



380

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicado: 76001233100020100127902 (4601-16)

Actor: Empresas Municipales de Cali -EMCALI

Demandado: Cesar Alonso Reyes Balcazar

Tema: Reconocimiento pensional

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia del 23 de junio de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por la cual denegó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Pretensiones

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A, Empresas Municipales de Cali (EMCALI), por conducto de apoderado especial, presentó demanda en la modalidad de lesividad, en orden a obtener la nulidad de las Resolución 2838 de 22 de noviembre de 1999, mediante la cual reconoció una pensión de jubilación al señor Cesar Alonso Reyes Balcazar.

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, deprecó la reliquidación de la pensión conforme a lo dispuesto en el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que se ordene el reintegro de los valores cancelados por concepto del reconocimiento ilegal; y, que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de lo dispuesto en los artículos 178 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

1.1.2. Hechos

Para sustentar sus pretensiones, la parte actora expuso los siguientes hechos:

1.1.2.1. El señor Cesar Alonso Reyes Balcazar Omar Gomez se vinculó al servicio de las Empresas Municipales de Cali (EMCALI) dentro del periodo comprendido entre el 3 de mayo de 1976 y el 14 de mayo de 1999, siendo su último cargo el de asistente adscrito a la Gerencia de Acueducto y Alcantarillado.

1.1.2.2. Por medio de la Resolución 2383 de 22 de noviembre de 1999, el gerente de recursos humanos de EMCALI le reconoció pensión de jubilación en cuantía de \$4.729.200, conforme a la convención colectiva vigente suscrita entre EMCALI y el Sindicato de Trabajadores de las Empresas Municipales de Cali (SINTRAEMCALI), que reconocía a sus trabajadores oficiales esa prestación con tiempos de 20 años de servicios, 50 de edad y con el ingreso base de liquidación del 90% del promedio de los salarios y primas de toda especie devengados en el último año de servicios.

1.1.2.3. El demandando se hizo beneficiario de la convención colectiva con el falso pretexto de considerarse trabajador oficial, pero tal instrumento no puede hacerse extensivo a los empleados públicos como era su caso particular, porque en virtud de lo dispuesto en el artículo 416 del Código Sustantivo de Trabajo, es improcedente alegar esos beneficios ni discutir

condiciones, sino adecuarse a la norma general consagrada en la Ley 33 de 1985.

1.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

Como tales se señalan los artículos 1, 2, 4, 48, 53, 83 y 150 numeral 19 literales e) y f) de la Constitución Política; 1 y 3 de la Ley 33 de 1985; y, 3, 4, 414, 416 y 467 del Código Sustantivo de Trabajo. Al desarrollar el concepto de violación, expuso lo siguiente:

1.1.3.1. Señaló que se vulneraron las normas previamente reseñadas, como quiera que la entidad para expedir el acto de reconocimiento, no atendió lo reglado por las Leyes 33 y 62 de 1985, normas que le eran aplicables en materia pensional al señor Cesar Alonso Reyes Balcazar, al encontrarse cobijado por el régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la prestación se liquidó en un valor superior al que legalmente le correspondía dado su carácter de servidor público del orden territorial.

1.1.3.2. Preciso que para la fecha de retiro del servicio y de adquisición del estatus pensional, el interesado tenía la condición de empleado público, habida cuenta de que desempeñaba un cargo de dirección, confianza y manejo, motivo por el cual no podía ser beneficiario de la convención colectiva de trabajo vigente que otorgó unos derechos extralegales a esa clase de servidores.

1.1.3.3. Expuso que Emcali estuvo constituida como un establecimiento público del orden municipal hasta el 30 de diciembre de 1996, cuando el Concejo Municipal de Santiago de Cali mediante Acuerdo 014 de 26 de diciembre de 1996, dispuso su transformación en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, EICE, Empresa de Servicios Públicos, ESP, y estableció que el régimen legal de los servidores de la entidad sería el de trabajadores oficiales, no obstante, definió que en sus estatutos internos se precisaría qué actividades de dirección o confianza serían desempeñadas por

empleados públicos y en el artículo 16 enlistó los cargos que estarían sometidos a dicho régimen¹.

En relación con lo anterior, aclaró que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 17 y 41 de la Ley 142 de 11 de julio de 1994², Emcali acogió lo regulado por los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 en cuanto a la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos y el régimen aplicable a sus trabajadores, y recordó que los estatutos precisarían qué actividades de dirección o confianza podrían ser desempeñadas por personas vinculadas mediante relación legal y reglamentaria.

Conforme a lo expuesto, sostuvo que de acuerdo a las funciones que tenía asignadas el señor Reyes Balcazar, que lo identificaron como representante del empleador, desempeñó cargos de dirección, confianza y manejo y como se encontraba inscrito en el escalafón de carrera administrativa, en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, debe ser clasificado como empleado público. De ahí derivó el impedimento de concederle prerrogativas emanadas de la mentada convención colectiva.

1.1.4. Solicitud de suspensión provisional

La parte demandante solicitó la suspensión provisional de los actos acusados³, la cual fue resuelta negativamente por el *a quo*, mediante providencia del 2 de septiembre de 2010.

Adujo que de conformidad con el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo para que proceda tal figura es menester que la trasgresión de las normas superiores invocadas surja de manera ostensible, es decir, de la simple comparación entre éstas y el acto acusado, sin necesidad de profundos razonamientos, evento que no se presentó en el *sub lite*, pues tal quebranto no se evidencia *prima facie*.

¹El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A declaró la nulidad parcial de la norma en cuanto incluyó algunos cargos en sentencia del 25 de marzo de 2004, radicación: 3436-02.

² «Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones».

³³ Folios 78 a 82 cuaderno principal.

La anterior decisión fue revocada por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, con auto del 10 de agosto de 2011⁴, al encontrar que de la simple lectura de la resolución acusada puede extraerse que la pensión del señor Reyes Belalcazar se reconoció con desconocimiento de los presupuestos consagrados en la ley, pues aquel no tenía la edad exigida, además de que se le reconoció en un porcentaje superior al que correspondía, motivo por el cual, encontró procedente decretar la suspensión provisional parcial del acto acusado en el porcentaje que excede el 75% contemplado en la Ley 33 de 1985.

1.2 La contestación de la demanda

El apoderado del señor Cesar Alonso Reyes Balcazar se opuso a las pretensiones de la demanda y expuso como argumentos de defensa, los siguientes⁵:

En defensa de la legalidad del acto administrativo demandado expuso que se ajustó a las normas constitucionales, legales y estatutarias que rigen la clasificación de los servidores de EMCALI, con estricta sujeción al régimen convencional que le era aplicable en su condición de trabajador oficial, como titular del empleo de asistente, el cual no ha sido calificado como empleado público.

Agregó que de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo no es procedente la orden de reintegro de los dineros percibidos por el ex servidor, toda vez que no se encuentra desvirtuada la buena fe con la que recibió las mesadas pensionales pagadas en virtud del acto acusado.

Propuso como excepciones las de falta de jurisdicción, y la genérica e innominada.

⁴ Folios 126 a 132 cuaderno 2.

⁵ Escrito que presentó el 28 de febrero de 2011. Folios 205 a 214

Adujo que de conformidad con el artículo 2 del Código Procesal Laboral el conocimiento de este asunto le corresponde a la jurisdicción ordinaria por tratarse de un conflicto jurídico que se origina directa o indirectamente en el contrato de trabajo, tal y como sucede en su caso por ostentar la condición de trabajador oficial.

1.3. La parte demandada mediante escrito de 6 de septiembre de 2012⁶ presentó ante el Consejo de Estado incidente de nulidad con fundamento en lo dispuesto en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, al precisar que el conocimiento del proceso le corresponde a la jurisdicción ordinaria según el artículo 2.º del Código Procesal del Trabajo.

Esta corporación mediante providencia del 22 de mayo de 2014⁷ denegó la solicitud de nulidad con base en los siguientes argumentos:

[...]De conformidad con el artículo 4 del acuerdo No. 014 del 26 de diciembre de 1996 del Concejo de Santiago de Cali, EMCALI es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa. De igual manera, puede advertirse del mismo Acuerdo que su transformación empezó a surtir efectos legales a partir del 1º de enero de 1997.

En el Acuerdo No. 34 de 1999 también expedido por el Concejo de Santiago de Cali, por el cual se adopta el estatuto orgánico para la Empresa Industrial y Comercial de Cali, EMCALI E.I.C.E. E.S.P. y se dictan otras disposiciones, señaló que las Empresas Municipales de Cali transformadas mediante el artículo 4 del acuerdo 014 de 1996, seguían siendo una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa y de objeto social múltiple.

En cuanto al cambio de la naturaleza de una entidad y el régimen laboral que ello implica frente a sus servidores, esta Corporación ha sostenido que el cambio de la naturaleza involucra, en principio, una mutación en la naturaleza de las relaciones laborales con sus empleados y trabajadores.

Ahora bien, el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que entró a regir el 2 de julio de 2012, determinó los asuntos de que conoce esta jurisdicción, en los siguientes términos: Artículo 104. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

⁶ Folios 259 a 264

⁷ Auto interlocutorio de ponente proferido por el ex consejero de Estado Luis Rafael Vergara Quintero

Por su parte el numeral 4 de este artículo dispone textualmente que igualmente conocerá de los siguientes procesos: 4.- Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.”

EMCALI es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, al tenor del parágrafo 1o del artículo 68 de la Ley 489 de 1998, es decir, es una entidad descentralizada del orden municipal, evento en el cual la controversia es de conocimiento de esta jurisdicción, según las normas trascritas, pues está involucrada una entidad pública y se trata del régimen de seguridad social de un servidor público.

Es cierto que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 dispone que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, por excepción de su aplicación los términos que hubieren empezado a correr, así como y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas las cuales deben regirse por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Sin embargo, esta Corporación ha manifestado que el artículo 40 de la ley 153 de 1887 no se refiere a las leyes que determinan la competencia para tramitar los procesos, sino a aquellas que regulan la sustanciación y ritualidad de los mismos, es decir, el procedimiento que debe seguirse para adelantarlos, por lo cual es claro que la excepción prevista en ella no resulta aplicable a las normas de competencia establecidas por el artículo 104 de la ley 1437 de 2011.

En ese sentido, es claro que para fijar la competencia dicha disposición rige desde su vigencia y por lo tanto prevalece sobre las anteriores, es decir, que son de aplicación inmediata si se tiene en cuenta que no hace referencia a una modificación en cuanto al procedimiento que debe seguirse para decidir el fondo del asunto.

1.4. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia del 23 de junio de 2016, denegó las súplicas de la demanda⁸.

Señaló que del análisis de los estatutos de la entidad demandante y de la jurisprudencia de la sección segunda del Consejo de Estado, la transición que sufrió EMCALI al cambiar su naturaleza jurídica a la de Empresa Industrial y Comercial del Estado, condujo a que las personas que prestan sus servicios fueran catalogadas como trabajadores oficiales, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 3135 de 1968, norma que también determinó que en los estatutos de las respectivas empresas se precisarían que actividades de dirección o

⁸ Folios 339 a 350

confianza deberían ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Adujo que en virtud de lo anterior, el cargo que desempeñó el señor Reyes Balcazar en la entidad estaba catalogado como trabajador oficial, razón por la cual podía obtener el reconocimiento pensional con fundamento en la convención colectiva de trabajo suscrita entre EMCALI y SINTRAEMCALI.

1.5. La apelación

El apoderado de EMCALI interpuso recurso de apelación, argumentando que el régimen general de pensiones aplicable al demandado es el contenido en la Ley 33 de 1985, norma que se encontraba vigente al momento en que adquirió el estatus pensional y en la cual se exige 55 años de edad y 20 de servicios, para que sea posible acceder a tal prestación.

Señala que en contravía de lo dispuesto en la anterior disposición, le fue reconocida una pensión de jubilación a partir del 15 de mayo de 1999 con 20 años de servicio y 50 de edad, teniendo en cuenta una resolución que fue retirada del ordenamiento jurídico y una convención colectiva claramente inaplicable, dada la condición de empleado público del demandado, al desempeñar el cargo de asistente.

Finalmente, anota que la Resolución 0104 de 14 de octubre de 1983, fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante sentencia del 2 de octubre de 1996 expediente 11697, y al desaparecer el fundamento legal del acto administrativo demandado, quedó inmersa en la circunstancia descrita en el artículo 66.2 del Código Contencioso Administrativo, lo que quiere decir que se considera nula desde su creación.

1.6. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La parte demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda⁹. La entidad demandante guardó silencio en esta etapa procesal.

Surtido el trámite legal y al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

2. Consideraciones

2.1. Cuestión previa

Esta corporación en reiterada jurisprudencia ha declarado probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia en aquellos casos en que la transformación de EMCALI en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, afectó la naturaleza del vínculo de la mayoría de servidores activos de la entidad, pues en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo 014 de 1996 fueron catalogados como trabajadores oficiales, y por ende tal condición hace excluir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo del conocimiento de esta clase de asuntos.

De conformidad con lo reseñado, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, se hace necesario efectuar un pronunciamiento sobre el tema de la falta de jurisdicción y competencia para conocer del presente proceso, en razón a que la naturaleza de la vinculación del demandado para el momento en que se retiró de la entidad era la de un trabajador oficial.

El análisis citado en líneas anteriores impondrá dejar sin efectos la providencia del 22 de mayo de 2014¹⁰, que denegó la solicitud de nulidad por falta de jurisdicción interpuesta por el señor Cesar Alonso Reyes Balcazar.

⁹ Folios 366 a 369

¹⁰ Auto interlocutorio de ponente proferido el 22 de mayo de 2014 por el ex consejero de Estado Luis Rafael Vergara Quintero, expediente 2471-10,

2.2. Problema jurídico

Se circunscribe a determinar si esta jurisdicción es competente para conocer de la legalidad de la Resolución 2838 de 22 de noviembre de 1999 por la cual reconoció una pensión convencional al señor Cesar Alonso Reyes Balcazar.

2.2.1 Naturaleza jurídica de las Empresas Municipales de Cali (EMCALI)

Empresas Municipales de Cali (EMCALI), se creó como un establecimiento público descentralizado, con patrimonio propio y autonomía administrativa, mediante el Acuerdo 050 de 1.º de diciembre de 1961, expedido por el Concejo Municipal de Cali. Posteriormente y de conformidad con lo señalado por el Acuerdo 014 de 26 de diciembre de 1996¹¹, se convirtió en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, «que ordena la transformación de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios constituidas como entidades descentralizadas del orden territorial, en sociedades por acciones o en empresas industriales y comerciales del estado». Tal transformación empezó a surtir efectos legales a partir del 1.º de enero de 1997.

En el artículo 16 del Acuerdo 014 de 1996, se dijo que el régimen general de los trabajadores de EMCALI EICE sería el de trabajadores oficial; sin embargo, en los estatutos internos de la entidad se precisará que actividades de dirección o confianza deberán ser desempeñados por Empleados Públicos teniendo en cuenta el objeto y las funciones de la empresa.

En lo que hace referencia al cambio de la naturaleza jurídica de una entidad y el régimen laboral que ello implica frente a sus servidores, esta corporación en la sentencia del 19 de junio de 1997, expediente 15946, consejera Ponente Clara Forero de Castro, señaló lo siguiente:

¹¹ «por el cual se dictan disposiciones en relación con la transformación de las Empresas Municipales de Cali-EMCALI en Empresa Industrial y Comercial del Municipio, se autoriza la constitución de unas sociedades de servicios públicos oficiales y se dictan otras disposiciones»

395

[...] el demandante alega que cuando fue incorporado a la Empresa de Energía de Bogotá lo hizo con el carácter de empleado público y que esa calidad no puede ser modificada por el hecho de haber sido transformada la empresa en sociedad por acciones.

La Sala no lo considera así: como lo ha venido expresando esta Corporación la modificación a los estatutos de una entidad estatal cambia automáticamente la naturaleza del vínculo de sus servidores pues la norma entra a regir de inmediato, salvo disposición expresa en contrario. La categoría de empleado público o trabajador oficial no implica que se haya adquirido derecho alguno que resulte definido y no pueda ser alterado por normas posteriores.

De lo expuesto, se tiene que a partir del 1.º de enero de 1997 EMCALI se encontraba sometida al régimen de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, lo que implicó para sus empleados una transformación sustancial de las relaciones laborales al categorizar que por regla general los servidores que se encuentren vinculados a ella tendrían el carácter de trabajadores oficiales y excepcionalmente, los entes colegiados tales como las juntas directivas o asambleas tendrían la facultad para señalar en sus estatutos las actividades que deben ser desempeñadas por empleados públicos.

Sobre el particular, se tiene que la Junta Directiva de EMCALI a través de la Resolución JD-081 de noviembre 13 de 1997 delegó en el gerente de la entidad la facultad de precisar que actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, conforme a las normas legales que regulan la materia y para modificar la estructura orgánica e interna de la empresa, adecuando su estructura a las necesidades del servicio.

En virtud de lo expuesto, el gerente de EMCALI expidió la Resolución GG-7447 de 24 de noviembre de 1997 «por medio del cual se clasifican los servidores públicos de las Empresas Municipales de Cali» y en su artículo 1.º señaló:

A partir del 1 de enero de 1997, el personal vinculado laboralmente a las Empresas Municipales de Cali serán trabajadores oficiales y por excepción serán empleados públicos quienes realicen actividades de dirección y o confianza, entendiéndose los que actúen en función no simplemente de ejecución, sino de concepción, coordinación de políticas empresariales que ostentan facultades jerárquicas usualmente superiores a las del trabajador ordinario y que muchas veces lo coloquen en la posibilidad de recibir

delegación de quienes representan la dirección de la Empresa, actúen en función creativa, posean facultades disciplinarias y de mando y estén dotados de un determinado poder discrecional de autodecisión, los cuales corresponden a los cargos que se relacionan a continuación

GERENTE
GERENTE DE AREA
SECRETARIO EJECUTIVO
SECRETARIO TECNICO
DIRECTOR CENTRO DE INFORMATICA
DIRECTOR JURIDICO
DIRECTOR DE RECURSOS HUMANOS
DIRECTORES DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO
DIRECTOR CONTROL DISCIPLINARIO
DIRECTOR DE ECONOMIA
COORDINADOR DE UNIDAD
JEFE DE DEPARTAMENTO
ANALISTA DE SEGURIDAD

En relación con la clasificación descrita, esta corporación en sentencia del 23 de mayo de 2002¹² definió que los cargos de jefe de departamento son de trabajador oficial y no de empleado público, en atención a las funciones que le habían sido atribuidas, las cuales no consistían en fijar las directrices de la entidad sino que se contraen simplemente a las referidas a un área técnica como eran las que correspondían a los departamentos.

Posteriormente, el Concejo Municipal de Santiago de Cali expidió el Acuerdo 034 de 15 de enero de 1999 «por medio del cual se adopta el estatuto orgánico para la Empresa Industrial y Comercial de Cali. EMCALI E.I.C.E.» y en su artículo 16 señaló el régimen legal de los trabajadores en los siguientes términos:

El régimen legal de los trabajadores de EMCALI E.I.C.E será el que le corresponde al artículo 5 inciso 2 del Decreto 3135 de 1968. La regla general será la de trabajadores oficiales y excepcionalmente ostentarán la calidad de empleados públicos quienes desarrollen actividades de dirección confianza y manejo en los siguientes cargos:

1. Gerente
2. Gerente de Área
3. Secretario Ejecutivo
4. Secretario Técnico
5. Director Centro Informática

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de mayo de 2002, radicación: 76001233100019981011 01 (2873-2001), actor: Diego Millán y Luz Regina Jiménez.

6. Director Jurídico
7. Director Recursos Humanos
8. Directores de Acueducto y Alcantarillado
9. Director Control Disciplinario
10. Director de Economía
11. Coordinadores de Unidad
12. Jefes de Departamento
13. Analista de Seguridades C.D.I

La anterior previsión fue declarada parcialmente nula por el Consejo de Estado en sentencia del 25 de marzo de 2004¹³, por encontrar que quebrantaba el ordenamiento jurídico, habida cuenta de que el Concejo Municipal no podía enlistar los cargos que debían ser desempeñados por empleados públicos, puesto que tal función estaba en cabeza de la Junta Directiva de la respectiva entidad.

Luego, por medio de la Resolución 00090 del 28 de diciembre de 1999, la Junta Directiva de EMCALI adoptó la estructura orgánica de la empresa, para lo cual, en el Anexo 1, hizo un listado de los cargos clasificados como trabajadores oficiales, y en el Anexo 2 hizo lo propio respecto de los que correspondían a empleados públicos. En el caso particular de los jefes de sección indicó que los siguientes serían trabajadores oficiales: i) jefe de sección I; ii) jefe de sección protecciones y medidas de energía; iii) jefe de sección talleres y recuperación equipos y materiales; y, iv) jefe grupo de atención al público.

Conforme lo expuesto, es viable concluir que hasta el 31 de diciembre de 1996, la regla general que aplicaba en materia de régimen de personal de Emcali era que sus servidores serían empleados públicos y excepcionalmente trabajadores oficiales. Por el contrario, a partir del 1.º de enero de 1997, con la transformación de su naturaleza jurídica a la de Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal, la regla general de vinculación laboral pasó a ser de trabajadores oficiales y excepcionalmente de empleados públicos de conformidad con lo que se estableciera en sus estatutos, siempre que ello atendiera las previsiones legales que rigen la materia.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 25 de marzo de 2004, radicación: 76001233100019992135 02(3436-2002), actor: Mario Edison Millán y otros.

2.3. Caso concreto. Análisis de la sala

De conformidad con las consideraciones que anteceden se tiene que para el 22 de noviembre de 1999¹⁴, fecha en que fue reconocida la pensión convencional al señor Cesar Alonso Reyes Balcazar, EMCALI ya se encontraba sometida al régimen de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, lo que implicó que el cambio de naturaleza jurídica de la entidad transformó de manera sustancial la relación laboral que el demandado sostenía con la entidad.

Teniendo en cuenta lo anterior y al revisar el material probatorio obrante en el expediente, es claro que el cargo desempeñado por el demandado como asistente, tiene la calidad de trabajador oficial. En efecto, el manual de funciones del cargo las enlistó en los siguientes términos¹⁵:

- Asistir al gerente en la ejecución de los programas y proyectos que garanticen la prestación de los servicios.
- Coordinación, seguimiento y control de los procesos administrativos, técnicos, y operativos del área de Telecomunicaciones.
- Recibir del gerente de telecomunicaciones trabajos especiales.
- Coordinar el manejo de la información, documentación, reportes y distribución de los actos administrativos del despacho del gerente.
- Participar en los comités de gerencia y otros que determine el gerente
- Coordinar y controlar las directrices impartidas por el gerente para el cumplimiento de sus objetivos.
- Coordinar programas relacionados con la buena prestación del servicio de telecomunicaciones con los entes como Fiscalía, Procuraduría, Policía, Das, Dijin y Sijin.
- Atender al cliente externo e interno y los entes regulatorios que supervisan el desarrollo de la prestación del servicio
- Participar en los planes de capacitación relacionados en su área.
- Desempeñar las funciones asignadas por el jefe inmediato, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo.
- Cumplir y hacer cumplir las normas de seguridad industrial y utilizar los elementos que sobre éste tema le sean suministrados por la Empresa.

Del contenido de las citadas funciones se infiere que no se trataba de

¹⁴ Folios 9 a 11

¹⁵ Folios 193 a 194 cuaderno de pruebas

aquellas denominadas «de dirección o confianza» pues es claro que se trata de la ejecución de actividades técnicas que no tienden a fijar directrices ni se concretan en diseñar programas de la empresa o a trazar políticas directivas, luego es forzoso concluir que el demandado realmente se desempeñaba como un trabajador oficial.

En un asunto de similares contornos, esta Corporación en la sentencia del 5 de abril de 2017, expediente 4551-14, consejero ponente Gabriel Valbuena Hernández¹⁶ señaló lo siguiente:

[...] en lo que respecta al régimen laboral de los servidores de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, como quedó establecido en la transformación de las Empresas Municipales de Cali, debe acudir al artículo 5 del Decreto ley 3135 de 1968¹⁷, en el cual se señala que los servidores que se encuentren vinculados a tales entidades tienen el carácter de trabajadores oficiales y, excepcionalmente, los entes colegiados de dirección competentes, como son las juntas directivas o asambleas, tienen la facultad para señalar en los estatutos de las empresas las actividades que deben ser desempeñadas por empleados públicos¹⁸.

Se deduce de todo lo anterior que el cargo de Coordinador de Compras, claramente no se encuentra definido como empleado público por la Resolución GG 7447 del 24 de noviembre de 2017, pero que tampoco se le puede considerar, como tal cuando se analizan las funciones del citado cargo visibles a folios 2 y 3 del cuaderno de pruebas, porque se vislumbran funciones exclusivamente operativas y de ejecución [...]

En suma, el cargo de coordinador de compras no tiene funciones de dirección o confianza pero adicionalmente, tampoco fue definido como de empleado público por la Resolución GG 7447 del 24 de noviembre de 2017.

Por tales razones, debe entenderse que para la época de su retiro de la entidad y el reconocimiento de la pensión de la demandada el 19 de abril de 2004, la condición laboral que sostenía con EMCALI E.I.C.E E.S.P. era bajo los términos de trabajador oficial.

Con base en los anteriores razonamientos, se concluye que la acción impetrada por la entidad demandante mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que tiene como finalidad que se declare la nulidad de la Resolución número 000355 del 19 de abril de 2004, mediante la cual EMCALI E.I.C.E. E.S.P., reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a al señor JAN PETER KLUCKHOHN RAMOS y solicitó, a título de restablecimiento, que se ordenara el reintegro a su favor de los dineros pagados de más como consecuencia de la ejecución de la resolución referida, no puede ser conocida por esta Corporación, pues la condición del citado actor como trabajador oficial excluye hacer algún pronunciamiento al respecto por parte de la

¹⁶ Tal postura fue reiterada en sentencia del 15 de agosto de 2019, expediente 2915-17, consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández

¹⁷ Por remisión expresa del artículo 41 de la ley 142 de 1994

¹⁸ Sentencia del 5 de abril de 2017, expediente 4551-14, consejero ponente Gabriel Valbuena Hernandez.

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En este orden de ideas la Sala quiere resaltar que la condición de trabajador oficial debe interesar claramente para definir la jurisdicción competente pues al momento de efectuarse el reconocimiento pensional, el señor JAN PETER KLUCKHOHN RAMOS ostentaba la calidad de trabajador oficial como se ha demostrado ampliamente *ut supra*.

Así las cosas, como quiera que el cargo que ostentaba el señor Reyes Balcazar era el de un trabajador oficial, puede concluirse que se configura la excepción de falta de jurisdicción, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 1.º del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, le corresponde a los jueces laborales del Circuito de Cali conocer de este proceso al encontrarse configurada la causal de nulidad por falta de jurisdicción, prevista en el artículo 133 numeral 1 del Código General del Proceso¹⁹.

En consecuencia, se revocará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 23 de junio de 2016, que denegó las pretensiones de la demanda, y en su lugar, se declarará probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia.

De igual manera, se dejará sin efectos las siguientes providencias proferidas dentro del presente asunto: i) auto del 10 de agosto de 2011 que decretó la suspensión provisional parcial del acto acusado en el porcentaje que excede el 75% contemplado en la Ley 33 de 1985; y, ii) auto del 22 de mayo de 2014 que denegó la solicitud de nulidad invocada por el demandado, invocando la causal de falta de jurisdicción y competencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

¹⁹ Anteriormente dicha previsión estaba contenida en el artículo 140 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil.

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del veintitrés (23) de junio de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que denegó las pretensiones de la demanda.

En su lugar, se dispone;

DECLARAR probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia para conocer de la demanda interpuesta por Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P. en contra del señor Cesar Alfonso Reyes Balcazar.

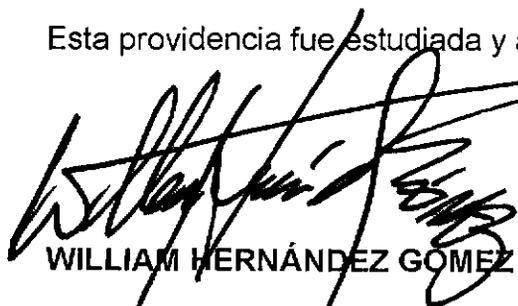
En consecuencia, por Secretaría, envíese el expediente a los Juzgados Laborales del Circuito de Cali para que avoquen conocimiento.

SEGUNDO: DEJAR sin efectos el auto del 10 de agosto de 2011 proferido dentro del presente asunto que decretó la suspensión provisional parcial del acto acusado en el porcentaje que excede el 75% contemplado en la Ley 33 de 1985.

TERCERO: DEJAR sin efectos el auto del 22 de mayo de 2014, proferido dentro del presente asunto que denegó la solicitud de nulidad invocada por la parte demandada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.



WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ



GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ



RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Proceso recibido en secretaria
28. NOV 2019
Hoy

legis

