

DEMANDA – Interpretación por el Juez. Normas violadas. Concepto de violación

La accionada insiste en que desde la contestación de la demanda propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, por considerar que en el líbello introductorio se solicitó la “NULIDAD del aparte del artículo diez de la resolución No. 820 de fecha 20 de mayo del año 2004, por medio de la cual el Representante Legal de EMCALI EICE E.S.P., clasificó el cargo de Jefe de Departamento, como de empleado público”, mientras que tanto en los hechos como en el concepto de violación hace referencia al artículo undécimo y como la sentencia objeto de impugnación declaró la nulidad del último artículo, quiere decir, que corresponde a un fallo ultra petita. Es una obligación para el Juez interpretar la demanda cuando ésta no sea clara; interpretación que encuentra su límite en el contenido de ésta. En el caso de autos, la estructura del argumento de la demanda censura como vicio de nulidad la clasificación del cargo de Jefe de Departamento como Empleado Público y no como Trabajador Oficial. En este sentido, en cumplimiento de la labor interpretativa descrita, para la Sala es evidente que la causal es la de infracción de normas superiores o en que deberían fundarse los actos administrativos prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo; y si bien no se propuso en forma expresa, nada impide al Juez su conocimiento sin que esto signifique la violación del derecho a la defensa del demandado que tuvo oportunidad y se pronunció sobre el contenido de estas normas. En consecuencia, el argumento del Ente acusado no está llamado a prosperar y en consecuencia se procederá a hacer el siguiente análisis.

JEFE DE DEPARTAMENTO DEL DEPARTAMENTO DE LAS EMPRESAS PUBLICAS DE DE CALI- Empleado público. Cosa juzgada

El Tribunal decidió la solicitud de nulidad del artículo undécimo de la Resolución No. 820 de 20 de mayo de 2004, por medio de la cual el Representante Legal de EMCALI EICE E.S.P., clasificó el cargo de Jefe de Departamento, como de empleado público, denegando las pretensiones de la demanda, se dispondrá estarse a lo resuelto en la citada sentencia, como quiera que los razonamientos que fueron sustento de la medida, sean también válidos en este caso para despachar desfavorablemente las súplicas.

NORMA DEMANDADA : RESOLUCION 820 DE 2004 (20 de mayo) EMPRESAS PUBLICAS DE CALI. ARTICULO DIEZ. COSA JUZGADA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil once (2011)

Radicación número: 76001-23-31-000-2005-02307-02(1082-09)

Actor: GUSTAVO ADOLFO PRADO CARDONA

Demandado: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI, EMCALI

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Entidad demandada contra la sentencia de 7 de noviembre de 2008, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por Gustavo Adolfo Prado Cardona contra las Empresas Municipales de Cali - EMCALI.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad parcial del “artículo diez” de la Resolución No. 820 de 20 de mayo de 2004, por la cual, el Representante Legal de EMCALI EICE E.S.P., clasificó el cargo de Jefe de Departamento, como de empleado público.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El Concejo Municipal de Santiago de Cali, mediante Acuerdo No. 050 de 1961, modificado por los Acuerdos Nos, 82 de 1987 y 21 de 1992, creó y reguló el Establecimiento Público Empresas Municipales de Cali, la cual tenía a su cargo la prestación de algunos servicios públicos.

Por medio de la Ley 142 de 11 de julio de 1994, se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictaron otras disposiciones, y en el artículo 17 ordenó la transformación de las Empresas de Servicios Públicos en Sociedades de Acciones o Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

El Acuerdo No. 014 de 26 de diciembre de 1996, el Concejo Municipal de Santiago de Cali, en cumplimiento del anterior mandato, a partir de 1° de enero de 1997 transformó las Empresas Municipales de Cali – EMCALI, en Empresa Industrial y Comercial del Municipio.

En el artículo 16 del precitado Acuerdo, con relación al régimen legal de los trabajadores, dispuso: “El régimen legal de los trabajadores de EMCALI EICE será el de los trabajadores oficiales; 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.” (Se destaca)

La Junta Directiva de EMCALI EICE, por medio de la Resolución No. 0081 de 13 de noviembre de 1997, delegó en el Gerente de la Entidad “(...) la facultad de precisar que actividades de Dirección o de Confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de Empleados Públicos, conforme a las normas legales que regulan la materia. (...)” (Art. 1°.)

El Gerente General de EMCALI EICE E.S.P., en uso de las facultades contenidas en las Resoluciones Nos. JD-081 y GG-7447 de 13 y 24 de noviembre de 1997 respectivamente, clasificó los servidores públicos de la Empresa, en los siguientes términos:

“Artículo Primero: A partir del 1° de Enero de 1997; el personal vinculado laboralmente a las Empresas Municipales de Cali, EMCALI EICE ESP, 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 ejecutivos, sino de concepción, coordinación de políticas empresariales que 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 dotadas de un determinado poder discrecional de autodecisión, los cuales corresponden a los cargos que se relacionan a continuación: (...)

Jefe de Departamento. (..)” (Se destaca)

El Concejo Municipal de Santiago de Cali, mediante el Acuerdo No. 034 de 15 de enero de 1999, adoptó el Estatuto Orgánico para la Empresa Industrial y Comercial de Cali EMCALI EICE E.S.P., por el cual, modificó el Acuerdo No. 014 de 1996, y dio unas autorizaciones al Alcalde dictó otras disposiciones, en el artículo 16, prevé:

“Régimen Legal de los Trabajadores de EMCALI EICE E.S.P., será el que corresponde al artículo 5°, Inciso 2° del Decreto 3135 de 1968.

Las actividades de Dirección o de confianza y manejo en los siguientes cargos:

(...) Jefe de Departamento. (...)”

Con la anterior disposición se desconoció lo previsto en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, la cual determinó que solo las Juntas Directivas de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en sus Estatutos Internos pueden clasificar que cargos corresponden a empleados públicos, como lo indicó el Consejo de Estado en sentencia de 25 de marzo de 2004.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante Resolución No. 002536 de 3 de abril de 2000, resolvió ordenar la toma de posesión para administrar los negocios, bienes y haberes de EMCALI. (Art. 1°)

Mediante Resolución No. 000141 de 23 de enero de 2003, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, modificó la anterior Resolución y dispuso la liquidación del Ente acusado.

Por Resolución No. 000562 de 5 de marzo de 2003, se estableció que el Superintendente asumiría la Representación Legal de EMCALI y que gozará de todas las facultades establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

El Agente Especial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en ejercicio de sus facultades, expidió la Resolución No. 820 de 20 de mayo de 2004, por la cual estableció el Estatuto Interno, la estructura organizacional de las Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE ESP y en el artículo 11, estableció:

“DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. Son empleados públicos con funciones de dirección o confianza en EMCALI EICE ESP, quienes ocupen los siguientes cargos:

ADMINISTRATIVOS: (...)

Jefe de Departamento (...)”

Luego por Resolución No. 823 de 20 de mayo de 2004, el Superintendente adoptó el Manual de Funciones y Perfiles de la Planta de Cargos de EMCALI EICE ESP, estableciendo en el artículo once que los Jefes de Departamento adscritos a las diversas Gerencias, tendrán las funciones allí determinadas.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículo 125; Ley 142 de 1994, artículos 17, 41, 121 y 123; Decreto 3135 de 1968, artículo 5°; Ley 443 de 1998, artículo 5°; Decreto 01 de 1984, artículo 158; Decreto 663 de 1993, artículo 295. (Fls.292-314)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Las Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE – ESP, por intermedio de apoderado de folios 506 a 527 dio contestación a la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Proponiendo como excepción la Ineptitud sustantiva de la demanda porque no se individualizó claramente la pretensión, teniendo en cuenta que se pide la nulidad del artículo diez de la Resolución No. 820 de 20 de mayo de 2004, por medio de la cual el Representante Legal de EMCALI clasificó el cargo de Jefe de Departamento como de empleado público.

El artículo diez de la Resolución No. 820 de 2004, prevé: “DE LA PLANTA DE CARGOS. Adoptase la planta de cargos de EMCALI EICE EPS, conforme al siguiente cuadro resumen (...)” y seguidamente estableció por áreas los cargos y separó los administrativos de los operativos, con la anotación de que el Jefe de Departamento figura dentro de los cargos administrativos.

Quiere decir, que el texto del mencionado artículo en ninguna parte hace relación a la clasificación de cargos públicos y dentro de estos el de Jefe de Departamento.

En esas condiciones la demanda erró al no precisar la pretensión formulada en tales términos y adolece de ambigüedad el petitum, al contener la cita del artículo cuya nulidad se pide un contenido ajeno a la clasificación de Jefe de Departamento como empleado público.

Presunción de legalidad, por conservar el acto acusado (Resolución 820 de 2004) plena validez y ser legítimo el aparte del artículo diez, por cuanto no vulnera ninguna de las disposiciones enunciadas en los cargos y en el que se adoptó la planta de cargos de la Entidad, entre otros el de Jefe de Departamento como un cargo de carácter administrativo.

Mediante las Resoluciones Nos. SSPD-12736 y SSPD-012831 de 8 y 18 de octubre de 2002 respectivamente, se estableció que el Agente Especial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tendría la Representación Legal de EMCALI.

Además las funciones del cargo de Jefe de Departamento son de dirección y confianza, como lo prevén las Resoluciones Nos. 820 y 822 de 2004 y como se desprende del artículo 5°, inciso 2° del literal a) de la Ley 443 de 1998.

Finalmente aduce que la Resolución No. 823 de 2004, artículo 10° no reproduce en lo más mínimo, ni conserva la esencia de las disposiciones contenidas en la Resolución No. GG-747 de 1997 que clasificó el cargo de Jefe de Departamento como empleado público, toda vez que el acusado, se refiere a la adopción de planta de cargos en administrativos y operativos estando el Jefe de Departamento dentro de los administrativos y no se menciona ninguna clasificación de empleo público.

La sentencia del Consejo de Estado de 23 de mayo de 2002, funda su juicio de legalidad en el Manual de Funciones de Quejas y Recursos y en la estructura administrativa de 1997, mientras que a la fecha, mediante las Resoluciones Nos. 822 y 823 de 2004 existen otros Manuales que no conservan identidad con aquel que sirvió de fundamento a la providencia, como tampoco se conserva la identidad organizacional esbozada en la Resoluciones de 2004.

LA SENTENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia de 7 de noviembre de 2008, accedió a las súplicas de la demanda. (Fls. 591-603)

El Consejo de Estado mediante sentencia de 23 de mayo de 2002, expediente 2873-01, declaró la nulidad de la Resolución No. GG-7447 de 24 de noviembre de 2007, proferida por EMCALI EICE ESP, en cuanto clasificó los cargos de Jefe de Departamento, como Empleados Públicos y dispuso que los mismos deban clasificarse como de Trabajadores Oficiales.

De acuerdo con la Resolución No. 823 de 20 de mayo de 2004, expedida por el Agente Especial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en su condición de Representante Legal de EMCALI EICE ESP, se adoptó el Manual de Funciones y Perfiles de la Planta de Cargos de dicha Entidad, y en el numeral once (11) están plasmadas las funciones que deben desempeñar los Jefes de Departamentos.

Desde el punto de vista literal, las funciones de Jefe de Departamento analizadas por el Consejo de Estado en la sentencia aludida y el nuevo Manual de Funciones de Jefe de Departamento, adoptado por el Representante Legal del Ente acusado, mediante la Resolución No. 823 de 20 de mayo de 2004, numeral 11, son diferentes; pero materializadas tienen el mismo fundamento que es el de ejecutar, controlar, evaluar y coadyuvar a Gerentes y Directores de acuerdo a las políticas institucionales, situación que permite afirmar la configuración del fenómeno de reproducción de un acto anulado; por tal motivo, la excepción propuesta por EMCALI EICE ESP, que denominó 'inexistencia de reproducción del acto declarado nulo', carece de fundamento porque mediante la decisión atrás anunciada, se declaró la nulidad de un acto administrativo que clasificó los cargos de Jefe de Departamento como cargos de Empleado Público, y como el acto mantiene igual clasificación, sin lugar a dudas se presente una reproducción de un acto declarado nulo.

Ante la reproducción del acto anulado (artículo 1° de la Resolución GG-7447 de 24 de noviembre de 1997) por parte del artículo 11 de la Resolución No. 820 de 20 de mayo de 2004, por medio de la cual el Representante Legal de

EMCALI clasificó el cargo de Jefe de Departamento como de Empleado Público, procede la nulidad del último de conformidad con lo estatuido en el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo.

EL RECURSO

Las Empresas Municipales de Cali – EMCALI interpusieron recurso de apelación cuya sustentación corre de folios 604 a 612, con el fin de que se revoque íntegramente la providencia impugnada y se nieguen las súplicas de la demanda.

Indicó que el A-quo declaró la nulidad parcial del artículo undécimo de la Resolución No. 820 de 20 de mayo de 2004, cuando el artículo demandado es el décimo del mismo acto, es decir, que no existe identidad entre las pretensiones de la demanda y la sentencia impugnada.

Aduce que no existe identidad ni literal, ni sustancial entre los actos mencionados por el A-quo, ya que con la adopción del nuevo Manual del cargo de Jefe de Departamento, expedido mediante la Resolución No. 820 de 20 de mayo de 2004 se varió la responsabilidad y el rol que asume dicho funcionario en el cumplimiento de sus funciones.

El desempeño de las funciones asignadas en dicho Manual, no corresponde a un simple colaborador, ni su participación en la determinación de las políticas institucionales no es de coadyuvancia, pues actúa dentro de la organización con funciones de dirección para diseñar, evaluar y controlar la realización y cumplimiento de los objetivos Corporativos.

Es decir, que no se trata de un papel de subalterno y de simple colaboración en la determinación de las políticas, porque su responsabilidad gravita en la definición, diseño, control, evaluación y seguimiento de los proyectos, planes y programas de desarrollo corporativo, participando como autor y generador de ellas.

Por ello, el análisis y alcance dado a las funciones enlistadas en el Manual de Funciones y Requisitos del cargo de Jefe de Departamento contenido en la

Resolución No. 823 de 2004, no es ajustado al nivel de responsabilidad, jerarquía y autoridad con la cual está investido dicho cargo; por tanto, no se configura el vicio de reproducción de acto anulado contenido en la Resolución No. 7447 de 2004 en cuanto clasificó el cargo de Jefe de Departamento como empleado público, dado que otras bien distintas no solo literalmente, sino sustancialmente fueron asignadas al mismo.

Finalmente indicó que el Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse en un caso idéntico al presente, donde se demandó el mismo acto y el demandante era el mismo del sub-examine y allí se negaron las súplicas de la demanda. (Sentencia de 30 de marzo de 2007, expediente 2005-2885-00)

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si el acto administrativo acusado, mediante el cual se expidió el Estatuto Interno del Ente acusado, fue expedido con desconocimiento de la Constitución y la Ley, al establecer que el Jefe de Departamento, es un Empleado Público y no Trabajador Oficial

ACTO ACUSADO

Artículo Undécimo de la Resolución No. 000820 de 20 de mayo de 2004 (Fls. 1-39), expedido por el Agente Especial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, designado para las Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P., por medio de la cual adoptó el Manual de Funciones y Perfiles de la Planta de Cargos de la Entidad, cuyo texto indica:

“ARTÍCULO UNDÉCIMO. DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. Son empleados públicos con funciones de dirección o confianza de EMCALI E.I.C.E. E.S.P., quienes ocupen los siguientes cargos:

ADMINISTRATIVOS	(...)
	JEFE DE DEPARTAMENTO

ANALISIS DE LA SALA

Cuestión Previa

La accionada insiste en que desde la contestación de la demanda propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, por considerar que en el libelo introductorio se solicitó la “NULIDAD del aparte del artículo diez de la resolución No. 820 de fecha 20 de mayo del año 2004, por medio de la cual el Representante Legal de EMCALI EICE E.S.P., clasificó el cargo de Jefe de Departamento, como de empleado público”, mientras que tanto en los hechos como en el concepto de violación hace referencia al artículo undécimo y como la sentencia objeto de impugnación declaró la nulidad del último artículo, quiere decir, que corresponde a un fallo ultra petita.

Sobre este tema, esta Corporación ha trazado la línea jurisprudencial que se ha elaborado frente al poder interpretativo del Juez en este tipo de demandas, así:

“(...) De conformidad con la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación, el carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo significa que ésta no puede actuar de oficio, sino que su actividad se desarrolla únicamente cuando los particulares acuden a ella en ejercicio de las acciones de origen constitucional y legal existentes en el ordenamiento jurídico. Pero no cualquier petición tiene la virtualidad de dar inicio a un proceso. Todo lo contrario, una vez un particular se convierte en demandante de una causa litigiosa ante esta jurisdicción, queda obligado a presentar la demanda en la forma en que las normas de procedimiento lo han prescrito. De manera que el actor de un proceso contencioso administrativo tiene la importante carga de orientar la labor del juez, que resulta satisfecha si la demanda reúne los presupuestos descritos en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, especialmente el relacionado con la indicación de “los fundamentos de derecho de las pretensiones” que, en tratándose de la impugnación de actos administrativos, precisa la indicación de las normas violadas y la explicación del concepto de violación. No obstante, sin que signifique el desconocimiento del carácter rogado de esta jurisdicción ni la sustitución o relevo de las cargas impuestas por la ley a las partes, el juez administrativo también está en la obligación de interpretar las demandas que no ofrezcan la claridad suficiente para poner en marcha el proceso, lo cual es consecuente con el deber de administrar justicia en la Constitución y con el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre lo meramente adjetivo, como también es correlativo al derecho de los particulares de acceder a la administración de justicia. El límite a la interpretación de la demanda por parte del juez en estos eventos está marcado por la

iniciativa del interesado, razón por la cual no puede tener por demandado lo que no surge del libelo introductorio.”¹ **(Negrillas y subrayas de la Sala)**

Entonces, es una obligación para el Juez interpretar la demanda cuando ésta no sea clara; interpretación que encuentra su límite en el contenido de ésta.

En el caso de autos, la estructura del argumento de la demanda censura como vicio de nulidad la clasificación del cargo de Jefe de Departamento como Empleado Público y no como Trabajador Oficial.

En este sentido, en cumplimiento de la labor interpretativa descrita, para la Sala es evidente que la causal es la de infracción de normas superiores o en que deberían fundarse los actos administrativos prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo; y si bien no se propuso en forma expresa, nada impide al Juez su conocimiento sin que esto signifique la violación del derecho a la defensa del demandado que tuvo oportunidad y se pronunció sobre el contenido de estas normas. En consecuencia, el argumento del Ente acusado no está llamado a prosperar y en consecuencia se procederá a hacer el siguiente análisis.

Cosa Juzgada

La cosa juzgada formal² se presenta cuando existe una decisión previa del Juez Constitucional en relación con la misma que es llevada posteriormente a estudio o cuando se trata de una norma con texto normativo exactamente igual, es decir, que formalmente es igual;³ éste último evento hace que no se pueda volver a revisar la decisión adoptada mediante fallo ejecutoriado.⁴

El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca en sentencia de 30 de marzo de 2007, M.P. Dr. Fernando Augusto García Muñoz, expediente 2005/2885-00, actor: Gustavo Adolfo Prado Cardona, demandado: EMCALI EICE E.S.P., negó las súplicas de la demanda en que se discutió la legalidad del artículo undécimo de la Resolución No. 820 de 20 de mayo de 2004, proferida por el Representante Legal de EMCALI EICE E.S.P., con los siguientes argumentos:

¹ Sección Quinta, sentencia de 20 de enero de 2006, Exp. 3836. Ver otras sobre la facultad interpretativa del juez: Consejo de Estado, de 24 de mayo de 2002, Exp. 2850, y 9 agosto de 2002, Exp. 2928.

² Corte Constitucional, sentencia C-489 de 2000.

³ Corte Constitucional, sentencia C-565 de 2000.

“(...) Así las cosas, acometerá la Sala, el estudio de las disposiciones legales que dan cuenta de las facultades otorgadas al Agente Especial de EMCALI EICE ESP, previo un breve recuento acerca de la naturaleza jurídica de esta entidad, de la cual se deriva la de las personas que en ella prestan sus servicios, conforme al elenco normativo jurídico vigente.

Ninguna discusión existe en relación con el carácter actual de EMCALI como una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada en consecuencia de personería jurídica, patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa y cuyo objeto social es múltiple. Así lo revelan, los Acuerdos Nos. 14 del 26 de diciembre de 1996 y 34 del 15 de enero de 1999, (Fls. 91- 114, c. único).

Como tal, en principio, el régimen legal de sus trabajadores es el que prevé el inciso segundo del Art. 5° del Decreto 3135 de 1968, que a la letra reza: (...)

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-484 del 30 de octubre de 1995, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, analizó la exequibilidad de la transcrita disposición a la luz de la Carta Política de 1991, bajo las siguientes reflexiones: (...)

De otro lado, el Acuerdo No. 34 del 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 E.S.P., se modifica el Acuerdo 014 de 1996, se dan unas autorizaciones al señor Alcalde y se dictan otras disposiciones", indica en los apartes relevantes a la temática examinada, lo siguiente: (...)

Hasta aquí, es de claridad meridiana, que en los órganos de administración y dirección de EMCALI EICE ESP, vale decir, en su Junta Directiva y su Gerente General, en condiciones normales y de funcionamiento regular de la empresa, recaen las principales funciones de conducción y orientación institucional, al punto que ciertamente es a la Junta Directiva a la que le corresponde ordinariamente, la adopción de los estatutos internos, en los cuales deben fijarse las actividades de dirección o confianza que deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos; atribución que no obstante a través de la figura de la delegación y mediante las formalidades legales puede trasladar pro tēmpore al Gerente General.

Pero es que ocurre, que las Empresas Municipales de Cali -EMCALI EICE se encuentra sometida a la intervención estatal a raíz de la crítica situación financiera y administrativa en que se encuentra, de acuerdo con las consideraciones plasmadas, en los actos que han dado lugar a dicha intervención, precedentemente indicados, expedidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, regentada actualmente por un Agente Especial

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-543 de 1992.

designado por la autoridad competente, quien ha asumido la completa, total y absoluta dirección y administración de la entidad, en representación del gobierno nacional, y que pese a contar igualmente con una junta asesora,' de ninguna manera ésta hace las veces de junta directiva en las condiciones arriba descritas; de modo que el prenombrado funcionario no sólo ostenta la calidad de representante legal de la entidad sino que también y con sujeción a la ley, tiene el carácter de administrador general de todos los bienes, haberes y negocios de la misma, al que además se le ha encargado la misión de "(...) llevar adelante los trámites y actos necesarios para procurar, crear y facilitar las condiciones necesarias para recuperar la viabilidad financiera de EMCALI EICE ESP, (...)"; (Art. 5º, Resolución No. SSPD 00052 del 5 de marzo de 2003), el cual goza de todas las facultades que le confiere el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; desplazando por tanto, a los miembros de la otrora junta directiva de la empresa, cuya separación definitiva del cargo al igual que la del gerente, fue ordenada desde el mismo instante en que se dispuso la toma de posesión (Art. 4º, Resolución No. 2536 del 3 de abril de 2000).

En ese orden de ideas, bien se puede afirmar que el campo de acción del Agente Especial designado para la administración de EMCALI EICE ESP, es sumamente amplio y en él se incluye la facultad de expedir el estatuto interno de la empresa como en efecto lo hizo por medio de la Resolución No. 000820 del 20 de mayo de 2004, precisando en tal reglamento las actividades de dirección o confianza a ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, acorde con los lineamientos del inciso segundo, Art. 5º del Decreto 3135 de 1968, función que se repite primigeniamente aparece radicada en la junta directiva, órgano actualmente inexistente en la empresa, atribuciones que constitucional y legalmente ahora están en cabeza del susodicho funcionario.

Adicionalmente cabe observar, que el nuevo estatuto interno para EMCALI EICE no es el objeto del capricho o la arbitrariedad, sino que fue producto de la realización previa de los correspondientes estudios técnicos que condujeron a formular una propuesta, de reestructuración organizacional de la entidad, que comprende la adopción de la planta, de cargos y la determinación de las competencias generales por áreas, como se acredita con el documento arrimado al dossier, visible a Fls. 147-206, c. único, el cual evidencia lo que en palabras de la Corte Constitucional, constituye en estos casos una "(...) visión moderna y racional de la administración y del servicio público, la posibilidad de adecuarse y adaptarse a las distintas condiciones y circunstancias que las afectan y comprometen, y que reclaman su respuesta dinámica. (...)”

Finalmente, acerca de las decisiones proferidas por el Consejo de Estado en los fallos aludidos por la parte actora y que presenta como sustento a sus peticiones, es preciso advertir, comportan aspectos problemáticos diferentes desde el punto de vista jurídico, toda vez que en el sub lite el meollo de la cuestión gira alrededor de

si el Agente Especial de EMCALI EICE ESP, ostenta precisas facultades constitucionales y legales para establecer mediante acto administrativo la categorización de las actividades que implican dirección o confianza al interior de la empresa y, consecuentemente, la calidad de empleados públicos de quienes las desempeñan, según la relación de cargos contenida en el artículo impugnado; y como fácilmente se desprende de la argumentación y fundamentos vertidos en las citadas providencias, (Fls. 48-66 y 115-122, C. único), el objeto de estudio en esa oportunidad, se centró en la consideración del contenido material de los actos administrativos demandados, bajo la premisa de observar la naturaleza de los cargos, y en cuanto al aspecto formal, el máximo Tribunal de la Justicia Contencioso Administrativa, precisó que la competencia para fijar los respectivos cargos hecha por el Concejo Municipal, correspondía efectivamente a la Junta Directiva de la entidad, anotación que en este sentido y no en el que pretende el actor, encaja perfectamente con lo precedentemente ocurrido, salvedad hecha desde luego de las distintas circunstancias planteadas.

CONCLUSIÓN Y RESOLUCION:

Con la expedición del artículo undécimo de la Resolución No. 000820 de mayo 20 de 2004, emitida por el Agente Especial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios designado para las Empresas Municipales de Cali -EMCALI EICE ESP-, "Por la cual se expide el estatuto interno, se establece la estructura organizacional de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE ESP., se adopta la planta de cargos, se determinan las competencias generales por áreas y se adoptan otras determinaciones", no se está infringiendo norma superior alguna, ya que como se dejó descrito anteriormente, la facultad objeto del debate jurídico, si bien en principio está radicada en cabeza de la respectiva junta directiva de la entidad, en virtud a la intervención por parte del organismo competente para ejercer sobre dicha entidad las funciones de control, inspección y vigilancia, más concretamente, de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios como es el caso, ante los motivos expresados, facultades y funciones que ordinariamente ostentan los órganos de dirección, administración, son ahora desempeñadas por el Agente Especial designado para tal fin, situación que a todas luces desvirtúa los dos cargos esgrimidos por el actor y no da lugar a la declaratoria de nulidad impetrada. Se denegarán las súplicas de la demanda." (Se destaca)

Además según da cuenta la Página de Gestión Judicial del Consejo de Estado, la precita sentencia fue impugnada por el demandante ante esta Corporación, expediente 1561-08, M.P. Dr. Jaime Moreno García, que mediante Auto de 19 de junio de 2008, le corrió traslado por el término de tres (3) días para que sustentara el recurso de alzada, como quiera que el término transcurrió en silencio, es decir, que el recurso no fue sustentado, por Auto de 25 de

septiembre de la misma anualidad, fue declarado desierto y ejecutoriada la sentencia e hizo transito a cosa juzgada.

En conclusión, como ya en la sentencia transcrita el Tribunal decidió la solicitud de nulidad del artículo undécimo de la Resolución No. 820 de 20 de mayo de 2004, por medio de la cual el Representante Legal de EMCALI EICE E.S.P., clasificó el cargo de Jefe de Departamento, como de empleado público, denegando las pretensiones de la demanda, se dispondrá estarse a lo resuelto en la citada sentencia, como quiera que los razonamientos que fueron sustento de la medida, sean también válidos en este caso para despachar desfavorablemente las súplicas.

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

FALLA

1°. REVÓCASE la sentencia de 7 de noviembre de 2008 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por Gustavo Adolfo Prado Cardona contra las Empresa Municipales de Cali – EMCALI EICE E.S.P., y en su lugar se dispone.

2°. ESTESE A LO RESUELTO en sentencia de 30 de marzo de 2007, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, dentro del expediente 2005/2885-00, que denegó la nulidad del artículo undécimo de la Resolución No. 820 de fecha 20 del año 2004, por medio de la cual el Representante Legal de EMCALI EICE E.S.P., clasificó el cargo de Jefe de Departamento, como de empleado público.

3°. Se tiene al Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora, abogado con T.P. No. 6.491, como apoderado de la Parte Demandada, en los términos y para los efectos del escrito visible a folio 635 del expediente.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA