



Ordinario: FRANCIS ANGELO CLAVIJO DIAZ C/ EMCALI E.I.C.E. E.S.P.
Radicación N°76-001-31-05-018-2018-00172-01 Juez 18° Laboral del Circuito de Cali

Santiago de Cali, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintidós (2022), hora 04:00 P.M.

ACTA No.098

El ponente, magistrado LUIS GABRIEL MORENO LOVERA, en Sala, en virtualidad TIC'S por la pandemia COVID 19 <art.215, C.P.Co.; Decretos 417 y 637 del 17 de marzo, 06 de mayo de 2020, 491, 564, 806, 990, 1076 de 2020, 039 de enero 14 y 206 de febrero 26 de 2021, 0614 de 30 de noviembre de 2021, Ley 2088 de 2021, res.304 febrero 23-2022, Ley 2191 de 2022, y demás decretos y reglas de pandemia>, conforme con el procedimiento de los arts.11 y 12, Decreto legislativo 491, 564 y art.15, Decreto 806 del 04 de junio de 2020, Decreto 039 de 14- 01-2021 y Acuerdos 11567-CSJ del 05 de junio de 2020, 11581, CSJVAA20- 43 de junio 22, 11623 de agos-28 de 2020, PCSJA20-11632 de 2020, CSJVAA21- 31 del 15 de abril de 2021, Acuerdo 11840 del 26 de agosto de 2021, Acuerdo CSJVAA-21- 70 del 24 de agosto de 2021, Resolución 666 de 28 de abril de 2022 y Ley 2213 de 2022<Diario Oficial 52064 del 13 de junio de 2022> y demás reglas procedimentales de justicia digital en pandemia, procede dentro del proceso de la referencia a hacer la notificación, publicidad virtual y remisión al enlace de la Rama Judicial link de sentencia escritural virtual del Despacho,

SENTENCIA No.2639

El trabajador activo <FRANCIS ANGELO CLAVIJO DIAZ> convoca a la patronal demandada <EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P. en adelante EMCALI> para que la jurisdicción previa declaratoria de las siguientes pretensiones:

2.1 Condenar a EMCALI E.I.C.E. E.S.P. en su calidad empleadora a nivelar el salario del señor FRANCIS ANGELO CLAVIJO DÍAZ del cargo de Obrero de Sondeo del Departamento Agua Lluvia y Residencial de la Gerencia Acueducto y Alcantarillado de EMCALI EICE ESP al cargo de Operador de Estación Bombeo de Aguas Residuales entre el segundo semestre del año 2001 y el mes de abril de 2015. / **2.2** Condenar a EMCALI E.I.C.E. E.S.P. al pago a favor del demandante señor FRANCIS ANGELO CLAVIJO DÍAZ de los respectivos reajustes por salarios causados desde el segundo semestre del año 2001 hasta el mes de abril de 2015, teniendo en cuenta el cargo de Operador de Bombeo de Aguas Residuales. / **2.3** Condenar a EMCALI E.I.C.E. E.S.P. al pago de los respectivos reajustes de prestaciones sociales legales causadas desde el segundo semestre del año 2001 hasta el mes de abril de 2015, teniendo en cuenta el cargo de Operador de Bombeo de Aguas Residuales. / **2.4** Condenar a EMCALI E.I.C.E. E.S.P. al pago de los respectivos reajustes de prestaciones sociales extralegales causadas desde el segundo semestre del año 2001 hasta el mes de abril de 2015, teniendo en cuenta el cargo de Operador de Bombeo de Aguas Residuales; prestaciones establecidas en las convenciones colectivas suscritas por el empleador y el sindicato SINTRAEMCALI entre los años 2001 y 2015. / **2.5** Condenar a EMCALI E.I.C.E. E.S.P. al pago de los respectivos reajustes de las vacaciones causadas desde el segundo semestre del año 2001 hasta el mes de abril de 2015, teniendo en cuenta el cargo de Operador de Bombeo de Aguas Residuales. / **2.6** Condenar a EMCALI E.I.C.E. E.S.P. a la cotización y pago de los

respectivos reajustes de la seguridad social en pensiones desde el segundo semestre del año 2001 hasta el mes de abril de 2015, teniendo en cuenta el cargo de Operador de Bombeo de Aguas Residuales. / **2.7** Que las condenas impuestas sean indexadas. / **2.8** Las demás que dentro de las facultades ultra y extra petita resulten probadas dentro del proceso. / **2.9** Que se condene a la entidad demandada al pago de las costas que se deriven del proceso.

... Con base en hechos, pretensiones, pruebas, oposición, alegaciones y excepciones suficientemente conocidos y debatidos por las partes protagonistas de la relación sustancial laboral, y jurídico procesal en este juicio, enteradas éstas de los fundamentos fácticos probados y argumentos jurídicos de sentencia parcial **CONDENATORIA** oral No. 035 proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali el 03 de febrero de 2020,

PRIMERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por EMCALI EICE ESP, respecto de las diferencias causadas con anterioridad al 14/10/2012, excepto por concepto de auxilio de cesantías y aportes al sistema de seguridad social en pensiones. / **SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS** las demás excepciones propuestas por EMCALI EICE ESP, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. / **TERCERO: CONDENAR** a EMCALI EICE ESP a reconocer al señor FRANCIS ANGELO CLAVIJO DÍAZ, de condiciones civiles reconocidas en el proceso, las diferencias por concepto de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, entre lo devengado por un obrero de sondeo y un operador del sistema de bombeo de aguas residuales, por los períodos comprendidos entre el 01/04/2001 al 30/04/2002, 1 de junio al 31/07/2002, 1 al 31/12/2002, 1 de febrero al 30/04/2004, 01/11/2004 al 20/10/2005 y el 01/03/2006 al 30/05/2007. Las diferencias deberán ser giradas por EMCALI EICE ESP al fondo de pensiones en que esté afiliado el demandante. / **CUARTO: CONDENAR** a EMCALI EICE ESP a reconocer al señor FRANCIS ANGELO CLAVIJO DÍAZ, de condiciones civiles reconocidas en el proceso, las diferencias por concepto de auxilio de cesantías, entre lo devengado por un obrero de sondeo y un operador del sistema de bombeo de aguas residuales, por los períodos comprendidos entre el 01/04/2001 al 30/04/2002, 1 de junio al 31/07/2002, 1 al 31/12/2002, 01 febrero al 30/04/2004, 01/11/2004 al 20/10/2005 y el 01/03/2006 al 30/05/2007. Las diferencias deberán ser indexadas a partir de su causación y hasta la fecha del pago, y no se pagarán directamente al trabajador, sino que se incluirá en el saldo que por ese concepto cuente el señor FRANCIS ANGELO CLAVIJO DÍAZ en EMCALI EICE ESP. / **QUINTO: CONDENAR** a EMCALI EICE ESP a reconocer al señor FRANCIS ANGELO CLAVIJO DÍAZ, de condiciones civiles reconocidas en el proceso, las diferencias por concepto de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, entre lo devengado por un obrero de sondeo y un operador del sistema de bombeo de aguas residuales, por los períodos comprendidos entre el 1 de enero al 30/06/2013, 23/09/2013 al 16/01/2014, 1 de febrero al 31/12/2014, 1 a 31/01/2015 y 1 de marzo a 30/04/2015. Las diferencias deberán ser giradas por EMCALI EICE ESP al fondo de pensiones en que esté afiliado el demandante. / **SEXTO: CONDENAR** a EMCALI EICE ESP a reconocer al señor FRANCIS ANGELO CLAVIJO DÍAZ, de condiciones civiles reconocidas en el proceso, las diferencias por concepto de salarios, prestaciones sociales legales, prestaciones sociales convencionales y vacaciones, entre lo devengado por un obrero de sondeo y un operador del sistema de bombeo de aguas residuales, por los períodos comprendidos entre el 1 de enero al 30/06/2013, 23/09/2013 al 16/01/2014, 1 de febrero al 31/12/2014, 1 a 31/01/2015 y 1 de marzo a 30/04/2015. Las diferencias deberán ser indexadas a partir de su causación y hasta la fecha del pago. Las diferencias por concepto de auxilio de cesantías no se pagarán directamente al trabajador, sino que se incluirá en el saldo que por ese concepto cuente el señor FRANCIS ANGELO CLAVIJO DÍAZ en EMCALI EICE ESP, y las diferencias por concepto de prestaciones sociales de carácter convencional, lo serán respecto de aquellas prestaciones que le fueron reconocidas al señor FRANCIS ANGELO CLAVIJO DÍAZ y contempladas en las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas con Sintraemcali y vigentes para las calendas antedichas. / **SÉPTIMO: ABSOLVER** a EMCALI EICE ESP de las demás pretensiones incoadas en su contra por el señor FRANCIS ANGELO CLAVIJO DÍAZ. / **OCTAVO: CONDENAR** en costas a EMCALI EICE ESP y en favor del demandante, las cuales se liquidarán en los términos del artículo 365 y 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el Acuerdo PSAA 16-10554 del 05/08/2016. Se señalan como agencias en derecho el equivalente al 4% de los valores objeto de condena. / **NOVENO:** De no ser apelada la presente sentencia, **REMITIR** el presente proceso para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta respecto de EMCALI EICE ESP. Por secretaria se ordena dar cumplimiento a los demás ítem establecido en el inciso final del art. 69 del CPT y S.S.....*exp. digital*> y de la apelación de la demandada **DE LAS PARTES**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS EN II INSTANCIA:

I.- APELACION DEMANDANTE. *Sustenta:* Me permito presentar recurso de apelación el cual lo fundamento en los siguientes términos: todo el eje temático de la demanda descansaba esencialmente en la discapacidad del trabajador, la cual no se probó y no se podía haber dado otro tipo de indemnización, por otro lado, en la demanda, De manera muy respetuosa interpongo recurso de apelación, de manera parcial en contra de la sentencia No. 35, la cual se acaba de dar lectura, con el fin de que la H. sala de decisión laboral del TSDJC, proceda a la modificación de los numerales primero, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, de la sentencia de la cual se acaba de dar lectura como ya se dijo. Si bien, este suscrito comparte la decisión en lo que respecta al sentido del fallo que es condenatorio en contra de EMCALI, en favor de mi representado, lo cierto es que respecto al tema de la prescripción y respecto a la exoneración del pago, en cuanto a algunos periodos que probatoriamente, manifiesta la señora juez, no se acreditaron, no se comparte esa decisión, esto teniendo en cuenta que los periodos por los cuales se decreta la no prescripción en lo que tiene que ver con la pensión y con las cesantías, que reza que van desde el año 2001 al año 2012, se tiene debidamente acreditados esos periodos como efectivamente laborados por el señor FRANCIS ANGELO CLAVIJO en el cargo de operar de bombeo de aguas residuales y esto se deduce de las declaraciones testimoniales, de las personas que se arrimaron al plenario, las cuales al revisarse en su conjunto, dan de que este siempre presto el servicio en el cargo que se alegaba por parte de este en la demanda y en lo que respecta a los periodos que no se encuentran precisados por la prescripción, desde el año 2012 hasta el año 2015, los testigos también dan cuenta de esos periodos laborados de manera continua por parte del señor FRANCIS en el cargo al cual se pide se mejoren los salarios, esto es como operador. También existe con la documental allegada con la demanda y también con la que allego la parte demandada en especial las calificaciones de servicios, ahí se da cuenta, que el señor FRANCIS siempre ocupó el cargo que se solicita la igualdad, razón por la cual en la condena solicito se sirva ser modificada en lo que respecta a los periodos que se declararon prescritos por las prestaciones sociales, excepto las cesantías y la seguridad social, se condene de manera ininterrumpida del año 2001 hasta el año 2012 y respecto al año 2012 al año 2015 en su totalidad debe ser condenada la entidad demandada, teniendo en cuenta que el señor siempre presto los servicios de manera continua en el cargo de operador de bombeo de aguas residuales de EMCALI, razón por la cual de manera muy respetuosa solicito a la H. sala se sirva modificar la sentencia en lo que hace referencia el suscrito en este recurso de apelación, por lo tanto, de manera muy respetuosa solicito a la señora juez se sirva conceder el recurso parcial en contra de la sentencia de la cual se acaba de dar lectura.

II.- APELACION DEMANDADA. *Sustenta:* (...) Interpongo recurso de apelación contra todos los numerales de la parte resolutoria de la sentencia 035 del 03/02/2020 y dictada por su despacho, teniendo en cuenta que o como quiera que este despacho judicial, profirió sentencia estimatoria de las pretensiones del demandante, en condición a lo establecido en el art. 280 del CGP, que remite al art. 145 del CST, el cual establece, art. 280, "*contenido de la sentencia La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas*". Y en primer lugar, el pedimento de lo planteado con la demanda fue con base en el art. 143 del CST como se puede ver en las razones de derecho aducidos por el demandante, que incluso sin embargo no deja el art. 143 sino el 5 de la ley 6 de 1965, es distinto a lo expuesto por la juzgadora para condenar a EMCALI, de ello da cuenta incluso el libelo demandador, los alegatos de conclusión y el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en este estado del proceso, sin embargo y fuera de eso, inobservo la juzgadora en esta instancia para decidir y condenar a la llamada a juicio, el manual de funciones del cargo obrero de sondeo contenido en la resolución GG0082 de 28/02/2011, en la que establece fácilmente que las funciones propias del cargo para el cual está contratado el demandante con la llamada a juicio obrero de sondeo, tienen que ver con actividades del nivel asistencial, es más, que de acuerdo a la documental y testimonial aportadas a la demanda, el señor FRANCIS ANGELO CLAVIJO ha venido desarrollando, pues se desestimó por parte de la juzgadora que dentro de las actividades a desarrollar por parte del demandante, están las de asumir funciones inherentes a su cargo y de su dependencia, cuales, las que le sean asignadas por su jefe inmediato, en el caso que nos ocupa presto su servicio como obrero de sondeo en las distintas estaciones de bombeo con las que cuenta EMCALI, en total 9, todas dependientes de la jefatura de ese departamento adscrito a la unidad estratégica de acueducto y alcantarillado, nótese que en la prueba testimonial rendida por el señor CARLOS ALBERTO FRANCO CANO, de profesión ingeniero electrónico, quien conoce de vista y trato al aquí demandante, manifestó que sabe y le consta que este trabajo como obrero en el departamento de bombeo en la estación de aguas lluvias entre el año 2000 y 2002, cuando el deponente tenía la calidad de operador en esa época, igualmente manifestó que el señor FRANCIS ANGELO estuvo prestando sus servicios como obrero de sondeo en la estación Cañaveralejo, le consta porque estuvo

interactuando con el actor por dos meses en el año 2002, sin establecer los meses de ese año, adicional a lo anterior dijo que en el 2014 también tuvo la oportunidad de trabajar con el señor FRANCIS ANGELO de manera directa por 2 meses, aclarando que en el año 2002 la interacción no fue tan directa como en el año 2014, sin que especificara los meses de ese año en que trabajo e interactuó con el actor, que le consta que el actor hizo actividades de operador de bombeo a modo de remplazo, pero que en el año 2015 volvió al cargo de obrero de sondeo, sostuvo que el señor demandante aprendió a operar empíricamente, dado que en el año 2000 a 2004 habían bombeos provisionales, esto es, habían bombeos que sacaban el agua de un lugar para otro en los distintos barrios, para así a través de ese conocimiento empírico aprendió, que en el año 2006 y 2008 ya existían líderes funcionales, todo esto le consta aunque se veían esporádicamente. Cuando se le pregunto por parte del despacho judicial que de cuánto tiempo constaba esa periodicidad, contestó que en el año 2008 hicieron un curso, el cual la demandada lo suministro, cuando se le preguntó por la cantidad de obreros que habían en las estaciones de bomberos, dijo que más o menos 30, que el cargo de operador es de concurso, que ANYELO nunca ha concursado, que tampoco ha presentado solicitud de nivelación salarial distinta a la reclamación administrativa, que la programación de turnos en la cual aparecía el señor ANYELO, no era solo de operador sino también de electricista, conductores, mecánicos, adicionalmente dijo que después del año 2015 ya en la programación no se mezclaban los trabajadores, cuando finalmente se le pregunta al deponente si el señor ANYELO ha trabajado consecutivamente del 2001 al 2015 dijo prácticamente no sé. En efecto en la declaración del señor VÍCTOR MANUEL OSORIO en el cargo de operador de aguas residuales, dijo que conocía al actor desde 1998, que le constaba que estuvo operando el sistema de bombeo junto con el señor FRANCIS ANGELO en el 2013, cuando se le pregunto si de enero a diciembre manifestó que para saber eso se debían pedir las programaciones, para saber de qué mes a que mes, manifestó que no todos los que estaban en esa estación eran o tenían el cargo de operadores, cuando se preguntó que entre el año 2001 y 2002, donde laboro año continuo, hay que pedir las programaciones de esos años, dijo, yo llegué en el año 97 y 98 y de eso doy constancia que el llego como obrero de sondeo, que en la empresa se asciende por concurso, pero que a él no lo han dejado participar. El declarante MIGUEL ANGULO TORRES dijo que en el año 1996 era obrero, que el señor ANYELO dejo de ser obrero y se convirtió en operador por muchos años, no sé desde que fecha, no sé cuánto tiempo, que en el año 2004, cuando el deponente gano el concurso de operador, los dos hacían las veces de operador, sin que especificara las fechas de inicio y terminación, que el demandante llego a la estación paso del comercio a operar como año y medio o 2, pero que no se acordaba de las fechas, ante la pregunta de la señora juez que sí estuvo operando de manera ininterrumpida, sin función distinta dijo claro que sí, él estuvo operando la planta y cuando le tocaba hacerlo como obrero de sondeo, lo hacía como obrero de sondeo, a la pregunta si hacia reemplazos dijo que si, cuando alguien salía de vacaciones, a la pregunta y cuando no salían de vacaciones respondió, el seguía trabajando, hay un supernumerario que hace los descansos, manifestó que el señor ANYELO trabajo en la estación de guadales en el año 2001 al 2015, a la pregunta que periodos, dijo de fechas no sé, trabajo en agua blanca, puerto Mallarino, floralia, paso del comercio, no me acuerdo de periodos, no conozco que haya concursado, a la pregunta porque el señor ANYELO acepto un encargo por 2 meses en el año 2013 para desempeñar el cargo de operador de bombeo, contestó, por necesidad del servicio. Respecto a la deponencia hecha por el señor HÉCTOR JULIO BENAVIDES, manifestó que conoció al actor desde el año 1997, que el era obrero de sondeo y que operaba estaciones de bombeo en muchas ocasiones, que ANYELO hizo remplazos, a la pregunta desde que fecha empezó a realizar funciones de operador, no dijo, a la pregunta usted sabe si después del año 2003, 2004 sigue realizando funciones de operador, contestó no sé. El señor MARCO TULLIO ORDOÑEZ, ingeniero mecánico dijo que conocía al actor desde hace 18 años, que este trabajo con el cuándo era operador de bombeo, que en ese momento FRANCIS ANYELO era obrero de sondeo y que le servía de apoyo, que viene desempeñando funciones de obrero de sondeo, ellos siempre nos han apoyado a nosotros, que en el año 2001 y 2015 hubo un momento en que el departamento estaba dividido por zonas norte y sur, que ANYELO pertenecía a la zona norte, pero que sus funciones eran las de obrero de sondeo, que los obreros incluido ANYELO nos apoyaban en el área de operación, que en algunos periodos nos han apoyado en el área de operación, que el apoyo fue en varios periodos, porque siempre ha habido falencia de personal, que el actor apoyaba la operación y que luego retornaba al cargo de obrero, que los años 2011 y 2014 ha habido concursos pero el no concurso, que en las 9 estaciones había designados 17 obreros de sondeo incluido el demandante, que este se desempeña en la limpieza de rejillas, el apoya muchas actividades, que el mantenimiento lo hace el operador apoyado por el obrero de sondeo, que en las programaciones en general ANYELO va incluido en el grupo de obreros, que ha habido concurso a final del 2012 y a principios del 2014, donde EMCALI, no puso en si esas funciones, pero que a nivel de corrillo, todos los trabajadores son disfuncionales, esto es, que se cree que todos hacen funciones para las cuales no están contratados. Finalmente en el testimonio rendido por DIEGO HERNAN GONZALEZ sostuvo que las distintas estaciones de bombeo en total 9, tiene asignado 17 obreros de sondeo, que a los cargos de superior jerarquía como el de operador se llega por concurso, que no sabe si el señor FRANCIS ANYELO CLAVIJO había concursado, que las actividades de CLAVIJO son de limpieza, apoya labores de mantenimiento de estaciones de bombeo, en cuanto a novedades, todos los trabajadores, incluido el obrero de bombeo son incluidos en la bitácora, en el evento que no haya

operador, se pide apoyo al obrero de sondeo, respecto a las programaciones dijo que ninguna programación, dice que esta es solo para programadores de estación, también se incluyen obreros de sondeo como FRANCIS ANYELO, que en la época 2001- 2015 se mezclaban las programaciones de los distintos trabajadores, esa programación no era solamente para operadores de estación. Es decir, que no se apreció en su verdadero valor probatorio la prueba testimonial rendida por lo señores arriba mencionados, fuera de que se le aplique un art. que nada tiene que ver con lo pedido con la demanda, el 143, el 5 ley 6 de 1945, para desatar el litigio, esto es que a pesar de que quedo probada la imprecisión temporal absoluta y así lo acepto la señora juez, debió impedir cualquier reproche en el tratamiento laboral de la demandada o demandante, puesto que cualquier conclusión como en efecto sucedió, está basada en supuestos conceptos que no deben de servir como soporte a una condena como la que contiene el fallo 35 del 03/02/2020, quedo ampliamente demostrado que el demandante, no ejecuto ininterrumpidamente del año 2001 a 2015 funciones propias de operador de estación, ello como quiera que los deponentes fueron claros y precisos en señalar que el señor FRANCIS ANYELO CLAVIJO hacia remplazos, que cuando los terminaba volvía a su cargo de obrero de sondeo, deficiencias que imposibilitan cualquier prosperidad de las pretensiones. Adicional a lo anterior, se demostró con la documental que reposa en el expediente, que las funciones que desempeña el demandante, se hacen consistir en apoyar labores de limpieza y mantenimiento de agua y canales de empresas y domiciliario, para asegurar la adecuada evacuación de aguas residuales y verificar y reportar las novedades presentadas durante el desarrollo de la actividad, suministrar toda la información que permita al jefe inmediato tomar decisiones sobre la operación, cumplir con las demás funciones frente a su cargo y a su dependencia, que le sean asignadas por su jefe inmediato, esto es ejercer funciones en el área en la cual ha sido asignado, de conformidad con el cumplimiento de su competencia en el área y/o dependencia respectiva de la que conforma la estructura organizacional de la entidad, se probó que por autorización de su empleador EMCALI, el señor FRANCIS ANYELO desempeño funciones del cargo de operador de bombeo por un periodo prudencial de 2 meses, véase la resolución 800GA001450 del 22/06/2013, no implica que el ejercicio en encargatura por 2 meses del cargo de obrero de sondeo al de operador de bombeo exima al demandante de concursar para acceder de un cargo de inferior jerarquía a otro superior, esto es, de pasar de un cargo del nivel asistencial, como el que ostenta el señor CLAVIJO, a un cargo técnico que pretende se le nivele con la demanda, sin que se haya probado condiciones de calidad, cantidad y eficiencia, conforme a los razonamientos de derecho de la demanda inicial, simplemente porque en la programación se encontraban mezclados operadores, obreros de sondeo, electricistas y otros cargos, como lo afirmaron los deponentes al absolver la prueba testimonial rendida en el proceso. Ahora, respecto a la argumentación del actor de que se le venía discriminando salarialmente en el 2001 y 2015, en el cargo que desempeña como operador de estación y busca el reajuste, en todo el material probatorio, no dice nada, respecto a la calidad y cantidad de tiempo de trabajo, conforme al art. 143 del CST, Art. 5 Ley 6 de 1945, cual es el trabajador al que se refería, cual es el monto pagado a esos trabajadores que según el actor tienen el mismo cargo y funciones, lo cual no se encuentra acreditado, por eso no se entiende la decisión del despacho judicial, como pudo llegar a la conclusión que motivo mi recurso de apelación, máxime si se probó que EMCALI al momento que encargo al demandante para ejercer el cargo de operador de sistema de aguas residuales, tuvo en cuenta el art. 16 de la convención 2011-2014 de la cual el demandante es beneficiario y que regula las relaciones laborales de los trabajadores oficiales de EMCALI. Igualmente, tuvo en cuenta el art. 17 para la duración del encargo, nótese que se probó y tampoco da cuenta el plenario, no lo tuvo en cuenta la señora juez, no dice nada en la hoja de vida, ni reposa en los archivos de EMCALI, documento o acto administrativo alguno que muestre que gerencia área administrativa le haya encargado por un tiempo superior a 2 meses al señor FRANCIS ANYELO CLAVIJO DIAZ, para ejecutar funciones propias del cargo de operador de sistemas de aguas residuales, pues el único encargo con el que cuenta está contenido en la resolución 300GA70 del 31/07/2013, suscrito por el Ing. LUIS CARLOS CERON gerente de la unidad estratégica de acueducto y alcantarillado, que concedía la autorización de 60 días para ejercer el cargo que alega el demandante viene ejecutando desde el año 2001. Tampoco existe prueba que demuestre que el aquí demandante haya autorizado en su calidad de trabajador y de conformidad con la convención colectiva de trabajo al empleador para asumir un cargo de superior jerarquía ni que tampoco su empleador lo haya solicitado. No se puede como lo hizo la señora juez desestimar e inobservar para decidir que en EMCALI existe una planta global y que se advirtió en los alegatos de conclusión, que no es otra cosa que un banco de cargos para toda la entidad, que debe distribuir el nominador en base a la función del servicio entre las distintas dependencias, ubicar al funcionario en las mismas. Razones suficientes para solicitarle al despacho judicial, conceda al recurso de apelación en contra de la sentencia 35 del 03/02/2020 para que sea el TSDJC sala laboral quien, al desatar el recurso aquí interpuesto, absuelva a EMCALI de todas las pretensiones de la demanda y condene en costas a la parte demandante.

El a quo resolvió CONDENAR a la demandada, decisión que tomo con base a las siguientes consideraciones:

(...) **CASO CONCRETO.** Vista la forma como se plantea la controversia, es preciso señalar que en el sub juide no se propone el reconocimiento de la regulación salarial, a partir del reconocimiento del principio de que trata el art. 143 del CST y del art. 5 de la ley 6 de 1945, ya que el actor no plantea su causa petendi en criterio diferenciador en relación con un puesto de trabajo, una jornada laboral o condiciones de eficacia en el desarrollo del empleo, sino que por el contrario su pretensión se encuentra encaminada a que en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, se declare que en efecto está cumpliendo con funciones de un cargo de mayor jerarquía respecto al que fue contratado y en consecuencia se ordene a la entidad llamada a juicio, pagar la diferencia salarial en su favor, en suma, lo que propone el promotor del proceso no es la realización de un juicio comparativo con otro empleado de la misma entidad que ocupe un cargo o una jornada idéntica a la suya y mucho menos plantea argumento de eficiencia en relación con aquel, pues tal como se viene precisando, lo pretendido es que se equipare su salario al cargo de operador de bombeo de agua residual, mismo para el que si bien no fue formalmente contratado, según su dicho, si ha venido realizando indiscriminadamente la función estatuida en un reglamento de la propia empresa para ese cargo. Así las cosas, el ejercicio de esta célula judicial, consistirá en estudiar, si de acuerdo al caudal probatorio, el actor logro acreditar que realizo las funciones propias de operador de bombeo de aguas residuales, aun cuando se encontraba vinculado como obrero inicialmente y después como obrero de sondeo. Iniciemos entonces por señalar las funciones propias de cada uno de los cargos señalados por el actor, siendo estas **operador sistema de bombeo agua residual**, entre otras la función más relevante, se encuentra la de otras el operar y garantizar el normal funcionamiento de los equipos del sistema de bombeo de las aguas lluvias y residuales, para la evacuación adecuada y oportuna de estas, realizar el mantenimiento de las estaciones de bombeo y bombeos provisionales, practicar en la seguridad de la planta, mediante el reporte y control de entrada y salida de personas y elementos, verificar y reportar las novedades presentadas durante el desarrollo de la actividad y suministrar toda la información que permita al jefe inmediato tomar decisiones (F. 195-196). **Obrero de sondeo**, entre las funciones más relevantes se encuentran la de efectuar la limpieza de canales, redes, centrales y domiciliarias, y demás estructuras de alcantarillado, para asegurar la adecuada evacuación de las aguas residuales, alistar armas y operar las sondas para efectuar la limpieza de redes domiciliarias, efectuar las excavaciones, que permitan localizar las cámaras y realizar la limpieza manual de esta y reponer las tapas y rejillas en las redes de alcantarillado (F. 778-781). Para acreditar las funciones realizadas por el actor en el periodo en el que señala se desempeñó de hecho como operador de sistema de bombeo de aguas residuales, encontramos que trajo al legajo algunos testimonios, de quienes se reputan, trabajan en la entidad y fueron compañeros, iniciemos entonces por CARLOS HUMBERTO FRANCO, señalo que desde el año 1999 trabaja en la entidad convocada a juicio en el departamento de bombeo y desde el 2002 se desempeña propiamente en el cargo de operador de sistema de bombeo de aguas, motivo por el cual trabajo con el actor en la misma estación, en los años 2002 al 2014, sin que recuerde puntualmente los meses, de igual manera, indico que el demandante realizo funciones propias del cargo de operador, desde el año 2002, hecho que le consta porque en ocasiones veía que el promotor del proceso, le asignaba en los turnos de programación a los cuales tenía acceso para desempeñar esas funciones, aunado al hecho de que en ocasiones remotas, al atender emergencias de índole eléctrico o en estaciones, se topaba con el también veía en las bitácoras, que el realizaba los reportes respectivos de los turnos en que ejercía su función, de ahí que pese a constarle, que el actor se desempeñó bastante tiempo como operador, no recuerda con exactitud fechas, ni tampoco, si lo fue de manera continua, finalmente manifestó que en la compañía se presentaran vacantes, porque los servidores se pensionaban, de ahí que mientras se proveía ese cargo nuevamente mediante concurso de mérito, fue necesario cubrir la vacante de operador con personas que se desempeñaban como obreros, ya que muchos de estos conocían el manejo y contaban con experiencia suficiente para realizar ese tipo de funciones. VÍCTOR MANUEL OSORIO, señalo que es operador del sistema de bombeo en la entidad llamada a juicio y trabajo con el demandante en estación paso del comercio en el año 2013, sin que recuerde puntualmente mes exacto de esa calenda, sin embargo, si expuso, que le constaba que realizaba las mismas funciones, pese a que el actor se suponía, se debía desempeñar como obrero de sondeo. De igual manera manifestó que le consta, que el promotor del proceso, se había desempeñado como operador, en atención al déficit del personal que desarrollara esa labor, hecho que le consta porque el pedía la designación de las programaciones, y cuando trabajaron juntos se entregaban los turnos, pese a ello no recuerda fechas. FIDEL ANGULO. Indico que desde el año 1996 trabaja en la entidad y a partir del 2004 se desempeña propiamente en el cargo de operador de sistema de bombeo de aguas, motivo por el cual le consta que el actor se desempeñó bastante tiempo como operador del sistema de bombeo de aguas, sin recordar fechas o calendas puntuales, lo anterior le constaba, por cuanto también veía las programaciones, entre las cuales observa que designaban al demandante. HÉCTOR JULIO BENAVIDES, manifestó que la mora en el cargo de operador de sistema de bombeo, motivo por el cual al haber trabajado con el promotor del proceso en la estación floralia, entre octubre de 2003 y diciembre de 2004, le consta que él, refiriéndose a FRANCIS ANGELO, desempeñaba las mismas funciones que un operador, ante el déficit del personal para ese cargo. De igual manera, señalo que supo que el demandante continuo como operador, aun después de que dejaron de trabajar juntos, ya

que veía el nombre del actor en la bitácora y en los turnos de programación, pese a todo ello, no recuerda fechas. De otra parte, la pasiva trajo al proceso también los testigos, de los cuales señalaron lo siguiente: MARCO TULLIO ORDOÑEZ, indico que ante el déficit de personal en el cargo de operador, era necesario acudir a los obreros de sondeo más capacitados, para que ellos suplieran esas funciones, constándole que el actor, en algunos periodos de los años 2012 y 2013 se desempeñó en el ejercicio de funciones propias del cargo de operador y una vez evacuada la contingencia, regresaban a su puesto como obrero de sondeo. DIEGO HERNAN GONZALEZ. No realizo manifestaciones relevantes para lo que interesa al proceso. Estudiadas en conjunto las deponencias de los testigos, traídos a juicio por ambas partes, observa el despacho que en todas existe un denominador común y es el hecho de que siempre existió un déficit de personal en el cargo de operador del sistema de bombeo de aguas residuales, el cual era cubierto, por personas que se desempeñaban como obreros y entre estos las personas que se encontraban más capacitadas y contaban con mayor experiencia para el ejercicio de las funciones propias de ese cargo que recuérdese como lo acepto la pasiva, ostentan una mayor jerarquía en la organización de la compañía. Entrañándose del puntual caso del actor, encontramos que pese a que todos los testigos coincidieron en manifestar que en ningún momento laboraron con el promotor del proceso, en algunas de las estaciones de la ciudad y que observaban que él, refiriéndose al demandante realizaba las mismas funciones de un operador de sistema de bombeo en aguas residuales, no existe unanimidad ni absoluta certeza, respecto a los periodos concretos de tiempo y a la solución de continuidad, es lo que probo aquí la parte actora, de ahí que no baste con sus dichos para establecer la existencia del derecho a nivelar y sobre todo en los periodos en los que abría lugar a la nivelación, luego entonces, le corresponde al despacho auscultar los medios probatorios de carácter documental obrante al legajo, con el propósito de verificar, incluso ampliar las manifestaciones de los testigos, no sin antes relevar que ninguno de los documentos fueron tachados de falsos, ni desconocidos por las partes, por lo que se presume su autenticidad. Respecto de los periodos anteriores al 14/10/2012, en un principio esta célula judicial, no tendría que realizar un análisis probatorio, ya que los periodos anteriores a esa fecha, se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción, que fuera excepcionado, teniendo en cuenta que la reclamación administrativa se presentó el 14/10/2015 (F. 2) y el libelo gestor se radico el 10/04/2018 (F. 224), sin embargo, como quiera que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles y el auxilio de cesantía prescribe a partir del finiquito de la relación laboral, se procederá al estudio sobre estos periodos anteriores. Así entonces, tenemos que respecto de los periodos anteriores al 14/10/2012, en el legajo se cuenta con la programación de turnos, en las que refleja que el señor FRANCIS CLAVIJO, se le programo para laborar en los periodos comprendidos entre el 01/04/2001 al 30/04/2002 (F. 8, 9, 12, 20), del 01/06 al 31/07/2002 (F. 22, 24), del 01 al 31/12/2002 (F. 25, 28), del 01/02 al 30/04/2004 (F. 29, 32), del 01/11/2004 al 20/11/2005 (F. 33, 37), del 01/03/2006 al 30/05/2007 (F. 38, 50). Ahora bien, pese a que las documentales inmediatamente reseñadas, por parte alguna se indica que la programación de turnos corresponde a quienes prestan sus servicios como operador de sistema de bombeo de aguas, lo cierto es que al realizar un análisis probatorio y del contenido en conjunto, es dable colegir que efectivamente esa programación corresponde al cargo de operador, no solo porque guarda relación y correspondencia con los dichos por los testigos CARLOS HUMBERTO FRANCO y HÉCTOR JULIO BENAVIDES, sino también porque en ella figuran personas como FIDEL ANGULO, FERNANDO OSORIO y FELIPE MANZANO quienes no solo como el señor FIDEL, manifiesta en audiencia que ostentaba el cargo de operador de sistema de bombeo de aguas residuales, sino también figuran sus nombres en las bitácoras de operadores. En este orden de ideas, al solamente haberse acreditado de manera concreta y puntual, unos periodos parciales respecto de lo solicitado en el libelo gestor, se ordenará respecto de los periodos comprendidos entre el 01/04/2001 al 30/04/2002, 1 de junio al 31/07/2002, 1 al 31/12/2002, 1 de febrero al 30/04/2004, 01/11/2004 al 20/10/2005 y el 01/03/2006 al 30/05/2007, el pago de la diferencia por concepto de auxilio de cesantías y aportes al sistema pensional, entre lo devengado por un obrero de sondeo y un operador de sistema de bombeo de agua residual, se ordena la indexación de la cesantías desde la fecha de su causación y hasta la fecha de pago. Se aclara de una parte, que la diferencia por concepto de auxilio de cesantía, no deberá ser pagada directamente al trabajador, por ser la misma empresa quien administra las cesantías de sus servidores, sino que se incluirá en el saldo, que por ese concepto cuente el demandante en la entidad, y de otra parte, que las diferencias que resulten, por concepto de aportes al sistema de pensión, deberá ser girado por la entidad llamada a juicio al fondo de pensiones, en que sea afiliado el demandante. Ahora bien, continuando con el análisis respecto de los demás emolumentos que si se vieron afectados por el fenómeno de la prescripción, procedemos a estudiar la procedencia de la nivelación, lo cual se hará en los siguientes términos, en lo atinente a la anualidad 2012, tenemos que pese a que, como se señaló en algunos momentos, el testigo MARCO TULLIO ORDOÑEZ, indico que laboro en algunos periodos de esa calenda con el actor y que aquel realizo funciones propias del cargo de operador de sistema de bombeo de aguas, al no indicar el deponente periodo o extremos puntuales, ni tampoco existir soporte documental sobre lo mismo, no habrá lugar a ordenar la nivelación salarial para esa calenda. Respecto de las anualidades 2013, 2014 y 2015, se encuentra una programación de turnos, en la que se refleja que el señor FRANCIS CLAVIJO, se le programo para laborar, en periodos comprendidos entre el 01/01 al 30/06/2013 (F. 51-36), 01/08 al 30/11/2013 (F.

57-60), 01/02 al 31/12/2014 (F. 61-71), 01 al 31/01/2015 (F. 72), 01/03 al 30/04/2015 (F. 73-74). De igual manera se encuentra con la bitácora que acredita que el actor presto efectivamente sus servicios, entre el 17/02 al 07/03/2013 (F. 80-111), el 08/09 al 15/10/2013 (F. 111-124), 18/11/2013 al 16/01/2014 (F. 125-161) y el 03/03 al 21/04/2014 (F. 162-183). Ahora bien, pese a que en las documentales inmediatamente reseñadas, por parte alguna se indica que la programación de turnos o la bitácora corresponde a quienes prestan sus servicios como operador del sistema de bombeo de aguas, lo cierto es que al realizar un análisis probatorio y del contexto del conjunto, es dable colegir que efectivamente esa programación y esa bitácora corresponde al cargo de operador, no solo porque guarda relación y correspondencia con los dichos por los testigos VÍCTOR MANUEL OSORIO, CARLOS HUMBERTO FRANCO y MARCO TULLIO ORDOÑEZ, sino también, porque de una parte, en la bitácora siempre realizaba el actor las anotaciones y entre ellas la lectura de medidores, del circuito eléctrico, función propia del cargo de operador y de otra parte, las personas de quienes recibía o entregaba el turno eran operadores, ya que estos eran los testigos quienes como ya se señaló, manifestaron en audiencia que ostentaban, el cargo de operadores del sistema de bombeo de aguas residuales, en ese orden de ideas, al solamente haberse acreditado de manera concreta y puntual unos periodos parciales respecto de lo solicitado en el libelo gestor, se ordenara respecto de los periodos comprendidos entre el 01 de enero al 30/06/2013, 23/09/2013 al 16/01/2014, 1 de febrero al 31/12/2014, 1 a 31/01/2015 y 1 de marzo a 30/04/2015, el pago de la diferencia por concepto de salarios, prestaciones sociales, convencionales, vacaciones y aportes al sistema pensional, entre lo devengado o entre lo que devengo el actor, en el cargo de obrero de sondeo y lo que devengaba un operador de sistema de bombeo de agua residual. Respecto de las anteriores sumas, se ordena su indexación a partir de su causación y hasta la fecha de pago, se aclara de una parte, que la diferencia por concepto de auxilio de cesantía, no deberá ser pagada directamente al trabajador por ser la misma empresa quien administra las cesantías de sus servidores, sino que se incluirá en el saldo que por ese concepto cuente el demandante en la entidad y de otra parte, que la diferencia que resulte por concepto de aportes al sistema pensional deberá ser girado por la entidad llamada a juicio, al fondo de pensiones que este afiliado el demandante. Finalmente se relievra, que la diferencia por concepto de prestaciones sociales de carácter convencional, lo será respecto de aquellas prestaciones que le fueron reconocidas al actor y contempladas en las convenciones colectivas de trabajo, suscritas con Sintraemcali y vigentes para las calendas ante dichas, como quiera que el actor acredito estar afiliado a esa organización sindical, de carácter mayoritario, desde el 01/09/1997 y ser beneficiario de la misma (F. 194). Se condenará en costas a EMCALI EICE ESP y en favor del demandante la suma la cual se liquidará en los términos del art. 365 y 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el Acuerdo PSAA 16-10554 del 05/08/2016, se señalan como agencias en derecho el equivalente al 4% de los valores objeto de condena, en el evento de no ser apelada la presente sentencia, se remite el presente proceso para ante la sala laboral del TSDJC a efecto de que se surta el grado jurisdiccional de consulta respecto de EMCALI EICE ESP.

Atendiendo la consonancia, <Art. 66-A, CPTSS> con la demanda principal, su contestación por la demandada, alegatos, motivaciones de la sentencia y de la sustentación del recurso de apelación por la demandada, surge como problema jurídico para resolver en esta instancia:

1. Determinar ¿si el demandante laboro en el cargo de OPERADOR DE BOMBEO DE AGUAS RESIDUALES, por el periodo solicitado en la demanda, esto es entre el segundo semestre del año 2001 y el mes de abril de 2015?
2. Como problema asociado, ¿si ese cargo temporal o de corta duración de dos meses, le da derecho a acceder a un cargo de mayor nivel, al cual se accede por concurso?

Antes se sienta la premisa normativa, propia y aplicable a los trabajadores oficiales de EMCALI, contenida en el art. 5, Ley 6 de 1945, que dice:

“ARTÍCULO 5°.- La diferencia de salarios para trabajadores dependientes de una misma empresa en una misma región económica y por trabajos equivalentes, solo podrá fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra, y en ningún caso en diferencias de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales.<...>”

Bajo el presupuesto que en derecho administrativo nacional, es regla del órgano rector y máximo juzgador en lo contencioso administrativo, que a la administración pública <en cualquiera de sus niveles, nacional, territorial o distrital, ni descentralizado por servicios en lo local> no se le pueden imponer situaciones de hecho porque *“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/ Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender a constitución y desempeñar los deberes que le incumben./...<art. 122, CPCo. y estudiar T-501 de agosto 21 de 1992, M.P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO>.*

Para lo cual debe tenerse que la diferencia salarial, cuando exista al interior de una empresa una política salarial y de funciones, la cual señale los cargos, funciones y remuneraciones con base en los respectivos MANUALES DE FUNCIONES, solo es posible cuando los trabajos no sean equivalentes, la que sólo podrá fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en el cargo, debiendo, cuando esté organizado el régimen de concurso de méritos para ascender a un cargo, someterse a las reglas del respectivo concurso, sin el cual no es posible aspirar a cargo o nivel salarial alguno por la fuerza de situaciones de hecho.

Manifiesta la a quo en las consideraciones de la sentencia y el apelante demandado en la sustentación de su recurso, que no se pudo establecer de la prueba testimonial los periodos de tiempo en los cuales el actor laboro en el cargo de OPERADOR DE BOMBEO DE AGUAS RESIDUALES, pues no se niega que prestó sus servicios en este cargo y efectivamente del estudio de los testimonios rendidos, no es posible concluir que el actor haya ocupado este cargo por el periodo deprecado en el libelo introductorio con la asunción de la totalidad de las funciones correspondientes a ese cargo, por lo cual y tal como lo hizo la a quo, nos remitiremos al estudio de la prueba documental, a fin de dar solución al problema jurídico planteado en esta instancia.

Respecto a la documental, tenemos que la a quo baso su condena únicamente en la programación de turnos obrante en el plenario, pues afirmo que si bien en esta no se decía que fuera una programación correspondientes al cargo de OPERADOR DE BOMBEO DE AGUAS RESIDUALES, del análisis probatorio se podía colegir que si correspondía a este cargo y reforzo este dicho manifestando que los señores CARLOS HUMBERTO FRANCO y HÉCTOR JULIO BENAVIDES, FIDEL ANGULO, FERNANDO OSORIO y FELIPE MANZANO manifestaron en audiencia que ostentaba el cargo de Operador De Sistema De Bombeo De Aguas Residuales, y que estos nombres también figuran en las bitácoras de operadores, lo cierto es que no existe prueba de que haya ostentado el aludido cargo.

Sumado a lo anterior, cabe señalar, que analizada la documental tomada como base por la a quo, encontramos que, tal como lo manifestó la a quo, en las bitácoras (f. 80-185) y en las programaciones de turnos (f. 9-74), no aparece el cargo de las personas allí registradas, y además existe prueba documental que indica que varios de los trabajadores que aparecen mencionados, junto con el demandante, eran OBREROS DE SONDEO, así:

- Resolución GG No. 001475 de 03/10/2003, “Por la cual se ordenan unos cambios de denominación de cargos” de OBRERO a **OBRERO DE SONDEO**. De las siguientes personas: NELFER CASTILLO PATIÑO, CAMPO ELIAS MORA, JOSE DAGNER ARGOTE RAMIREZ, ANTONIO REQUEJO OROBIO, PEDRO PABLO ESPAÑA, RIGOBERTO DIAZ GUARIN, JUSTINO LARA IBARRA, LUIS FERNANDO VARGAS ARIAS, CARLOS ARTURO BALLESTEROS, HECTOR JAVIER ORDOÑEZ LASPRILLA, FIDEL ANGULO TORRES, **FRANCIS ANGELO CLAVIJO DIAZ**, RANULFO ALFREDO ORTIZ, VICTOR HUGO AGUILAR HERRAN<f. 380-381>.
- Memorando del 09/07/2013 en el cual el gerente de la unidad estratégica de negocios le informa al gerente de área gestión humana y administrativa, le remite listado de los funcionarios que, por evaluación de la dirección de aguas residuales y el departamento de bombeo, que en su calidad de **OBREROS DE SONDEO** reúnen los requisitos para los encargos de cinco casillas de OPERADOR SISTEMA DE BOMBEO AGUAS RESIDUALES, entre los que se encuentra el demandante y los siguientes nombres: JAMES MURILLO, MARIO PEREA, WILSON PRADA, ORLANDO MEJÍA, nombres que también están registrados en la bitácora arriba relacionada<f. 559-560>.
- Memorando del 26/08/2013 por el cual se solicita el cambio de área funcional de los siguientes trabajadores: (nombres de **OBREROS DE SONDEO** que aparecen en la bitácora y programaciones de turnos). VÍCTOR HUGO AGUILAR, LIBARDO COQUECO, YESID MOSQUERA, HÉCTOR JAVIER ORDOÑEZ, ALVARO ENRIQUE PATERNINA, LEONIDAS ANGULO, ORLANDO MEJÍA, ONORIO BONILLA, JORGE QUIÑONEZ, MARIO PEREA, RANULFO ALFREDO ORTIZ, AICARDO MOSQUERA, JUAN ARBOLEDA y el demandante<f.575-576>.
- Resolución GG. No. (ilegible) de septiembre de 2013 “Por la cual se ordenan unos traslados. En cuyo artículo primero dice: ARTICULO PRIMERO. Trasladar a partir de la fecha de notificación, **con el mismo cargo y la misma asignación salarial** a los siguientes funcionarios adscritos al Departamento de Bombeo, asignándolos al área Funcional

Operación Sistema de Bombeo Aguas Lluvias y Residuales de la Gerencia Unidad Estratégica de Negocios de Acueducto y Alcantarillado conforme se relaciona a continuación: VÍCTOR HUGO AGUILAR, AURELIANO (APELLIDO ILEGIBLE), LIBARDO COQUECO, JOSE MOSQUERA, ORLANDO MEJÍA, HÉCTOR ORDOÑEZ, RANULFO ORTIZ, ALVARO PATERNINA, MARIO PEREA, JORGE QUIÑONEZ, AICARDO MOSQUERA, JUAN ARBOLEDA, LEONIDAS CABEZAS, FRANCIS CLAVIJO DIAZ<f. 578-579>. Con el cargo de OBRERO DE SONDEO.

Igualmente, encontramos en el plenario que el demandante ostento el cargo de OPERADOR SISTEMA DE BOMBEO AGUAS RESIDUALES, que predica se otorgue nivelación salarial, solo por un corto periodo, y no por todo el periodo pedido, así:

- Memorando del 09/07/2013 en el cual el gerente de la unidad estratégica de negocios le informa al gerente de área gestión humana y administrativa, le remite listado de los funcionarios que, por evaluación de la Dirección de Aguas Residuales y el Departamento de Bombeo, que en su calidad de OBREROS DE SONDEO reúnen los requisitos para los encargos de cinco casillas de OPERADOR SISTEMA DE BOMBEO AGUAS RESIDUALES, entre los que se encuentra el demandante y los siguientes nombres:...<f. 559-560>.
- Memorando del 22/07/2013 por el cual la gerencia de área gestión humana y administrativa le informa al demandante que por el termino de 60 días quedaba encargado como OPERADOR SISTEMA DE BOMBEO AGUAS RESIDUALES, con el consecuente pago de la diferencia salarial<f. 561>.
- Respuesta a reclamación administrativa de 26/10/2015 en la que la demandada dice en uno de sus apartes lo siguiente: “3. De acuerdo con la información contenida en el expediente de historia laboral del señor Francis Ángela Clavija-sic- Diaz, a folio (236), se puede evidenciar que mediante oficio 800-GA-001450 del 22 de julio de 2013, por solicitud expresa del Gerente de unidad Estratégica de Negocio de Acueducto y Alcantarillado, fue autorizado el encargo por el termino de sesenta (60) días hábiles, en el cargo de OPERADOR SISTEMA DE BOMBEO AGUAS RESIDUALES, tiempo por el cual se canceló la diferencia salarial correspondiente, como consta en los folios (238 al 242 y 283 al 284)”<f. 5>.
- Oficio del 25/10/2019, por el cual la demandada informa respecto del demandante, entre otros, lo siguiente: (...) Según Oficio 800-GA-001450 del 22 de Julio de 2013, se encargó como OPERADOR SISTEMA DE BOMBEO AGUAS RESIDUALES, asignado al Departamento de Bombeo de la Gerencia Unidad Estratégica de Negocio de Acueducto y Alcantarillado por el término de 60 días<f. 765-766>.

Periodo este, en el que efectivamente la demandada le cancelo el salario correspondiente al cargo OPERADOR SISTEMA DE BOMBEO AGUAS RESIDUALES, que le fuera encargado, así:

- Oficio de 22/07/2013 por el cual la gerencia de área gestión humana y administrativa le informa al demandante que a partir de la fecha y por 60 días quedaría encargado como OPERADOR SISTEMA DE BOMBEO AGUAS RESIDUALES y que se le pagara la diferencia salarial<f. 301. P. 392>.
- Memorando del 24/07/2013 por el cual el departamento de planeación humana y organizacional le informa al demandante cuál sería su salario en su cargo por encargo de OPERADOR SISTEMA DE BOMBEO AGUAS RESIDUALES<f. 562>.
- Memorandos del 02/08/2013, 20/08/2013, 04/09/2013, 13/09/2013, 02/10/2013, 30/10/2013 por los cuales el departamento de gestión laboral le solicita la inclusión del demandante en la primera y segunda quincena de agosto de 2013, primera y segunda quincena de septiembre de 2013, primera y segunda quincena de octubre de 2013, primera quincena de noviembre de 2013 para el pago de la diferencia en su salario en su cargo de encargo de OPERADOR SISTEMA DE BOMBEO AGUAS RESIDUALES<f.563-567 y f. 608-609>.

Lo anterior indica que la demandada cumplió con el artículo 16 de la CCT-2011-2014 <“ART.16.PAGO DIFERENCIA DE SUELDOS POR REMPLAZOS TRANSITORIOS. A PARTIR DE LA FIRMA DE LA PRESENTE CCT ...EMCALI... RECONOCERA A TODO TRABAJADOR OFICIAL QUE POR ORDEN SUYA REEMPLACE TRANSITORIAMENTE EN UN CARGO A OTRO DE CLASIFICACION SUPERIOR O MAYOR SUELDO, EL MISMO SUELDO QUE ESTUVIERE DEVENGANDO ESTE, SIEMPRE QUE LA DURACIÓN DE DICHO REEMPLAZO SEA SUPERIOR A 15 DÍAS CALENDARIO./ EN NINGÚN CASO, SIN QUE MEDIE VOLUNTAD DEL TRABAJADOR , SE PODRÁ AUTORIZAR REEMPLAZOS POR TRABAJADORES OFICIALES EN CARGOS DE EMPLEADOR PÚBLICO...”, pg.7/48,CCT-2011-2014>.

Sumado a lo anterior, el resto de material documental aportado al proceso por ambas partes, dan cuenta de que el demandante por el resto de tiempo, ostento el cargo de OBRERO DE SONDEO y no el que predica haber ostentado, así:

- Contrato de trabajo suscrito entre las partes a término indefinido desde el 03/06/1997. Cargo: **OBRERO**. En la gerencia de acueducto y alcantarillado<f.258>.
- Acta de posesión del demandante en el cargo de **OBRERO** el 03/06/1997<f.356>.
- Resolución No. 1307 de 20/05/2004. "Por medio de la cual se dispone la incorporación de un servidor público a la planta de Cargos de EMCALI E.I.C.E. E.S.P." en la que se incorpora al demandante en el cargo de **OBRERO DE SONDEO**<f.261>.
- Evaluaciones de rendimiento del demandante en el cargo de **OBRERO DE SONDEO**, años 2010 al 2015<f. 480-483. f. 538-547. f. 265-270. f. 271-276. f. 277-282. f. 289-294. f. 295-300>.
- Resolución GG No. 001475 de 03/10/2003, "Por la cual se ordenan unos cambios de denominación de cargos" de OBRERO a **OBRERO DE SONDEO**. De las siguientes personas:..., FRANCIS ANGELO CLAVIJO DIAZ, ...<f. 380-381>.
- Oficio de 29/04/2008 por el cual la gerencia de área gestión humana y administrativa le hace entrega al demandante del MANUAL DE FUNCIONES de su cargo **OBRERO DE SONDEO**<f. 447>.
- Oficio de 11/12/2008 en la cual se felicita al demandante por haber obtenido una calificación EXCELENTE en la evaluación de rendimiento laboral en su cargo de **OBRERO DE SONDEO** y le informan que recibirá una bonificación del 20% de su salario<f.457>.
- Oficio del 20/01/2010, por el cual se le informa al demandante el periodo de vacaciones en su cargo de **OBRERO DE SONDEO**<f. 473>.
- Formulario de vinculación o actualización al sistema general de pensiones del ISS, de 23/04/2010 en el que el demandante solicita su traslado a PORVENIR y diligencia en la parte de ocupación u oficio **OBRERO DE SONDEO**<f. 531>.
- Certificado expedido el 27/01/2017, por el cual la demandada que da cuenta de los siguientes cargos<f. 678. P. 1082> ostentados por el demandante:
 - Según Contrato de trabajo del 03 de Junio de 1997, ingresa ocupando el cargo de **OBRERO** asignado a la Gerencia de Acueducto y Alcantarillado.
 - Según Resolución GG N° 001475 del 03 de Octubre de 2003, se cambia la denominación del cargo por el de **OBRERO DE SONDEO** asignado al Departamento de Bombeo Aguas Residuales.

- Según Resolución N° 1307 del 20 de Mayo de 2004, se incorpora a la planta de cargos como **OBrero DE SONDEO** asignado al Departamento de Bombeo de la Gerencia Unidad Estratégica de Negocio de Acueducto y Alcantarillado.
 - Según información suministrada por el Sistema de Recursos Humanos SRH del 27-enero-2017, actualmente ostenta el cargo de **OBrero DE SONDEO** asignado al Departamento de Bombeo de la Dirección de Aguas Residuales de la Gerencia Unidad Estratégica de Negocio de Acueducto y Alcantarillado <f. 678. P. 1082>.
- Oficio del 25/10/2019, por el cual la demandada informa respecto del demandante lo siguiente: Que el señor FRANCIS ANGELO CLAVIJO DIAZ, se encuentra vinculado a EMCALI EICE ESP, desde el 03 de junio de 1997 a la fecha <f. 765-766>. Que durante su estadía ha ocupado los siguientes cargos:
- Según Contrato de Trabajo del 03 de junio de 1997, ingresó ocupando el cargo de **OBrero** asignado la Gerencia de Acueducto y Alcantarillado.
 - Según Resolución N° 1307 del 20 de mayo de 2004, se incorporó a la planta
 - de cargos como **OBrero DE SONDEO**, asignado al Departamento de Bombeo de la Gerencia Unidad Estratégica de Negocio de Acueducto y Alcantarillado.
 - Según Oficio 800-GA-001450 del 22 de Julio de 2013, se encargó como OPERADOR SISTEMA DE BOMBEO AGUAS RESIDUALES, asignado al Departamento de Bombeo de la Gerencia Unidad Estratégica de Negocio de Acueducto y Alcantarillado por el término de 60 días.
- Según Resolución GG N° 001594 del 18 de septiembre de 2013, se trasladó con su mismo cargo, al Área Funcional Operación Sistema de Bombeo Aguas Lluvias y Residuales del Departamento de Bombeo de la Gerencia Unidad Estratégica de Negocio de Acueducto y Alcantarillado.
- Según información obtenida del Sistema de Recursos Humanos SRH, actualmente ocupa el cargo de **OBrero DE SONDEO** asignado al Departamento de Bombeo de la Gerencia Unidad Estratégica de Negocio de Acueducto y Alcantarillado <f. 765-766>.

- El historial laboral del demandante, no obstante que la prueba arroja una mala administración de personal y ausencia de coordinación entre el área de RECURSOS HUMANOS y las jefaturas de las distintas secciones del Departamento de Bombeo de la Gerencia Unidad Estratégica de Negocio de Acueducto y Alcantarillado Y DEL AREA DE SISTEMA DE BOMBEO AGUAS RESIDUALES, se subraya que su cargo referente siempre ha sido el de **OBrero DE SONDEO, sin que hubiese concursado para el cargo al cual aspira** OPERADOR SISTEMA DE BOMBEO AGUAS RESIDUALES **en este juicio, que es de carrera y de méritos. Las pocas veces que ha ocupado el cargo al que aspira ha sido por cortos encargos, con el pago de la nivelación salarial pertinente, lo que indica que no hay encargo de quien ya tiene el cargo de** OPERADOR SISTEMA DE BOMBEO AGUAS RESIDUALES.

Se concluye entonces, que el demandante no logra demostrar que efectivamente haya desempeñado por todo el tiempo deprecado <de 2001 a 2015 sin solución de continuidad> o al menos por el tiempo condenado por la a quo, el cargo de OPERADOR SISTEMA DE BOMBEO AGUAS RESIDUALES, de manera continua, y por tanto, no le asiste derecho a la nivelación salarial en un cargo al que sólo es permitido ingresar por concurso de méritos, permitirlo de hecho sería romper las reglas de igualdad para todos los obreros de la empresa que aspiran a OPERADOR SISTEMA DE BOMBEO AGUAS

RESIDUALES, para el cual jamás ha aspirado por concurso de méritos el actor, debiendo revocarse en su integridad la apelada sentencia condenatoria, porque no se enmarca en las reglas del art. 5, Ley 6 de 1945 y de permitirse se estaría violando la constitución en artículo 122, para en su lugar ABSOLVER a la demandada EMCALI E.I.C.E. E.S.P. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

La parte demandante impugna de manera parcial en contra de la sentencia No. 35,... 'proceda a la modificación de los numerales primero, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, de la sentencia de la cual se acaba de dar lectura como ya se dijo...!', y dada la conclusión a que ha llegado la Sala al revocarse la sentencia impugnada en su totalidad, no hay lugar a atender modificarla en los resolutivos que ataca el actor, si no es para confirmar su revocatoria y , en consecuencia, absolver a la pasiva de todas las pretensiones incoadas por el apelante,

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del H. Tribunal Superior de Cali, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la apelada sentencia parcial **CONDENATORIA** oral No. 035 proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali el 03 de febrero de 2020, por las razones aquí expuestas, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada **EMCALI E.I.C.E. E.S.P.** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. **COSTAS de ambas instancias** a cargo de la parte demandante. Las de instancia tásense por la a quo, en esta sede se fijan quinientos mil pesos como agencias en derecho a favor de la empleadora. **DEVUELVA**SE el expediente al despacho de origen y **LIQUIDENSE** conforme al art.366,CGP.

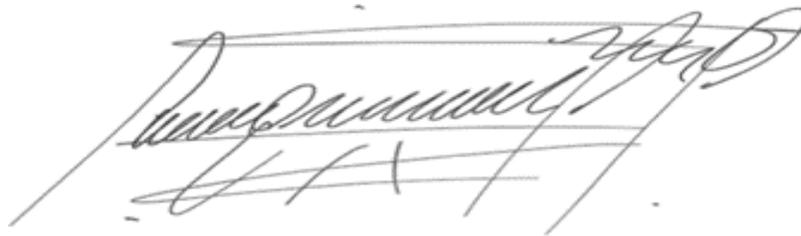
SEGUNDO.- NOTIFIQUESE en micrositio <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-003-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36>. correspondiente al Despacho 003 de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali.

TERCERO.- A partir del día siguiente de la notificación con inserción en el link de sentencias del despacho, comienza el termino de quince días hábiles para interponer el recurso de casación si a bien lo tiene(n) la(s) parte(s) interesada(s).

CUARTO.- ORDEN A SSALAB: En caso de no interponerse casación por las partes en la oportunidad legal y ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, DEVUÉLVASE inmediatamente el expediente al juzgado de origen. E interpuesto el citado recurso y concedido, inmediatamente ejecutoriada, remítase a la Corte que corresponda. Su incumplimiento es causal de mala conducta.

APROBADA SALA DECISORIA 26-10-2021. NOTIFICADA EN micrositio <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-003-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36>. **OBEDEZCASE Y CÚMPLASE**

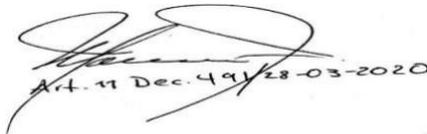
LOS MAGISTRADOS,



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO