



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Hoy **31 DE ENERO DE 2024**, siendo las **2:00PM**, la Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por el suscrito quien la preside *CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA en compañía de los magistrados Dra. YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO y el Dr. FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, y previa discusión y aprobación en sala virtual, se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No.20**, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **PAOLA ANDREA ARTURO AGREDO vs EMPRESA DE RECURSOS TECNOLÓGICOS S.A.S. ESP** bajo radicación 760013105-005-2014-00661-01.

En donde se resuelve el recurso de APELACION presentado por la parte demandante en contra de la *sentencia No 050 del 27 de abril del 2016*, proferida por el *Jugado 5° Laboral del Circuito de Cali*, mediante la cual se absolvió de un reintegro convencional y el pago de los salarios dejados de percibir junto con el pago de los aportes a la seguridad social correspondientes.

Motivos de absolución: i) la actora toma como **prórroga** el tiempo del contrato inicial, por lo que a la fecha del despido estaba en la tercera prórroga, ii) en octubre 2013 la contraloría realizó un hallazgo que generó un hallazgo donde vio que el cargo de ingeniero de apoyo estaba en el cargo y no tiene supresión, palabras más, estaba en un cargo inexistente, del que se despidió el 14/mayo14 siendo indemnizada por ello, iii) La convención es ley entre las partes, por lo que es de obligatorio cumplimiento; la convención colectiva aportada tiene fecha de vigencia en enero 2014 y nota depósito con certificación de la cobertura a la actora, iv) existe una cláusula de estabilidad laboral en la convención en su art. 22 y en la carta que da por terminado el contrato dice que el cargo de la actora no existe y que su contratación fue irregular, que la situación está en manos de la procuraduría y que deben tomar medidas de fondo y por eso se le da por terminado el contrato sin justa causa, v) el juzgado ve que como justa causa y se optó por la indemnización, vi) revisada la carta de ruptura se concluye que la misma no termino por infracción, plazo presuntivo o falta que iniciaría investigación disciplinaria, sino por una investigación de la contraloría, sin que interese al proceso laboral el resultado de esa investigación, si existe creación del cargo o cambio, por lo que la decisión del juzgado se basa en el párrafo 1 del art. 22 de la convención, de la decisión de terminar el contrato injusta pero pagando la indemnización, vii) el contrato se terminó con apego a la convención, por lo que se absuelve de las pretensiones, viii) para abundar en razones el contrato a término fijo nunca se convierte en indefinido y el contrato inicial de 12 meses terminó en agosto de 2011 y la primera prórroga fue a sept 2012 y la segunda en sept/2013 y la tercera prorroga terminaba en agosto de 2014 y el contrato fue terminado antes de terminar esa tercer prórroga, y de haberse dado esa finalización, operaba una prórroga mínimo de una año como lo dice la ley 50/90, por eso tampoco aplica lo dicho en la convención por no existir plazo presuntivo.

Motivos apelación dte: a) no está de acuerdo con que el contrato no sea considerado a término indefinido ya que, en la cláusula quinta del contrato, se manifiesta que la duración del contrato es de un año, no obstante, de la fecha de vencimiento del término estipulado, con una antelación de 30 días se entenderá como prorrogado automáticamente, sin embargo, solo se podrá prorrogar únicamente el contrato por el termino de tres prorrogas, al cabo de los cuales el contrato se entiende como termino indefinido, por lo tanto se entiende una vez se realice la tercer prórroga del contrato se entiende como termino indefinido. B) el concepto de la contraloría expresa que hubo un hallazgo ya que este hallazgo es una oportunidad que le da la empresa para que el mejore su rendimiento, es decir, no es una orden como para terminar unilateralmente el contrato de trabajo, no hay ningún acto administrativo en el que se indique que el cargo tenía que ser suprimido,

lo único que se manifestó fue un hallazgo y que debían tomar las medidas para solucionarlo. **C)** además al estar en la convención colectiva tiene la estabilidad laboral y por lo tanto no podía ser despedida.

Situación procesal que ha sido plenamente discutida y conocida por las partes, por lo que procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponda.

SENTENCIA No.19

La sentencia Apelada debe REVOCARSE, son razones: Advertir la Corporación por un lado competencia para conocer del asunto, y ya en el fondo, la falta de justeza en la terminación del existente contrato de trabajo¹, pagándose incluso por esa conducta resciliatoria indemnización por despido, erigiéndose con ello aplicable al caso el reintegro convencional.

En primer lugar, cabe anotar ciertamente la competencia de la Corporación para conocer del caso bajo estudio, para ello, basta citar la providencia de Consejo de Estado, donde resuelve el régimen jurídico aplicable a los vinculados en las empresas de servicios públicos oficiales como es el caso de la demandada, según el certificado de cámara de comercio (fl. 52), esto por cuanto el **art. 41 de la ley 142²** no regló régimen para ellas:

SECCION SEGUNDA SUBSECCION B, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE.
Radicación número: 47001-23-31-000-2000-00966-01(0514-09) del 26 de enero de 2012. Actor: RICARDO ARMANDO ORTEGA IGUARAN Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA MARTA “TELESANTAMARTA” S.A. E.S.P.:

“En este orden y atendiendo lo previsto en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 las empresas oficiales de servicios públicos son entidades descentralizadas del orden nacional, sujetas a las reglas señaladas en: i) la Constitución Política, ii) la Ley 489 de 1998, iii) en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica, y iiiii) en sus estatutos internos.

Consecuente con lo anterior si la entidad prestadora de los servicios públicos domiciliarios se constituye en una sociedad por acciones que como lo dispone la Ley 489 de 1998 hace parte del sector descentralizado por servicios, no existe claridad frente al régimen aplicable y por ello se debe acudir a la regla general contenida en el Decreto – Ley 3135 de 1968 que establece que los trabajadores del Estado son trabajadores oficiales dentro de los cuales se encuentran los empleados oficiales y los empleados públicos. Aquellos, los trabajadores oficiales, cumplen funciones de mantenimiento y sostenimiento de obra pública y son vinculados a la administración mediante un contrato de trabajo, y éstos, es decir, los empleados públicos desempeñan funciones distintas a las de sostenimiento y

¹**SL2614-2021**

LABORAL INDIVIDUAL DE SERVIDORES PÚBLICOS > TRABAJADORES OFICIALES > CONTRATO DE TRABAJO, CONTRATO REALIDAD > ANÁLISIS DE PRUEBAS - Se encuentra acreditada la existencia de la relación laboral en aplicación del principio de primacía de la realidad ante la celebración sucesiva de contratos de prestación de servicios, ya que la demandante debía cumplir horarios, desarrollaba sus labores en oficinas y con materiales entregados por la entidad, además su actividad personal se concretó a realizar actividades de sustanciación, trámites, solicitudes, y otros requerimientos pensionales relativos a devolución de aportes bajo las órdenes que impartía la demandada, siendo actos que demuestran la subordinación y la falta de autonomía e independencia que debe caracterizar este tipo de contratos.

²**ARTÍCULO 41. APLICACIÓN DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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 17o., se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968.

mantenimiento de obra y se vinculan a través de una relación legal o reglamentaria. En este orden de ideas, el régimen laboral de los servidores de una empresa de servicio público oficial es el indicado en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto - ley 3135 de 1968, esto es de trabajadores oficiales. Adicionalmente ha de tenerse en cuenta que los estatutos de la empresa precisarán qué actividades de dirección o de confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos³.

Sobre este aspecto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con ponencia del Dr. César Hoyos Salazar expresó en concepto radicado al No. 798 del 29 de abril de 1996, lo siguiente: “(...) 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 aquélla 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 4º 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 de artículo 5º 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 (...).” Subraya la Sala.”

Por la jurisprudencia en cita, no hay duda para la Sala que la relación entre las partes fue la de trabajadores oficiales (pues no hay estatutos en el proceso que dispongan lo contrario), quienes son afectos de las normas convencionales (**art. 3 CST**), siendo la vigente para la fecha de la desvinculación - el **14 de mayo de 2014** (fl. 3)-, la **convención 2014-201** (fl.27 s.s.) que cuenta con la correspondiente nota de depósito (fl. 25), perteneciendo la actora al sindicato (fl. 22), luego es destinataria de la misma, tal y como lo determinó la instancia en sus considerandos.

3

Ocupados ahora en el examen de fondo, se hace menester señalar la efectiva presencia, tanto en el debate como en la relación laboral estudiada, la gobernanza de un contrato laboral, lo indica la literalidad del aportado a las actuaciones sino también por el desarrollo de una actividad laboral afecta de abrigo, incluso, con la teoría del contrato realidad, pero que igual cabe decir, tal juicio jurídico laboral no incomoda a la legislación oficial, acontecer jurídico de total protección (Art. 25 C.N.), que no podría por tanto desconocerse.

En relación con la decisión desvinculatoria, resulta meritorio puntualizar que de ningún modo la narrativa del ente de control es una orden de o para la finalización del contrato social, que es a lo que se refiere la convención colectiva, cuando en el Art.22 habla de configurar justa causa de despido.

Detallada la ausencia de una motivación suficiente para la configuración de un despido injusto, al punto de haberse reconocido la indemnización correspondiente, se considera conforme al clausulado convencional de recibo el reintegro, pues así se perfila (Art.22) en caso de desvinculación sin justa causa del personal sindicalizado, condición que se objetiva en las actuaciones.

Importa determinar para el sentido de la decisión, que en el caso que nos ocupa, no está en discusión:

- i) la existencia de un contrato de trabajo firmado a término fijo a un año el **01 de septiembre del 2010**, así como la inclusión de cláusula que dispone prórroga solo en tres ocasiones,

³ En este mismo sentido puede consultarse la sentencia del 22 de octubre de 2009 proferida por la Sección Segunda – Subsección “B” con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez dentro del expediente con No. Interno 3918-05. Actor: CARLOS TRUJILLO MUÑOZ.

para posteriormente determinarse de carácter indefinido entre las partes, así se desprende de los *hechos* 2º y 3º de la demanda, su contestación y el contrato de trabajo firmado entre las partes que no fue tachado (fls. 9, 35 y 48).

- ii) Tampoco está en disputa que la razón de su desvinculación fue la existencia de hallazgos irregulares por parte de la Contraloría, en la contratación de la actora, lo que le dio lugar a dar por terminado el contrato sin justa causa, tal y como se ve en la carta de terminación de folio 3 y se acepta en la contestación al **hecho 8º** (fl. 38 y 48).
- iii) La pertenencia de la actora al sindicato SINTRA ERT, tal y como se ve a folio 22 y se acepta en la contestación al **hecho 5º** (fl. 36 y 48).

Por la jurisprudencia en cita, no hay duda para la Sala que la relación entre las partes fue la de trabajadores oficiales (pues no hay estatutos en el proceso que dispongan lo contrario), quienes son afectos de las normas convencionales (**art. 3 CST**), siendo la vigente para la fecha de la desvinculación - el **14 de mayo de 2014** (fl. 3)-, la **convención 2014-201** (fl.27 s.s.) que cuenta con la correspondiente nota de depósito (fl. 25), perteneciendo la actora al sindicato (fl. 22), luego es destinataria de la misma, tal y como lo determinó la instancia en sus considerandos.

Visto lo anterior y dirigidos a la impugnación, se encuentra como querer del mismo, se conceda la pretensión del reintegro con el pago de los salarios dejados de percibir desde la desvinculación, consagrada en el **art. 22** de la norma convencional (fl. 31), por lo que para su definición se considera menester poner de presente la norma convencional en su contexto:

22. **ESTABILIDAD LABORAL.** La empresa no podrá seguir aplicando el plazo presuntivo como forma de terminación de los contratos de los trabajadores afiliados a SINTRAERT, so pena de incurrir en despido sin justa causa, dando lugar a la reclamación del reintegro del trabajador tal como se acuerda en el siguiente escrito.

La Empresa de Recursos Tecnológicos S.A. ESP, se compromete a no despedir o sancionar a ningún Trabajador afiliado a SINTRAERT sin justa causa debidamente comprobada. Con el fin de garantizar el debido proceso en caso de que el hecho que genere la desvinculación del trabajador sea considerado como una falta disciplinaria en la Ley 734 de 2002 o la Norma que la modifique o le sea aplicable, el empleador deberá iniciar previamente el proceso disciplinario correspondiente.

PARAGRAFO 1: La Empresa de Recursos Tecnológicos S.A. ESP, cuando existan causales que provengan bien sea de orden Judicial o de Entes de Control como la Contraloría o la Procuraduría; esta se tomará como Justa Causa Administrativa y aplicará para estos casos desvinculaciones sin justa causa o plazo presuntivo, si el caso lo amerita.

PARAGRAFO 2: Se exceptúan igualmente, los cargos de dirección, como lo son los Coordinadores, Jefes, Subgerentes y Gerente de la Compañía

Con lo visto, es del caso auscultar sí en el anhelo procesal se configura el derecho al reintegro.

Con atención al primado establecido, cabe señalar que convencionalmente sí se consagra el derecho al reintegro, esto nos obliga a indicar una realidad importante para el proceso, que ambas partes consienten de manera frontal con la aplicación de la convención, al punto que la accionada reconoció y pagó la indemnización por la ruptura injusta del contrato (fl. 3 y 49) y el trabajador en su acápite de pruebas reclama la presencia de la convención, de la cual se deriva el derecho anhelado, lo que se advierte a folio 31 donde obra el **artículo 22 de la convención**, luego a la fecha de la ruptura contractual ninguna contrariedad sustantiva hay para hacerlo aplicable al caso.

Con esta clarificación entiende la Sala aplicable al caso el derecho al reintegro edificado por el hecho de haber sido despedido bajo una causal no justa, como lo acepta la entidad, lo que hace ser viable sustantivamente para esa clase de trabajadores comprometerse convencionalmente estipulando respeto del derecho a la estabilidad laboral, además y no menos importante, el hecho de que el despido de la actora no fue por orden de una entidad o ente de control, tal como lo regla el **parágrafo 1º** de la norma **“cuando existan casuales que provengan bien sea de orden judicial o de Entes de Control como la Contraloría o la Procuraduría; esta se tomará como Justa Causa Administrativa y aplicará para estos casos desvinculaciones sin justa causa”**, es que no hay duda que simplemente hubo un hallazgo de irregularidad por la Contraloría, que sin desmeritar su importancia para la salud de las finanzas, es lo cierto que no hay definitividad en sus alcances, es asunto apenas por averiguar, pero también es cierto que de ese documento de interventoría de folios 250, 262, 264, 324 y 325 nada dijo ni ordenó el órgano de control el despido de la actora, por lo que contrario a lo concluido por la instancia, no se configura la excepción de justeza del parágrafo en mención.

No sobra señalar no estarse en este caso ante un evento de imposibilidad física o jurídica para la reinstalación laboral anhelada, pues la fenomenología decantada por el ente de control no conduce a una única e ineluctablemente solución que conlleve a la forzosa desaparición de la función realmente desempeñada, tampoco impropia para la institución, miramiento por el que se considera de mejor provecho hermenéutico y a favor de la garantía de los derechos laborales conculcados.

Lo que, si procede, por aquello de la búsqueda de la justicia, que es propia del hacer judicial, es no alentar goce de derechos sin justa causa, lo que da lugar al reintegro o descuento de las sumas reconocidas por la entidad como indemnización por despido injusto.

5

También hay que decir que existen tesis fuertes en contra de la no procedencia del reintegro, por lo cual el anhelado no luciría exitoso, tal y como lo pregonan ahora la jurisprudencia especializada, dado que no existe el cargo que ostentaba la actora, no pudiéndose de modo correlativo quedarse sin consecuencia alguna o incólume, la grave afectación a los derechos fundamentales del trabajador, como lo es el del trabajo, de ahí que se haya establecido para cuando físicamente no pueda tener lugar el efectivo reintegro o reinstalación, al cargo por no existir, que este no reconocimiento del reintegro conlleva el reconocimiento de un pago de perjuicios⁴.

⁴ Expediente No. 27716 del 15 de mayo de 2006, reiterada su aplicación en la sentencia SL4287-2021, Radicación n.º 79142 del 13 de septiembre de 2021. Veamos Rad. 27716 del 15 de mayo de 2006:

Conforme lo tiene definido la jurisprudencia laboral, tratándose de la supresión de cargos, proveniente de la reestructuración de las entidades del Estado, la desvinculación contractual del trabajador por tal circunstancia puede ser legal pero no constituye justa causa de despido y, por ende, es indemnizable aunque no da lugar al reintegro.

Sobre este particular resulta oportuno recordar lo precisado por esta Corporación en sentencia de 18 de julio de 2003, rad. 20578, en los siguientes términos:

...

“El problema jurídico que se presenta de la aplicación preferente de disposiciones convencionales que prevén el reintegro por despido sin justa causa de los trabajadores oficiales, en los excepcionales casos en que la extinción unilateral del vínculo laboral se dé como consecuencia de la supresión del cargo, en virtud de la liquidación o reestructuración de la empresa o entidad pública dispuesta con apoyo en preceptos que lo permiten, ha sido resuelto por la Corte en el sentido de que si bien es cierto por no estar estos motivos consagrados en la ley como justa causa de despido, éste de todos modos es injusto; pero por estar soportado en una norma jurídica que lo autoriza es legal, y en esa medida daría lugar a la indemnización de perjuicios, más no haría operar la cláusula convencional que previera el reintegro porque sería una obligación imposible de cumplir”.

En sentencia de 2 de diciembre de 1997, rad. 10157, dijo sobre el tema lo siguiente:

“...para que una obligación exista es necesario que sea física y jurídicamente posible, de manera que una persona no puede obligarse por un acto o declaración de voluntad a cumplir lo imposible y de la misma manera

Sin embargo, en el presente asunto, se está ante una entidad vigente, donde se puede reintegrar a la actora en un cargo de iguales o superiores características al que ejercía, cumpliéndose así con el mandato convencional.

Así las cosas, se ordena además del reintegro, el pago de los salarios y prestaciones sociales legales y extra legales dejadas de cancelar desde el despido el **14 de mayo de 2014**, con el pago de los aportes a la seguridad social en salud y pensión hasta la fecha de su reintegro, sumas que deben cancelarse debidamente indexadas al momento del pago.

De igual forma se autoriza el descuento de lo ya pagado por el demandado a la accionante por concepto de indemnización y liquidación de prestaciones sociales definitivas.

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia apelada, para en su lugar declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada y en consecuencia se ordena a la **EMPRESA DE RECURSOS TECNOLÓGICOS S.A.S. ESP**, reintegrar a la señora **PAOLA ANDREA ARTURO AGREDO** en un cargo de iguales o mejores condiciones funcionales, laborales y salarial del que fue vinculada (ingeniero de apoyo), por lo dicho en parte motiva de esta providencia.
2. **CONDENAR** a la **EMPRESA DE RECURSOS TECNOLÓGICOS S.A.S. ESP** a cancelar y pagar a la señora **PAOLA ANDREA ARTURO AGREDO** los salarios y prestaciones sociales legales y extra legales dejadas de cancelar desde el despido el **14 de mayo de 2014** hasta la fecha de su reintegro, sumas que deben cancelarse debidamente indexadas al momento del pago. Autorizando a la demandada descontar lo ya pagado a la accionante por concepto de indemnización y liquidación de prestaciones sociales definitivas. por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.
3. **CONDENAR** a la **EMPRESA DE RECURSOS TECNOLÓGICOS S.A.S. ESP** a cancelar y pagar a la EPS y AFP que se encontraba afiliada la señora **PAOLA ANDREA ARTURO AGREDO** los aportes a la seguridad social en salud y pensión causados desde el **14 de mayo de 2014**, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.
4. **ABSOLVER** a **EMPRESA DE RECURSOS TECNOLÓGICOS S.A.S. ESP** de las demás pretensiones incoadas en su contra.

el juez no puede gravar al demandado, con una decisión judicial suya a que cumpla un hecho o un acto materialmente imposible. Cuando el hecho debido se torna imposible la obligación original (de dar, hacer o no hacer) se resuelve en una de indemnizar perjuicios, de modo que lo jurídicamente procedente es la demanda judicial de los perjuicios...”

... y esta circunstancia da lugar a la terminación de contratos de trabajo, resulta jurídicamente inadmisibles pretender el reintegro, así él se encuentre consagrado en la ley, en pacto colectivo o en convención colectiva. El trabajador perjudicado sólo tiene la opción indemnizatoria, que en el caso de los trabajadores oficiales puede ser plena, como lo señala el artículo 11 de la Ley 6a. de 1945 y lo dice su Decreto Reglamentario 2127, pero no le está dado pretender un reintegro imposible, pues con ello desnaturalizaría el objeto del proceso y eventualmente podría crear artificialmente la posibilidad de recurrir al proceso ejecutivo para el cumplimiento de la obligación de...”

5. **COSTAS en primera instancia** a cargo de la demandada a favor de la demandante. **SIN COSTAS** en esta instancia.

SE NOTIFICA EN ESTRADOS

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
SALVÓ VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto manifiesto mi disenso frente a la decisión adoptada que resuelve ordenar el reintegro de la accionante por las razones que a continuación se exponen:

La Empresa de Recursos Tecnológicos dio por terminado el contrato de trabajo de la señora PAOLA ANDREA ARTURO AGREDO con fundamento en que, del informe de auditoría de la Contraloría Departamental de Valle del Cauca, se desprende que el cargo de Ingeniera de Apoyo por ella desempeñado no existe en la planta de la entidad, y que la formación profesional de la accionante tampoco aplica al perfil de cargo, circunstancias que configuran una contratación irregular, y ameritaban decisiones de fondo, lo que se acometió por la entidad al adoptar esta decisión (Página 4 Archivo 005-2014-661-01 pdf).

Se opone la demandante a este despido con fundamento en la cláusula de estabilidad laboral del artículo 22 CCT 2014-2016 (Página 39 Archivo 005-2014-661-01 pdf), para lo que considera que no tiene incidencia el informe de auditoría a efectos de adoptarlo como una orden de contraloría, toda vez que lo que allí se consigna son meros hallazgos y no una orden del ente fiscal dirigido a su desvinculación.

Sobre la cláusula de estabilidad se tiene que, al tenor de la CCT 2014-2016 se pactó en la entidad la estabilidad laboral y el derecho al reintegro en los siguientes términos:

CCT 2014-2016 (Página 39 Archivo 005-2014-661-01 pdf)

“22. ESTABILIDAD LABORAL. La empresa no podrá seguir aplicando el plazo presuntivo como forma de terminación de los contratos de los trabajadores afiliados a SINTRAERT so pena de incurrir en despido sin justa causa, dando lugar a la reclamación del reintegro del trabajador tal como se acuerda en el siguiente escrito.

“La empresa de Recursos Tecnológicos SA ESP se compromete a no despedir o sancionar a ningún trabajador afiliado sin justa causa debidamente comprobada. Con el fin de garantizar el debido proceso en caso de que el hecho que genere la desvinculación del trabajador sea considerado como una falta disciplinaria en la Ley 734 de 2002 o la Norma que la modifique o le sea aplicable, el empleador deberá iniciar previamente el proceso disciplinario correspondiente.

(...)

“PARAGRAFO 1. La Empresa de Recursos Tecnológicos SA ESP cuando existan causales que provengan bien sea de orden judicial o de entes de control como la Contraloría o la Procuraduría, esta se tomará como Justa Causa Administrativa y aplicará para estos casos desvinculaciones sin justa causa o plazo presuntivo, si el caso lo amerita.” (subrayas fuera de texto).

De ese modo quedó establecido en la entidad el derecho al reintegro en caso de verificarse un despido sin justa causa, anotándose como excepción a la estabilidad pactada las causales provenientes de orden judicial o entes de control, las que serían tomadas como justa causa administrativa, aplicando en dicho evento la desvinculación sin justa causa o plazo presuntivo, según lo amerite el caso.

En cuanto al alcance de los informes de auditoría adelantados por las Contralorías y los hallazgos en estos registrados, se explica por la Contraloría General de la Nación⁵ de la siguiente forma:

⁵ <https://www.contraloria.gov.co/control-fiscal/control-fiscal-micro-proceso-auditor>

“El resultado final del control fiscal micro queda registrado en un informe de auditoría, el cual se comunica a la entidad auditada y que puede ser consultado por la opinión pública. Como resultado de las auditorías, las entidades deben elaborar un Plan de Mejoramiento que contenga las acciones correctivas para subsanar las observaciones formuladas por la CGR.

“Los hallazgos con incidencia fiscal, disciplinaria o penal se ponen en conocimiento de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, la Procuraduría y la Fiscalía, respectivamente”.

Se desprende de lo antelado, que los hallazgos definidos por la Contraloría en un informe de auditoría derivan en la obligación para las entidades de adelantar las respectivas acciones a fin de subsanar las situaciones que se advierten con incidencia fiscal, disciplinaria o penal; a esto apunta la obligación de las entidades de elaborar un plan de mejoramiento que contenga acciones correctivas para subsanar las falencias anotadas; lo que permite considerar que las conclusiones del informe sí conllevan a la adopción de medidas positivas o acciones precisas a cargo de las entidades auditadas, dirigidas a subsanar las situaciones advertidas por el ente fiscal.

La Contraloría Departamental del Valle del Cauca en Informe de Auditoría Modalidad Regular (Pag. 181 a 343), efectuado por la autoridad fiscal en virtud de las facultades otorgadas por el art 267 de la Carta, en lo relacionado con el asunto de autos, dejó consignado lo siguiente:

Se advirtió a la Contraloría de una situación irregular relacionada con algunos contratos de trabajadores en la entidad auditada, entre ellos, el de la demandante, reseñada la queja con el número DC 90-2013-CACCI-9807 (Pag. 265), explicando la situación en los siguientes términos:

“(…) se evaluó la Hoja de vida de la trabajadora Arturo Agredo, la cual suscribió contrato individual de trabajo con la Empresa de Recursos Tecnológicos ERT a término fijo inferior a un año con una duración de doce meses del 1 de septiembre hasta el 31 de agosto de 2011 evidenciándose que las funciones no son claras, ni específicas en el clausulado del contrato y que de acuerdo al formato de requisición de personal tampoco se estipulan, lo único que se especificó en este, fue el cargo que desempeña “ingeniera de Apoyo”, devengando un salario de \$2’823,923, como lo indicaba el contrato, y tampoco se analizó si la funcionaria cumplía con el perfil definido en el formato Revisión Perfil y Documentación

“Por lo anterior se verificó en la carpeta de la hoja de vida de la funcionaria que la profesión que certificó es la de “Administrador de Negocios”, perfil que no se asemeja al cargo que desempeña actualmente.

“Mediante Acta No 162 de fecha diciembre de 2006, la Junta Directiva aprobó una planta de 120 empleados donde aparece el cargo de “ingeniera de Apoyo” dependiendo de la Subgerencia Comercial, pero no se evidenció en el manual de funciones de la entidad cuales eran las funciones del cargo para poder confrontar los requisitos específicos para el mismo, porque no modificaron el manual.

“La Resolución No 522 de 2010 de diciembre 30 de 2010 “Por medio del a cual se establece la nueva planta de cargo de la ERT SA ESP” la cual la Junta Directiva aprobó el 26 de noviembre de 2010 a través del acta no 174 le otorga al gerente facultades para ajustar la planta de personal y realizar en ella las modificaciones necesarias y recomponerla para ajustarla a la realidad de la organización, mediante la supresión, reubicación y cambio de la denominación de los cargos, con la observancia de la ley de garantías de electorales, en esta resolución no se menciona la existencia de dicho cargo.

“Para el 2012, la Junta Directiva le da de nuevo las facultades al gerente para suprimir cargos a través del acta 287 del 21 de febrero de 2012, en esa vigencia el gerente realiza varias Resoluciones para la modificación de la planta de cargos, donde tampoco se pudo evidenciar

la existencia del cargo de “Ingeniera de Apoyo”, sin embargo, la funcionaria continúa adscrita a la entidad y devengando un salario. “En el caso que nos ocupa el cargo de funcionaria “Ingeniera de Apoyo” no aparece formando parte integral de la nueva planta de cargos, pero igualmente, no existe supresión del mismo, ni tampoco existe un documento suscrito por la entidad mediante el cual se de por terminado el contrato laboral.

“La entidad se encuentra cancelando un salario a un cargo que no existe. La persona que detenta este salario cumple una labor encomendada mediante un contrato, esta no ha sido removida de su cargo mediante la terminación unilateral por parte de la entidad, la señora Paola Andrea Arturo Agredo, no ha sido notificada por escrito de ninguna modificación o terminación del contrato laboral por parte de la entidad.

Verificada la contratación del particular, la Contraloría Departamental del Valle del Cauca concluyó frente al hecho un hallazgo de tipo administrativo – disciplinario en el Informe de Auditoria Modalidad Regular, consignado en el numeral 36, así:

“Hallazgo No 36 Administrativo – Disciplinario (fl.267)

“Revisada las carpetas contractuales de las funcionarias xxx y Paola Andrea Arturo Agredo se evidenciaron las siguientes irregularidades

(...)

La funcionaria Paola Andrea Arturo Agredo fue contratada en el cargo de “Ingeniera de Apoyo” que para la fecha de su contratación se encontraba dentro de la planta de cargos, pero a través de las modificaciones realizadas a la misma, se evidenció que en la planta actual el cargo desapareció, sin que existiera un acto administrativo que soporte su supresión o cambio de denominación, quedando este cargo por fuera de la estructura organizacional de la entidad, sin embargo, se constató que la funcionaria viene prestando sus labores y devengando sus salarios correspondientes, situación irregular que se presenta por el desconocimiento que tiene la entidad frente a la real planta de cargos vigente y que denota un incumplimiento del artículo 209 de la Constitución Política.

“El anterior hallazgo fue remitido por la Dirección Operativa de Control Fiscal a las instancias respectivas.

“De esta manera queda debidamente tramitada la queja ciudadana radicada bajo la partida QC – 90 – 2013”.

En las conclusiones del informe frente al hallazgo 36 (Pag. 341), refiere que en la respuesta de la entidad no se desvirtúa la observación de contraloría *“pues la falencia evidenciada es que se está realizando contrataciones de trabajadores oficiales sin estar incluidos en la planta de cargos aprobada ni actos administrativos que soporten la necesidad de incluirse como se ha observado en el hallazgo 37 y 38”.*

Como es bien sabido, la función administrativa es reglada y no puede existir empleo público que no esté creado y sus funciones establecidas en la ley o en los reglamentos, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente -art 122 CN -.

Por su parte, la Ley 909 de 2004 prescribe que el empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública y señala que por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado. Agrega la ley, que el diseño de cada empleo debe incluir la descripción del contenido funcional del empleo, el

perfil de competencias que se requieren para ocuparlo y la duración del cargo cuando se trate de empleos de carácter temporal.

Al revisar la Resolución No 522 de 2010 de diciembre 30 de 2010 “*Por medio de la cual se establece la nueva planta de cargo de la ERT SA ESP*” se extrae que fueron suprimidos algunos cargos, y a renglón seguido se dispuso cómo iba a quedar conformada la nueva planta de cargos de la entidad, entre los cuales no se incluyó el de Ingeniera de Apoyo; es decir, que el cargo y funciones de la demandante no quedaron incluidos en la nueva planta de personal, y según se indica, así continuó en las reestructuraciones posteriores; se dejó consignado además, que el cargo que aparece creado en Acta No 162 de fecha diciembre de 2006, con el cual se aprobó por la Junta Directiva una planta de 120 empleados, quedó asignado el de “Ingeniera de Apoyo” a la Subgerencia Comercial, pero no se evidenció en el manual de funciones de la entidad cuales eran las funciones del cargo, para poder confrontar los requisitos específicos para el mismo, ello por cuanto no modificaron el manual.

Al quedar en evidencia tal situación ante la Contraloría Departamental, procedió con su análisis y revisión, y al encontrar que no tenía justificación válida, se dispuso a consignarla en el informe de auditoría, tal como se dejó reseñado *ex ante*, siendo entonces este un asunto que claramente ameritaba adoptar decisiones por parte de la entidad auditada, encaminadas a corregir la irregularidad expuesta, pues a ello apunta el plan de mejoramiento que se impone para la entidad una vez se exponen las falencias de diversa índole que se le presentan por el ente de fiscalización a través de la informe de auditoría y que se dejan consignados como hallazgos, configurándose de este modo la justa causa administrativa prevista como excepción a la cláusula de estabilidad, pues no le resulta dable a la entidad suscribir acuerdos que vayan en contravía del ordenamiento y la Constitución.

En el asunto concreto, no podía la autoridad administrativa soslayar el informe de auditoría por estimar como erradamente lo propone la accionante, que se trataba de un “mero hallazgo”, y pasar por alto la irregularidad anotada en la vinculación de la demandante y su posterior permanencia, la que pese a haberse sostenido por varios años no tiene el efecto de convalidarse por el mero paso del tiempo, debiendo proceder con los correctivos pertinentes, que para el caso de los trabajadores oficiales no era otro que disponer del cargo a través del despido sin justa causa con la correspondiente indemnización, como en efecto procedió la entidad, lo que se ajusta además a las causales para las cuales se exceptuó la estabilidad laboral convencional, en una cláusula que se muestra coherente con el ordenamiento jurídico dentro del cual se enmarca la función administrativa que se cumple en la entidad, pues no podía preverse allí un acuerdo diferente, que fuera *contra la ley*, como sería aquel que no atendiera las disposiciones previstas por los entes de control disciplinario o fiscal, además obviamente de la decisiones judiciales.

Por las razones expuestas me aparto de la decisión expuesta en el fallo, porque ha debido confirmarse la sentencia absolutoria que determinó el a-quo.

Firma digital para
actos judiciales



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado