El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, 25 de octubre de 2018.

Radicación No: 66001-31-05-003-2017-00178-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Alba Lucía Arango Hernández y Carlos Alberto Quintero Arias

Demandado: Empresa de Aseo de Pereira S.A. E.S.P.

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: EMPRESAS DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO / NATURALEZA JURÍDICA / RÉGIMEN LABORAL DE SUS TRABAJADORES.**

Tales normativas, estudiadas en forma conjunta, permiten a la Sala arribar a la conclusión de que la Ley 142 de 1994 constituye el pilar fundamental que regula el campo de la prestación de servicios públicos domiciliarios en Colombia. De suerte que es indiscutible que las empresas de servicios públicos domiciliarios, son entidades cuya naturaleza es la de sociedades por acciones, sujetas al régimen previsto por ella y cuyo régimen laboral es el contemplado en el artículo 41, por tanto, sus trabajadores tienen calidad de trabajadores particulares, sometidos por ende, al Código Sustantivo del Trabajo, tal cual lo concluyó la sentenciadora de primer grado. (…)

En suma, no es conveniente asimilar las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, cuya naturaleza es la de sociedades por acciones, a las sujetas al régimen de empresas industriales y comerciales del estado, en virtud de la participación del estado en la propiedad accionaria, puesto que como se dijo, sólo cuando dichas entidades no desearan que su capital fuera representado por acciones, debían adoptar la estructura de empresas industriales y comerciales del estado, situación que acá no ocurrió, puesto que se adoptó la figura de sociedad anónima.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrado Ponente: **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

***OBJETO.***

En Pereira, a los veinticinco (25) días del mes de octubre de dos mil dieciocho (2018), siendo las ocho y quince de la mañana (8:15 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por el vocero judicial de los demandantes contra la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Alba Lucía Arango Hernández** *y* **Carlos Alberto Quintero Arias** *co*ntra la **Empresa de Aseo de Pereira S.A. E.S.P.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***I. INTRODUCCIÓN***

Pretenden los demandantes que la justicia ordinaria laboral condene a la sociedad convocada al proceso a reliquidar las vacaciones, la prima de vacaciones, de navidad y de servicios, las cesantías e intereses a las mismas, teniendo en cuenta los factores salariales omitidos, tales como la doceava parte de la prima de antigüedad y de navidad, durante los años 2011 a 2016, y en consecuencia, se ordene el pago de las diferencias resultantes en relación con lo realmente pagado. Así mismo, que se condene a la demandada a pagar la prima de navidad establecida en el Decreto 1045 de 1978 a partir del año 2015 hasta la fecha, lo demás que resulte probado en virtud de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso a su favor.

Como fundamento a tales pedimentos, exponen básicamente que en su condición de trabajadores oficiales, prestaron el servicio a la sociedad demandada mediante contratos de trabajo a término indefinido, desde el 2 de diciembre de 1997 la señora Arango Hernández y, desde el 11 de mayo de ese mismo año el señor Quintero Arias, desempeñando ambos el cargo de auxiliar administrativo; que son beneficiarios de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Empresa y el Sindicato de Trabajadores Sintraemsdes Subdirectiva de Pereira, en la que se contemplan una serie de prestaciones extralegales; indican que al momento del reconocimiento y pago de esas acreencias laborales, la sociedad empleadora no ha tenido en cuenta todos los factores que componen el salario, tales como primas de servicios, de navidad, de vacaciones y de antigüedad; que el 23 de abril de 2014 elevaron reclamación administrativa a la empresa, reiterada en dos ocasiones, tendiente a obtener la reliquidación de sus prestaciones sociales desde el 2011, empero, les fue resuelta negativamente con el argumento de que tales primas no constituyen factor salarial.

Trabada la Litis, la Empresa de Aseo de Pereira a través de su vocero judicial allegó respuesta, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones del libelo introductorio, por considerar que las prestaciones sociales de los demandantes han sido liquidadas con fundamento en el contenido del acuerdo convencional y del Código Sustantivo del Trabajo. Propuso como excepciones de fondo “Prescripción de la acción”, “Cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación”, “No realización de reclamación administrativa y no agotamiento del requisito de procedibilidad”, Prescripción” y Buena Fe”.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

El juzgado de conocimiento mediante fallo del 22 de noviembre de 2017 negó las pretensiones contenidas en la demanda, relacionadas con el reconocimiento y pago de la prima de navidad conforme al Decreto 1045 de 1978 y, la reliquidación de las demás prestaciones y acreencias liquidadas entre los años 2011 a 2016. Declaró probada la excepción de mérito propuesta por la entidad demandada y que denominó cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación. Condenó en costas a la parte vencida en juicio.

Para así concluir, advirtió en primer lugar que era necesario desentrañar cuál era la naturaleza jurídica de la entidad accionada, para lo cual estimó que se trataba de una sociedad anónima, constituida con acciones privadas o mixtas, por lo que sus trabajadores se encuentran regidos por las disposiciones contenidas en el código sustantivo del trabajo y, la convención colectiva suscrita con la organización sindical. Acto seguido, verificó el valor de las acreencias laborales legales y extralegales canceladas a los trabajadores demandantes, para finalmente concluir que no existe diferencia alguna a su favor, puesto que la entidad realizó cada uno de los pagos conforme a derecho.

***III. RECURSO DE APELACIÓN***

Inconforme con lo decidido, el vocero judicial de los demandantes se alzó contra la decisión en orden a que se revoque y se acceda a lo pedido en la demanda. En la sustentación, sostuvo que si bien la entidad en el certificado de existencia y representación legal registra que se trata de una sociedad anónima, no puede perderse de vista que se trata de una entidad oficial dada la naturaleza de las acciones, que son 100 % de entidades de derecho público, por eso se asemejan a las empresas industriales y comerciales del estado, y en consecuencia, el régimen laboral aplicable es el de los trabajadores oficiales, es decir, de los servidores públicos, cuya columna vertebral es el Decreto 2127 de 1945, y no por el código sustantivo del trabajo. Por eso, se pide la prima de navidad reconocida para los servidores públicos de orden nacional y territorial, y además, que se tengan las primas extralegales como factor salarial, como lo dispone la ley.

***Del problema jurídico.***

Visto el recuento anterior, la Sala formula el siguiente problema jurídico:

*¿Cuál es la naturaleza jurídica de la Empresa de Aseo de Pereira SA ESP?*

*¿Cuál es el régimen laboral aplicable a los aquí demandantes?*

*¿Tienen los demandantes derecho a la reliquidación de las acreencias laborales reconocidas por el empleador? En caso positivo,*

*¿Hay lugar a ordenar el pago de las diferencias pensionales a su favor?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado alegan las partes, si asistieron y hacen uso de esa facultad. Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

***IV. CONSIDERACIONES:***

Para los fines del recurso, procederá la Sala a determinar en primer lugar el componente orgánico, en orden a precisar la naturaleza de la institución a la que los demandantes prestaron el servicio, como quiera que de su solución favorable depende la prosperidad de los demás pedimentos de la demanda.

Para empezar, se tiene que con ocasión al Acuerdo 030 de 1996, expedido por el Concejo Municipal de Pereira, por medio del cual se ordenó la transformación y escisión de las Empresas Publicas de Pereira, surgió la Empresa de Aseo de Pereira SA ESP, como una empresa oficial de servicios públicos domiciliarios con capital o participación accionaria 100 % pública, organizada como sociedad anónima constituida a través de escritura pública No. 1324 del 25 de julio de 1997, otorgada ante la Notaria Cuarta del Circulo de Pereira, tal como se avizora del certificado de existencia y representación legal de la entidad visible a folio 20 y ss.

Mediante la Ley 142 de 1994, se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural en Colombia, definiendo legalmente en su artículo 14 los conceptos de Empresa de Servicios Públicos Oficial, Empresa de Servicios Públicos Mixta y la Empresa de Servicios públicos Privada, con el siguiente tenor:

 *“14.5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.*

*14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.*

*“14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”.*

Al tenor de lo preceptuado en el artículo 17 ibídem, la naturaleza de las empresas de servicios públicos son “sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley”. Sin embargo, las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, que no deseen que su capital esté representado en acciones, deben adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado. Establece igualmente, que el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel que preste servicios públicos, es el previsto en esa ley, en todo lo que no disponga la Carta Política.

Es así como dicho precepto, en su artículo 41, al regular y disponer lo relativo al régimen laboral a que se someterían sus trabajadores, dispuso:

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

De manera similar, el artículo 32 ibídem, indica que salvo las excepciones constitucionales o las señaladas en esa mima ley, todas las empresas de servicios públicos se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

De lo anterior, se colige que la intención del legislador fue la de concebir 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, darle a sus empleados el tratamiento de trabajadores oficiales, puesto que la calidad de empleado público que consagra el artículo 5o. del decreto 3135 de 1968 está reservado a quienes presten sus servicios a los ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos.

A su vez, el artículo 84 de la Ley 489 de 1998 dispone lo siguiente:

***“****EMPRESAS OFICIALES DE SERVICIOS PÚBLICOS****.****Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y las entidades públicas que tienen por objeto la prestación de los mismos se sujetarán a la Ley 142 de 1994, a lo previsto en la presente ley en los aspectos no regulados por aquélla y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.*

Tales normativas, estudiadas en forma conjunta, permiten a la Sala arribar a la conclusión de que la Ley 142 de 1994 constituye el pilar fundamental que regula el campo de la prestación de servicios públicos domiciliarios en Colombia. De suerte que es indiscutible que las empresas de servicios públicos domiciliarios, son entidades cuya naturaleza es la de sociedades por acciones, sujetas al régimen previsto por ella y cuyo régimen laboral es el contemplado en el artículo 41, por tanto, sus trabajadores tienen calidad de trabajadores particulares, sometidos por ende, al Código Sustantivo del Trabajo, tal cual lo concluyó la sentenciadora de primer grado.

Sin embargo, vale la pena precisar que los trabajadores de las entidades descentralizadas o empresas que a la entrada en vigencia de la Ley 142 de 1994 tenían a su cargo la prestación de servicios públicos domiciliarios, no se convirtieron en forma automática en trabajadores particulares, puesto que al tenor de lo preceptuado en el artículo 180 ibídem, el cambio de naturaleza jurídica o transformación de todas esas entidades, en sociedades por acciones, o excepcionalmente en empresas industriales y comerciales del estado, se haría dentro del término de dos años contados a partir de la vigencia de esa ley, es decir, hasta el 11 de julio de 1996, o dentro de los 18 meses siguientes contados a partir de la fecha entronización de la Ley 286 de 1996, que extendió en su artículo 2º el plazo inicial.

Es así que la Empresa de Aseo de Pereira se constituyó en una sociedad anónima a través de escritura pública No. 1324 del 25 de julio de 1997, otorgada ante la Notaria Cuarta del Círculo de Pereira, tal como se dijo precedentemente.

En suma, no es conveniente asimilar las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, cuya naturaleza es la de sociedades por acciones, a las sujetas al régimen de empresas industriales y comerciales del estado, en virtud de la participación del estado en la propiedad accionaria, puesto que como se dijo, sólo cuando dichas entidades no desearan que su capital fuera representado por acciones, debían adoptar la estructura de empresas industriales y comerciales del estado, situación que acá no ocurrió, puesto que se adoptó la figura de sociedad anónima.

En tal virtud, no procede el análisis de la pretensión encaminada a obtener el reconocimiento y pago de la prima de navidad establecida en el artículo 32 del Decreto 1045 de 1978, para los servidores públicos del orden nacional y territorial. Tampoco la de la inclusión de la prima de antigüedad y de navidad en la base salarial para la reliquidación de las prestaciones sociales que fueron canceladas en favor de los aquí demandantes durante los años 2011 a 2016, como quiera que al tenor de las normas del código sustantivo del trabajo, tales rubros constituyen pagos adicionales al salario que el empleador reconoce a su trabajador como reconocimiento a su aporte en la generación de ingresos y utilidad de la empresa. No prospera, por ende, el recurso de apelación propuesto por la parte actora.

Costas en esta instancia a cargo de los recurrentes.

En mérito de lo expuesto, **el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Cuarta de Decisión Laboral,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. **Confirmar** la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

**2.** Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

 Magistrada Magistrada