

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA
SALA DE DECISIÓN

Magistrada Ponente: Dra. Ana Margoth Chamorro Benavides

SENTENCIA

Santiago de Cali, dieciocho (18) de noviembre del dos mil veinte (2020)

Radicación	76001-33-33-000-2020-00153-00
Acción	Nulidad Electoral
Demandante:	Gustavo Adolfo Prado Cardona Pradoabogado23@hotmail.com
Demandado:	EMCALI EICE notificaciones@emcali.com.co pmcardenas@emcali.com.co Jaime Osorio Josorio_molano@hotmail.com Clara_molano@hotmail.com
Ministerio Público	Franklyn Moreno Millán procjudadm166@procuraduria.gov.co
Instancia	Primera. Ley 1437 de 2011
Tema	Empleado de dirección en Empresa Industrial y Comercial del Estado. Naturaleza del empleo: criterio orgánico y funcional.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Se dicta sentencia de primera instancia en la demanda electoral formulada por el señor Gustavo Adolfo Prado Cardona contra el nombramiento del señor Jaime Osorio como gerente de área tecnológica de información en EMCALI EICE.

I. ANTECEDENTES.

1. La Demanda.

El **fundamento fáctico** de la demanda se describió así:

1. El 3 de enero del 2020, mediante decreto No. 41.2.010.20.012, el alcalde del Municipio de Cali nombró en encargo al señor Jesús Darío González Bolaños como gerente general de EMCALI EICE. El servidor tomó posesión del cargo ese mismo día.
2. El 9 de enero del 2020, mediante resolución No. 10000000152020, el gerente general de EMCALI EICE ESP nombró al señor Jaime Osorio Molano como gerente del área tecnología de información Emcali EICE.

Como **normas violadas y concepto de la violación** se presentó:

Los artículos 125 de la Constitución Política; 4 del decreto 2127 de 1945; 5 del decreto 3135 de 1968; el decreto reglamentario 1848 de 1969; 2, 3, 4 y 5 del decreto reglamentario 1950 de 1973; decreto 1333 de 1986; 292 del decreto 1333 de 1986.

Consideró que a partir del 1º de enero de 1997 y hasta la fecha EMCALI es una empresa industrial y comercial del estado que se rige por los acuerdos municipales 014 de 1996 y 034 de 1999, por consiguiente, por regla general los servidores públicos se clasifican como trabajadores oficiales; sin embargo, en pronunciamiento del 23 de septiembre del 2019¹ el Consejo de Estado concluyó que a partir del 1 de enero de 1997 todos los empleos que conforman la planta de personal de EMCALI E.I.C.E se clasificación como trabajadores oficiales.

Igualmente refirió que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, de manera reiterada en procesos laborales ordinarios promovidos por servidores de la entidad, ha determinado que la junta directiva de Emcali no ha ejercido la potestad que le otorga la ley de determinar en sus estatutos internos cuáles son las actividades de dirección o confianza que otorgan a quien las ejerce la calidad de empleado público. Ante esa omisión, se aplica la regla general de que todos son trabajadores oficiales.

Sostuvo que por mandato constitucional y legal los trabajadores oficiales se vinculan por medio de un contrato de trabajo y no mediante acto administrativo como se realizó en el caso bajo estudio, por lo tanto, el acto demandado es nulo.

2. La contestación de la demanda.

EMCALI EICE ESP se opuso a las pretensiones de la demanda. Dijo que el cargo de gerente del área tecnología de información en Emcali EICE se encuentra clasificado como un empleo público conforme a lo dispuesto en el artículo undécimo de la Resolución No. GG-00820 del 20 de mayo de 2004, la cual fue demandada ante la jurisdicción contenciosa administrativa y declarada legal mediante sentencia judicial del 15 de diciembre de 2011 proferida por la sección segunda - subsección “b” del Consejo de Estado.

El señor **Jaime Osorio** también se opuso. Dijo que las Resoluciones N°.000090 del 28 de diciembre del año 1999, expedida por la Junta Directiva, N° GG 000820 del 2004 por la cual se adopta el manual de funciones y perfiles de la planta global de cargos de EMCALI, que ha sido objeto de modificaciones y actualizaciones hasta llegar a la Resolución GG N°000800 del 09 de noviembre de 2016, siguen los lineamientos del Decreto 1083 de 2015, y tienen establecido que el cargo de gerente de área se ubica en el nivel directivo.

3. Auto de publicidad e impulso procesal.

Mediante providencia del 31 de agosto del 2020 se hizo constar la suspensión de términos decretada por el Consejo Superior de la Judicatura desde el 16 de marzo hasta el 30 de junio; se informó a las partes que las actuaciones procesales subsiguientes se surtirían conforme a lo dispuesto por el decreto legislativo 806 del 4 de junio de 2020; se tuvo por contestada la demanda; y se ordenó correr traslado de las excepciones formuladas sin ninguna objeción de las partes.

Por auto de 17 de septiembre del 2020 se resolvieron las excepciones previas, se prescindió del periodo probatorio, corrió traslado para de alegatos y se anunció sentencia anticipada.

4. Los alegatos de conclusión.

La **parte actora** alegó que los fundamentos de hecho y derecho de la resolución No. 820 de 2004 desaparecieron con la expedición de la resolución No. SSPP 20131300018945 de 24 de junio del 2013, con la cual se levantó la toma de posesión de EMCALI por parte de la superintendencia de servicios públicos domiciliarios.

¹ Consejo de Estado, C.E. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 76001-23-31-000-2010-01170-02

EMCALI alegó que el cargo de gerente de área de EMCALI EICE ESP se encuentra clasificado como de empleado público en el artículo once de la Resolución No. GG-00820 del 20 de mayo de 2004, en armonía con el manual de funciones y competencias laborales de la entidad contenido en la resolución GG-000800 del 09 de noviembre de 2016, por tanto, el nombramiento por acto administrativo es legal.

Jaime Osorio Molano alegó que las empresas industriales y comerciales del estado deben clasificar a los empleados de alta responsabilidad administrativa como empleados públicos.

El **Ministerio Público** no presentó concepto.

II. CONSIDERACIONES.

5. Presupuestos Procesales.

A. Competencia.

La Sala es competente para conocer del asunto en primera instancia en virtud de lo dispuesto en el artículo 152.9² de la Ley 1437 de 2011, porque se pretende la anulación de un acto administrativo de nombramiento.

B. Caducidad.

Como se expuso al resolver las excepciones previas, en este asunto no operó la caducidad de la demanda presentada el 25 de febrero del 2020.

6. Problema Jurídico.

Se brindará respuesta al siguiente interrogante:

¿La Resolución 10000000152020, mediante el cual se nombró al señor Jaime Osorio Molano como gerente de área de la empresa industrial y comercial del Estado EMCALI, en una relación de legal y reglamentaria, es nulo porque se trata de un empleo de trabajador oficial que debe emanar de un contrato de trabajo?

7. Tesis de la Sala.

Si bien conforme al ordenamiento jurídico los servidores públicos adscritos a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado por regla general son trabajadores oficiales y se vinculan al servicio mediante contrato de trabajo, quienes ejecutan actividades de dirección, confianza y manejo, como los gerentes de área, son empleados públicos, con vínculo legal y reglamentario que emerge del acto administrativo de nombramiento, atendiendo los criterios orgánico y funcional. Por lo tanto, el acto acusado no es ilegal.

8. Marco normativo y jurisprudencial aplicable.

A. Marco normativo general.

La Constitución Política de Colombia dispone:

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.

² **Artículo 152.** Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: ...9. De la nulidad del acto de nombramiento de los empleados públicos del nivel directivo o su equivalente efectuado por autoridades del orden nacional y por las autoridades Distritales, Departamentales o Municipales, en municipios con más de setenta mil (70.000) habitantes o que sean capital de departamento.

Por su parte, el decreto reglamentario 1848 de 1969, desde antaño impuso:

Artículo 1. Empleados oficiales. Definiciones.

1. Se denominan genéricamente empleados oficiales las personas naturales que trabajan al servicio de los 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.

2. Los empleados oficiales pueden estar vinculados a la administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria o por un contrato de trabajo.

3. En todos los casos en que el empleado oficial se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se denomina empleado público. En caso contrario, tendrá la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relación de carácter contractual laboral.

Artículo 2. Empleados públicos. Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales, son empleados públicos.

Artículo 3. Trabajadores oficiales. Son trabajadores oficiales los siguientes: a) Los que prestan sus servicios a las entidades señaladas en el inciso 1 del artículo 1 de este decreto, en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, con excepción del personal directivo y de confianza que labore en dichas obras; y b) Los que prestan sus servicios en establecimientos públicos organizados con carácter comercial o industrial, en las empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

Sobre la naturaleza de los empleos, el Departamento Administrativo de la Función Pública ha precisado ³ :

“El régimen jurídico laboral de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, se encuentra establecido en el artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, el cual señala:

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

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos-¹ (Subrayado fuera de texto)

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

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

2.- Criterio orgánico. - según este criterio quienes presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales del estado son considerados trabajadores oficiales.”⁸

El Consejo de Estado de manera reiterada ha precisado⁴:

“Resalta la Sala que, respetando este marco conceptual, el párrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990 establece, que «Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.». 44. El anterior recuento normativo muestra que las categorías de «empleado público» y «trabajador oficial» se encuentran definidas y diferenciadas de manera precisa y clara en nuestro ordenamiento jurídico.

3 Departamento Administrativo de la Función Pública *20156000079431* Concepto 79431 de 2015, Radicado No.: 20156000079431 Fecha: 12/05/2015.

4 Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 11001-03-25-000-2014-01511-00(4912-14).

De tal manera que, empleados públicos son las personas naturales vinculadas a la administración pública en virtud de una relación legal y reglamentaria, es decir, a través de un acto administrativo de nombramiento, mientras que los trabajadores oficiales lo son a través de un contrato de trabajo. Estos últimos, por regla general, constituyen el personal que labora en las entidades descentralizadas y desconcentradas por servicios o por colaboración, tales como sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del Estado, como es el caso del FNA, que de acuerdo con la Ley 432 de 1998, es una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero.

Ahora bien, la naturaleza del vínculo que liga a los empleados públicos y trabajadores oficiales con la administración pública, genera una serie de particularidades que caracterizan a unos y a otros. Entre estas, se encuentra aquella relacionada con las tareas o funciones a desempeñar, pues, las de los empleados públicos, por expresa disposición del artículo 122 constitucional, están determinadas en la ley o el reglamento, en tanto que las de los trabajadores oficiales pueden ser pactadas de manera consensuada y están comprendidas en las obligaciones del respectivo contrato de trabajo.” (subrayado)

De acuerdo con lo expuesto, por regla general las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales. No obstante, quienes ejecutan las actividades de dirección o confianza son empleados públicos, lo cual se precisará en sus estatutos internos.

B. Marco normativo particular.

Mediante Acuerdo No. 050 del 1 de diciembre 1961 expedido por el Concejo Municipal de Cali se creó la Empresa Municipal de Cali EMCALI como un establecimiento público descentralizado, con patrimonio propio y autonomía administrativa, por lo cual sus trabajadores por regla general eran empleados públicos.

Posteriormente y de conformidad con lo señalado por el Acuerdo No. 014 de 26 de diciembre de 1996 se transformó en una empresa industrial y comercial del Estado en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 17° de la Ley 142 de 1994, en tal virtud, a partir del 1 de enero de 1997 por regla general sus empleados eran trabajadores oficiales⁷.

El Consejo de Estado en providencia del 23 de mayo de 2002, con ponencia del Magistrado Jesús María Lemos Bustamante, en el proceso con radicación No. 76001233100019980101101, consideró que los jefes de departamento de Emcali eran trabajadores oficiales porque sus funciones se limitaban a aspectos eminentemente operativos como facturación, valorización y cobranzas, atención comercial, dirección informática y sistemas de información, esto decir, no fijaban directrices sino que las ejecutan, no establecen prioridades sino que aplican las establecidas y no tiene a su cargo la concepción general de la empresa sino la de un área técnica, eran trabajadores oficiales.

Sin embargo, resulta importante resaltar que, con posterioridad, debido a la situación financiera y administrativa de la empresa, EMCALI fue objeto de toma de posesión a través de interventor designado por la Superintendencia de Servicios Públicos para la administración en representación del gobierno nacional. El interventor, con base en las facultades otorgadas por la superintendencia en la Resolución No. SSPD 0052 del 5 de marzo de 2006, expidió el estatuto interno de la empresa a través de la **Resolución No. 000820 del 20 de mayo de 2004.**

En 2013, mediante la Resolución No. SSPD-20131300018945, la superintendencia levantó la toma de posesión; y en concepto 363 precisó:

“j) Levantamiento de la medida de intervención

En efecto, mediante la Resolución No. SSPD-20131300018945 del 24 de junio de 2013, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ordenó el levantamiento de la toma de posesión de la Empresas Municipales de Cali, EMCALI EICE ESP, ordenada mediante la Resolución No. 002536 del 3 de abril de 2000, modificada por las Resoluciones Nos. 000141 del 23 de enero de 2003 y 000562 del 5 de marzo de 2003, habida de cuenta que la empresa superó las causales de toma de posesión y que de cumplirse las acciones señaladas por esta Superintendencia se garantiza la prestación de los servicios públicos a su cargo.

Una vez fue decretada la intervención el representante legal de la empresa fue separado de su cargo y, en consecuencia, se relevó de su administración; por tanto, la Superintendencia designó a un Agente

Especial como responsable exclusivo de la gestión de administración de la empresa intervenida, para que tal gestión se adelantara conforme con los procedimientos y normas que regulan la toma de posesión en la Ley [142](#) de 1994, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas aplicables.

Así las cosas, levantada la medida, tanto la Junta Directiva como el Gerente, asumen conjuntamente la dirección y administración de la empresa.”

C. Otros precedentes judiciales en el caso de EMCALI.

La Jurisdicción Contenciosa Administrativa ha conocido de las acciones de lesividad invocadas por Empresas Municipales de Cali- EMCALI contra el acto de reconocimiento pensional con base en convenciones colectivas.

Al interior de esos juicios se decantó los derechos pensionales reconocidos a empleados que cumplieron requisitos hasta el 30 de junio de 1997 eran inalterables por tratarse de situaciones jurídicas consolidadas.

Empero, para determinar el derecho de los trabajadores que cumplieron los requisitos pensionales con posterioridad a esa fecha, el órgano de cierre ha acudido a los criterios orgánico y funcional. Por ejemplo:

1. La Subsección A de la Sección Segunda en providencia de 2020 consideró⁵:

“La Subsección A en casos similares⁶ consideró que está probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia, en casos en los que se encuentre acreditado que el reconocimiento pensional que se debate tiene como beneficiario a un servidor que se desempeñaba como trabajador oficial, situación que escapa a la órbita de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en consideración a que como se vio, aquella está asignada por el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social a la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral y de seguridad social.

*En el caso sub examine está plenamente demostrado que el señor xxx fungió en el cargo de asistente de la gerencia de telecomunicaciones, registro laboral 00764, código del cargo 906 00, posición 0001, code 42410000, hasta el 30 de mayo de 2019⁷, el cual, de acuerdo con lo expuesto en líneas precedentes, no está clasificado como empleado público, pues **de conformidad con la Resolución GG-7447 de 24 de noviembre de 1997, los empleos con dicha denominación corresponden a trabajadores oficiales, al no encontrarse enlistados en los catalogados como empleados públicos**. Valga aclarar que la calidad de empleado público estaba asignada al asistente vinculado a la gerencia general, y no a otro tipo de gerencias, como sucede en el sub lite en el que el demandado hacía parte de la gerencia de telecomunicaciones. Corroboró lo anterior, que las funciones desempeñadas las realizó bajo la modalidad de trabajador oficial, tal como consta en el manual de funciones visto a folio 2 y subsiguientes del cuaderno de antecedentes administrativos. Funciones entre las cuales no se referencian actividades de dirección, decisión o manejo.”*

2. La Subsección B de la Sección Segunda en providencia de 2019 estimó⁸:

“Resulta oportuno considerar, que la transformación de una entidad pública de establecimiento público a empresa industrial y comercial del estado, supone además del cambio de su estructura misional e institucional, la variación del régimen jurídico aplicable a sus actividades y también a sus servidores. De ahí que, existan reglas claras en el ordenamiento jurídico que definen a partir del criterio orgánico y también del funcional, qué servidores son empleados públicos y cuáles trabajadores oficiales. Es claro entonces, que por disposición del artículo 5º

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “A”, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, sentencia del veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020), Radicación número: 76001-23-31-000-2010-01237-02(1427-17).

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 5 de abril de 2017. Radicado: 76001-23-31-000-2010-01313-02 (4551-14), Demandante: Empresas Municipales de Cali - EMCALI EICE ESP.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 25 de enero de 2018. Radicado: 76001-23-31-000-2010-01414-02 (1226-16). Demandante: Empresas Municipales de Cali - EMCALI EICE ESP.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 21 de junio de 2018. Radicado: 76001-23-31-000-2010-01242-02 (3450-15) Demandante: Empresas Municipales de Cali - EMCALI EICE ESP.

⁷ De esa forma lo expresó las Empresas Municipales de Cali en los considerandos de la Resolución 809 «por medio de la cual se termina un contrato de trabajo de mutuo acuerdo», expedida el 18 de mayo de 1999 por el gerente de recursos humanos de la pluricitada institución pública.

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del catorce (14) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 76001-23-31-000-2010-01348-02(2064-17)

del Decreto 3135 de 1968, por regla general las personas que prestan sus servicios a las empresas industriales y comerciales del estado son trabajadores oficiales.

Tal como se advirtió, a lo largo de su vida laboral el demandado ostentó las calidades de empleado público⁹ y también de trabajador oficial¹⁰, ésta última al momento del estatus pensional.

Fue entonces, el criterio orgánico, reflejado en la transformación de EMCALI, el que determinó el cambio de la clasificación de sus servidores, convirtiéndolos en trabajadores oficiales por regla general a partir del 1º de enero de 1997.

Es propicio recordar que esta Sala, en debates de idénticos propósitos¹¹, tuvo en cuenta que en desarrollo de las atribuciones conferidas por el artículo 16 del Acuerdo 014 de 1996, **la Junta Directiva de EMCALI, profirió la Resolución GG-7447 del 24 de noviembre de 1997, a través de la cual, clasificó los servidores públicos de la entidad; distinguiendo en este aspecto, el cargo de Jefe de Departamento como empleado público.** Tal acto administrativo, fue declarado nulo por esta Corporación, a través de la sentencia del 23 de mayo de 2002, expediente 2873-2001, en cuanto clasificó los cargos de Jefe de Departamento como empleados públicos, declarando que son trabajadores oficiales. Así pues, la declaratoria de nulidad del aparte del mencionado acto supuso la inclusión de dichos cargos en el grupo de servidores que por excelencia comprenden la base de la empresa industrial y comercial del estado EMCALI, al que también perteneció el demandado en su condición de Asistente, Categoría 095, Código de Cargo 906.000, Code 35010000, Dirección de Producción y Conducción de Agua Potable.

A partir del criterio funcional, que de manera excepcional permite clasificar los servidores públicos, se tiene que **el Manual de Funciones del cargo de Asistente**, Categoría 095, Código de Cargo 906.000, Code 35010000, Dirección de Producción y Conducción de Agua Potable¹², antes ocupado por el accionado, **define atribuciones que no se adecúan a la dirección, manejo y representación de EMCALI, siendo estos referentes los que determinan las especiales actividades que por definición deben ser desarrolladas por empleados públicos dentro de la estructura orgánica de una empresa industrial y comercial del estado.**”

8. Hechos probados.

Con el material probatorio recaudado - el cual cuenta con suficiente mérito probatorio a la luz de la Ley 1564 de 2012, por tratarse de documentos públicos auténticos que no fueron tachados por las partes en los términos del artículo 269 ibídem- la Sala de Decisión encuentra probado los siguientes hechos:

1. EMCALI fue creada como un Establecimiento Público a través del Acuerdo 50 del 29 de noviembre de 1961 del Concejo Municipal de Santiago de Cali (Fl. 24-32), entonces, por regla general, sus servidores eran empleados públicos.
2. Para ajustarse al marco de la Ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios, el Concejo Municipal de Santiago de Cali, a través del Acuerdo 14 del 26 de diciembre de 1996, transformó a EMCALI de Establecimiento Público a Empresa Industrial y Comercial del Estado -EICE- E.S.P. Por ende, a partir del 1º de enero de 1997, por regla general sus empleados son trabajadores oficiales.
3. Mediante la **Resolución No. 0081 del 13 de noviembre de 1997**, la Junta Directiva de EMCALI EICE, delegó en el Gerente de la Entidad a facultad de precisar las actividades de dirección, confianza y manejo que serían ejecutadas por empleados públicos, conforme a las normas legales que regulan la materia.
4. El Gerente General de EMCALI EICE E.S.P., en uso de las facultades contenidas en las **Resoluciones Nos. JD-081 y GG-7447 de 13 y 24 de noviembre de 1997** respectivamente, clasificó los servidores públicos de la Empresa, en los siguientes términos:

“Artículo Primero: A partir del 1º de Enero de 1997; el personal vinculado laboralmente a las Empresas Municipales de Cali, EMCALI EICE ESP, serán trabajadores oficiales y por excepción serán empleados públicos quienes realicen actividades de Dirección y/o Confianza, entendiéndose los que actúen en función no simplemente de ejecutivos, sino

⁹ Durante 23 años Tiempo de servicio extraído del acto de reconocimiento.

¹⁰ A partir del 1º de enero de 1997, durante 2 años y 4 meses.

¹¹ Sentencias del 31 de mayo de 2016, expedientes (1497-2014), (2778-2014) y (0567-2014). Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹² Folios 29 y 30 cuaderno 3.

de concepción, coordinación de políticas empresariales que jerárquicas usualmente superiores a las del trabajador ordinario y que muchas veces lo coloquen en la posibilidad de recibir delegación de quienes representan la dirección de la Empresa, actúen en función creativa; posean facultades disciplinarias y de mando y estén dotadas de un determinado poder discrecional de autodecisión”

5. El **3 de abril del 2000, mediante resolución No. 2536**, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ordenó tomar posesión para administrar los negocios, bienes y haberes de EMCALI.
6. Mediante **Resolución No. 000141 de 23 de enero de 2003**, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, modificó la anterior Resolución y dispuso su liquidación.
7. Mediante **Resolución No. 000562 de 5 de marzo de 2003** se estableció que el Superintendente asumiría la representación legal de EMCALI con todas las facultades establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
8. Mediante **Resolución No. 000820 del 20 de mayo de 2004**, el agente especial de la Superintendencia de servicios públicos domiciliarios designado para EMCALI, en ejercicio de sus facultades legales, expidió el estatuto interno, la estructura orgánica de Emcali y adoptó la planta de cargos, estableciendo las competencias generales. En el artículo once enlistó el cargo de Gerente de area como empleado público y además enlistó sus competencias generales.
9. Mediante **Resolución No. 000821 del 20 de mayo de 2004**, el agente especial de la Superintendencia de servicios públicos domiciliarios designado para EMCALI, en ejercicio de sus facultades legales, determinó la planta de cargos de EMCALI conforme su estructura organizacional. Preciso los cargos que comprende cada Departamento, Dirección y Gerencia según su categoría, denominación y cantidad. (archivo 008 R.GG.0821.20.05.2004 Planta de Cargos Estructura Organizacional).
10. Mediante **Resolución No. 000822 del 20 de mayo de 2004**, el agente especial de la Superintendencia de servicios públicos domiciliarios designado para EMCALI, en ejercicio de sus facultades legales, adoptó los manuales de funciones por dependencias de las áreas de EMCALI, precisó las funciones de la gerencia del área de tecnología de la información. (archivo 009 R.G.G. 0822.2020.05.2004 Manuales de Funciones por dependencias de las areas.pdf).
11. Mediante **Resolución No. 000823 del 20 de mayo de 2004**, el agente especial de la Superintendencia de servicios públicos domiciliarios designado para EMCALI, en ejercicio de sus facultades legales adoptó el manual de funciones y perfiles de la planta de cargos de EMCALI.

En el numeral 4 dispuso que el cargo de “gerente área” tenía el siguientes perfil: i) educación formal: abogado, administrador, economista, contador, ingeniero. ii) Educación no formal: actualización en casos específicos, iii) experiencia: 5 años en cargos con funciones similares, iv) jefe inmediato: gerente general.

Y enlistó sus funciones así: i) liderar la participación del área en la formación de iniciativas para la adopción del plan de desarrollo corporativo con la concurrencia de las dependencias adscritas, ii) liderar el diseño, ejecución y evaluación de los planes, programas, procesos, procedimientos tendientes al cumplimiento de las competencias del área bajo su responsabilidad, iii) dirigir, armonizar y vigilar el adecuado funcionamiento de las dependencias adscritas a su área, iv) evaluar el desempeño de las dependencias a su cargo, v) garantizar las confiabilidad de la información institucional a la que tenga acceso en razón de sus funciones y demás les sean asignadas e inherentes al cumplimiento de las competencias del área bajo su responsabilidad.

12. Mediante **Resolución No. 000824 del 20 de mayo de 2004**, el agente especial fijó la escala salarial de la planta de cargos y precisó que el gerente de área, como cargo administrativo, tendría un salario de \$6.900.350.
13. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia judicial del 30 de marzo de 2007, expediente 76001233300020050288500, actor: Gustavo Adolfo Prado Cardona, demandado: EMCALI EICE E.S.P, M.P. Dr. Fernando Augusto García Muñoz,

denegó las pretensiones de nulidad del artículo 11 de la Resolución No. 820 de 20 de mayo de 2004. El fallo se encuentra en firme.

14. El Consejo de Estado, en sentencia del 15 de diciembre de 2011, radicación 76001-23-31-000-2005-02307-02(1082-09), actor: Gustavo Adolfo Prado Cardona, demandado: EMCALI, consejera ponente Bertha Lucia Ramírez de Páez, donde se pidió la nulidad del “artículo diez” de la Resolución No. 820 de 20 de mayo de 2004, resolvió:

1º. REVÓCASE la sentencia de 7 de noviembre de 2008 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por Gustavo Adolfo Prado Cardona contra las Empresa Municipales de Cali – EMCALI EICE E.S.P., y en su lugar se dispone.

2º. ESTESE A LO RESUELTO en sentencia de 30 de marzo de 2007, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, dentro del expediente 2005/2885-00, que denegó la nulidad del artículo undécimo de la Resolución No. 820 de fecha 20 del año 2004, por medio de la cual el Representante Legal de EMCALI EICE E.S.P., clasificó el cargo de Jefe de Departamento, como de empleado público.

15. Mediante la resolución **GG No. 801396 del 6 de septiembre del 2010** se realizó ajuste a la estructura organizacional y se compiló las resoluciones No. 942 del 9 de julio del 2008, 1428 del 17 de octubre del 2008, 220 del 2 abril del 2009, 1309 del 14 de octubre de 2009, 0077 del 29 de enero de 2010. En el acto se determinó el organigrama de cada una de las gerencias de la entidad y se enlistaron las responsabilidades de cada área funcional. (4. R. GG 1396. 06.09.2010 Realiza Ajustes Estructura Organizacional).
16. Mediante resolución **No. 880951 del 6 de mayo del 2011** se realizó ajustes a la estructura organizacional de Emcali adoptada mediante la resolución No. 1396 del 6 de septiembre del 2010. (archivo 5. R. GG 0951.pdf).
17. El 24 de junio del 2013, mediante **Resolución No. SSPD-20131300018945 del 24 de junio de 2.013**, emitida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se levantó la toma de posesión de EMCALI EICE ESP, así:

i) Levantamiento de la medida de intervención

En efecto, mediante la Resolución No. SSPD-20131300018945 del 24 de junio de 2013, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ordenó el levantamiento de la toma de posesión de la Empresas Municipales de Cali, EMCALI EICE ESP, ordenada mediante la Resolución No. 002536 del 3 de abril de 2000, modificada por las Resoluciones Nos. 000141 del 23 de enero de 2003 y 000562 del 5 de marzo de 2003, habida de cuenta que la empresa superó las causales de toma de posesión y que de cumplirse las acciones señaladas por esta Superintendencia se garantiza la prestación de los servicios públicos a su cargo.

Una vez fue decretada la intervención el representante legal de la empresa fue separado de su cargo y, en consecuencia, se relevó de su administración; por tanto, la Superintendencia designó a un Agente Especial como responsable exclusivo de la gestión de administración de la empresa intervenida, para que tal gestión se adelantara conforme con los procedimientos y normas que regulan la toma de posesión en la Ley [142](#) de 1994, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas aplicables.

Así las cosas, levantada la medida, tanto la Junta Directiva como el Gerente, asumen conjuntamente la dirección y administración de la empresa.

18. Mediante **Resolución GG No. 000800 del 09 de noviembre del 2016** la Junta Directiva de EMCALI expidió el manual de funciones y competencia laborales, así (012 Resolucion GG-000800 del 09 de Nov 2016- Ajuste a Manuales de Funciones pdf):

“ARTÍCULO 18. NATURALEZA GENERAL DE LAS FUNCIONES, A los cargos agrupados por niveles jerárquicos, les corresponden las siguientes funciones generales: Nivel Directivo: Comprende a los cargos a los cuales corresponden funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y adopción de planes, programas y proyectos y dado a esto, son representantes del empleador, ante sus trabajadores y empleados a cargo, puesto que evalúan su desempeño, implementan políticas generales de la empresa y dan instrucciones a sus dependientes para que las mismas se ejecuten.

“ARTICULO 19.PROPOSITO PRINCIPAL: Planear, organizar, dirigir y controlar las actividades propias de su unidad de negocio verificando el cumplimiento de los objetivos trazados, formulando políticas y estrategias ante la alta gerencia, según su área de especialidad a fin de desarrollar las actividades básicas de la empresa, siguiendo los principios de servicio, desarrollo, iniciativa y liderazgo para emitir la excelencia en las actividades, de acuerdo con las estrategias y valores institucionales.

...

IDENTIFICACION DEL CARGO	
Denominación del cargo	Gerente de Área
Nivel jerárquico	Directivo
Cargo del jefe	Gerente General
Macroproceso	Planeación y evaluación estratégica, gestión comercial y de servicio al cliente. Soporte empresarial.

Propósito principal	Planear, dirigir, organizar, formular políticas y adoptar los planes, programas y proyectos propios del área, para el efectivo cumplimiento de la misión, visión, funciones y objetivos de EMCALI EICE ESP., establecidos por la constitución, a Ley y los estatutos internos.
DESCRIPCION DE FUNCIONES	
1. Garantizar, dentro de sus respectivas competencias, el oportuno apoyo a las áreas operativas de la empresa con el propósito de gestionar la adecuada prestación de los servicios públicos domiciliarios y el logro de óptimos indicadores de gestión. 2. Ejercer las competencias atribuidas a su área, para garantizar la óptima prestación de los servicios a su cargo y el cumplimiento de la misión y los respectivos planes, programas y proyectos empresariales. 3. Evaluar a eficiencia y a eficacia de los procesos y procedimientos adoptados para la gestión integral de los mismos y que se relacionan con la prestación de los servicios de la empresa. 4. Concurrir con las dependencias adscritas, a la formulación de iniciativas para la adopción de políticas empresariales, y a la formulación de estrategias para el cumplimiento de las competencias de su área, así como dirigir, coordinar, controlar y vigilar la realización de las mismas. 5. Liderar la participación del área en la formulación de iniciativas para la adopción del plan de desarrollo corporativo, con la concurrencia de las dependencias adscritas. 6. Liderar el diseño, ejecución y evaluación de los planes programas, procesos y procedimientos tendientes al cumplimiento de las competencias del área bajo su responsabilidad. 7. Verificar que el plan de inversiones de la empresa se diseñe y ejecute con sujeción a la normatividad legal, al régimen tarifario, al plan de desarrollo empresarial, al plan de gestión y resultados, y a los respectivos modelos tarifarios. 8. Trazar planes para la obtención de niveles elevados de satisfacción de los usuarios de los servicios a su cargo. 9. Concurrir con el gerente general a la formulación de iniciativas para la adopción de las políticas empresariales en materia de incentivos económicos referidos a productividad financiera y la ampliación de cobertura, así como la implementación de los instrumentos de concertación por objetivos y la evaluación de los resultados. 10. Dirigir, controlar y establecer planes de mejoramiento para el adecuado funcionamiento de las dependencias adscritas a su área. 11. Evaluar la gestión de las dependencias a su cargo. 12. Gestionar la consecución de los recursos humanos, financieros y logísticos, administrarlos adecuadamente, así como los equipos y valores que le sean encomendados, para el logro de los objetivos y actividades del área. 13. Adoptar los Planes de Trabajo para el ejercicio de las competencias atribuidas al área bajo su responsabilidad. 14. Ejercer el control de la ejecución del presupuesto de su área. 15. Ejercer atribuciones de ordenación de gasto y ejecución de actividades contractuales en los eventos en que le sean delegadas dichas responsabilidades, con estricta sujeción a la normatividad legal y las disposiciones internas. 16. Garantizar la confidencialidad de la información institucional a la que tenga acceso en razón de sus funciones. 17. Garantizar la suficiencia financiera mediante la adopción de estrategias operativas y comerciales que se establezcan para tal efecto. 18. Presentar oportunamente los informes requeridos por los entes de control y los informes de gestión y resultados. 19. Representar al empleador ante los trabajadores y empleados a cargo. 20. Evaluar el desempeño del personal a cargo. 21. Acatar y fomentar el cumplimiento de las normas de autocontrol y responder a las directrices del Modelo de Evaluación de Control Interno de la empresa MECI y demás criterios empresariales adoptados por el sistema de Calidad de la empresa. 22. Acatar las funciones contenidas en el Artículo 20 de la presente resolución. 23. Acatar las funciones contenidas en el Artículo 21 de la presente resolución, de acuerdo con el área de desempeño. 24. Las demás funciones asignadas para la autoridad competente de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo.	

19. El 28 de noviembre del 2019 se expidió la **resolución No. JD-003** mediante la cual se dictó los estatutos internos de EMCALI EICE ESP. El acto empezó a regir a partir de su publicación y precisó que prevalecía sobre cualquier otro acto y derogaba todas las normas que le fueran contrarias, en particular la resolución No.003 de 1999. Textualmente dispuso:

ARTICULO VIGESIMO SEXTO: las personas que presten sus servicios en EMCALI EICE ESP tendrán el carácter de empleados públicos o de trabajadores oficiales.

20. El 9 de diciembre del 2019 se expidió la **resolución No. JD 004** mediante la cual se modificó la resolución No. JD 003 de 2019, dispuso:

ARTICULO TRIGESIMO OCTAVO: VIGENCIA. La presente resolución regirá a partir del día siguiente al cumplimiento de un año después de su publicación, es decir, a partir del 29 de noviembre del 2020 y deroga a partir de su vigencia, todas las normas que le sean contrarias en particular la resolución No.003 de 1999, y prevalecerá ante las demás reglamentaciones internas de EMCALI EICE ESP.

21. El 9 de enero del 2020 mediante resolución No. 10000000152020 el gerente general de EMCALI EICE ESP nombró al señor Jaime Osorio Molano en el empleo público de gerente del área tecnología de información Emcali EICE.
22. El 10 de enero del 2020 el señor Jaime Osorio Molano tomó posesión del cargo.

9. Caso Concreto.

Atendiendo las disposiciones normativas, los pronunciamientos jurisprudenciales citados y el material probatorio aportado, la sala de decisión negará las pretensiones de la demanda, con base en las siguientes premisas:

1. El Consejo de Estado, tribunal de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de manera reiterada ha determinado la naturaleza de los empleos públicos acudiendo a los criterios orgánico y funcional.
2. En tal sentido, por el criterio orgánico, dada la naturaleza jurídica de EMCALI, ha declarado que como regla general sus servidores son trabajadores oficiales, pero por excepción son empleados públicos quienes ejecuten actividades de dirección, confianza y manejo. Por el criterio funcional, conforme a las funciones asignadas al cargo de gerente de área, ha decantado que los niveles decisorios son cargos de empleado público.
3. El criterio funcional, delimitado en el manual específico de funciones y competencias laborales para los cargos de la planta de personal de Emcali, permite determinar por las funciones desempeñadas por el gerente de área, actividades de dirección, liderazgo y manejo, pues dirige, coordina y controla la ejecución de los planes, programas y proyectos propios del área, corresponden a empleado público.
4. Así las cosas, en el marco jurídico actual, que se encuentra vigente y es de obligatoria aplicación porque no ha sido extraído del ordenamiento jurídico de manera definitiva si provisional, los criterios orgánico y funcional obligan a concluir que el cargo de gerente de área es de empleado público.
5. En tal sentido, la vinculación del señor Jaime Osorio Molano a EMCALI es legal y reglamentaria, es decir, a través de un acto administrativo de nombramiento, tal como se realizó en el acto acusado.

En virtud de las premisas señaladas, la Sala no encuentra probado el desconocimiento de las normas invocadas por el demandante. Por tanto, se negarán las pretensiones de la demanda.

10. Condena en costas.

Conforme al artículo 188 del CPACA, en el proceso electoral no procede la imposición de condena en costas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: NOTIFICAR la sentencia personalmente, **en el término** dispuesto en el artículo 289 de la Ley 1437, esto es, **al día siguiente a su expedición, a las partes y al agente del Ministerio Público, por medios electrónicos como faculta el numeral 8 del DL. 806 de 2020.**

TERCERO: ABSTENERSE de imponer condena en costas.

CUARTO: ORDENAR registrar la actuación en siglo XXI y publicar en la página web de la Rama Judicial y el Tribunal Administrativo del Valle por publicidad. Ejecutoriada la sentencia se archivará el expediente.

La decisión adoptada en la presente providencia fue discutida y aprobada en Sala Virtual de la fecha, según consta en acta de que se entrega a la Secretaría de la Corporación por medios virtuales, atendiendo las circunstancias de salubridad públicas que se presenta en el país a raíz del COVID- 19.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES
Magistrada


ZORANNY CASTILLO OTÁLORA
Magistrada


VÍCTOR ADOLFO HERNÁNDEZ DÍAZ
Magistrado