

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
GRUPO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: PAULA ANDREA VELÁSQUEZ VARGAS
DEMANDADO: EMCALI EICE EPS
RADICACIÓN: 76.001.31.05.012.2019-00176.01

Guadalajara de Buga, Valle, veinticuatro (24) de marzo del año dos mil veintitrés (2023).

Conforme lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral, bajo el amparo de la norma invocada, a revisar en forma escrita y previo traslado para alegaciones finales, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la Sentencia No. 266 del diecisiete (17) de agosto del año dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, Valle del Cauca, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

En vista de que no quedan trámites pendientes por evacuar, se procede a proferir la

SENTENCIA No. 45

Discutida y Aprobada en Sala Virtual No. 10

1. ANTECEDENTES Y ACTUACION PROCESAL.

En demanda presentada el 20 de marzo de 2019 (fl. 301 Tomo 2 Digitalizado), pretende la señora Paula Andrea Velásquez Vargas, a través de apoderado judicial, que se declare que se encuentra desempeñando el cargo de Profesional Administrativo I en la condición de líder de procesos de facturación de los servicios de telecomunicaciones del área funcional de liquidación de servicios en la gerencia comercial de EMCALI EICE ESP desde el 17 de junio de 2008 conforme al principio de la realidad de los hechos; que se le ordene a la accionada, crear la casilla de Profesional Administrativo I en el departamento de facturación, someter a concurso la misma y a posibilitar que la actora participe por la vacante; condenar a la accionada a reconocer y nombrar a la demandante como titular del cargo en mención, de manera provisional hasta que se surta el concurso interno del cargo en mención; condenar a la citada empresa a cancelarle a la demandante, el salario asignado al cargo de Profesional Administrativo I a partir del año 2008 (los cuales relaciona hasta el 2019); el valor de las diferencias por concepto de salarios, horas extras, primas legales y extralegales, cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por recreación, aportes para seguridad social, a partir del 17 de junio de 2008, entre los cargos de Analista y Profesional Administrativo I; condenar igualmente a Emcali, a pagarle a la señora Velásquez Vargas, todas las sumas que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda; que se disponga la indexación de las condenas impuestas; los intereses moratorios y las costas y agencias en derecho que genere la actuación.

Como medida cautelar solicita:

Desde la admisión de la demanda y hasta que haya sentencia en firme que ponga fin al proceso, insto al despacho a ordenar a las **Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP.**, a mantener y a nombrar a **Paula Andrea Velásquez Vargas** como titular del cargo de **Profesional Administrativo I**, en la condición de Líder del Procesos de Facturación de los Servicios de Telecomunicaciones del Área Funcional de Liquidación de Servicios en la Gerencia Comercial de EMCALI EICE ESP, percibiendo salarios y beneficios como tal. Solicitud que hago como medida cautelar y en aras de evitar perjuicios irremediables para la actora, verbigracia, el movimiento interno que realice la demandada con ocasión de este proceso, en claro detrimentos de los intereses de la actora.

*Como sustento fáctico de sus pretensiones, informa, en síntesis, que firmó contrato de trabajo en la modalidad a término indefinido el 18 de abril del año 2000, para el cargo de Auxiliar de Gestión y Operación III, con una asignación mensual de \$764.000 en la Dirección Grandes Clientes y Telemática Gerencia de Telecomunicaciones. Afirma, que la relación desde entonces ha sido continua e ininterrumpida y se encuentra vigente en la actualidad, presentando cambios en cuanto al cargo, funciones salario y dependencia asignada, los cuales relaciona y que se sintetizan así: traslado realizado al departamento de facturación y cobranzas adscrito a la gerencia de Telecomunicaciones mediante Resolución GG-000136 del 18 de febrero de 2002; ascenso al cargo de Auxiliar de Ingeniería I, el 1º de diciembre de 2003 en el mismo departamento y mediante concurso interno, según la Resolución GG-001838; unificación de los departamentos de facturación y cobranzas de la Gerencia de Telecomunicaciones y facturación de servicios públicos de la Gerencia Comercial; cambio de denominación del cargo al de Analista en el Departamento de Facturación según Resolución 2039 de 2004; **cambio en el cumplimiento de funciones del cargo de analista al de Profesional 1 en la condición de líder de facturación desde el 17 de junio de 2008 hasta la fecha, según designación de reemplazo efectuada por la Jefe del Departamento de facturación (E) Liliana de la Cruz Serrano, según acta de entrega de puesto 621-DF-0674 de 2008 suscrita por el profesional saliente que entrega Fabio Garcés Ortiz, la demandante que recibe y la mencionada jefe de departamento que da el visto bueno.***

*Agrega la demanda, que ese último cambio que aún se mantiene, es el que da origen a este proceso, “toda vez que, por disposición de la Gerencia Administrativa se realiza el traslado del Profesional Administrativo I Fabio Garcés Ortiz, del Departamento de Facturación de la Gerencia Comercial hacia la Dirección Comercial de la Gerencia de Acueducto, **incluyendo el movimiento de la casilla de profesional administrativo I,...**” desconociendo los procedimientos establecidos por Emcali en su reglamentación interna y en disposiciones legales como por ejemplo el Decreto 1950 de 1973, respecto a la administración de personal.*

Ante tal situación, añade, para no dejar el departamento de facturación sin líder, la jefe del departamento de la época, dispuso que fuera la demandante, analista, quien continuara el frente de las funciones que hasta ese momento venía realizando el profesional administrativo I, por esa razón se elaboró el acta de entrega 621-DF-0674 de 2008 y el acta de entrega del cargo, firmado también por la actora en señal de recibo y aceptación y por la mencionada jefe del departamento.

Indica, que desde esa calenda, con ocasión de la designación de reemplazo y la entrega del cargo, la señora Paula Andrea Velásquez desempeña las funciones establecidas en la Resolución GG-000800 del 9 de noviembre de 2016, las cuales se encuentran asignadas al profesional administrativo I, van en concordancia con las responsabilidades descritas en la Resolución GG-000951 del 16 de mayo de 2011, para el Área Funcional Liquidación de Servicios del Departamento de Facturación que también relaciona ampliamente y que han sido

ejecutadas por la actora en forma personal, permanente, subordinada, continua, con la aquiescencia del empleador; corresponden al giro normal de la empresa y de su objeto social; están asignadas a la casilla de profesional administrativo. Refiere seguidamente la estructura organizacional de Emcali EICE EPS, específicamente la del departamento de facturación, insistiendo en el cumplimiento de las funciones de Profesional Administrativo I por parte de la demandante; haciendo notar la diferencia entre las funciones de dicho cargo y el de analista, conforme el manual de funciones y competencias laborales.

Indica que, mediante Resolución GG No. 000800 del 9 de noviembre de 2016 y en cumplimiento del Decreto 1083 de 2015, parágrafo 1 del artículo 2.2.2.5.1, Emcali establece un perfil académico y un mínimo de tiempo de experiencia para acceder al cargo de Profesional Administrativo I, el cual es cumplido a cabalidad por la actora. Que la situación laboral actual constituye una disfuncionalidad laboral en la relación pues la demandante en el cargo de analista ha cumplido las funciones del correspondiente al Profesional Administrativo I sin la nivelación salarial correspondiente, lo que va en contravía del principio de a trabajo igual salario igual, “como quiera que al interior de la empresa existe personal con igualdad de funciones, responsabilidades, nivel, cargo y salario”. Que esa disfuncionalidad laboral va en contravía de lo establecido en las Resoluciones GG No. 001578 de noviembre de 2008 y GG No. 000800 de noviembre de 2016, en el Decreto Único Reglamentario del Sector de la Función Pública, en la ley laboral y en la Constitución Política colombianas.

Finaliza señalando que la actora está afiliada al sindicato de Emcali “USE”, por lo que rige para ella la Convención Colectiva de Trabajo vigente suscrita con Emcali para el caso concreto, específicamente, los artículos 3º, 15, 17 a 20 y 30 a 39. (fls. 290-299 Tomo 2 Digitalizado). Mediante providencia del 30 de abril de 2019, se admitió la demanda, se dispuso su notificación a la accionada y al Ministerio Público y se negó por improcedente la medida cautelar (fl 302 idem)

Contra la decisión de negar la medida deprecada, se interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, fl. 303, el primero fue declarado extemporáneo y se concedió el segundo en el efecto devolutivo por auto del 9 de mayo de 2019, fl. 305; el interesado aportó lo necesario para la remisión del expediente al tribunal, finalmente, desistió del recurso incoado, siendo aceptada la decisión por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, según providencia del 30 de junio de 2021 (archivo 39 expediente).

Notificada Emcali EICE ESP, se pronunció por intermedio de apoderado judicial (321 y siguientes y luego corrección 390 y ss), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, dando respuesta a cada uno de los hechos, aceptando como ciertos los identificados con los numerales 1º, 8º y 12º, parcialmente el 3º, 7º, 9º y 10º, indicando que lo le consta el 14 y manifestando que no son ciertos los demás; expuso los hechos de la defensa y propuso como excepciones INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA; COBRO DE LO NO DEBIDO, IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE MODIFICAR LA PLANTA DE CARGOS DE EMCALI EICE ESP. INFUNDADA SIMILITUD DE FUNCIONES DEL CARGO DE ANALISTA Y PROFESIONAL ADMINISTRATIVO I; BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA; PAGO; PRESCRIPCIÓN y; LA INNOMINADA.

Se sustenta la defensa, en síntesis, en que la actora no ha cumplido las funciones de Profesional Administrativo I, en que el cargo no existe dentro de la dependencia en la que presta sus funciones la citada dama y en que de existir, para acceder a él, sería preciso el concurso de méritos o el acto administrativo de designación; agregando que el cargo no existe, por cuanto la Junta Directiva de Emcali, competente para la creación, no ha considerado su necesidad.

Mediante providencia del 2 de diciembre de 2019 se tuvo por contestada la demanda, luego de su corrección (fl. 410 tomo 2 digitalizado) y se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia prevista en el artículo 77 del CPTSS, la que finalmente se realizó el 4 de septiembre de 2020, archivo 09.

En esta diligencia, se declaró fracasada la audiencia de conciliación, no hubo excepciones previas que revisar, ni medidas de saneamiento que asumir, se fijó el litigio en determinar el cargo que en la práctica desarrolló la demandante; sí efectivamente ha desarrollado o no actividades inherentes al cargo de profesional administrativo I y, en caso positivo, deberá establecerse si proceden las pretensiones elevadas por la parte actora y como se ven afectados los derechos por las excepciones de fondo propuestas. Se decretaron las pruebas necesarias para resolver el litigio planteado y se fijó fecha para la audiencia de trámite y juzgamiento.

Surtidas en debida forma las etapas procesales correspondientes a la primera instancia, el 17 de agosto de 2021, se profirió la sentencia que es objeto de análisis, en ella se declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda, se abstuvo de condenar en costas y dispuso la consulta de la decisión, sólo en caso de que no fuera apelada la decisión.

El apoderado de la actora, interpuso y sustentó el recurso de apelación que fue concedido en el acto.

2. MOTIVACIONES

2.1. Del fallo¹

Realiza la juez de instancia, un recuento de la demanda, su contestación, la actuación procesal surtida y el material probatorio allegado; indicó seguidamente que, la creación de cargos es una función exclusiva de la Junta Directiva de Emcali tal como lo dispone el numeral 3º del artículo 14 del Acuerdo 034 de 1999 y que no está dentro de las potestades del juez, modificar la planta de personal de las entidades públicas; estos cargos, continúa, por mandato de la Constitución en su artículo 121 deben estar ya creados y deben ocuparse a través del concurso de méritos; cita como sustento de esa manifestación apartes de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 25 de enero de 2018, con ponencia del doctor William Hernández; concluyendo que no es posible entonces, acceder a la pretensión encaminada a que se ordene la creación de un cargo, que se modifique la planta de personal, la que además, ha sido recientemente modificada en atención a un estudio que previamente realizó la Universidad del Valle sobre la viabilidad de los cargos que existían al interior, implementando desde el año 2020 una nueva planta de cargos, dentro de la que no está tampoco el cargo solicitado. Agrega que desde el año 2016 se creó el cargo de profesional operativo, desde ese año se creó precisamente el cargo que se está solicitando de profesional administrativo I, pero al verificar el perfil existen unas condiciones en las que no se encuentra la demandante, entre ellas, la de supervisar contratos, la citada señora no participa en el presupuesto de la organización y no tiene actividades de representación ni supervisión de contratos del área. Por tanto, concluye, no puede el juzgado utilizar el cargo que ya existe, creado en el año 2016, es decir, con posterioridad a los hechos. Reitera la imposibilidad de acceder a la primera pretensión.

Explica a continuación, las razones por las cuales acude a la jurisprudencia del Consejo de Estado, básicamente porque ha desarrollado más profusamente el tema de las nivelaciones salariales cuando se trata de entidades públicas y específicamente la creación de cargos y modificaciones de plantas; agregando que la mencionada Alta Corporación tiene establecido que, para que haya una nivelación salarial, el interesado tiene que acreditar tres condiciones:

¹ Archivos 40 y 41 expediente digitalizado.

que el cargo exista, que haya un cargo al cual asimilar, al cual ocupar, un cargo que tenga funciones específicas; la segunda, que la persona demuestre que ese cargo tiene unas funciones que ella en otro cargo este desempeñando y; la tercera, que exista una diferencia entre esos dos postulados.

Indica que al revisar los hechos de la demanda, la primera situación que se plantea es la entrega del cargo de Profesional Administrativo I por parte del señor Fabio Garcés Ortiz a la actora, sin embargo, ello no resulta ser cierto, porque lo que se entrega es el puesto de trabajo y ello obedece a que el mencionado hombre lo trasladaron con todo y cargo a otra gerencia y la explicación de ese traslado la da el mismo señor Garcés Ortiz, él estaba en esa dependencia, porque estaba implementando el nuevo proceso de facturación, el programa que había tenía muchos inconvenientes y fue necesario trasladarse a otro siendo su tarea la implementación del mismo, hacer los manuales, verificar que todo volviera a funcionar, por lo que cuando el programa estaba funcionando le dijeron que su cargo ya no era necesario en esa dependencia y que él, con el cargo, serían trasladados a otra dependencia. Considera la falladora, que no hubo entonces entrega del cargo sino del puesto de trabajo, que el mismo profesional indicó que sus funciones no fueron entregadas a una persona en concreto, que conforme la implementación del programa algunas desaparecieron y otras fueron entregadas a varios empleados. Es decir, agrega la a quo, no fue la demandante quien quedó con todas las funciones, sino varias personas que menciona; acepta que hay un acta de entrega en la que la referida señora firma el recibido, empero explican el declarante y la jefe del departamento, que ello obedeció a las múltiples ocupaciones de esta última y por tanto se hace la entrega de algunas actas y la responsable en este caso de recibir, a quien se le designó tal tarea, fue a la demandante, pero que la encargada de dividir las tareas fue la jefe del departamento.

Concluye la a quo, que el cargo entonces no pudo ser entregado, porque el cargo desapareció de esa dependencia y el mismo señor Garcés relató que tanto las funciones como los equipos que poseía fueron entregados a diferentes empleados, es decir, fue atomizado y no endosado a una persona en particular.

Igualmente, agrega la funcionaria, el profesional en mención indica que se separó definitivamente de la dependencia de facturación el 6 de agosto de 2008, por lo que estima, no podía la actora estar desarrollando funciones del cargo, antes de esa fecha. Que si desarrollaba actividades de liderazgo, pero que estas las cumple todo el mundo en todos los escenarios y recrea con ejemplos.

Reitera que el cargo reclamado no existía entre los años 2008 y 2016 y que, respecto del creado en este último año, las actividades desarrolladas por la actora no concuerdan: no era partícipe en el presupuesto, no tenía a su cargo la supervisión de proyectos ni brinda apoyo específicamente en áreas de la contratación, sin que tenga nada que ver con el proceso específico de facturación que es lo que desarrolla la señora Paula, aunado al hecho que dentro de las funciones de Analista también está la verificación de que el proceso se realice, la obligación de poner en marcha todos los conocimientos y verificar que el proceso como tal funcione; que conforme la declaración de Fabio Garcés resulta habitual que la Analista sea invitada a los comités y que precisamente en esa condición aparece el nombre de la actora en las actas aportadas, cumpliendo funciones de orientación dado su conocimiento acerca de la dinámica del trabajo, no significando que el cargo haya cambiado, lo que hace es parte del rol de analista.

Insiste en el tema del liderazgo, indicando que por cumplir esa función ya debe ser considerada profesional administrativo, pero para ello, expresa la juzgadora, no solamente se requiere liderar ciertos procesos, agregando que el liderazgo es un rol, no un cargo y que no significa que a quien se le haya dado esa tarea automáticamente pase a tener un cargo diferente.

Indica, de la prueba documental, funciones encaminadas a efectuar proceso de facturación, la actora hace parte de esa actividad, es directamente responsable de la misma, pero las labores de ejecución de las tareas o programas no necesariamente son tareas de coordinación, ni implican disponibilidad de personal, que cuando aparece firmando documentos como jefe inmediato lo que firma son prácticas, a ella le asignaron la tarea de verificar desempeño y revisión del proceso, pero esa actividad no es específicamente de control de personal, es decir, no hace llamados de atención, no estaba habilitada para permitir que una persona se apartara de sus funciones o cambiara funciones, señala que la actora estaba supeditada a las decisiones de la jefe del departamento; pudo haber tenido más bien funciones de intermediación pero no de subordinación.

Los testigos de la demandante dicen que ella estaba pendiente de todo, que hacía reuniones con el equipo de trabajo, pendiente de las tareas y que era invitada a los comités por ser la persona que lideraba el proceso, pero, insiste, no era ella la que desarrollaba la totalidad de las funciones de profesional administrativo, porque ese era un cargo que no existía entre 2008 y 2016.

Concluye, de las pruebas documentales y testimoniales, que no se dan las condiciones para indicar que la señora Velásquez Vargas desarrollaba las funciones del cargo desaparecido, entre los años 2008 y 2016 y, que después del 2016, cuando nuevamente se crea, ella pueda ocupar esa tarea, en razón a que sus funciones no son compatibles; expresa que desarrollar algunas funciones no es suficiente, tiene que cumplir todo el cargo para que se pueda hablar de nivelación salarial.

Declara por tanto probada la excepción de Inexistencia de la obligación, absuelve a Emscali EICE ESP, se abstiene de imponer costas procesales y dispone la consulta en caso de no ser apelada la decisión.

2.2. De la apelación (minuto 30:27 archivo 40)

El apoderado judicial de la parte demandante manifestó:

“Señora Juez, escuchadas sus consideraciones y finalmente el fallo por el cual usted niega las pretensiones en representación de la parte actora, me permito interponer el recurso de apelación como quiera que no estamos de acuerdo con la valoración realizada a la prueba, tanto la prueba documental como la prueba testimonial sí? Y de igual manera consideramos que hay una indebida aplicación de las normas y de las sentencias mencionadas, hemos probado que la señora Paula Andrea ha ejercido sí?, documentalmente se probó y testimonialmente se probó, también es cierto que Emscali no logro probar qué pasó efectivamente con el cargo de Profesional 1 pues no allegó el documento respecto de lo que realmente ocurrió con la casilla de profesional 1 que en su momento él ocupaba o tenía a su cargo, se evidencia el traslado del señor pero no hay evidencia alguna respecto de lo que efectivamente pasó con la casilla de profesional 1 hasta inclusive el 2016 que es cuando aparece un nuevo profesional 1, por lo tanto señora juez nosotros recurrimos en apelación toda la sentencia para que el superior la revise sí? Y en su debida oportunidad sustentaremos de manera completa nuestro recurso de apelación, muchas gracias señora Juez.”

2.3. Alegatos de Conclusión.

Conforme el término otorgado por la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Cali, mediante auto del 14 de septiembre de 2021, se corrió traslado a las partes para que

presentaran alegatos, evidenciando que, en la oportunidad conferida, ambas presentaron escritos que se sintetizan de la siguiente forma.

La demandante, señala:

“Para empezar la sustentación del presente recurso, me permito indicar a los Honorables Magistrados, que el fallo de la juez de instancia, se aparta abiertamente de las pretensiones de la demanda, por una parte y, por otra, de manera extraña resuelve desconocer el precedente vertical de la línea de la Corte Suprema de Justicia al que corresponde por ser el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria y, en su defecto acoger la línea del Consejo de Estado, con el increíble argumento que “... esta juzgadora cita providencias del Consejo de Estado y no de la Corte Suprema de Justicia porque es la que más ha desarrollado el tema de las nivelaciones salariales cuando se trata de entidades públicas y específicamente la creación de cargos y modificaciones de planta...”. Argumento que no es de buen recibo de la parte actora, en razón a que la CSJ ha fallado multiplicidad de casos como el que aquí se debate, verbigracia, tenemos las sentencias SL3094-2021, SL3114-2021, SL2342-2021, SL691-2021, entre otras que se pueden encontrar al realizar la consulta en el Sistema Siglo XXI en el espacio asignado a la H.C.S.J.

De igual manera hacemos un llamado a la Honorable Sala, a fin de que tenga en cuenta que la juez de instancia basa su fallo en “... estudio que efectuó la Universidad del Valle sobre la viabilidad de los cargos que existían al interior...”, como quiera que el aludido estudio es un documento totalmente ajeno al proceso, pues no obra como prueba en el expediente, no ha sido objeto de debate ni de mención por las partes, los testigos no han hecho referencia a dicho documento y, que no ha sido sometido a contradicción, por lo que se convierte en una prueba apócrifa, pues no puede la Sra. Juez basar su fallo en algo que desconoce una de las partes y del que no se indica en la sentencia su procedencia, se desconoce quién ordenó su realización, el porqué del mismo y, quien lo aportó al proceso.

Descendiendo ya al fallo, me permitiré hacer un detallado análisis de las consideraciones del Ad-quo, iniciando con “... debe advertir esta juzgadora, que en el año 2016 se creó el cargo de profesional operativo desde el año 2016 se creó precisamente este cargo que se está solicitando de Profesional Administrativo I...”

Esta constituye una gran falacia, pues contrario a lo que asegura la Juez, el cargo de Profesional Administrativo I no fue creado, lo que efectivamente ocurrió fue, que en reacción a la Reclamación Administrativa realizada por la Analista Paula A. Velásquez, solicitando el reconocimiento de las actividades desarrolladas como profesional administrativo, el empleador EMCALI designo para el Dpto. de Facturación, un funcionario con cargo de Profesional Administrativo I. Dicho traslado se surtió de la misma manera como se surtió el de Fabio Garcés hacia la Gerencia de Acueducto, es decir, violentando las resoluciones internas y las disposiciones legales en lo que a traslados se refiere.

Ahora bien, nótese como la Sra. Juez menciona en su providencia, que cuatro (4) de las veinte (20) funciones detalladas en el manual de funciones de Profesional Administrativo I (Res. GG 892 del 28/05/2011 vigentes hoy en la Res GG-800 de noviembre de 2016 obrantes en la foliatura), no son ejecutadas por la actora para lograr el reconocimiento en el cargo pretendido, “... ella no tiene las facultades de supervisar contratos, ella no participa en el presupuesto de la organización y no tiene las actividades de representación y supervisión de contratos del área...”. Sin lugar a dudas, esta apreciación constituye un claro desconocimiento a la prueba recaudada, pues de las respuestas que a las preguntas del despacho el mismo Profesional Administrativo I Fabio Garcés hace, dan fe que esas funciones tampoco fueron por él desarrolladas, Veamos: - Juez: “... usted desarrollo la actividad de supervisión de contratos?” Fabio Garcés: “Allí No, yo no fui supervisor de contratos” (Min 2:18:34) y; - Juez: “... recuerda si desarrollo alguna actividad relacionada con los presupuestos?”, Fabio Garcés: “No doctora, mi trabajo era operativo dentro del proceso, esas funciones que usted me está dando son más administrativas”.

Por otra parte, en su providencia la juez da por hecho que “...hay una entrega del puesto de trabajo, el cargo no fue entregado...”, donde, si bien la juez no brinda una clara explicación a la diferenciación que establece entre entrega de puesto y entrega de cargo, también deja claro la falladora, que encuentra probado el hecho de la demanda, en relación a que ciertamente se presentó una situación de entrega entre funcionario de cargo superior Fabio Garcés, hacia funcionario de cargo inferior Paula Andrea Velásquez, llámese puesto de trabajo o cargo, pero resulta probado el hecho que hubo entrega.

Respecto a la entrega de cargo, tenemos que es claro que el cargo no fue entregado, pues éste se encuentra asociado a cada persona dentro de la planta de cargos de la organización, es decir, cada funcionario lleva consigo las funciones propias del cargo que ostenta y, así la persona cambie de Dpto., Area, Gerencia, Dependencia, etc., siempre conservara para sí, las funciones propias de su cargo.

Sin embargo, en tratándose de funciones tenemos, que EMCALI ha establecido, que unas son las propias de cada cargo (en lo particular Profesional Administrativo I y Analista), son personales y le corresponden o pertenecen a quien ostenta el cargo y, otras son las funciones de cada Dpto., Area, Gerencia, Dependencia, etc., (en lo particular el Departamento de facturación), son propias del área, no son

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 76.001.31.05.012.2019-00176.01

trasladadas y se conservan en el tiempo en cuanto a su ejecución. Las primeras se encuentran en la Resolución GG-00800 del 9/11/2009, mientras que las segundas se encuentran en la resolución GG 892 del 28/05/2011.

Al respecto y aterrizando al caso que nos ocupa, la resolución GG 892 del 28/05/2011 establece, que hay unas funciones asociadas al área, que se encuentran bajo la responsabilidad del profesional administrativo I por su nivel profesional, los cual según resolución GG-800 de noviembre de 2016 se encuentra vigente: "Nivel profesional: Agrupa los empleos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que según su complejidad y competencias exigidas les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales.

De acuerdo a lo anterior, tenemos, que con ocasión del traslado del Sr. Fabio Garcés, él se llevó consigo las funciones propias de su cargo Profesional Administrativo I, hacia la Gerencia de Acueducto. Sin embargo, las funciones propias del área se quedan, prueba de ello es el documento 621-DF-0674-08 fechado 17 de junio de 2008, dirigido a la Jefe de Dpto. Liliana de la Cruz Serrano, en el cual, el saliente Fabio Garcés dice: "Comedidamente le informo que ya cumplí con la entrega de las actividades que realizaba dentro del proceso de facturación, de acuerdo a la Resolución GG No. 000661 del 30 de abril de 2008 y con la Circular emanada por la DRA GLORIA LUCIA CIFUENTES SAAVEDRA, Gerente del Area de Gestión Humana y Administrativa, donde define el procedimiento de la entrega de puesto."

Ahora bien, de acuerdo al Acta No. 1. de Entrega de Puesto – Facturación Teléfonos, calendada 30 de mayo de 2018, tenemos que el Profesional Administrativo I Fabio Garcés deja constancia de lo que efectivamente entrega a la Analista Paula Andrea Velásquez Vargas, pues claramente dice: "... en este documento se relacionara las actividades que se ejecutan en cada uno de los procesos con el objeto de conformar el manual de usuario del proceso de facturación de Telecomunicaciones. Negrillas y subrayas mías).

Tan cierto es que Paula Andrea Velásquez recibió funciones del saliente PAI Fabio Garcés y que continuó en su ejecución, que posterioridad a la entrega de funciones, la entonces Jefe de Dpto. de Facturación, quien autorizó que la Analista recibiera las funciones del saliente Profesional Administrativo I, con fecha 2 de julio de 2008 envía el siguiente correo electrónico dirigido a la Oscar Javier Parra, Vicepresidente Financiero del proveedor ETB "Oscar, la funcionaria encarga del proceso de teléfonos es Paula Andrea Velásquez..." Claramente, la jefe de Dpto. está informando al proveedor, con quien debe seguir entendiéndose en lo que a proceso de teléfonos se refiere. (Correo obrante en la foliatura como prueba)

Así las cosas, la Juez Doce Laboral, incurre en una indebida valoración de la prueba documental aportada y en una indebida interpretación de su contenido, para arribar a la conclusión, que "hay una entrega de puesto de trabajo", pero que "el cargo no fue entregado... ". Pues de entenderse que por entrega de puesto la juez pretende hacer ver como la entrega del espacio físico, mobiliario y/ equipos, ello no correspondería a la realidad, pues en documento de entrega no se hace alusión a entrega de cuerpos ciertos, más si se ha referencia a entrega de actividades. Es decir, a las actividades que hasta el momento de su traslado (junio de 2008), el Profesional Administrativo I Fabio Garcés realizaba en cumplimiento de las funciones propias de su cargo con el que estaba adscrito al Dpto. de facturación.

El Acta No 1. de Entrega Puesto elaborada y firmado por quien entrega, Fabio Garcés Ortiz - Profesional Administrativo I; firmada por quien recibe Paula Andrea Velásquez - Analista y; firmada por quien aprueba y da visto bueno Liliana de la Cruz Serrano - jefe de Departamento de Facturación, goza de plena validez procesal, pues no fue objeto de reparos, ni argüida de falsa por la pasiva EMCALI EICE.

Continua la Juez en su fallo diciendo "...por la sencilla razón de que al Señor no lo trasladaron solito, lo trasladaron con el cargo, es decir no lo pasaron de ser Profesional Administrativo I de esta Gerencia a otra Gerencia, sino que él se llevó el cargo..." afirmación con la cual, la Juez desconoce el hecho que el traslado del Profesional Administrativo I Fabio Garcés Ortiz, se hizo en flagrantemente omisión del deber legal de cumplir con lo dispuesto por la Res. 1578 de 2008 de EMCALI, Art. 14 y, por Art. 2.2.5.4.2 del Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, normas que coinciden en establecer, que hay traslado cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñen cargos de funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño. EMCALI no cumplió esta disposición, pues probado esta documental y testimonialmente que: i) El PAI Fabio Garcés salió del al Dpto. de Facturación en el mes de junio de 2008; ii) Que al Dpto. de Facturación no llegó otro PAI para continuar con el desarrollo de las actividades; iii) Que hubo entrega de actividades de PAI a Analista; iv) Que la analista Paula Andrea Velásquez fue la funcionaria que recibió del PAI las actividades y; v) Que las actividades recibidas en junio de 2008, a la fecha continúan siendo ejecutadas por la Analista Paula Andrea Velásquez.

Del análisis realizado por la juez de instancia al testimonio de PI Fabio Garcés respecto de las funciones por él realizadas en el Dpto. de Facturación hasta el mes de junio de 2008, resalta: "...que su tarea fue hacer esa implementación, hacer esos manuales, verificar que todo esto volviera a funcionar y cuando ya esto técnicamente ya estaba funcionando le dijeron que su cargo ya no era necesario en esa

dependencia". Esta conclusión es errada, pues va en contravía de la prueba documental obrante en el expediente, a saber, el documento de entrega de puesto 621-DF-0674 del 17 de junio de 2008, donde el saliente Profesional Administrativo I Señor Fabio informa a la Sra. Liliana Cruz que: "... Esta actividad fue siempre acompañada por el proveedor y aún se tiene muchas dudas al respecto, incluso se puede asegurar que tanto en Utilities como en Telecomunicaciones lo primeros meses de operación del nuevo sistema fue ejecutado directamente por el proveedor....Sería muy irresponsable si dejará un manual de configuración sabiendo que no tengo suficiente claridad al respecto..." y continúa diciendo: "Es importante resaltar que aún queda pendiente la migración de datos del servicio de Internet y ADSL por parte de la Gerencia de teléfonos, motivo por el cual no sé pudo probar la configuración de este servicio que se realiza con el acompañamiento del proveedor."

Esta prueba documental fue presentada por EMCALI a solicitud nuestra, deja sin piso la conclusión del despacho, pues pone en evidencia el hecho, que el traslado del Profesional Administrativo I Fabio Garcés ocurrió en momentos en que aún no había finalizado el proceso de implementación del nuevo sistema. Inclusive, la prueba testimonial recaudada, los Srs. Hernández y Quiceno, son enfáticos al decir, que las actividades propias del proceso de implementación fueron recibidas para su continuación, por la Analista Paula Andrea Velásquez. Lo mismo consta en Acta de Entrega firmada por PAI Fabio Garcés, quien entregó, por la jefe de Dpto. Liliana de la Cruz, quien autorizó y, por la Analista Paula Andrea Velásquez, quien recibió.

La juez desconoce también lo dicho por la Adriana Vidarte, actual jefe de Dpto. de Facturación, ¿pues a pregunta de despacho "... actualmente se hace configuraciones en los sistemas comerciales para telecomunicaciones de acuerdo a la normatividad vigente y políticas empresariales? ¿Quién tiene a cargo esta actividad para telecomunicaciones?", ella sin titubear responde "En este momento las configuraciones en sistema de información comercial para la parte de telecomunicaciones las realiza Paula...".

Señores magistrados, esta respuesta constituye una implícita aceptación por parte de actual jefe de Dpto. de Facturación, que las actividades realizadas por el saliente PI Fabio Garcés correspondientes al 2008 año de su salida, no estaban finalizadas, no desaparecieron ni se eliminaron del Dpto., de Facturación, que en la actualidad se siguen realizando y, que quien cumple dichas funciones es la Analista Paula A. Velásquez. Esta función persiste y persistirá, en razón a que los cambios tecnológicos y normativos son constantes y no estáticos en el tiempo.

Honorable Sala, el fallo emitido por la Juez Doce Laboral, verdaderamente desconcierta, pues del análisis que la juzgadora realiza a la prueba testimonial lograda de la Sra. Liliana de la Cruz Serrano, exjefe del Dpto., de Facturación y del Sr, Fabio Garcés PAI, ella expone "... en ese orden de ideas pues no hubo entrega de cargo, hubo entrega de puesto de trabajo, y él nos explica, que las funciones que el desarrollaba no le fueron entregadas a una persona en concreto, sino que a medida que se iba implementando el nuevo programa, ese nuevo programa los roles eran diferentes, entonces ya a él no le tocaba como profesional los 500.000 mil usuarios todos a él sino que cuando se empieza a implementar el nuevo programa se empiezan a dividir por ciclos, empiezan a ver por sectores, y depende del servicio que se preste, entonces ya se implementa de una manera distinta, eso quiere decir, que las tareas que él estaba desarrollando inicialmente en esa dependencia pues se fueron desapareciendo y las que quedaron, pues fueron repartidas en varios empleados, es decir, no fue la señora Paula la que se quedó con todas las funciones del cargo, con algunas actividades que él desarrollaba se quedó él, con otras se quedó el Sr, ella perdón, con otras según los dichos del Sr se quedó Carlos Quiceno que era otro analista y que tenía mucha experiencia, es decir, es mas dijo que algunos contratistas desarrollaron otras tareas de las que él desarrollaba, es decir no hubo una entrega de cargo en la sola cabeza de la Señora Paula...". De estas manifestaciones resulta queda claro, que para la juzgadora se ha logrado probar que si hubo entrega de funciones y; que a la Analista Paula Andrea Velásquez si se le entregaron funciones. Ello es corroborado por el Sr. Carlos Quiceno en su versión rendida ante el despacho, pues a pregunta de la Juez: "Las tareas que hacia Fabio Garcés le fueron asignadas a la Sra. Paula?, él de manera segura y categórica responde "Si por que el proceso no se podía quedar sin quien lo siguiera orientando y lo hiciera de buena manera. Respuesta que claramente deja claro, que no es cierto, es que él haya recibido funciones del Sr. Fabio Garcés.

Continúa diciendo la juez, "...si hay un acta donde ella firma el recibido, pero nos explica, tanto la señora Liliana de la Cruz Serrano como el mismo Fabio, que esto se debe, a que por las múltiples ocupaciones del jefe del Dpto. simplemente físicamente se hace la entrega de algunas cosas, de algunas actas y hay un responsable y en este caso, pues a la persona que se le designo esa tarea fue a la señora Paula, Eso quiere decir que nunca se le entrego el cargo a la señora Paula.

Srs. Magistrados, definitivamente sorprendente es, la coloquial manera con que la falladora, se aparta del principio de la primacía de la realidad y, justifica las faltas presentadas al interior del EMCALI, al disponer, ordenar y autorizar que funcionario de cargo inferior, sea quien reciba puesto y funciones de cargo superior y, lo que aún es peor, que se permita que por espacio 12 años la funcionaria de cargo inferior continúe en disfuncionalidad realizando funciones de cargo superior. Todo ello con ocasión de un indebido traslado horizontal, específicamente, el traslado del Profesional Administrativo I Fabio Garcés a la Gerencia de Acueducto. Dicho traslado claramente constituye una flagrante violación a las

disposiciones internas y legales para el efecto, como también se violentó las disposiciones relativas a la entrega del cargo.

En este punto, con el debido respeto me permito llamar la atención de la Honorable Sala, para solicitarle, se sirva hacer una minuciosa y detenida revisión a la Hoja de Vida del Profesional Administrativo I Fabio Garcés, obrante en el expediente por solicitud de parte. Podrán Uds. establecer, que la misma se encuentra incompleta, pues no reposa en ella, la documentación completa relativa al traslado, a saber, la resolución de traslado y todos los formatos que en su testimonio dice el Sr, Fabio Garcés haber firmado para efecto de salir del Dpto. de Facturación hacia la Gerencia de acueducto, como tampoco existe Actas de Entrega de muebles y equipos, que dice haber realizado a sus compañeros de área. Resulta curioso, que solo exista Acta de Entrega realizada a la analista Paula Andrea Velásquez, quien, como hemos logrado probar, recibió puesto y funciones en junio de 2008 y que a la fecha continúa desarrollando las actividades propias de Profesional Administrativo I.

Siguiendo con el fallo apelado, la afirmación "... Hay una comunicación que hace el señor Fabio en el mes de julio del año 2008, donde dice que sus funciones podrán ser orientadas por la señora Paula, no dice cuáles son las funciones..." y, es una absoluta falacia y responde a la indebida valoración que la Juez hace a la prueba documental, pues al revisar el expediente encontramos, que la única la comunicación del mes de abril que reposa en el expediente, corresponde al Oficio 621-DF-0674 fechado 17 de junio de 2008 de Entrega de Puesto, sin embargo, en este documento no se menciona el nombre de Paula A. Velásquez. Tan cierto es, que en declaración rendida por el PI Fabio Garcés, indica que desconoce lo que haya ocurrido en el Dpto. de facturación con posterioridad a su salida.

Lo que sí es real, es que la juzgadora termina aceptando lo tantas veces dicho por nosotros respecto a las funciones realizadas por el PAI Fabio Garcés, pues de su manifestación se desprende, que encuentra probado que "... el cargo no se le pudo entregar, porque se desapareció de esa dependencia, es decir, ya no existía el cargo en esa dependencia, si no que fue trasladada a otra dependencia y lo que se entregó fue funciones...". Luego entonces, no es admisible que la juez niegue las pretensiones, pues la base principal de los hechos de la demanda está cimentada, en la entrega de funciones que en junio de 2008 realizare el Profesional Administrativo I Fabio Garcés a la Analista Paula Andrea Velásquez, entrega de funciones que se encuentra probada mediante Acta de Entrega que obra en el expediente y, que se reitera, no fue tachada de falsa por la pasiva.

Es con base en esa en esa entrega de funciones que se busca el reconocimiento al principio de "a trabajo igual, salario igual", pues las funciones entregadas estuvieron por más de 14 años bajo la responsabilidad y cumplimiento del PAI Fabio Garcés y, que desde junio de 2008 fueron asignadas a la Analista Paula Andrea Velásquez para su ejecución, con el mismo altísimo nivel de exigencia y responsabilidad, pero con más baja asignación salarial.

Otra interpretación errónea a la prueba testimonial recaudada de la exjefe de departamento Liliana de la Cruz Serrano y del PAI Fabio Garcés, resultan las siguientes consideraciones: "...y también nos aclara, que cuando él hace entrega de los elementos, un computador se lo entrega a un empleado, otro computador se lo entrega a otro empleado, otros bienes se los entrega a otro empleado, es decir, ese puesto como ya no iba a existir, en esa dependencia, pues fue atomizado, a uno le entregaron funciones a otro le entregaron implementos, en ese orden de ideas no hubo ninguna persona que se quedara con todas las funciones que desempeñaba el Señor Fabio Garcés, eso no lo relata el de manera muy clara...". Al respecto tenemos que, si en gracia de discusión aceptáramos como ciertas las entregas de los elementos de trabajo de Fabio Garcés a otros empleados, surgen dos interrogantes, i) ¿Si hay Acta de Entrega del Fabio Garcés a Paula Andrea Velásquez, hay Actas de Entrega de Fabio Garcés a los otros empleados?, ii) Donde reposan esa otras Actas de Entrega? y; iii) Por que no han sido presentadas como prueba por la pasiva EMCALI. Se reitera entonces la aceptación de la existencia de entrega de funciones.

Va también en contra de la prueba documental y testimonial recaudada, la afirmación: "... Ahora bien, entre el año 06 de agosto del año 2008, porque el señor nos dice que él toma posesión en la nueva dependencia es el 6 de agosto del año 2008 y que solo a partir de ese momento se desprende de sus funciones ósea que es imposible también que la señora desde meses atrás estuviera desarrollando funciones que no había entregado el cargo todavía...", como quiera que se desconoce lo dicho por la Sra. Adriana Vidarte, actual Jefe de Departamento, quien sostuvo que a su llegada al departamento ocurrida el 2 de julio de 2008, no había en el Departamento de Facturación funcionario alguno con cargo Profesional administrativo I, pero que si había funcionario con cargo Profesional Administrativo III y, como también desconoce el oficio 621-DF-0674 por el cual el PAI Fabio Garcés hace entrega de puesto en fecha 17 de junio de 2008.

Ahora bien, respecto del traslado, se encuentra probado mediante Res. GG 652 del 29/05/2008, que el Señor Fabio Garcés se encontraba adscrito al Area de Aseguramiento del Ingreso de la Dirección Comercial de la Gerencia de Acueducto, pero solo hasta el mes de junio de 2008 se hizo efectiva la entrega de puesto, no obstante, EMCALI presentó los documentos de notificación de traslado del señor Fabio Garcés.

La Juez Doce Laboral acepta la probanza de los hechos de la demanda, relacionados con las actividades y funciones realizadas por la Analista Paula Andrea Velásquez, propias del cargo de Profesional Administrativo I y que fueron las que le correspondían al Sr. Fabio Garcés., "...Debe aclarar también el despacho, que cuando se observan los documentos que se presentan, pues las funciones específicas de la señora Paula siempre están enfocadas a ejecutar el proceso de facturación, ejecución del proceso de facturación, y es que ella hace parte de esa actividad ella es directamente responsable de esa actividad...", sin embargo, de manera extraña y sorprendente, la juez desestima las pretensiones y absuelve a la demandada.

Nuevamente en el fallo encontramos, una conclusión del despacho que no corresponde a la realidad, veamos: "... Cuando se observan los documentos en lo que ella aparece como jefe inmediato, tiene que tener en cuenta esta juzgadora, que ahí lo que se está firmando son prácticas, son practicantes que están siendo analizados y que ella como le asignaron a esa persona, pues hizo la tarea de verificar cual era el desempeño y hacia la revisión del proceso...". Esta afirmación no es cierta, como quiera que ni prueba documental ni en prueba testimonial se ha hecho mención a la existencia de practicantes en el Dpto. de Facturación. Lo que inapropiadamente la juez llama prácticas, son los reportes de trabajo realizados por contratistas, a quienes la juez define como practicantes. LO que se rescata de esta afirmación, es que el despacho ha encontrado probado el hecho que existe personal a cargo de la Analista Paula Andrea Velásquez, a saber, el grupo de contratistas de la empresa Unión Temporal Gestión Eficaz y Servicios Oportunos S.A.S., o como la será juez prefiere llamarlos practicantes, como también, tiene a su cargo a los Srs. Fredy Salinas y Carlos Quiceno, quienes de acuerdo a sus propias manifestaciones, reconocen a Analista Paula A. Velásquez como su jefe inmediato.

La conclusión "... desarrollar algunas actividades no es suficiente, tiene que desarrollar todo el cargo. Para que yo pueda hablar de nivelación salarial, se tienen que desarrollar todas las actividades..." es claramente errada, como quiera que, al interior de EMCALI, ningún funcionario cumple la totalidad de las funciones propias de su cargo, en razón a que ese cumplimiento está sujeto a las funciones propias del área a la cual está adscrito. El propio PAI Fabio Garcés, así lo confirma al decir, que coordinaba los procesos pero que no participaba en la supervisión de contratos ni elaboración de presupuesto, tampoco participaba en la elaboración de presupuestos. Ello también es corroborado por Adriana Vidarte jefe de departamento, quien afirmó, que el profesional administrativo I que existe actualmente se encarga de temas administrativos, respecto al apoyo de revisiones técnicas para elaboración de contratos y participación en la elaboración de presupuestos, pero no lidera ni coordina grupos de trabajo.

Ello haya justificación en la resolución GG-800 de 2016, que consagra la flexibilización del cargo, según la cual se permite el cumplimiento de algunas funciones y no de todas. Un ejemplo claro es la función número 9 del manual de funciones del cargo de Profesional Administrativo I, que trata de representación jurídicas de la empresa y que solo pueden ser ejecutas por los abogados, sin embargo, hace parte de las funciones pero sin ejecución, de un ingeniero con Cargo PAI.

Tenemos entonces, que no hay una correlación entre el obiter dicta de la primera instancia y su análisis, ya el A Quo funda su providencia: i) En el análisis de una prueba que no fue conocida ni controvertida por las partes; ii) En el precedente jurisprudencial vertical de la línea del Consejo de Estado y; iii) En el testimonio del PAI Fabio Garcés. Tampoco existe un análisis detallado de sus argumentos, desconociendo los preceptos mínimos de las normas del trabajo tanto nacionales como supranacionales, desconociendo que mi mandante es dichosa a lo pretendido, de tal suerte omite su deber de hacer justicia y fijar un precedente para que en estas instituciones no se viole los derechos mínimos a los trabajadores, en razón a que si la justicia no vela como garante de esos derechos conculcados, seguiremos en una senda de violaciones de derechos mínimos y ahora avalados por quienes están en el sagrado deber de conservar el orden.

Aquí no se solicita señora magistrada una nivelación o un equiparamiento de salarios en razón a raza, credo, sexo u otro factor al haberlos trabajado en un cargo de superior categoría y no haberlos reconocido, lo que verdaderamente se pretende es el reconocimiento que establece el artículo 53 de la norma superior y de los convenios internacionales.

En el caso particular de la Analista Paula Andrea Velásquez, tal y como se logró probar testimonial y documentalmente, ella, en su condición de Líder Funcional del Area de Liquidación de Servicios de Telecomunicaciones, coordina y supervisa la actividades del grupo de contratistas y presenta los informes de resultados del Área a su Jefe Inmediato Adriana Vidarte quien es la Jefe del Departamento, lo cual se evidencia en las Actas de Comité de Departamento, mismas que se encuentran firmadas por la Analista Paula Andrea Vásquez y, por los demás líderes del resto de áreas funcionales del Dpto. Dicho esto se tiene que estas funciones realizadas por la Analista Paula, se encuentran dentro de la clasificación de Nivel Profesional y no del Nivel Técnico.

En conclusión la Jefe inmediato Liliana de la cruz asigno funciones fuera del contexto y nivel jerárquico a la señora Paula, asignado funciones de un nivel jerárquico superior, que si bien es dable que el jefe inmediato asignar funciones específicas, estas deben encontrarse circunscritas al nivel jerárquico, naturaleza jerárquica y área funcional del empleo y, sin desconocer las orientaciones de la sentencia C-447 de 1996.

El Concepto 050371 de 2021 del Dpto. Administrativo de la Función Pública, sostiene, que a la asignación de funciones se puede acudir cuando surjan funciones adicionales que por su naturaleza puedan ser desempeñadas por empleados vinculados a cargos de la planta de personal de la entidad, sin que se transforme el empleo de quien las recibe, o cuando la entidad necesita que se cumpla con algunas de las funciones de un cargo vacante temporal y/o definitivamente, pero siempre que las mismas tengan relación con las del cargo al que se le asignan.

La asignación de funciones debe referirse siempre y en todos los casos a un marco funcional y concreto, no siendo procedente utilizar esta figura para asignar “todas y cada una de las funciones correspondientes a otro cargo” diferente al que se desempeña por el funcionario, toda vez que esto equivale a asignar un “cargo por su denominación específica”, bajo el ropaje de la asignación de funciones que no es una figura jurídica autónoma, como el encargo.

De acuerdo con lo anterior, se considera que además de lo establecido en el manual específico de funciones y requisitos de la entidad, es viable que a los empleados se les asignen otras funciones, dentro de los límites que establece la Constitución y la ley, siempre que se ajusten a las fijadas para el cargo; lo contrario conllevaría a desnaturalizar la finalidad para la cual éste se creó.

Por su parte, la Corte Constitucional, en T-833-12, MP Luis Ernesto Vargas Silva, ha sostenido:

“Considera la Sala del caso, llamar la atención sobre la forma impropia como usualmente dentro de la administración pública se asignan funciones de un cargo, a través del mecanismo denominado “asignación de funciones” mecanismo o instituto que no existe jurídicamente como entidad jurídica autónoma dentro de las normas que rigen la administración del personal civil al servicio del Estado ¿De donde proviene dicho uso? Pues, no de otro diferente al acudir o echar mano (como en el común de la gente se diría) por parte de la administración pública, de la última función que se relaciona para cada cargo dentro de los Manuales de Funciones y Requisitos de las entidades estatales, al señalar que el empleado cumplirá, además de las expresamente señaladas: “Las demás funciones que se le asignen por el jefe inmediato”.

Se considera del caso precisar, que dicha función de amplio contenido no puede ser ilimitada, sino que debe referirse siempre y en todos los casos a un marco funcional y concreto, esto es, que dichas funciones deben hacer referencia a las funciones propias del cargo que se desempeña por el funcionario a quien se asignan. No es procedente su descontextualización, de tal manera que el jefe inmediato sí puede asignar otras funciones diferentes a las expresamente contempladas en el respectivo Manual de Funciones y Requisitos de la entidad, de acuerdo a las necesidades del servicio, a los fines y objetivos propios de cada entidad, pero, dentro del contexto de las funciones propias del funcionario y acordes al cargo que ejerce y para el cual ha sido nombrado.

No es procedente utilizar esta función para asignar “todas y cada una de las funciones correspondientes a otro cargo” diferente al que se desempeña por el funcionario, pues, esto equivale a asignar un “cargo por su denominación específica”, bajo el ropaje de la asignación de funciones que como se dijo no es una figura jurídica autónoma, como el encargo, el traslado, etc.; costumbre que a ultranza se viene realizando en diferentes entidades del Estado, en forma impropia cuando para ello existe en la normatividad la figura jurídica del “encargo”.

En el caso concreto, señalan los actores que a algunos de ellos se les ha designado en encargo para desempeñar cargos de superior jerarquía sin recibir la remuneración de éste y que a otros, se les han asignado funciones de cargos de mayor jerarquía sin devengar el salario correspondiente a dicho cargo...”

“...”

“...En este sentido la Sala señala que en cualquiera de los dos (2) eventos, sea que el funcionario se encuentre ejerciendo otro cargo diferente a aquel para el cual ha sido nombrado, sea por encargo o por asignación de funciones, sin recibir la remuneración correspondiente, con ello se vulnera el principio de consagración constitucional definido por el artículo 53 de la C.P., como “primacía de la realidad sobre la formalidad establecida por los sujetos de la relación laboral”, es un asunto que amerita una discusión y controversia de carácter legal y que como en el numeral anterior se señaló, amerita un amplio debate probatorio ante la jurisdicción competente según la naturaleza del servidor público que se encuentre en dicha situación...”

Tenemos entonces, que no hay una correlación entre el obiter dicta de la primera instancia y su análisis, ya el A Quo funda su providencia en el análisis de una prueba que no fue conocida no controvertida por las partes; en el precedente jurisprudencial vertical de la línea del Consejo de Estado y; en el testimonio del PAI Fabio Garcés.

Tampoco existe un análisis detallado de sus argumentos, y simplemente, de la lectura de un fallo del máximo órgano de cierre, se desprende su decisión. Como ya se indicó, desconociendo los preceptos mínimos de las normas del trabajo tanto nacionales como supranacionales, desconociendo que mi

mandante es derechos a lo pretendido y con ello hacer justicia y fijar un precedente para que en estas instituciones no se viole los derechos mínimos a los trabajadores, en razón a que si la justicia no vela como garante de esos derechos conculcados, seguiremos en una senda de violaciones de derechos mínimos y ahora avalados por quienes están en el sagrado deber de conservar el orden.

Muy a pesar de lo anterior, la juez hace caso omiso a la primacía de la realidad, principio ampliamente protegido por las altas cortes, y concluye en su fallo "... que no hay un cargo a nivelar entre el año 2008 y el año 2016 y del año 2016 en adelante el cargo no se ajusta a las funciones desarrolladas por la demandante"

El desconocimiento de la realidad sobre las formas que hizo la juez de instancia no es más que una flagrante violación a los derechos mínimos que tiene la señora Paula Andrea Velásquez como trabajadora de EMCALI, no solo convencionales, legales, sino constitucionales contenidos en el artículo 53 de la carta magna, pues ella no pide que le nombren directamente en el cargo, solo que la nivelen en su salario por el tiempo en que desempeñó la labor, además que convoquen a concurso como lo establecen los procedimientos internos y la convención colectiva de trabajo vigente.

Honorables Magistrados, si bien es cierto, el artículo 13 superior, se invoca es en el evento de desigualdad entre iguales, en el presente evento es una igualdad real que predica la misma constitución al indicar en su artículo 53 lo siguiente:

"El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores."

Omitió la primera instancia dar aplicación a esta norma, pues lo que verdaderamente pretende el señor Aureliano en su demanda es, que el juez laboral le conceda la protección al derecho fundamental de la primacía de la realidad sobre las formas, la igualdad de oportunidades y el que no se le menoscabe la libertad y la dignidad humana en su relación de trabajo. Noten Uds. Señores Magistrados, que es evidente y así lo demuestra tanto la prueba documental, como la testimonial que el actor, realizaba labores propias de un cargo de un nivel jerárquico superior al suyo, no solo contraviniendo las normas constitucionales, legales, internacionales y convencionales, la demandada EMCALI EICE ESP, desconoce los derechos mínimos de sus empleados, por eso se acude ante la majestad de la justicia quien en obrar debe no solo ser garante de los hechos narrados en la demanda, sino de la protección y reconocimiento de esos derechos mínimos reclamados por el demandante. Estas probadas afirmaciones, son reconocidas por la juez de primera en su fallo.

Someto a revisión de la honorable sala, el hecho que la Juez de Primera Instancia no valoro en debida forma las pruebas obrantes en la foliatura y, en clara violación al debido proceso, apoya su fallo en un documento totalmente ajeno al proceso y desconocido por las partes. Por lo anterior, con el debido respeto solicito a la Magistrada Ponente, hacer una detenida revisión y valoración del acervo probatorio obrante en el proceso.

Así señora magistrada solicito que se revoque en todo, la sentencia proferida en el presenta asunto y, en su lugar proceder a conceder las pretensiones que aquí se reclaman."

La parte accionada por su parte, expresó:

"En el sub lite, es claro que la Señora PAULA ANDREA VELASQUEZ VARGAS, ingresó a laborar mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 01 de abril de 2000, ocupando inicialmente el cargo de auxiliar de gestión y operación III en la dependencia de telecomunicaciones, y que con posterioridad ha venido desempeñando diferentes cargos, a la fecha de presentación de la demanda en el cargo de analista de departamento de facturación de la gerencia de área apoyo comercial y servicio al cliente. En los años que lleva laborando para la entidad, no ha desempeñado funciones propias de un profesional administrativo I, por ende, nunca ha tenido ese tipo de nombramiento o cargo.

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 76.001.31.05.012.2019-00176.01

Reitero, la demandante durante su vinculación con EMCALI no ha desempeñado labores de profesional administrativo I, teniendo en cuenta que desde el año 2004 hasta la fecha ha ejecutado el cargo de analista, cumpliendo las labores determinadas en el manual de funciones, es decir, Resolución GG-800 del 09 de noviembre de 2016, entre ellas, la de analizar, evaluar, recomendar, ejecutar y vigilar los procesos necesarios para el cumplimiento de las metas del área en la cual se desempeña; contribuir en la identificación, diseño e implementación de instrumentos de control para las operaciones y actividades empresariales; desarrollar los procedimientos que permitan cumplir eficientemente las evaluaciones de control que le sean asignadas.

El hecho de que la demandante haya firmado el acta de entrega del puesto por parte del señor FABIO GARCES el 17 de junio de 2008, quien se desempeñaba como profesional administrativo I, no constituye una delegación del cargo o reemplazo.

Aunado a ello es preciso advertir que el cargo de profesional administrativo I no se encuentra creado para el Departamento de Facturación. Además, que el desempeño de las funciones de la demandante desde el año 2008, después, e incluso antes, se surtió atendiendo los manuales de funciones para el cargo de analista.

Siguiendo la línea de los argumentos expuesto, para acceder al cargo que pretende la parte actora o para proveer su vacancia, se requiere en primer lugar que el cargo se encuentre creado dentro de la planta de personal de la empresa y específicamente para esa dependencia; y en segundo lugar, si y esta creado, se acceda a él a través de concurso de méritos o a través de acto administrativo que lo designe de manera temporal, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el manual de funciones, donde se cumpla condiciones de perfil del aspirante, estudios, capacitación, experiencia afines al cargo, entre otros.

Así las cosas, se tiene que ese cargo, no se encuentre creado para esa dependencia, oportuna resaltar que la creación de casillas compete a la junta directiva de EMCALI EICE ESP, previa iniciativa de la Gerencia General y se encuentre sujeto a la disponibilidad presupuestal y al estado financiero de la empresa, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 14 del Acuerdo 034 de 1999 mediante el cual se establecen las funciones de la Junta directiva, por lo que a la fecha no se ha determinado la necesidad de creación del cargo de profesional administrativo I para esta dependencia. Obsérvese por el H. Tribunal que no existe suficiente material probatorio que permita llegar a la conclusión o determinación para establecer que la señora PAULA ANDREA VELASQUEZ VARGAS se encuentra desempeñando el cargo de profesional administrativo I, las pruebas testimoniales practicadas no conducen a tal determinación sobre lo aquí pretendido por la parte actora; el testimonio de la Dra. Adriana Vidarte, es enfático en establecer que las funciones desarrolladas por la demandante, no se encuentran dentro de las demarcadas por un Profesional Administrativo I, lo cual resulta creíble si se tiene en cuenta que la testigo es la jefe de Departamento de Facturación y debe conocer las funciones a desarrollar por cada una de las personas o funcionarios que hacen parte de su equipo de trabajo.

Respecto al termino traído a colación en la demanda y del cual hizo mención el testigo señor Eduardo Díaz Díaz de que la demandante PAULA ANDREA VELASQUEZ Vargas, ejercía rol de líder, el cual no es un cargo; me permito manifestar que a pesar del enfoque que la parte actora le ha querido dar como justificación de la pretensión de que se declaró que ha venido desempeñando el cargo en mención, es pertinente advertir que para ser líder de alguno de los procesos del área no se requiere ostentar el cargo de profesional administrativo I, no hay documento que establezca o disponga eso. Se reitera, la demandante en calidad de analista puede liderar los procesos al interior de la dependencia, pero no por ello debe asumirse que exista un cambio de cargo y funciones que devengan en un mayor salario.

Por otro lado, no se puede efectuar un nombramiento para un cargo que no se encuentra creado por la empresa para la dependencia en comento, ello devine en cumplimiento de la Constitución Política de 1991, toda vez que para proveer empleos se requiere que estén contenidos en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, es decir, la creación de un cargo se encuentra sujeto a la disponibilidad presupuestal y a la situación económica de la empresa.

No configurándose el desempeño de otro cargo, diferente al de analista ejecutado por la demandante, es inapropiado el reconocimiento y pago por parte de EMCALI a la demandante de salarios asignados al cargo de profesional administrativo I desde el año 2008, no puede pretender la actora se cause a su favor

asignación salarial diferente a la del cargo del que es titular, esto es, analista, en consecuencia, no debe prosperar el reconocimiento y pago de diferencias salariales.

Respecto al pago de horas extras la parte demandante hace mención sin que se demuestre que se hayan causado o realizado.

Sin que la siguiente manifestación implique reconocimiento o aceptación de lo pretendido por la demandante, y frente a la eventualidad de que aisladamente se determine la existencia de funciones o se de valor a la expresión reiteradamente utilizada en el proceso, esto es, que la demandante era líder de procesos de facturación, para desnaturalizar su cargo de analista, es pertinente traer a colación concepto 96691 de 2016, emitido por el departamento del función pública el cual consideró que además de lo establecido en el manual específico de funciones y requisitos de la entidad, es viable que a los empleados se les asignen otras funciones, dentro de los límites que establece la Constitución y la ley, siempre que se ajusten a las fijadas para el cargo; lo contrario conllevaría a desnaturalizar la finalidad para la cual éste se creó.

Así las cosas, el supuesto de ejercer rol de líder no implica que se ajuste su cargo a otro como el de profesional administrativo I, el cual no existe para el Departamento de Facturación.

El fallo proferido en primera instancia por la Juez Doce Laboral del Circuito de Cali, reviste de razón y congruencia, pues no existe material probatorio que permita deducir que la señora Paula Andrea Velásquez Vargas, ocupa el cargo de Profesional Administrativo I, toda vez que no se acreditaron el ejercicio de funciones propias de dicho cargo, como tampoco que haya entrado a ostentar el cargo del funcionario Fabio Garcés, el cual se demostró no pertenencia a dicha Área a la que está adscrita la demandante, si no que por determinado tiempo sirvió de apoyo para adelantar unos tramites especiales que se requerían en dicho departamento, el cual, cumplido el objetivo, dejó de prestar sus servicios en dicho departamento.

Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, solicito comedidamente al H. Tribunal se sirva confirmar en su totalidad la sentencia de 1ra instancia que absolvió a EMCALI, de todas las pretensiones formuladas en su contra.”

3. CONSIDERACIONES

3.1. procedencia del recurso de apelación.

De los reparos formulados por el recurrente, en la forma que fueron presentados al momento de interponer el recurso de apelación propuesto y conforme los términos consagrados en el artículo 66 A del CPTSS que consagra que la sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación, procede la Sala a resolver el siguiente:

3.2. problema jurídico a resolver

Conforme a los planteamientos vertidos en el recurso de alzada interpuesto por la demandante, considera la sala que en este asunto, debe revisarse si existió una indebida aplicación de normas y jurisprudencia y; si la a quo, no realizó una correcta revisión de las pruebas obrantes en el plenario a efectos de determinar sí, verdaderamente, la señora PAULA ANDREA VELASQUEZ cumplió con las funciones del cargo denominado Profesional Administrativo I y por tanto le asiste razón a la remuneración del mismo.

3.3. Fundamentos Legales y Jurisprudenciales.

Dispone el artículo 122 de la Constitución Nacional:

“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...”

El Consejo de Estado, en sentencia del 20 de septiembre de 2018², con ponencia del doctor William Hernández Gómez, expresó:

“El empleo público existe una vez se cree en la planta de personal respectiva, se señalen sus específicas funciones y, cuando sus emolumentos se encuentran previstos en el respectivo presupuesto. La titularidad para ejercerlo se adquirirá solo a partir de la posesión del mismo.(...)”

Conforme el artículo 14 del Acuerdo 034 de 1999 (“POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTA EL ESTATUTO ORGANICO 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”), es función de la junta directiva de la entidad:

“4. Establecer la planta de personal de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. y determinar las normas generales sobre escalas de remuneración, de acuerdo con lo que disponga la Ley;”

En el artículo 16 del mismo Acuerdo, se establece el régimen legal de los trabajadores de la entidad:

El régimen legal de los trabajadores de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. será el que le corresponda al Artículo 5º, inciso 2º, del Decreto 3135 de 1968. La regla general será la de trabajadores oficiales y excepcionalmente ostentarán la calidad de empleados públicos quienes desarrollen actividades de dirección confianza y manejo y en los siguientes cargos:

*Gerente General
Asistentes de Gerencia
Gerentes de Unidades Estratégicas de Negocios
Gerentes de Area
Secretarios Generales
Director Centro de Informática
Director Administrativo y Financiero
Directores de Servicios
Subgerentes de Servicio
Jefe de Oficina de Control Interno
Jefes de Oficina de Control Disciplinario
Jefes de Departamento”*

Ahora, en cuanto al principio de “Trabajo Igual, Salario Igual”, en el sector público, el Consejo de Estado³ ha creado una línea jurisprudencial, según la cual:

“[E]l empleado público que pretenda el reconocimiento de la nivelación salarial, debe acreditar que cumplió las mismas funciones asignadas al cargo del cual reclama el salario, que tiene idénticas responsabilidades y categoría del empleo y además, que reúne los requisitos que se exigen para ocuparlo. Cumplidos estos presupuestos es posible aplicar el principio denominado «a trabajo igual salario igual» previsto en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991.”

Así se colige también del siguiente aparte:

“[...] en los asuntos donde se afirma una presunta igualdad basada en el ejercicio homogéneo de funciones que le corresponden a un empleo con mejor remuneración y bajo el cumplimiento exacto de requisitos o perfiles para desempeñar la misma actividad, tales hechos tendrán que valorarse en conjunto con todas las condiciones particulares de cada empleo en contraste desde diferentes aristas objetivas, en orden de fijar un criterio de equiparación viable en lo relativo a la nivelación salarial, en

² Radicación 05001-23-33-000-2014-00351-01-4327-16

³ Idem.

tanto un examen adecuado para hallar un trato discriminatorio únicamente puede ser predicado entre pares exactos y no entre similares con ciertas diferencias. [...] quien pretenda el pago de una diferencia en su remuneración porque considera que las funciones y demás condiciones que cumple resultan asimilables a las de otro empleo cuya asignación es mayor, debe acreditar de manera fehaciente que existe un criterio de igualdad entre los dos para poder evidenciar si se presenta un trato disímil injustificado, aspecto que solo se logra si se comprueba sin dubitación que quien está en la supuesta situación desfavorable: a) cumplía las mismas funciones y tenía iguales responsabilidades que las de la plaza comparada, b) contaba con idéntica preparación o perfil al de un funcionario que ocupa el cargo contrastado, y c) acreditaba la totalidad de requisitos exigidos para desempeñar el empleo cotejado.”⁴

3.3.2. De la valoración probatoria:

Consagra el artículo 61 del CPT que el Juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio. En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento.

En armonía con lo anterior, conviene señalar que, como aspectos a evaluar en este asunto, resulta pertinente citar que el artículo 164 del Código General del Proceso, aplicable por analogía, dispone que “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.

Por su parte, en materia probatoria los artículos 167 del Código General del Proceso y el 1757 del Código Civil, aplicables por analogía al proceso laboral, por remisión expresa del artículo 145 del C.P.L y S.S., establece a cargo de las partes, la carga de demostrar los hechos que se invocan, puesto que en materia probatoria, es principio universal, que quien afirma un hecho, está obligado a acreditarlo, por cuanto la prueba es el medio para demostrar la verdad de los hechos invocados ante las autoridades judiciales, pues constituye el fundamento de la decisión del sentenciador, y, por ende, si tal prueba no se produce no puede ser calificada.

3.4. Caso Concreto

No hay discusión en este asunto, respecto a hechos tales, como que en el departamento de facturación de Emcali EICE ESP, no existía entre los años 2008 y 2016 el cargo de Profesional Administrativo I, no de otra manera se comprenden las pretensiones segunda y tercera de la demanda.

Entonces, desde ese primer hecho probado, considera la Sala, se caen por su propio peso las peticiones realizadas por la señora Paula Andrea Velásquez en contra de su empleador EMCALI, habida cuenta que como lo señaló la a quo, no le corresponde al juez unipersonal o colegiado, impartir órdenes a las entidades públicas respecto a la creación de cargos en su estructura, nótese además, que este punto, el de la imposibilidad de proferir tales órdenes, nada se indica en el recurso de apelación. Se insiste en el mismo en el cumplimiento por parte de la demandante, de las funciones correspondientes al cargo de Profesional Administrativo I, una vez trasladada la persona que ocupaba dicho cargo a otra dependencia de la entidad, se aclara, el cargo desapareció como tal y lo que se discute, como ya se mencionó, es el cumplimiento de funciones.

⁴ Sentencia del 26 de agosto de 2021, radicación 76001-23-33-000-2015-00901-01 1993-18. C.P. Doctor William Hernández Gómez.

Corroborar la inexistencia del cargo en mención, el texto de la Resolución GG No. 000653 del 29 de abril de 2008, que obra en el archivo 5 del expediente.

Y, al no existir el cargo en la respectiva dependencia en la que prestaba sus servicios la actora, con el cual compararse o equipararse, resulta inane determinar qué funciones cumplía realmente o a qué cargo pertenecen, porque considera esta Corporación, que es preciso la existencia del mismo para poder pregonar la existencia de una diferencia en la remuneración.

Ahora, la competencia para determinar el régimen de personal, ya se indicó también, está en cabeza de la Junta Directiva de Emcali, según lo dispuesto en el Acuerdo 34 de 1999, artículo 14. Es a esa entidad a quien le corresponde determinar la estructura organizacional de la entidad y por ende, verificar la creación de los cargos necesarios para su funcionamiento.

Resulta imposible por tanto para esta Sala, disponer la creación del cargo, ordenar que se convoque a concurso para el mismo y, ordenar que en dicha vacante temporal se designe a la demandante, mientras se surte aquel con la participación de esta, disposición que también, según la parte actora, está a cargo de la justicia laboral. Ello, por cuanto al tenor de lo dispuesto en el artículo 122 Superior, “para proveer los (cargos) de carácter remunerado se requiere **que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente**”, labor que le corresponde, en este caso, a la Junta Directiva de Emcali y no al juez del trabajo, se itera.

En ese orden de ideas, si en gracia de discusión se pudiera aceptar que, sin existir el cargo en la dependencia respectiva en la que presta sus servicios la señora Velásquez, que es la de facturación, entonces, conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado, debía la mencionada señora acreditar “que cumplió las mismas funciones asignadas al cargo del cual reclama el salario, que tiene idénticas responsabilidades y categoría del empleo y además, que reúne los requisitos que se exigen para ocuparlo.”

Y las funciones asignadas al cargo de Profesional Universitario I, se encuentran contempladas inicialmente en la Resolución GG No. 000653 del 20 de abril de 2008 (archivo 05 expediente):

III. FUNCIONES DEL CARGO
1. Liderar los procesos administrativos que le sean asignados de acuerdo con los lineamientos corporativos y la regulación vigente del sector, con el fin de optimizar recursos, mejorar los niveles de calidad y garantizar la continua prestación del servicio.
2. Diseñar, evaluar y dirigir proyectos encaminados a optimizar la gestión administrativa, reducir costos y mejorar la calidad y eficiencia de los procesos, de acuerdo con las políticas empresariales.
3. Disponer adecuadamente las actividades administrativas y los recursos necesarios para su ejecución.
4. Programar, dirigir, coordinar y controlar la ejecución de las actividades relacionadas con procesos administrativos de la Empresa.
5. Revisar los procesos administrativos, a fin de proponer acciones y actividades de acuerdo con los parámetros de calidad y eficiencia requeridos en la ejecución de las actividades realizadas en su área.
6. Coordinar los diferentes grupos de trabajo para efectuar las actividades programadas.
7. Presentar oportunamente los informes requeridos y los informes de gestión y resultados.
8. Acatar y fomentar el cumplimiento de las normas de autocontrol y las directrices del Modelo de Evaluación de Control Interno y demás criterios empresariales adoptados por el sistema de Calidad de la empresa.
9. Cumplir con las demás funciones asignadas por la autoridad competente de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo

Y posteriormente, en la Resolución 000892 del 28 de junio de 2011 (fl. 221 archivo 1 expediente digitalizado).

III. FUNCIONES DEL CARGO
1. Liderar los procesos que le sean asignados de acuerdo con los lineamientos corporativos y la regulación vigente del sector, con el fin de optimizar recursos, mejorar los niveles de calidad y garantizar la continua prestación del servicio.
2. Emitir los conceptos administrativos y/o jurídicos que le sean solicitados por el área y/o dependencia a la cual se encuentre asignado y responder ante las autoridades pertinentes por la confidencialidad y reserva de la información suministrada para tal efecto, así como la de los conceptos y respuestas emitidas.
3. Diseñar, evaluar y dirigir proyectos encaminados a optimizar la gestión, y mejorar la calidad y eficiencia de los procesos a los que sea vinculado, de acuerdo con las políticas empresariales.
4. Prestar la asistencia administrativa, jurídica, judicial y legal, atendiendo los asuntos que le hayan sido asignados de acuerdo con el área a la cual se encuentre adscrito.
5. Realizar los proyectos, estudios e investigaciones administrativas, jurídicas, judiciales y legales a los que sea vinculado.
6. Programar, dirigir, coordinar y controlar la ejecución de las actividades relacionadas con procesos administrativos y/o jurídicos de la Empresa que le sean asignados.
7. Coordinar, dirigir y controlar a los diferentes equipos de trabajo para efectuar las actividades programadas de los procesos a los que sea vinculado.
8. Revisar los procesos, a fin de proponer acciones y actividades de acuerdo con los parámetros de calidad y eficiencia requeridos en la ejecución de las actividades realizadas en su área.
9. Ejercer la representación de la empresa en los procesos y/o actuaciones administrativas, operativas, jurídicas o de otra índole, cuando así se requiera y de acuerdo con la dependencia a la cual se encuentre adscrito.
10. Planear el diseño e implementación de las actividades y los recursos necesarios para su ejecución.
11. Realizar el seguimiento de las actuaciones administrativas, jurídicas y/o judiciales de los procesos a cargo del área a la cual se encuentre asignado.

12. Realizar las actividades de supervisión a los contratos, asesorías y similares cuando se requiera.
13. Presentar oportunamente los informes requeridos y los informes de gestión y resultados.
14. Garantizar la confidencialidad de la información institucional, expedientes y archivos a la cual tenga acceso en razón de sus funciones públicas.
15. Proyectar los conceptos, pliegos, fallos, archivos, y demás decisiones que le sean solicitados de acuerdo con la dependencia a la cual se encuentre adscrito.
16. Asistir a la práctica de diligencias y pruebas administrativas o judiciales en representación de la empresa en los respectivos procesos.
17. Presentar el ajuste conforme las disposiciones normativas expedidas por las autoridades competentes y que tienen incidencia en los procesos a su cargo.
18. Acatar y difundir las normas expedidas por la empresa, así como las disposiciones de higiene y seguridad industrial.
19. Acatar y fomentar el cumplimiento de las normas de autocontrol y las directrices del Modelo de Evaluación de Control Interno de la empresa MECI y demás criterios empresariales adoptados por el sistema de Calidad.
20. Las demás funciones asignadas por la autoridad competente de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo.

Siguiendo lo dispuesto por el Consejo de Estado, debía Paula Andrea Velásquez acreditar que cumplió todas esas funciones, que son las atribuidas al cargo de Profesional Administrativo I, cuya remuneración persigue en atención al referido principio de "Trabajo igual salario igual". No basta, para la Sala, que demuestre que el señor Fabio Garcés, que ocupaba para el año 2008 y fue trasladado de dependencia con todo y cargo, le hizo entrega del puesto de trabajo, o que cumpliera funciones de liderazgo en el área de facturación, o que asistía a los distintos comités, o que orientara diferentes procesos en la citada dependencia, al tenor de lo señalado por la Alta Corporación acreditar "que cumplió las mismas funciones asignadas al cargo del cual reclama el salario, que tiene idénticas responsabilidades y categoría del empleo y además, que reúne los requisitos que se exigen para ocuparlo."

La juez de primera instancia consideró, conforme el material probatorio obrante en el plenario que la actora no cumplió su cometido; el recurrente se duele de esa valoración y de que se tuviera en cuenta jurisprudencia del Consejo de Estado y no de la Corte Suprema de Justicia, citando sentencias de esta última, con las que pretende demostrar que hay suficientes pronunciamientos en la jurisdicción ordinaria para resolver lo aquí pretendido.

Entonces, para resolver el primer interrogante propuesto como problema jurídico, esto es, si era posible que se acudiera al máximo órgano de cierre en materia contenciosa para resolver este asunto, debe indicar esta Colegiatura que la decisión de la a quo fue acertada, no hay óbice

para atender los postulados del Consejo de Estado en estos asuntos, máxime cuando generalmente es esa entidad la que los resuelve, por tratarse de entidades públicas, como lo es Emcali, la jurisprudencia de esa Alta Corporación es abundante, reiterada y precisa y fija los alcances cuando está en discusión el principio de igualdad salarial de un servidor del Estado.

Pero además, debe agregarse, la posición de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tampoco resulta alejada de la de su homólogo, en la sentencia SL 691 de 2021, citada por el recurrente en las alegaciones finales, señaló la Alta Corporación:

“En la providencia citada la Corte enfatiza en el trato igual, a menos que exista una razón relevante y objetiva para dar un trato desigual, que no se considerara discriminatorio cuando sea jurídicamente legítimo u objetivo, sobre este tópico se adoctrina lo siguiente:

*De lo estatuido en el artículo 143 del CST se deriva que dos trabajos se consideran iguales cuando también son iguales el “puesto”, la jornada y las condiciones de eficiencia de quienes los desempeñan; en tal caso el salario deberá ser igual. Se deriva también de ese precepto que dos trabajadores pueden recibir salarios diferentes, **cuando no hagan el mismo trabajo**, en puesto, jornada y condiciones de eficiencia.*

Es decir, la citada norma contempla tres criterios (tertium comparationis) que deben cumplirse para que dos trabajadores se consideren iguales y reciban la misma retribución: dos de tipo objetivo (puesto y jornada) y uno subjetivo (condiciones de eficiencia). Si uno solo de esos elementos es distinto, justificará una diferencia retributiva entre ambos trabajadores, pues, en tal hipótesis, sus trabajos no se considerarán iguales. (Resalta la Sala).

De tal manera que no se equivocó el ad quem cuando manifiesta que a la parte activa no le basta con afirmar que desempeña el mismo cargo que otros trabajadores mejor remunerados, debía, además, establecer la identidad de condiciones que permitan determinar la equivalencia de los cargos, porque de la idéntica denominación no surge el derecho al ajuste reclamado.”(negrillas ajenas al texto)

Siguiendo el anterior derrotero, debía la actora demostrar que a partir del año 2008 y cuando recibió el puesto del profesional administrativo I (fl. 28 Archivo 1 TomoUnoDigitalizado Expediente), cumplió las funciones encomendadas al cargo, todas ella, no las que venía acreditando el señor Fabio Garcés hasta esa fecha y en ese departamento, sino las establecidas para el cargo.

En esa tarea, aportó la respectiva acta en el folio ya indicado, en el cual el señor Garcés informe, que por indicaciones de la jefe del departamento de Facturación Liliana de la Cruz Serrano le entrega el puesto a la actora. Igualmente obra a folio 38 del mismo expediente, oficio del 17 de junio de 2008 dirigido por el mencionado hombre a la jefe de departamento, por medio del cual se le informa de la entrega del puesto, por el traslado a otra gerencia, en atención a la Resolución GG No. 000661 del 30 de abril de 2008 (fl. 194). Se colige que verdaderamente, fue la señora Paula Andrea Velásquez la encargada de recibir o por lo menos de suscribir el acta de entrega del puesto de trabajo al señor Fabio Garcés con motivo de su traslado.

A partir del folio 40 del mencionado archivo, obran diferentes actas de auditoría y comités, en los que se observa la participación de la demandante, unas veces como líder de comunicación y otras como analista.

Desde el folio 111 aparecen distintos memorandos dirigidos a varios servidores, entre los que se encuentra la señora Velásquez Vargas, con el propósito de que hagan conocer y cumplir a los funcionarios de su área diversas instrucciones relacionadas con horarios, normas técnicas de calidad y otras.

Como prueba testimonial se tiene la declaración rendida por la señora Velásquez Vargas a petición de la accionada, minuto 22:30 de la audiencia llevada a cabo el 4 de diciembre de 2020 archivo 11; la del señor Fredy Hernando Salinas Muñoz (minuto 40 idem); Carlos Alberto Quiceno (minuto 1:04:10 idem); Liliana de la Cruz Serrano (minuto 1:34:13); Fabio Garcés Ortiz (minuto 2:06:10); Adriana Vidarte Lozano (minuto 2:45:16 y continua en audiencia siguiente); Juan José Hernández (minuto 11:08) y; finalmente, Eduardo Díaz Díaz (audiencia siguiente).

De las ponencias en mención, extrae la Sala, que verdaderamente, una vez trasladado el señor Garcés Ortiz para otra dependencia, más exactamente la de Acueducto, según los dichos, la función de liderar el proceso de facturación en telecomunicaciones, de coordinar las actividades en dicha área, la asumió Paula Andrea Velásquez, a pesar de las versiones que en contra de tal hecho rindieron el mismo señor Garcés Ortiz y la Jefe del Departamento para el 2008 Liliana de la Cruz Serrano y la actual, a partir de julio de 2008, Adriana Vidarte Lozano, los demás declarantes, todos ellos compañeros de labor de la actora e incluso el señor Eduardo Díaz Díaz y su compañero permanente, Juan José Hernández, empleados también de Emcali, confirman que fue ella quien asumió ese rol, que no es propiamente un cargo sino un rol funcional y que se asocia, conforme el manual de funciones, al cargo de profesional administrativo I. Pero además, los diferentes memorandos y la participación de la citada dama en los comités, acreditado con la prueba documental así lo evidencia, ella era, como mencionó el señor Carlos Alberto Quiceno, el puente entre el equipo de facturación conformado por tres empleados y la misma Paula y la jefe del departamento, participando constantemente en las diversas reuniones realizadas, siempre en el cargo de analista, pero al interior de las referidas actas se la menciona como líder del proceso (fl. 58), de hecho, a todos los asistentes se les da tal rol y en realidad, en los mencionados comités participan servidores con diferentes cargos, tales como la misma jefe del departamento de facturación, auxiliares, asistentes e incluso el compañero permanente de la demandante Juan José Hernández quien señaló que ocupa el cargo de Profesional Administrativo III.

Con lo que hasta aquí se ha expuesto, es posible advertir, que cuando Fabio Garcés Ortiz fue trasladado a otra dependencia, la función de liderazgo y coordinación quedó en cabeza de Paula Andrea Velásquez; empero, no de ello se desprende que ocupara en realidad el cargo inexistente en el área de profesional administrativo I, porque no cumplió con las demás funciones contenidas en el manual de funciones, tales como emitir conceptos administrativos, diseñar, prestar asistencia administrativa, realizar los proyectos, estudios e investigaciones, ejercer las representaciones de la empresa, planear el diseño e implementación de las actividades y los recursos necesarios, realizar actividades de supervisión de contratos, asesorías y similares, presentar informes, proyectar conceptos, pliegos, fallos, etc, entre otras, conforme a las resoluciones de los años 2008 y 2011 que contienen los manuales de funciones (archivo 5 y folio 221 del archivo 1 respectivamente, a los cuales ya se hizo alusión).

Es decir, ni el cargo existía en la dependencia de liquidación de facturación, ni la demandante cumplió las funciones establecidas para el mismo. Alguna de ellas pudo realizar, la de liderar procesos y coordinar con el equipo, pero como bien indicó la a quo, no supervisaba la contratación, no presentaba informes (al menos no se demostró), no planeaba el diseño e implementación de las actividades, entre muchas otras que le corresponden al cargo reclamado.

Ahora, el recurrente afirma que no tenía porque cumplir todas esas funciones, porque el señor Fabio Garcés tampoco las cumplía, al menos las de supervisión de los contratos y asesoría en el presupuesto, lo cual es cierto y así lo aceptó el mencionado hombre en su declaración; sin embargo, del mismo testimonio se extrae que, además de la función de liderazgo y coordinación, el señor Garcés Ortiz en su cargo de profesional administrativo I, debía implementar y configurar un nuevo sistema operativo en facturación y cuando lo hizo y lo dejó funcionando, mejorando significativamente el proceso, lo trasladaron de área, porque ya sus

servicios, en tales condiciones, no se requerían en facturación telecomunicaciones, se fue además, con todo y cargo como lo menciona el señor Carlos Alberto Quiceno (al minuto 1:14:43) y nunca más lo volvieron a nombrar en ese departamento hasta el 2016, cuando trasladaron un profesional administrativo I, cumpliendo precisamente funciones de asesoría en materia de presupuesto y supervisión de contratos.

En ninguna de las pruebas reseñadas se evidencia que la señora Paula Andrea, hubiera continuado con la tarea que al parecer, principalmente realizada el profesional administrativo I en la dependencia en la que ella presta sus servicios, la implementación y configuración de un nuevo sistema operativo, colige la Sala, porque esa labor la terminó y por ello desapareció la necesidad del cargo en dicha dependencia o área de Emcali, tal como claramente lo expresó el trasladado profesional en su declaración.

Así las cosas, no se evidencia ese indebido análisis en materia de pruebas del cual se duele el apoderado de la actora. Lo que concluyó la a quo, es que además de no existir el cargo; de no tener competencia para dar la orden de crearlo, la encaminada a que se convoque a concurso y se le permita a la demandante intervenir en el mismo, nombrándola provisionalmente mientras se pueda hacer la designación en propiedad; la señora Velásquez Vargas, no cumplió con la totalidad de funciones asignadas al mismo a partir del 2008 ni tampoco, complementa la Sala, con las que realizaba el señor Fabio Garcés Ortiz en su condición de profesional administrativo I.

El recurrente manifiesta en el recurso, que no se sabe que pasó con la casilla de profesional administrativo I en la dependencia de facturación. Lo que pasó, según las pruebas en mención, es que fue trasladada para otra área, junto con la persona que lo ocupaba, tal como lo informaron los testigos, quienes coinciden en que ese cargo al menos entre los años 2008 y 2016 no existía en la dependencia de facturación en la que labora la demandante, así se afirma, se itera, desde la demanda misma.

El documento proveniente de la Universidad del Valle que se menciona en las alegaciones finales, como tenido en cuenta por la a quo, sin el correspondiente traslado a las partes, nada agrega al debate, independiente de su existencia, lo cierto es que no se acreditaron los presupuestos necesarios para considerar que la señora Paula Andrea Velásquez Vargas tiene derecho a recibir la remuneración del cargo de profesional administrativo.

Finalmente, debe indicar la Sala que hechos nuevos tales como los relacionados con la creación del cargo en el 2016, desconociendo resoluciones y otros actos administrativos de la entidad, no fueron propuestos en el recurso; tampoco las condiciones en que se dio el traslado del señor Fabio Garcés, razón por la cual, en atención al principio de consonancia, se abstendrá esta Corporación de analizarlos.

*En los términos anotados encuentra la Sala que no desatinó la juez de instancia en absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda, razón por la cual se **CONFIRMA** en su integridad la Sentencia que por vía de apelación se revisa.*

4. COSTAS

Se abstendrá la Sala de imponer condena en costas en esta sede, habida cuenta que, de no haber sido apelada la decisión, igualmente se habría conocido en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante en los términos del artículo 69 del CPTSS.

5. DECISIÓN

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 76.001.31.05.012.2019-00176.01

En mérito de lo anteriormente expuesto, La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la Sentencia No. 266 del 17 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali (V), dentro del proceso ordinario laboral que adelantó PAULA ANDREA VELÁSQUEZ VARGAS contra EMCALI EICE ESP, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, también por lo indicado.

TERCERO: DEVUÉLVASE el proceso al Tribunal de origen, a efectos de que proceda con la notificación de la providencia y el trámite posterior, en los términos del Acuerdo PCSJA22-11962 del 22 de junio del año 2022.

CÚMPLASE,

Las Magistradas,



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE

Ponente



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR

(Ausencia justificada)

Consuelo Piedrahita Alzate

Firmado Por:

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Buga - Valle Del Cauca**

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: **383ed484a65abdd8ab2a82581f44d19af39c0307ed10ac18acaa3d03db3d0d2a**

Documento generado en 24/03/2023 11:28:25 AM

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