

CLASIFICACIÓN DE EMPLEOS - Competencias empresas de servicios públicos que hayan adoptado la forma de empresas industriales y comerciales del Estado / ACTIVIDADES DE DIRECCIÓN O CONFIANZA - Deben ser desempeñadas por empleados públicos / EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN – Naturaleza jurídica / CARGO DE DIRECCION Y CONFIANZA - Demostrado

Como puede observarse, las funciones desempeñadas por el actor permiten afirmar que su cargo era de aquellos con status directivo, pues se trataba de un funcionario que lideraba estrategias, coordinaba procesos, tenía una importante incidencia en las inversiones y desinversiones de la empresa, controlaba el presupuesto de la subgerencia a él asignada y, en términos generales, desempeñaba el rol de direccionador y coordinador estratégico corporativo. Adicionalmente se demostró que el señor Tabares Mora, en su condición de Subgerente de Planeación Estratégica de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., tenía dieciséis servidores a su cargo y autoridad para la toma de decisiones relacionadas con: (i) la fijación de directrices para elaborar el plan estratégico corporativo, (ii) la implementación del sistema de planeación estratégica, (iii) la contratación de actividades asociadas a su gestión, (iv) la aprobación del presupuesto de la subgerencia, (v) la promoción del desarrollo del talento humano a su cargo y (vi) la evaluación y ajuste de funciones del personal a su cargo.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 17 PARÁGRAFO / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 41 / DECRETO LEY 3135 DE 1968 – ARTICULO 5 / ACUERDO DE 1955 / ACUERDO DE 1997 / ACUERDO MUNICIPAL No. 12 DE 28 DE MAYO DE 1998 /

DESVIACION DE PODER – Configuración / SUBGERENTE DE PLANEACIÓN ESTRATÉGICA – Cambio de naturaleza jurídica del cargo / CARGOS DE DIRECCION Y CONFIANZA - Función constitucional de orden administrativo que la ley entregó / ORGANIZACIÓN SINDICAL – Desarticulación / CAMBIO DE NATURALEZA JURÍDICA DEL CARGO - No tuvo como objetivo dar estricto cumplimiento al ordenamiento jurídico, ni mejorar el servicio público / REINTEGRO – Procedente

La valoración conjunta del material probatorio que se acaba de relacionar permite a la Sala concluir que en este caso se estructura el cargo de desviación de poder, el cual vicia de nulidad la actuación administrativa que determinó el retiro del servicio del actor. En efecto, en este caso se demostró que el cambio de naturaleza jurídica del cargo de Subgerente de Planeación Estratégica de trabajador oficial a empleado público de libre nombramiento y remoción no tuvo como objetivo dar estricto cumplimiento al ordenamiento jurídico (literal a) numeral 2 del artículo 5 de la Ley 443 de 1998) ni mejorar el servicio público, sino que estuvo enderezado a abonar el camino para viabilizar jurídicamente el retiro del actor, por su condición de miembro del Sindicato de Profesionales de Empresas Públicas de Medellín – SINPROEPPM. Como ya se advirtió, resulta claro que la Junta Directiva de la entidad enjuiciada tenía competencia para determinar en sus estatutos qué actividades de dirección o confianza debían ser desempeñadas por empleados públicos, pues se trata de una función constitucional de orden administrativo que la propia ley le entregó y que fue considerada por la Corte Constitucional como ajustada a la Carta Política. Sin embargo, dicha potestad no puede ser ejercida en forma arbitraria o caprichosa, pues, en todo caso, la naturaleza jurídica del cargo debe estar determinada por la índole de las funciones asignadas al mismo.(...) La legalidad de la actuación administrativa tendiente al

cambio de la naturaleza jurídica de los cargos pertenecientes a los niveles 2 y 3 de la estructura organizacional de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., no obsta para que se estructure la desviación de poder respecto de la decisión de retiro del actor, pues como quedó visto, tanto el Alcalde como el Presidente del Concejo de Medellín de la época ejercieron presiones sobre la Junta Directiva para desarticular la organización sindical de los profesionales, las cuales evidentemente tuvieron éxito y, de contera, vulneraron el derecho de asociación sindical. (...) La cronología de la actuación administrativa desplegada por la entidad demandada refuerza esta tesis, toda vez que entre la fecha en que la Junta Directiva decidió considerar a los funcionarios de los niveles 1, 2 y 3 de la estructura organizacional como empleados públicos (25 de agosto de 2003), así como la Gerente General expedir el Decreto 1329 disponiendo que los cargos de Subgerentes del nivel II serían de libre nombramiento y remoción (12 de septiembre de 2003), y el momento en que el nombramiento del señor Arturo Tabares Mora en el cargo de Subgerente de Planeación Estratégica fue declarado insubsistente (31 de octubre de 2003), tan solo transcurrieron algo más de dos meses. Una circunstancia adicional, indicadora del cargo de desviación de poder, quedó evidenciada con la expedición posterior del Decreto No. 201 de 25 de octubre de 2004, que a tan solo un año de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor como empleado público de libre nombramiento y remoción, volvió a considerar el cargo de Subgerente de Planeación Estratégica como de trabajador oficial.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013).

Radicación número: 05001-23-31-000-2004-01200-01(1608-12)

Actor: ARTURO TABARES MORA

Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.}

Apelación Sentencia – Autoridades Municipales

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 21 de marzo de 2012, proferida por la Sala de Descongestión –

Subsección Laboral del Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las súplicas de la demanda instaurada por el señor Arturo Tabares Mora contra las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., en procura de obtener su reintegro al cargo de Subgerente de Planeación Estratégica y el pago de los salarios y prestaciones causados desde la fecha de su retiro.

2. PRETENSIONES

Por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Arturo Tabares Mora planteó las siguientes solicitudes:

- Que se inaplique por vía de excepción el acto administrativo de carácter general contenido en el Decreto No. 1329 de 12 de septiembre de 2003, por el cual el Gerente General de la entidad demandada clasifica unos empleados públicos.
- Que se declare la nulidad del acto administrativo de carácter particular contenido en la Resolución No. 352407 de 31 de octubre de 2003, por la cual se resolvió declarar la insubsistencia de su nombramiento en el cargo de Subgerente de Planeación Estratégica.

A título de restablecimiento del derecho, pidió ordenar su reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y condenar a la entidad demandada al pago de los salarios, prestaciones y aportes a la seguridad social dejados de percibir durante el tiempo que permanezca retirado del servicio, debidamente actualizados con base en el índice de precios al consumidor, acorde con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

Reclamó además se declare la no solución de continuidad en la prestación de los servicios y condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que sustentan las anteriores pretensiones se resumen de la siguiente manera:

En sesión de 18 de junio de 1998 la Junta Directiva de EEPPM dispuso que los cargos del primer nivel de la estructura administrativa corresponderían a empleados públicos, es decir, los de Gerente General, Gerente Auxiliar, Secretario General, Coordinador de Grupo de Transformación Interna y Director, así como aquellos empleos que se crearan con categoría similar.

Los demás cargos de la entidad, entre los que se encontraba el de Subgerente de Planeación Estratégica, fueron clasificados como de trabajadores oficiales, pues no tenían perfil directivo ni de manejo y confianza.

El 19 de abril de 2002 el señor Arturo Tabares Mora se vinculó a las Empresas Públicas de Medellín mediante contrato laboral escrito a término indefinido, para desempeñar el cargo de Subgerente de Planeación Estratégica. Su último salario mensual ascendió a la suma de \$7.359.128,96.

El 10 de octubre de 2002 se constituyó la organización sindical denominada Sindicato de Profesionales de EEPPM - SINPROEEPPM, correspondientes al segundo y tercer nivel de la estructura administrativa de la entidad, la cual fue reconocida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social mediante Resolución No. 02826 de 20 de noviembre siguiente. El demandante fue uno de sus miembros fundadores.

Para los distintos estamentos de la ciudad de Medellín no era bien visto que la mayoría de los profesionales de EEPPM hicieran parte de una agremiación sindical, por lo que la Gerente de la entidad recibió presiones por parte de miembros del Concejo Municipal y del Alcalde.

Como consecuencia de ello, la Junta Directiva de la entidad demandada se reunió el 25 de agosto de 2003, con el propósito de decidir *“la naturaleza de la relación laboral de los funcionarios de la estructura organizacional”*, argumentando que *“es necesario definir qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”*.

Sin hacer una reforma a los estatutos ni un estudio de cargos de los funcionarios niveles 1, 2 y 3, se decidió cambiar la naturaleza de la relación laboral de trabajadores oficiales a empleados públicos, aduciendo que el régimen general sería el de carrera y el de libre nombramiento y remoción la excepción.

La reclasificación de los funcionarios fue el mecanismo más expedito que encontró la Junta Directiva para desmembrar la asociación sindical de los profesionales de EEPPM.

Dos meses después de la reclasificación la Gerente General de la entidad demandada expidió la Resolución No. 352407 de 31 de octubre de 2003, declarando insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Subgerente de Planeación Estratégica, sin motivación alguna.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas vulneradas se citaron el preámbulo y los artículos 2, 25, 29, 39, 51, 53, 55, 125 y 209 de la Constitución Política; 5º inciso segundo del Decreto Ley 3135 de 1968; el Decreto Ley 1050 de 1968; 4º del Decreto 1221 de 1986; 17 de la Ley 142 de 1994; 41 y 42 de la Ley 443 de 1998; 70 y 85 de la Ley 489 de 1998; y 36 del Código Contencioso Administrativo.

El apoderado del actor afirmó que los actos acusados están afectados de las siguientes causales de nulidad:

4.1.- Expedición irregular

Señaló que la Resolución No. 352407 de 31 de octubre de 2003, que declaró la insubsistencia del nombramiento del actor en el cargo de Subgerente de Planeación Estratégica, está afectada por el vicio de forma consistente en su expedición irregular, por cuanto no fue motivada ni siquiera sumariamente.

4.2.- Desviación de poder

Afirmó que el Decreto No. 1329 de 12 de septiembre de 2003, por medio del cual se clasificó a unos empleados públicos en EEPPM, tuvo como fin desarticular y exterminar una asociación sindical que no era aceptada ni por el Alcalde de Medellín, ni por el Concejo Municipal, ni mucho menos por la Junta Directiva, con la consecuente vulneración del artículo 39 de la Carta.

Indicó que la Junta Directiva de la empresa demandada desconoció lo previsto en

el Decreto Ley 3135 de 1968, que establece como regla general que los funcionarios de las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales y, por excepción, los estatutos de cada entidad especificarán qué cargos serán de manejo y confianza. A partir de lo anterior advirtió que tales órganos no tienen absoluta discrecionalidad para reclasificar a los funcionarios.

Explicó que el señor Arturo Tabares Mora no desempeñaba un cargo de alta responsabilidad, pues no definía las políticas de EEPPM ni la representaba ante sus trabajadores; se trataba de un simple ejecutor, tanto es así que para obtener un permiso debía hacer la correspondiente solicitud y consulta con la Gerencia.

Sobre el mismo punto sostuvo que el actor siempre se destacó como un ejecutivo ejemplar, dispuesto a acatar las órdenes de sus superiores, cuyo único pecado fue hacer parte del sindicato de profesionales de la entidad demandada.

Basado en jurisprudencia de la Corte Constitucional, precisó que la definición de la naturaleza del vínculo es competencia del Legislador, en tanto que las excepciones son estatutarias, pero en uno y otro caso la clasificación está restringida a la órbita constitucional.

5.- OPOSICIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

El apoderado de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. se opuso a las pretensiones, por considerar que los actos acusados fueron expedidos con fundamento en la normatividad vigente, respetando la jurisprudencia y los procedimientos establecidos para el efecto.

Además expuso los siguientes argumentos de defensa:

5.1.- Naturaleza de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y sus servidores.

Señaló que mediante Acuerdo No. 069 de 1997 se transformó de establecimiento público a empresa industrial y comercial del Estado de orden municipal, por lo que en virtud de lo dispuesto por los artículos 41 de la Ley 142 de 1994 y 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, sus servidores son trabajadores oficiales, salvo los que la Junta Directiva determine que sean de dirección o confianza.

5.2.- Facultades de la Junta Directiva para clasificación de los servidores de las Empresas Públicas de Medellín. Con base en el pronunciamiento efectuado

por la Corte Constitucional mediante sentencia C-484 de 30 de octubre de 1995, afirmó que las Juntas Directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado poseen la facultad de determinar, mediante reglamentaciones internas, qué empleos de las mismas han de ser desempeñados por servidores vinculados por relación legal y reglamentaria, esto es, como empleados públicos, teniendo en consideración el carácter de dirección o confianza que los mismos ostentan en el desarrollo de sus actividades.

La Junta Directiva de la entidad demandada al adoptar la decisión de que los servidores vinculados a los cargos correspondientes a los niveles II y III de la estructura orgánica son empleados públicos, plasmada en el Acta No. 1407 de 2003, obró en ejercicio de las competencias que le son propias, de conformidad con los artículos 5º del Decreto Ley 3135 de 1968 y 22 del Acuerdo Municipal No. 12 de 1998, por medio del cual se adoptan los estatutos de las Empresas Públicas de Medellín.

5.3.- Carácter de dirección o confianza del empleo de Subgerente de Planeación Estratégica. Luego de transcribir las funciones básicas y específicas del empleo de Subgerente de Planeación Estratégica, así como los requisitos exigidos para su desempeño, sostuvo que el mismo posee carácter de dirección y confianza dentro de las Empresas Públicas de Medellín, por su jerarquía, responsabilidad, el desarrollo de las políticas que debe adelantar; el ser quien lidera la estrategia corporativa y el proceso de planeación estratégica dentro de la organización y del grupo empresarial; asegura coherencia e integración de todos los planes de las diferentes dependencias de la entidad; explora, formula y propone opciones de crecimiento para la Corporación; potencia las sinergias entre las dependencias de las Empresas y sus filiales; asesora en materia de inversiones y compra de otras empresas; dirige, coordina y controla el presupuesto de la Subgerencia; actividades donde están en juego los intereses fundamentales de la entidad, su éxito, su prosperidad, su futuro, su proyección.

5.4.- Novación del vínculo laboral – consecuencias. Indicó que ocurrida la novación o cambio de la relación laboral de trabajador oficial a empleado público, era necesario entrara a determinar de acuerdo con la Ley 443 de 1998, vigente para la época a que se refiere la demanda, cuáles de dichos empleos se hallaban regulados por el régimen de carrera administrativa o eran de libre nombramiento y remoción.

Fue así como la Gerencia General expidió el Decreto 1329 de 2003, en el que se limitó a indicar cuáles cargos correspondían a los señalados expresamente en la Ley 443 de 1998 como de libre nombramiento y remoción, acotando que tal característica la poseen en la entidad solos los oficios de Subgerentes y el de Secretario Auxiliar. Por exclusión, los demás estaban sujetos a la normatividad de carrera administrativa.

5.5.- Validez de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del accionante. Expuso que el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín en ejercicio de su facultad discrecional frente a quienes ocupen cargos a ser desempeñados por empleados públicos de libre nombramiento y remoción, en ningún momento requiere exponer los motivos que lo llevaron a tomar la decisión de insubsistencia, potestad que nunca se suspende o enerva, ya que con su ejercicio se busca lograr el mejoramiento del servicio que brinda la entidad a la comunidad en la cual posee cobertura, acto que goza de presunción de legalidad, la que no ha sido desvirtuada por el accionante.

Agregó que si en gracia de discusión se aceptara que el accionante ocupaba un cargo de carrera administrativa, es claro que debió estar escalafonado y reunir los requerimientos para ejercer el oficio, condiciones que nunca cumplió, por lo que tendría la calidad de empleado provisional, para cuya desvinculación tampoco se requiere motivación y sin que la falta de anotación en la hoja de vida implique la invalidez del acto.

A partir de lo anterior, precisó que la Resolución No. 352407 de 31 de octubre de 2003, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor como Subgerente de Planeación Estratégica, es perfectamente válida, por cuanto no requería de motivación alguna, goza de presunción de legalidad y se expidió en procura de obtener la mejora del servicio.

Con base en las argumentaciones sintetizadas en los numerales 5.1 a 5.5 de esta providencia, propuso las excepciones que denominó (i) legalidad de la actuación de las Empresas Públicas de Medellín e (ii) inexistencia de la obligación.

5.6.- Acto complejo. Partiendo de los desarrollos jurisprudenciales sobre el contenido y alcance del acto complejo, explicó que los actos acusados son independientes, por cuanto no están dirigidos a la expedición de una sola decisión

y cada uno de ellos posee existencia jurídica separada.

Con fundamento en lo anterior propuso la excepción de indebida acumulación de pretensiones y de acciones, aseverando que el Decreto 1329 de 12 de septiembre de 2003 es un acto administrativo de carácter general contra el cual procedía la acción de simple nulidad, en tanto la Resolución No. 352407 de 31 de octubre de ese mismo año es de carácter particular y contra ella si procede la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Finalmente aclaró que la vinculación del demandante como Subgerente de Planeación Estratégica se produjo entre el 22 de abril de 2002 y el 6 de noviembre de 2003.

II. LA SENTENCIA APELADA

La Sala de Descongestión – Subsección Laboral del Tribunal Administrativo de Antioquia negó las súplicas de la demanda, exponiendo los siguientes argumentos:

Luego de relacionar las pruebas que obran en el proceso, de precisar la naturaleza jurídica de la entidad demandada y de aludir a las funciones del cargo desempeñado por el actor, afirmó que no existe duda que el empleo de Subgerente de Planeación Estratégica de las Empresas Públicas de Medellín es de dirección y confianza y, por ende, de libre nombramiento y remoción.

Además indicó que el hecho que en el presente caso el servidor público hubiere sido vinculado por otro género de relación – contrato de trabajo - no es suficiente para sustituir la realidad jurídica de su vinculación para la época de su declaratoria de insubsistencia, que acorde con los actos que modificaron la clasificación de algunos empleos de la entidad, le otorgaron la condición de empleado público de libre nombramiento y remoción.

De igual manera agregó:

“En lo que respecta al Decreto 1329 del 12 de septiembre de 2003, se concluye que es legalmente aplicable, toda vez que como se indicó en precedencia, este decreto fue expedido por el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín, en consonancia con lo dispuesto por la Junta Directiva de dicha entidad,

mediante acta N° 1407 del 25 de agosto de 2005 (sic), la cual contaba con plenas facultades para señalar la categoría de empleados públicos que excepcionalmente tienen algunos de los cargos de su planta, como se deriva del Decreto Ley 3135 de 1968, artículo 5°. Por consiguiente no habría fundamento alguno para determinar la ilegalidad de dicho acto, pues se encuentra soportado en un acto de la Junta Directiva que aún conserva su legalidad.

En cuanto a la nulidad de la Resolución 352407 del 31 de octubre de 2003, considera la Sala que dentro del proceso no se logró probar ninguna causal para desvirtuar la presunción de legalidad de dicho acto, pues si bien este acto no se motivó expresamente, su motivación no era necesaria, ya que el nombramiento del actor podía declararse insubsistente en cualquier momento, sin motivación alguna – o sea en la forma como se hizo – de acuerdo con la facultad discrecional que para el efecto confiere la ley al nominador, porque el cargo que desempeñaba el demandante era de libre nombramiento y remoción.

En cuanto a la desviación de poder, que aduce el demandante como causal de nulidad del acto que lo desvinculó, debido a que el fin perseguido por entidad demandada (sic) con la reclasificación de empleos – pasarlos de trabajadores oficiales a empleados públicos -, era la de acabar con el sindicato de profesionales al cual pertenecía el demandante, encuentra la Sala que dicho hecho no se probó dentro del proceso, pues si bien se tiene que los testimonios de los señores Walter David Navarro y José Luis Yate Ramírez, son bastante categóricos al referirse a los supuestos fines buscados con la reclasificación de los empleados, los hechos que por ellos narran se enfocan en actos los expedidos (sic) por la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín, más concretamente el Acta N° 1407 del 25 de agosto de 200 (sic), la cual es el sustento del Decreto 1329 del 12 de septiembre de 2003, y sobre esta no se presentó la nulidad ni inaplicabilidad para el caso concreto”.

III. RECURSO DE APELACIÓN

En la oportunidad procesal correspondiente el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando su revocatoria y exponiendo los siguientes motivos de inconformidad:

- 1.- La sentencia del *a quo* no tuvo en cuenta que el cargo de Subgerente de Planeación Estratégica, desempeñado por el actor en calidad de trabajador oficial antes de la desvinculación, era de simple ejecución, pues no daba directrices sino que le tocaba ejecutarlas.
- 2.- Tampoco se consideró que el señor Arturo Tabares Mora siempre ejerció sus actividades como trabajador oficial, sin solución de continuidad, pues nunca se posesionó en calidad de empleado público, a pesar del cambio de denominación ordenado por la Junta Directiva de EPPM.
- 3.- Los testimonios rendidos por sus compañeros de trabajo y miembros del sindicato, demostraron que el fin perseguido con el cambio de denominación de

trabajador oficial a empleado público de libre nombramiento y remoción era acabar con la organización sindical de los profesionales de EEPPM.

4.- La sentencia de primera instancia no estudió de fondo el verdadero fin perseguido con el cambio de naturaleza jurídica de los cargos, ordenado por la Junta Directiva.

5.- No se tuvo en cuenta que mediante Decreto 201 de 25 de octubre de 2004, un año después de la desvinculación del actor, la Junta Directiva de EEPPM decidió volver a reclasificar como trabajadores oficiales los niveles II y III de la organización administrativa, entre ellos el cargo de Subgerente de Planeación Estratégica.

IV. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de 30 de octubre de 2012 se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante (fl. 505). Posteriormente, por auto de 29 de enero de 2013 se corrió traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público para que alegaran de conclusión (fl. 507).

El apoderado de la parte demandada presentó escrito de alegaciones, solicitando confirmar la sentencia de primera instancia, reiterando íntegramente los argumentos de la contestación y agregando que: (i) el actor no cumplía con todos los requisitos señalados en el Decreto 1142 de 2001 para desempeñar el cargo de Subgerente de Planeación Estratégica; (ii) el carácter de dirección y confianza del cargo que ocupaba el demandante lo determina la autoridad que poseía para la toma de decisiones, referidas al cumplimiento directo de las funciones asignadas y al manejo de personal, contratación y aprobación de presupuesto; (iii) el cargo de Subgerente fue clasificado textualmente por el artículo 5º de la Ley 443 de 1998 como de libre nombramiento y remoción, norma que fue ratificada por el artículo 5º de la Ley 909 de 2004, por lo que el hecho que se inaplique o no por vía de excepción el Decreto 1329 de 2003 no cambia la naturaleza que le determinó el propio Legislador a dicho oficio; (iv) la clasificación de los funcionarios de las Empresas Públicas de Medellín tuvo como único objeto el cumplimiento del ordenamiento jurídico, mas no debilitar la organización sindical, prueba de ello es que en la entidad demandada existen tres sindicatos, entre los cuales está el otrora Sindicato de Profesionales de EEPPM, hoy Sindicato de Profesionales de

las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios – SINPRO.

Por su parte, el Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó confirmar la sentencia apelada y rindió concepto en los siguientes términos:

El Decreto 1329 de 12 de septiembre de 2003 mantiene la presunción de legalidad, toda vez que con la prueba documental se establece que, en calidad de Subgerente de Planeación Estratégica, el demandante no solo asesoraba sino que también fijaba las directrices y políticas atinentes al tema de la planeación del organismo, por lo que sus funciones no son de simple ejecución, razón por la que la clasificación que hizo la entidad como empleo de libre nombramiento y remoción no es contraria a los lineamientos fijados por el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968.

Por tratarse de un servidor de libre nombramiento y remoción, su desvinculación no estaba supeditada a ningún procedimiento previo, solo debía reflejar que se adoptó para mejorar la prestación del servicio y en este caso no se evidencia que haya sido por una razón diferente.

La parte actora no demostró que su pertenencia a la organización sindical fuera la causa que originó la decisión de insubsistencia, como tampoco que el servidor que lo reemplazó no cumpliera con los requisitos mínimos para el ejercicio del cargo o que con su designación no se haya mejorado el servicio.

Para resolver, se

V. CONSIDERA

1. Problema jurídico

La Sala deberá determinar si se debe inaplicar por vía de excepción el Decreto No. 1329 de 12 de septiembre de 2003, por el cual el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín clasificó unos empleos públicos de libre nombramiento y remoción, y si tal decisión adolece de desviación de poder al pretender desarticular el Sindicato de Profesionales de EEPPM.

Adicionalmente debe establecer si la Resolución No. 352407 de 31 de octubre de 2003, por la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del actor en el

cargo de Subgerente de Planeación Estratégica, se ajusta a derecho, o si por el contrario está afectada de nulidad por la configuración de la causal relacionada con su expedición irregular.

2.- Competencia para la clasificación de empleos en las empresas industriales y comerciales del Estado que prestan servicios públicos

Para resolver el primer problema jurídico planteado, se hará una síntesis de las normas y la jurisprudencia alusivas a las competencias para la clasificación de empleos en las empresas de servicios públicos que hayan adoptado la forma de empresas industriales y comerciales del Estado, así:

El **parágrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 11 de julio de 1994**¹ señaló que las entidades descentralizadas de cualquier orden, territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado.

A su vez, el **artículo 41 ibídem** dispuso:

“Artículo 41. Aplicación del Código Sustantivo del Trabajo. Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta Ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta Ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 17, se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968”².

¹ “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.

² El aparte subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-253 de 6 de junio de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara, con el siguiente argumento: “Estima la Corte que el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 al disponer que el régimen de los servidores de las empresas de servicios públicos domiciliarios que adopten la forma de empresas industriales y comerciales del Estado, es el consagrado en el inciso primero del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 relativo a los empleados públicos, y no al inciso 2o. de la misma disposición que se refiere a los trabajadores oficiales, resulta contrario a la Carta Política en el aparte acusado, por las siguientes razones: Con la remisión aludida se desconoce el principio constitucional de la igualdad de quienes prestan sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto éstas por regla general vinculan a las personas que laboran para ellas en calidad de trabajadores oficiales, como lo señala el actor, y de manera excepcional de conformidad con sus estatutos, a quienes desempeñen cargos de dirección y confianza se les otorga la categoría de empleados públicos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968. Es evidente que el Legislador tiene facultad para fijar el régimen que corresponda a quienes prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado, pudiendo señalarles la calidad de empleados públicos, pues la función encaminada a la prestación de los servicios públicos permite que estén sometidos al marco jurídico “que fije la ley”. No resulta razonable ni idóneo sacrificar injustamente derechos constitucionales laborales propios de esta clase de servidores como son los

El artículo 5º del Decreto Ley 3135 del 26 de diciembre de 1968³ estableció lo siguiente:

“Artículo 5º.- Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo⁴.

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos⁵.

Las expresiones subrayadas del inciso segundo de la norma antes citada fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante **sentencia C-484 de 30 de octubre de 1995**, bajo el siguiente razonamiento:

“La fijación de las actividades que van a ser desempeñadas por virtud de vinculación legal y reglamentaria dentro de las empresas industriales o comerciales, corresponde a una función constitucional de orden administrativo que bien puede entregar la ley a sus juntas directivas, para ser ejercidas en la forma que determinen sus estatutos internos, sin que ello, modifique la naturaleza del empleo ni la de la relación laboral de carácter oficial que está dada por ley. Los estatutos internos de las empresas industriales y comerciales del Estado son el instrumento idóneo, en virtud del cual, se precisan las actividades de la empresa que corresponden a la categoría que debe ser atendida por empleados públicos; aquellos son actos que comprenden la definición del tipo de régimen aplicable a los servidores públicos en el entendido de que sólo los de dirección y confianza que se fije en el estatuto son empleados públicos, y el traslado de la competencia prevista en las expresiones acusadas no genera una contradicción de las normas constitucionales”.

derivados del derecho de asociación y de la negociación colectiva en la regulación de las relaciones laborales. No comparte la Corporación el criterio según el cual el Legislador quiso otorgarles la categoría de empleados públicos a los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado que presten servicios públicos domiciliarios. Lo expresado no significa que los estatutos de las empresas industriales y comerciales del Estado que presten servicios públicos domiciliarios, no puedan determinar cuáles de sus servidores se consideran empleados públicos, en relación con las actividades de dirección o confianza que desempeñen, de conformidad con el inciso 2o. del Decreto 3135 de 1968”.

³ “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

⁴ Este inciso fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-484 de 30 de octubre de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁵ El aparte subrayado en este inciso fue declarado executable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-484 de 1995.

En este contexto, es claro que la competencia asignada por la ley a las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado, para determinar en sus estatutos qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por empleados públicos, es constitucional.

3.- Clasificación de empleos en las Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

Las Empresas Públicas de Medellín fueron creadas como establecimiento público autónomo mediante **Acuerdo No. 58 del 6 de agosto de 1955** y transformadas en empresa industrial y comercial del Estado de orden municipal a través del **Acuerdo No. 69 del 10 de diciembre de 1997**, expedido por el Concejo de esa ciudad⁶.

Por medio del **Acuerdo Municipal No. 12 de 28 de mayo de 1998** se adoptaron los estatutos de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P.⁷, en cuyo **artículo 22** se estableció la clasificación de sus empleados, así:

“Artículo 22.- Clasificación. Las personas que presten sus servicios a las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. son trabajadores oficiales; sin embargo la Junta Directiva precisará qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.

En el **Decreto No. 101 de 22 de enero de 1998**⁸, expedido por la Junta Directiva de EE.PP.M. E.S.P., se efectuó la primera clasificación de los empleados de esa entidad, después de su transformación en empresa industrial y comercial del Estado, señalando que *“Son empleados públicos quienes desempeñen los siguientes cargos en la estructura actual de la Empresa: (...) Subgerente, (...) Subgerentes o Gerentes (...)”.*

Con el **Decreto No. 105 de 5 de marzo de 1998**⁹ se estableció la estructura administrativa de algunas Direcciones y Gerencias de las Empresas Públicas de Medellín y se hizo una clasificación de empleos de libre nombramiento y remoción, considerando como tales los cargos de Subgerente y Jefe de Planeación Estratégica.

⁶ Folio 174 y vuelto.

⁷ Folios 175 a 176 vuelto.

⁸ Folios 177 y 178.

⁹ Folios 179 a 184.

Posteriormente se expidió el **Decreto 113 de 18 de junio de 1998**¹⁰, en el que solo se consideraron como empleados públicos a quienes desempeñaran los cargos correspondientes al primer nivel de la estructura administrativa de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., tales como Gerente General, Gerente, Gerente Auxiliar, Secretario General, Coordinador Grupo de Transformación Interna y Director, así como aquellos empleos que existan o se creen con categoría igual o similar a los que se hace referencia en este decreto. Con este acto administrativo se derogaron los decretos 101 de 22 de enero de 1998 y 105 de 5 de marzo del mismo año.

La Junta Directiva de la entidad demandada se reunió el 25 de agosto de 2003 y por petición del Presidente abordó el tema referido a la naturaleza de la relación laboral de los funcionarios de la estructura organizacional, elaborando el **acta No. 1407**¹¹ y adoptando la siguiente decisión:

“En ejercicio de las atribuciones que le conceden los Estatutos de las Empresas, la Junta tomó la decisión de adoptar para los funcionarios de niveles 1, 2 y 3 la clasificación que había realizado en enero de 1998, y como consecuencia de ello dispuso el cambio de naturaleza de la relación laboral de trabajador oficial a la de empleado público; el régimen general será el de carrera y el de excepción el de libre nombramiento y remoción, conforme dispone la Ley 443 de 1998. Para los empleados de carrera se adoptará la indemnización establecida para dicho régimen.

La Junta reitera que este cambio no implica inestabilidad para los funcionarios, pues serán las condiciones del ejercicio de sus funciones las únicas determinantes de su estabilidad, como dispone la ley. De igual modo se pone de presente que para estos funcionarios entrará a regir el sistema de valoración propio de la carrera por lo que deberán fijarse de manera clara los objetivos y metas que han de constituir la guía para la valoración del desempeño”.

Acorde con la decisión anterior, la Gerente General de Empresas Públicas de Medellín expidió el **Decreto No. 1329 de 12 de septiembre de 2003**¹², acto administrativo acusado, disponiendo que los empleos de Subgerentes del nivel II de la estructura administrativa serán de libre nombramiento y remoción, de conformidad con el literal a) numeral 2 del artículo 5 de la Ley 443 de 1998.

La norma citada últimamente dispone lo siguiente:

“Artículo 5º.- De la clasificación de los empleos. <Artículo derogado por el

¹⁰ Folios 25 y 26.

¹¹ Folios 204 – 207.

¹² Folio 191.

artículo 58 de la Ley 909 de 2004>. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente Ley son de carrera, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo conforme a la Constitución y la Ley, aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación y los de trabajadores oficiales.

2. Los empleos de libre nombramiento y remoción que correspondan a los siguientes criterios:

a. Los de dirección, conducción y orientación institucionales, que adelante se indican, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, así:

(...)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General, **Rector, Vicerrector y Decano de Institución de Educación Superior distinta a los Entes Universitarios Autónomos; Jefe de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefe de Control Interno**¹³.

(...)"

Las funciones asignadas al cargo de Subgerente de Planeación Estratégica, desempeñado por el actor, están descritas en el **Decreto No. 1142 de 16 de mayo de 2001**¹⁴, expedido por el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín, así:

"FUNCION BÁSICA:

Promover la cultura de pensamiento estratégico en la Corporación. Liderar la estrategia Corporativa. Coordinar el proceso de planeación estratégica en la Organización, realizar y promover estudios de evaluación del entorno. Coordinar y controlar los procesos y asuntos relacionados con inversiones estratégicas, crecimiento en mercados, desinversiones e incorporación de la gerencia basada en el valor en los planes estratégicos, impulsando desarrollos metodológicos que soporten estos temas para el cumplimiento y coherencia de la estrategia corporativa.

FUNCIONES ESPECÍFICAS:

- 1.- Apoyar a la Gerencia en el desempeño del rol de *Direccional* y *Coordinador Estratégico Corporativo*.
- 2.- *Participar en el direccionamiento estratégico del Grupo Empresarial.*
- 3.- *Facilitar, coordinar y participar en la formulación, seguimiento y control de la planeación estratégica de la corporación y de la gerencia.*
- 4.- *Suministrar e impulsar desarrollos metodológicos y herramientas para el proceso de planeación estratégica en la organización, análisis de entorno, administración y control de gestión estratégica.*
- 5.- *Asesorar en el proceso de planeación estratégica de las UEN, USC y UNC.*
- 6.- *Asegurar coherencia e integración de los planes de las unidades con respecto*

¹³ El texto subrayado fue declarado exequible mediante la sentencia C-506 de 1999. El texto en negrilla fue declarado inexecutable mediante la misma sentencia de constitucionalidad.

¹⁴ "Por medio del cual se actualizan las funciones específicas de los empleos correspondientes a la estructura administrativa, se fijan requisitos para su desempeño, se establece el sistema de equivalencias general de requisitos para todos los empleos de la organización y se adoptan las directrices del esquema organizacional incluyendo los equipos de trabajo" (folios 185 a 190).

- al plan estratégico y táctico de la corporación.*
- 7.- Liderar e integrar estudios de análisis del entorno.*
 - 8.- Liderar la realización de estudios de gerencia basada en el valor y la incorporación de los resultados en los planes estratégicos corporativos y de negocios.*
 - 9.- Explorar, formular y proponer opciones de crecimiento para la corporación.*
 - 10.- Dirigir, coordinar y controlar el presupuesto de la subgerencia.*
 - 11.- Apoyar la participación en los estudios de oportunidad de negocios y soportar a la gerencia en las decisiones sobre adquisición de empresas.*
 - 12.- Proponer políticas, directrices y lineamientos sobre inversiones y desinversiones corporativas, desempeño financiero de los negocios, relaciones dueño – sociedad y gestión social.*
 - 13.- Diseñar y poner en funcionamiento el sistema de medición de gestión estratégica corporativa.*
 - 14.- Potenciar las sinergias entre las UEN y filiales.*
 - 15.- Proponer modelos de funcionamiento y administración para el Grupo Empresarial.*
 - 16.- Coordinar y controlar los procesos y asuntos relacionados con inversiones estratégicas corporativas.*
 - 17.- Coordinar la implantación, estabilización, evolución y funcionamiento de los sistemas de información de acuerdo con las directrices de Informática Corporativa.*
 - 18.- Desempeñar las demás funciones que le asigne el superior inmediato”.*

Como puede observarse, las funciones desempeñadas por el actor permiten afirmar que su cargo era de aquellos con status directivo, pues se trataba de un funcionario que lideraba estrategias, coordinaba procesos, tenía una importante incidencia en las inversiones y desinversiones de la empresa, controlaba el presupuesto de la subgerencia a él asignada y, en términos generales, desempeñaba el rol de direccionador y coordinador estratégico corporativo.

Adicionalmente se demostró que el señor Tabares Mora, en su condición de Subgerente de Planeación Estratégica de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., tenía dieciséis servidores a su cargo y autoridad para la toma de decisiones relacionadas con: (i) la fijación de directrices para elaborar el plan estratégico corporativo, (ii) la implementación del sistema de planeación estratégica, (iii) la contratación de actividades asociadas a su gestión, (iv) la aprobación del presupuesto de la subgerencia, (v) la promoción del desarrollo del talento humano a su cargo y (vi) la evaluación y ajuste de funciones del personal a su cargo¹⁵.

Así, la decisión adoptada por la Gerente General de EE.PP.M. E.S.P. mediante el Decreto No. 1329 de 12 de septiembre de 2003, en principio corresponde a la estricta aplicación de un criterio que el propio Legislador estableció para la determinación de los cargos de designación ordinaria.

¹⁵ Folios 188 y 189.

4.- Análisis de las pruebas y decisión del caso

La parte actora sostiene que la actuación administrativa que dio lugar a la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento como Subgerente de Planeación Estratégica de las Empresas Públicas de Medellín adolece de desviación de poder, por cuanto el propósito del cambio de la naturaleza del cargo de trabajador oficial a empleado público de libre nombramiento y remoción era desarticular la organización sindical denominada SINPROEEPPM. Las pruebas que obran en el expediente respaldan esa tesis, veamos:

El señor Arturo Tabares Mora fue vinculado a las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. a partir del 22 de abril de 2002, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de Subgerente de Planeación Estratégica¹⁶. Dicho contrato fue modificado el 6 de febrero de 2003, en cuanto al objeto y el sitio de labores¹⁷.

El 10 de octubre de 2002 el demandante se vinculó al Sindicato de Profesionales de Empresas Públicas de Medellín – SINPROEEPPM, siendo uno de sus miembros fundadores.

El 1º de marzo de 2003, durante la instalación de las sesiones ordinarias¹⁸, el Presidente del Concejo de Medellín Santiago Martínez Mendoza hizo las siguientes afirmaciones:

“El Gerente de Empresas Públicas de Medellín, Iván Correa Calderón, en el acto de posesión se comprometió en cumplir las normas de acuerdo con el patrimonio público que se le entregaba. Tácitamente aceptaba que no apoyaría deslealtades u oposiciones contrarias a las decisiones del gobernante y que se sometería como ciudadano a la autoridad legal y en todo caso que nunca olvidaría el afecto de quien lo designaba. Es decir, que imperaría el agradecimiento eterno de quien lo sacaba del mundo común de los mortales y lo llevaba al mundo del culto de los héroes.

Don Iván se insubordinó contra las políticas públicas del gobernante y éste, Luís Pérez Gutiérrez lo desvinculó de las Empresas Públicas de Medellín en uso de su potestad y demostrando que la institucionalidad está por encima incluso de los héroes. Y aquél, Correa, bajó de nuevo al mundo de los simples mortales.

Pero desafortunadamente no lo ha hecho con la dignidad que suponíamos sino

¹⁶ Folio 219.

¹⁷ Folio 220.

¹⁸ Folios 296 – 305.

con el reclamo y el pataleo no propio de los “parceros”. Se ha valido de un poder transitorio, de él ha hecho uso y la ha emprendido contra el gobernante y contra el patrimonio público más importante de los antioqueños y hoy no sabemos cuánto ha sido su daño en perjuicio, en imagen, en dinero”.

Y posteriormente agregó:

“Yo reivindico a los nuevos ejecutivos que sin abolengo, sin fortuna, han logrado incrustarse en el piso 12 del edificio inteligente y en un mano a mano por sus capacidades, han demostrado que los del pueblo también sabemos de administración, también sabemos de gestión empresarial, también sabemos de ingeniería, de planeación estratégica.

De no ser por ellos, las políticas sociales de la ciudad serían irrealizables, porque la tecnocracia de EPM y para mayor colmo, el nivel directivo, ahora organizado en un sindicato de profesionales que paga en la prensa avisos en contra de lo social del gobierno y del Plan de Desarrollo, quiere ejercer su mandato.

*Yo propongo a la junta directiva de EPM que todo el nivel directivo debe ser empleado público de libre nombramiento y remoción para que el gobernante de turno, así como se hace con el gerente general, defina qué equipo debe acompañarlo en su gestión, ya que quien no comparta la dirección y las políticas públicas de la ciudad, debe irse inmediatamente”*¹⁹. (Subraya la Sala).

El Alcalde de Medellín, en su condición de Presidente de la Junta Directiva de EPM, pidió abordar el tema referido a la naturaleza de la relación laboral de los funcionarios de la estructura organizacional, por lo que mediante acta No. 1407 de 25 de agosto de 2003 dicho órgano decidió que los cargos de los funcionarios niveles 1, 2 y 3 pasarían de ser considerados como de trabajadores oficiales a empleados públicos²⁰.

Por medio del Decreto No. 1329 de 12 de septiembre de 2003 la Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. dispuso:

*“Artículo 1º. Serán de libre nombramiento y remoción los empleos correspondientes a Subgerentes del nivel 2 de la Estructura, y el Secretario Auxiliar cuyo cargo fue asimilado al de Subgerente”*²¹.

El cargo desempeñado por el demandante se encontraba incluido dentro de los de Subgerentes del nivel 2 de la estructura organizacional de EE.PP.M.

Seguidamente, la misma funcionaria declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Subgerente de Planeación Estratégica, por medio de

¹⁹ Folios 302 y 303.

²⁰ Folios 204 – 207.

²¹ Folio 191.

Resolución No. 352407 de 31 de octubre de 2003²². El demandante desempeñó el cargo hasta el 5 de noviembre siguiente²³.

El testimonio del señor Walter David Navarro Giraldo, Especialista de Planeación de la entidad demandada y Presidente de SINPROEPPM²⁴, da cuenta de las presiones ejercidas por el Concejo y el Alcalde de Medellín para el cambio de naturaleza jurídica de los cargos, de la siguiente forma:

“PREGUNTA: Usted conoce los motivos por los cuales la Junta Directiva de EPM en el año 2003, decide cambiar la naturaleza de algunos funcionarios de EPM, entre ellos los de nivel 2 en los cuales se encontraba el demandante? CONTESTÓ: En esa época hubo presiones por parte del Concejo de Medellín y del Alcalde de la ciudad para que en la Junta de Empresas Públicas se tomara la decisión de convertir en empleados públicos a los funcionarios de los niveles 2 y 3 de la estructura de Empresas Públicas de Medellín. PREGUNTADO: Usted sabe cuántas personas salieron desvinculadas luego de la transformación de estos niveles a empleados Públicos? CONTESTO: Aproximadamente 5 personas salieron desvinculadas. (...) PREGUNTADO: Usted sabe si en la actualidad esta nueva categoría a la que pasó el actor como empleado público, sigue en Empresas Públicas o hubo alguna transformación que usted conozca? CONTESTO: En el año 2004 se volvieron a clasificar como trabajadores oficiales los niveles 2 y 3 de la estructura, salvo tres excepciones; pero el cargo de el (sic) demandante se reclasificó como trabajador. Yo por aquí traigo una copia del acto administrativo para que repose en el expediente. El testigo hace relación al Decreto 201 del 25 de octubre de 2004, el cual aporta en un (1) folio. PREGUNTADO: Sabe por qué si se puede llamar así, Empresas Públicas “reversó” y volvió al antiguo sistema de clasificación a trabajadores oficiales de los niveles 2 y 3? CONTESTO: Entiendo que para finales del 2004, todas las empresas que tuvieran cargos de carrera administrativa en provisionalidad deberían hacer los procesos de selección para vincular, en Empresas Públicas los niveles 3 de la estructura en teoría estaban en provisionalidad de carrera administrativa (sic); lo que implicaba que realizara estas vinculaciones sin el control de la misma empresa porque se haría desde la Función Pública en Bogotá, dada esa situación encontró más fácil reversar la clasificación a trabajadores oficiales”.

En el mismo sentido el testigo José Luís Yate Ramírez, Especialista de Planeación de Empresas Públicas de Medellín²⁵, indicó:

“PREGUNTA: Usted sabe cuáles fueron los motivos por los cuales se presentó en EPM la reclasificación de los niveles 1, 2 y 3 de trabajadores oficiales a empleados públicos? CONTESTO: Si la pregunta hace relación con respecto a lo que dio origen a la conformación del sindicato, donde todos los trabajadores de los niveles 2, 3 y 4 podían pertenecer a este dado que la conformación del sindicato era precisamente para unir a profesionales y sobre todo jefes, entonces nosotros entendimos en aquél entonces que la reclasificación se debía en gran parte como una forma de debilitar la organización sindical dado que su conformación en gran

²² Folio 213.

²³ Conforme a la certificación expedida por la Jefe del Departamento de Nómina y Seguridad Social de las Empresas Públicas de Medellín (folio 222).

²⁴ Folios 439 a 442.

²⁵ Folios 442 a 446.

parte estaba dada por jefes. PREGUNTADO: Usted sabe si hubo presiones externas, llámese Concejo de Medellín, Alcaldía de Medellín, etc., para que hubiese esa transformación en Empresas Públicas de Medellín, y por ende, diezmar el sindicato de profesionales? CONTESTO: De lo que yo tengo conocimiento directo, una de ellas es la citación que nos hacen a la Junta Directiva del Sindicato el señor Alcalde de Medellín y nos solicita que por favor hagamos todo lo posible por desaparecer la organización sindical; dado que no está bien visto, que los jefes y su gran mayoría estén asociados y bajo este tipo de organizaciones. Ya los otros tipos de manifestaciones que se dieron fue las que yo escuché por radio del Presidente del Concejo, el cual no estaba de acuerdo más que todo en la conformación en los integrantes que conformaban esta organización en su gran mayoría eran jefes y que no era muy bien visto por la gente de Medellín. PREGUNTADO: Usted sabe cómo quedó conformada la organización sindical luego de la transformación de los niveles mencionados a empleados públicos, es decir, si se diezmo o salieron muchos sindicalizados o dejaron de ingresar a la organización muchas personas? CONTESTO: Casi todos los delegados por no decir el 100 por ciento, pero en su gran mayoría de los delegados eran jefes; porque habían sido los socios fundadores de este sindicato. Al darse la reclasificación, el sindicato quedó sin representación quedó solo con la parte administrativa, toda la parte de apoyo y representación que se da a través de la Asamblea de Delegados ésta prácticamente desapareció con la reclasificación de trabajadores a empleados públicos y estos eran los que conformaban la Asamblea de Delegados, que son los que aprueban las grandes decisiones de la organización. PREGUNTADO: Usted no tiene un estimativo de cuántos eran y cuántos quedaron? CONTESTO: Exactamente no, pero era de este orden 155 socios fundadores de los cuales 132 eran jefes, más o menos de ese orden, no tengo más claridad”.

Finalmente, mediante Decreto No. 201 de 25 de octubre de 2004²⁶ la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. volvió a clasificar el cargo desempeñado por el demandante como de trabajador oficial, cuando dispuso:

“Artículo 1º. Son empleados públicos quienes se desempeñen en los cargos correspondientes al primer nivel de la estructura administrativa de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., tales como el de Gerente General, Gerentes, Secretario General y Directores, así como aquellos empleos que existen o se creen con categoría igual o similar a los que se hace referencia en el presente decreto.

Igualmente tendrán la misma clasificación quienes se desempeñen en los cargos de Jefe Departamento Control Disciplinario, Jefe de la Unidad Comunicaciones y RR.CC, Jefe de la Unidad de Tesorería, y Jefe de la Unidad de Compras”.

La valoración conjunta del material probatorio que se acaba de relacionar permite a la Sala concluir que en este caso se estructura el cargo de desviación de poder, el cual vicia de nulidad la actuación administrativa que determinó el retiro del servicio del actor.

En efecto, en este caso se demostró que el cambio de naturaleza jurídica del

²⁶ Folios 447 y vuelto.

cargo de Subgerente de Planeación Estratégica de trabajador oficial a empleado público de libre nombramiento y remoción no tuvo como objetivo dar estricto cumplimiento al ordenamiento jurídico (literal a) numeral 2 del artículo 5 de la Ley 443 de 1998) ni mejorar el servicio público, sino que estuvo enderezado a abonar el camino para viabilizar jurídicamente el retiro del actor, por su condición de miembro del Sindicato de Profesionales de Empresas Públicas de Medellín – SINPROEPPM.

Como ya se advirtió, resulta claro que la Junta Directiva de la entidad enjuiciada tenía competencia para determinar en sus estatutos qué actividades de dirección o confianza debían ser desempeñadas por empleados públicos, pues se trata de una función constitucional de orden administrativo que la propia ley le entregó²⁷ y que fue considerada por la Corte Constitucional como ajustada a la Carta Política²⁸.

Sin embargo, dicha potestad no puede ser ejercida en forma arbitraria o caprichosa, pues, en todo caso, la naturaleza jurídica del cargo debe estar determinada por la índole de las funciones asignadas al mismo.

En el caso objeto de examen, si bien las funciones desempeñadas por el demandante en el cargo de Subgerente de Planeación Estratégica correspondían exactamente al criterio de dirección, conducción y orientación institucionales, señalado por el literal a) numeral 2 del artículo 5 de la Ley 443 de 1998, ello no autorizaba a la administración para mutar a su antojo la naturaleza del mismo, con el propósito de desarticular una organización sindical que no era del gusto del Alcalde ni del Concejo de Medellín, o para evadir la oferta de los empleos de carrera en concursos públicos.

La cronología de la actuación administrativa desplegada por la entidad demandada refuerza esta tesis, toda vez que entre la fecha en que la Junta Directiva decidió considerar a los funcionarios de los niveles 1, 2 y 3 de la estructura organizacional como empleados públicos (25 de agosto de 2003), así como la Gerente General expedir el Decreto 1329 disponiendo que los cargos de Subgerentes del nivel II serían de libre nombramiento y remoción (12 de septiembre de 2003), y el momento en que el nombramiento del señor Arturo

²⁷ Artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968.

²⁸ Sentencia C-484 de 30 de octubre de 1995.

Tabares Mora en el cargo de Subgerente de Planeación Estratégica fue declarado insubsistente (31 de octubre de 2003), tan solo transcurrieron algo más de dos meses.

Una circunstancia adicional, indicadora del cargo de desviación de poder, quedó evidenciada con la expedición posterior del Decreto No. 201 de 25 de octubre de 2004, que a tan solo un año de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor como empleado público de libre nombramiento y remoción, volvió a considerar el cargo de Subgerente de Planeación Estratégica como de trabajador oficial.

La legalidad de la actuación administrativa tendiente al cambio de la naturaleza jurídica de los cargos pertenecientes a los niveles 2 y 3 de la estructura organizacional de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., no obsta para que se estructure la desviación de poder respecto de la decisión de retiro del actor, pues como quedó visto, tanto el Alcalde como el Presidente del Concejo de Medellín de la época ejercieron presiones sobre la Junta Directiva para desarticular la organización sindical de los profesionales, las cuales evidentemente tuvieron éxito y, de contera, vulneraron el derecho de asociación sindical.

Ciertamente, en este caso se hizo evidente que con tal determinación en realidad no se buscó dar cabal cumplimiento al ordenamiento jurídico, más concretamente a los criterios para determinar los cargos de libre nombramiento y remoción contenidos en la Ley 443 de 1998, sino perseguir a los miembros de la organización sindical denominada SINPROEPPM hasta lograr su salida de las Empresas Públicas de Medellín, como en efecto ocurrió con el demandante.

En relación con la causal de nulidad consistente en la desviación de poder frente a actos de naturaleza discrecional, esta misma Subsección se pronunció de la siguiente forma:

“Como la controversia gira en torno al desvío de poder, es preciso recordar que este consiste en el hecho de que una autoridad administrativa, con la facultad de expedir un acto ajustado a las ritualidades de forma, lo ejerce no con el fin y competencia para el cual fue investido, sino que lo utiliza para otros fines. Por eso, es obligación de quien alegue desvío de poder, aportar las pruebas necesarias que lleven al juez de la causa a la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la administración para expedir la resolución de retiro, no obedecieron al buen servicio. Es cierto que el acto acusado se profirió en ejercicio de una facultad discrecional autorizada por la Ley, sin embargo esta potestad debe ser entendida

como una técnica de administración de los recursos de la Administración Pública, que se desarrolla dentro del marco de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, cuyo ejercicio está subordinado esencialmente a dos elementos extrajurídicos como son la oportunidad y la conveniencia de la decisión, advirtiéndose que dicha facultad se ejercerá siempre bajo la orientación de una finalidad pública. Atendiendo las circunstancias del caso sometido a estudio, la Sala considera que se configuró la desviación de poder como un vicio en la causa del acto administrativo, por cuanto en la indagación probatoria se constató que el acto aparentemente válido persiguió un fin distinto al señalado por el legislador, pues está claro que la administración obró arbitraria y apresuradamente en relación con la actora, disfrazando la aparente legalidad del acto de retiro con su verdadera intención, cual era la de culparla por lo sucedido con la visita del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social ante la negativa de unos permisos sindicales que ni siquiera fueron concedidos por ella, como era lo habitual" (Destaca la Sala)²⁹.

Por las razones que anteceden, se revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se declarará la nulidad de la Resolución No. 352407 de 31 de octubre de 2003, acto mediante el cual la Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Subgerente de Planeación Estratégica.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará el reintegro del señor Arturo Tabares Mora al cargo que desempeñaba en la entidad demandada o a otro empleo con funciones afines y remuneración igual o superior a aquél, sin solución de continuidad, con las consecuencias económicas que ello conlleva.

Las sumas que resulten a favor del demandante se ajustarán en su valor, como lo ordena el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = \frac{\text{R.H.} \times \text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante a título de salarios, prestaciones y aportes a la seguridad social, desde la fecha en que fue retirado del servicio, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice

²⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, C.P. Luís Rafael Vergara Quintero, sentencia de 12 de agosto de 2009, expediente No. 4334-05, actor: Marleny González de Arenas, demandado: CAPRECOM EPS.

inicial, vigente en la fecha en que debió hacerse cada pago.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada obligación, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

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

VI. FALLA

1.- REVOCASE la sentencia del 21 de marzo de 2012, proferida por la Sala de Descongestión – Subsección Laboral del Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia.

2.- En su lugar se dispone:

2.1.- DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 352407 de 31 de octubre de 2003, acto mediante el cual la Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Subgerente de Planeación Estratégica.

2.2.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. reintegrar al señor Arturo Tabares Mora al cargo que desempeñaba o a otro empleo con funciones afines y remuneración igual o superior a aquél.

2.3.- CONDÉNASE a la entidad enjuiciada a reconocer y pagar al demandante los salarios, prestaciones y aportes a la seguridad social dejados de devengar desde cuando fue retirado del servicio y hasta cuando se produzca su reintegro efectivo, con inclusión de los reajustes legales correspondientes, entendiéndose que no hay solución de continuidad.

2.4.- Las sumas que resulten a favor del demandante serán actualizadas de acuerdo con la fórmula descrita en la parte motiva de esta providencia.

3.- La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A. y observará lo dispuesto en los artículos 177 y 178 ibídem.

4.- **NIÉGANSE** las demás súplicas de la demanda.

5.- Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO