



**JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE
SINCELEJO –SUCRE-**

Sincelejo, primero (01) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicado N°: 70001-33-33-001-2016-00226-00

Demandante: ALEXANDER LONDOÑO AREVALO

Demandado: EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE GALERAS EMPAGAL

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

AUTO

El señor **ALEXANDER LONDOÑO AREVALO**, por medio de apoderada, instaura demanda por medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **EMPRESA DE SERVICIOS PULICOS DE GALERAS- EMPAGAL**, se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se niega el pago de la liquidación a que tiene derecho y se transa la misma, por haber trabajado para la empresa demandada.

Una vez estudiada la demanda, seria del caso emitir decisión sobre su admisibilidad, no obstante este Despacho declarara la falta de jurisdicción, y dispondrá la remisión del asunto a la jurisdicción competente

CONSIDERACIONES

En lo relativo al presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, es menester analizar en primer lugar, tanto la forma de vinculación del trabajador, como la naturaleza jurídica de la entidad estatal a la que el individuo está vinculado, y asimismo la naturaleza de las labores que corresponden a su cargo, con la finalidad de determinar el régimen laboral aplicable

y por ende la jurisdicción competente para conocer de la controversia.

La H. Corte Constitucional, al respecto ha señalado:

“4. Formas de vinculación laboral a la administración pública.

4.1. De conformidad con el artículo 122 de la Constitución, la función pública se materializa a través del empleo público, respecto del cual la doctrina ha identificado tres modalidades de vinculación: (i) estatutaria, legal o reglamentaria, (ii) contractual y (iii) de carácter temporal[42].

4.2. A su vez, la administración pública es ejercida por servidores públicos, que de acuerdo con el artículo 123 de la Constitución[43] están clasificados como: (i) miembros de las corporaciones públicas, (ii) empleados y (iii) trabajadores del Estado por lo que cada estamento tiene una regulación y reglamentación propia y, en consecuencia, formas de ingreso, permanencia y retiro distintos.

4.3. En un principio para determinar el régimen laboral aplicable a cada una de estas categorías, la doctrina recurre al criterio orgánico, que implica la determinación de la naturaleza jurídica de la entidad estatal a la que el individuo está vinculado y, posteriormente, al criterio funcional que verifica la naturaleza de las labores que corresponden a su cargo. Sin embargo, esta Corporación ha reconocido que le corresponde al legislador fijar los criterios complementarios a la clasificación de los empleos que permitan determinar la naturaleza específica de cada tipo de empleo[44].

4.3.1. El criterio orgánico involucra la verificación de la naturaleza de la entidad en la cual la persona desarrolla sus funciones. Esto quiere decir que se debe identificar si la entidad corresponde a una de las tipologías detalladas por el Decreto Ley 489 de 1998[45]: entidades que desarrollen funciones administrativas (Presidencia, Ministerios, Unidades Administrativas especiales, establecimientos públicos, superintendencias, etc.), empresas industriales y comerciales del estado, sociedades de economía mixta, empresas de servicios públicos domiciliarios privadas o mixtas y empresas sociales del estado. En efecto, según el tipo de entidad que se trate la regulación varía, ya que unas son regidas por el derecho público y otras por el derecho privado, como es el caso de las empresas con participación minoritaria estatal y las empresas de servicios públicos domiciliarios de capital privado[46].”¹

En el presente caso, el demandante pretende el pago de emolumentos salariales y

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-426/15. Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Bogotá, D.C., ocho (8) de julio de dos mil quince (2015).

prestacionales con ocasión a la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento con la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE GALERAS - EMPAGAL.

Por lo cual, teniendo en cuenta que se trata de una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, cuyos actos y contratos, se encuentran regidos por lo establecido en la Ley 142 de 1994, le son aplicables por ende, las normas de derecho privado, tal y como lo señala la nombrada ley en su artículo 32.² Asimismo, en su artículo 41³, dispone que las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en dicha Ley.

Ahora, en cuanto a las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, es preciso traer a consideración lo establecido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en concepto proferido como consecuencia de la consulta elevada por una ciudadana, sobre diversos temas relacionados con la Empresa "Aguas de San Benito Abad S.A. ESP", la cual presta servicios públicos domiciliarios en el municipio de San Benito Abad (Sucre). En dicho concepto, la entidad consideró:

“No obstante, acudiendo a los preceptos normativos contenidos en la Ley 142 de 1994, vale señalar que en cuanto se refiere al régimen de contratación de los prestadores de servicios públicos, la regla general es que aplica el de derecho privado, ya que así lo señala de forma expresa el artículo 32 de este Ordenamiento Jurídico, disposición que señala como excepciones a dicha regla, "...salvo que la constitución política o la Ley dispongan otra cosa", y agrega que la regla precedente, se aplicará inclusive a las sociedades en que las entidades oficiales son

²“Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

(...)”

³ “Artículo 41. Aplicación del Código Sustantivo del Trabajo. Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta Ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta Ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 170., se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 50. del Decreto-Ley 3135 de 1968.”

aportantes, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o derecho que se ejerza.

De igual forma, el artículo 31 de la citada ley señala, que "...los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa...", y consagra como excepciones al régimen de derecho privado de los actos y contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, las cláusulas exorbitantes reguladas en la Ley 80 de 1993, indicando igualmente, que serán las comisiones de regulación, los únicos organismos que gozan de la facultad legal para imponer forzosamente estas cláusulas o para autorizarlas, previa solicitud de la entidad prestadora de servicios públicos.

(...)

Y con respecto al régimen laboral que se debe aplicar a los empleados de las empresas de servicios públicos oficiales, se reitera lo señalado por esta Oficina Asesora Jurídica, a través del Concepto Unificado SSPD-OAJ-2010-018, en el que se indicó lo siguiente:

"1.1. Régimen Laboral de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Empresas oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios. En primer lugar, quienes presten sus servicios a empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos son servidores públicos, y de conformidad con el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, por regla general son trabajadores oficiales, no obstante lo cual, en los estatutos de la empresa, se deberá precisar que actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que ostenten la calidad de empleados o servidores públicos.

Este mismo régimen laboral de las empresas industriales y comerciales del Estado se aplica a las personas que presten servicios en las empresas de servicios públicos oficiales, esto es, las empresas de servicios públicos por acciones sometidas al régimen jurídico previsto en el artículo 19 de la ley 142 de 1994.

En relación con estas últimas, es decir, con las empresas de servicios públicos oficiales, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 14.5 del artículo 14 de la ley 142 de 1994, se tiene que son aquellas "en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes."

Teniendo en cuenta esa definición, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero César Hoyos Salazar, Radicación N° 798, en concepto del 29 de abril de 1996, se pronunció en relación con el régimen laboral de las empresas de servicios públicos oficiales, en los siguientes términos:

"En relación con las empresas de servicios públicos oficiales, el mencionado artículo no fija expresamente el régimen laboral aplicable a sus servidores. Pero si dichas empresas son aquellas en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen el 100% de los aportes, debe entenderse que son sociedades entre entidades públicas para desarrollar una actividad industrial o comercial y por lo mismo, de conformidad con el artículo 40 del decreto ley 130 de 1976, se someten a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado.

En consecuencia, el régimen laboral de los servidores de una empresa de servicio público oficial es el indicado por el inciso 2o del artículo 5° del decreto ley 3135 de 1968, esto es el de trabajadores oficiales. Adicionalmente debe tenerse en cuenta que los estatutos de la empresa deberán precisar qué actividades de dirección o de confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos."

Ahora bien, de conformidad con el artículo 123 de la Constitución Política: "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."

Así las cosas, como el artículo 68 de la ley 489 de 1998 dispone que las empresas oficiales de servicios públicos son entidades descentralizadas, consideramos que los gerentes de las empresas de servicios públicos oficiales corresponden a la categoría de servidores públicos a que hace referencia el artículo 123 de la Carta Política, precisamente por ser estos trabajadores de la alta dirección de entidades descentralizadas del Estado." (Negrilla fuera del texto).

Con fundamento en los argumentos esbozados se infiere, que el régimen laboral de los trabajadores de una empresa de servicio público de carácter oficial, es el señalado en el inciso 2° del artículo 5° del Decreto Ley 3135 de 1968, esto es el de trabajadores oficiales, mientras que la empresa prestadora que tenga estas características, deberá determinar en sus estatutos, las actividades de dirección o de confianza, que deban ser desempeñadas por personas vinculadas a través de una relación legal y reglamentaria, quienes ostentarán la calidad de servidores públicos.⁴

⁴<http://www.lexbasesa.com/FrontPageLex/libreria/cl0003/2-19565-regimen-de-actos-y-contratos--juridico-y-laboral--disciplinario--tributario--subsidiarios-epm.htm> CONCEPTO 327 DE 2016. (19 mayo) SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

Adicionalmente, analizado el tema de la competencia para conocer de las controversias acaecidas entre las empresas de servicios públicos domiciliarios y los particulares, es menester tener en cuenta a la hora de determinar la jurisdicción competente, si la actividad que dio origen a dicha controversia es o no pública, toda vez que la prestación de los servicios públicos es considerada como función pública en ciertos términos. De ésta manera, consideró el H. Consejo de Estado, lo siguiente:

“Así, la prestación de los servicios públicos domiciliarios no es considerada, de manera general, como función pública, y será necesario determinar, en cada caso concreto, si la actividad que dio lugar a la controversia es de aquéllas que puede ser considerada como pública.

Retomando el asunto inicial y a manera de síntesis, la Sala precisa, entonces, que, en cuanto tiene que ver con la definición de las denominadas “controversias contractuales”, existen normas generales que atribuyen su conocimiento a la jurisdicción contencioso administrativa, si su origen es un contrato estatal (artículo 75 de la Ley 80 de 1993), y existen casos especiales, como el de los servicios públicos domiciliarios, en los que, en virtud de los artículos 19.15, 31 y 32, entre otros, de la ley 142, será necesario remitirse a los artículos 16 del C.P.C. y 82 del C.C.A. para establecer si, de acuerdo con lo allí dispuesto, la controversia es de competencia de la mencionada jurisdicción.

Tratándose de la responsabilidad extracontractual, derogado el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968, que establecía la competencia de manera clara, no existe una norma legal expresa; por ello, es menester acudir, en orden a definir los asuntos que son de conocimiento de esta jurisdicción, al artículo 82 del C.C.A., como aquí se ha hecho, para establecer, en cada caso, si se trata de una controversia o litigio administrativo, de acuerdo con lo aquí expuesto.

En el subjuice, la controversia surge por los daños causados a un particular como consecuencia falta de mantenimiento de unos cables telefónicos, por lo que no se presenta el ejercicio de una prerrogativa exorbitante del Estado que corresponda al ejercicio del poder público; en consecuencia, la controversia que se está planteando no es, de acuerdo con el art. 82 C.C.A., competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que la misma debe ser resuelta por la jurisdicción ordinaria, conforme al artículo 16 del C.P.C.

En estas condiciones, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que decidió rechazar la demanda contra Telecom y ordenó el envío del expediente a la jurisdicción ordinaria.”⁵

Aunado a lo anterior, es claro que la jurisdicción ordinaria es competente para conocer de las controversias laborales ocasionadas entre las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas o privadas y sus trabajadores, toda vez que dada su especial naturaleza, los particulares que en ellas laboran, no ostentan la calidad de empleados públicos ni trabajadores oficiales, en sentido general, encontrándose en la categoría de trabajadores particulares, tal y como lo manifiesta el H. Consejo de Estado:

“Ahora bien, el actor alega en su favor que se hallaba inscrito en carrera administrativa en el cargo de Auxiliar III del Departamento de Información y Daños de las Empresas Públicas de Bucaramanga; sin embargo, transformada ésta en una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto y estructurada bajo el esquema de una sociedad por acciones regulada por la Ley 142 de 1994, no podía haber conservado la prerrogativa que aduce, aún en el caso de que hubiere continuado al servicio de esta última entidad, pues la situación de carrera se opone a los trabajadores particulares.

En efecto, este tipo de trabajadores, los particulares, que laboran en las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, NO SON SERVIDORES PÚBLICOS, pues de conformidad con lo establecido por el artículo 41 de la Ley 142, ellos no ostentan la condición de empleados públicos ni la de trabajadores oficiales, ya que no son trabajadores del Estado, por eso la Ley establece expresamente a categoría de “trabajadores particulares”.

Es de suma importancia explicar, por los efectos que genera, que las Empresas de Servicios Públicos mixtas, no son entidades del Estado ni de los particulares, son entidades simplemente mixtas que se someten al régimen que para ellas determine la ley.

Por consiguiente, no podía respetársele derecho alguno de carrera en relación con los nuevos empleos en la nueva entidad prestadora de servicios públicos, porque al no ser un órgano o entidad del Estado, no existen dentro de su planta de personal cargos de carrera administrativa, de conformidad con el artículo 125

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil cinco (2005). Radicación número: 50001-23-31-000-2003-00277- 01(27673).

superior; por tanto, es inadmisibile la pretensión del actor en el sentido de aspirar a conservar una categoría de empleo y unas prerrogativas que la entidad se encuentra en imposibilidad material y jurídica de mantener, dada su nueva naturaleza.

Ello implicaría colocar por encima de la función pública y de las normas sobre organización del Estado, la situación particular del trabajador, lo cual resulta inadmisibile.

Así las cosas, el juez natural para conocer de este tipo de controversias es el juez de la justicia ordinaria laboral y con certeza que así lo ha entendido la parte actora, por cuanto al proceso se allegaron pruebas donde se evidencia que las pretensiones de esta demanda ya fueron debatidas bajo los lineamientos de un proceso ordinario ante la jurisdicción competente (folios 78 a 94 y 401 a 406).⁶

De todo lo expuesto, pese a que no existe claridad en el presente caso, en lo relacionado con qué tipo de Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios es la entidad demandada, es decir, si es Mixta, Particular u Oficial, se avizora de igual forma, una falta de competencia por parte de éste Despacho, toda vez que el demandante, de acuerdo a los hechos narrados en su libelo demandatorio, pretende como se indicó, el pago de la liquidación definitiva de prestaciones sociales y consecuente con ello, el pago de prestaciones sociales y emolumentos derivados de una relación laboral suscitada con la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE GALERAS EMPAGAL⁷, la cual estará sometida a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994.

Así las cosas, la Jurisdicción competente para conocer del presente asunto es la Jurisdicción Ordinaria Laboral y no la Contencioso Administrativa, máxime cuando se observa que a pesar de advertirse la provisión del empleo a través de un cargo de libre nombramiento y remoción, y la terminación de la relación laboral a través de una declaratoria de insubsistencia, se puede observar que el nombre del cargo es FONTANERO DE ACUEDUCTO, y es apenas evidente que la naturaleza de sus

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A". Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil diez (2010).

⁷ Es preciso.

labores está encaminada al mantenimiento de las obras, por lo que se equipara al empleo de trabajadores oficiales, excluyéndose dichas problemáticas del control por parte del juez contencioso administrativo, según lo consignado en el Art. 105 Núm. 4 de la Ley 1437 de 2011.

De acuerdo con lo anterior, observa el Despacho que el asunto debe ser estudiado por la Jurisdicción Ordinaria Laboral, cuando inclusive no se detente una categoría de función pública en concreto, para con las pretensiones del medio de control que es ejercido, de allí que se procederá a declarar la falta de jurisdicción y remitir el presente asunto a la jurisdicción ordinaria.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo,

RESUELVE

PRIMERO: Declárese la falta de jurisdicción para conocer del presente asunto, por las razones anotadas.

SEGUNDO: Remítase el expediente en la mayor brevedad posible a la Jurisdicción ordinaria laboral, para que se surta el reparto correspondiente entre los jueces ordinarios competentes para conocer del asunto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

YONATAN SALCEDO BARRETO
JUEZ