Providencia: Auto del 6 de mayo de 2016

Radicación No.: 66001-31-05-005-2016-00022-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Ángela María Ramírez Ramírez

Demandado: Nueva EPS S.A. y otro

Juzgado de origen: Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Ana Lucía Caicedo Calderón

**Reclamación administrativa – Es requisito cuando se demanda a cualquier entidad de la administración pública:** *“En el artículo 6º del C.P.L.S.S. se adoptó una modalidad especial de aseguramiento de la oportunidad para la autotutela administrativa, porque al señalarse que la reclamación administrativa cuyo agotamiento es presupuesto para ocurrir ante la justicia ordinaria laboral, consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, la sustrae del ámbito del agotamiento de la vía gubernativa previsto en el C.C.A. como requisito para que los particulares puedan acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa a demandar los actos administrativos unilaterales y definitivos de carácter particular y concreto, para someterla a una regulación más general y sencilla, conforme a la cual, en todos los eventos en que se pretenda demandar a una entidad pública ante la justicia ordinaria laboral, un presupuesto de procedibilidad de la acción es esa previa reclamación administrativa.”[[1]](#footnote-1)*

**Sociedad de economía mixta – hace parte de la rama ejecutiva del poder público:** *“A partir de estas normas legales puede establecerse que hoy en día los elementos configurativos de las sociedades de economía mixta son (i) creación o autorización legal;[[2]](#footnote-2) (ii) carácter de sociedades comerciales; (iii) su objeto social es el cumplimiento de actividades industriales y comerciales, con ánimo de lucro; (iv) sujeción a las reglas de Derecho Privado, “salvo las excepciones que consagra la ley”; (v) capital integrado por aportes del Estado y de particulares, en cualquier proporción; (vi) vinculación a la Rama ejecutiva como integrante del sector descentralizado y consecuente sujeción a controles administrativos”.[[3]](#footnote-3)*

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL No. 1

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No.\_\_\_\_**

**(Mayo 6 de 2016)**

En la fecha, los Magistrados que integran la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira (Risaralda), proceden a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 2 de febrero de 2016, que rechazó la demanda presentada por la señora **Ángela María Ramírez Ramírez** en contra de la **Nueva EPS S.A**. y el **Policlínico Eje Salud S.A.S.**

En sesión previa que se hizo constar en la mencionada acta, la Sala discutió y aprobó el proyecto que presentó la Magistrada Ponente, el cual alude a los siguientes:

1. **ANTECEDENTES**

La señora Ángela María Ramírez Ramírez, mediante apoderada judicial, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la Nueva EPS S.A. y el Policlínico Eje Salud S.A.S.

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, mediante auto del 21 de enero de 2016, devolvió la demanda y concedió a la demandante el término de 5 días para que la subsanara, so pena de ser rechazada. Tal decisión se fundó en que no se aportó el documento que acreditara el agotamiento de la vía gubernativa ante la Nueva EPS, de conformidad con lo expuesto en el artículo 6º del Código Procesal Laboral.

Vencido el término, mediante proveído del 2 de febrero de 2016 la Jueza de instancia rechazó la demanda por no haberse subsanado las falencias anotadas en el auto del 21 de enero de 2016 y, en consecuencia, ordenó el archivo de las diligencias.

La apodera judicial de la demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, arguyendo que en el presente caso era inaplicable la disposición que obliga a agotar la reclamación administrativa ante las entidades públicas, toda vez que la Nueva EPS, al ser una sociedad anónima de economía mixta en la que la mayoritaria partición es privada, se rige por la normatividad privada, en la cual no es obligatoria la reclamación administrativa como requisito de procedibilidad de la demanda ordinaria laboral en la que se persigue prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo suscrito entre las partes.

1. **CONSIDERACIONES:**
2. **Problema jurídico:**

¿Es necesario agotar la reclamación administrativa ante una sociedad de economía mixta, independientemente del monto del capital que el estado tenga en ella?

1. **Caso concreto**

 El artículo 6º del Código Procesal del Trabajo dispone que las acciones contra la Nación, las entidades territoriales y cualquier otra entidad de la administración pública solo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa.

 La Corte Constitucional en la sentencia C-792 de 2006, al estudiar el aludido artículo precisó lo siguiente:

*En el artículo 6º del C.P.L.S.S. se adoptó una modalidad especial de aseguramiento de la oportunidad para la autotutela administrativa, porque al señalarse que la reclamación administrativa cuyo agotamiento es presupuesto para ocurrir ante la justicia ordinaria laboral, consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, la sustrae del ámbito del agotamiento de la vía gubernativa previsto en el C.C.A. como requisito para que los particulares puedan acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa a demandar los actos administrativos unilaterales y definitivos de carácter particular y concreto, para someterla a una regulación más general y sencilla, conforme a la cual, en todos los eventos en que se pretenda demandar a una entidad pública ante la justicia ordinaria laboral, un presupuesto de procedibilidad de la acción es esa previa reclamación administrativa.*

Asimismo, al analizar la naturaleza de la Nueva EPS dicha Magistratura, en el Auto 081 de 2009, expuso:

De este modo, es claro que la Nueva EPS, a pesar de haber surgido como una empresa 100% privada ya que sus socios originarios fueron solamente las cajas de compensación familiar, debe ser considerada de manera distinta, ya que con el ingreso de POSITIVA Seguros S.A. como socio[[4]](#footnote-4) que adquirió el 50% menos una acción del capital social de la Nueva EPS, la sociedad fue infundida con recursos del Estado que se dedicaron a la prestación del servicio de salud por expresa autorización de la Ley 1151 de 2007 (…)

Con la anterior autorización legal se cumplen los requisitos, reiterados por la jurisprudencia de la Corporación y reseñados en precedencia, para que una empresa sea considerada como sociedad de economía mixta. Es así que la Nueva EPS, como ya lo había sostenido la Corte, tiene tal naturaleza jurídica.

 Así las cosas, a efectos de determinar si ante la Nueva EPS, como sociedad de economía mixta, es necesario presentar la reclamación administrativa cuando se pretende el reconocimiento de los derechos derivados de un contrato de trabajo, la Sala trae a colación el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-736 de 2007, según el cual dichas sociedades hacen parte de la administración pública:

***3.2.2 La pertenencia de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva del poder público.*** En primer lugar, la Corte repara en que las sociedades de economía mixta son mencionadas en la Constitución a propósito de las atribuciones (del Congreso, asambleas o concejos) de *“determinar la* *estructura de la Administración.”* Ciertamente, los artículos 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6 tienen como elemento común el conceder facultades a esos órganos colegiados para ese concreto propósito.[[5]](#footnote-5) De donde se deduce que la Constitución incluye a las sociedades de economía mixta dentro de la *“estructura de la Administración”*.

Por su parte, el artículo 115 de la Constitución, que pertenece al Capítulo I del Título V, relativo a la Estructura del Estado, al señalar los órganos que conforman la Rama Ejecutiva del poder público, no menciona a las sociedades de economía mixta.[[6]](#footnote-6) Esta circunstancia, sin embargo, no significa que este tipo de entidades se encuentre por fuera de este concepto. Es decir, de la lectura del artículo 115 no es posible concluir que las sociedades de economía mixta no formen parte de la Rama Ejecutiva, y que sólo conformen *“la estructura de la Administración”*, según lo dispuesto por los artículos 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6,que se acaban de mencionar.

En efecto, diversos criterios de interpretación constitucional indican que resulta imposible entender que el listado contenido en el artículo 115 sea taxativo, es decir excluyente de otras entidades. En efecto, conforme a un criterio sistemático o de interpretación armónica, observa la Corte que otra norma superior se refiere a un organismo no enumerado en el artículo 115, considerándolo como parte de la Rama Ejecutiva: se trata del artículo 354 de la Carta, según el cual el Contador General de la Nación es un funcionario de la Rama Ejecutiva del poder público[[7]](#footnote-7); así pues, con este señalamiento la misma Constitución indica que el listado del artículo 115 no es taxativo; de otro lado, existen ciertos órganos constitucionales, cuya pertenencia a la Rama Ejecutiva ha sido reconocida por la misma jurisprudencia de esta Corporación, particularmente la Vicepresidencia de la República, que tampoco forman parte del listado del artículo 115[[8]](#footnote-8). Adicionalmente, siguiendo un criterio de interpretación exegético, la Corte observa que la redacción del último inciso del artículo 115 superior no corresponde a la de una enumeración taxativa. Pues, como puede observarse, dicha norma simplemente afirma que *“forman parte de la Rama Ejecutiva”* los organismos que allí se mencionan, pero no señala que *“la Rama Ejecutiva está formada”* por ellos. De esta manera, la construcción gramatical utilizada (cuyo sujeto gramatical son los organismos mencionados y no la Rama Ejecutiva) permite entender que otros organismos también pueden formar parte de dicha estructura.

**Así pues, la enumeración contenida en el artículo 115 no es taxativa, de donde se deduce que otros órganos distintos de los allí mencionados pueden conformar la Rama Ejecutiva. Sin embargo, para establecer si las sociedades de economía mixta forman parte de esta Rama, es necesario aclarar que este concepto (Rama Ejecutiva) involucra el de administración centralizada y descentralizada, según pasa a explicarse:**

 Más adelante, dentro de la misma providencia se precisó:

Ahora bien, la vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva, y su condición de entidades descentralizadas, implica consecuencias que emergen de la propia Constitución cuales son particularmente las siguientes: (i) que están sujetas un control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, que toma pie en lo reglado por el artículo 267 de la Constitución, y que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados[[9]](#footnote-9); (ii) que están sujetas a un control político, que ejerce directamente el Congreso de la República en virtud de lo reglado por el último inciso del artículo 208 de la Constitución Política[[10]](#footnote-10). (iii) que de conformidad con lo prescrito por el artículo 150 numeral 7, según el cual al Congreso le corresponde *“crear o autorizar la constitución de … sociedades de economía mixta”*del orden nacional, su creación o autorización tiene que producirse mediante ley. Correlativamente, en los órdenes departamental y municipal esta misma facultad se le reconoce a las asambleas y concejos, según lo prescriben lo artículos 300 numeral 78 y 313 numeral 6, respectivamente, por cual en dichos niveles las empresas de servicios públicos que asumieran la forma de sociedades de economía mixta deben ser creadas o autorizadas mediante ordenanza o acuerdo, según sea el caso; (iv) que les son aplicables las inhabilidades para la integración de órganos directivos a que aluden los artículos 180-3[[11]](#footnote-11), 292[[12]](#footnote-12) y 323[[13]](#footnote-13) de la Carta; (v) que en materia presupuestal quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto[[14]](#footnote-14); (vi) que en materia contable quedan sujetas a las reglas de contabilidad oficial[[15]](#footnote-15);

Estas consecuencias derivadas de la vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva han sido destacadas por la jurisprudencia de esta Corporación, que al respecto ha vertido los siguientes conceptos:

“… es posible concluir que las sociedades de economía mixta, pese su naturaleza jurídica específica (regulación basada en las normas del derecho privado, ejecución de actividades industriales o comerciales, ánimo de lucro, entre otros aspectos) no pierden su carácter de expresiones de la actividad estatal, amén del aporte público en la constitución del capital social y la consiguiente pertenencia a la administración pública, en la condición de entidades descentralizadas. De esta manera, **no es acertado sostener que la participación de particulares en la composición accionaria y la ejecución de actividades comerciales en pie de igualdad con las sociedades privadas sean motivos para excluir a las sociedades de economía mixta de la estructura del Estado y de los controles administrativos que le son propios y cuya definición hace parte de la potestad de configuración normativa de que es titular el legislador**. Con base en esta última consideración, la sentencia C-629/03 concluyó que *“la propia Constitución, como se ha visto, determina consecuencias directas de la circunstancia de que una sociedad comercial tenga el carácter de sociedad de economía mixta y hace imperativa la vigilancia seguimiento y control de los recursos estatales, cualquiera sea la forma de gestión de los mismos, en los términos que prevea la ley.”.*[[16]](#footnote-16)

Adicionalmente, la vinculación a la Rama Ejecutiva implica que a pesar de que las sociedades de economía mixta, como entidades descentralizadas, gozan de autonomía jurídica, de todas maneras no son organismos independientes sino que están sujetas a cierto control por parte de la Administración central. Al respecto, la teoría general del Derecho Administrativo explica que aunque las entidades descentralizadas por servicios no están sujetas a un control jerárquico, reservado para la administración centralizada, en cambio si son objeto de un control llamado “de tutela”[[17]](#footnote-17) por parte de las entidades a las que se vinculan. El desarrollo legislativo relativo al control administrativo de tutela que recae sobre las sociedades de economía mixta en virtud de su vinculación a la Rama Ejecutiva hoy en día está contenido en la Ley 489 de 1998, cuyos artículos 41 , 98 y 99 prescriben en su orden (i) que en el nivel nacional, *“los ministros y directores de departamento administrativo orientan y coordinan el cumplimiento de las funciones a cargo de … las sociedades de economía mixta que les estén adscritas o vinculadas o integren el Sector Administrativo correspondiente”* (art. 41); (ii) que *“en el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones para la participación del Estado que contenga la disposición que autorice su creación, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella”* (art. 98); y (iii) que *“la representación de las acciones que posean las entidades públicas o la Nación en una Sociedad de Economía Mixta corresponde al Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle vinculada dicha Sociedad”* y que *“cuando el accionista sea un establecimiento público o una empresa industrial y comercial del Estado, su representación corresponderá al respectivo representante legal, pero podrá ser delegada en los funcionarios que indiquen los estatutos internos”* (art. 99).”

De lo anterior se puede extraer que la Nueva EPS S.A., al hacer parte de la administración pública, por su calidad de sociedad de economía mixta, obligaba a la demandante, previo a incoar la demanda por la que pretende la solidaridad de dicha entidad, que agotara frente a la misma la reclamación administrativa de que trata el aludido artículo 6º del Código Procesal del Trabajo, independientemente del monto del capital que el estado tenga en dicha sociedad.

Sin lugar a costas en esta instancia por cuanto no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**,

**RESUELVE**

 **PRIMERO: CONFIRMAR** el auto proferido el 2 de febrero de 2016 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Ángela María Ramírez Ramírez** en contra de **Nueva EPS S.A**. y **Policlínico Eje Salud S.A.S.**

**SEGUNDO:** Sin lugar a costas en esta instancia por cuanto no se causaron.

**Notifíquese y Cúmplase**

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**LEONARDO CORTÉS PÉREZ**

**Secretario**

1. ####  Corte Constitucional, Sentencia C-792 de 2006

 [↑](#footnote-ref-1)
2. Algún sector de la doctrina hace ver que sin este elemento y sin la intervención en la administración de la sociedad no es posible hablar de la existencia de una sociedad de economía mixta, por lo cual la sola propiedad pública de acciones de una sociedad, o la simple inversión de capitales por parte del Estado en una compañía mercantil no determina que la misma sea “de economía mixta”, siendo necesario que una o varias personas pública concurran en la formación de la sociedad y en la administración de la misma. Ver: GASPAR CABALLERO SIERRA, en “Las entidades descentralizadas en el derecho administrativo, Bogotá Edit. Temis, 1972. Citado por LIBARDO RODRÍGUEZ en “la estructura del poder público en Colombia”, Edit. Temis, Bogotá 2004. Pág. 109. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, Sentencia C-736 de 2007. [↑](#footnote-ref-3)
4. La constitución del a Nueva EPS mediante escritura pública se dio el 22 de marzo de 2007 y el Estado ingreso a través de Positiva Seguros S. A. el 8 de abril de 2008. [↑](#footnote-ref-4)
5. ***ARTICULO 150.*** *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

*7. Determinar la estructura de la administración nacional y … crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.*

***ARTICULO 300****.* ***Modificado. Acto Legislativo 01 de 1996***

*Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:*

*7. Determinar la estructura de la Administración Departamental… y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.*

***ARTICULO 313.*** *Corresponde a los concejos:*

*6. Determinar la estructura de la administración municipal… y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.*

 [↑](#footnote-ref-5)
6. Ciertamente, el último inciso de dicha norma superior reza así: *“Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendecias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva.”* [↑](#footnote-ref-6)
7. **ARTICULO 354.** Habrá un Contador General, funcionario de la rama ejecutiva, quien llevará la contabilidad general de la Nación y consolidará ésta con la de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan, excepto la referente a la ejecución del Presupuesto, cuya competencia se atribuye a la Contraloría. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sobre la pertenencia de la Vicepresidencia a la Rama Ejecutiva del pder público puede consultarse la Sentencia C-727 de 2000, M.P Vladimiro Naranjo Mesa. [↑](#footnote-ref-8)
9. *CONSTITUCIÓN POLÍTICA,* ***ARTICULO 267. “****El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.*

*Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.*

*La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados , fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.”*

Sobre el control fiscal en entidades de naturaleza mixta, esta Corporación ha explicado dicho control fiscal tiene por objeto la protección del patrimonio de la Nación, “y por lo tanto recae sobre una entidad, bien pública, privada o mixta, cuando ella recaude, administre o invierta fondos públicos a fin de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política. Por ello, el elemento que permite establecer si una entidad o un organismo de carácter privado se encuentra sometido al control fiscal de las contralorías, lo constituye el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación, según así quedó determinado por el constituyente quién quiso que *“...ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia la Constitución vigente crea los organismos de control independientes para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares*”.(Sentencia C-290de 2002) [↑](#footnote-ref-9)
10. El texto de este inciso es el siguiente: *“Las cámaras pueden requerir la asistencia de los ministros. Las comisiones permanentes, además, la de los viceministros, los directores de departamentos administrativos, el Gerente del Banco de la República, los presidentes, directores o gerentes de las entidades descentralizadas del orden nacional y la de otros funcionarios de la rama ejecutiva del poder público.”*

Sobre el alcance de este tipo de control político puede verse la Sentencia C-198 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. [↑](#footnote-ref-10)
11. El artículo 180-3, prescribe que los congresistas no podrán “ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel...”. [↑](#footnote-ref-11)
12. El artículo 292, en relación con las entidades del orden departamental y municipal, dispone que “los diputados y concejales y sus parientes dentro del grado que señale la ley no podrán formar parte de juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio”. [↑](#footnote-ref-12)
13. El artículo 323 sobre el régimen especial del Distrito Capital (último inciso) prescribe que los concejales y los ediles (que son los miembros de las juntas administradoras locales) no podrán hacer parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas”: [↑](#footnote-ref-13)
14. De conformidad con el artículo 352 “además de lo señalado en esta Constitución, la ley orgánica del presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar” [↑](#footnote-ref-14)
15. Según lo dispone artículo 354 “habrá un contador general, funcionario de la rama ejecutiva, quien llevará la contabilidad general de la nación y consolidará ésta con la de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan, excepto la referente a la ejecución del presupuesto, cuya competencia se atribuye a la Contraloría. Corresponden al contador general las funciones de uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad pública, elaborar el balance general y determinar las normas contables que deben regir en el país, conforme a la ley”. [↑](#footnote-ref-15)
16. Sentencia C-529 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño [↑](#footnote-ref-16)
17. Sobe este tema pueden consultarse entre otra, la siguiente doctrina nacional: RODRÍGUEZ R LIBARDO. “Estructura del poder público en Colombia”. Editorial Temis, Bogotá 2004. Pág. 29. [↑](#footnote-ref-17)