

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

PROCESO: *Ordinario Laboral*
DEMANDANTE: *DIEGO HERNAN BOLAÑOS GONZÁLEZ*
DEMANDADO: *EMCALI E.I.C.E.*
RADICACIÓN: *76001-31-05-011-2017-00107-01*
ASUNTO: *Apelación de sentencia de 04 de marzo de 2020*
ORIGEN: *Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali*
TEMA: *Declaración de trabajador oficial*
DECISIÓN: *Confirma*

MAGISTRADA PONENTE: MARIA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, doce (12) de abril de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA Y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo la apelación interpuesta por los apoderados de ambas partes frente a la sentencia del 04 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **DIEGO HERNÁN BOLAÑOS GONZÁLEZ** contra las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI -EMCALI E.I.C.E E.S.P-** con radicado No. **76001-31-05-011-2017-00107-01**.

SENTENCIA No. 021

DEMANDA y SUBSANACIÓN¹. El promotor de la acción pretende se ordene se celebre por escrito y con vigencia a partir del día 08 de agosto de 2012 el contrato de trabajo que lo vincula con ENCALI E.I.C.E E.S.P, dada su calidad de trabajador oficial; que se condene conforme lo establecido en la convención colectiva de trabajo vigencia 2011-2014, celebrada entre SINTRAEMCALI Y EMCALI E.I.C.E E.S.P a pagar desde el 08 de agosto de 2012 y hasta cuando se encuentre vigente el acuerdo convencional, el

¹ Fls. 5-22
Sala Laboral Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali

reajuste salarial conforme a lo establecido en el artículo 25; las prestaciones sociales convencionales: prima semestral de junio, prima de navidad, prima semestral extralegal de mayo, prima semestral extra de navidad, prima de antigüedad, prima de vacaciones, liquidación primas, pago de cesantías, inclusión horas extras, beneficios educativos y préstamos para vivienda; que todos estos valores se le deben cancelar con su correspondiente indexación e intereses moratorios, todos estos entre la fecha de la ejecutoria de la sentencia y la fecha de pago de la misma, conforme a lo estatuido en el artículo 192 del CPACA.

Como hechos relevantes de su demanda se tiene, la transformación de las empresas EMCALI E.I.C.E E.S.P en una empresa comercial industrial y comercial del municipio; la suscripción de una convención colectiva de trabajo entre EMCALI E.I.C.E E.S.P y SINTRAEMCALI vigencia 2011-2014, aplicable a todos los trabajadores oficiales; la vinculación del actor a la empresa EMCALI EICE E.S.P en un primer período entre el 10 de agosto de 1987 y el 19 de febrero de 1998 y en una segunda etapa entre el 08 de agosto de 2012 tomando posesión del cargo de Jefe de Departamento, clasificado por la demandada como empleo público, con asignación mensual de \$6.683.156, cargo declarado por el Concejo de estado como trabajador oficial.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

EMCALI E.I.C.E² Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, con fundamento en la condición de empleado público del demandante desde el inicio de su relación legal y reglamentaria con EMCALI E.I.C.E E.S.P en ejercicio de actividades de dirección, confianza o manejo, según resolución 001452 de 02 de agosto de 2012 y acta de posesión No. 659596 de 08 de agosto de 2012, siempre ejerció el cargo de jefe de departamento, cargo clasificado en el estatuto interno de EMCALI E.I.C.E E.S.P contenido en la Resolución No. 820 del 20 de mayo de 2014 como de empleado público.

Propone como excepciones de fondo: presunción del artículo 5 del decreto 3135 de 1968, de la calidad de afiliado del demandante al sindicato SINTRAEMCALI no demostrada, cosa juzgada formal al realizar control de

² Fls. 174-203
Sala Laboral Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali

legalidad de los actos administrativos- de la legalidad de la resolución 820 de 2004, imposibilidad de reconocimiento de privilegios o beneficios convencionales a empleados públicos, inexistencia de la calidad de beneficiario de la convención colectiva de trabajo 2011-2014 suscrita entre EMCALI E.I.C.E E.S.P y SINTRAEMCALI, incompatibilidad de pretensiones de indexación e intereses moratorios, actividades de dirección, manejo y confianza del cargo de jefe de departamento, prohibición de extensión de beneficios convencionales suscritos con trabajadores oficiales a empleados de dirección y manejo o confianza en el ejercicio del cargo público, prescripción, legalidad y presunción de los actos administrativos de nombramiento del demandante en el cargo Jefe de Departamento, inaplicabilidad al demandante de la convención colectiva de trabajo 2011-2014, buena fe e innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia de 04 de marzo de 2020, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR probada de manera oficiosa la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, respecto a la prima de navidad, cesantías, horas extras, beneficio educativo y préstamo para vivienda. Se desestiman los medios exceptivos propuestos por la demandada.

SEGUNDO: DECLARAR que el señor DIEGO HERNÁN BOLAÑOS GONZÁLEZ tiene la categoría de trabajador oficial al servicio de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI EICE ESP, desde el 8 de agosto de 2012, calidad que ostentará hasta que se mantengan las condiciones concluidas en la parte considerativa.

TERCERO: CONDENAR a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI EICE ESP a reconocer y pagar los siguientes valores por concepto de prestaciones convencionales:

1. \$578.779 por reajuste salarial causado entre 2013 y 2014. Para los años subsiguientes, EMCALI deberá cancelar las diferencias entre el salario pagado por estos años, y el estipendio que debió pagar conforme los incrementos regulados convencionalmente.

2. \$23.070.203 por la prima semestral de junio causada desde 2013 hasta 2019.

3. \$19.617.365 como prima semestral extra de mayo causada entre 2013 y 2019.

4. \$31.881.749 por la prima extra de navidad causada desde 2012 hasta 2019.

5. \$12.586.680 por la prima de antigüedad generada entre 2016 y 2019.

6. \$53.501.906 como prima de vacaciones causada de 2013 a 2019.

Los anteriores valores deberán ser indexados al momento del pago.

En lo sucesivo, las prestaciones liquidadas y las demás a las que tenga derecho el trabajador vía CCT, deberán pagársele hasta que se mantengan las condiciones de su vinculación advertidas en el presente proceso, por virtud de lo cual accedió al reconocimiento de las mismas.

CUARTO: ABSOLVER a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI-EMCALI EICE ESP, de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada. Por secretaría inclúyase en la liquidación de costas como agencias en derecho el 3% de los sumas objeto de condena.”

El juez luego de valorar los actos administrativos que, acompaña la parte demandada con el fin de demostrar que el actor cumple funciones propias de un empleado público y citar lo dicho por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL883-2013, SL4042-2019 y SL4635-2019 del 29 de octubre de 2016, concluyó que la cuestión estudiada se asemeja a lo señalado por la Jurisprudencia, como quiera que para el caso del actor, las regulaciones en las que basa la demandada la premisa de su inclusión en el grupo de empleados públicos, carecen de la precisión exigida por el Decreto 3135 de 1968, para considerarlos con tal calidad, por lo que la falta de determinación siguiendo los parámetros legales descritos, encuadran al actor en la generalidad de los trabajadores oficiales.

Seguido a la declaración de que el demandante es trabajador oficial, determinó la existencia, vigencia y aplicabilidad de la convención colectiva de trabajo 2011-2014, solicitada por el actor y la procedencia de los conceptos por él rogados con fundamento en dicha fuente de derecho, procediendo al establecimiento de las condenas por incremento salarial, tomando como base el salario percibido por el demandante en los años 2012 a 2014, según reporte de folio 156, y aplicando los porcentajes de aumento establecidos en el citado acuerdo. Estableció que por los años 2013-2014 la empresa adeuda la suma de \$578.779. Al no tener prueba de los salarios pagados de 2015 a 2020, dispuso que EMCALI cancele las diferencias entre el salario pagado por estos años, y el estipendio que debió pagar conforme los incrementos regulados convencionalmente.

En relación con la prima semestral extra de mayo (artículo 30.), la prima semestral extra de navidad (Art. 31), prima de antigüedad (art. 32) y la prima de vacaciones (Art. 33), indicó que las mismas se liquidarán con los salarios incrementados conforme la convención. Concluyendo que la demandada adeuda entre otros conceptos por la prima de antigüedad generada entre 2016 y 2019 la suma de \$53.501.906.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

La **PARTE DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación parcialmente sobre la liquidación de las prestaciones sociales convencionales por las siguientes razones; primero, si no se sabe el valor salarial del año 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020, ese valor salarial influye en la liquidación; segundo, la prima de antigüedad, el haber trabajado el demandante una primera etapa entre 1987 y 1998, considera que esta debe ser tenida en cuenta para liquidar la prima de antigüedad.

EMCALI E.I.C.E E.S.P presentó recurso de apelación ante la declaratoria del demandante como trabajador oficial y las consecuencias derivadas de dicha declaración de pagos de emolumentos convencionales, citando el artículo 230 y 53 de la CP y que si bien es cierto sobre la omisión de la Junta Directiva de EMCALI E.I.C.E E.S.P y de los estatutos que pueden regular el funcionamiento, la estructuración y reestructuración de la misma empresa como tal, no pueden estos estatutos estar por encima de los mandatos legales que existen esto es la ley 909 de 2004 artículo 5 que habla sobre la clasificación de empleos y artículo 5 del decreto 3135 de 1968, luego no puede por más que haya habido omisión de la Junta Directiva de determinar que cargos son empleados públicos, saltarse el principio de la realidad sobre las formalidades, y la realidad es que el trabajador oficial tiene dentro de sus funciones la de obra pública construcción y las de empleado público de manejo y confianza, siendo las funciones del demandante las de estas últimas y por esa razón fue vinculado mediante nombramiento.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Habiendo presentado alegatos sólo el apoderado de la parte demandante, ratificándose en los hechos y fundamentos de derecho esbozados en la demanda.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a "...las materias objeto del recurso de apelación..." de conformidad con el principio de consonancia.

PROBLEMA JURÍDICO. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, se centra a resolver: (i) si le asiste razón al apoderado de la demandada en que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto declaró que el demandante tiene la categoría de trabajador oficial y las consecuencias que de esa declaración se derivaron, por insistir que el actor ejerce funciones de dirección, manejo y confianza y no de obra o construcción, por tanto es un empleado público, por lo que pese a que la Junta Directiva y los estatutos no haya clasificado cuales cargos son de empleados públicos, no pueden estos estatutos estar por encima de los preceptos constitucionales artículo 230 y 53 y los mandatos legales, ley 909 de 2004 y artículo 5 que hablan sobre la clasificación de empleos públicos y oficiales; (ii) de mantenerse incólume la sentencia de primera instancia, determinar si la falta de conocimiento de los valores salariales de los años 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020, influye en la liquidación que estableció el A quo y si para la prima de antigüedad se debe tener en cuenta el periodo laborado por el demandante en EMCALI E.I.C.E E.S.P en el periodo de 1987 a 1998.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que no es materia de debate dentro del presente asunto **1:** la vinculación laboral del demandante a la empresa EMCALI E.I.C.E, en dos periodos a saber: del 10 de agosto de 1987 al 19 de febrero de 1998 y del 08 de agosto de 2012 hasta la fecha; **2.** La transformación de la empresa EMCALI por Acuerdo No. 14 de 26 de diciembre de 1996 y en concordancia con la ley 142 de 1994 EMCALI de un

establecimiento público a una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal a partir del 01 de enero de 1997.

La discusión en este caso gira en torno a que la demandada insiste en su recurso de alzada que las labores que realiza el demandante en su planta de personal, pese a la omisión de la Junta Directiva y de los estatutos de determinar que cargos son de empleado público, las funciones que ejerce el demandante son de dirección, manejo y confianza y no de obra o construcción.

Ahora bien, partiendo de la naturaleza jurídica de la entidad accionada esto es la de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, siguiendo lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 3155 de 1968, las personas que prestan sus servicios en dichas empresas son trabajadores oficiales; sin embargo, prescribe la misma norma que los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

De manera que, a la luz de la anterior pauta normativa, la regla general es que todas las personas que presten servicios a Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales, y la excepción a dicha generalidad la constituyen los empleados públicos que desempeñan funciones de dirección y confianza, previa estipulación que de ellos se hagan en los estatutos de las empresas en referencia.

Es aquí en este punto donde el recurrente reconoce que aunque en el presente proceso no existe la específica regulación por parte de la Junta Directiva de EMCALI E.I.C.E E.S.P, en el sentido que se precise que el cargo desempeñado por el actor de Jefe de Departamento, perteneciente al Departamento de Bombeo, de la Gerencia Unidad Estratégica de Negocios de Acueducto y Alcantarillado, esté considerado como empleo público, lo cierto es que el actor no desempeña funciones de construcción y obra, sin embargo no trajo ningún elemento de prueba que conlleve a deducir esta conclusión que pretende emita esta segunda instancia, pues las únicas que acompaña son las de tipo documental relacionadas con los actos administrativos, comunicaciones y memorandos expedido por EMCALI

E.I.C.E, referente al nombramiento y posesión del demandante, traslado del mismo como Jefe de Departamento a otras áreas de la empresa, reprogramaciones de vacaciones, comisiones al exterior del demandante, resoluciones internas donde se cataloga el cargo de Jefe de Departamento como de nivel directivo, sin embargo todas estos documentos solo se limitan a describir el cargo de Jefe de Departamento como del nivel directivo, pero no determinan cuales son las actividades de dirección, confianza que pueden desempeñar personas que tengan la condición de empleados públicos, por lo que no tienen dichas probanzas el carácter de reemplazar la exigencia que viene estipulada en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, máxime cuando la calidad de empleado público no puede acreditarse con un acta de nombramiento y posesión pues dicha condición no se demuestra de acuerdo a su forma de vinculación sino a lo establecido en la ley.

Es así que al no existir en los estatutos de EMCALI que el cargo del demandante sea de empleado público, el fundamento de que el demandante ostenta tal calidad no puede sostenerse por sí solo, teniendo en cuenta la regla general establecida en la empresa que no es otra que la de trabajadores oficiales.

El anterior argumento es el que sostiene la Corte Suprema de Justicia en procesos de contornos similares contra la empresa EMCALI como puede verse en la sentencia de CSJ SL, 23 ag. 2005, rad. 24492; CSJ SL, 23 mar. 2007, rad. 29948; CSJ SL, 12 feb. 2008, rad. 31977 y CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 35733 reiteradas en pronunciamiento reciente en la sentencia SL 198 de 06 de febrero de 2023 en la que la Corte analizó el mismo problema jurídico que aquí se ventila al estudiar sobre la pretensión de la declaratoria de un contrato de trabajo de una trabajadora de la empresa EMCALI que desempeña el cargo de Jefe de Departamento. En esta providencia recuerda el criterio de esa Corporación ya explicado así:

i) Conforme lo previsto en el inciso 2° del artículo 5° del Decreto Ley 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 292 del Decreto 1333 de 1996, los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado son por, regla general, trabajadores oficiales y solo excepcionalmente, de acuerdo con sus estatutos internos, empleados públicos, cuando ejercen funciones de dirección y confianza y;

ii) La Resolución n.° 820 de 2004 no puede tenerse como contentiva de los estatutos en mención, ya que simplemente se limita a describir los cargos

Sala Laboral Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali

de la empresa cuyos titulares son trabajadores oficiales o empleados públicos, según el anexo pertinente, pero no determina cuáles son las actividades de dirección o confianza que pueden desempeñar personas que tengan la condición de servidores vinculados a través de relación legal y reglamentaria.

Luego entonces, si bien en el artículo undécimo de la Resolución n.º 820 de 2004, se estableció que tendrían calidad de empleados públicos, quienes «con funciones de dirección o confianza de EMCALI E.I.C.E. ESP, ocuparan los siguientes cargos: **gerente general, gerente comercial, secretario general y coordinador**», lo cierto es que, como ya se dijo, **este acto administrativo no cumple los presupuestos exigidos en los decretos antes citados, ya que, se insiste, solo enuncia los cargos de la entidad que tendrían tal connotación, pero no especifica las actividades de dirección o confianza que pueden desempeñar, que son las que realmente justifican su categorización excepcional.** Lo subrayado y en negrita por esta Sala.

Colofón de todo lo anterior, no se demuestra por el recurrente que las funciones del cargo de Jefe de Departamento que ocupa el señor DIEGO HERNÁN BOLAÑOS GONZÁLEZ sean de dirección y confianza, luego no puede hablarse de que esa es la realidad que debe declararse conforme artículo 53 de la CN, pues por el contrario lo que emerge es que el actor es trabajador oficial conforme lo establece la ley, atendiendo la naturaleza jurídica de la empresa EMCALI E.I.C.E E.S.P como Empresa Industrial y Comercial del Estado, por lo que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia en este aspecto.

Ahora frente al segundo problema jurídico referente al reparo que hace el apoderado del demandante en cuanto a que considera que la falta de conocimiento de los valores salariales de los años 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020, declarada por el juez de primera instancia influye en la liquidación, debe decirse que verificado el expediente no se encuentra prueba distinta a la que tomó el a quo y que fue aportada por la parte demandante en el folio 156 y en la que no se determinan los salarios del año 2015 a 2020, elemento de juicio que era de su resorte allegar a los autos, luego al no existir prueba de dichos salarios la solución a la que acudió el juez de primera instancia, este Juez plural la encuentra ajustada a derecho, en cuanto dispuso que EMCALI cancele las diferencias entre el salario pagado por estos años, y el estipendio que debió pagar conforme los incrementos regulados convencionalmente, esto conforme la declaración de reajuste salarial establecida en sede judicial en favor del demandante y conforme el

artículo 25 de la convención colectiva de trabajo 2011-2014, la cual establece el incremento salarial conforme el IPC.

Finalmente, frente al raciocinio expuesto por el recurrente de que para la liquidación de la prima de antigüedad se debe tener en cuenta el primer tiempo que laboró en EMCALI E.I.C.E E.S.P desde el 10 de agosto de 1987 hasta el 19 de febrero de 1998, dicha pretensión debe decirse no fue expuesta en el libelo genitor de la demanda, luego no puede pretender subsanar dicha deficiencia en esta sede de instancia, máxime que si en gracia de discusión se tuviera que el actor expuso dicho argumento, se diría que esta solicitud no es procedente como quiera que la primera relación laboral se encuentra debidamente liquidada desde el momento que le fue aceptada su renuncia voluntaria al cargo de Director de Gerencia de Proyectos, a partir del día 19 de febrero de 1998, vale decir que cuando el actor regreso a hacer parte de la planta de la empresa EMCALI E.I.C.E E.S.P en el año 1992 habían transcurrido más de 16 años, por lo que hay solución de continuidad entre estos periodos por el laborado en dicha empresa.

Del mismo modo, encuentra esta Sala correctamente liquidadas las condenas por la prima semestral de junio, prima semestral extra de mayo, prima extra de navidad, y prima de vacaciones en las cuantías y tiempos de causación establecida por el A quo, pues verificadas tales condenas estas se encuentran liquidadas conforme lo establecido en los artículos correspondientes de la convención colectiva de trabajo 2011-2014; y por no tenerse más reparo por el recurrente que lo ya estudiado en precedencia, la consecuencia es la confirmación también de la sentencia en el aspecto de las condenas impuestas por el a quo a EMCALI E.I .C.E E.S.P-

Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

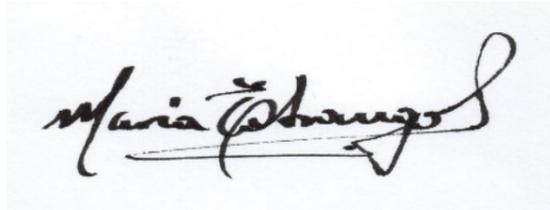
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia 95 del 04 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA