



## Sentencia 04840 de 2005 Consejo de Estado

NULIDAD ELECCION DE DIPUTADO - Improcedencia. No se configuro inhabilidad con fundamento en ejercicio de autoridad administrativa / INHABILIDAD DE DIPUTADO - Supuestos para que se configure por ejercicio de cargo con autoridad administrativa / CIRCUNSCRIPCION DEPARTAMENTAL - Coincide con cada una de las circunscripciones municipales / EMPRESA DE SERVICIO PUBLICOS DOMICILIARIOS - Naturaleza de los cargos. Trabajador oficial y empleados públicos / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - No la ejerce Director de Estrategias Corporativas y Nuevos Negocios en empresa de servicios públicos domiciliarios

En este caso debe entenderse que la circunscripción departamental del Valle del Cauca coincide con cada una de las circunscripciones municipales de ese Departamento, incluida obviamente la circunscripción de Santiago de Cali, su capital, en la cual EMCALI EICE ESP, tiene su domicilio y su área de cobertura principal. Se deduce entonces que, contrario a la afirmación del Tribunal que sirvió de fundamento a su decisión desfavorable a las pretensiones de los demandantes, sí se configura en este caso este elemento de la inhabilidad, por cuanto las funciones ejercidas por el señor Salazar Uribe tuvieron lugar en la circunscripción departamental del Valle del Cauca. Los servidores de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios tienen la calidad de trabajadores oficiales con excepción de quienes desempeñan los cargos de dirección o confianza señalados en los respectivos estatutos, quienes tienen la calidad de empleados públicos. Según el régimen legal aludido, los servidores de las Empresas Municipales de Cali EICE ESP, por regla general, tienen la condición de trabajadores oficiales, con excepción del personal directivo y de confianza que se indique en sus estatutos. Específicamente para el caso que ocupa la atención de la Sala, se halla demostrado que el demandante desempeñó en ella un cargo que pertenece a la categoría de los empleados públicos estatutariamente establecidos. La condición de empleado público de quien ocupa el cargo de Director de Estrategias Corporativas y Nuevos Negocios también se deduce de la descripción del cargo, en la que se señala que el vínculo laboral es "público". Está plenamente probado que el Diputado elegido desempeñó como empleado público el cargo de Director de Estrategias Corporativas y Nuevos Negocios en las Empresas Públicas de Cali E.I.C.E. E.S.P., entre el 6 de mayo y el 16 de junio de 2003, es decir dentro del año anterior a su elección como Diputado del Departamento del Valle, ocurrida el 26 de octubre de 2003. Se debe entonces entrar a determinar si ejerció autoridad administrativa con motivo del desempeño del mencionado cargo, que le otorgó la condición de empleado público. Analizadas éstas, se concluye que en el cargo de Director de Estrategias Corporativas y Nuevos Negocios de EMCALI EICE ESP, el demandado no ejerció autoridad administrativa, señalado por los demandantes como uno de los elementos constitutivos de la inhabilidad consagrada en el artículo 33 numeral 3 de la Ley 617 de 2000. Por lo tanto el cargo no prospera y en consecuencia corresponde confirmar la sentencia impugnada que denegó las pretensiones de la demanda, pero por los motivos aquí señalados.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: FILEMON JIMENEZ OCHOA

Bogotá D. C., dieciocho (18) de julio de dos mil cinco (2005)

Radicación número: 76001-23-31-000-2003-04840-01(3542)

Actor: JUAN CARLOS ECHEVERRY NARVAEZ Y OTRO

Demandado: DIPUTADO A LA ASAMBLEA DEL VALLE DEL CAUCA

Superado el trámite de la segunda instancia se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 3 de junio de 2004 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Las demandas

El ciudadano Juan Carlos Echeverry Narváez, actuando en nombre propio, y la Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuradora Regional del Valle del Cauca, obrando en ejercicio de la acción pública electoral, en demandas separadas, solicitan al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que se declare nulo el acto por medio de los cual la Comisión Escrutadora del Departamento del Valle del Cauca declaró elegido al señor Juan Carlos Salazar Uribe como Diputado de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca para el periodo 2004-2007, por el Partido Liberal Colombiano, contenido en las Actas General y Parcial de Escrutinio de Votos para esa Corporación, de fecha 23 de noviembre de 2003. Como consecuencia de lo anterior solicitan la cancelación de la respectiva credencial y que se declare que el cargo de Diputado debe ser ocupado por quien le siga en mayor votación dentro de la lista de Voto Preferente correspondiente al mencionado partido político.

Las demandas se sustentan en los siguientes hechos:

1. El 26 de octubre de 2003 se celebraron en el territorio nacional las elecciones populares para Diputados Departamentales, entre otros, para el periodo constitucional comprendido entre el 1º de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2007.

2. La Comisión Escrutadora Departamental del Valle del Cauca declaró elegido como Diputado por ese Departamento al señor Juan Carlos Salazar Uribe, inscrito en nombre del Partido Liberal Colombiano, Código 1817, que optó por el Sistema de Lista Única con Voto Preferente; le siguió en votación, en orden descendente numérico, el ciudadano Emiliano Agustín Cera Vega, luego de aplicado el sistema de la cifra repartidora establecida en el artículo 263 de la C.P., modificado por el artículo 12 del Acto Legislativo No. 01 de 2003, pero el citado aspirante no alcanzó curul.

3. El ciudadano Juan Carlos Salazar Uribe estaba inhabilitado para ser elegido Diputado a la Asamblea del Departamento del Valle del Cauca, porque dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección ejerció el cargo de Director de Estrategias Corporativas y Nuevos Negocios de la Gerencia de Telecomunicaciones de EMCALI E.I.C.E. TELECOMUNICACIONES, cargo de libre nombramiento y remoción, para el cual fue nombrado por Resolución No. 00456 del 28 de abril de 2003 y ejerció hasta el 17 de junio de 2003, por renuncia presentada el 22 de mayo de 2003 y que le fue aceptada por Resolución 00718 del 30 de mayo siguiente.

4. El cargo señalado, que ocupó el demandado en EMCALI E.I.C.E. TELECOMUNICACIONES dentro de los doce (12) meses anteriores a su inscripción como candidato a Diputado, es de dirección administrativa y tiene como objetivo esencial dirigir, planear y controlar todas las actividades relacionadas con él, dirigir personalmente la contratación y negociación con proveedores y aliados comerciales de la empresa, manejar las alianzas, asociaciones y acuerdo multilaterales de los nuevos negocios de dicha entidad en el Departamento y en la Nación, además de ser el programador y coordinador técnico del personal a su cargo. Concluyen los demandantes que las funciones asignadas al cargo, descritas en el Acto Administrativo 0646 del 3 de abril de 2000, implican el ejercicio de autoridad administrativa en el ámbito del Departamento del Valle del Cauca.

Advierte la Procuradora Regional en su demanda que el desempeño de un empleo público como el que aquí se señala, perteneciente a una empresa municipal de Cali, se entiende que hace parte de la jurisdicción departamental del Valle del Cauca, tal como lo definió la Sala Plena Contencioso Administrativa de esta Corporación en el Expediente de Pérdida de Investidura Acumulado 033 y 034 adelantado contra el Representante a la Cámara Libardo de Jesús Cruz Romero. Señala además que el calificativo de cargo de dirección administrativa en casos como el presente ha sido reiterado también por esta Corporación y cita como ejemplo la sentencia de la Sección Segunda del 25 de febrero de 2000, Exp. 1893-98, según el cual basta que de conformidad con la estructura orgánica de la entidad donde presta sus servicios el empleado ejerza funciones de dirección para que de allí se infiera que cumple funciones de dirección administrativa.

Los demandantes citan como norma violada por el acto acusado el artículo 33 numeral 3 de la Ley 617 de 2000, según el cual no puede ser

inscrito como candidato ni elegido diputado quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar en el respectivo Departamento; La Procuradora Regional cita además los artículos 190 de la Ley 136 de 1994 y 36 de la Ley 734 de 2002.

Los demandantes solicitaron en sus respectivas demandas la suspensión provisional del acto acusado. Dicha solicitud fue negada por el Tribunal, en providencias del 14 y 16 de enero de 2004 (folios 36 Exp. 4840 y 54 Exp. 4922), porque consideró que la violación de las normas superiores invocadas no era manifiesta y para llegar a esa conclusión era necesario hacer un pormenorizado estudio que es propio de la sentencia y no de esa etapa procesal, conforme al artículo 152 del C.C.A.

## 2. Contestación de la demanda

El demandado, mediante apoderado, se opone a las demandas de anulación del acto que declaró su elección como Diputado a la Asamblea del Departamento del Valle del Cauca para el periodo 2004-2007, argumentando lo siguiente:

1.- Los cargos de autoridad administrativa, según el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, del 5 de noviembre de 1991, son todos los que corresponden a la Administración Nacional, Departamental y Municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando y de imposición, sobre los subordinados o la sociedad, como por ejemplo los cargos de directores o gerentes de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, de los Departamentos y Municipios, Gobernadores y Alcaldes, Contralores, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil.

Las funciones del demandante como Director de Estrategias Corporativas y Nuevos Negocios de EMCALI no guardan relación con las que en el orden municipal implican el ejercicio de dirección administrativa, descritas en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994. El cargo que desempeñó el demandante está clasificado en el Nivel Asesor, con funciones simplemente asesoras, consistentes en planear, dirigir y controlar los estudios y las actividades relacionadas con la búsqueda y desarrollo de nuevos negocios para la Gerencia de Telecomunicaciones, realizar seguimiento técnico, financiero y de alineación con las políticas corporativas, sugerir a la Gerencia de Telecomunicaciones correctivos en las inversiones, cuando sea necesario, manejar alianzas, asociaciones y acuerdo multilaterales que se desarrollen en la realización de los nuevos negocios, de acuerdo con directrices de la Gerencia, evaluar el cumplimiento de los objetivos y metas y otras, ninguna de las cuales corresponde a las de dirección administrativa, como por ejemplo, celebrar contratos, ordenar gastos, conferir comisiones, trasladar funcionarios, reconocer hora extras, etc..

Agrega que en el cargo que desempeñó, el señor Salazar Uribe tampoco ejerció autoridad política, nunca ordenó gastos ni autorizó contratos.

## 3. La providencia apelada

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante providencia del 3 de junio de 2004 (folios 146 y s.s.), negó las peticiones de las demandas acumuladas, acogiendo en su integridad el concepto del Ministerio Público de la primera instancia, según el cual en el asunto objeto de decisión no hay coincidencia entre la circunscripción en la que el demandado desempeñó el cargo de Director de Alianzas Estratégicas y Corporativas de la Gerencia de Telecomunicaciones de EMCALI, que es municipal, y la del que implica su elección como Diputado, del orden Departamental, lo que imposibilita la estructuración de la inhabilidad preceptuada en el artículo 33 numeral 3 de la Ley 617 de 2000.

Destaca y advierte el Tribunal a quienes se propongan defender la vigencia del principio de legalidad a través de acciones como la presente (folio 154), que las circunscripciones nacional, departamental y municipal son independientes entre sí para efecto de las inhabilidades.

Por las consideraciones anteriores estimó el Tribunal inane para el fondo del asunto cualquier consideración sobre las funciones desempeñadas en EMCALI por el demandado.

## 5. Las impugnaciones

1º.- El demandante Juan Carlos Echeverry Narváez, en escrito visible a folios 162 y siguientes, interpuso recurso de apelación en contra del fallo del 3 de junio de 2004, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, solicitando que se revoque y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda, por las siguientes razones:

a. Violación al principio de la seguridad jurídica en la aplicación del artículo 64 de la Ley 136 de 1994, contrariando la posición doctrinaria del propio Consejo de Estado en Sala Plena, Expediente 033-034 del 28 de mayo de 2002, acogida por la Sala Plena del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Rad. 2003-4747.

b. Violación del principio de igualdad en la aplicación de la ley, desconociendo la clara disposición contenida en el artículo 64 de la Ley 136 de 1994, ante la gravedad de los hechos, las implicaciones electorales futuras del nepotismo y la violación del principio de seguridad jurídica sin motivar la sentencia frente a los argumentos de las partes y el cambio de jurisprudencia.

c. Violación a los principios de contenido y congruencia de las sentencias, consagrado en el artículo 170 del C.C.A., reformado por el artículo 38 del Decreto 304 de 1989 y en el artículo 305 del C. de P. C., porque la sentencia que impugna no fue suficientemente motivada, dado que no analizó todos los hechos en que se funda la controversia, ni las pruebas, ni las normas jurídicas pertinentes, ni los argumentos de las partes.

Refiriéndose al argumento del fallo en que se fundó la decisión del Tribunal, el demandante argumenta que cuando la norma invocada en su demanda se refiere al respectivo departamento comprende cada una de las partes en que éste se divide y que la interpretación de que las circunscripciones departamental y municipal no coinciden en el caso de los Diputados no puede deducirse del artículo 64 de la Ley 136 de 1994, que establece que cada municipio forma una circunscripción electoral diferente pero solo para la elección de concejales, mas no para la de Diputados y Gobernador; agrega que la disposición que consagra la inhabilidad no se refiere a la circunscripción electoral sino al Departamento, como entidad territorial, compuesta por su territorio, su población, las autoridades que lo administran y representan y los diferentes municipios que lo integran. Como soporte a su afirmación cita y transcribe la sentencia del 28 de mayo de 2002 de la Sala Plena Contencioso Administrativa de esta Corporación, según la cual los municipios que integran un Departamento hacen parte de la misma circunscripción territorial.

2º.- La señora Procuradora Regional del Valle del Cauca manifiesta su desacuerdo con la distinción que el Tribunal plantea entre las circunscripciones departamental y municipal, e insiste en que ese aspecto ya ha sido definido por la Sala Plena Contencioso Administrativa de esta Corporación.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación propuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca por la cual se negaron las pretensiones de la demanda, conforme al numeral 8 de los artículos 129 y 132 del C.C.A., modificados por los artículos 37 y 40 de la Ley 446 de 1998, respectivamente, vigentes por disposición del parágrafo del artículo 164 de la misma ley citada, modificado por el artículo 1º de la Ley 954 del 27 de abril de 2005.

### 2. La inhabilidad alegada

La inhabilidad que según las demandas vicia de nulidad el acto declaratorio de la elección del señor Juan Carlos Salazar Uribe como Diputado del Departamento del Valle del Cauca para el periodo 2004-2007, es la prevista en el artículo 33 numeral 3 de la Ley 617 de 2000, que dispone:

“ARTICULO 33. DE LAS INHABILIDADES DE LOS DIPUTADOS. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado:

...

3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o

municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.

...”

En el caso concreto, para que se configure la inhabilidad contenida en la disposición transcrita se requiere que el Diputado cuya elección se demanda haya tenido la calidad de empleado público dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de su elección y que en esa calidad de empleado público haya ejercido jurisdicción o autoridad en la circunscripción departamental del Valle del Cauca.

El fundamento fáctico de la inhabilidad es el ejercicio por parte del demandado del cargo de Director de Estrategias Corporativas y Nuevos Negocios, de la Gerencia de Telecomunicaciones de las Empresas Municipales de Cali, EMCALI E.I.C.E. E.S.P., al que fue asignado por Resolución G.G. No. 00456 del 28 de abril de 2003 (folio 5 cuaderno de pruebas) y en el que permaneció hasta el 17 de junio de 2003 por renuncia irrevocable aceptada por Resolución GG No. 00718 del 30 de mayo de 2003 (folio 8 cuaderno de pruebas).

Afirman los demandantes que por las funciones asignadas, quien desempeña dicho cargo ejerce funciones de dirección administrativa, conforme a la descripción contenida en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994. Deducen en consecuencia que el demandado, quien desempeñó dicho cargo dentro de los doce (12) meses anteriores a su elección como Diputado del Departamento del Valle, ejerció autoridad administrativa, estaba inhabilitado para ser elegido en esa dignidad.

### 3. Análisis de la impugnación

Los recurrentes impugnan la decisión del Tribunal negativa a las pretensiones de las demandas, porque se sustentó en el argumento inválido de que la vinculación del señor Salazar Uribe a las Empresas Públicas Municipales de Cali hacía descartable en todo caso la inhabilidad invocada, porque la circunscripción municipal, en la que ejerció el cargo, es diferente a la circunscripción departamental a la que se refiere la norma que consagra la inhabilidad alegada. Afirman los recurrentes que dicha posición del Tribunal contradice la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación, infringiendo así el principio de la seguridad jurídica y el de la igualdad en la aplicación de la ley. También apelan la sentencia porque el Tribunal no sustentó su posición ni las razones para el cambio jurisprudencial, y consideró además que era innecesario entrar a analizar los demás aspectos de la inhabilidad, con lo cual infringió los principios de congruencia y contenido de las sentencias.

### 4.- El concepto de circunscripción y su alcance

Según lo ha definido esta Sección, el concepto de circunscripción se refiere a la división de un territorio para efectos de concretar derechos, adelantar funciones y competencias<sup>1</sup>.

Para establecer si la supuesta autoridad administrativa ejercida por el demandado como Director de Estrategias Corporativas y Nuevos Negocios, de la Gerencia de Telecomunicaciones de las Empresas Municipales de Cali, EMCALI E.I.C.E. E.S.P., implica su ejercicio en la circunscripción departamental del Valle del Cauca, la Sala se remite al siguiente antecedente jurisprudencial, que data de fecha anterior a la vigencia de la norma que consagra la inhabilidad que aquí se analiza, pero que tiene aplicación en este caso, por las razones que se señalarán más adelante<sup>2</sup>:

“... ya se vió cómo el régimen de inhabilidades aplicable a los diputados es el consagrado para los congresistas en el artículo 179 de la Constitución Nacional. Según el penúltimo inciso de esa norma las inhabilidades que consagra en sus numerales 2º, 3º, 5º y 6º se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. Y, de acuerdo con la regla general consignada en su inciso final, para los fines de ese artículo, se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales,...”.

Aplicada esa regla general a nivel departamental, debe entenderse que la circunscripción departamental coincide con cada una de las municipales,....”.

El pronunciamiento anterior tuvo lugar respecto a la elección de un Diputado con anterioridad al año de 2001, razón por la cual en su caso no regían las inhabilidades consagradas en el artículo 33 de la Ley 617 de 2000, sino las consagradas para los representantes a la Cámara en el artículo 179 de la Constitución Política, por virtud del artículo 299 de la misma Carta, en cuyo numeral 2 se consagra la inhabilidad en los mismos términos de la que aquí se alega, siendo por tanto aplicable el criterio jurisprudencial aludido.

Por su parte en la providencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, de fecha 28 de mayo de 2002, Exp. 033-034, dictada en el proceso de pérdida de investidura contra el Representante a la Cámara Libardo de Jesús Cruz Romero, invocada por la parte actora, se puntualizó que los Municipios que integran un Departamento hacen parte de la misma circunscripción territorial.

Teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales referidos, debe entenderse en este caso que la circunscripción departamental del Valle del Cauca coincide con cada una de las circunscripciones municipales de ese Departamento, incluida obviamente la circunscripción de Santiago de Cali, su capital, en la cual EMCALI E.I.C.E. E.S.P. tiene su domicilio y su área de cobertura principal (folio 102 Exp. 4922).

Se deduce entonces que, contrario a la afirmación del Tribunal que sirvió de fundamento a su decisión desfavorable a las pretensiones de los demandantes, sí se configura en este caso este elemento de la inhabilidad, por cuanto las funciones ejercidas por el señor Salazar Uribe tuvieron lugar en la circunscripción departamental del Valle del Cauca; en consecuencia carece de validez la razón esgrimida por el Tribunal para inhibirse de analizar los demás elementos constitutivos de la inhabilidad, para determinar si ella se configura en este caso, a saber:

- Que dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección el demandado haya tenido la calidad de empleado público, y
- Que en esa calidad haya ejercido jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar en el lapso indicado.

Por consiguiente la Sala analizará si se hallan presentes estos elementos restantes.

#### 5. La condición de empleado público

La Constitución Política cataloga a los empleados públicos dentro de la categoría de los servidores públicos, al lado de los miembros de las corporaciones públicas y los trabajadores del Estado. Dice así el artículo 123 de la Carta:

“ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”.

La clasificación de los servidores públicos distintos a los miembros de las corporaciones públicas, en empleados públicos y trabajadores oficiales está contenida en el artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968 en los siguientes términos:

#### DECRETO 3135 DE 1968

“ARTICULO 5. EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. Las personas que presten 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 trabajo<sup>3</sup>.

Las personas que presten 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 públicos”.

Sobre el régimen laboral aplicable a los servidores de las empresas de servicios públicos domiciliarios, categoría a la que pertenecen las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P. (folio 101 Exp. 4922), se ha previsto por la Ley 142 de 1994, el siguiente:

“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 de 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 párrafo del artículo 17, se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5º del decreto ley 3135 de 1968.”

La Corte Constitucional, en Sentencia C-253 de 1996, declaró inconstitucional la remisión al inciso 1º del artículo 5º, resaltado en negrilla, por las siguientes consideraciones:

“Se llega a la conclusión de que el legislador quiso precisar cuál es el régimen laboral para los trabajadores que presten sus servicios a las entidades de servicios públicos domiciliarios con capital no representado en acciones, y que adopten la forma de empresas industriales y comerciales del Estado. Pero al redactar la norma se incurrió en una equivocación al citar como tal régimen el previsto por el inciso primero del artículo 5o. del Decreto 3135 cuando lo pertinente era invocar el inciso segundo. En efecto, de los antecedentes de la ley y de su texto se aprecia que la intención del legislador fue la de que toda entidad dedicada a la prestación de servicios públicos domiciliarios que no se constituya o transforme en sociedad por acciones, tiene que adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado con todas las implicaciones que de ello se sigan; entre otras, la de que a sus empleados se les debe dar el tratamiento de trabajadores oficiales, concepto incompatible con el de que pueda tenérseles como empleados públicos; esto por cuanto el inciso primero del artículo 5o. del decreto 3135 de 1968 reserva esta calidad a quienes presten sus servicios a los ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos.”

En concepto del 28 de junio de 1995, citado en la providencia anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, manifestó lo siguiente:

“El artículo 41 de la ley 142 de 1994, trata dos situaciones distintas: en primer lugar le da carácter de trabajadores particulares, sometidos al Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en la ley a las personas, en términos generales, 'que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas'; y en segundo lugar establece que las entidades descentralizadas de cualquier orden nacional o territorial cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado, prescindiendo del régimen de división de su capital social en acciones.

Sin embargo, si los propietarios de la nueva empresa de generación con carácter de sociedad de economía mixta, no desean que su capital esté representado por acciones, debe adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado y en consecuencia el régimen laboral aplicable será el que corresponde a estas últimas, según el artículo 5o. del decreto 3135 de 1968, en donde tienen el carácter de trabajadores oficiales, con la salvedad de que los estatutos de la entidad podrán determinar 'qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos'.

Y en relación con la misma disposición comentada, en sentencia C-318 de 1996 la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del mismo artículo, con excepción del aparte declarado inexecutable; estos son algunos de sus apartes:

“... la Corte encuentra razonable la calificación del servidor de las empresas industriales y comerciales del Estado que presten servicios públicos como trabajador oficial. Ya la Corte Constitucional se había pronunciado al respecto de la siguiente forma:

‘... la doctrina nacional y la jurisprudencia de las altas corporaciones de justicia, siguiendo las conocidas pautas del derecho administrativo, ha dicho que los actos de gestión y de atención de servicios públicos por entidades descentralizadas por servicios, que asumen la forma de empresas industriales y comerciales deben ser atendidos por personal vinculado por otra modalidad que se corresponda con la figura

empresarial y económica de la gestión , y por ello es preciso vincular a los servidores públicos por contrato de trabajo y establecer un régimen jurídico específico de garantías prestacionales mínimas, que puede ser objeto de negociación y arreglo entre la entidad y el personal. Este es el sentido preciso que se desprende de las restantes partes no acusadas del artículo 5 del decreto 3135 de 1968.

Esta situación es evidente a lo largo de todo el texto de la nueva Carta Política, no solo desde el punto de vista de las razones funcionales sino desde el punto de vista orgánico y técnico. (Corte Constitucional. Sentencia C-484/95. M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz).

En conclusión, la regulación acusada es razonable, pues se presenta una adecuación y correspondencia entre el medio utilizado y el fin perseguido por la norma. Por tal razón se declarará exequible el artículo 41 de la Ley 142 de 1994, con excepción de la locución "inciso primero del", respecto de la cual se estará a lo resuelto en la sentencia de la Corte Constitucional No. C-253/96, en la que se declaró inexecutable tal expresión".

De manera que, como corolario de la disposición transcrita y de los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios expuestos, se deduce que los servidores de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios tienen la calidad de trabajadores oficiales con excepción de quienes desempeñan los cargos de dirección o confianza señalados en los respectivos estatutos, quienes tienen la calidad de empleados públicos.

Según el régimen legal aludido, los servidores de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P., por regla general, tienen la condición de trabajadores oficiales, con excepción del personal directivo y de confianza que se indique en sus estatutos.

No fueron aportados al proceso los Estatutos de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P. Sin embargo, específicamente para el caso que ocupa la atención de la Sala, se halla demostrado que el demandante desempeñó en ella un cargo que pertenece a la categoría de los empleados públicos estatutariamente establecidos.

Así se deduce de la Resolución GG No. 000456 del 28 de abril de 2003 (folio 35 Exp. 4922), expedida por el Agente Especial designado por EMCALI E.I.C.E. E.S.P., "(por la cual se ordenan unos movimientos de personal)", en cuya parte considerativa se expresa:

"Que el doctor Francisco Diego Mejía Vélez, Gerente de Telecomunicaciones, mediante oficio 4000000-GT-0555 del 12 de Marzo de 2003, ha solicitado traslado para algunos empleados públicos de la Gerencia de Telecomunicaciones.

Los siguientes movimientos de personal no desmejoran las condiciones laborales de ninguno de los mencionados empleados públicos".

En la parte resolutoria de la citada Resolución se dispone:

"ARTICULO TERCERO

A partir de la fecha el Ingeniero JUAN CARLOS SALAZAR URIBE, Registro 8241, Cargo DIRECTOR COMERCIAL NORTE ESTE, Code 74004000, Dirección Comercial Norte Este, se desempeñará en el cargo de DIRECTOR DE ESTRATEGIAS CORPORATIVAS Y NUEVOS NEGOCIOS, Code 74002000, Dirección de Estrategias Corporativas y Nuevos Negocios, Gerencia de Telecomunicaciones con la misma asignación salarial".

La condición de empleado público de quien ocupa el cargo de Director de Estrategias Corporativas y Nuevos Negocios también se deduce de la descripción del cargo (folio 37 Exp. 4922), en la que se señala que el vínculo laboral es "PUBLICO".

Se halla demostrado en el proceso que el Ingeniero tomó posesión del cargo el 6 de mayo de 2003 (folio 42 Exp. 4922) y permaneció en él hasta el 16 de junio del mismo año, por renuncia de fecha 22 de mayo anterior (folio 41), que le fue aceptada por Resolución GG No. 000718 del 30 de los mismos (folio 40).



De manera que está plenamente probado que el Diputado elegido desempeñó como empleado público el cargo de Director de Estrategias Corporativas y Nuevos Negocios en las Empresas Públicas de Cali E.I.C.E. E.S.P., entre el 6 de mayo y el 16 de junio de 2003, es decir dentro del año anterior a su elección como Diputado del Departamento del Valle, ocurrida el 26 de octubre de 2003. Se debe entonces entrar a determinar si ejerció autoridad administrativa con motivo del desempeño del mencionado cargo, que le otorgó la condición de empleado público.

#### 6. El ejercicio de autoridad administrativa

Esta Corporación ha entendido que la autoridad pública es ejercida por todo servidor público que dentro de sus funciones tiene poder de mando, de dirección y de imposición. Así se refirió al respecto:

“La autoridad pública en general, implica el ejercicio del poder público en función de mando para una finalidad prevista en la ley y que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, faculta para el ejercicio de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública. La autoridad es el poder o la potestad de mandar u ordenar, disponer, prohibir o sancionar de conformidad con la ley, dentro de los límites de la respectiva competencia”<sup>4</sup>.

El artículo 190 de la Ley 136 de 1994 señala los funcionarios públicos dotados de la facultad de dirección administrativa, que constituye una prerrogativa de la autoridad pública administrativa. Dice así la citada disposición:

“ARTÍCULO 190. DIRECCION ADMINISTRATIVA: Esta facultad además del Diputado, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales, conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados; reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.”

Así pues, conforme a la definición legal transcrita, para determinar si un empleado público ejerce autoridad administrativa, el estudio necesariamente debe partir del contenido funcional del cargo que ocupa.

Según la descripción de funciones allegada al proceso (folio 2 cuad. de pruebas), el cargo de Director de Estrategias Corporativas Y Nuevos Negocios de la Gerencia de Telecomunicaciones de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. dependiente de la Gerencia de Telecomunicaciones, tiene como objetivo general planear, dirigir y controlar las actividades relacionadas con el desarrollo de nuevos negocios, productos y servicios para incursionar y ampliar la participación de la empresa en otros mercados y realizar el seguimiento técnico, de desempeño y financiero a las alianzas y sociedades que se hagan con terceros.

Son de su cargo los siguientes procesos administrativos:

- Negociación con proveedores y aliados comerciales.
  
- Desarrollo de servicios y productos.
  
- Evaluación estratégica de los negocios,
  
- Investigación en el desarrollo de nuevas alianzas y sociedades.

- Relacionamiento con entidades regulatorias.

Sus funciones son las siguientes:

- Planear, dirigir y controlar los estudios y las actividades relacionadas con la búsqueda y desarrollo de nuevos negocios para la Gerencia de Telecomunicaciones.

- Planear, coordinar, dirigir y controlar las actividades relacionadas con el desarrollo de nuevos negocios de telecomunicaciones.

- Realizar seguimiento técnico, financiero y de alineación con las políticas corporativas a los negocios externos.

- Sugerir a la gerencia de Telecomunicaciones acciones de tipo correctivo en las inversiones cuando sea necesario.

- Manejar alianzas, asociaciones y acuerdos multilaterales que se desarrollen en la realización de los nuevos negocios, de acuerdo con las directrices de la Gerencia de Telecomunicaciones.

- Evaluar el cumplimiento de los objetivos y metas definidas para los nuevos negocios e términos de rentabilidad financiera y operacional y con los criterios de calidad que satisfagan las necesidades y expectativas de los clientes.

- Coordinar la elaboración del presupuesto del área a su cargo para la vigencia correspondiente y controlar su cumplimiento.

- Programar y coordinar la capacitación técnica y administrativa del personal a su cargo.

- Programar, dirigir y controlar el cumplimiento de metas, objetivos e indicadores de gestión de su área.

- Propender por el mejoramiento continuo de la dependencia a su cargo.

- Asegurar el cumplimiento, por parte de todo el personal a su cargo, de las normas de Salud Ocupacional.

De la descripción de los procesos y funciones a cargo del Director de Estrategias Corporativas y Nuevos Negocios de la Gerencia de Telecomunicaciones, se deduce que su desempeño no conlleva el ejercicio de autoridad administrativa en los términos del artículo 190 de la Ley 136 de 1994. Se trata de funciones encaminadas a la expansión de los negocios de telecomunicaciones de la empresa, a través del desarrollo de proyectos para la oferta de nuevos productos y servicios, para incursionar y ampliar la participación de la empresa en otros mercados, así como de la investigación de esos nuevos mercados y de las regulaciones pertinentes, la evaluación de los proyectos y el seguimiento de los mismos, todo bajo la dependencia de la Gerencia de Telecomunicaciones.

Por el contrario, no se deduce de la descripción de funciones que el cargo en mención conlleve el ejercicio de funciones de ordenación de gastos o celebración de contratos o convenios, o de facultades relacionadas con la administración de personal (otorgamiento de comisiones, licencias, traslados, reconocimiento de horas extras, vinculación de personal, etc), ni de participación en investigaciones disciplinarias.

Las funciones que tipifican el ejercicio de autoridad administrativa se hallan definidas en distintos actos administrativos de la empresa que han sido aportados al proceso, otorgados a cargos distintos al que ocupó el demandado. De ellos se deduce que, a partir de la toma de posesión de

la empresa por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos, según Resolución 002536 de fecha 3 de abril de 2000 (folio 102 Exp. 4922), han sido adoptadas medidas de austeridad del gasto de la empresa que han significado la restricción de las funciones de contratación y ordenación de gastos, así como todas las que implican erogaciones, que han quedado concentradas en las autoridades de nivel directivo. Así por ejemplo la Resolución JD-000015 del 4 de abril de 2000, solo autoriza el reconocimiento y pago de horas extras, en los límites allí señalados, al Director de Servicios Administrativos, al Director Administrativo y Financiero, al Jefe del Departamento de Servicios Administrativos de la respectiva Gerencia, y en casos de fuerza mayor a los Gerentes de Acueducto y Alcantarillado y de Energía (folio 83), y la Resolución GG-001390 del 23 de mayo de 2001 establece que todos los contratos que deban celebrarse a nombre de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. serán autorizados y suscritos exclusivamente por el Agente Especial de la empresa y revoca todas las delegaciones que se hubieran dado sobre la materia.

Lo anotado permite afirmar sin lugar a dudas que las funciones que desempeñó el Ingeniero Juan Carlos Salazar Uribe en el cargo de Director de Estrategias Corporativas y Nuevos Negocios de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. no implicaron el ejercicio de autoridad administrativa, señalado por los demandantes como uno de los elementos constitutivos de la inhabilidad consagrada en el artículo 33 numeral 3 de la Ley 617 de 2000.

Por lo tanto el cargo no prospera y en consecuencia corresponde confirmar la sentencia impugnada que denegó las pretensiones de la demanda, pero por los motivos aquí señalados.

### III. LA DECISION

Con base en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### FALLA:

Se confirma la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de fecha 3 de junio de 2004, pero por las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia.

En firme esta sentencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFIQUESE.

FILEMON JIMENEZ OCHOA

PRESIDENTE

REINALDO CHAVARRO BURITICA

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

DARIO QUIÑONES PINILLA

VIRGILIO ALMANZA OCAMPO

SECRETARIO

1. Sentencia del 24 de octubre de 2002, Exp. 2904.
  
2. Sentencia de esta Sección del 14 de diciembre de 2001, Exp. 2773.
  
3. Expresión declarada inexecutable por Sentencia C484 de 1995 de la Corte Constitucional.
  
4. Sentencia del Consejo de Estado del 3 de diciembre de 1982, cita de la Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 5 de noviembre de 1991, radicación 413.

---

Fecha y hora de creación: 2024-07-20 23:32:54