TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 040

Audiencia número: 563

En Santiago de Cali, a los cinco (05) días del mes de diciembre de dos mil veintidós (2022), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, de conformidad con al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 modificatorio del artículo 82 del CPT y SS, nos constituimos en audiencia pública con el fin de darle trámite al recurso de apelación formulado contra el auto número 2870 del 11 de noviembre de 2021 y apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 238 del 22 de noviembre de 2021, providencias emitidas por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito dentro del proceso instaurado por LUZ AMELIA SANDOVAL RIVAS contra las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI EICE ESP.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El mandatario judicial de la parte actora al formular alegatos de conclusión, reitera su consideración, en relación con la calidad de servidora pública que ostenta la demandante, esto es, trabajadora oficial y por lo tanto, beneficiaria de los derechos convencionales. Citando como fundamento de esa afirmación varios precedentes jurisprudenciales.

A continuación, se emite las siguientes providencias:

ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se le reconozca la calidad de trabajadora oficial a partir del 21 de marzo de 2014, fecha en que se vincula al servicio de la demandada. Reclamando el pago de las primas extralegales, cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, todas estas acreencias de conformidad con la convención colectiva vigencia 2011-2014 y se ordene a seguir reconociendo éstas como lo dispone el acuerdo convencional.
En sustento de esas peticiones anuncia la actora que la Ley 142 de 1994 ordenó la transformación de las entidades prestadoras de servicios públicos, en sociedades por acciones o empresas industriales y comerciales del Estado y en acatamiento de ello, el Concejo Municipal de Cali, emite el Acuerdo 014, donde la entidad demandada paso de ser un establecimiento público a Empresa Industrial y Comercial.

Que se debe tener en cuenta el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968 que establece que en las empresas industriales y comerciales el personal será trabajador oficial, salvo los de dirección, confianza y manejo. Donde la entidad demandada tiene como empleados públicos al director, jefe de departamento y coordinador.

Que la entidad demandada ha realizado estudios con el fin de definir la categoría de los cargos y como resultado de ello emite la Resolución JD 001 del 06 de octubre de 2020, que corresponde al nuevo estatuto y amplió los cargos de empleados públicos y a través de ese mismo acto administrativo suprime el cargo de Jefe de Departamento, creando un cargo de Jefe de Unidad, ubicándolo en el nivel jerárquico como Directivo,

con el mismo número de casilla que tenía la planta anterior y con la misma asignación salarial.

Que la actora en apariencia esta incorporada como Jefe de Unidad, según documento del 05 de noviembre de 2020, pero la realidad es que es una trabajadora oficial.

Que la empresa demandada y SINTRAEMCALI suscribieron la convención colectiva de trabajo con vigencia 2011-2014, acuerdo convencional que se ha venido prorrogando. Además, señala que la planta de personal de EMCALI es de 2388 servidores públicos de los cuales 121 están denominados como empleados públicos y 2267 son trabajadores oficiales, de estos más de la tercera parte se encuentran afiliados a SINTRAEMCALI.

Que la demandante fue nombrada mediante la Resolución GG 001551 del 05 de octubre de 2010 como Jefe de Departamento, posesionándose el 15 de octubre de esa anualidad. Pero de acuerdo con los estudios realizado por la demandada, la actora siempre ha realizado actividades propias del trabajador oficial.

Que la actora el 10 de noviembre de 2020 solicitó a EMCALI EICE ESP el reconocimiento de trabajadora oficial y la aplicación de la norma convencional desde la fecha de su vinculación. Obteniendo respuesta negativa al considerarla como empleada pública.

Al correrle traslado de la demanda, las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE ESP, a través de apoderada judicial se opone a las pretensiones, porque la actora ostenta el cargo de empleado publica, en consecuencia, no es factible que suscriba contrato laboral porque la vinculación se dio mediante resolución de libre

nombramiento y remoción, no pudiéndose aplicar la convención colectiva, porque ésta es sólo para los trabajadores oficiales. Afirmando que el cargo de Jefe de Departamento que ostentó la actora, fue suprimido al expedirse por la Junta Directiva de EMCALI la Resolución JD 001 del 06 de octubre de 2020 y la Resolución DJ 005 del mismo día y mes antes citado, donde se dejo a discrecionalidad del ente empleador, vincular o no a los empleados que por supresión del cargo fueron desvinculados. Donde la actora fue reincorporada en el nuevo cargo de Jefe de Unidad, Área Funcional de Administración, dependencia Unidad de Producción Agua Potable, adscrita a la Gerencia Unidad Estratégica de Negocio de Acueducto y Alcantarillado el 05 de noviembre de 2020. Cargo que en los nuevos estatutos de la empresa es de empleado público, en razón a su naturaleza, funciones y responsabilidades. Oponiéndose al reconocimiento de los derechos convencionales.

Formulo la excepción previa de falta de no haberse presentado prueba de la calidad con que actúa la demandan como trabajadora oficia, falta de competencia por carencia absoluta y falta jurisdicción, considerando que al ser empleada pública la demandante, la competencia para conocer de este proceso radica en la jurisdicción contenciosa administrativa, máxime que los actos administrativos que contienen los estatutos internos de la demanda, gozan de presunción de legalidad hasta tanto el órgano competente no declare la nulidad.

Como excepciones de mérito presenta: prescripción, legalidad de la Resolución 280 del 2004 – jefe de departamento y de la Resolución JD 001 del 06 de octubre de 2020 – Jefe de Unidad y de las demás resoluciones que lo integran y desarrollan y la innominada.

AUTO NUMERO: 194

El juzgado de conocimiento llevó a cabo la primera audiencia de trámite de acuerdo con el artículo 77 del CPL y SS, decidiendo las excepciones previas, declarándolas no probadas. Argumenta el A quo que la controversia que se plantea en el caso en estudio es precisamente determinar si la actora es o no una empleada pública, donde lo que la demandante persigue es precisamente que se la declare trabajadora oficial, por lo tanto, no se puede presuponer que lo expuesto en la contestación de la demanda sea la calidad de empleada pública, porque ello es materia de discusión y por lo tanto, le corresponde a esta jurisdicción determinar la real calidad de la actora que conlleva a que tenga competencia para adelantar esta acción, de conformidad con el artículo 2 del CPL y SS.

Contra la anterior decisión el apoderado de la entidad demandada formula el recurso de alzada, considerando que no se ha tenido en cuenta el principio de la autonomía judicial, porque la actora reclama la calidad de trabajadora de oficial desde su vinculación, donde de acuerdo con el material probatorio no se evidencia que la demandante con su empleador hayan dispuesto las condiciones laborales para el desempeño del cargo Jefe de Departamento que luego fue suprimido y la actora fue incorporada al cargo de Jefe de Unidad y que es el que actualmente ostenta y que derivó de los nuevos estatutos internos de EMCALI de 2020, que derogaron el anterior estatuto y que claramente se estipuló que ese cargo de Jefe Unidad está clasificado como empleado público y ese empleo está siendo desempeñado por la actora, sin que sea actividades de mantenimiento o conservación de obras públicas para ser calificadas como trabajadora oficial. Donde la clasificación se da de acuerdo con el criterio funcional, como lo disponen los actos administrativos que contienen esos nuevos estatutos.

DECISION DE SEGUNDA INSTANCIA

Corresponderá a la Sala de decisión para determinar si esta jurisdicción es la competente para conocer de la presente acción. Para ello es necesario, traer a colación el artículo 2 del CPL y SS, que determina:

> *"La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:*
> *1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo…"*

Retomando las pretensiones de la demanda, persigue de esta jurisdicción la demandante que se le reconozca la calidad de trabajadora oficial. Petición a la que se opone la demandada al considerar que, de conformidad con los nuevos estatutos de EMCALI, la actora fue nombrada como Jefe de Unidad, cargo que tiene la categoría de empleado público.

Sí bien es cierto que tanto empleados públicos como trabajadores oficiales son servidores públicos, el trabajador oficial se vincula mediante un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones aplicables, las cuales están regidas por normas especiales que consagran un mínimo de derechos laborales.

En el presente caso, la discusión central, se da precisamente en determinar si la actora es o no una trabajadora oficial, por lo tanto, al ser está la controversia, corresponderá adelantar todo el debate probatorio para definir la calidad de servidora pública que

ostenta la demandante. Pero ante la formulación de la excepción previa propuesta, se parte de la afirmación que hace la promotora de la acción, al considerarse que es trabajadora oficial para que esta jurisdicción adquiere la competencia y en las etapas posteriores del proceso de acuerdo con el material probatorio se definirá si en efecto, se acredita por las partes, sus afirmaciones, esto es, si la parte actora demostró funciones propias de un trabajador oficial o si la parte demandada logra destruir esa afirmación para que se considere a la actora como empleada pública. Por consiguiente, se mantiene la decisión de primera instancia.

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR el auto número 2870 del 11 de noviembre de 2021, proferido por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

La anterior decisión quedará notificada con la sentencia que a continuación se profiere.

SENTENCIA N. 0510

Conocidos los antecedentes del proceso, el A quo emite la correspondiente sentencia en la que decide declarar probada parcialmente la excepción de prescripción respecto a las prestaciones convencionales causadas con anterioridad al 23 de noviembre de 2017 y no probadas las demás excepciones propuestas. Declara que la demandante

ostenta la calidad de Trabajadora Oficial dentro de EMCALI EICE ESP. Condena a la demandada al pago de la prima de navidad, liquidando ésta, además, ordena que el valor de las cesantías debe ser consignada en el fondo al que se encuentra vinculada la actora, que las vacaciones y prima de vacaciones deben ser pagados de conformidad con el artículo 33 de la convención colectiva de trabajo en la medida que la causación es con posterioridad al 23 de noviembre de 2017. Advierte que se deberá seguir reconociendo y cancelado los derechos convencionales en la medida que subsistan las causas que le dieron origen. Autoriza a la demandada a realizar los descuentos de las cuotas sindicales con destino a la organización sindical SINTRAEMCALI, a partir del 23 de noviembre de 2017 y en adelante, mientras pueda beneficiarse del acuerdo convencional.

Para arribar a esa conclusión el operador judicial da valor probatorio a la prueba documental, encontrando que la actora labora para el servicio de EMCALI desde el 15 de octubre de 2010, vinculación que inicialmente fue como Jefe de Departamento y en la actualidad se desempeña como Jefe de Unidad, en virtud de la supresión del cargo antes citado.

Además, que no es materia de discusión que EMCALI EICE ESP es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden municipal, donde por regla general todos sus trabajadores tienen la condición de trabajadores oficial y sólo por excepción serán empleado público lo que señale los estatutos, que deben corresponder a actividades de dirección y confianza, de conformidad con el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968.

Que revisado el material probatorio, como lo son las resoluciones de la Junta Directiva y los estatutos en ellos contenidos, concluye que la actora es trabajadora oficial, porque la excepción es que el cargo sea de empleado público, donde no se evidencia

que la junta directiva de la entidad demandada haya denominado de manera suficiente jurídicamente y acorde con la ley que el cargo especifico de la demandante es de empleada pública, porque de manera somera en los actos administrativos se ha denominado Jefe de Unidad, donde se observa varios tipos de jefes de unidad dentro de la demandada y que de acuerdo con las funciones, éstas no se adecuan para nada a funciones propias de dirección, manejo y representación de la entidad demandada, sino por el contrario hacen referencia a actividades de simple ejecución dentro de la empresa, máxime que la demanda no ha establecido con claridad cuáles son las actividades de dirección o confianza que deben ser realizadas por dichos empleados para que puedan ser considerados como empleados públicos.

En relación con la aplicación de la convención colectiva, el operador judicial atendiendo el artículo 471 del CST, determinó que la agremiación sindical agrupa a más de la tercera parte del total de los trabajadores, por ello las normas convencionales se extienden a todos los trabajadores sea o no sindicalizados y que de acuerdo con la prueba allegada, concluye que ese es el sindicato mayoritario.

Para efectos de contabilizar la prescripción, el A quo toma la data de la reclamación administrativa, 23 de noviembre de 2020 y reconoce los derechos causados tres años antes de esa calenda.

RECURSO DE APELACION

El mandatario judicial de la entidad demandada formula el recurso de alzada persiguiendo la revocatoria de la providencia impugnada y para lograr tal cometido, argumenta que la jurisdicción ordinaria laboral no es la competente para conocer de éste proceso, aunado a ello no se estudio el material probatorio, ni se practicaron todas las pruebas debidamente decretadas y que apuntaban a afirmar lo contrario a lo

expuesto en la sentencia, porque la demandante es una empleada pública, porque no se tuvo en cuenta los actos administrativos que contemplan los nuevos estatutos de la demandada, que clasificó el cargo que actualmente ostenta la actora como de empleado público. Además, refiere a que la demandante no hizo aportes al sindicato para beneficiarse de la convención colectiva, donde el fallo de primera instancia está concediendo unos beneficios convencionales que no le corresponden a la actora. Que de acuerdo con las pruebas recaudadas es claro que la promotora de este proceso no tiene funciones de sostenimiento de obras públicas para ser calificada como trabajadora oficial, que su cargo inicial fue de Jefe de Departamento y que, de acuerdo con los nuevos estatutos, ese cargo desaparece, reincorporan a la actora al cargo de Jefe de Unidad que es para empleados públicos y por ello esa es la calidad que ella ostenta. Reiterando que no es esta la jurisdicción competente.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a los argumentos expuestos en la alzada, corresponderá a la Sala determinar en primer lugar determinar la categoría de servidora pública que ostenta la actora y de acuerdo con la respuesta se definirá si tiene derecho a la aplicación de los beneficios convencionales.

Llama a la Sala la atención que el apoderado de la parte demandada, argumenta como una de las inconformidades contra la providencia de primera instancia, el hecho de no haberse practicado todas las pruebas debidamente decretadas. La Sala al revisar la audiencia llevada a cabo por el juzgado de conocimiento, observa que en efecto realizó las etapas prevista en el artículo 77 del CPL y SS y fijó fecha para adelantar la audiencia de que trata el artículo 80 del mismo estatuto procesal del trabajo y

consideró que no era necesaria la prueba testimonial e interrogatorios de parte que había decretado. Decisión que pudo haber apelado el apoderado de la parte demandada, de conformidad con el artículo 65 del CPL y SS, pero esa omisión de la parte pasiva no puede ahora servir de argumento para censurar la sentencia por ese hecho, porque se reitera, bien pudo interponer los recursos de ley para que se practican las pruebas cuyo objeto aduce en el recurso de apelación formulado contra la providencia que puso fin a la primera instancia.

Si bien, se resuelve en esta misma audiencia la apelación formulada contra el auto que decidió la excepción de falta de competencia, es claro que se advirtió que la sola afirmación de la demandante, conllevaban a que se determinará que esta jurisdicción conocería de esta acción, pero que era necesario adelantar todo el proceso a fin de establecer de manera definitiva si se acredita la calidad de trabajadora oficial que se reclama. Para ello se hace el siguiente análisis:

Milita en el proceso los siguientes documentos:

1. Copia del Acuerdo 014 del 26 de diciembre de 1996, mediante el cual se trasforma a las Empresas Municipales de Cali – EMCALI en una empresa industrial y Comercial del Municipio (pdf. 01)
2. El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, del 12 de noviembre de 2002 declaró la nulidad de la Resolución GG 7447 del 24 de diciembre de 1997, por medio la cual el Gerente de EMCALI clasificó los cargos de Jefe de Departamento como cargos de empleado público (pdf. 01
3. Copia de la Resolución JD 0003 del 20 de enero de 1999, mediante la cual se dictan los estatutos internos de la demandada (pdf. 01)
4. Copia del Acuerdo 034 de 1999, mediante el cual el Concejo Municipal de Cali, adopta el estatuto orgánico de EMCALI EICE ESP (pdf 01)

5. Copia de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. del 25 de marzo de 2004, mediante la cual declara la nulidad del aparte del artículo 16 del Acuerdo 34 del 15 de enero 1999, proferido por el Consejo Municipal de Santiago de Cali, dado que, en ese acto administrativo, esa corporación, había enlistado los cargos que debían ser considerados como empelados públicos. Definiendo la jurisdicción contenciosa: *"En este caso, el Concejo Municipal no podía enlistar los cargos que habrían de ser considerados como empleos públicos, al hacerlo ejerció una competencia ajena, que la ley fijó en cabeza de la junta directiva de las entidades mismas, por ser las que tienen a su cargo la expedición de los estatutos de las empresas industriales y comerciales".* Dentro del listado de cargos a que se hace referencia estaba el de Jefe de Departamento (pdf 01)

6. Copia de la Resolución 000820 del 2004, mediante la cual se expide el estatuto interno y la estructura organizacional de EMCLI, se adoptan las plantas de cargos, Observándose que en el artículo undécimo se hizo la relación de los cargos de empleados públicos, entre ellos el Jefe de Departamento (pdf)

7. El 26 de noviembre de 2019, nuevamente la junta directiva de EMCALI EICE ESP expide nuevos estatutos.

8. Copia de la Resolución JD 001 del 06 de octubre de 2020, mediante la cual se adopta los estatutos internos de las Empresas Municipales de Cali, EMCALI EICE ESP. Y a partir del capitulo V se establece el régimen de personal, disponiendo en el artículo vigésimo sexto, lo siguiente: *" Para todos los efectos legales, las personas que prestan sus servicios a EMCALI EICE ESP, tendrán el carácter de trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo, a excepción de los cargos que son empleados públicos de libre nombramiento y remoción: gerente general, secretario general, gerentes de unidades*

estratégicas de negocio, gerentes de área, asesor de gerencia general, subgerentes, tesorero, director de control disciplinario, directo de control interno, jefe de unidad, coordinador, asistente especializado, secretario privado de gerencia general". En el artículo siguiente, se consigna: "Las siguientes son las responsabilidades de dirección y confianza que desarrollan los empleados públicos de libre nombramiento y remoción de que trata el artículo anterior de la presente resolución: - Dirigir las políticas, planes, programas y proceso de la empresa de acuerdo con la normatividad vigente y necesidades del servicio, para el cumplimiento de su misión y el logro de sus objetivos. – Dirigir la ejecución de planes, programas, proyectos, procesos y actividades relacionadas con el servicio público a cargo, de acuerdo con el objeto misional de EMCALI y los lineamientos de la Gerencia General - Dirigir lo relacionado con los asuntos jurídicos, la defensa judicial y la prevención del daño antijurídico de la empresa, - Dirigir lo relacionado con la ejecución de procesos transversales y de soporte para la ejecución de los procesos misionales a cargo de la empresa, - Dirigir y coordinar lo relacionado con la formulación y ejecución de las políticas, planes y programas de acuerdo con los lineamientos corporativos y estrategias institucionales, - Dirigir la administración de los recursos de iliquidez de la empresa, - Dirigir las políticas, planes, programas de la empresa, tendientes al recaudo y pago para el cumplimiento de la misión y el adecuado logro de los objetivos de la entidad, - Asesorar a la Gerencia General en la conceptualización y la definición de las políticas, planes, programas, proyectos y formas de operación tendientes a desarrollar el objeto empresarial. – Dirigir y coordinar lo relacionado con el Sistema de Control Interno de la empresa. – Asesorar a la Gerencia General en la implementación, ejecución, evaluación y seguimiento de los componentes del sistema de control interno y en la adopción de mecanismos de autocontrol, autoregulación, valoración del

riesgo y mejoramiento continuo de conformidad con las normas legales vigentes y las metodologías aplicables, - Asesorar a la Gerencia General en la formulación de propuestas técnicas y la gestión para la consecución de los recursos adicionales, provenientes de cooperación nacional e internacional, así como la generación de alianzas estratégicas con organismos nacionales y extranjeros en el marco del objeto empresarial..", El artículo 27 fue modificado por la resolución JD 009 del 03 de noviembre de 2020 (pdf 01)

9. Copia de la Resolución JD 003 del 06 de octubre de 2020, mediante el cual se adoptan la estructura administrativa y funciones básicas de gobierno corporativo de EMCALI EICE ESP. (pdf 01)
10. Copia de la Resolución JD 005 del 06 de octubre de 2020, por medio de la cual se adopta la planta de cargos de conformidad con la estructura administrativa de EMCALI EICE ESP. (pdf 01)
11. Copia de la Resolución JD 006 del 30 de octubre de 2020, se determina la escala de remuneración de los empleados públicos de la demandada (pdf 01)
12. Copia de la Resolución GG N. 001551 del 05 de octubre de 2010, mediante la cual el Agente Especial de EMCALI EICE ESP designado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, nombra a la ingeniera LUZ AMELIA SANDOVAL RIVAS *"en el empleo público de JEFE DE DEPARTAMENTO Código de cargo 920.001 Área Funcional Administración Departamento Code 7310100, Departamento de Gestión Administrativa Code 7310100 de la Gerencia Unidad Estratégica de Negocios de Acueducto y Alcantarillado …*". Acompañándose la corresponde acta de posesión fechada el 15 de octubre de esa anualidad.
13. Reporte de datos expedido el 15 de julio de 2021 por la demandada en que se indica que actualmente la actora se desempeña como JEFE DE UNIDAD, que

el tipo de vinculación es de empleado público de libre nombramiento y remoción (pdf. 01)

De acuerdo con las pruebas citadas, encontramos que la entidad demandada en el año 1996 se transformó a una Empresa Industrial y Comercial del Estado.

El artículo 85 de la Ley 489 de 1998, define a las empresas industriales y comerciales del Estado como organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características: a. Personería jurídica; b. Autonomía administrativa y financiera; c. Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

Al darse lectura al Acuerdo 014 de 1996, mediante el cual el Concejo Municipal transformó a las Empresas Municipales de Cali, en una Empresa Industrial y Comercial del Municipio, se observa que ese acto administrativo se emite en acatamiento de lo dispuesto por el parágrafo 1 del artículo 17 de la Ley 142 de 1994.

Sobre la clasificación del personal que labora en esta clase de entidades, es necesario traer a colación, la literalidad del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, que dispone:

> *"Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.*

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

La condición de trabajador oficial se utilizan dos criterios: el orgánico, esto es la clase de entidad donde se labora, que consiste en definir como trabajadores oficiales a quienes prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de cualquier nivel y sin contar para nada las funciones asignadas al respectivo organismo, con excepción de aquellos que desempeñen cargos de dirección y confianza, y así se señala en los estatutos, y el funcional, es decir, las actividades a desarrollar que otorga esa condición a quienes en los establecimientos públicos, superintendencias, ministerios o departamentos administrativos y sus equivalentes en el ámbito territorial o distrital ejecutan labores relacionadas con la construcción y sostenimiento de obras públicas.

De la literalidad de la norma, resulta de importancia, tener en cuenta que la entidad demandada es una empresa industrial y comercial del orden territorial, por lo tanto, la clasificación del personal a su servicio, es por regla general trabajador oficial y por excepción son empleados públicos.

Al parecer de acuerdo con los argumentos de alzada, se confunde lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, porque se pretende calificar a la demandante como empleada pública porque la labor asignada no tiene que ver con la construcción o sostenimiento de obras públicas. Cuando esa actividad sirve para enmarcar a un trabajador oficial pero que labore en los establecimientos públicos, superintendencias,

ministerios o departamentos administrativos, entidades públicas del nivel territorial, como Gobernaciones, Alcaldías, Concejos Municipales, Asamblea, etc., porque en esas entidades la regla general es que son todos empleados públicos, salvo el personal que tenga asignadas funciones de construcción o sostenimiento de obras públicas. Pero cuando la entidad tiene la naturaleza jurídica de Empresa Industrial y Comercial del Estado, como lo es EMCALI EICE ESP, es irrelevante si tenía o no funciones de construcción o sostenimiento de obras públicas, porque aquí la regla general es al contrario, todos son trabajadores oficiales y serán por excepción empleados públicos, entendidos como éstos los que tienen dirección dentro de la empresa.

En el caso en estudio, al ser la regla general que todos los servidores públicos de EMCALI EICE ES son trabajadores oficiales, corresponde a la entidad demandada demostrar la excepción, es decir, acreditar que la actora era Empleada Pública.

Dentro de los documentos antes citados, encontramos que se han emitido varios actos administrativos que establecieron los estatutos de la empresa, que, de acuerdo con la data de vinculación de la actora, lo sería a partir de la Resolución 000820 de 2004, que hizo una clasificación de dos categorías de cargos, administrativos y operativos, encontrándose dentro del primer grupo se encuentra relacionado el cargo de Jefe de Departamento. Además, en el artículo undécimo se hace la relación de los cargos de empleados públicos, donde se encuentra enlistado el cargo de Jefe de Departamento.

De acuerdo con el texto de ese acto administrativo, la entidad demandada se limitó a hacer la simple relación de cargos, sin cumplir el objetivo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, cual era: "*precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos*",

porque no se trataba simplemente de enlistarlos, sin indicar de manera clara, precisa, que actividades de dirección o confianza pueden ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. Tema del que se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, el radicado 24492 de 2005, SL 4042, SL 4365 y SL 3417, éstos emitidos en el año 2019. Donde expone:

> "*La sala advierte que tal resolución no puede considerarse como estatuto de la entidad, en la medida que únicamente se limita a describir los cargos de la empresa cuyos titulares son empleados públicos, pero no determina cuales son las actividades de dirección o confianza que pueden desempeñar, situación que tampoco se desdibuja por el hecho de que el tribunal administrativo del valle del cauca no haya declarado la nulidad de tal perceptiva.*"

Concluye la Sala que el tiempo que la actora se desempeñó como Jefe de Departamento no fue empleada pública, que era la excepción que trae el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, por lo tanto, se debe aplicar la regla general, esto es la calificación de trabajadora oficial y como tal la jurisdicción laboral es la competente para conocer de esta acción de conformidad con el artículo 2 del CPL y SS, porque la vinculación de esa clase de servidores públicos se debe hacer por contrato laboral, perdiendo relevancia la modalidad que utilizó la parte demandada, que lo hizo a través de acto administrativo de nombramiento y posesión.

Se ha señalado la parte demandada que la actora fue reincorporada en el nuevo cargo de Jefe de Unidad, Área Funcional de Administración, dependencia Unidad de Producción Agua Potable, adscrita a la Gerencia Unidad Estratégica de Negocio de Acueducto y Alcantarillado el 05 de noviembre de 2020. Cargo que en los nuevos estatutos de la empresa es de empleado público, en razón a su naturaleza, funciones y responsabilidades.

A través de la Resolución JD 001 del 06 de octubre de 2020, mediante la cual se adopta los estatutos internos de las Empresas Municipales de Cali, EMCALI EICE ESP, donde a partir del capítulo V se establece el régimen de personal, disponiendo en el artículo vigésimo sexto, lo siguiente: *" Para todos los efectos legales, las personas que prestan sus servicios a EMCALI EICE ESP, tendrán el carácter de trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo, a excepción de los cargos que son empleados públicos de libre nombramiento y remoción: gerente general, secretario general, gerentes de unidades estratégicas de negocio, gerentes de área, asesor de gerencia general, subgerentes, tesorero, director de control disciplinario, directo de control interno, jefe de unidad, coordinador, asistente especializado, secretario privado de gerencia general*".

De acuerdo con ese acto administrativo la actora al cambio de la denominación del cargo de Jefe de Departamento al Jefe de Unidad y que, para la entidad demandada, es una empleada pública. Pero nuevamente, es necesario tener en cuenta el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, que exige que en los estatutos de la empresa se deberán "*precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos"*

En el artículo 27 de la Resolución JD 001 del 06 de octubre de 2020, en el que se consignan las responsabilidades de dirección y confianza que desarrollan los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, donde se observa que las enumeradas en esa norma, se pueden agrupar en las de DIRIGIR la ejecución de planes, programas, proyectos, procesos y actividades relacionadas con el servicio público a cargo, de acuerdo con el objeto misional de EMCALI y los lineamientos de la Gerencia General y la de ASESORAR a la Gerencia General en la conceptualización y

la definición de las políticas, planes, programas, proyectos y formas de operación tendientes a desarrollar el objeto empresarial.

De acuerdo con las responsabilidades señaladas, es claro que la actora no tenía la función de dirección que generara la calidad de empleada pública, porque si bien en la Resolución JD 001 del 06 de octubre de 2020, se utilizó en repetidas ocasiones el vocablo "dirigir", para aparentemente dar la visión de una responsabilidad propia de esa clase de servidores públicos, pero al darse lectura a todas las responsabilidades señaladas en ese acto administrativo, siempre correspondía "DIRIGIR LA EJECUCIÓN", lo que lleva a señalar que el plan, programas, proyectos, procesos, era elaborado por persona diferente, quien si tiene la función de dirección, mientras que la actora sólo debía de dirigir lo planeado por otro, sin que se pueda catalogar como una función de dirección general.

Bajo las anteriores consideraciones se declarará que los cargos ostentados por la actora siempre han sido de trabajadora oficial.

El otro punto de censura formulado contra la decisión de primera instancia, radica en la aplicación de la convención colectiva a la actora. Y para determinar si es o no procedente concederle a la actora beneficios convencionales, nos remitos a las normas sustantivas del trabajo, donde el artículo 470 dispone:

> *"Las convenciones colectivas entre empleadores y sindicatos cuyo número de afiliados no exceda la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, solamente son aplicables a los miembros del sindicato que las hayan celebrado, y a quienes adhieran a ellas o ingresen posteriormente al sindicato"*

Y el artículo 471 establece:

> "*1. Cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las*

normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean no sindicalizados… "

La Sala Labora de la Corte Suprema de Justicia en varios de sus pronunciamientos realizados en procesos que han cursado contra la aquí demandada, ha señalado la aplicación de las normas citadas, es decir, la extensión de la convención colectiva al personal no sindicalizado, mientras la agremiación sindical tenga como afiliados a más de la tercera parte del total de los trabajadores al servicio de EMCALI EICE. Pronunciamientos que se encuentran en las sentencias SL 1327 de 2020, SL 3417 de 2019 y SL 4635 de 2019, entre otras.

Obra dentro del plenario, certificación emitida por SINTRAEMCALI, fechada el 08 de enero de 2020, donde indica el número de afiliados a esa agremiación desde el mes de enero de 2014 y mes a mes, hasta diciembre de 2019. (PDF. 01) Igualmente se encuentra al (pdf 09), comunicación enviada por el gerente del área de gestión humana y activos de la demandada, fechada el 04 de noviembre de 2021, que informa el número de trabajadores activos y número de trabajadores sindicalizados.

La Sala de acuerdo con esa información determina que el sindicado SINTRAEMCALI agrupa más de la tercera parte del personal que labora al servicio de la demandada, como puede verse en el siguiente cuadro.

AÑO	TOTAL TRABAJADORES	TRABADORES SINDICALIZADOS	3A. PARTE
2014	2434	1859	**811**
2015	2431	1818	**810**
2016	2436	1760	**812**
2017	2436	1736	**812**
2018	2411	1746	**804**

2019	2376	1711	**792**
2020	2373	1704	**791**
2021	2343	1787	**781**

Al acreditarse el requisito previsto en el articulo 471 del CST, la actora goza de los beneficios convencionales, como lo determinó el A quo.

Bajo las anteriores consideraciones se mantiene la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de EMCALI EICE ESP y a favor del promotor del litigio. Fíjense en esta instancia como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia número 238 del 22 de noviembre de 2021, emitida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito, objeto de apelación.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la entidad demandada y a favor del promotor del litigio. Fíjense en esta instancia como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado.

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali) y a los correos personales de los apoderados judiciales de las partes.

DEMANDANTE: LUZ AMELIA SANDOVAL RIVAS
APODERADO: LUIS MARIO DUQUE
Luismarioduque01@hotmail.com

DEMANDADO: EMCALI
APODERADO: JOSE RAMIRO SANDOVAL MOSQUERA
notificaciones@emcali.com.co

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada
Rad. 007-2021-00384-01