El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia : Sentencia del 15 de marzo de 2019

Radicación No. : 66001-31-02-001-2015-00071-01

Proceso : Ordinario Laboral

Demandante : Martha Luz Muñoz González

Demandado : P.A.R. ISS

Juzgado : Juzgado Primero Laboral del Circuito

M.P. : Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**TEMAS: NIVELACIÓN SALARIAL / ES DESARROLLO DEL DERECHO A LA IGUALDAD / CRITERIOS PARA LA DIFERENCIACIÓN SALARIAL OBJETIVA / NO ES SUFICIENTE DESEMPEÑAR FORMALMENTE EL MISMO CARGO.**

En reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha señalado que el derecho a la igualdad no plantea una igualdad matemática, sino una igualdad real, que busca un trato igual a las personas que se encuentran bajo unas mismas condiciones, y que justifica un trato diferente sólo cuando se encuentran bajo distintas condiciones. Con base en este derecho fundamental contenido en el artículo 13 de la Carta Política es que se ha dado desarrollo en la jurisprudencia al principio de justicia retributiva reconocido bajo el aforismo "a trabajo igual, salario igual".

La Corte ha señalado que no se puede dar un trato discriminatorio entre trabajadores, que cumpliendo una misma labor con las mismas responsabilidades, sean objeto de una remuneración diferente. Al respecto cabe señalar que no se puede dejar en manos del mismo empleador, la posibilidad de que éste desarrolle criterios, subjetivos, amañados y caprichosos que pretendan justificar un trato discriminatorio entre trabajadores que desarrollan la misma actividad.

Empero, debe tenerse en cuenta que el principio de igualdad se traduce en el derecho a que no se configuren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, lo que prohíbe que los órganos del poder público puedan establecer condiciones desiguales para situaciones iguales y viceversa, salvo que medie justificación razonable…

Es del caso destacar que en el año 2011 (29 de diciembre de ese año) se expidió la Ley 1496 de 2011, con el objeto de garantizar la igualdad salarial y de cualquier forma de retribución laboral entre mujeres y hombres, fijar los mecanismos que permitan que dicha igualdad sea real y efectiva tanto en el sector público como en el privado y establecer los lineamientos generales que permitan erradicar cualquier forma discriminatoria en materia de retribución laboral. (…)

En el campo de la jurisprudencia nacional, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, tiene previsto que para dar aplicación al citado principio (“a trabajo igual salario igual”) es deber del reclamante demostrar que el trabajo desempeñado lo fue en igualdad de condiciones de eficiencia, responsabilidad, intensidad y calidad de trabajo respecto a un trabajador mejor remunerado que él, y que en la aplicación de dicho principio, no es suficiente que un trabajador desempeñe formalmente el mismo cargo de otro, puesto que, de cara a la regulación legal de la materia, establecida en el artículo 143 Código Sustantivo del Trabajo, lo relevante a la hora de determinar si dos trabajadores realizan un trabajo de igual valor es que ambos desempeñen el mismo puesto, en la misma jornada y con las mismas condiciones de eficiencia.

#### **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

#### **SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Marzo 15 de 2019)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 8:45 a.m. de hoy, viernes, 15 de marzo de 2019, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **Martha Luz Muñoz González** en contra del **Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales – PAR ISS-**. Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia:

**Alegatos de conclusión**

Con fundamento en el artículo 82 del C.P.T y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión: Parte demandante… Parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a desatar el recurso de apelación promovido por la parte demandante en contra de la sentencia emitida por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Pereira el 18 de mayo de 2018.

**PROBLEMA JURÍDICO**

De acuerdo a la *ratio decidendi* de la sentencia de primera instancia, la Sala examinará la viabilidad de la nivelación salarial reclamada por la demandante. Para ello se tendrán en cuenta los siguientes:

**I - Antecedentes**

La demandante persigue, básicamente, que los salarios, prestaciones sociales y bonificaciones legales y convencionales percibidas por ella entre el 10 de febrero de 1999 y “la fecha de la sentencia” sean reajustados y pagados de acuerdo al salario asignado al cargo de Profesional Universitario Grado 27.

Reclama igualmente el pago de la denominada *“prima de navidad”* establecida en la ley por todo el periodo laborado al servicio del Instituto de Seguros Sociales –en liquidación-, lo mismo que el reajuste de sus aportes para el Sistema General con base en el salario devengado por un profesional universitario, dentro del lapso antes reseñado.

Como fundamento de las pretensiones, señala, en síntesis, que viene prestando sus servicios al Instituto de Seguros Sociales –Seccional Risaralda- de manera ininterrumpida desde el 1º de agosto de 1994, fecha en que fue vinculada para ocupar el cargo de Auxiliar de Servicios Administrativos dentro de la entidad. Indica, adicionalmente, que teniendo en cuenta su hoja de vida y experiencia, desde el 10 de febrero de 1999 se le asignaron funciones de Profesional Universitario Grado 27, en el área de Costos del Departamento financiero y, posteriormente, como Jefe de Cuentas y Jefe de Contabilidad, para terminar laborando *–hasta el momento de la presentación de la demanda-* en el Departamento de Pensiones; labores que ha ejecutado en los términos y condiciones señalados en el manual de funciones y por disposición de sus jefes inmediatos

Agrega que a pesar de que se viene desempeñando en el cargo de profesional universitario desde el 10 de febrero de 1999, la demandada la remuneró como si estuviera ejerciendo el cargo anterior, sin cancelarle la prima de navidad prevista en el Decreto 1045 de 1978.

Indica que el régimen salarial y prestacional que le es aplicable es la convención colectiva de trabajo suscrita ente Sintraseguridad Social y el I.S.S., y que mediante escrito presentado ante la demandada el 31 de diciembre de 2014, solicitó el reconocimiento de la diferencia salarial y prestacional adeudada, frente a lo cual el Director de Liquidaciones de la Fiduprevisora S.A. le informó que su petición había sido remitida al I.S.S.- en liquidación.

Antes de pasar al contenido de la respuesta a la demanda, conviene aclarar lo siguiente: como quiera que el proceso de liquidación del Instituto de Seguros Sociales finalizó el 31 de marzo de 2015 y la notificación a dicha entidad demandada se surtió por conducta concluyente ante poder especial otorgado el 10 de marzo de 2015 (fl. 267) según puede leerse en el auto del 9 de julio de 2015 (fl. 283), la respuesta a la demanda la ofrece en este caso el apoderado especial de la sociedad **Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - Fiduagraria S.A.**, actuando en calidad de administrador y vocero del **Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS**, y, por tanto, también como vocero procesal de la entidad liquidada, en los términos señalados en el auto del 28 de septiembre de 2015 (fl. 295).

En dicha respuesta, la entidad fiduciaria aclara que solo puede responder como administradora y vocera del mencionado patrimonio autónomo, sin que en ningún caso pueda verse comprometido su propio patrimonio.

Frente a los hechos de la demanda, indica que en su gran mayoría ninguno de ellos le consta, como quiera que se trata de circunstancias relacionadas con una entidad extinta y distinta de la fiduciaria. En ese orden propuso como excepciones las denominadas “Inexistencia de la obligación demandada”; “Marco normativo referente al Contrato de Fiducia Mercantil”; “Falta de legitimación en la causa por pasiva”; “Pago total de la deuda”; “Cobro de lo no debido”; “Enriquecimiento sin causa”; “Buena fe” y “Prescripción”.

**II - Sentencia de primera instancia**

La Jueza de primera instancia declaró probadas las excepciones de “Inexistencia de la obligación demandada” y “Cobro de lo no debido”. En consecuencia, absolvió a la sucesora procesal del I.S.S., Fiduagraria S.A., *como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes del I.S.S.*, de las pretensiones formuladas en su contra por la señora Martha Luz Muñoz González, a quien condenó al pago de las costas procesales.

Para llegar a esa determinación la A-quo manifestó, en resumen, que de las pruebas recaudadas en el proceso no era factible establecer con certeza los lapsos en los que la promotora de la litis se desempeñó como profesional universitario, pues si bien varios de los testigos afirmaron que ella reemplazó en distintas ocasiones a los distintos jefes de área del departamento financiero, también aseguraron los deponentes que ello se daba por interregnos específicos y que la demandante retornaba a ejecutar sus labores como técnica de servicios administrativos; de manera que al no haber precisión frente a los extremos de la relación que se esgrime en la demanda, no era posible acceder a los pedidos plasmados en ella.

**III- Recurso de apelación**

Contra la anterior decisión interpuso recurso de apelación el togado de la parte demandante, arguyendo, en síntesis, que quedó probado que su prohijada reemplazó a profesionales universitarios que se jubilaron y en cuyo cargo no hubo más nombramientos al estar congelada la planta de personal, de ahí que se pueda concluir que la aquella ocupó esos cargos de manera definitiva; razón por la cual debía revocarse la sentencia para, en su lugar, acceder a la suplicas de la demanda.

**IV – Consideraciones**

**4.1. Régimen jurídico aplicable a los trabajadores del extinto Instituto de Seguros Sociales**

En un comienzo las personas que prestaban sus servicios al ISS tuvieron el carácter de trabajadores particulares –Ver Decreto-Ley 2324 de 1948-; ulteriormente obtuvieron el reconocimiento jurisprudencial de trabajadores oficiales y, finalmente, les fue otorgado el estatus de funcionarios de la seguridad social, con excepción de aquellos empleados cuyas funciones, por ser del nivel directivo, se sujetan a las normas generales que rigen para los funcionarios de la Rama Ejecutiva, salvo las funciones relacionadas con actividades como la mecánica, el aseo, etc., que son desempeñadas por trabajadores oficiales, según quedó definido en el Decreto 1651 de 1977.

Tal categoría, la de funcionario de la seguridad social, es a todas luces *sui generis,* ya que se encuentra en un punto intermedio entre la de empleado público y la de trabajador oficial, toda vez que dichas personas estaban vinculadas a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial que les confiere el derecho a celebrar colectivamente con el Instituto de Seguros Sociales convenciones para modificar las asignaciones básicas de sus cargos y demás.

Por medio del Decreto 413 de 1980, el Gobierno reglamentó esta categoría especial, diferenciando los cargos discrecionales de los de carrera, regulando el ingreso al servicio y el proceso de selección de personal, el período de prueba y lo relacionado con el escalafonamiento y novedades del personal.

Ahora bien, hasta el 31 de diciembre de 1992, el Instituto de Seguros Sociales era un establecimiento público adscrito al Ministerio de Trabajo, que derivó su naturaleza jurídica de lo dispuesto en el artículo 47 del Decreto-Ley 1651 de 1977. Sin embargo, posteriormente, de manera puntal a partir del 1º de enero de 1993, dicho Instituto se convirtió en una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, al tenor de lo estatuido en el artículo 1o. del Decreto-Ley 2148 de 1992.

Pues bien, recordemos que el Decreto **3135 de 1968** establece que las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como regla general, son trabajadores oficiales, por lo cual podría pensarse que la transformación jurídica que sufrió el Instituto de Seguros Sociales en el año 1993, tuvo implicaciones sobre el estatus laboral del grueso de los trabajadores de la entidad, dado que el mentado Decreto no introduce la categoría laboral especial prevista en el Decreto 1651 de 1977, de lo cual podría colegirse igualmente que, a partir del año 1992, desapareció del ordenamiento jurídico la figura “sui generis” del “funcionario de la seguridad social”

No obstante lo anterior, el parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 establecía que “***Los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales mantendrán el carácter de empleados de la Seguridad Social”,*** lo cual mantuvo vigente tal figura laboral hasta el 30 de octubre de 1996, cuando la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-579 de esa anualidad, declaró inexequible el citado párrafo y el inciso 2º del artículo 3º del Decreto-Ley 1651 de 1977, al considerar que dichos enunciado normativos privaban a los denominados “funcionario de la seguridad social” de la condición de trabajadores oficiales -adquirida por el cambio de naturaleza jurídica de la entidad-, y los colocaba en situación de desigualdad frente a los demás trabajadores oficiales de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable entre los medios empleados y la finalidad perseguida[[1]](#footnote-1).

Todo lo anterior explica la razón por la cual en el artículo 3º del Decreto 1402 de 1994 *“por medio del cual se establece el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES”*, el Presidente de la República acopló dentro de la categoría de empleados del ISS a los trabajadores de carrera (funcionarios de la seguridad social), cuyos cargos se *“proveen por nombramiento en periodo de prueba o por ascenso, previo proceso de selección”*.

En ese mismo Decreto (artículo 10) se establece que *“el manual de funciones y requisitos para el desempeño de las distintas clases de empleos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES será establecido mediante Resolución por la Presidencia del Instituto (…)”* ,lo que en efecto ocurrió con la expedición de la Resolución No. 2800 del 1º de julio de 1994[[2]](#footnote-2), en la cual figuran como empleados del nivel ejecutivo los cargos de *“jefe de departamento”* y *“coordinador”* , al tiempo que se distinguen de los niveles inferiores de *“técnico de servicios administrativos”* y *“auxiliar de servicios administrativos”*, acto administrativo sobre el que será necesario volver más adelante.

Asimismo, en el artículo 3º de la citada Resolución, se establece que los trabajadores oficiales serán vinculados a través de contrato individual de trabajo para el desempeño de una determinada actividad que no podrá variar -bajo ningún concepto y mientras permanezca en el cargo- el ejercicio de dicha actividad principal, salvo en los casos de encargo o comisión. Esto sin perjuicio de las órdenes e instrucciones impartidas por el superior jerárquico o la autoridad competente, señala el mismo artículo. Además, se advierte que los trabajadores oficiales no podrán desempeñar bajo modalidad de encargo o comisión, ya sea por vacancia temporal o definitiva, cargos propios de los funcionarios de seguridad social o de los empleados públicos y viceversa.

**4.2.** **Mecanismos de ascenso o movilidad salarial al interior del Instituto del Seguro Social**

Es bien sabido que por regla general para los empleos de carrera se tiene previsto un mecanismo de ascenso por concurso[[3]](#footnote-3) (Art. 123 de la Constitución política), ya que los empleados públicos ingresan al servicio mediante nombramiento, su vinculación es legal y reglamentaria, el ejercicio de la función está precedido de la posesión del cargo (art. 125 de la C.P.), de modo que la re-categorización o la variación del cargo bajo el cual toma posesión un empleado público de carrera depende del hecho de haber ganado el concurso de ingreso o ascenso al interior de la entidad y no de una decisión discrecional del nominador.

Ello no opera así para los trabajadores oficiales, quienes son vinculados a la administración pública mediante contrato de trabajo, pues estos pueden negociar las cláusulas económicas y sus prestaciones sociales son objeto de regulación en el respectivo contrato y en algunos casos en la convención colectiva de trabajo o en los estatutos internos de la entidad pública, documentos estos en los que debe preverse el mecanismo de movilidad salarial o el régimen de ascensos y reclasificación al interior de la entidad.

A propósito de esto, en la convención colectiva de trabajo celebrada ente el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y su sindicato mayoritario (fl. 60 y s.s.), de la cual es beneficiaria la demandante, se establecen los requisitos de ascenso al siguiente tenor: *“****ARTICULO 31****: el ISS revisará los requisitos mínimos que requieren los trabajadores oficiales en el Instituto con el fin de que puedan ser sujetos de estímulos y se les permita ascender a cargos de mayor jerarquía y responsabilidad teniendo en cuenta la experiencia para aquellos cargos que admitan esa equivalencia.* *PARAGRAFO: Las solicitudes de ascenso del Trabajador Oficial que tramiten a partir de la fecha de la firma de la presente Convención Colectiva, se resolverán con las tablas de equivalencia aplicadas a los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público, mientras se efectúa la modificación del Manual de Requisitos Mínimos del ISS”.*

**4.3. El derecho a la igualdad. Principio “A igual trabajo, igual salario”**

En reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha señalado que el derecho a la igualdad no plantea una igualdad matemática, sino una igualdad real, que busca un trato igual a las personas que se encuentran bajo unas mismas condiciones, y que justifica un trato diferente sólo cuando se encuentran bajo distintas condiciones. Con base en este derecho fundamental contenido en el artículo 13 de la Carta Política es que se ha dado desarrollo en la jurisprudencia al principio de justicia retributiva reconocido bajo el aforismo "a trabajo igual, salario igual".

La Corte ha señalado que no se puede dar un trato discriminatorio entre trabajadores, que cumpliendo una misma labor con las mismas responsabilidades, sean objeto de una remuneración diferente. Al respecto cabe señalar que no se puede dejar en manos del mismo empleador, la posibilidad de que éste desarrolle criterios, subjetivos, amañados y caprichosos que pretendan justificar un trato discriminatorio entre trabajadores que desarrollan la misma actividad.

Empero, debe tenerse en cuenta que el principio de igualdad se traduce en el derecho a que no se configuren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en*idénticas circunstancias*, lo que prohíbe que los órganos del poder público puedan establecer condiciones desiguales para situaciones iguales y viceversa, salvo que medie justificación razonable, esto es, que a la luz de los mismos principios, valores y derechos consagrados en nuestra Carta Política, resulte siendo admisible.

**4.4. Igualdad remunerativa y criterios para la diferenciación salarial objetiva**

Es del caso destacar que en el año 2011 (29 de diciembre de ese año) se expidió la Ley 1496 de 2011, con el objeto de garantizar la igualdad salarial y de cualquier forma de retribución laboral entre mujeres y hombres, fijar los mecanismos que permitan que dicha igualdad sea real y efectiva tanto en el sector público como en el privado y establecer los lineamientos generales que permitan erradicar cualquier forma discriminatoria en materia de retribución laboral.

Aquella no fue la primera consagración legal del principio universal del derecho a la igualdad salarial, expresado bajo el imperativo moral antes señalado. Ya desde el año 1945, el artículo 5º de la Ley 6º de ese año, consagraba: *“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”*

De igual forma, el artículo 143 del código sustantivo de trabajo, desde el año 1950, tiene previsto que: **1)** a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual y **2)** no pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales. Por último, el artículo 53 de la Constitución Política también establece que la remuneración debe ser proporcional a la cantidad y calidad del trabajo.

Ha de advertirse, que la primera de las leyes mencionadas (Ley 1496 de 2011) adicionó el artículo 143 del C.S.T., introduciendo la presunción legal según la cual *“todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación”*

En el campo de la jurisprudencia nacional, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, tiene previsto que para dar aplicación al citado principio (“a trabajo igual salario igual”) es deber del reclamante demostrar que el trabajo desempeñado lo fue en igualdad de condiciones de eficiencia, responsabilidad, intensidad y calidad de trabajo respecto a un trabajador mejor remunerado que él, y que en la aplicación de dicho principio, no es suficiente que un trabajador desempeñe formalmente el mismo cargo de otro, puesto que, de cara a la regulación legal de la materia, establecida en el artículo 143 Código Sustantivo del Trabajo, lo relevante a la hora de determinar si dos trabajadores realizan un trabajo de igual valor es que ambos desempeñen el mismo puesto, en la misma jornada y con las mismas condiciones de eficiencia.

**4.5. Caso concreto**

Antes de pasar al análisis de las pruebas que obran en el proceso, es del caso resaltar que cuando un trabajador o trabajadora pretende una nivelación salarial sobre la base de que la función que desempeñaba resulta equiparable a la de otro funcionario que se remunera con mayor salario, caso en el cual debe el interesado ponerse en posición de demostrar que cumple las mismas funciones de aquel con el que se siente en desigualdad, que cuenta con su misma preparación y que acredita los requisitos que el empleo exige.

Pues bien, como se había anticipado líneas atrás, por medio de la Resolución No. 2800 de 1994, la presidencia del Instituto de Seguros Sociales (hoy extinto) adoptó el manual de funciones y requisitos de los cargos de la entidad.

En el artículo 6º de dicho decreto, se establece que los cargos se clasifican por niveles jerárquicos que se determinan de acuerdo con la naturaleza general de sus funciones la índole de sus responsabilidades y los requisitos exigidos para su desempeño en: directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, auxiliar y operativo; y en el artículo 26, se dispone que *“para el ingreso al servicio o para el ascenso se requerirá el cumplimiento de los requisitos señalados para el cargo, además de las condiciones señaladas para el efecto en la ley o en los respectivos reglamentos”*

Volviendo al caso concreto, recordemos que la demandante asegura que las actividades que le fueron asignadas en el Departamento Financiero, a partir del 10 de febrero de 1999, corresponden a las que normalmente debe ejecutar un “Profesional Universitario Grado 27”. Partiendo de dicha premisa, es del caso subrayar que en el artículo 10 ídem, se indica que atañe al Nivel Profesional de la entidad, entre otras funciones las de *“aplicar los conocimientos, principios y técnicas académicas para generar nuevos productos o servicios; efectuar aplicaciones de los ya existentes y desarrollar métodos de producción, analizar, proyectar, perfeccionar y recomendar las acciones que deban adoptarse para el logro de los objetivos y las metas del instituto; realizar investigaciones, experimentos y análisis, con el fin de probar, elaborar o perfeccionar bienes y servicios y controlar o desarrollar procedimientos, estudiar, evaluar y conceptuar acerca de asuntos de competencia de la entidad y de la dependencia a la cual se encuentra vinculado, de acuerdo con las normas preestablecidas; analizar, revisar, controlar y evaluar los sistemas y procedimientos para garantizar su efectividad”*, etc.”

En cuanto a los requisitos para el desempeño de los empleos, dispone la citada resolución en su artículo 14, que son factores para la determinación de los requisitos los estudios, experiencia y cursos específicos que se establecen según la jerarquía, funciones y responsabilidades de los respectivos empleos, y en relación al factor experiencia, previene el artículo 18, que corresponde a los conocimientos, habilidades y las destrezas adquiridas o desarrolladas mediante el ejercicio de una profesión, ocupación, arte u oficio, la cual puede ser profesional, que se adquiere por el ejercicio de las actividades propias de la profesión o especialidad y que solo empieza a contar a partir de la terminación y aprobación de las materias que conforman el pensum académico de la respectiva formación universitaria o profesional, o de especialización (y es la que se exige para el desempeño de empleos de los niveles directivos, asesor ejecutivo y profesional); especifica, que se adquiere en el ejercicio de las funciones de un empleo en particular; relacionada, es decir, aquella que se adquiere en el ejercicio de empleos que tengas funciones similares a las del cargo a proveer, y general, que se adquiere en el ejercicio de cualquier empleo, profesión, ocupación, arte u oficio.

En el expediente no obra prueba documental que permita determinar con precisión los cargos que supuestamente desempeñó Martha Luz Muñoz en el Departamento Financiero de ISS, evidenciándose una deficiencia probatoria de la parte demandante para demostrar como tal los cargos de los cuales se busca la homologación del salario.

Por otra parte, en cuanto a los testigos, **Doris Marina Castro** resaltó que si bien a la demandante la rotaban para que reemplazara **temporalmente** –en casos de necesidad- a los distintos jefes del área de costos, cuentas o contabilidad *-todos profesionales universitarios-*, **ella** **nunca tuvo la categoría de jefe.** Además, agregó, que en 2011 la señora Martha Luz Muñoz pasó al Departamento de pensiones, y estuvo en el área de derechos de petición, tutelas y expedientes, en la cual no tenía funciones de profesional universitario.

Por su parte, la testiga **Fanny Giraldo Restrepo** afirmóque en las distintas ocasiones que se le pidió a la demandante que ocupara el cargo de un profesional universitario, la petición se hizo a través de un oficio, y sólo cuando se trasladó al departamento de pensiones *–más o menos en el 2008 o 2009-* se le puso de presente a través de un acto administrativo. Lo anterior resulta relevante por cuanto se advierte la falta de certeza entre esta deponente y la anterior respecto de la fecha en que la actora ingresó al departamento de pensiones; tampoco se logra extraer de sus dichos las fechas precisas en las que la demandante ocupó los cargos de profesional universitario, ni las fechas en las que se jubilaron los profesionales universitarios, cuyos cargos pasaron a ser ocupados por la actora permanentemente, como se alega en la censura.

Por su parte, el testigo Alberto Valencia Jaramillo, quien salió de la entidad en el 2007, -*esto es, no puede dar fe de lo ocurrido desde esa anualidad-* coincide con las demás testigos en que los cargos que ocupó la actora no fueron permanentes, sino temporales, por situaciones concretas que se iban dando al interior del departamento financiero del entonces I.S.S.

Finalmente, la testiga Rubiela Toro, quien laboró en la entidad hasta el 2009, indicó que la demandante hacía reemplazos y volvía a su puesto; también refiere que la actora estuvo en el departamento de pensiones –sin precisar las fechas-, y resaltó que una de las características de quienes cumplían el rol de profesionales universitarios era que firmaban; actuación de la que no existe constancia que haya sido desplegada por la señora Muñoz Gonzalez.

De lo anterior se extrae, tal como lo concluyera la A-quo, que la demandante era encargada de manera temporal de las funciones de profesional universitario, pues no se probó cuáles fueron las fechas puntuales en las que estuvo desempeñando los cargos alegados en la demanda, ni las funciones plasmadas para cada uno de ellos de manera particular en el manual de funciones o si cumplía a cabalidad los requisitos exigidos para cada uno de ellos, como por ejemplos, los exigidos en el área de pensiones para resolver acciones de tutela, situación que constituye una deficiencia probatoria a la luz de lo indicado por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia del 24 de mayo de 2015, radicado 23148.

Finalmente, frente a la manifestación de la congelación de la planta de personal se reitera: no se demostró cuáles eran los cargos en concreto que pasó a ocupar de manera definitiva con ocasión de la jubilación de algunos de los profesionales universitarios con los cuales se pretende realizar la nivelación salarial, por lo que no se podía suponer que efectivamente existían los cargos que se alega haber ocupado en el área financiera.

En suma de todo lo dicho, se confirmará la decisión de primer grado y se condenará en costas procesales de segunda instancia a la demandante.

En mérito de lo expuesto, **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala de Decisión Laboral No. 1**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO**.- **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia de la referencia.

**SEGUNDO**.- **CONDENAR** en costas procesales de segunda instancia a la parte demandante y a favor del PAR I.S.S. en un 100%. Liquídense por el Juzgado de Origen.

Notificación surtida en estrados. **Cúmplase y devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada ponente,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrado

1. Señaló la Corte: “así pues, al adscribírseles a los trabajadores del I.S.S. el carácter de empleados de la seguridad social, es decir, vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria y no la contractual propia del resto de trabajadores oficiales que laboran al servicio de todas las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, se rompe el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 constitucional, pues es claro que con aquella normatividad quienes prestan sus servicios al mencionado Instituto no tendrían los mismos derechos laborales y la misma protección legal con respecto a los que trabajan en las demás empresas del mismo rango y naturaleza. (…) Por consiguiente, quienes laboran al servicio del Instituto de Seguros Sociales, convertido en Empresa Industrial y Comercial del Estado, a raíz de la reestructuración que se produjo en la citada entidad, adquieren en consecuencia por regla general la calidad de trabajadores oficiales con todos los derechos inherentes a esta clase de servidores públicos, como el de la negociación colectiva, con las excepciones señaladas en la ley (artículo 55) o en la misma Constitución que considera a la salud como objetivo fundamental de su actividad en la prestación del servicio público inherente a la finalidad del Estado (artículo 366 CP.), y por consiguiente no es posible decretar la huelga, ni realizar cesación colectiva de trabajo. [↑](#footnote-ref-1)
2. La Resolución contiene las funciones y requisitos de los empleos provistos por el Instituto de Seguro social, en dónde se puede destacar que los cargos de la entidad se encuentran clasificados por niveles jerárquicos que se determinan de acuerdo con la naturaleza general de sus funciones, la índole de sus responsabilidades y requisitos exigidos para su desempeño. Los niveles son Directivos, Asesor, Ejecutivo, Profesional, Técnico, Auxiliar y Operativo, para éstos niveles y para el óptimo desempeño de sus funciones, forma parte fundamental el tipo de estudios, experiencia y cursos específicos, base sobre la cual se determinan los requisitos mínimos para el ejercicio de los cargos. [↑](#footnote-ref-2)
3. Al respecto pueden ser consultadas las leyes 190 de 1995, 443 de 1998 y 909 de 2004. [↑](#footnote-ref-3)