



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso:	Fuero Sindical – Proceso Especial de Levantamiento de Fuero Sindical y Permiso para Despedir.
Demandante	EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E. E.S.P.
Demandado	NERIETH CARDONA MILLAN
Radicación	76001310500820210028901
Asunto	Apelación de Sentencia
Tema	Levantamiento de Fuero Sindical y Permiso para Despedir
Sub Temas	La demandante ostenta la condición de trabajadora oficial. El Decreto 2127 de 1945, aplicable a los trabajadores oficiales no señala de manera tácita en los artículos 16, 48 y 49, como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, la restructuración económica, que aduce la entidad demandante.

En Santiago de Cali, a los veintiséis (26) días del mes de octubre de 2021, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio con las demás integrantes de la Sala de Decisión, procede a dictar sentencia, conforme los lineamientos definidos en el **DECRETO LEGISLATIVO No. 806 DEL 4 DE JUNIO DE 2020, artículo 15¹** expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y en los **ACUERDOS PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, PCSJA20-11581 del 20 de junio de 2020, PCSJA20-11623 del 28 de agosto de 2020, PCSJA20-11629 del 11 de septiembre de 2020, PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, PCSJA20-11671 del 6 de noviembre de 2020, PCSJA20-11680 del 27 de noviembre de 2020, PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021, y PCSJA21-11840 del 26 de agosto de 2021**, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, en Segunda Instancia, en el proceso de la referencia.

¹ La Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C- 420 de 2020 efectuó el control automático de constitucionalidad del Decreto Legislativo 806 de 2020.

En el acto, se procede a resolver el **recurso de apelaci3n interpuesto** por la **parte demandante**, contra la **Sentencia No. 236 del 6 de septiembre de 2021**, proferida por el **Juzgado Octavo Laboral del Circuito** de esta ciudad.

Cumplido lo anterior, y no habiendo pruebas que practicar y de conformidad con el art3culo 117 del CPTSS modificado por el art3culo 48 de la Ley 712 de 2001, **la Sala se abstuvo de dar traslado a las partes para alegar de conclusi3n.**

Procede la Sala a proferir la siguiente,

SENTENCIA No. 241

I.- ANTECEDENTES

Demanda y Contestaci3n

Por conducto de apoderado judicial, las **Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P.**, promovi3 demanda Especial de **LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL Y PERMISO PARA DESPEDIR**, en contra de **Nerieth Cardona Mill3n**, pretendiendo las siguientes declaraciones: I) se disponga el levantamiento de fuero sindical que cobija a la se1ora Nerieth Cardona Mill3n, en su condici3n de miembro de la Junta Directiva del Sindicato – Sindicato de Funcionarios al Servicio de EMCALI; II) que se conceda permiso para despedir a la se1ora Nerieth Cardona Mill3n, toda vez que en virtud de la resoluci3n JD No. 003 del 6 de octubre de 2020, la Junta Directiva de EMCALI E.I.C.E. E.S.P., suprimi3 la planta de personal de la entidad, y adopt3 una nueva estructura, y, III) que se condene en costas o agencias en derecho.

Como sustento f3ctico de las pretensiones, esgrimi3 que, a trav3s del Acuerdo 034 de 1999, se adopt3 el Estatuto Org3nico de las Empresas

Municipales de Cali, estableciéndose 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 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.

Dijo 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 precisaran que las actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Que, mediante resolución GG No. 00055 del 3 de febrero de 2009, la señora Nerieth Cardona Millán, fue nombrada para ocupar el empleo público de Jefe de Departamento, Área Funcional Administrativa Departamento de Mercadeo Masivo de la Gerencia Unidad Estratégica de Negocios de Telecomunicaciones, del cual tomó posesión el 9 del mismo mes y año.

Adujo que, 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. Esta modificación a la estructura administrativa de la empresa, se motivó 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 realizado 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 solo claros efectos financieros sino mejoras esperables de la eficiencia en el trabajo.

Señaló que, con fecha 5 de noviembre de 2020, a la señora CARDONA MILLAN, le es comunicado que ha sido incorporada en el cargo de Jefe de Unidad, dependencia Unidad Desarrollo de Producto y Servicio, adscrito a la Gerencia Unidad Estratégica de Negocio de Tecnologías de Información y Telecomunicación, de conformidad a las Resoluciones JD No. 001, JD No. 003, JD No. 005 del 6 de octubre de 2020 y JD No. 006 del 30 de octubre de 2020, no generándose solución de continuidad ni desmejorándose en sus condiciones laborales.

Que, el empleo de Jefe de Unidad, se encuentra dentro de los empleos 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.

Señaló que, actualmente la señora Nerieth Cardona Millán goza de la garantía de fuero sindical, por hacer parte de la Junta Directiva del Sindicato denominado Sindicato de Funcionarios al Servicio de EMCALI, ocupando el cargo de tesorera.

Que, la supresión de empleos, es una causa legal, de retiro del servicio de los empleados del sector público, esta se justifica 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. Esta causal de retiro es aplicable indistintamente tanto a los cargos de carrera administrativa como a los de libre nombramiento y remoción. Así lo ha considerado el Consejo de Estado, aspecto en el que coincide la Corte Constitucional.

Nerieth Cardona Millán y el **Sindicato denominado Sindicato de Funcionarios al Servicio de EMCALI E.I.C.E. E.S.P.**, en la audiencia de que trata el artículo 114 del CPTSS, mediante apoderado judicial, al unísono contestaron la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma por carecer de sustento de hecho y de derecho. En su defensa formularon la excepción previa de: **prescripción de la acción de fuero permiso para despedir** y de fondo la de: **Falta de prueba suficiente para acreditar el hecho generador de la acción de fuero; Inconsistencia entre lo establecido en el párrafo del artículo 3º de la resolución JD (sic) del 6 de octubre de 2020 y la pretensión del levantamiento del fuero por supuesta desaparición del cargo anterior que tenía la demandada y la de Inexistencia de fundamento fáctico y de derecho que amerite levantamiento del fuero sindical de la demandada e inexistencia de justa causa para autorizar su despido.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia.

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali profirió la **Sentencia No. 236 del 6 de septiembre de 2021, negando** el levantamiento del fuero sindical y permiso para despedir adelantado por EMCALI E.I.C.E. E.S.P. en contra de la señora Nerieth Cardona Millán, y **condenando** en costas a la parte vencida.

La *A quo* arribó a dicha conclusión al señalar que la demandada ostenta la condición de trabajadora oficial y no de empleada pública, como lo quiere hacer ver la demandante, razón por la cual la supresión del cargo no encaja dentro de las causales de los artículos 16, 47, 48, 49 del Decreto 2127 de 1945 que reglamenta la Ley 6 de 1945 para trabajadores oficiales.

Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión **impugna la demandante**

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.

Que, por otra parte, debe tenerse en cuenta que por disposición legal el artículo 292 del Decreto 1333 de 1986, las personas que presten sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado, son trabajadores oficiales, sin embargo, como ya se señaló, en los estatutos de dichas empresas, pueden precisar actividades de dirección y confianza como los empleados públicos.

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, obrante dentro del proceso, por tal razón no se puede indicar que brilla por su ausencia, teniendo en cuenta que en el artículo 1º de esta resolución indica que estos son los estatutos y a su vez en el artículo 26 habla de los empleados públicos y sus excepciones, el cual da la indicación de la calidad que ostenta la hoy demandada.

Por otra parte, mediante resolución J.D. 05 de 2020, se estableció precisamente, que la planta cargos de la entidad expresamente determinó, por excepción, empleados públicos entre otros, el Jefe de

Unidad, cargo que ocupa actualmente la demandada.

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 empleada de libre nombramiento y remoción, hace parte de la Junta Directiva del Sindicato y se alega una justa causa.

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:

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 (no se entiende); 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.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

A instancia de lo resuelto por la *A Quo*, la Sala asume el estudio del expediente, procederá a realizar un análisis de la controversia suscitada, para constatar del conjunto probatorio si procede revocar la decisión, o si en contrario la prueba permite responder favorablemente al interés de la causa presentada por las **Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P.**

Los puntos sobre los cuales se ha de pronunciar la Sala en observancia del artículo 35 de la Ley 712 de 2001 que adicionó al CPTSS el Art. 66 A, son aquellos que fueron materia del recurso en concordancia con el principio de la Consonancia.

El artículo 1º de la Ley 362 de 1997, le atribuye al Juez del Trabajo la competencia para resolver las acciones sobre fuero sindical, refrendado por el artículo 2º de la Ley 712 de 2001, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral. Por consiguiente, esta Sala tiene competencia para

emitir pronunciamiento en torno a la apelación.

Revisado el proceso, no existe ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado y agotado el trámite procesal que corresponde, resulta necesario resolver de fondo la litis en estudio.

Hechos Probados

En el *sub iúdice*, no es materia de discusión que: **i)** a través del Acuerdo 034 de 1999, se adoptó el Estatuto Orgánico de la Empresas Municipales de Cali; **ii)** en el artículo 1º del citado Acuerdo, se establece 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; **iii)** 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; **iv)** 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; **v)** mediante resolución GG No. 00055 del 3 de febrero de 2009, la señora Nerieth Cardona Millán, fue nombrada para ocupar el empleo público de Jefe de Departamento, Área Funcional Administrativa Departamento de Mercado Masivo de la Gerencia Unidad Estratégica de Negocios de Telecomunicaciones, del cual tomó posesión el 9 del mismo mes y año; **vi)** 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; **vii)** con fecha 5 de noviembre de 2020, a la señora CARDONA MILLAN, le es comunicado que ha sido incorporada

en el cargo de Jefe de Unidad, dependencia Unidad Desarrollo de Producto y Servicio, adscrito a la Gerencia Unidad Estratégica de Negocio de Tecnologías de Información y Telecomunicación; y, **viii)** la señora Nerieth Cardona Millán goza de la garantía de fuero sindical, por hacer parte de la Junta Directiva del Sindicato denominado Sindicato de Funcionarios al Servicio de EMCALI, ocupando el cargo de tesorera.

Problemas Jurídicos

Se centra la discusión en determinar si: **(i)** la demandada ostenta la condición de empleada pública o trabajadora oficial; y, **(ii)** la causa alegada por EMCALI E.I.C.E., encaja como justa causa para finiquitar el vínculo laboral, para proceder con la autorización del levantamiento de fuero sindical y por ende, conceder el permiso para despedirla con justa causa a su trabajadora, la señora Nerieth Cardona Millán.

Análisis Jurídico del Caso

Previamente hemos de recordar que el fuero sindical, desde su génesis, ha tenido especial protección del Estado. Así, el Código Sustantivo del Trabajo, reguló de manera integral sus aspectos sustanciales, de suerte que se acogió de forma general la normatividad anterior al tiempo que precisó algunos conceptos e introdujo innovaciones que se concretaron en el artículo 405; ésta disposición fue objeto de modificación por el artículo 2º del Decreto Legislativo 204 de 1957, señalando que *“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 municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el Juez de Trabajo.”*

El artículo 39 de la Constitución Política dispone que

“Los trabajadores y los empleadores tienen derecho a constituir

sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.

(..)

Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión. (...)
(Subraya la Sala).

A su vez, el Art. 406 de la normativa sustancial laboral, subrogado por el 57 de la Ley 50 de 1990 y modificado por el art. 12 de la Ley 584 de 2000, determina que, están amparados por la garantía del fuero sindical²:

“Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más”; igualmente, para “Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos”.

Las disposiciones que contemplan el fuero sindical, consagran garantías de carácter constitucional, que colocan al empleador frente a una limitación y lo imposibilitan para despedir, trasladar o desmejorar al trabajador, sin que previamente medie la autorización judicial, salvo las excepciones que la propia ley establece.

La protección del fuero sindical, involucra los Derechos Fundamentales a la libre asociación, a la negociación colectiva y al trabajo, derechos que son esenciales en un sistema social y democrático, se rige entre otros, por los principios de autonomía y dignidad del individuo y del pluralismo y solidaridad.

La necesidad de autorización judicial para despedir el trabajador aforado, encuentra su génesis en el parágrafo 1º del Artículo 40 de la Ley

² Literal c).

6° de 1945, y son los artículos 78 y 79 del Decreto Reglamentario 2313 de 1946 los que señalan las justas causas para la terminación del vínculo contractual. Posteriormente, mediante el Decreto 2158 de 1948 (Código Procesal del trabajo) vuelve el fuero sindical a ser materia de regulación, en los Artículos 113 y 114, presentándose algunas adiciones. Luego, se expide el Código Sustantivo del trabajo y allí se trata no del despido sino de la suspensión provisional mientras se tramita el despido definitivo. Posteriormente, se expide el Decreto 616 del 26 de febrero de 1954 que reglamentaba el fuero sindical (subrogando los artículos 405, 408, 410, 411 y 412 del C. S. del T.), trasladándose la competencia para autorizar el despido al Ministerio del trabajo (art...3º), posteriormente se expide el Decreto extraordinario 204 del 6 de septiembre de 1957, a través del cual se dictan normas sobre fuero sindical, relacionadas en lo sustantivo y en lo procedimental (Arts. 2, 6, 7, 8, y 9), que actualmente recae en la jurisdicción, tal como se anotó en precedencia.

De esta manera quiere la Sala dejar en claro que el principio central o regla general siempre ha consistido en la necesidad de autorización previa al despido del trabajador aforado.

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 D.L. 3135 de 1968, señala:

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

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

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 de la Demandante

Para la Sala, conforme lo enunciado en precedencia, en principio, la condición jurídica de la 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 los cargos de la empresa, y los estatutos, tal como lo señaló la *A quo*, no fueron allegados al expediente, para que el juzgador pueda tener una certeza o precisión en este aspecto, luego no se puede determinar si la actividad desplegada por Nerieth Cardona Millán, obedece a un cargo de dirección y confianza.

En conclusión, Nerieth Cardona Millán, ostenta la condición de servidor público, pero por lo expuesto, se trata de una trabajadora oficial y su régimen legal será el establecido en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o en el reglamento interno de trabajo, y por lo no previsto en ellos en la Ley 6 de 1945, al Decreto 2127 de 1945 y demás normas que lo modifican o adicionan; más no el de servidor público vinculado mediante una relación legal y reglamentaria o un empleo de libre nombramiento y remoción.

Independientemente de ello, lo cual solo es válido para análisis doctrinal, lo que determina la posibilidad de autorizar o no el despido de un servidor aforado, es que la causa 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

La variada forma de las conductas que presenta la realidad, hace imposible la descripción detallada de comportamientos humanos que merecen el reproche del derecho. En vano resulta que el legislador

laboral pretenda positivizar absolutamente todas las conductas contrarias a los principios y valores que deben regir las relaciones de tipo laboral, pues tal empresa resultaría insensata y quimérica, ya que la realidad no alcanza a ser totalmente contenida en las normas.

Las normas que hacen referencia a las prohibiciones y obligaciones especiales de las partes involucradas en el contrato de trabajo, lo mismo que las que se refieren a las justas causas para darlo por terminado (artículos 16, 47, 48, 49 del Decreto 2127 de 1945 que reglamenta la Ley 6 de 1945 para trabajadores oficiales y 62, 63 y 410 del CST,), en términos semánticos, son de textura abierta, sirviéndonos de una expresión muy usada por Hart y que describe muy bien lo que en el argot de la discusión jurídica nacional se ha denominado a veces, normas de contenido abstracto y que en la esfera del derecho penal se reconocen bajo el nombre de "tipos en blanco".

Lo anterior cobra relevancia en un proceso de levantamiento del fuero sindical, porque, con este tipo de acción el empleador busca que la justicia laboral lo acompañe en la conclusión que, algún comportamiento u omisión del trabajador, denunciado/a mediante demanda, merece como consecuencia la terminación del contrato de trabajo.

En este orden, conviene señalar que la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en relación con el tema del despido, ha sostenido que al empleador le corresponde la carga de acreditar que el despido se produjo atendiendo unas justas causas. En torno a los requisitos de fondo y de forma del despido, también ha indicado dicha Corporación, que además de motivarlo en causal reconocida por la ley, debe probarse su veracidad en el litigio, pues si no se acredita el justo motivo, será ilegal intrínsecamente el mismo³.

³ Sobre la materia puede consultarse por ejemplo la sentencia de la Sala de Casación Laboral del 17 de julio de 1986, entre otras que asientan la doctrina a este respecto.

Por otra parte, ha establecido la Corte Suprema de Justicia 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:

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

2° 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;

3° 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;

4° 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;

5° 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;

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

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

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

Y el artículo 49 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:

1° 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;

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

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

4° 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;

5° 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.

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

Finalmente, el artículo 410 del CST, aplicable al caso sub examine refiere que:

“Son justas causas para que el juez autorice del despido de un trabajador amparado por el fuero:

- a). La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días, y*
- b) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato”.*

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, ente otros, del cargo de Jefe de Unidad, dependencia Unidad Desarrollo de Producto y Servicio, adscrito a la Gerencia Unidad Estratégica de Negocio de Tecnologías de Información y Telecomunicación, 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 a la señora Nerieth Cardona Millán 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.

En suma de todo lo dicho, no se encuentran justificadas razones para autorizar el levantamiento del fuero sindical a la trabajadora Nerieth Cardona Millán. En ese orden de ideas, deberá confirmarse la decisión de primer grado apelada, pero por las razones que aquí se exponen.

Costas

En esta instancia, se causan a cargo de la parte demandante, por no haber salido avante en su recurso. Se fijarán como agencias en derecho a cargo de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. y a favor de NERIETH CARDON MILLAN la suma de dos (\$2.000.000) millones de pesos.

En mérito de lo expuesto, ésta Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Cali, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, **No. 236 del 6 de septiembre de 2021**, proferida por el **Juzgado Octavo Laboral del Circuito** de esta ciudad, dentro del proceso especial de Fuero Sindical “Acción de Levantamiento de Fuero Sindical – Solicitud de Permiso para Despedir”, adelantado por EMCALI E.I.C.E. E.S.P., en contra de la trabajadora NERIETH CARDON MILLAN, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas de esta instancia a cargo de la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho a cargo de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. y a favor de NERIETH CARDON MILLAN la suma de dos (\$2.000.000) millones de pesos.

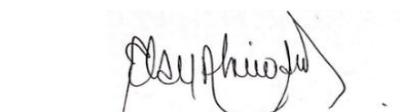
TERCERO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al juzgado que dictó la sentencia de primera instancia.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece.


JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada


ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada