuaciones de las autoridades administrativas y "*observando que las atribuciones concedidas por la ley a los funcionarios públicos no pueden ejercerse sino única y exclusivamente en procura de la satisfacción de las necesidades públicas, de los intereses generales, y con sujeción estricta a los principios señalados por el artículo 209 de la Constitución Política para la función administrativa*" (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-725 del 21 de junio de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra).

A partir del concepto de función administrativa, podemos abordar el de función pública el cual, a la luz de los artículos 122 y 123 de la Carta Política, se define como el ejercicio de competencias, es decir, de atribuciones legal o reglamentariamente asignadas a los órganos y servidores del Estado. Para el cabal ejercicio de tales competencias, la Constitución y la ley reconocen a las autoridades de los órdenes nacional, departamental y municipal, una serie de privilegios que reflejan la posición preeminente del Estado como representante del interés general. En el campo de la función pública, una de tales prerrogativas consiste en la potestad de suprimir o fusionar entidades y dependencias y las de crear, suprimir o fusionar los empleos que éstas requieran, atribuciones que deben ser ejercidas bajo criterios técnicos y objetivos que apunten a que el Estado, en búsqueda del interés general, cumpla con sus cometidos.

La supresión de cargos en el sector público es un mecanismo de administración de personal, mediante el cual la autoridad competente procede a eliminar de la planta de personal de un determinado organismo uno o varios cargos, circunstancia que comporta, en principio, la



separación del mismo de la persona que lo estuviere desempeñando y, por ende, la cesación en el ejercicio de las funciones públicas. Sin embargo, dicho retiro del servicio en ocasiones se ve imposibilitado, temporalmente, por la existencia de determinadas circunstancias, tal es el caso de la protección derivada del fuero sindical.

De las Justas Causas para el Despido

El objeto de la solicitud judicial previa al despido, esto es, la acción de levantamiento del fuero sindical es: i) la verificación de la ocurrencia real de la causal alegada y ii) la valoración de su legalidad o ilegalidad; en cambio, en la acción de reintegro o de reinstalación se ocupa de analizar: i) si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial y ii) si dicho requisito efectivamente se cumplió antes de despedir o de desmejorar.

De otro lado, el artículo 408 de nuestra normatividad sustantiva, dispone que:

“El juez negará el permiso que hubiere solicitado el patrono para despedir a un trabajador amparado por el fuero sindical, o para desmejorarlo, o para trasladarlo si no comprobare la existencia de una justa causa”

Lo anterior supone que el empleador tiene la carga procesal de demostrar que en efecto el trabajador amparado por la garantía foral, incurrió en una de las causales determinadas por la ley como justa causa para su terminación del vínculo laboral, previo el levantamiento de su protección constitucional.

En torno a los requisitos de fondo y de forma del despido, además de motivarse la causal reconocida por la ley, debe probarse su veracidad en el litigio, pues si no se acredita el justo motivo, será ilegal intrínsecamente el mismo.

Por otra parte, ha establecido nuestro órgano de cierre que el hecho que se invoque como motivo de terminación del contrato de trabajo debe ser presente y no pretérito respecto al conocimiento que de él tenga el patrono o el trabajador, según sea el caso.

Por último, la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro del expediente No.680047, del 25 de octubre de 1994, M.P. Dr. Francisco Escobar Enríquez,



precisó que un despido con justa causa para el empleador, es ajustado formalmente a derecho, cuando se presenta de acuerdo a cualquiera de las siguientes circunstancias: 1) cuando se cita la norma que la contempla (la causal del despido) sin indicar el hecho, aunque esta modalidad es riesgosa por la posibilidad que hay de que se incurra en un error por mala adecuación o error en la cita legal, o; 2) cuando se expresa escuetamente el hecho que la configura sin ninguna calificación o innovación normativa, calificándola como justa o sin justa causa.

A su turno, el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, reza:

“el contrato de trabajo termina:

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

A su vez, el artículo 48 ídem, refiere que:

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

Por parte del patrono:

1º El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante presentación de certificados falsos para su admisión;

2º Toda falta de honradez y todo acto de violencia, injurias, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador, durante sus labores, contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los demás trabajadores del establecimiento o empresa;



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

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

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

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

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

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

Y el artículo 49 ejusdem dice que:

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

Por parte del patrono:

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

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

3º Todo vicio habitual del trabajador que perturbe la disciplina de la empresa;



4º La renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas prescritas por los médicos de la empresa o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes;

5º La enfermedad del trabajador, por seis meses o más; pero el patrono quedará obligado para con el trabajador a satisfacer todas las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales.

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

Caso Concreto

Mediante Resolución DJ 003 del 6 de octubre de 2020, la Junta Directiva de EMCALI E.I.C.E. E.S.P., suprimió la planta de personal de la entidad y adoptó una nueva estructura, disponiendo la supresión, entre otros, del cargo de Coordinador, dependencia Departamento de Prospectiva y Proyectos Especiales, adscrito a la Gerencia de Área Financiera, basado en la necesidad de adecuar las plantas de personal de las distintas entidades públicas a los requerimientos del servicio para ser más ágil, eficaz y eficiente la función que deben cumplir.

Para la Sala, ninguna de las causales transcritas, encaja como justa causa para que EMCALI E.I.C.E. E.S.P., dé por terminado el contrato de trabajo al señor GONZALO PEÑALOZA AFANADOR y culmine con el vínculo laboral existente, pues, lo que aconteció en dicha entidad, fue una modificación de su planta de personal, a través de una reestructuración económica a la entidad y se insiste el Decreto 2127 de 1945, aplicable a los trabajadores oficiales no señala de manera tácita en sus ya citados artículos 16, 48 y 49, como justa causa la que aduce la entidad, como lo es, la reestructuración económica, y, lo que es peor, dentro de la nueva planta se creó un cargo que se ajusta a los requerimiento de la demandada, quien lo está desempeñando sin objeción alguna por parte de la demandante.

Así las cosas, no se encuentran justificadas razones para autorizar el levantamiento del fuero sindical al trabajador aquí demandado, y en ese sentido no tendría esta Corporación porque entrar a verificar si se configura o no el medio exceptivo de prescripción formulado por la parte pasiva, como lo hizo la A quo en su decisión, pues se reitera que a consideración de esta Sala de Decisión la causal endilgada por la empresa demandante en la cual se basa su petición de levantamiento de fuero sindical y posterior permiso para despedir no resulta ser una justa causa para finiquitar el vínculo laboral que lo une con el trabajador demandado.



En ese orden de ideas, deberá revocarse el numeral 1° de la sentencia objeto de apelación, que declaró probada la excepción de prescripción formulada por el demandado, y se confirmará el numeral segundo la decisión de primer grado, pero por las razones expuestas en la presente providencia.

COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P, dadas las resultas de la alzada, se condenará en costas en esta instancia a cargo de la entidad demandante y a favor del demandado. Fíjense como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia número 233 del 27 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, objeto de apelación y **CONFIRMAR** el numeral 2 de la decisión de primer grado, en el sentido de **ABSOLVER** al señor GONZALO PEÑALOZA AFANADOR de todas las pretensiones incoadas en la demanda de Fuero Sindical instaurada por EMCALI E.I.C.E. E.S.P., pero por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la entidad demandante y a favor del demandado. Fíjense como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

FUERO SINDICAL – PERMISO PARA DESPEDIR
EMCALI E.I.C.E E.S.P.
VS. GONZALO PEÑALOZA AFANADOR
RAD. 76-001-31-05-001-2021-00280-01

El fallo que antecede fue discutido y aprobado.

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/16>) y a los correos electrónicos de las partes.

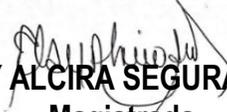
DEMANDANTE: EMCALI EICE ESP
APODERADA: YURI DAYANA JARAMILLO SARRIA
somossolucionesj@gmail.com

DEMANDADO: GONZALO PEÑALOZA AFANADOR
APODERADO: GUSTAVO ADOLFO PRADO CARDONA
pradoabogado23@hotmail.com

DEMANDADO: SISEMCALI
APODERADO: GUSTAVO ADOLFO PRADO CARDONA
pradoabogado23@hotmail.com

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados


ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada


JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada
Rad. F 001-2021-00280-01