



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

28 JUL 2020

Santiago de Cali, \_\_\_\_\_

Auto Interlocutorio No. \_\_\_\_\_

**MAGISTRADO PONENTE: FERNANDO AUGUSTO GARCIA MUÑOZ**

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXPEDIENTE:	76001-33-33-013-2017-00140-01
DEMANDANTE:	TARSICIO BONILLA CABRERA
DEMANDADO:	EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI EICE E.S.P.
ASUNTO	APELACIÓN DE AUTO – REVOCA AUTO QUE DECLARO FALTA DE JURISDICCION

**I. OBJETO DE LA DECISION**

Se procederá a resolver el recurso apelación, propuesto por la parte demandante, contra el auto interlocutorio nro. 825<sup>1</sup> dictado en audiencia inicial del 12 de noviembre de 2019, proferido por el Juzgado Trece Administrativo de Cali, mediante el cual declara probada la excepción de falta de jurisdicción propuesta por la entidad demandada.

**II. ANTECEDENTES**

En ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 del CPACA y actuando a través de apoderado judicial, el señor Tarsicio Bonilla Cabrera demandó a las Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE E.S.P. y solicitó<sup>2</sup> la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio nro. 832.1.DGL-0006943 del 7 de octubre de 2013, por medio de cual EMCALI negó el reajuste de su mesada pensional establecido en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, y como restablecimiento del derecho se reconozca y pague el reajuste de su pensión de jubilación, con base en el IPC y se condene en costas.

**III. LA PROVIDENCIA APELADA.**

Mediante auto interlocutorio nro. 825 dictado en la audiencia inicial celebrada el día 12 de noviembre de 2019<sup>3</sup>, el Juzgado Trece Administrativo de Cali, declaró probada de la excepción previa de falta de jurisdicción propuesta por la entidad demandada.

Para ello sostuvo que, al analizar los fundamentos fácticos de la demanda, junto con el material probatorio aportado, se advierte que el demandante ostentaba la calidad de trabajador oficial, en el cargo de topógrafo categoría 57. Así mismo, tal y como se tiene en la resolución 2984 del 9 de abril de 1973, expedida por la Junta directiva del establecimiento público Empresas Municipales de Cali, en su artículo único dispuso que son trabajadores oficiales aquellos que desempeñan los oficios que según el laudo

<sup>1</sup> Ver folio 138 a 140

<sup>2</sup> Ver folio 40

<sup>3</sup> Ver folio 138-139 y ver video audiencia inicial - folio 140



arbitral de 1968 quedaron clasificados entre la categoría 3 y 58 inclusive, exceptuando los oficios relacionados en el literal B, dentro de los cuales no se encuentra inmerso el cargo de topógrafo categoría 57 acto administrativo que la parte actora considera fue declarado nulo, pero esta declaración de nulidad no le es aplicable al actor. Así mismo se tiene qué visible a Folio 90 del expediente reposa oficio suscrito por el jefe del departamento de planeación humana y organizacional en Cali Emcali - ESP, en el que se indica que conforme la historia laboral con registro 11037 el demandante al momento de su retiro por jubilación se desempeñaba como topógrafo categoría 57 cuyo cargo obedecía a la calidad de trabajador oficial; igualmente la resolución por la cual fue pensionado estaba dirigido a trabajadores oficiales.

Bajo este precepto, consideró que, en el caso particular, el régimen jurídico que le es aplicable es el del derecho común, lo que indica que los jueces laborales son los competentes para conocer de los conflictos laborales derivados del contrato de trabajo, de conformidad con lo establecido en el artículo 2° numeral 4 del código de procedimiento del trabajo.

En consecuencia, declaró que carece de competencia para conocer el asunto, y en razón a lo consagrado en el artículo 168 de la ley 1437 de 2011 ordenó su remisión a la jurisdicción ordinaria laboral.

#### IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Inconforme con la decisión anterior, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación manifestando (transcripción literal)<sup>4</sup>:

*"Fundamenta el despacho la declaratoria de falta de competencia en qué el cargo ocupado por el demandante al momento de declararse su jubilación lo era de trabajador oficial, y lo era de trabajar oficial según la a quo por dos razones: Primero. Porque dicho cargo no se encuentra enlistado en la Resolución 2984 de 1973 que terminó qué cargos en Emcali eran de trabajadores oficiales dicha resolución está glosada a folio 17, esa afirmación es cierta el cargo no está enlistado en esa resolución, en esa resolución se enlistan los cargos de empleados públicos pero la misma resolución dice que son oficiales los cargos que así se encuentran en el laudo arbitral, entonces son trabajadores sociales que están incluidos en dicho laudo; y en Segunda razón porque Emcali certificó que al momento de la jubilación (fl. 90) ocupaba un cargo clasificado de trabajador oficial. La anterior conclusión de las a quo no corresponde a derecho por la siguientes razones: Primero: La clasificación para la época 1973 de los cargos de un establecimiento público eran por mandato del artículo quinto del decreto 3135 de 1968, todos eran público excepcionalmente se le permitía a las juntas directivas de dichos establecimientos consagrar en sus estatutos cuáles cargos se clasificaban como de trabajadores oficiales, la resolución que le hizo en Cali fue la 2984 de 1973 y dicha resolución se limitó a decir que eran oficiales los que habían sido incluidos en un laudo arbitral, razón por la cual el Consejo de Estado la declaró nula porque la facultad no se la habían dado a una negociación colectiva se la habían dado a su Junta directiva. Sobre esta resolución el Consejo de Estado se pronunció y a folio 21 y ss está la sentencia que declara la nulidad, los efectos de una nulidad es el acto administrativo nunca existió no nació a la vida jurídica y no pudo haber producido efectos por consiguiente la*

<sup>4</sup> Ver video audiencia inicial: intervención minuto 15:26 al minuto 22:09



144

*clasificación a la que hace referencia esta resolución nunca existió y si aceptáramos válida la tesis del juzgado que es que aquí no está incluido, la entidad demandante no aportó el laudo arbitral donde se incluyó el cargo de topógrafo como de trabajador oficial entonces prevalece la regla general de que es empleado público, y lo Segundo: El hecho de que la entidad demandada diga que él era trabajar oficial eso no constituye prueba porque es que la ley no le da la facultad al patrono de decir qué calidad tiene uno de sus empleados, si es trabajar oficial o empleado público sobre el particular el Consejo de Estado en múltiples sentencias en acciones de lesividad impetradas por la demandada concluyó que Emcali su régimen clasificatorio entre la fecha de nacimiento de la entidad y el 31 de diciembre de 1996 fue de establecimiento público y todos sus servidores eran empleados públicos y entre el primero de enero de 1997 y hoy porque acaba de salir una sentencia de la Corte Suprema justicia condenando el reintegro de un director de Emcali porque no hay clasificación, todos son trabajadores oficiales cómo está probado documentalmente cómo está probado con varias sentencias que se pueden consultar en la Rama Judicial en Emcali hasta el 31 de diciembre 1996 todos sus cargos estuvieron clasificados como empleados públicos, por consiguiente si la jurisdicción administrativa la jurisdicción competente de conocer de este litigio y a diferencia de lo manifestado en el auto apelado aquí no se está viendo la competencia la competencia se está definiendo la jurisdicción y es la que remitió de la jurisdicción administrativa a la laboral porque corriendo a la jurisdicción administrativa si es usted señora juez la competente para dirimir el conflicto. En los anteriores términos sustentó mi recurso y solicitó al Tribunal se revoque la decisión, haciendo una claridad que el recurso si es procedente porque sea concedido una excepción previa y el conflicto no se resolvió de oficio por el despacho, en esos términos dejó expuesto y sustentar el recurso correspondiente (...)"<sup>5</sup>.*

### TRASLADO DEL RECURSO

Una vez se surtió el traslado respectivo, la apoderada de la parte demandada sostuvo<sup>6</sup>:

*"Inicialmente debo manifestar al despacho que coadyuvo la posición jurídica con respecto a la falta de jurisdicción si en cuenta se tiene que efectivamente quién debe conocer del proceso que nos ocupa es la jurisdicción ordinaria laboral, Maxime si se tiene en cuenta que Emcali le reconoció pensión de jubilación al actor mediante resolución nro. GG 586 del 26 de abril de 1982 en la que dispuso en esa resolución en un artículo único que dice "aceptase a partir del 10 de mayo de 1982 la renuncia presentada por el señor Tarsicio Bonilla registro nro. 1038 en el cargo de topógrafo categoría 57 cargo 874 code 64301 sección operación y control red matriz de acueducto según el manual", adicional a que según el manual de funciones existente para la época en que el señor demandante ejercía la función de topógrafo le correspondía entre otras funciones la realizar levantamientos topográficos para el diseño de proyectos, dirigir en el terreno de la investigación de la red de acueducto para actualización de planos, hacer cálculos de cartera y bosquejo de planos, además de qué el monto pensional del demandante tuvo en cuenta lo establecido en la convención colectiva de trabajo para la época, así se desprende la relación de valores devengados por el aquí demandante en su último año de servicios esto es primas extralegales subsidio transporte, auxilio de marcha, razones suficientes para coadyuvar la posición del juzgado en la declaratoria de la falta de jurisdicción".*

<sup>5</sup> Ver video – folio 140

<sup>6</sup> Ver video audiencia inicial: intervención minuto 22:11 al minuto 25:00



## V. CONSIDERACIONES:

Debe señalarse que, de conformidad con lo establecido en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en la audiencia inicial se resolverán las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

La finalidad de las excepciones previas es la de conjurar vicios formales en procura de evitar decisiones inhibitorias o, dada la entidad de las falencias, impedir que continúe el curso del proceso *ab initio*, ya que no sería posible, ante su existencia, llegar a la sentencia por sustracción de materia<sup>7</sup>.

Conforme con lo expuesto, es claro que, en la audiencia inicial, al juez le corresponde decidir sobre las excepciones que tengan el carácter de previas las cuales están mencionadas en el artículo 100<sup>8</sup> del Código General del Proceso, esto es, aquellas que se encaminen a atacar la forma del proceso, por existir alguna inconsistencia de tipo procedimental en la manera como fue presentada la demanda, sin enervar la pretensión, pero con la posibilidad de dar lugar a la terminación o suspensión de aquel, motivo por el cual deben ser resueltas en la primera audiencia, bien sea las propuestas por el extremo pasivo o de oficio por el juez.

Por lo anterior, este Tribunal es competente para resolver el recurso de apelación contra la excepción previa de falta de jurisdicción decretada por la *A-quo* en el trascurso de la audiencia inicial.

### 5.1. PROBLEMA JURÍDICO

El asunto que se discute se contrae a establecer:

- ¿Si es procedente la excepción previa de falta de jurisdicción planteada por Emcali o si por el contrario tal como lo manifiesta el apelante la calidad del trabajador era de empleado público?

Para arribar a la decisión, se realizará: i) un recuento normativo y jurisprudencial acerca de la naturaleza jurídica de Emcali, noción de trabajador oficial y empleado público; y, ii) aplicarlo al caso concreto.

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A - Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN - Bogotá, D. C., diecinueve (19) de abril de dos mil quince (2015) - Radicación número: Acto25000-23-25-000-2004-00247-01(1886-12) demandante: JOSE AGUSTÍN MORA TORRES - Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL -UAEAC-, y COMO LITISCONSORTE NECESARIO AVIANCA S.A.

<sup>8</sup> El Código General del Proceso, en el artículo 100, dispone: «EXCEPCIONES PREVIAS. Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

1. Falta de jurisdicción o de competencia.
2. Compromiso o cláusula compromisoria.
3. Inexistencia del demandante o del demandado.
4. Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado.
5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.
6. No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge o compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar.
7. Haberle dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.
8. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.
9. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.
10. No haberse ordenado a citación de otras personas que la ley dispone citar.
11. Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada».

## 5.2. NATURALEZA JURÍDICA DE EMCALI

Con el fin de definir el contexto normativo de las Empresas Municipales de Cali, se transcribirá las precisiones realizadas por el Consejo de Estado<sup>9</sup> en sentencia del 1 de febrero de 2018, en la cual explicó la transición de la naturaleza jurídica de EMCALI, exponiendo:

*“Mediante Acuerdo 50 de 1961 expedido por el Concejo Municipal de Cali, se constituyó el establecimiento público denominado Empresas Municipales de Cali – Emcali- como un establecimiento público del orden descentralizado, con personería jurídica y patrimonio propio, con el fin de que asumiera «la dirección, organización, administración, ensanches, conservación y mantenimiento de las Empresas e instalaciones de propiedad del Municipio de Cali que constituyen el Acueducto Municipal, el Alcantarillado Municipal, la Empresa de Energía Eléctrica Municipal, el Empresa Telefónica Municipal, las Plazas de Mercado y de Ferias, y el Matadero Municipal.» (ff. 15-23 vto. C.1)*

*Posteriormente, el Decreto Ley 3135 del 26 de diciembre de 1968<sup>10</sup> de manera general, estableció los criterios para determinar quiénes son servidores públicos y quienes trabajadores oficiales, al señalar:*

*[...] Artículo 5º.- 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.*

*En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.<sup>11</sup>*

*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. [...]¹².*

*A su vez el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, en el artículo 2.º definió que los empleados públicos son las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales, mientras que en el artículo 3.º estableció que los trabajadores oficiales, son quienes laboran en las entidades referidas en el inciso 1.º del artículo 1.º de ese mismo decreto<sup>13</sup>, en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, salvo el personal directivo y de confianza que labore en dichas obras, así como aquellos que prestan sus servicios en establecimientos públicos con carácter comercial o industrial, en las empresas industriales o comerciales del Estado y en sociedades de economía mixta.*

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A - Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Bogotá D. C, primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018). - Radicación número: 76001-23-31-000-2010-01407-02(1187-17) - Actor: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI –EMCALI, EICE, ESP- Demandado: LUIS ANTONIO OVIEDO GAVIRIA - Acción de nulidad y restablecimiento del derecho – Decreto 01 de 1984

<sup>10</sup> «Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.»

<sup>11</sup> Texto subrayado declarado inexecutable Sentencia C-484 de 1995, Corte Constitucional.

<sup>12</sup> Texto subrayado declarado executable en la misma Sentencia C-484 de 1995, Corte Constitucional.

<sup>13</sup> Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, definidos en los artículos 5, 6 y 8 del Decreto Legislativo 1050 de 1968.



*En lo que respecta a la posibilidad de definir a través de los estatutos de los establecimientos públicos, quiénes tendrían la condición de trabajadores oficiales, es importante precisar que la Corte Constitucional mediante sentencia C-484 de 1995, declaró inexequibles las expresiones «En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo» y «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», contenidas en el Decreto Ley 3135 de 1968, por considerar, en síntesis, que la autonomía de las entidades descentralizadas no llega al punto de permitirles definir en sus estatutos las actividades que pueden ser desarrolladas por trabajadores oficiales, pues ésta es una atribución del legislador, a quien también le corresponde la clasificación de los empleos de la administración nacional.*

*Ahora bien, la Ley 142 de 11 de julio de 1994, estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios, y en relación con las empresas de servicios públicos, en el artículo 17 dispuso lo siguiente:*

*[...] Artículo 17. Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.*

*Parágrafo 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.*

*Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta Ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta Ley.*

*Parágrafo 2o. Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas. [...]»<sup>14</sup>*

*En cumplimiento de lo anterior el Concejo Municipal de Cali, expidió el Acuerdo 014 del 31 de diciembre de 1996 (ff. 24-35 vto. C.1), por medio del cual Emcali se transformó en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden municipal (art. 4.º), a partir del 1.º de enero de 1997, es decir que desde este momento, como regla general, la naturaleza jurídica de la vinculación de los servidores de dicha entidad sería la de trabajadores oficiales y de manera excepcional los estatutos de estas empresas podrían definir los cargos con funciones de dirección o confianza que deban ser desempeñados por empleados públicos, al tenor de lo dispuesto por el artículo 5.º del Decreto Ley 3135 de 1968, antes transcrito.*

<sup>14</sup> Posteriormente la Ley 286 del 3 de julio de 1996 «Por la cual se modifican parcialmente las Leyes 142 y 143 de 1994 (sic) y la Ley 223 de 1995.» Estableció lo siguiente: «Artículo 2º.- Las entidades descentralizadas y demás empresas que estén prestando los servicios a los que se refiere la Ley 142 de 1994, se transformarán en empresas de servicios públicos de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, en un plazo hasta de dieciocho (18) meses a partir de la vigencia de la presente Ley.»



146

*En efecto, el artículo 41 de la Ley 142 de 1994, definió que las personas que presten sus servicios a empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares, y en tal virtud se les aplica el Código Sustantivo del Trabajo, y en el caso de aquellas personas que prestaran sus servicios en empresas que hubieren optado por lo previsto en el parágrafo del artículo 17 ibidem, y se transformaran en empresa industrial y comercial del Estado, se regirían por lo establecido en el artículo 5.º del precitado Decreto Ley 3135 de 1968, esto es, se considerarían trabajadores oficiales, tal y como lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia C-253 de 1996 al declarar la inexequibilidad de la expresión «inciso primero del» contenida en dicho artículo, al razonar que ella implica que los empleados públicos de estas empresas, que se encuentran sometidas en cuanto a su actividad y organización al régimen privado, se ven limitados en su derecho de negociación colectiva (art. 55 de la C.P.), además de que tendrían una situación laboral distinta a la de los demás trabajadores oficiales, situación que es discriminatoria respecto de los servidores de las sociedades por acciones, privadas y mixtas igualmente aludidas por la Ley 142 de 1994, que sí cuentan con dichas garantías”.*

## • NOCIÓN DE TRABAJADOR OFICIAL Y EMPLEADO PÚBLICO

El trabajador oficial es aquella persona vinculada con una entidad pública, mediante una relación contractual laboral y que, además, cumple con funciones de construcción y mantenimiento de obras públicas.

Por su parte, el empleado público es la persona natural vinculada a la administración pública en virtud de una relación legal y reglamentaria, es decir, a través de un acto administrativo de nombramiento y cuyas funciones se encuentran establecidas en la ley.

El artículo 2 del Decreto Ley 3135 de 1968<sup>15</sup> estableció los criterios para determinar quiénes son servidores públicos y quienes trabajadores oficiales. Al respecto señaló:

**“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.”*

### 5.3. CASO CONCRETO

Para el momento en que fue reconocida la pensión de jubilación del señor Tarsicio Bonilla Cabrera, mediante Resolución No. GG 588 del 26 de abril de 1982, EMCALI no se había transformado en Empresa Industrial y Comercial del Estado, lo que supone, que se encontraba sometida al régimen de Establecimiento Público y consecuentemente, subsiste la naturaleza de la relación laboral que sostenía con aquél.

<sup>15</sup>Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.



Se tiene que, frente al régimen laboral de los servidores públicos de un establecimiento público, debe acudirse al artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968<sup>16</sup>, en el cual se señala que los servidores que se encuentren vinculados a tales entidades tienen el carácter de empleados públicos y los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

Por otro lado, Resolución No. GG 586 del 26 de abril de 1982<sup>17</sup>, muestra que el último cargo que ocupó el señor Tarsicio Bonilla, mientras estuvo vinculado a EMCALI, era el de "Topógrafo, categoría 57, Cargo 874, Cargo 446, Code 6430 (Sección Operación y Control Red Matriz Acueducto).

De manera que, al haber estado vinculado el demandante a un Establecimiento público, puesto que EMCALI sólo vino a transformarse en EICE a partir del 1 de enero de 1997 y al no tratarse de un trabajador de la construcción y sostenimiento de obras públicas, puede inferirse que el señor Tarsicio Bonilla Cabrera era un empleado público.

Por lo tanto, la Jurisdicción competente para desatar la controversia es la Contenciosa Administrativa, como lo establece el numeral 4º del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, que al efecto dispone:

*"ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

*Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

*(...)*

*4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público."*

El Juez de primera instancia declaró la falta de jurisdicción, por considerar que al momento del reconocimiento de la jubilación del causante, EMCALI ostentaba la calidad de Establecimiento Público, y predominaba la autonomía territorial conforme a la Ley 11 de 1986, la cual facultaba para que en sus estatutos se estableciera quienes ostentaban la calidad de trabajador oficial y quienes la de empleados públicos.

El Despacho difiere de los argumentos del a-quo, pues frente a este tema ya se ha pronunciado la Corte constitucional, precisando que es la ley quien especifica que los servidores públicos de un establecimiento público por regla general son empleados públicos y de manera excepcional serán trabajadores oficiales aquellos que se dediquen a labores de construcción y sostenimiento de obras públicas.

<sup>16</sup> Por remisión expresa del artículo 41 de la ley 142 de 1994

<sup>17</sup> Ver folio 83





147

La Corte Constitucional mediante sentencia C-484 de 1995 estableció que:

*“...los establecimientos públicos no se encuentran en capacidad de precisar qué actividades pueden ser desempeñadas por trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo (...)*

*De manera que la atribución de precisar qué tipo de actividades de la entidad deben desarrollarse por contrato laboral, se encuentra limitada y debe contraerse a la clasificación de los empleos hecha por la Constitución y por la ley; por todo ello, las expresiones acusadas del inciso primero del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 son inconstitucionales y así lo señalará esta Corporación”.*

De lo anterior, se puede inferir que si las partes hubieran convenido que el cargo que ocupa el demandante es de aquellos que pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo, no tendría validez puesto que tal acuerdo iría en contravía de lo dispuesto en el artículo 5º ibídem y de la interpretación que le ha imprimido a esta disposición la sentencia de constitucionalidad C-484 de 1995<sup>18</sup>.

De igual forma, mediante Sentencia 493 de 1996<sup>19</sup> la Corte Constitucional declaró parcialmente inexecutable el artículo 42 de la ley Ley 11 de 1986, para ello sostuvo:

*“Así las cosas, resulta que los establecimientos públicos no se encuentran en capacidad de precisar qué actividades pueden ser desempeñadas por trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo, puesto que usurparían la función legislativa de clasificar los empleos de la administración nacional, que desde luego, para entidades en las que se cumplen funciones administrativas corresponde a la categoría de los empleados públicos por principio, con las excepciones que establezca la ley.”*

El Consejo de Estado en Sentencia del 22 de febrero de 2018<sup>20</sup>, señaló:

*“De ahí se concluye, que ni a la luz de la Constitución de 1886 ni de la Carta de 1991, las entidades territoriales o del sector descentralizado, pueden proferir actos de reconocimiento pensional con fundamento en acuerdos internos o extralegales, pues no tenían facultades para ello. En esas condiciones, resultan ilegales las disposiciones que en esta materia se expidan a través de normas de carácter local como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, nacionales o departamentales, que regulen la materia; así como las contenidas en convenciones colectivas suscritas por los sindicatos de empleados públicos que establezcan disposiciones relativas a este tópico.”*

Así las cosas, considera el Despacho que la Jurisdicción competente para desatar la controversia suscitada entre el señor Tarcisio Bonilla Cabrera contra EMCALI EICE ESP a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia se revocara el auto interlocutorio nro. 825 proferido en audiencia inicial de fecha 12 de noviembre de 2019, por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Cali, que declaró probada la excepción de

<sup>18</sup> La sentencia en cita declaró inexecutable el segundo inciso del artículo 5 del Decreto ley 3135 de 1968 que dispone “En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo”.

<sup>19</sup>

<sup>20</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D. C., veintidós (22) de febrero de 2018. S.E. 024. Rad. No.: 700012331000201001333 02 (1829-2017)

AAGG

VoBo Secretario

RADICACIÓN  
Medio de control  
Demandante  
Demandado

2017-00140-01  
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
TARSICIO BONILLA CABRERA  
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE E.S.P.



10

falta de jurisdicción, para en su lugar ordenar se continúe con el trámite correspondiente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en Sala Unitaria de Decisión,

### RESUELVE:

**PRIMERO.- REVOCAR** el auto interlocutorio nro. 825 proferido en audiencia inicial de fecha 12 de noviembre de 2019, por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Cali, mediante el cual declaró probada la excepción previa de falta de jurisdicción, y en su lugar se ordena continuar con el trámite correspondiente.

**SEGUNDO: DEVUÉLVASE** al Juzgado de Origen, cáncese su radicación y sin costas en esta instancia.

**Notifíquese y cúmplase,**

  
**FERNANDO AUGUSTO GARCIA MUÑOZ**  
Magistrado

Vs.Bo. Secretario  
Elab. Yurani López

29 JUL 2020 17:21 18U-1