

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado Ponente

Proceso	ORDINARIO
Radicado	66001310500120190039601
Demandante	Alba Cristina Mosquera Álvarez
Demandado	Empresa De Acueducto Y Alcantarillado De Pereira S.A.S E.S.P
Asunto	Apelación Sentencia 18 de noviembre de 2021
Juzgado	Primero Laboral del Circuito
Tema	Contractual – derechos convencionales

APROBADO POR ACTA No. 98 DEL 20 DE JUNIO DE 2023

Hoy, veintiséis (26) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dra. OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**, **Dr. JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora frente a la sentencia de primera instancia del 18 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira dentro del proceso ordinario promovido **ALBA CRISTINA MOSQUERA ALVAREZ** en contra de **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA S.A.S E.S.P.** Radicado: **66001310500120190039601**.

Seguidamente, se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta sala, conforme el artículo 15 del Decreto No. 806 de 2020, adoptado como legislación permanente por la Ley 221 del 13 de junio de 2022, la cual se traduce en los siguientes términos,

SENTENCIA No. 105

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones.

ALBA CRISTINA MOSQUERA ÁLVAREZ aspira a que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA S.A.S E.S.P** mediante vinculaciones

sucesivas del 5 de diciembre de 2005 al 29 de diciembre de 2017, terminado de manera unilateral y sin justa causa.

Además, solicita que se declare como beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la sociedad EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA S.A. E.S.P.-, y el sindicato de trabajadores y Empleados de Servicios Públicos Autónomos e Institutos Descentralizados de Colombia "SINTRAEMSDDES", vigente para la fecha de despido.

Como consecuencia de lo declarado, aspira a que se condene a la demandada a reintegrarla al cargo de director, Código 11501, Grado 01, Nivel Asesor, o un cargo igual o similar con el consecuente restablecimiento salarial y prestacional, a partir del 30 de diciembre de 2017 y hasta el día en que se produzca el reintegro efectivo al cargo o al cargo de Profesional II, Código 34202, Grado 2, nivel 3 profesional o uno similar.

En subsidio de lo anterior, se condene al pago de la indemnización por despido conforme lo previsto en la Convención o en la Ley, además se ordene el reconocimiento y pago de la pensión convencional por el despido unilateral y sin justa causa, a partir del cumplimiento de la edad de 60 años y las costas del proceso.

1.2. Hechos.

Rememora la demandante *Alba Cristina Mosquera Álvarez* que trabajó bajo la continuada dependencia y subordinación en la entidad demandada desde el 5 de diciembre de 2005 a través de diversas formas de vinculación; siendo el último entre el 21-06-2011 y el 29-12-2017 estuvo vinculada a través de un contrato de trabajo, siendo su último salario fue de \$10.078.850.

Refiere que en sus vinculaciones cumplió funciones en la subgerencia de ingeniería como profesional y luego, cumplió funciones de directora de control interno relativas a la planeación, dirección, implementación y seguimiento del sistema de control interno de la empresa, por lo que siempre realizó labores de carácter misional, con cumplimiento de horarios y subordinación, propios de una verdadera relación laboral.

Asegura que más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa están afiliados al sindicato SINTRAEMSDDES y, por tanto, ella es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo.

Comenta que el 29 de diciembre de 2017, el Gerente de la Empresa Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A.S. E.S.P., la despidió en forma unilateral y sin justa causa, luego de haber prestado sus servicios a esa entidad por más de diez (10) años continuos y sin agotar el procedimiento convencional previsto para tomar una determinación de esta naturaleza.

Que el 8 de marzo de 2019, solicitó el reintegro al cargo del que fue retirada o a un cargo igual o similar y el consecuente restablecimiento de sus derechos salariales y prestacionales, lo cual fue negado mediante oficio No. 110-19-2174 del 22 de mayo de 2019.

La demanda fue radicada el 16 de septiembre de 2019 y admitida el 4 de octubre del mismo año.

1.3. Posición de la demandada.

La **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA S.A.S. E.S.P.**, se opuso a las pretensiones considerando que las relaciones contractuales surgidas bajo el contrato de prestación de servicios no cuentan con los elementos de toda relación laboral; que fueron varios contratos de prestación de servicios que fueron independientes y por ello mismo, los derechos que pudieran emerger de ellos estarían prescritos. En cuanto al contrato de trabajo que surgió en 2011 como directora de control interno, refirió que éste se encuentra excluido de cualquier aplicación de la convención colectiva y no tampoco existió despido por cuanto dicho cargo corresponde a uno de periodo, conforme a la Ley 1474 de 2011. Como excepciones formula **subordinación como elementos en diferentes contratos, improcedencia de la aplicación de normas convencionales, improcedencia de la aplicación de la convención colectiva de trabajo a la demandante, improcedencia de la indemnización por terminación del contrato de trabajo, prescripción, exclusión de la relación laboral, buena fe, inexistencia de la unidad contractual solicitada en la demanda.**

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Primero Laboral del Circuito de Pereira, al resolver la litis dispuso:

PRIMERO: DECLARAR que entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA S.A.ESP y la señora ALBA CRISTINA MOSQUERA ALVAREZ, existió un contrato de trabajo en virtud del principio de la primacía de la realidad, que se ejecutó sin solución de

continuidad entre el 5 de diciembre de 2005 y el 29 de diciembre de 2017 en el que la demandante ocupó diferentes cargos. **SEGUNDO:** DECLARAR probadas las excepciones denominadas IMPROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO A LA DEMANDANTE, IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN POR TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y BUENA FE propuestas por el vocero judicial de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira, conforme a lo dicho en la parte motiva. **TERCERO:** NEGAR las demás pretensiones formuladas por la señora ALBA CRISTINA MOSQUERA ALVAREZ en contra de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA S.A. E.S.P, por las razones expuestas en la parte motiva. **CUARTO:** CONDENAR a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA S.A. E.S.P. a pagar las costas procesales a favor de la demandante ALBA CRISTINA MOSQUERA ALVAREZ a Para la correspondiente liquidación que realice la secretaria del Juzgado en su momento, se ordena incluir la suma de \$8.280.012 como agencias en derecho, las que se liquidaran en un 30% ante la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda. **QUINTO:** La presente sentencia por su pronunciamiento oral queda notificada a las partes en estrados y se les hace saber que contra la misma procede el recurso de apelación.

Con sustento en la prueba testimonial y documental conforme al principio de primacía de la realidad sobre la formalidades, declaró la existencia del contrato de trabajo entre la señora Alba Cristina Mosquera Álvarez teniendo como extremo inicial el 5/12/2005 y como final el 29/12/2017 sin solución de continuidad; siendo la última vinculación a través de un contrato de trabajo a término indefinido que se ejecutó desde el 21-06-2011 hasta el 29-12-2017, mientras que los contratos de prestación de servicios y a través de empresa de servicios temporales se presentaron entre el 05-12-2005 y el 15-06-2011.

En cuanto a la aplicación de la convención colectiva de trabajo que invoca la parte actora, advirtió que la relación laboral de la demandante se desarrolló en dos campos diferentes, toda vez que inicialmente se desempeñó como ingeniera en la subgerencia técnica pero a partir del 21-06-2011 empezó a ejercer un cargo de dirección, confianza y manejo, haciendo parte de los cargos directivos de la empresa, concretamente como Directora de Control Interno por lo que al entenderse que son representantes del empleador y por tanto no pueden ser beneficiarios de la convención colectiva de trabajo, a lo que se aúna que expresamente se pactó su exclusión mediante el acuerdo extra convencional del 2008, se incluyó la cláusula de exclusión para algunos trabajadores de la empresa, indicándose expresamente en el numeral 19 que la convención se aplicaría a todos los trabajadores de la empresa, con exclusión del personal de manejo y confianza que ocupe alguno de los siguientes cargos: Gerente, Secretario General, Subgerentes, Directores, Jefes de Departamento y Gestores de Proyecto; que esta cláusula fue además fue compilada en la convención

colectiva vigente en los años 2012 a 2014 que en su artículo 1º párrafo segundo mantiene la vigencia de las normas anteriores, reiterando la cláusula de exclusión en el artículo 4º párrafo 2º y que se mantuvo para el acuerdo convencional suscrito para el año 2015 a 2017.

En consecuencia, concluyó que la trabajadora no era beneficiaria de la convención colectiva para el último periodo de vinculación, dándole plena validez al acuerdo extra convencional y haciendo énfasis que si bien con anterioridad al 21-06-2011 era beneficiaria de la convención colectiva de trabajo, al suscribir el contrato de trabajo para desempeñarse en un cargo de confianza y manejo, era conocedora de la pérdida de los beneficios convencionales y así lo aceptó.

Es así como niega las pretensiones derivadas de la aplicación de la convención colectiva del trabajo. En cuanto a la terminación del contrato de trabajo, señala que en la carta de terminación del vínculo se indicó expresamente que devenía de la aplicación de la Ley 1474 de 2011 y que se iba a hacer el nombramiento por parte de la alcaldía, para lo cual se había adelantado el proceso de selección para proveer dicho cargo por meritocracia. Que la normatividad aplicable es el artículo 14 y 41 de la Ley 142 de 1994, así como la Ley 1474 de 2011 artículo 8º, clasificando a la demandada como empresa de servicios públicos de carácter mixto y a la demandante como trabajadora particular e infiriendo que cuando la señora Mosquera Álvarez suscribió el contrato de trabajo a término indefinido, su vinculación no estaba sujeta a un periodo determinado pero con la entrada en vigencia de la Ley 1471 de 2011, la designación debía hacerse por un periodo de 4 años, por lo que debía darse cumplimiento a lo en esta dispuesto para efectos de proveer el cargo de Directora de Control Interno, teniéndose además que en el interrogatorio de parte admitió conocer del proceso de selección y de la convocatoria. Por ende, definió que el contrato de trabajo terminó por una causa legal.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, recurrió la decisión, específicamente respecto de los numerales 2 y 3 de la sentencia.

Sustenta en que la convención colectiva sí es aplicable a la demandante toda vez que si bien existe un acuerdo convencional plasmado en el artículo 19 del 30 de diciembre de 2008, en el que se excluyen como beneficiarios de la misma al personal de manejo y confianza, dicha acta o acuerdo extra

convencional no fue producto de la negociación de una convención colectiva previo el conflicto entre las partes y que además, no fue incorporada conforme al debido proceso en las convenciones colectivas que regían la terminación del vínculo contractual, específicamente la convención 2015 a 2017. Que, por efectos de la metodología utilizada, se fueron transcribiendo en las convenciones colectivas, pero antes de que ella fuese incorporada al texto definitivo, no hubo una denuncia de la convención colectiva en relación con lo determinado específicamente en el artículo 479 del CST.

Enfatiza que la actora era beneficiaria de la convención colectiva y por el hecho de haber sido nombrada, por lo menos debió accederse a la pretensión subsidiaria de reintegro como ingeniera.

En cuanto a la terminación del contrato, sostiene que la señora Mosquera estaba vinculada mediante un contrato de trabajo a término indefinido, invocando la aplicación de la Ley 142, por lo que no puede hablarse de un periodo en la medida que su contrato estaba regido por el código sustantivo de trabajo, y al no darse la aplicación a una norma de derecho público, tiene derecho a la indemnización correspondiente.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Como la finalidad de esta etapa es atender la persuasión fáctica y jurídica sobre el tema objeto de discusión, bajo ese espectro se atienden los alegatos que guarden relación directa con los temas debatidos. Para tal efecto, el traslado se dispuso mediante fijación en lista del 28-04-2022 y de la presentación de alegaciones en término, se remite a la constancia de la Secretaría de la Sala [archivo 07ConstanciadeTerminos].

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES

Conforme a la sentencia y los argumentos de la alzada, son problemas jurídicos por resolver: (i) Es aplicable la convención colectiva a la demandante. ¿De ser así, hay lugar al reintegro de la trabajadora? (ii) De ser negativo lo anterior. En el presente asunto había lugar a la terminación del contrato de trabajo a efectos de aplicar la indemnización del artículo 64 CST.

5.1. De la extensión de derechos convencionales.

En torno a la aplicación y extensión de la convención colectiva, conforme al artículo 470 del CST, son aplicables a los miembros del sindicato que las haya celebrado, a quienes se adhieran o ingresen posteriormente y, según la finalidad del art. 471 ibidem, los beneficios emanados de ellas también se extienden a todos los trabajadores de la empresa, sindicalizados o no, cuando el número de afiliados exceda de la tercera parte del total.

Al respecto, obra certificaciones emitidas por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA S.A. E.S.P (archivo 4, página 15) y por el SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS AUTÓNOMOS E INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS DE COLOMBIA “SINTRAEMSDES” (archivo 4, página 275). La primera de ellas da cuenta el empleador del número total que conforma la planta de personal de la empresa y el total de afiliados al sindicato que tiene reportada la empresa y la segunda certificación da cuenta del número de afiliados que aparecen en el sindicato, existiendo pequeñas diferencias en el número de afiliados que aparecen en una y otra certificación, así:

año	Total Planta de personal	1/3 parte del total de trabajadores	Afiliados reportados por la empresa	Afiliados reportados por el sindicato
2005	261	87	214	210
2006	262	87	219	217
2007	266	89	225	214
2008	267	89	227	226
2009	267	89	224	230
2010	251	84	211	230
2011	268	89	232	238
2012	268	89	235	239
2013	262	87	234	235
2014	261	87	218	230
2015	270	90	236	240
2016	264	88	242	243
2017	267	89	237	246

No obstante, obsérvese que, en cualquiera de los casos, existe claridad que el número de afiliados a dicha asociación sindical aglutina más de la tercera parte de la planta de personal para cada anualidad, por tanto, se cumple con lo dispuesto en el artículo 471 CST.

Establecido que SINTRAEMSDES agrupaba a más de la tercera parte de los trabajadores de la accionada y, por ende, era mayoritario, ello impone la extensión de los derechos convencionales a personal afiliado y no afiliado al sindicato mayoritario.

Pues bien, para empezar la demandante busca que se declare como destinataria de la convención colectiva vigente al momento de la terminación, por la extensión del artículo 471 CST, ello con el propósito de

que sea reintegrada al cargo de DIRECTORA DE CONTROL INTERNO o PROFESIONAL II o en su defecto, para obtener la indemnización por despido prevista sea en la Convención o la Ley.

Para establecer lo anterior, es menester hacer referencia a las pruebas obrantes en el plenario:

- En el archivo 4, página 155-189, milita copia de la convención colectiva de trabajo 1998-2000 firmada el 18-09-1997, suscrita entre la empresa demandada y el SINTRAEMSDES, con la respectiva constancia de depósito.
- En el archivo 4, página 191-196, obra acta de acuerdo final del proceso de negociación entre la demandada y SINTRAEMSDES con fecha 07-02-2005, con la respectiva constancia de depósito.

En el punto 22 relativo a la Estabilidad Laboral, convienen que *“la empresa solamente podrá dar por terminado el contrato de trabajo de los trabajadores activos al 31 de diciembre de 2004 cuando exista una justa causa debidamente comprobada, en los términos y procedimientos establecido en la ley o en la convención colectiva de trabajo. Si se comprueba despidos sin justa causa el trabajador será reintegrado. El presente punto no aplica para trabajadores de dirección, manejo y confianza”*. (subrayas fuera de texto).

- En el archivo 4, página 197-207, se arrima copia del acuerdo extra convencional 2009-2011, suscrita entre las partes el 30-12-2008, en cuyo numeral diecinueve al referirse al campo de aplicación, dispone que la convención colectiva aplicaría a todos los trabajadores de la empresa, con exclusión del personal de manejo y confianza que ocupe alguno de los cargos que a continuación se enumera, a quienes no se le aplicara esta: Gerente, Secretario General, Subgerentes, Directores, Jefes de departamento y gestor de proyectos.
- En el archivo 4, página 203-207, milita el acta de acuerdo final de negociaciones suscrita el 23-02-2012, adelantada entre el sindicato y la empresa demandada
- En el archivo 4, página 208-256, milita copia de la convención colectiva 2012-2014, suscrita entre la demandada y e SINTRAEMSDES, con su respectiva nota de depósito.

Dispuso en el párrafo 2 del artículo 1 que *todas las cláusulas contenidas en las convenciones colectivas de trabajo, laudos arbitrales y actas extra convencionales que no hayan sido modificadas, ni sustituidas por la presente convención colectiva de trabajo continuaban vigentes (acta acuerdo final del 23-02-2012, punto primero)*.

Luego, en el artículo 4) Aplicación, párrafo 2do. expresamente excluye de la aplicación de la convención al personal de manejo y confianza que ocupe, entre otros, el cargo Directivo. De igual manera los excluye de la posibilidad de reintegro en caso de no comprobarse la justa causa, conforme al acta de acuerdo final del 07-02-2005, punto 22.

- En el archivo 4, página 257-270, milita copia del Acta de acuerdo final del proceso de negociación del pliego de peticiones presentada por los trabajadores del 06-03-2015, con la respectiva constancia de depósito.

Dispuso en la numeral 1 vigencia de normas anteriores, que *todas las cláusulas contenidas en las convenciones colectivas de trabajo, laudos arbitrales y actas extra convencionales que no hayan sido modificadas, ni sustituidas por la presente convención colectiva de trabajo continuaban vigentes.*

Así mismo, en lo que interesa al recurso, al ser escuchada en interrogatorio a la señora **Alba Cristina Mosquera Álvarez**-. Ingeniera civil. Manifestó que tuvo contratos con la empresa desde diciembre del 2005, los cuales tuvieron diferentes objetivos y actividades invocando que la información estaba en cada uno de los contratos, relacionando actividades específicas que ejecutó. Que cuando prestó sus servicios como jefe de control interno su cargo era del nivel directivo, siendo diferentes sus funciones respecto a las que ejerció como contratista. Que nunca solicitó vinculación al sindicato. Dice que no participó en el proceso de selección para proveer dicho cargo porque estaba vinculada mediante contrato a término indefinido.

Por su parte el testigo **Juan Carlos Álvarez Echeverri**. Ingeniero civil, Subgerente de Operaciones de Aguas y Aguas de Pereira, para quien presta sus servicios desde 1984 con empresas públicas y ha estado vinculado como contratista y actualmente nombrado. Al preguntársele si la demandante fue contratada en virtud a ser especialista en algún área, indica que al haber laborado ella en el Municipio de Pereira, cree que se le encargó lo relacionado con la presentación en intervención vial. Indicó que, por ejemplo, al tener él actualmente un cargo directivo, no tenía derecho a beneficiarse de la convención colectiva de trabajo.

De acuerdo al anterior panorama, según los textos convencionales y actas de acuerdo extra convencional, las cuales no se observa que hubieran sido modificadas, ni sustituidas respecto de la aplicación de la convención colectiva, de ellas se desprende que, de la aplicación convencional, están excluidos los trabajadores que ocuparan cargos de dirección, confianza y manejo, entre ellos, los cargos directivos. De allí, es que emerge la conclusión que habiéndose desempeñado la accionante desde el 21 de junio de 2011 a la terminación, el cargo de **DIRECTORA DE GESTIÓN** el cual, según lo refiere en el texto del contrato pactado fue “**a término indefinido para empleados de dirección, confianza y manejo**” [archivo 18, página 12], lo que de suyo conlleva a concluir que la demandante, por el nivel del cargo desempeñado, no era destinataria de la convención colectiva de trabajo e incluso, de haberlo sido, también estaba excluida de la posibilidad de reintegro en caso de no comprobarse la justa causa, conforme a los diferentes textos convencionales traídos a colación.

Sobre el tema la Corte Constitucional en T-102/95, expresó:

“La ley fija el campo de aplicación forzoso de un acuerdo colectivo. En principio solamente es aplicable a los propios contratantes, a los afiliados al sindicato que lo celebró, a los adherentes al convenio y a quienes con posterioridad a su firma se afilien a aquél; pero también ordena su extensión a todos los trabajadores de la empresa - cuando el sindicato pactante agrupe a más de la tercera parte de su personal – y en el evento de que un acto gubernamental así lo disponga...excepcionalmente, por razones especiales, la jurisprudencia ha admitido la exclusión del ámbito de aplicación, por convenio entre las partes, de ciertos trabajadores, generalmente directivos de la empresa, dado su carácter de representantes del empleador, o incluso sin necesidad de acuerdo expreso, en tratándose de representantes legales o negociadores de la parte patronal” (Sala de Casación Laboral, sentencia de noviembre 28 de 1994, radicación 6962.

No sobre mencionar que, la Corte en sentencia SL4058/2022 recordó que:

“... en materia de la aplicación de la convención colectiva de trabajo, la jurisprudencia pacífica tanto del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo como de esta Corporación, se ha inclinado por considerar válido excluir a los representantes del empleador de los beneficios convencionales, exclusión que "obedece a un principio general de derecho, pues en toda obligación y en todo contrato, incluido el de trabajo, una misma persona no debe actuar como parte y contraparte, ni representar a ambas partes simultáneamente cuando sus intereses sean opuestos o puedan llegar a serlo. Esta consideración de la Corte fue expuesta en la sentencia del 12 de diciembre de 1986 y reiterada en la proferida el 9 de julio de 1992 (rad. 4685), al precisarse que dicha regla de nuestra legislación positiva explica la razón de ser de prohibiciones e incompatibilidades como las consagradas en los artículos 501, 1855, 2170, 2171 del Código Civil y 838, 839, 906 y 1274 del Código de Comercio, entre otras, según las cuales no es lícito que quien tiene el deber de cuidar los intereses económicos de otro, o de representarlo, pueda hacer negocios en su personal beneficio y en detrimento de aquel en cuyo nombre actúa, o ejecutar actos que puedan afectar negativamente los intereses de su representado, con lo que se afianza la certeza de que la convención colectiva de trabajo no debe aplicarse a todos los trabajadores de la empresa, pues de sus beneficios pueden ser excluidos aquellos que representan al empleador", tal cual quedó explicado en la sentencia de homologación del 6 de septiembre de 1995, radicación 8127 [...]"

Con todo, en el caso específico examinado es incuestionable que el cargo desempeñado por la accionante como **directora de Gestión o de control interno** al ser parte del personal de dirección, esto es, dada su jerarquía, responsabilidades e intereses que representa, fue excluido no solo de los beneficios convencionales - *por extensión de la convención* – sino también de la posibilidad de ser reintegrada al cargo en caso de haber existido una terminación sin justa causa.

Ahora, si bien es cierto que previo al cargo de directora, la demandante venía ocupando uno de carácter profesional, al cual se le extendían los derechos convencionales, lo cierto es que tampoco habría lugar a disponer el reintegro o a la indemnización de que habla el artículo 81), b) numeral 4 del texto convencional porque en tal caso, es claro que no existió el despido o por lo menos no se probó. Contrario a ello, lo que obra es que en este caso la demandante venía desempeñando un cargo el cual terminó de mutuo acuerdo, a solicitud de ella misma, según se observa en el documento del 15 de junio de 2011 (archivo 18, página 121 - 122), lo que de suyo también

impediría el reintegro o la indemnización por terminación por justa causa, en la medida que ningún despido medió.

Incluso, no se puede perder de vista que en este caso se declaró la unidad contractual, de la cual se entiende que se trató de una sola relación laboral, lo que se pone de manifiesto es que existió una modificación consensuada del contrato de trabajo para que la laborante desempeñara un cargo superior al que venía ejerciendo y que la incorporaba al cuerpo directivo, aspecto que conllevó a una renuncia implícita de los beneficios convencionales a los que era destinataria por extensión de la convención, en la medida que el cargo de directora de gestión que aceptó, estaba excluido de la aplicación de los derechos convencionales como ya se anunció.

En este punto, es de mencionar que la jurisprudencia de la Corte ha indicado que es válida la renuncia individual a los beneficios de una convención colectiva, de aquellos trabajadores no afiliados al sindicato; así en sentencia CSJ, SL, 28 nov. 2001, rad. 15650, reiterada posteriormente en la providencia CSJ, SL, 15 mayo. 2012, rad. 41685, donde se expuso:

“... dentro del contexto normativo colombiano la imposibilidad de renuncia de beneficios convencionales no es absoluta para los no sindicalizados, dado que la jurisprudencia ha precisado que los contratos colectivos no se aplican a los representantes del empleador en la negociación; que las propias convenciones colectivas pueden excluir de su campo de aplicación a algunos trabajadores [...]

No sobra agregar que dentro del Régimen Laboral Colombiano los derechos irrenunciables son los que están consagrados en las disposiciones legales (art. 13 y 14 del C.S.T.) y no los que emanan de acuerdos de las partes que superan los beneficios y prerrogativas contenidos en aquellas.
[...]

En la SL46268/2016 que reiteró la anteriormente citada, se indicó que:

“... ese principio rector del derecho del trabajo denominado irrenunciabilidad, fue consagrado constitucional y legalmente (art. 53 de la C.N. y art. 14 del C.S.T) «a fin de evitar que el trabajador se privara, por desconocimiento o por presiones del empleador, de beneficios mínimos consagrados por las normas laborales en su favor» (CSJ SL, 16925-2014).

De ahí que son esos beneficios mínimos, establecidos en las leyes que regulan el trabajo, respecto de los cuales las partes no pueden disponer con miras a derogarlos, reducirlos o restarles efectos, ya sea por acto unilateral, bilateral o colectivo. Luego, si los derechos de los que se despoja un trabajador están por encima de aquellos, su decisión es válida, en el entendido que tal actuación fue libre, espontánea y consciente, tal como lo dedujo el Tribunal que ocurrió en el sub-lite”.

De manera que, al modificarse el contrato de trabajo donde la demandante pasó de profesional a cumplir funciones propiamente directivas, conforme a los mismos textos convencionales implica que no sea destinataria de los derechos y beneficios de dicho acuerdo, aspecto que, dada la naturaleza

económica de las prerrogativas allí contenidas, no se puede predicar la irrenunciabilidad de estas, pues tal condición se predica solo de los derechos mínimos legales como se advirtió.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia frente a este punto en particular.

5.2. De la terminación del contrato de trabajo.

Para dar por terminado el vínculo contractual, cabe precisar que el artículo 66 del CST modificado por el parágrafo del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, dispone que *“la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esta determinación, sin que posteriormente pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*.

De igual forma, sobre el trabajador gravita la carga de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y, a este, le corresponde demostrar que el despido se basó en las causas esgrimidas en el documento con el que comunicó su decisión (SCL, sentencia 48351/2016).

En efecto, en el proceso milita el documento de **“terminación del contrato de trabajo”** que le fue comunicada a la trabajadora el 29 de diciembre de 2017 (archivo 4, página 276-279), se sustentó básicamente en lo siguiente:

- 2.- *En consideración a la reforma estatutaria y a la adopción de las políticas de Gobierno Corporativo, se dispuso que asumiera las funciones de directora de control interno.*
- 3.- *Sus funciones y calidades para el nombramiento están previstas en el artículo cuadragésimo quinto de los estatutos de la sociedad.*
- 4.- *En tal artículo se prevé: “la sociedad contará con un director de control interno que será nombrado por la mayoría absoluta de los miembros de la Junta Directiva para un periodo fijo de cuatro (4) años el cual dará inicio en la mitad del respectivo periodo de Gobierno Municipal”.*
- 5.- *Como bien lo sabe, el periodo del señor alcalde municipal, Dr. Juan Pablo Gallo Maya, cumple sus dos años de gobierno el próximo 31 de diciembre de 2017.*
- 6.- *Teniendo en cuenta lo anterior, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A.S. E.S.P. para el próximo 1 de enero de 2018 debe contar con un nuevo profesional que asuma la dirección de la oficina de control interno. No solo, por el mandato estatutario ya referido, sino también, por mandato legal, ello es, el artículo 8 de la ley 1474 de 2011, que modifica el artículo 11 de la ley 87 de 1993.*
- 7.- *De otro lado, como la referida norma jurídica, ya encomienda la designación del director de control interno en la máxima autoridad administrativa de la entidad territorial, la Alcaldía Municipal de Pereira ha trasladado a este despacho concepto de la profesional Diana Milena Grisales Hurtado, donde a grandes rasgos se enuncia que “el jefe o responsable de control interno no puede exceder del periodo fijo de cuatro (4) años” y como usted ha rebasado con suficiencia ese periodo, dicen ellos que “resulta necesaria la aplicación inmediata de la norma precedentemente transcrita (refiriéndose al artículo 8 de la Ley 1474) por encontrarse vigente y no ser declarada inexecutable”.*
- 8.- *En otras palabras, se exige el cumplimiento de las disposiciones legales que gobiernan el periodo de los directores de control interno, en las entidades*

descentralizadas del orden territorial, esto es, que no pueden exceder de 4 años en sus funciones.

- 9.- Mediante concepto 20116000146181, del 28 de diciembre de 2011, el Departamento Administrativo de la Función Pública, doctrinó que a las empresas de servicios públicos domiciliarios mixta, donde el capital estatal sea superior al 90%, como es nuestro caso, le es aplicable la Ley 1474 de 2011 [...]"
- 10.- Con base en la norma jurídica ya indicada, el concepto parcialmente transcrito; más lo previsto en el artículo 2.2.21.4.1 del Decreto 1083 de 2015 y el Decreto 648 de 2017 que en su artículo 15 adiciona el artículo antes referido, la Alcaldía Municipal de Pereira, mediante Resolución No. 7899 del 21 de diciembre de 2017 dio apertura del mecanismo para conformar la lista definitiva, para proveer los cargos de jefe de oficina de control interno, dentro de los cuales se encuentra la oficina que usted actualmente regenta.
- 11.- Como se lee la Resolución en comento, el periodo de los nuevos designados irá desde el 1 de enero de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2021.
12. En el mismo concepto el profesional del municipio hace alusión al literal C del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, prevé que el contrato de trabajo termina "Por expiración del plazo fijo pactado" como las disposiciones legales y estatutarias antes referidas, limitan el ejercicio de la Dirección de Control Interno de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A.S. E.S.P. a cuatro (4) años, repartidos en dos (2) años que deben correr desde la mitad del término de cada mandato de la administración territorial respectiva, es que se considera que el término de la relación laboral que la une con la Empresa que represento, termina a la finalización de la jornada laboral del próximo 30 de diciembre de 2017, por el modo de terminación antes indicado.

Por lo expuesto, se considera que la relación laboral que la une con la empresa terminará al concluir el 30 de diciembre de 2017, por la expiración del periodo, entendiéndose este, como el determinado para la dirección de control interno, que prevé la ley, los decretos reglamentarios referidos y los estatutos sociales".

Pues bien, para iniciar se encuentra acreditado que el empleador de manera unilateral dio por terminada la relación laboral con su subordinada, alegando como causa legal "la expiración del plazo fijo pactado". Sin embargo, huelga precisar que el contrato de trabajo signado era para desempeñar el cargo de **directora de gestión**, el cual se ejecutó entre el **21-06-2011** y el **29-12-2017** (archivo 18, página 12) en él, ningún plazo dispuso y, por el contrario, en el mismo se indicó que era "por tiempo indefinido".

De otro lado, es de resaltar que la **Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A.S. E.S.P.**, es una empresa de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, de naturaleza mixta, por acciones simplificada, sociedad anónima comercial, de nacionalidad Colombiana, descentralizada indirecta del orden municipal, sometida al régimen general de los servicios públicos domiciliarios, de acuerdo con el artículo 1 y párrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, y le son aplicables las disposiciones contenidas en el derecho privado (archivo 4, página 1).

En lo que respecta al periodo cuatrienal que se afirma en la carta de terminación, lo que respecto se observa es que si bien se aduce que se hizo una reforma estatutaria que previó que director de control interno sería designado para un periodo fijo de cuatro años, lo cierto es que se desconoce

el momento en que se realizó la citada reforma, amén que el contrato de trabajo venía ejecutándose sin ningún apremio, desde el 21 de junio de 2011 y la Ley 1474 del 12 de julio de 2011.

En cuanto a la aplicación de la Ley 1474 de 2011 en que se justificó el retiro de la trabajadora, es de indicar que el Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – CP. Óscar Darío Amaya Navas. El 23-11-2020, en el expediente 11001-03-06-000-2020-00204-00, radicado 2454, frente al tema específico, arribó a las siguientes conclusiones:

“[...] De todo lo expuesto, la Sala extrae las siguientes conclusiones:

1. Las empresas de servicios públicos mixtas son sociedades por acciones, constituidas tanto por capital público como por capital privado, en las que los aportes estatales son iguales o superiores al 50% del capital total de la sociedad (Ley 142 de 1994, artículos 14.6 y 17).
2. Estas empresas mixtas constituyen una tipología especial de entidades públicas, con un régimen y una naturaleza jurídica propios, definidos por la Ley 142 de 1994, en desarrollo de lo dispuesto por los artículos 365 y 367 de la Constitución Política.
3. Su naturaleza jurídica y régimen propios las diferencian de las sociedades de economía mixta, tal como lo aclaró la Corte Constitucional, en la Sentencia C-736 de 2007, luego de posiciones divergentes tanto en las altas Cortes como en la doctrina.
4. Las empresas de servicios públicos mixtas forman parte del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del poder público, pero sometidas a un régimen especial contenido en la Constitución Política y en la Ley 142 de 1994 y demás disposiciones que la modifiquen, sustituyan o deroguen. No obstante, en todo aquello que no se encuentre regulado por la ley especial se aplica la Ley 489 de 1998. El sometimiento al régimen especial de estas empresas no solo tiene origen constitucional (artículos 365 al 370), sino que se evidencia en el artículo 17, parágrafo 1, inciso 2 de la citada Ley 142 y en los artículos 40 y 84 de la Ley 489 de 1998.

En consecuencia, su régimen especial no se ve comprometido por la condición de ser entidades descentralizadas que pertenecen a la Rama Ejecutiva del poder público.

5. La Ley 142 de 1994 regula diversos temas entre los que se encuentran el régimen laboral, el régimen de control de gestión y resultados, el régimen de los actos y contratos, el régimen de información, entre otros aspectos, tal como se señaló en capítulos anteriores.
6. Respecto al régimen laboral, esta ley señala que las personas que prestan sus servicios en las empresas de servicios públicos mixtas tienen el carácter de trabajadores particulares, y el régimen aplicable es el Código Sustantivo del Trabajo y lo señalado en dicha Ley 142 (artículo 41).
7. Sobre el régimen de control interno, el cual forma parte del régimen de control de gestión y resultados, la Ley 142 de 1994 (artículos 45 al 52) contiene una regulación especial, por lo que son estas normas, y no otras, las que rigen en las empresas de servicios públicos, entre ellas las mixtas.
8. Según estas disposiciones especiales, la responsabilidad del control interno en las empresas de servicios públicos es de la Gerencia, la cual está facultada para delegar en la auditoría interna la responsabilidad de la evaluación y vigilancia de dicho control. Asimismo, son estas empresas las facultadas para determinar la organización y funciones de la auditoría interna. Se someten, en consecuencia, a un régimen de controles propio de administración.

9. Todo lo anterior, fuerza a concluir que, en materia de control interno y en materia de régimen laboral, entre otros, no se aplican, a las empresas de servicios públicos, y concretamente a las mixtas, las disposiciones contenidas en la Ley 87 de 1993 y sus modificaciones, como es el caso de la Ley 1474 de 2011.

Es decir, la modificación introducida por esta última ley en lo relacionado con la potestad nominadora de los jefes de control interno de las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional, otorgándosele al presidente de la República, y la calidad asignada a los jefes de control interno de ser empleados públicos de libre nombramiento y remoción, no es predicable en las empresas de servicios públicos mixtas, pues estas empresas y en general, todas las empresas de servicios públicos, tienen una regulación especial sobre estas materias”

10. En consecuencia, el cargo de jefe de control interno de las empresas de servicios públicos mixtas es desempeñado por trabajadores particulares sujetos al régimen del Código Sustantivo del Trabajo. Dichos trabajadores son designados por el gerente de dichas empresas, quien tiene la facultad para organizar la auditoría interna y fijar sus funciones, lo que conlleva la función nominadora de dicho trabajador, por así disponerlo el artículo 49 de la Ley 142 de 1994 [...].

De lo anterior se puede concluir que, si bien el ente demandado dispuso, por modificación de sus estatutos – *los cuales no fueron arrimados* – que el cargo que venía desempeñando la trabajadora debía ser por un período fijo o determinado y si bien el **ius variandi**, permite al empleador modificar ciertos aspectos del contrato de trabajo, lo cierto es que las modificaciones que se lleven a cabo no pueden ser arbitrarias y tampoco pueden afectar los derechos, intereses y dignidad del trabajador.

Ahora, si bien la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de modificar las condiciones laborales de manera unilateral por el empleador, lo cierto es que el *ius variandi* no puede modificar unilateralmente aspectos esenciales del contrato de trabajo, entre ellos, la duración o el tipo del contrato, menos aun cuando ello implica la extinción del vínculo laboral y la consecuente liquidación del contrato, de aceptar algo así, sería dar paso a que al dador del empleo se le permita que de manera intempestiva, alterar el tiempo de duración del contrato de trabajo para dejarla cesante en cualquier momento, por la sola justificación de realizar cambios en la empresa.

Ahora, como quiera que el caso puesto a consideración de la Sala no encaja en las causales legales de terminación del artículo 61 CST y menos aún, se ubica en las denominadas causas justas de terminación reguladas en el artículo 62 *ibid.*, en tal caso el demandado debe asumir el pago de la indemnización del artículo 64 del CST.

Por lo anterior, se modificará el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia, para excluir de las excepciones declaradas como probadas la de “improcedencia de la indemnización por terminación del contrato de trabajo” y, se revocará el ordinal tercero para condenar a la demandada al pago de citada indemnización que corresponde a la pretensión subsidiaria denotada en la demanda.

Para la liquidación, debe tenerse en cuenta que durante la fijación del litigio las partes declararon como probado que la señora Mosquera Álvarez entre el 21-06-2011 y el 30-12-2017, fungía como directora, vinculada mediante un contrato de trabajo a término indefinido, con un básico de \$10.078.850. De acuerdo a ello, la liquidación corresponde al literal b) del citado artículo 64, teniendo en cuenta que la demandante devengaba un salario superior a los 10 SMLV, y contaba con 12.07 años de servicios, cuyo valor total corresponde a la suma de \$62.488.870, conforme al siguiente cuadro:

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO				
Fecha inicio	05-dic.-05	Ultimo salario	10.078.850	
Fecha terminación	29-dic.-17	SMLV año 2017	737.717	
Tiempo servido	12,07	No. SMLV	13,66	
LIQUIDACIÓN				
	<u>Salarios</u>	<u>Salario diario</u>	<u>Años a liquidar</u>	<u>Días a pagar</u>
Primer Año:	20	335.962	1	20,00
Años subsiguientes:	15	335.962	11,07	166,00
			Total días:	186,00
			Indemnización:	62.488.870

Finalmente, ante la prosperidad de la indemnización se modificará el ordinal cuarto de la sentencia para disponer las costas en primera instancia en un 50%, sin que sea dable fijar las agencias en derecho en este momento procesal, como lo hizo la a quo, porque según prevé el artículo 366 del Código General del Proceso, corresponde hacerlo una vez ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o se notifique el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior.

En cuanto a las costas en esta instancia, al haber prosperado el recurso de manera parcial, en esta instancia no habrá lugar a su imposición.

Por lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

VI. RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia, para excluir de las excepciones declaradas como probadas la de “improcedencia de la indemnización por terminación del contrato de trabajo”, en lo demás queda incólume.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia, por las razones expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA S.A.S E.S.P** a pagar a la señora **ALBA CRISTINA MOSQUERA ALVAREZ** la indemnización por despido injusto, conforme al numeral 2do del artículo 64 CST en valor de **\$66.884.670**.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada en lo demás.

QUINTO: MODIFICAR el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia, la cual quedará así:

“CUARTO: CONDENAR a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA S.A.S E.S.P. a pagar las costas procesales a favor de la demandante ALBA CRISTINA MOSQUERA ALVAREZ en un 50% ante la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

Los magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado ponente

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
Magistrada
(Con Impedimento)

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado

Firmado Por:

German Dario Goez Vinasco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9345137fba6c7c6ad7d76b355d50ce4875d101529cf0453d47f1d5824347b8a**

Documento generado en 26/06/2023 07:39:39 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>