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: Auto de Segunda Instancia, jueves 25 de octubre de 2018

Radicación Nro. 66001-31-05-002-2017-00239-01

Proceso Ordinario Laboral

Demandante: Orlando Antonio Giraldo Hernández

Demandados: Municipio de Pereira

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares

Juzgado de origen: Juzgado Segundo Laboral del Circuito

**TEMAS: EXCEPCIÓN PREVIA / FALTA DE JURISDICCIÓN / DETERMINAR LA COMPETENCIA POR LA JURISDICCIÓN NO ES FACULTAD DE LAS PARTES / EMPLEADO DEL MUNICIPIO / CONTROL Y RECUPERACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO / ES TRABAJADOR OFICIAL / SE DECLARA PROBADA.**

… cuando la codificación adjetiva laboral disciplina que dentro de su ámbito competencial comprende: las controversias originadas directa o indirectamente en un contrato de trabajo, siendo que éste, en el marco de los servidores públicos, sólo se puede celebrar con los trabajadores oficiales, preciso es entonces, determinar, si dentro de esa última clasificación se encuentran aquellos, que desarrollan actividades relacionadas con el control y la recuperación del espacio público, funciones que son las que alega el actor haber desempeñado al servicio del Municipio accionado.

En otros términos, si la relación que unió al actor con el ente territorial demandado, fue gobernada por un contrato de trabajo, o por una relación legal o reglamentaria, aspecto que como se destaca en adelante lo define y reglamenta la Ley, y no los propios protagonistas del contrato; puesto que uno y otro, en común tienen la prestación de un servicio, esto es, la existencia de una relación de carácter laboral, cuyo conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral o de la contenciosa, dependerá de si se trata de un trabajador oficial o la de un empleado público. (…)

En este punto, resulta importante precisar que pese a que esta Sala de Decisión en un principio avaló la tesis sostenida por la a-quo, en torno a que era suficiente que el pretensor del litigio en su demanda manifestara que es trabajador oficial para revestir de jurisdicción a la justicia ordinaria laboral, sin perjuicio de que en la sentencia, al estudiarse el punto como uno de los extremos de la litis, se arribase a conclusión diferente y como consecuencia se absolviera al demandado por no haberse acreditado la condición de trabajador oficial, lo cierto es que el tema fue replanteado en actuación del 11 de marzo de 2014, dentro del proceso con radicación 2012-00112-01, en el que se estimó que lo pertinente en este tipo de eventos, es que una vez el operador judicial detecte el equivocado camino por el que ha transitado la controversia, disponga antes de dictar sentencia, el envío de las diligencias a la autoridad competente, tal como lo preceptúa el artículo 101 del CGP, de aplicación por la integración normativa autorizada en el artículo 145 de la obra homóloga laboral.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrado Ponente: **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

***OBJETO.***

En Pereira, hoy veinticinco (25) de octubre de dos mil dieciocho (2018), siendo las (7:30 a.m.) se constituye la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira en audiencia pública,) para lo cual se reúne el suscrito ponente con las Magistradas; con el fin de resolver el recurso de apelación propuesto por el portavoz judicial de la entidad demandada contra la providencia proferida en audiencia del 15 de junio de 2018, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dictada dentro del proceso ordinario laboral que **Orlando Antonio Giraldo Hernández** adelanta contra el **Municipio de Pereira.**

***ACTUACIÓN PROCESAL***

Por medio de profesional del derecho, pide el demandante que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 27 de mayo y el 02 de noviembre de 2015, en el que él fungió como trabajador oficial. Consecuente con lo anterior pide que se condene al Municipio al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a pensión, indemnización por despido injusto, sanción moratoria por no pago de prestaciones, indexación de las condenas y las costas del proceso.

Admitida la demanda, la entidad territorial propuso varias excepciones previas, entre ellas la de falta de jurisdicción, por considerar que las funciones que el demandante aduce cumplía en favor de la entidad, no pueden ser consideradas bajo ninguna circunstancia como mantenimiento de obra pública.

La a-quo, en la etapa respectiva, negó las excepciones dilatorias propuestas y condenó en costas al Municipio. En lo tocante a la excepción de falta de jurisdicción, estimó que no es procedente, toda vez según afirmación contenida en la demanda, el actor realizó funciones de mantenimiento de obras públicas en calidad de trabajador oficial, por lo que de conformidad con el núm. 1º del artículo 2 del CPTSS, es la jurisdicción ordinaria laboral quien debe conocer el asunto. Consideró además que la competencia se determina por los factores existentes al iniciarse el litigio y no por lo que se llegue a demostrar en el curso del proceso.

El vocero judicial del Municipio de Pereira, propuso el recurso de apelación contra la determinación anterior, para lo cual indicó que el despacho no tuvo en cuenta que las labores descritas en el libelo introductor del proceso, tales como la elaboración de actas de retención, control y recuperación de espacio público, entre otras, no están relacionadas con el mantenimiento de una obra pública, por ende, no puede atribuírsele la calidad de trabajador oficial, siendo entonces la jurisdicción de lo contencioso administrativo la llamada a resolver la controversia.

**TRASLADO Y ALEGACIONES**

Se le concede a las partes la palabra para que presenten los alegatos en esta instancia, empezando por la parte recurrente. Para el efecto se les concede el término de ocho minutos para ese menester.

***CONSIDERACIONES***

El problema jurídico que debe resolverse, se sintetiza en el siguiente interrogante:

*¿Hay lugar a declarar probada la excepción previa de falta de jurisdicción propuesta por la entidad territorial demandada?*

A la luz de lo establecido en el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, la cual modificó la competencia atribuida a la jurisdicción laboral en sus especialidades laborales y de seguridad social, se establece:

*“Competencia general. La jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:*

*1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.*

*(…)”*

A su turno, el artículo 104 numeral 4º de la Ley 1437 de 2011, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, por conducto de sus jueces, conoce de las controversias relativas a la relación legal y reglamentaria, surgida entre la administración y sus servidores públicos.

De suerte, entonces, que cuando la codificación adjetiva laboral disciplina que dentro de su ámbito competencial comprende: las controversias originadas directa o indirectamente en un contrato de trabajo, siendo que éste, en el marco de los servidores públicos, sólo se puede celebrar con los trabajadores oficiales, preciso es entonces, determinar, si dentro de esa última clasificación se encuentran aquellos, que desarrollan actividades relacionadas con el control y la recuperación del espacio público, funciones que son las que alega el actor haber desempeñado al servicio del Municipio accionado.

En otros términos, si la relación que unió al actor con el ente territorial demandado, fue gobernada por un contrato de trabajo, o por una relación legal o reglamentaria, aspecto que como se destaca en adelante lo define y reglamenta la Ley, y no los propios protagonistas del contrato; puesto que uno y otro, en común tienen la prestación de un servicio, esto es, la existencia de una relación de carácter laboral, cuyo conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral o de la contenciosa, dependerá de si se trata de un trabajador oficial o la de un empleado público.

En este punto, resulta importante precisar que pese a que esta Sala de Decisión en un principio avaló la tesis sostenida por la a-quo, en torno a que era suficiente que el pretensor del litigio en su demanda manifestara que es trabajador oficial para revestir de jurisdicción a la justicia ordinaria laboral, sin perjuicio de que en la sentencia, al estudiarse el punto como uno de los extremos de la litis, se arribase a conclusión diferente y como consecuencia se absolviera al demandado por no haberse acreditado la condición de trabajador oficial, lo cierto es que el tema fue replanteado en actuación del 11 de marzo de 2014, dentro del proceso con radicación 2012-00112-01, en el que se estimó que lo pertinente en este tipo de eventos, es que una vez el operador judicial detecte el equivocado camino por el que ha transitado la controversia, disponga antes de dictar sentencia, el envío de las diligencias a la autoridad competente, tal como lo preceptúa el artículo 101 del CGP, de aplicación por la integración normativa autorizada en el artículo 145 de la obra homóloga laboral.

Y es que es apenas lógico que si el operador judicial advierte al realizar el estudio preliminar del libelo introductor del proceso o al resolver la excepción previa alegada por el demandado, que carece de jurisdicción para tomar una decisión de fondo, proceda a resolver a través de un auto, la situación y no esperar a dictar sentencia, emitiendo un mero pronunciamiento en torno a la carencia de la condición de trabajador oficial, dejando latente y sin resolver la pretensión principal y sus consecuentes condenas, en tanto que, decidir de esa forma se opone a la tutela judicial efectiva, con el agravante de que sería tarde acudir a la jurisdicción que sí estaría habilitada para hacer el pronunciamiento, por tratarse de un empleado público.

Por ende, es necesario como condición sustancial previa, determinar si conforme a los criterios legales quien demanda es o no un trabajador oficial.

Así las cosas, los criterios que sirven de base para la clasificación del empleado público o trabajador oficial, con la administración pública, son: el factor orgánico relacionado con la naturaleza jurídica de la entidad para la cual se presta el servicio, y el factor funcional, relativo a la actividad a la cual se dedicó el laborante.

Frente al primero, debe acotarse que el artículo 292 del Decreto 1331 de 1986, en desarrollo de la Ley 11 del citado año, y siguiendo los parámetros del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, dispuso que las personas que presten sus servicios en esa entidad territorial –municipio– son empleados públicos, empero que, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

En ese orden, los trabajadores del municipio por regla general son empleados públicos, y sólo por excepción, serán trabajadores oficiales aquellos que desempeñen actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas.

Entiéndase como obra pública, aquella que corresponde a la ejecutada por el estado en "interés general" y se destina a uso público, de modo que no tiene un destinatario específico, sin que de esa expresión puedan quedar excluidos los bienes de uso público ya construidos, tales como calles, andenes, plazas, parques, carreteras, puentes, etc… Así lo ha puntualizado el órgano de cierre de esta especialidad laboral en sentencias radicación 21494 y 14400 del 11 de agosto de 2004 y 23 de agosto de 2000, respectivamente, en las que ha usado como criterio orientador un precepto que aunque derogado, sirve como referente para definir el concepto y objeto de obra pública. El artículo 81 del Decreto 222 de 1983 reza:

*“Son contratos de obras públicas los que se celebren para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público.*

Ahora bien, como actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas, entiendanse no sólo aquellas que están destinadas a la construcción de la obra pública como tal, sino también las que buscan su conservación y mantenimiento y contribuyen a que la obra preste la función que le es propia a su naturaleza, esto es, la de interés general, social y/o utilidad pública.

Sobre este tópico, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 2603 del 15 de marzo de 2017. puntualizó que el concepto de construcción y sostenimiento de una obra pública, abarca las actividades que “son *inherentes a la entidad, es decir, garantizan la funcionalidad real de su infraestructura, de tal forma que ante su ausencia el resultado lleve al colapso de la misma*”, haciendo la salvedad de que no toda actividad pública llevada a cabo en un bien de propiedad estatal encuadra en el precepto legal para merecer la condición excepcional de trabajador oficial, puesto que, se requiere que las labores guarden una relación intrínseca con el sostenimiento del bien, que de no realizarse ponga en peligro latente la infraestructura del servicio, en los términos señalados precedentemente.

En el sub-lite, el demandante, sin oposición de su contraparte, aduce haber desempeñado en favor del ente territorial, actividades relacionadas con el control y la recuperación del espacio público en el Municipio de Pereira, para lo cual debía realizar *“vigilancia a las calles del municipio, con el fin de que los vendedores ambulantes no se apoderaran del espacio público, y que los grupos estudiantiles o de protestas no realizaran actos vandálicos”.*

Para la Sala, tales actividades de vigilancia y seguridad de las calles y aceras, si bien son de naturaleza importante para la actividad de servicio público que prestan, como es la circulación de personas y vehículos en desarrollo de las actividades ciudadanas o de la vida urbana, por cuanto se dirigen a contrarrestar la alteración del orden público en sus distintas formas de delincuencia, protestas, revueltas, riñas, marginalidad, vendedores ambulantes o callejeros, entre otras, lo cierto es que no están destinadas en sí al mantenimiento, conservación o sostenimiento de la obra pública (calles), como ha de inferirse conforme a los propósitos del legislador, puesto que nótese que la ausencia de vigilancia y seguridad no implican per se, el deterioro de la infraestructura de las vías, parques, glorietas, etc.., pues solo propenden a la buena presentación, libre movilización de personas y vehículos, de tal suerte que la interacción social a que están destinadas, se desarrolla de manera ágil, sin contratiempos ni traumatismos, y de manera segura a la ciudadanía a fin de ofrecer el escenario de una autentica y tranquila interacción social.

Se trata entonces de labores que describen procesos administrativos para la recuperación del espacio público urbano, que no guardan relación directa ni indirecta, con la construcción o sostenimiento de la obra pública, por lo que debe entenderse que lo unía con la administración, una relación legal y reglamentaria, cuyo conocimiento incumbe al juez administrativo.

Por ende, se revocará la decisión para en su lugar declarar probada la excepción previa de falta de jurisdicción, por lo que se ordenará la remisión del proceso a la jurisdicción contenciosa administrativa, previa cancelación de la radicación del proceso.

Por último, cabe agregar que a la luz del artículo 133 y 138 del Código General del Proceso y del artículo 16 ibídem, se conservará la validez de la actuación surtida y se dispondrá su remisión al juez competente.

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

**RESUELVE**

**Revocar** el auto proferido el 15 de junio de 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, para en su lugar:

**1. Declarar** probada la excepción previa de falta de jurisdicción propuesta por el ente territorial demandado. En consecuencia:

**1. Ordenar** la remisión del proceso al juez administrativo de Pereira, para lo de su competencia, por los motivos consignados en el cuerpo de este proveído, previa cancelación de la radicación del proceso.

**2**. **No declarar** la nulidad de lo actuado, puesto que al tenor de lo preceptuado en los artículos 133, 138 y 16 del CGP, conservará su validez.

**3. Ejecutoriado** este proveído, envíese el presente asunto a la Oficina Judicial de esta ciudad, para que se someta a reparto entre los Juzgados Administrativos del Circuito de Pereira.

**4.** **Comunica**r esta decisión a las partes y al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Magistrada

Ausencia justificada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretario