

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	FRANCISCO JAVIER MARTÍNEZ MUÑOZ
DEMANDADO	EMCALI
PROCEDENCIA	JUZGADO TRECE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001310501320180013801
INSTANCIA	SEGUNDA - APELACIÓN
PROVIDENCIA	SENTENCIA No. 081 del 30 de abril de 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	NIVELACIÓN SALARIAL NO PRUEBA FACTORES OBJETIVOS NI DISCRIMINATORIOS Las funciones asignadas al actor y la red denominación del cargo de Jefe de grupo a Técnico Sistemas Acueducto y Alcantarillado no desbordaron su campo de acción al interior de EMCALI EICE, ni las mismas se confunden con las ejecutadas por el Profesional operativo I. No se encuentra dentro de la competencia del juez laboral crear o modificar la planta organizacional o administrativa de una entidad, dado que, por mandato constitucional, en las Empresas Industriales y Comerciales del estado los cargos públicos se deben crear mediante la Ley o por decisión de la Junta Directiva de la entidad a iniciativa del Gerente General y solo se pueden proveer mediante un concurso público de méritos.
DECISIÓN	CONFIRMAR

Conforme lo previsto en el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el Magistrado ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO, en asocio de los demás magistrados que integran la Sala de Decisión, procede resolver en APELACIÓN Y CONSULTA la Sentencia No. 65 del 01 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el señor **FRANCISCO JAVIER MARTÍNEZ MUÑOZ** en contra de **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI EICE – ESP**, bajo la radicación No. **76001310501320180013801**.

ANTECEDENTES PROCESALES

Pretende el señor **FRANCISCO JAVIER MARTÍNEZ MUÑOZ** que se declare que entre ambas existió un contrato realidad en el que se desempeñó en el cargo de nivel profesional operativo I, al interior del departamento de atención

zonas y servicios especiales de gerencia de unidad estratégica de negocio de acueducto y alcantarillado de EMCALI EICE; desde julio de 2006, con los reajustes por reliquidación de las prestaciones legales, extralegales, aportes a la seguridad social, e indemnización por mora. Subsidiariamente pide la indemnización de las condenas, los demás reajustes que se encuentren en uso de facultades extra y ultra petita.

Informan los **hechos** que el actor se vinculó con la pasiva, previo concurso de méritos, en calidad de trabajador oficial, mediante contrato laboral suscrito el 16 de enero de 1991, para desempeñar el cargo de "*ayudante de control de inventarios*", el cual ejerció hasta el 18 de noviembre de 1991; y desde tal diada ha ocupado otros cargos en la entidad así: Desde el 19 de noviembre de 1991, ocupó el cargo de ayudante control taller, hasta el 25 de agosto de 1993.

A partir del 26 de agosto de 1993 fue ascendido al cargo de probador de medidores acueducto, el que ejerció hasta el 17 de agosto de 1999; también se desempeñó como Supervisor de comercialización desde el 18 de agosto de 1999, hasta el 03 de junio de 2002.

Que el 04 de junio de 2002 fue ascendido al cargo de Jefe de grupo de comercialización; denominación de cargo modificada mediante Resolución 0749 de 2006, siendo la actual denominación "*Técnico de sistema de acueducto y alcantarillado*"; no obstante, desde el cambio de denominación del cargo y la reorganización de los manuales de funciones, las actividades ejecutadas no guarda relación con el cargo de "*técnico de sistemas de acueducto y alcantarillado*", sino las propias del "*líder del área funcional de atención prorrates, fugas intradomiciliarias y hurto de medidores*", al interior del departamento de atención zonas y servicios especiales, de la gerencia unidad estratégica de negocio de acueducto y alcantarillado.

Que el señor Fabio Garcés ostenta el cargo de profesional operativo I de la misma área, en "*usuarios de difícil gestión, fraudes clandestinos, normalizaciones AHDI, procesos SCRR*", devengando un salario superior al demandante; cargo en el cual le corresponde liderar, coordinar procesos

operativos de área, emitir conceptos, diseñar, evaluar, dirigir y supervisar procesos operativos, entre otros.

Que el demandante y señor Fabio Garcés desempeñan el mismo oficio, en la misma jornada, en calidad y calidad idéntica, así como las competencias son similares, no obstante, el demandante ha percibido un salario inferior.

Que el actor tiene título universitario en economía, desde 23 de junio de 2000, de especialización en Gestión de proyectos de inversión público y privado, cuatro años de experiencia. Y con las modificaciones de las Resoluciones #000942 de 09 de julio de 2008, Resolución 1408 del 17 de octubre de 2008 y 000220 de 02 de abril de 2009, al demandante se le ha desmejorado el salario con relación a sus inferiores jerárquicos: supervisores I.

Que el actor ha solicitado la nivelación salarial con la asignación del cargo de profesional operativo III; lo que es impreciso, dado que el cargo es Profesional operativo I, e igualmente la gerencia de la unidad ha solicitado la red denominación del cargo que desempeña, por el cargo solicitado, y el reajuste salarial, lo que fue resuelto negativamente.

Que estuvo afiliado desde noviembre 1999 hasta diciembre de 2010 con Sintraemcali, organización que tiene suscrita convención colectiva de trabajo con la entidad; vigente de 01 de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2010; ingresando desde el 10 de noviembre de 2010 a la Unión Sindical Emcali, quien suscribió convenciones colectivas con la demandada desde el 16 de diciembre de 2010 hasta el 15 septiembre de 2020.

EMCALI EICE dio contestación a la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones y como excepciones propuso las denominadas: inexistencia de la obligación demandada; cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica de modificar la planta de cargos EMCALI EICE ESP y de introducir elementos no contemplados en la convención colectiva de trabajo 2015 – 2020; infundada similitud de funciones del cargo de técnico de sistemas de acueducto y alcantarillado y del Profesional operativo I; planta global y flexible, inexistencia de

la prueba de la calidad de beneficiario de la convecino colectiva USE; buena de la entidad demandada; pago compensación, prescripción e innominada.

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, decidió el litigio con la Sentencia No. 213 del 23 de noviembre de 2020, en la que resolvió:

"1.- ABSOLVER a EMCALI EICE, E.S.P., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor FRANCISCO JAVIER MARTINEZ MUÑOZ, identificado con la C.C. No. 16.716.611, conforme lo manifestado en la parte considerativa de esta sentencia. 2.- CONSULTAR la presente sentencia con el H. Tribunal Superior de Cali, pues resulta totalmente adversa a las pretensiones de un trabajador oficial demandante. 3.- CONDENAR en costas al demandante en favor de la entidad demandada, para lo que desde ya se fijan las agencias en derecho en la suma de \$100.000."

Como fundamento de su decisión el *Ad quo* señaló que de conformidad con lo expuesto en los arts. 122 y 123 de la Constitución Política, no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Que atendiendo el régimen de contratación de la entidad y de la vinculación del personal en particular, al caso le es aplicable el Decreto 3145 de 1962, dada la calidad de servidor público del demandante, que corresponde a un trabajador oficial.

Frente a las pretensiones de un contrato de trabajo realidad y el derecho a la igualdad, estableció que, si bien hay cinco memorandos con asignación de funciones para la supervisión e interventoría de contrataciones de proyectos de infraestructura, los mismos no logran desnaturalizar el marco general del empleo para el cual fue contratado, ni genera la redenominación del cargo oficial. Que tampoco se desprende de la documental ni de la prueba testimonial, pues, en el sub lite el servicio prestado por el actor se enmarca en el plano de lo funcional, para el cual fue contratado, sin que sus competencias o la calidad de su trabajo, constituyan una razón para la reclasificación en su caso, o un ascenso laboral;

menos aun cuando las actividades desarrolladas escapan a las asignadas al profesional operativo I.

APELACIÓN

El apoderado judicial de la **parte demandante** presentó recurso apelación frente a la decisión de primera instancia, el cual sustentó así: *“De la manera más atenta y te pongo recurso de apelación en contra de la sentencia 213 proferida en la fecha, es decir hoy 23 de noviembre de 2020, y manifestando inconformidad, respecto la misma, no se ha considerado de manera macro la actividad ejecutada por el actor, no solamente hay prueba testimonial y documental que da fe de su actividad, sino que si analizáramos la resolución de 951 de 2011, en la que se encuentra la estructura organizacional de área de acueducto y alcantarillado, encontramos que una de las diferentes dependencias es el DAZE - departamento de atención zonas y servicios especiales; de la que a su vez hacen parte algunas áreas funciones especiales como: fugas domiciliarias, acometidas nuevas, medidores y demás; dentro de esa área, los usuarios de difícil gestión está a cargo del señor Fabio Garcés hecho confesado por la demandada al descorrer el traslado sobre el cual se insiste la demandada faltó a la verdad al dar respuesta al requerimiento del juzgado; y mientras tanto mi representado está a está a cargo del área funcional fugas intradomiciliarias de dicho departamento; es decir, estamos hablando de dos personas que ejecutan en la práctica la misma actividad, obviamente entendiendo las diferentes áreas funcionales a su cargo; así pasa con la señora Magnolia Romero y frente a esto creo que no hay mayor asomo de dudas en el plenario, toda vez que por nivel de jerarquía ambos dependen del jefe del departamento y a su vez éste va subordinado al gerente de la unidad estratégica del negocio, entonces, están empezando en la misma jerarquía, desarrollan los procesos a su cargo con la misma eficiencia, está demostrado que tanto el señor Fabio Garcés como mi representado tienen personal a su cargo, hecho que fue no tenido en cuenta en la sentencia apelación y como yo reiteraba en mis alegatos de conclusión corresponde a actividades propias de un profesional operativo, que me quiero rememorar a ello y en especial en lo que dice la Resolución 674 de 2009, la cual ellos tienen que controlar, habrá otros empleos cuya naturaleza demande la ejecución y aplicación de conocimientos propios de cualquier carrera profesional,*

diferente a la técnica profesional reconocida por la ley, según la complejidad y competencias, mientras que el cargo de nivel técnico sólo requiere de actividades para procesos y procedimientos labores técnicas y profesionales. También llama la atención que aquí dentro del proceso se escuchó en declaración al señor Carlos Alberto Patiño, que nos cuenta la calidad de técnico y se encuentra subordinado al señor Francisco Javier Martínez; entonces muy respetuosamente sí considero que la prueba documental y en especial los diferentes memorandos enviados al actor en el que se le asignan funciones de interventorías de contrato, supervisiones, los mismos oficios dirigidos al departamento de talento y gestión humana solicitando la red denominación del actor, dan fe de su disfuncionalidad en el área, o sea él está ejecutando un cargo que no es acorde al que de manera formal ostenta al interior de la entidad demandada y no se trata de una situación nueva, se trata de una situación que ha perdurado en el tiempo, más de 15 años y que de todas maneras no ha sido corregida, entonces además como insistía en mis alegatos el actor satisface a cabalidad todos los requisitos para el ejercicio del cargo de profesional operativo uno como es como es el título universitario la especialización amén de que las diferentes reformas que se han dado al interior de Emcali ya cumplía con los requisitos y no era exigencia acreditarlos nuevamente, en razón a que se respetaba lo que se había consolidado tiempo atrás; estando demostrado lo anterior y en especial, yo insisto mucho, en los memorandos del 29 de noviembre de 2016, del 28 de agosto de 2017, los obrantes a folios 29, 30, 32, son pruebas de la relación de las funciones que ejecuta el actor conforme a lo que indica la resoluciones 951 de 2011, la resolución 10 de 2016, respecto de las funciones propias de un líder de un área funcional denominada prorratio y fugas intradomiciliarias, así como lo señalado en la resolución 749 de 2006, 674 de junio 2009, 1037 de septiembre de 2015 y 800 de 9 de noviembre 2016, por lo que muy comedidamente yo solicito a la sala del honorable tribunal superior se sirva revocar la sentencia y tener en consideración el conjunto de la prueba arrojada al proceso tanto testimonial como documental y dar prelación o aplicación al principio de la primacía de la realidad y acceder a las pretensiones de la demanda. En este estado dejo sustentado mi apelación”

ALEGATOS DE CONCLUSION EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de los términos procesales previstos en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, la **parte demandante** presentó alegatos de conclusión así:

Solicita se revoque la sentencia para acceder a las pretensiones argumentando que *"los señores Fabio Garcés y Francisco Javier Martínez Muñoz, son líderes de las áreas funcionales denominadas usuarios difícil gestión y atención prorrateo, respectivamente; las cuales hacen parte del Departamento de Zonas y Servicios Especiales de la Unidad Estratégica del negocio Acueducto y Alcantarillado de EMCALI E.I.C.E. E.S.P.; y más aún, dentro del proceso debidamente se acreditó que la señora Magnolia Romero igualmente es líder de un área funcional en el mismo Departamento, ostentado esta última al igual que el señor Fabio Garcés, el cargo de Profesional Operativo I. Además de ejercer funciones similares, todos los funcionarios en mención tienen el mismo superior inmediato –el Jefe del Departamento-, tienen personal a su cargo, entre otras muchas otras cosas que comparten."*

No encontrando vicios que nuliten lo actuado en primera instancia, surtido el término previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se profiere la:

SENTENCIA No. 081

Son hechos acreditados en los autos: I) Que el demandante se encuentra vinculado en calidad de trabajador oficial con EMCALI y fue ascendido el 04 de junio de 2002, al cargo de Jefe de grupo comercialización, **por haber ocupado el tercer lugar en el concurso para proveer el cargo**, de acuerdo con decisión del comité de escalafón (fl.25-26); **II)** Que el cargo de técnico del sistema de acueducto y alcantarillado, fue redominado dado que anteriormente era Jefe de grupo comercialización (fl. 37), el cual tiene las funciones previstas en la Resolución 749 de 04 de julio de 2006 (fl. 38-39), la Resolución 674 de 2009 (fl. 40-47), la coordinación del área funcional de atención a prorrateos y fugas intradomiciliarias, lo relacionado con revisión de prorrateos localización de fugas internas imperceptibles de agua potable, atención de hurto de medidores y traslados, siendo líder del área (fl.31), Supervisión de cuentas de cobro y contratos (fls. 30, 32, 34), Delegación de procesos funcionales (fl 33); **III)** Que el 30 de septiembre de 2008, la gerencia de unidad estratégica de negocio de

acueducto y alcantarillado eleva solicitud de red denominación y ajuste salarial, entre otros, del cargo de Técnico de sistemas de acueducto y alcantarillado ejercido por el actor para que se modifique a “JEFE DE GRUPO”, con fundamento en que éste refleja mejor la actividad desarrollada (fl. 35-36). **IV)** Que mediante oficio de 07 de agosto de 2012, EMCALI da respuesta, indicando que en resoluciones 000821 y 000824 de 20 de mayo de 2004 la denominación del cargo Jefe de grupo de comercialización cambió a Técnico de Sistemas de acueducto y alcantarillado, con funciones afines al Supervisor I (fl. 37); **V)** Que presentó reclamación administrativa para la nivelación salarial el 28 de septiembre de 2017, rad. 8219 (fl. 67-73); **VI)** Que EMCALI dio respuesta negativa a la petición, mediante oficio 831-1-DGTHO-002175 de 24 de octubre de 2015, ratificando respuesta negativa para la nivelación solicitada, también, para los cargos de Supervisor I y Profesional Operativo III (fl.77-78); **VII)** Que el actor está afiliado a la Unión Sindical EMCALI – USE - desde 10 de noviembre de 2010 (fl.119), cuya organización sindical suscribió CCT en 16 de septiembre de 2015, vigente hasta 15 de septiembre de 2020 (fl.124-144); **VIII)** Que demanda 14 de marzo de 2018 (fl. 146)

PROBLEMA JURÍDICO

En atención al recurso de APELACIÓN presentado por el apoderado judicial de la parte demandante, la Sala se centrará en establecer las labores desempeñadas por el señor **FRANCISCO JAVIER MARTÍNEZ MUÑOZ** como técnico del sistema de acueducto y alcantarillado desde el 04 de julio de 2006 corresponden a las de un profesional administrativo grado I.

De ser así, procederá la Sala a determinar si es posible que mediante un proceso ordinario laboral se cree una casilla en **EMCALI EICE** correspondiente a profesional operativo grado I para el cargo de técnico del sistema de acueducto y alcantarillado y que esta sea ocupada por el demandante.

LA SALA DEFENDERÁ LA SIGUIENTE TESIS: que las funciones desarrolladas por el actor en el cargo de Jefe de grupo, que posteriormente fue denominado a Técnico del Sistema de Acueducto y Alcantarillado, no desbordan su campo de acción como técnico al interior de EMCALI EICE que le fueron

asignadas y son propias del cargo, ni éstas son iguales a las ejecutadas por el Profesional operativo I, máxime cuando efectuadas las comparaciones no se evidencia la identidad funcional, ni objetiva, que permitiera arribar a una decisión distinta, siendo así, lo cierto es que al interior de la planta de cargos de la llamada a juicio el Profesional operativo I tiene funciones diferentes a las que corresponden al técnico del sistema de acueducto y alcantarillado, sin que pueda esta agencia judicial crear una casilla para el cargo, como equívocamente lo pretende la parte actora, habida cuenta que no se encuentra dentro de la competencia del juez laboral, ni le es dable crear o modificar la planta organizacional o administrativa de una entidad, en la cual los cargos públicos se crean por mandato legal o por decisión de la Junta Directiva de la entidad a iniciativa del Gerente General y solo se pueden proveer mediante un concurso público de méritos.

CONSIDERACIONES

En aras de determinar si le asiste derecho a la nivelación salarial solicitada por el demandante, debe tenerse en cuenta que el artículo 143 del C.S.T. establece el principio “*A TRABAJO IGUAL, SALARIO IGUAL*”, norma que puede armonizarse con el contenido del artículo 5º de la Ley 6ª de 1945, la cual consagra el principio de igualdad salarial, que recoge y desarrolla el principio constitucional de igualdad (artículo 13 C.N.), establecido para evitar prácticas empresariales de discriminación por razones de edad, género, religión, opinión política u origen, entre trabajadores que desempeñan igual labor.

Al respecto de la carga de la prueba en eventos en los que se pretende la nivelación salarial por trabajo igual, las Cortes han sostenido que cuando se acusa al empleador de dar trato discriminatorio de carácter salarial a uno o varios de sus trabajadores, le corresponde al trabajador este demostrar la diferencia de salario e igualdad en el cargo, y al empleador, la justificación de la disimilitud o razones objetivas del trato diferente, sin embargo en este caso **no se plantea la nivelación a partir del desconocimiento del principio de trabajo igual a salario igual, sino que se cimenta la demanda sobre la base del desconocimiento al art. 53 constitucional por medio del cual se busca hacer prevalecer la realidad generada por lo que se ha denominado**

disfuncionalidad sobre la formalidad del cargo de que es titular el demandante, la se da porque el accionante se encuentra realizando funciones correspondientes a un cargo que, en criterio de la parte actora, debe asimilarse a uno de mayor jerarquía, y recibir la remuneración acorde al mismo.

En consecuencia, la carga de la prueba opera de manera distinta, así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia en un caso similar contra la empresa aquí accionada en sentencia 38662 del 10 de mayo de 2011.

Por tanto, para que se otorgue la nivelación salarial **POR FACTOR DISFUNCIONAL**, basta con que **el demandante demuestre**:

1. Que fue nombrado en la entidad en un cargo.
2. Que cumple funciones inherentes a un cargo distinto al que fue nombrado.
3. Que satisface las demás exigencias requeridas para ocupar el cargo con el que se pretende nivelar.
4. Que no recibe la remuneración salarial establecida para el cargo del cual desempeña funciones.

Además, como quiera que no se demandado discriminación salarial entre personas que cumplieran una misma función, sino el pago de sueldos y prestaciones sociales correspondientes a los cargos que considera son equivalentes en jerarquía, y no que verdaderamente desempeñó en virtud de la primacía de la realidad, la demostración de las condiciones de calidad y cantidad de trabajo, no son necesarias en el asunto que se estudia.

Sobre la procedencia de este tipo de planteamiento tuvo la oportunidad de pronunciarse la honorable Corte Suprema de Justicia en un proceso adelantado contra esta misma entidad en sentencia del 2 de noviembre de 2006, expediente 26437 en la cual explicó, que no en todos los casos resulta necesario la demostración de la eficiencia en el cargo, porque si se alega como en este caso la existencia de un escalafón que fija salarios para determinado cargo deberá probarse en el proceso el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial pero no será indispensable la prueba de la condición de eficiencia laboral.

Y, en sentencia SL 2022 del 2018, M.P. MARTIN EMILIO BELTRAN QUINTERO, la Corte explicó que para que resulte avante la nivelación salarial, no solo es necesario que el demandante acredite haber desempeñado funciones que corresponden a un cargo de mayor categoría, sino que también debe satisfacer las demás exigencias requeridas para ocupar dicho cargo, requisitos tales como experiencia laboral, estudios básicos exigidos, mínimo de antigüedad o conocimientos esenciales en torno al cargo.

En el caso en concreto la demandante aduce el actor realiza las mismas funciones ejecutadas por el señor Fabio Garcés, profesional operativo I y no del técnico del sistema de acueducto y alcantarillado que actualmente ostenta.

Pues bien, al respecto la Sala encuentra que el actor ejerce el cargo de técnico del sistema de acueducto y alcantarillado desde 04 de julio de 2006, por redenominación del cargo que venía ejerciendo desde 04 de junio de 2002, en el que había sido designado como “jefe de grupo comercialización” por concurso de méritos, esto es, no se trató de una reubicación para ejercer labores distintas a las contratadas, sino de un cambio en la estructura organizacional que estableció la modificación en el nombre del cargo, que no de las funciones desarrolladas.

No se evidencia que el demandante haya ejercido el cargo de profesional operativo I, o que las funciones y actividades propias de tal cargo se le hayan asignado para su ejecución en momento alguno.

En consecuencia, la Sala pasa analizar la prueba testimonial recepcionada en primera instancia con la finalidad de determinar que funciones desarrolla el demandante. Al respecto, el señor Eduardo Jesús Caicedo Rodríguez. Auxiliar de oficina del proceso de prorratio y fugas. Bajo órdenes del demandante. Adscritos al DAZSE como parte del departamento de acueducto. Dijo que el demandante quien tiene funciones de planificación y verificación, que en criterio de la Sala corresponden a las funciones de supervisión de contratos, coordinación y orientación de grupos de trabajo.

Franklin Trejos Bolaños. Tiene el cargo de tecnólogo administrativo con funciones de coordinar el sistema de seguridad y salud en el trabajo del servicio la gerencia de acueducto, al cual accedió por concurso. Manifestó que el

demandante trabaja con los servicios de acueducto, fuga y cambio de medidores y ahora trabaja en instalación de medidores, el cargo es técnico del sistema de acueducto y alcantarillado; tiene personal a cargo, siendo en su gran mayoría operadores de red de acueducto. Agregó que son pocos los técnicos que tienen personal a cargo y el demandante tiene un grupo. Que a los técnicos del sistema le llaman líderes funcionales porque manejan y planean, también hacen acciones preventivas y de mejora y son varios técnicos que hacen labores similares de profesional operativo 1. En cuanto a los profesionales operativos I indicó que ellos tienen más actividades a cargo porque ellos lo que hacen es un proceso a cargo y planear.

Carlos Alberto Patiño Mosquera ocupa el cargo de medición de acueducto. Señaló que el demandante inició como calibrador de medidores, después concursó y gana para jefe de grupo; al poco tiempo cambian el nombre para técnicos; el demandante pasa a ser técnico del sistema de acueducto y pasa a ser su jefe, y siempre ha estado por encima de mí. Nos da las órdenes para ubicar daños intradomiciliarios, prorratesos y despacha el grupo que tiene a cargo. Informa que en el departamento ha habido muchos cambios de nombres de las dependencias y cargos. Que en el mismo departamento hay varios técnicos que desempeñan otras funciones y ahora también hay profesionales I, II y III que están por encima de los técnicos; que los profesionales llegaron a la planta porque antes estaban en el bulevar, y la función es diferente porque se limitan a investigar los fraudes, cancelar los fraudes, inclusive no tienen tanta supervisión de contratos, pero sí personal a cargo y ellos son un grupo diferente, porque eran de la gerencia comercial no de la operativa. Aclara que los técnicos que estaban en planta, entre ellos el demandante son operativos y ellos (al referirse a los profesionales) son comerciales. Finalmente manifiesta que el demandante apoya los grupos de plomería, hurtos, reparaciones, prorratesos y fugas intradomiciliarias, y le corresponde reportar novedades del estado de la operación que realiza, al igual que transporta personal, cargar materiales y llevar equipos a los sitios de trabajo, cuando se requiera.

Efectuada la revisión documental no se logra evidenciar la existencia de identidad de funciones asignadas al cargo de profesional operativo I, con relación a las ejecutadas por el actor; un ni de los requisitos y exigencias para

desempeñar uno y otro cargo se puede establecer la equivalencia o alcance que pretende la parte actora; pues, contrario a ello lo que puede establecerse es la diferencia de actividades y grado de responsabilidad de uno y otro cargo; sin que ello signifique que sus actividades puedan ser complementarias, y coadyuven al logro de los objetivos del departamento operativo en que cumplen las funciones asignadas; esto es, ni en la estructura organizacional de EMCALI contemplada en las Resoluciones 820 de 2004, Resolución 1336 de 2010, ni en el ajuste a la misma, Resolución 951 del 16 de mayo de 2015, o de la planta de cargos de la Resolución 821 de 2004, ni en los manuales de funciones de la Resolución 822 de 2004, Resolución 749 de 2006, Resolución 1037 de 2015, Resolución 800 de 2016.

Ello es así, por cuanto, sin perjuicio de las demás actividades inherentes a su cargo, los técnicos del sistema de acueducto y alcantarillado, tienen dentro de sus funciones administrar, organizar, coordinar y orientar los grupos de apoyo operativo en las diversas actividades de producción, atención, distribución, tratamiento, desarrollo de infraestructura, entre otros, del área (Resoluciones 000749 de 24 de mayo de 2006, fl. 38-39; Resolución 00674 de 2004, fl. 40-43; Resolución 000821 de 17 de diciembre de 2010, fl.44-47; con formación técnica y/o dos años de formación profesional. A su vez, los profesionales operativos I, tiene las funciones de diseñar, planear, evaluar, analizar y dirigir proyectos de optimización de la operación, reducción de costos, mejoramiento de la calidad y eficiencia del servicio, garantizando su prestación continua, además de las actividades de programación, dirección, supervisión y control; que exige formación profesional en pregrado, posgrado y experiencia de tres años y funciones específicas por cada macroproceso del cual es responsable, conforme a las Resolución 000749 de 04 de julio de 2006, fl. 48-49, 65-; Resolución 000674 de 10 de junio de 2009, fl 50-54; Resolución 001037 de 25 de septiembre de 2015, fl. 55-59; Resolución 800 de 09 de noviembre de 2016, fl. 60-64.

De lo anterior se infiere, que las funciones del Profesional Operativo I son diferentes de las desarrolladas por el demandante FRANCISCO JAVIER MARTÍNEZ MUÑOZ, pues si bien es cierto el cargo que ocupa dentro del departamento de gestión operativo de acueducto y alcantarillando, reporta una responsabilidad, con personal a cargo y apoyo a diferentes grupos y procesos, no se probó que se

diera con ocasión a que hubiera diseñado, controlado, o planeado el proyecto para su ejecución, ni que hubiera liderado él mismo, pues, la prueba testimonial refiere que esas funciones ya las ejercía antes de que trasladaran los profesionales operativos I a la planta; no le modificaron las actividades ni responsabilidades, con la red denominación del cargo de jefe de grupo a técnico del sistema de acueducto; tal como lo indicaron los declarantes, sus funciones son similares que no idénticas a las ejecutadas por los profesionales y éstos cumplen funciones diferentes de las que desarrolla el demandante, con niveles de competencia y jerarquía también distintas.

Se advierte, entonces, que las funciones que le fueron determinadas al demandante con el cargo al cual concursó, y que posteriormente fue red denominado, esencialmente se mantienen, y las adicionales que le han asignada por competencia y naturaleza del área operativa, no desbordan su campo de acción como técnico al interior de EMCALI, ni se confunden con las ejecutadas por el Profesional operativo I, máxime cuando éste cargo se provee por concurso, sin que pueda esta agencia judicial crear una casilla para el cargo como equívocamente lo pretende la planta actora, pues no se encuentra dentro de la competencia del juez laboral crear o modificar la planta organizacional o administrativa de una entidad.

Y es que, no podría esta Sala crear un cargo para el demandante o asimilarla al nivel de Profesional operativo I y proveer el mismo con éste, como lo pretende, pues Las Empresas Municipales de Cali transformadas mediante el Artículo Cuarto del Acuerdo 014 de 1996, son una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa por lo que solo de dos maneras se pueden crear sus cargos, así:

Primero. Cuando el Concejo Municipal conforme al 313 numeral 6° de la Constitución Política determine o modifique la estructura de la Administración Municipal y las funciones de sus dependencias de este tipo de empresas; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos.

Segundo. Cuando por iniciativa del Gerente General, la Junta Directiva se reúna para definir la estructura administrativa de EMCALI E.I.C.E. E.S.P., y crear,

fusionar y suprimir las dependencias y empleos que considere necesarios para su operación y señalar sus funciones básicas, de conformidad con la Ley (art. 14 Capítulo Acuerdo No. 34 de 1999 “por medio del cual se adopta el estatuto orgánico para la empresa industrial y comercial de Cali, EMCALI E.I.C.E. E.S.P., se modifica el acuerdo 014 de 1996, se dan unas autorizaciones al señor alcalde y se dictan otras disposiciones”).

Adicionalmente y con arreglo a los acuerdos convencionales, (fl. 93-118 vto y 124vto-144), se ha convenido una política de recursos humanos, en la que se incluye que la selección de personal y provisión de vacantes se desarrolla con base en procesos objetivos, contenidos en el Reglamento de Selección y enganche de personal, así como los reconocimientos salariales diferenciales por reemplazo y la duración del mismo.

Por consiguiente, no podría una autoridad judicial crear un cargo público remunerado, en detrimento del debido proceso administrativo, dando lanza en ristre con los requisitos para la provisión de cargos públicos, a saber: funciones detalladas en la ley y el reglamento, consagración en la planta de personal y partida presupuestal que prevea sus emolumentos (artículo 122 de la Constitución),

Además, al proveer un cargo con el demandante, esta Sala se encontraría en contravía con las normas de tipo constitucional que obligan a que el ingreso y ascenso a los cargos públicos se dé por concurso público en el que se miden los méritos y calidades de los aspirantes (Ley 909 de 2004).

En torno al tema de la amplia libertad de configuración del Legislador en la materia, cabe destacar que la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre el margen de configuración que le compete al Legislador para determinar la organización de las entidades descentralizadas y para crear, modificar u organizar nuevas formas de entidades descentralizadas, como lo son las empresas sociales e industriales del Estado, y establecer su estructura orgánica (Ver sentencias C-953 de 2007 y C-777 de 2010, entre otras).

Así las cosas, se estima que: **I)** El demandante no logró demostrar en el proceso: a) Que fue nombrado en el cargo respecto del cual solicita la nivelación

o un cargo distinto al cual concursó, con funciones diferentes; b) La identidad de funciones con referencia a una persona específica, en una misma dependencia, por trabajos equivalentes; c) La realización de igual cantidad y calidad del trabajo frente al cargo de Profesional operativo I, y d) La igualdad en las condiciones de eficiencia, en el desempeño del mismo oficio, con respecto a la persona en particular frente a la cual solicita nivelarse; y **II)** La justicia laboral ordinaria no puede crear un cargo del nivel de Profesional operativo I y proveer el mismo con el demandante, pues, se reitera, de conformidad la Constitución de 1991, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, descentralizadas, a pesar de contar con autonomía propia, hacen parte de la rama ejecutiva del poder público, por lo que los cargos públicos se deben crear mediante la Ley o por decisión de la Junta Directiva de la entidad a iniciativa del Gerente General y solo se pueden proveer mediante un concurso público de méritos.

En consecuencia, se confirma la decisión proferida en primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante por no resultar avante su recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la Sentencia apelada.

SEGUNDO. COSTAS en esta instancia a cargo del demandante **FRANCISCO JAVIER MARTÍNEZ MUÑOZ**. Liquídense como agencias en derecho la suma de \$100.000.

La anterior providencia se profiere de manera escrita y será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el siguiente enlace:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-007-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/Sentencias>.

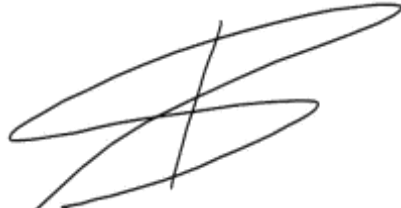
En constancia se firma.

Los Magistrados,

**Se suscribe con firma electrónica
ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO
Magistrado Ponente**



MARY ELENA SOLARTE MELO



GERMAN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

**ANTONIO JOSE VALENCIA MANZANO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 007 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali**

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:

**a69491652876fcb9a9fcbdf525ecf4650a5e526f18df99b5ee46064207c3
c53e**

Documento generado en 30/04/2021 08:37:14 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**