

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: PABLO EMILIO ASTROZ AVELLANEDA
DEMANDADO: EMCALI E.I.C.E. E.S.P.
RADICACIÓN: 76001-31-05-013-2014-00206-01
ASUNTO: Apelación sentencia de octubre 19 de 2015
ORIGEN: Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali
TEMA: Pensión de jubilación
DECISIÓN: Confirma.

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, dieciséis (16) de agosto de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral, conformada por las Magistradas CAROLINA MONTOYA LONDOÑO Y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, dado el permiso legalmente conferido a FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte DEMANDANTE contra la Sentencia No. 192 del 19 de octubre de 2015, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **PABLO EMILIO ASTROZ AVELLANEDA** contra **EMCALI E.I.C.E. E.S.P.**, con radicado No. **76001-31-05-013-2014-00206-01**.

SENTENCIA No. 167

DEMANDA¹. Pretende el promotor de la acción que se le reconozca la pensión vitalicia de jubilación convencional, a partir del 25 de noviembre de 2005, por haber cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicios exigidos en la CCT 2004-2008; se ordene el pago de la pensión incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre debidamente indexadas; así como también el pago de todos los beneficios establecidos en la convención para los jubilados, como auxilios educativos y prima extra de diciembre.

En respaldo de sus pretensiones, refiere que mediante Acuerdo Municipal No. 14 de 1996, EMCALI fue transformada en una Empresa Industrial y Comercial del municipio de Santiago de Cali y se dispuso que el

¹ Fs. 4-38 y 250-252

régimen laboral sería el de los trabajadores oficiales, con excepción de las actividades de dirección, confianza y manejo que debía precisarse en los estatutos de la entidad y que serían ejercidas por empleados públicos; que EMCALI y SINTRAEMCALI suscribieron la CCT 2004-2008, la cual por mandato legal se aplica a todos los trabajadores oficiales de la entidad, en razón a que el sindicato agrupa más de la tercera parte de los servidores públicos vinculados a la empresa; que estuvo vinculado con EMCALI del 2 de mayo de 1983 al 25 de mayo de 2004, fecha en la que fue retirado del servicio; que cumplió los 55 años de edad, el 30 de junio de 2005.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EMCALI E.I.C.E. E.S.P.². La entidad se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que el demandante estuvo vinculado a la empresa mediante una relación legal y reglamentaria y permaneció con esas condiciones hasta que fue declarado insubsistente en virtud de la Resolución No. GG-000820 del 20 de mayo de 2004 que suprimió el cargo de director sur-centro, razón por la que la pensión de jubilación convencional, ni ningún otro derecho contenido en la convención colectiva le es aplicable. Propone como excepciones de fondo las que denominó: Cosa juzgada; prohibición de extensión de beneficios convencionales a un expleado público y evitar deterioro al erario público; ilusorio sustento de sus pretensiones en contra del principio non bis in ídem; legalidad y presunción de legalidad de la clasificación adoptada por EMCALI a partir de su transformación en Empresa Industrial y Comercial del estado; no aplicación de convención colectiva de trabajo 2004-2008 a expleado público que en primer proceso no demostró la calidad de trabajador oficial, mucho menos beneficiario de la convención colectiva vigente para esa época; insuficiencia probatoria de beneficiario de la convención colectiva de trabajo 2004-2008; prescripción; falta de jurisdicción y competencia; prevalencia de la convención colectiva de trabajo, inexistencia de precedente judicial.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 192 del 19 de octubre de 2015, absolvió a EMCALI E.I.C.E. E.S.P. de todas las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

² Fs. 266-296

Como fundamentos de su decisión, el a quo señaló, en síntesis, que a pesar de que en el proceso anterior, en primera y segunda instancia, se declaró que el actor no había demostrado su calidad de trabajador oficial y, en sede de casación se consideró que si la había demostrado, pero no su condición de beneficiario de la convención, ello no hacía tránsito a cosa juzgada, por cuanto no existe identidad de objeto y de causa, pues en el primer proceso se demandó la pensión anticipada de jubilación y no la pensión plena de jubilación como en este caso. Agregó, que de acuerdo a la naturaleza jurídica de EMCALI como E.I.C.E., su regla general es que todos son trabajadores oficiales y excepcionalmente quienes desempeñen cargos de dirección, confianza y manejo serán empleados públicos, a la cual debía acudir al haberse declarado la nulidad por parte del Consejo de Estado del artículo 16 del Acuerdo 34 de 1999 mediante la sentencia del 25 de marzo de 2004. Además, que para el año 1999, cuando entró en vigencia la CCT 1999-2000, a la que remite la CCT 2004-2008, el actor desempeñaba el cargo de gerente de zona, el cual estaba clasificado como de empleado público a través de la resolución 0090 de 1999, que había superado el control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que en igual sentido sucede con la resolución 820 proferida por el agente especial de la Superintendencia de Servicios Públicos, que también clasificó dicho cargo como empleado público y superó el control de legalidad, por lo que, al contrastarse vigente esa clasificación para la época de los hechos, no resulta viable la reclamación del demandante, pues no le resultaba aplicable la convención colectiva al tener una relación legal y reglamentaria con la empresa.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

La parte **DEMANDANTE** apeló la sentencia y, como sustento de la alzada, argumentó que la Corte Suprema si concluyó dentro del proceso 2004-519, que el cargo que desempeñaba el actor era de trabajador oficial, pero el juez desconoció que en dicho proceso la parte demandada trajo a colación lo dicho por la jurisdicción contencioso administrativa frente a la resolución JD-090 de 1999, fallo dentro del cual el Tribunal Administrativo del Valle, si bien estima que el artículo 2° de la resolución es una norma legal, lo es frente a la clasificación de los cargo en EMCALI, y la ineficacia no es requisito para eliminar del ordenamiento jurídico una norma, sino que simplemente queda ahí, pero no existe. Agregó, que esa resolución fue analizada por la Corte Suprema de Justicia para concluir que el demandante era trabajador oficial para la época de los hechos de la primera demanda,

los cuales difieren en el actual proceso en relación con lo pedido y por ello no se concedió la cosa juzgada. Además, que el análisis de la resolución 820 no corresponde a la época de los hechos pretendidos, pues la fecha de retiro del actor fue el 20 de mayo de 2004 y dicha resolución, por errores de la entidad, sólo se publicó el 25 de mayo de 2004, por lo cual no gobierna la relación laboral, pero aún si la gobernara, el mismo Tribunal Administrativo del Valle concluyó que era una resolución legal, pero ineficaz.

Adujo que, si bien en la sentencia del 3 de marzo de 2007 se declaró nula la clasificación realizada en la resolución 820, la sorpresa es que EMCALI, utilizando la puerta giratoria, contrató como su abogado al Dr. Orjuela, recién salido del Consejo de Estado, quien persuadió a la magistrada ponente para que declarara la cosa juzgada, cuando ello ni siquiera se había pedido en la apelación, con lo que la gerencia de la entidad se salió con la suya para robar a la ciudad y a sus trabajadores.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La parte demandante reiteró los argumentos del recurso de apelación. La parte demandada insistió en el planteamiento de defensa esbozado en la contestación de la demanda. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

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.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, se centra a resolver: **i)** si el señor PABLO EMILIO ASTROZ AVELLANEDA ostentó la calidad de empleado público o trabajador oficial durante su vinculación con EMCALI E.I.C.E. E.S.P.; en caso de haber sido trabajador oficial, **ii)** establecer si es beneficiario de la Convención Colectiva 2004-2008 suscrita entre SINTRAEMCALI y EMCALI E.I.C.E. E.S.P. y; de ser así; **iii)** determinar si le asiste el derecho al reconocimiento

y pago de la pensión de jubilación y demás beneficios convencionales para el personal jubilado.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente se debe destacar que se encuentra probado dentro del presente asunto: **i)** Que el señor PABLO EMILIO ASTROZ AVELLANEDA fue nombrado como ingeniero de sección categoría 90 a través de Resolución No. GG 000685 del 20 de abril de 1983 en el Establecimiento Público Empresas Municipales de Cali (fs. 352-354); **ii)** Que a través de Resolución No. G 0200 del 25 de febrero de 1999, fue nombrado como gerente de zona de la Subgerencia Centro (fs. 364 y 366); **iii)** Que a través de Resolución No. 000150 del 25 de enero de 2000, fue nombrado como director comercial sur-centro (fs. 374-378); **iv)** Que el demandante fue retirado el 20 de mayo de 2004 (f. 405); **v)** Que mediante el Acuerdo No. 14 del 26 de diciembre de 1996, el Consejo Municipal de Santiago de Cali transformó a EMCALI en una empresa industrial y comercial del municipio (fs. 101-113); **vi)** Que mediante Resolución No. 000090 del 28 de diciembre de 1999, la Junta Directiva de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. adoptó la estructura orgánica de la entidad (fs. 379-390); **vii)** Que a través de Resolución No. 000820 del 20 de mayo de 2004, el Agente Especial de la Superintendencia de Servicios Públicos designado para EMCALI E.I.C.E. E.S.P. expidió estatuto interno que establece la planta de cargos (fs. 439-477).

Ahora, ateniendo el objeto de la litis, debe indicarse que en los referente a la clasificación de empleados públicos y trabajadores oficiales de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. ya ha sido amplia y reiteradamente analizados por el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, llegando a la conclusión que las resoluciones GG-7447 de 1997, JD-003 de 1999, JD-000090 de 1999, 000820 de 2004 no pueden ser tenidas como los estatutos de la entidad y, por tanto, ineficaces a efectos de establecer la estructura de cargos y la clasificación de los mismos, en razón a que dichos actos administrativos simplemente se limitan a describir los cargos de la empresa cuyos titulares son trabajadores oficiales o empleados públicos, pero no determina cuáles son las actividades de dirección o confianza que pueden desempeñar personas que tengan la condición de empleados públicos.

Así lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro de la Sentencia del 1º de diciembre de 2009, Rad. 37129, en la que reiteró las sentencias del 23 de agosto de 2005 Rad. 24492 y del 23 de marzo de 2007 Rad. 29948, en los siguientes términos:

“Es verdad como lo anota la censura, que esta Sala de la Corte en asuntos seguidos contra la misma aquí demandada, ha determinado que sólo en los estatutos internos de las empresas industriales y comerciales del Estado deben precisarse las actividades de dirección o confianza que deban desempeñar personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Por ello, el criterio del Tribunal, en tanto sostiene que aun con prescindencia de los estatutos, el criterio determinante se concreta en definir si la actividad desempeñada es de dirección o confianza para de ahí deducir la calidad de empleado público del servidor oficial, es equivocado y no corresponde con la orientación que la Corte ha dejado consignada, entre otras, en la sentencia de casación del 23 de marzo de 2007, radicación 29948, en la que se dijo:

“La Resolución No. JD-000090 del 28 de diciembre de 1999, expedida por la Junta Directiva de la empresa demandada, consigna en uno de sus considerandos que la “Administración ha presentado para estudio y aprobación de la Junta Directiva la nueva estructura orgánica y la planta de casillas que deberá regir en EMCALI E.I.C.E.”, por lo cual se resuelve en su artículo primero adoptar la estructura orgánica en materia de personal para las Empresas Municipales de Cali, y en su artículo 2º fijar la planta de cargos y casillas en el anexo No. 1 para los trabajadores oficiales en número de 3.019 y en el anexo No. 2 para los empleados públicos en número de 146.

Ciertamente el Tribunal, al considerar al demandante como empleado público con fundamento en dicha resolución, asumió que la misma contenía los estatutos internos de la entidad demandada.

La precisión anterior es indispensable, primero, porque el ad quem no desconoció que la entidad demandada era una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal y que por regla general los servidores de una entidad de esa naturaleza son trabajadores oficiales, constituyendo la excepción la de quienes desempeñen actividades de dirección confianza y que así estén precisadas en los estatutos, que serán empleados públicos.

En ese orden de ideas, debe advertirse que la resolución atrás mencionada, efectivamente no puede considerarse como los estatutos de la entidad, ya que simplemente se limita a describir los cargos 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 empleados públicos.

En un asunto similar, traído a colación por la censura, la Corte en sentencia del 23 de agosto de 2005, radicación 24492, dijo lo siguiente:

“Como puede verse, el acto mencionado no señala las actividades de dirección y confianza que pueden ser desempeñadas en la empresa por personas que tengan la calidad de dirección o confianza. El hecho de que haya establecido que los cargos de ciertos niveles son de libre nombramiento y remoción, no significa automáticamente que quienes desempeñen esos

cargos son empleados públicos, pues la exigencia que al respecto contiene el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 es que los estatutos de las empresas industriales y comerciales del Estado deben precisar qué actividades de dirección o confianza pueden ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Ahora la escala salarial que obra en los folios 82 a 85, simplemente contiene el código, grado y salario de los cargos para el año 1997, pero de ella no se puede establecer que el que desempeñaba el demandante, era de dirección y confianza y que así estuviere precisado en los estatutos de la empresa, los cuales brillan por su ausencia.

En ese orden de ideas, las funciones del cargo ejercido por el actor, que aparecen en los folios 88 a 90, tampoco sirven para deducir la condición de empleado público del demandante, pues aunque pueda considerarse que son de dirección y confianza, **lo que importa, como atrás se dijo, es la determinación en los estatutos de la empresa sobre cuáles actividades de dirección y confianza pueden ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos. Esa facultad, desde luego, corresponde a la entidad y no al juez.**

Asimismo, la condición de empleado público del demandante no se desprende del acta de posesión, pues la naturaleza jurídica del vínculo de los servidores públicos, no se acredita con la forma de vinculación, sino de acuerdo a lo que prescribe la ley”.

En las condiciones reseñadas, es patente que el Tribunal se equivocó cuando consideró al demandante como empleado público con fundamento en la resolución JD-000090 tantas veces mencionada. Y siendo la demandada una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, la situación del demandante debió resolverse con la regla general prevista en el artículo 292 del Decreto 1333 de 1986, según la cual, los servidores de una entidad de esa naturaleza son trabajadores oficiales, a excepción de aquellas actividades de dirección o confianza que estén precisadas en los estatutos de la misma como susceptibles de ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. Y tales estatutos, no fueron aportados al Informativo”

Las anteriores orientaciones jurisprudenciales son perfectamente aplicables al asunto bajo examen, siendo irrelevante que el Tribunal haya tenido en cuenta la Resolución 00820 de 2004, que según el sentenciador determinó con precisión que el cargo de jefe de departamento era de dirección confianza y debía ser ocupado por persona que tuviera la condición de empleado público, pues dicho acto y de acuerdo con la motivación de la sentencia, sólo le sirvió al Tribunal para ratificar que el cargo desempeñado por el actor era de dirección o confianza, primando su consideración inicial sobre la ausencia de los estatutos internos de la empresa.

Empero, pese a la prosperidad del cargo, la sentencia acusada no podrá enervarse por cuanto, como también lo dijo la Corte en la sentencia traída a colación,

“Sin embargo, a pesar que el cargo es fundado, la sentencia no puede quebrantarse, pues en sede de instancia la Corte encontraría que la condición de beneficiario de una convención colectiva de trabajo no se presume, sino que es menester de acuerdo con la ley, demostrar esa calidad, bien con la prueba de que es afiliado al sindicato que la celebró, o ya porque sin

serlo decidió adherirse a sus disposiciones, o que el sindicato agrupa más de la tercera del total de los trabajadores de la empresa o por último por disposición o acto gubernamental.

Las cláusulas 11 de la convención colectiva de 1996-1998 (folio 54) y 10 de la convención de 1999-2000 (folio 69), así lo indican, en tanto dispone que la empresa se obliga a descontar los primeros diez días de aumento de salarios a todos los trabajadores oficiales que se beneficien directa o indirectamente de la convención colectiva de trabajo. Ni lo uno ni lo otro acreditó el demandante, es decir que fuera beneficiario directo o indirecto.” (Negrita y subrayas de la Sala)

Extrapolando las anteriores consideraciones al caso concreto, es claro que si bien a través de la Resolución No. 000090 del 28 de diciembre de 1999 se estableció que el cargo de Director Comercial Sur-Centro que desempeñaba el señor PABLO EMILIO ASTROZ AVELLANEDA, era de dirección, confianza y manejo y, por tanto, de empleado público, dicho acto administrativo no cumple con los presupuestos para tenerlo como lo estatutos internos de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. debido que no determina cuales son las actividades de dirección o confianza que pueden desempeñar personas que tengan la condición de empleados públicos.

En tal sentido, lo que corresponde es acudir a la regla general establecida en el artículo 292 del Decreto 1333 de 1986 a través del cual se expidió el Código de Régimen Municipal, en el entendido que los servidores de una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal son trabajadores oficiales salvo de aquellos que desarrollen actividades de dirección o confianza que estén precisadas en los estatutos de la misma que serán ejercidas por empleados públicos, pero como quiera que no obran lo estatutos de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. que cumpla con esos criterios, necesariamente ha de colegirse que durante el tiempo de vinculación del actor al servicio de la demandada ostentó la calidad de trabajador oficial.

Sin embargo, en este caso, tal como se indica en la jurisprudencia trascrita en precedencia, el hecho de que se tenga al señor PABLO EMILIO ASTROZ AVELLANEDA como trabajador oficial y no como empleado público, no se traduce automáticamente en que sea beneficiario de la CCT 2004-2008, sobre la cual funda su pretensión de reconocimiento de la pensión de jubilación y demás beneficios convencionales para el personal jubilado, pues no se encuentra acreditado ninguno de los presupuestos para considerarlo beneficiario de dicho acuerdo colectivo, pues no era afiliado a la organización sindical, no expresó su voluntad de adherirse a los beneficios de la misma, tampoco se demostró que SINTRAEMCALI fuera un sindicato mayoritario

para el momento en que se suscribió dicha convención y no existe disposición gubernamental que haya hecho extensivos los beneficios convencionales a todos los trabajadores de EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

Sobre este aspecto también se ha pronunciado de forma pacífica la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL3037-2018 y SL5440-2018, esta última en la que reiteró las sentencias SL212-2018, SL13227-2014 y la de Rad. 29951 del 11 de diciembre de 2007, en los siguientes términos:

“Este tema no fue objeto de ataque y por ello permanece incólume la decisión del Juez Plural, en cuanto concibió al actor en la categoría de trabajador oficial y no de empleado público. Lo cierto es que no hay lugar a casar la sentencia porque las razones expuestas por el Juez Colegiado para revocar la de primer grado y absolver de las pretensiones, ya han sido tratadas por la Corporación en forma pacífica, entre otras en las sentencias CSJ SL13227-2014 y SL212-2018 CSJ, en las que se reiteró lo dicho en el fallo CSJ SL 29951, 11 dic. 2007, que adocrinó:

[...]

En las condiciones reseñadas, las acusaciones resultan fundadas. Sin embargo, la sentencia no podría ser quebrantada pues en instancia la Corte llegaría a la misma decisión absolutoria impartida por el Tribunal, por las razones que en la sentencia memorada del 23 de marzo del corriente año, así se manifestaron:

“...en sede de instancia la Corte encontraría que la condición de beneficiario de una convención colectiva de trabajo no se presume, sino que es menester de acuerdo con la ley, demostrar esa calidad, bien con la prueba de que es afiliado al sindicato que la celebró, o ya porque sin serlo decidió adherirse a sus disposiciones, o que el sindicato agrupa más de la tercera del total de los trabajadores de la empresa o por último por disposición o acto gubernamental.

*“Las cláusulas 11 de la convención colectiva de 1996-1998... y 10 de la convención de 1999-2000..., así lo indican, **en tanto dispone que la empresa se obliga a descontar los primeros diez días de aumento de salarios a todos los trabajadores oficiales que se beneficien directa o indirectamente de la convención colectiva de trabajo. Ni lo uno ni lo otro acreditó el demandante, es decir que fuera beneficiario directo o indirecto**”.*

Además, lo relativo a las expresiones insertas en los artículos 1º, Parágrafo I --ámbito de aplicación-- y 8º --reconocimientos sindicales--, de la convención colectiva de marras, referidas a la aplicabilidad de la misma a todos los trabajadores oficiales de la empresa y el reconocimiento por ésta de SINTRAEMCALI como única representante legal (sic) de los trabajadores, fue dilucidado por la Corte en fallo de 14 de febrero de 2012 (Radicación 48.513), así:

“En el caso bajo estudio, el censor plantea en los cargos formulados por violación indirecta de la ley que regula la formación y alcance de las obligaciones surgidas de una convención colectiva celebrada por la demandada y SINTRAEMCALI, aplicación indebida, por cuanto, a su juicio, el tribunal no dio por establecido, que en el acuerdo convencional se acordó la obligación a cargo de la empresa de descontar a favor de SINTRAEMCALI los “primeros diez días de aumento de salarios a todos los trabajadores oficiales que se beneficien directa o indirectamente de la convención colectiva” según reza en los artículos 10º y 11º de la Convención Colectiva

1999-2000; y en que no dio por probado que la convención colectiva se aplica a todos los trabajadores oficiales vinculados con la demandada.

“Para responder el primer aspecto de inconformidad, se ha de indicar, que como lo señala y admite la censura, cuando expone en la demostración del segundo cargo “...y no como entendió el Ad quem, que por disposición del artículo 10, el trabajador estaba obligado a aportar los primeros diez días de aumento de salarios, cuando la obligación era de EMCALI EICE ESP descontar a favor de SINTRAEMCALI los primeros diez días de aumento de salarios a todos los trabajadores oficiales que se beneficien directa o indirectamente de la convención colectiva de trabajo, y cuyo cumplimiento, no se le podía exigir al recurrente, ya que la demandada lo tenía clasificado como empleado público (sic)...” (subrayas fuera de texto), no puede pretender que se le hicieran los descuentos contenidos en los artículos 10° y 11° convencionales, dado que la pasiva la consideró como empleada pública, y en consecuencia no creyó tener la obligación de realizarlos; **más sin embargo, en el evento de que la actora sí consideró ostentar la calidad de trabajadora oficial, debió haberle manifestado a su empleador por escrito que le realizara los descuentos que disponen las normas convencionales que predica, por cuanto, el empleador sólo puede hacer las deducciones previstas en la ley, atendiendo lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo.**

“En cuanto al segundo punto de discrepancia consistente en que el Tribunal pasó por alto el parágrafo primero del artículo 1° convencional que dispone “La presente Convención Colectiva de Trabajo se aplicará a todos los trabajadores oficiales de EMCALI EICE ESP; cualquiera sea el sitio de prestación del servicio.”, considera **la Sala que dicha disposición no expresa con certeza que el sindicato sea mayoritario, esto es, que sus afiliados excedan la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, requisito sine qua non para que se haga extensivo el acuerdo convencional a terceros.**

“Aunado a lo anterior, no tienen competencia alguna el empleador y los negociadores del pliego de peticiones para extender la aplicación del acuerdo convencional a terceros, pues este tema está expresamente regulado por los artículos 470 a 472 del Código Sustantivo del Trabajo; sin que en el sub lite esté acreditado que la actora fuera sindicalizada, que se hubiese adherido al sindicato con posterioridad a la firma de la convención colectiva, que el sindicato fuera mayoritario o que se haya extendido a terceros por acto gubernamental.

“**No está por demás indicar que en tratándose de empresas oficiales no es competente el Sindicato para imponer cargas al Estado por fuera de los eventos que expresamente ha señalado el legislador para que se hagan extensivas las normas convencionales a terceros, pues de aceptar tal competencia se estaría disponiendo arbitrariamente de los recursos públicos”.**

De lo expuesto queda claro que los actores tenían que solicitar al empleador que se les hiciera el descuento que trata el artículo 9, en concordancia con el artículo 1° de la CCT vigente que es el que «regula integralmente las relaciones laborales entre EMCALI EICE ESP y SINTRAEMCALI, así como las de los trabajadores oficiales que sean beneficiarios de la misma.» y al no cumplirlo no se hicieron acreedores a los beneficios convencionales aquí reclamados.” (Negritas y subrayas de la Sala).

Atendiendo lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era carga demostrativa del promotor de la acción acreditar que está inmerso por lo menos en una de las condiciones descritas

con antelación para considerarse beneficiario del acuerdo convencional, lo cual no hizo, pues no se encontraba afiliado a SINTRAEMCALI, como tampoco existe prueba de que hubiese manifestado por escrito a EMCALI E.I.C.E. E.S.P. y a la misma organización sindical, su deseo de adherirse a los beneficios de la convención.

Así mismo, no obra prueba de que SINTRAEMCALI fuera un sindicato que, para el año 2004, data en que se suscribió la CCT 2004-2008, agrupara más de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa como lo exige el artículo 471 del C.S.T. para hacer extensivos los beneficios convencionales a terceros y menos existe acto gubernamental que hubiese extendido los beneficios de dicha convención a todos los trabajadores de EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

De otro lado, tal como lo disponían las convenciones 1996-1998 y 1999-2000 a las que se hace referencia en la jurisprudencia que se citó con antelación, la CCT 2004-2008 dispone en su artículo 9º, denominado “DESCUENTO POR BENEFICIO CONVENCIONAL”, que la empresa se obliga a descontar los primeros diez días de aumento de salarios a todos los trabajadores oficiales que se beneficien directa o indirectamente de la convención colectiva de trabajo (f. 200). Sin embargo, no demostró el señor PABLO EMILIO ASTROZ AVELLANEDA, quien se consideraba trabajador oficial, que le hubiese solicitado por escrito a EMCALI E.I.C.E. E.S.P. que le hiciese el respectivo descuento para beneficiarse del acuerdo convencional.

Así las cosas, se itera, si bien se tiene que el promotor de la acción ostentó la calidad de trabajador oficial durante su período de vinculación con EMCALI E.I.C.E. E.S.P., no cumplió con la carga probatoria de demostrar que era beneficiario de la CCT 2004-2008 que celebró la empresa con SINTRAEMCALI, razón por la cual no resulta procedente reconocer la pensión de jubilación convencional, ni ningún otro beneficio emanado de la convención.

Ahora, si en gracia de discusión se admitiera que el promotor de la acción es beneficiario de la CCT 2004-2008 y que incluso también es beneficiario del régimen de transición dispuesto en el acuerdo convencional y que, por tanto, le es aplicable la CCT 1999-2000, como se alega en la demanda, la decisión absolutoria de primera instancia se mantendría inquebrantable, pues el artículo 98 del mentado acuerdo convencional

dispone expresamente que tendrán derecho a la pensión de jubilación “...Los trabajadores oficiales que hayan prestado servicios veinte (20) años continuos o discontinuos a entidades de derecho público...” (f. 223), con los cuales no cuenta el actor, pues si bien se estuvo vinculado con EMCALI desde 1983 hasta 2004, no puede pasarse por alto que, hasta antes de la expedición del Acuerdo No. 14 del 26 de diciembre de 1996, por parte del Consejo Municipal de Santiago de Cali, dicha entidad era un establecimiento público, lo que indica que, por regla general, todo su personal eran empleados públicos, con excepciones de los que desarrollaran actividades de mantenimiento y sostenimiento de obra pública, sin que el actor hubiese demostrado que se encontraba inmerso en esa excepción, por tanto, el tiempo de servicio transcurrido entre 1983 y 1996 no puede computarse a efectos de reconocer la pensión de jubilación, por la sencilla razón que en dicho interregno, el señor PABLO EMILIO ASTROZ AVELLANEDA no era un trabajador oficial.

La anterior tesis tiene sustento en lo señalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro de la Sentencia SL18469-2017, en los siguientes términos:

“En efecto, bien puede entenderse que cuando la disposición se refiere a que «jubilará a los trabajadores oficiales que hayan prestado servicios veinte (20) años...», lo que hicieron los suscribientes fue establecer una relación inescindible entre la condición de trabajador oficial y el tiempo de servicios exigido para causar la pensión de jubilación, esto es, que el período requerido para generar el derecho tenía que haberse cumplido bajo la condición única y exclusiva de trabajador oficial. El uso de una expresión específica como lo es «trabajador oficial», permite entender razonadamente, que solo es posible contabilizar el tiempo laborado de esa manera y no, como lo propone el censor, bajo cualquier clase de vinculación que prevé la ley, siempre y cuando sea en una entidad de derecho público.

Cabe agregar que en virtud de lo preceptuado en los artículos 414, 416 y 467 del CST, los empleados públicos por regla general se encuentran excluidos de recibir las prerrogativas que surgen de una convención colectiva de trabajo, aspecto que tiene también apoyo en el artículo 55 de nuestra Constitución Política. En este sentido se pronunció la sentencia CSJ SL, 23 jul. 2009, rad. 35399:

[...]

*Adicionalmente, es pertinente precisar, que como no es factible jurídicamente aplicarle a un **empleado público** una norma convencional, máxime que la fuente legal de esta clase de derechos que lo es el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, se refiere expresamente a que las condiciones a fijar regirán son los <**contratos de trabajo**>; se colige que los empleados públicos de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe, que a partir de la escisión del ISS que se produjo el 26 de junio de 2003 dejaron de estar vinculados por una relación contractual laboral, como ocurrió con la demandante, **no pueden beneficiarse de la convención colectiva de trabajo.***

Así las cosas, carecería de toda lógica considerar que cuando en la cláusula en comento se hace alusión a la condición de «trabajador oficial», ello únicamente tuviera como finalidad delimitar a sus destinatarios, cuando, como quedó visto, tal aspecto ya se encuentra definido por la ley. Precisamente, si se utilizó esa expresión, bien pudo ser, como lo infirió el Tribunal, para excluir el tiempo que no fue servido en tal calidad, para efectos del cómputo del mínimo requerido por la norma convencional para acceder al derecho.

Dicho de otra forma, si la intención de las partes suscribientes del acuerdo colectivo hubiese sido exactamente la que señala el recurrente, esto es, permitir estructurar el derecho convencional con tiempos servidos bajo cualquier condición laboral o como contratista, carecería de sentido que incluyeran la expresión «trabajador oficial» al momento de plasmar el tiempo de servicios exigido y debió expresamente autorizarse en el texto convencional esta habilitación de tiempos servidos.

Así las cosas, si las partes no establecieron en la estipulación convencional que para adquirir la prestación pensional de origen convencional, podían sumarse tiempos que no fueron laborados bajo la condición de trabajador oficial, se concluye que la lectura que acogió el Tribunal no se aparta de forma grosera u ostensible del contenido gramatical del texto convencional, de su sentido sistemático y teleológico o de la intención de las partes al convenirlo, como acaba de verse.

La Sala debe aclarar que con la presente decisión, no se está fijando una única lectura posible del texto convencional estudiado, sino que se está respetando uno de los entendimientos a que arribó el Tribunal, que es razonado y no descabellado, ello conforme a la potestad conferida a los jueces del trabajo por el artículo 61 del CPTSS, y en tales condiciones, se concluye que no se configura un yerro fáctico en la apreciación de la convención colectiva de trabajo y, menos aún, con el carácter de ostensible y manifiesto.

Por otra parte, la censura le reprocha al Tribunal que no hubiera dado por demostrado, estándolo, que la demandante prestó sus servicios subordinados a la demandada entre el 13 de octubre de 1992 y el 10 de septiembre de 1996, lapso en que estuvo como contratista.

Sobre este preciso aspecto es pertinente recordar, que el Tribunal para confirmar la decisión del a quo, adujo que las Empresas Municipales de Cali Emscali EICE ESP, con antelación a la expedición del Acuerdo n.º 4 de 26 de diciembre de 1996 era un establecimiento público y que, por tanto, la norma general que gobierna a sus servidores es que son empleados públicos y solo aquellos dedicados a la construcción o sostenimiento de obras públicas ostentan la condición de trabajadores oficiales. A partir de lo anterior, como el ad quem encontró que en el proceso no se había demostrado que la señora Amparo Juri Londoño ejerciera funciones de construcción y sostenimiento de obra pública, ya que era abogada, no había lugar a declarar que ostentaba la calidad de trabajadora oficial; lo cual hace innecesario adentrarse en el estudio el contrato de trabajo realidad en los términos sugeridos por la recurrente, para el lapso antes mencionado.”

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la Sala indefectiblemente debe confirmar en su integridad la sentencia apelada. Costas en instancia a cargo de la parte DEMANDANTE por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia una suma equivalente a medio SMMLV al momento de su pago.

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,

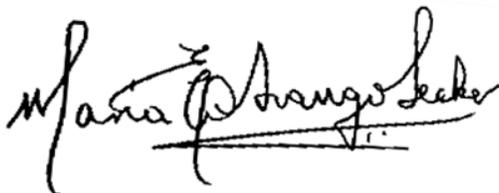
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 192 del 19 de octubre de 2015, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en instancia a cargo de la parte **DEMANDANTE**. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a medio SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Uso de Permiso

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO