El siguiente es el documento presentado por la Magistrada ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Corporación.

**Providencia :** Sentencia del 21 de noviembre de 2016

**Radicación No. :** 66001-31-05-003-2014-00663-01

**Proceso :** Ordinario Laboral

**Demandante :** José Belarion Valencia Correa

**Demandado :** Instituto de Seguros Sociales

**Juzgado :** Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**M.P. :** Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema EL DERECHO A LA IGUALDAD Y EL 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 al principio de "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.

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

#### **SALA LABORAL**

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

**(Noviembre 21 de 2016)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 10:20 a.m. de hoy, lunes (21) de noviembre de 2016, 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 **JOSE BELARION VALENCIA CORREA** en contra del –HOY EXTINTO- INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**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 el demandante, lo mismo que el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada, en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el pasado 19 de junio de 2015.

**PROBLEMA JURIDICO**

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

1. **LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

El señor **JOSÉ BELARIÓN VALENCIA OSPINA** asegura que se vinculó al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –HOY EXTINTO-** el 12 de febrero de 1992, mediante nombramiento en provisionalidad hasta el 31 de diciembre de 1996, y a partir del 1º de enero de 1997, ingresó a la planta de personal de la entidad mediante contrato individual de trabajo a término indefinido en el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS, grado 13, con registro No. 19342.

Aduce igualmente, que desde tal fecha estuvo vinculado al sindicato de trabajadores del ISS hasta la aceptación de su renuncia a la entidad, lo cual ocurrió el 28 de marzo de 2014.

Indica igualmente, que en el año 1994 obtuvo título de “técnico en relaciones industriales” en el SENA y posteriormente se graduó como profesional en “Salud Ocupacional Higiene y Seguridad Industrial” en el año 1999 y que a la fecha en que se vinculó como trabajador oficial a la entidad, contaba con más de cinco (5) años de experiencia laboral, contabilizando el tiempo que laboró en provisionalidad (esto es, entre el 12 de febrero de 1992 y el 1º de enero de 1997).

De otra parte, advierte que conforme se acredita con dos oficios anexos a la demanda, se desempeñó en el área de almacén e inventario y que al 1º de enero de 1997, fecha en que fue contratado por la entidad, cumplía con los requisitos académicos y de experiencia exigida a los empleados del nivel técnico, por lo que podía desempeñarse como jefe de almacén y como jefe o coordinador de análisis de inventarios, tal y como lo hizo a lo largo de la relación laboral.

Debido a las ya mencionadas aptitudes, señala, fue llamado, mediante oficio No. 142260 de 23 de septiembre de 1996, a ocupar la vacante que dejó la señora MARIA INÉS DIEZ, quien hasta esa fecha cumplía las funciones de coordinadora de inventarios o jefa de análisis de inventarios con la asignación salarial correspondiente a un TÉCNICO ADMINISTRATIVO.

Agrega que las áreas de inventario y almacén dependían del área de bienes y suministros y la jefa de esta última dependencia era su superior inmediata; que en el año 1998, la Jefa del Departamento de Bienes y Suministros, Dra. STELLA GARCÍA BOTERO, certificó, mediante oficio del 7 de mayo de 1998, algunas de las funciones que debía desempeñar, entre las que se destaca las de participar en la planeación, programación, organización, ejecución y control de las actividades propias del grupo de inventarios y coordinar, supervisar y evaluar las actividades y labores de las personas bajo su responsabilidad, entre otras, relacionadas en el hecho décimo quinto de la demanda (Fl. 4), las cuales cumplió hasta el 27 de junio de 1999, fecha en la cual fue requerido para reemplazar en el área del almacén a la señora MARÍA TERESA GRAJALES, quien era igualmente empleada del nivel técnico administrativo[[1]](#footnote-1). Una vez cumplida su labor volvió al área de inventarios, para posteriormente volver a reemplazar a la citada funcionaria el 5 de junio de 2002.

Por último, aduce que hasta la fecha de terminación del vínculo laboral se encontraba en la Coordinación de Análisis de Inventario ejerciendo las funciones de MARIA INÉS DIEZ, a quien había reemplazado desde el 23 de septiembre de 1996, y quien se encontraba en el nivel salario de “técnico administrativo”, pese a lo cual a él siempre le pagaron la asignación correspondiente a un “auxiliar de servicios administrativos”

En tal virtud, solicita que se declare que ejerció al interior del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES los cargos de jefe de almacén y coordinador de análisis e inventarios entre el 1º de enero de 1997 y el 28 de marzo de 2014, los cuales son cargos del NIVEL TÉCNICO.

En consecuencia, que se imponga como condena a la demandada pagar la diferencia salarial entre un empleado del nivel auxiliar y uno del nivel técnico, la cual calcula en la suma de $51.609.304.

En ese orden, igualmente solicita la reliquidación de todas sus prestaciones tales como prima de navidad, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, cesantías e intereses a las cesantías, aportes a seguridad social, prima de antigüedad y jubilación, tomando como base el salario de un empleado del nivel técnico.

Asimismo, reclama el pago de la indemnización moratoria sobre el mayor valor adeudado por concepto del reajuste de sus cesantías, conforme a lo previsto en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949.

Subsidiariamente, solicita las mismas condenas bajo la declaración de que estas proceden en desarrollo del principio de igualdad, por haber ejercido siempre las funciones propias de un técnico administrativo en los cargos de Jefe de Almacén y Jefe de Inventario.

 La entidad demandada no desconoció la vinculación laboral del demandante al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Sin embargo, indicó que no le constaba la fecha de su ingreso a la entidad ni el tiempo de experiencia acreditada a la fecha en que suscribió el contrato individual de trabajo, teniendo en cuenta que al parecer, antes de ser contratado en el año 1997, había prestado servicios a la entidad bajo la modalidad de provisionalidad.

 De otra parte, advirtió que el demandante fue contratado en el nivel de auxiliar de servicios administrativos -tal y como fue reconocido en los hechos de la demanda- y para ascender al nivel técnico, no solo requería acreditar los requisitos académicos y de experiencia para el cargo, sino presentar concurso y haberlo ganado, lo cual no fue acreditado con los documentos anexos a la demanda.

En ese orden, se opuso a las pretensiones de la demanda y sustentó su oposición invocando las excepciones de “pago total de la deuda”, “cobro de lo no debido”, “enriquecimiento sin justa causa”, “buena fe” y “prescripción”.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La jueza de primera instancia decidió condenar a la entidad demandada al pago de la diferencia salarial reclamada y a la reliquidación de las prestaciones sociales pagadas entre el 26 de noviembre de 2011 y 28 de marzo de 2014, haciendo operar la prescripción para los emolumentos causados por fuera de ese interregno, para lo cual confrontó la asignación básica salarial devengada por el trabajador a lo largo de la relación laboral (visible entre los folios 66 al 69) con la suma devengada por un técnico administrativo grado 18, poniendo la mirada en la certificación aportada por la misma demandada (visible en el folio 70), lo que resultó en las condenas detalladas y disgregadas en el acta de la audiencia de juzgamiento -por lo cual no se hace necesario reproducirlas en esta instancia- cuya sumatoria asciende al monto **$20.995.283** (Fl. 258-259), al considerar que las pruebas documentales y testimoniales ponían de manifiesto que, desde el inicio de su vinculación laboral, el demandante cumplía las funciones correspondientes a un técnico administrativo, desempeñándose en los cargos de jefe de almacén y coordinador de inventarios, conforme quedó acreditado con los siguientes medios de convicción:

**1-** Los documentos visibles en los folios 32, 36 y 43, en los que se puede observar que la entidad demandada encargó al demandante, en diferentes fechas, primero, de la Coordinación de Inventarios, y después, del Almacén General, cargos cuyas funciones corresponden al nivel técnico.

**2-** El señor Valencia Correa reemplazó en el cargo a personas que se jubilaron ocupando cargos del nivel técnico, según lo indicado por las señora DORA PINEDO ZULUAGA, MARLENY DIAZ HENAO, IDALBA RAMIREZ PULGARÍN y MARÍA EDILIA CARTAGENA OCAMPO, quienes rindieron testimonio en sede de primera instancia.

De ello dedujo que las funciones desempañadas por el demandante correspondían a las de un empleado del nivel técnico, a pesar de lo cual la entidad demandada le había pagado siempre el salario correspondiente al de un cargo de inferior categoría como lo es de un auxiliar, por lo que tenía derecho a la nivelación de su salario con del cargo de técnico grado 18, en aplicación del principio de igualdad.

De otra parte, accedió a la modificación del Ingreso Base de Cotización reportado por el demandante mientras estuvo al servicio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, para lo cual condenó a esta última a pagar a las entidades de la seguridad social en salud y pensiones el valor de la reliquidación de los aportes con base en la nueva asignación salarial del demandante, lo cual calculó en la suma de **$7.404.925**, correspondientes al mayor valor de los aportes entre el 26 de noviembre de 2011 y el 28 de marzo de 2014, haciendo igualmente operar la prescripción frente a los aportes causados con antelación al 26 de noviembre de 2011. Asimismo, ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, con base en la asignación salarial de un empleado del nivel técnico administrativo.

Por último, sin el más mínimo análisis del elemento eximente de la buena fe, la jueza de primera instancia condenó a la entidad demandada al pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, consistente en el pago de un día de salario equivalente a la suma de $65.809,43, para el caso del demandante, desde el 15 de agosto de 2014 y hasta que se haga efectivo el pago de los emolumentos adeudados, lo que a la fecha asciende a la suma **$55.148.302,3** y condenó en costas procesales fijando las agencias en derecho en la suma de **$4.000.000**.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

El demandante apela parcialmente la decisión acabada de resumir, atacando únicamente lo concerniente a los extremos temporales de la prescripción trienal declarada por la *a-quo*, señalando que esta ha debido tener efectos extintivos sobre los valores adeudados con anterioridad al 29 de junio de 2011, teniendo en cuenta que la reclamación administrativa fue presentada el 29 de junio de 2013, cuando aún estaba vigente la vinculación laboral, tal y como se acredita con el documento visible entre los folios 24-28 del expediente. Adicionalmente, impugna la prescripción sobre los aportes pensionales, pues considera que está suficientemente decantado por la jurisprudencia que esta no empieza a correr mientras no se consolide el derecho a la pensión.

1. **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 -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 "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 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, 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.

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 1996, 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 coloca 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[[2]](#footnote-2).

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 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 (…)”* (Art. 10),lo que en efecto ocurrió con la expedición de la Resolución No. 2800 del 1º de julio de 1994[[3]](#footnote-3), allegada al proceso por el demandante (Fl. 75 y s.s.), 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”*.

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[[4]](#footnote-4) (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.

Precisamente, en la convención colectiva de trabajo celebrada ente el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y su sindicato mayoritario (Fl. 135-206), de la cual es beneficiario el 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 Y EL 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 al principio de "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.

**V. CASO CONCRETO**

**5.1. BALANCE DE LOS MEDIOS DE CONVICCIÓN ARRIMADOS AL PROCESO**

El demandante ingresó a laborar a la entidad demandada mediante nombramiento en provisionalidad el 12 de febrero de 1992, y firmó contrato de trabajo el 1º de enero de 1997 en el cargo de Auxiliar de Servicios Administrativos Grado 13 (Fls. 44 y s.s.), el cual se encuentra clasificado dentro de la estructura operacional de la entidad como un cargo desempeñado por trabajadores oficiales.

Igualmente, obra en el plenario la comunicación No. 0685 del 3 de septiembre de 1992, en la cual la jefa de personal de la entidad le informa al demandante su traslado a la sección de suministros de la entidad (Fl. 31).

También se observa, en el folio siguiente, una comunicación del 3 de octubre de 1996, es decir, antes de que el demandante firmara contrato de trabajo, en la cual se le informa que a partir de la fecha debía asumir las funciones que venía desempeñando la señora MARIA INES DIEZ como coordinadora de inventarios.

De otra parte, aparecen en el expediente dos certificaciones que dan cuenta de que el demandante desarrolló las funciones de Jefe del Grupo de Inventarios durante el proceso de descentralización de la Clínica Pío XII, entre mayo de 1994 y octubre de 1996 (Fls. 34-35).

Asimismo, hay prueba documental de que, entre el 1º de agosto de 1999 y el día 30 del mismo mes y año, el demandante fue comisionado por treinta (30) días para prestar sus servicios en el almacén general de la entidad, y que, desde el 5 de junio de 2001, fue trasladado al área de inventarios, haciendo empalme con la señora MARIA TERESA GRAJALES ADARVE, quien firma el acta de empalme como profesional universitaria y el demandante como ayudante de servicios administrativos (Fl. 39 y 40).

Por último, aparece en el folio 44 del expediente comunicación del 2 de diciembre de 2005, suscrita por el Gerente Seccional de la entidad, en la cual se le informa al demandante que, por necesidades de servicio, era requerido para hacerse cargo del almacén general.

El contenido de esas pruebas documentales coincide cabalmente con la versión de los hechos expuesta por las cuatro (4) deponentes convocadas al proceso por el demandante, quienes no dudaron en señalar que el demandante alternaba entre los cargos de Jefe de Almacén y Coordinador de Inventarios, así:

 La señora **DORA PINEDA ZULUAGA** dice que ingresó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a desempeñar el cargo de Jefa de Finanzas en el año 2000 y allí conoció al demandante, quien para esa fecha ocupaba el cargo de Jefe de Almacén en el Departamento de Suministros, también llamado de Bienes y Servicios.

 Señala igualmente que un año después, desde el 2001, el demandante asumió la Coordinación de Inventarios dentro del mismo Departamento, de lo cual puede dar fe por lo menos hasta el año 2003, cuando dejó de trabajar en la entidad, para luego reintegrarse en el año 2006 como Jefe de Bienes y Servicios (suministros) del ISS, departamento que tenía a su cargo la dependencia de inventarios y activos, la cual era coordinada por el demandante.

 **MARLENY DIAZ HENAO**, por su parte, señala que llegó trasladada de la ciudad de Bogotá a la ciudad de Pereira en el año 1997 y que fue incorporada, primero, a la oficina de inventarios que estaba a cargo del demandante, quien fue su jefe inmediato por dos (2) o tres (3) años, y después, a la guardería de la entidad, ubicada en el barrio Álamos de esta ciudad; para luego volvérselo a encontrar nuevamente en el año 2004, en la misma subsección de inventarios, a donde fue trasladada para apoyar el proceso de escisión de la entidad hasta el año 2006, cuando fue reubicada en la oficina de Archivo y Correspondencia del ISS.

 **MARIA IDALBA RAMIREZ PULGARÍN**, asegura que ingresó a la entidad al cargo de secretaria en el departamento de suministros en el año 1990, que su jefa inmediata era la señora MARIA EDILIA CARTAGENA, jefe del almacén, quien a su vez respondía a la órdenes de la Doctora LUZ STELLA GARCÍA, que era la Jefa del Departamento de Bienes y Servicios (suministros)

Agrega igualmente, que un año y medio (1 ½) después de su ingreso a la entidad, se incorporó el demandante como auxiliar administrativo, y debido a su buena disposición para el trabajo, la jefa del almacén de aquel entonces, MARIA EDILIA CARTAGENA, le empezó a delegar algunas funciones más complejas, hasta más o menos el año 1995 o 1996, cuando asumió el cargo de Jefe de Almacén, debido al traslado de la señora María Edilia a otro departamento al interior de la entidad. Señaló en este punto, que el demandante, aún sin haberse graduado, pasó a ser su Jefe inmediato, pues ella fue, por algunos años, secretaria dentro del Departamento de suministros, y que en el año 2005, volvió a ser su jefe hasta el año 2008, pues en ese lapso ella volvió a trabajar en el Almacén, el cual estaba a cargo del demandante.

Por último, **MARIA EDILIA CARTAGENA OCAMPO**, asegura que ella era la Jefa del Almacén cuando el demandante ingresó a laborar a la entidad, y que lo fue hasta el año 1999, cuando, contra su voluntad, la entidad la trasladó a la jefatura de cuentas, a reemplazar a la señora MARIA TERESA GRAJALES, quien como profesional universitaria devengaba más el doble de lo que ella devengaba como Técnico Administrativo Grado 18.

Indicó además, que la señora MARIA TERESA GRAJALES asumió desde ese momento la jefatura del almacén, en la que el demandante la reemplazó mientras estuvo de vacaciones, y que ella volvió al almacén un año antes de pensionarse y el demandante fue promovido a la Coordinación de Inventarios (Fl. 39).

Asimismo, todas las deponentes concuerdan en señalar que la jefatura del almacén y la coordinación de inventarios eran cargos que debían ser ocupados por alguien del nivel técnico pues exigía el manejo de códigos, la contratación de equipamientos, dotación y almacenamiento de medicamentos -hasta cuando dejó de existir la clínica PIO XII del Instituto de Seguros Sociales-, lo mismo que la presentación de balances e informes ante el Gerente y los Jefes de Departamento de la entidad.

**5.2. CONCLUSIONES**

Todo lo anterior nos lleva a concluir, sin dubitación alguna, que casi desde su ingreso a la entidad, al demandante le asignaron la coordinación de inventarios -incluso antes de firmar contrato, cuando estaba en provisionalidad, es decir, ocupando un cargo bajo la antigua categoría de “funcionario de la Seguridad Social”-, cargo que alternaba con el de Jefe de Almacén, que fue precisamente el cargo que ocupó desde el 2 de diciembre de 2005 y hasta la fecha de su renuncia a la entidad, según se puede constatar con la comunicación visible en el folio 44 del expediente.

Partiendo de dicha premisa fáctica, se puede igualmente afirmar que el demandante tenía derecho a percibir el salario de un Jefe de Departamento o de un Coordinador, ambos cargos del nivel ejecutivo (arts. 35 y s.s. del Resolución No. 2800 de 1994, Fl. 101), pues desarrolló a lo largo de su relación laboral las funciones detalladas para esta categoría de empleados, según quedó acreditado con las sendas pruebas aportadas al proceso.

Son precisamente estas conclusiones las que llevan a confirmar la decisión de primera instancia en lo que tiene que ver con viabilidad de la nivelación salarial y el reajuste de las prestaciones sociales del trabajador, lo cual viene a ser reforzado con las siguientes razones:

**1)** Con la demanda, el demandante persigue la nivelación retroactiva de su salario, que era el de un auxiliar administrativo, con el de un empleado del nivel técnico de servicios administrativos grado 18 (Fl. 114), cargo cuyo único requisito es el de acreditar el “título de formación técnica profesional o tecnológica en el área de trabajo”.

El demandante ya se había graduado como “técnico en relaciones industriales” (Fl. 29) en la fecha en la cual le fue asignada la coordinación de inventarios (3 de octubre de 1996, según se puede observar en el folio 32 del expediente). Así mismo, logró acreditar que las personas que reemplazó en los cargos de coordinador de inventarios y Jefe de Almacén de la entidad devengaban lo correspondiente a la categoría de Técnico Administrativo Grado 18, esto es, MARIA INES DIEZ y MARIA EDILIA CARTAGENA OCAMPO.

**2)** Suponiendo que el derecho a la nivelación salarial surgió a partir de la fecha en que el demandante fue puesto al frente del Almacén General, lo cual ocurrió el 2 de diciembre de 2005, según se puede ver en la comunicación que milita en el folio 44 del expediente, ha quedado acreditado que, aunque dicho cargo debía ser ocupado por alguien del nivel ejecutivo -categoría que se encuentra por encima del nivel Técnico y del nivel Auxiliar- lo cierto es que fue ocupado, antes que el demandante, por la señora MARIA EDILIA CARTAGENA OCAMPO, quien fue enfática en señalar que estaba clasificada dentro del nivel técnico administrativo, devengando el salario correspondiente al grado 18 de dicha categoría.

**VI- REVISIÓN DE LAS CONDENAS ECONÓMICAS Y DE LOS ASPECTOS RELACIONADOS CON EL RECURSO DE APELACIÓN**

**6.1. Prescripción**

Advertido lo anterior, se abre paso la revisión de las condenas económicas impuestas a la entidad demandada, para lo cual se hace necesario contrastar, de un lado, el salario que durante los últimos tres (3) años devengó el demandante, y del otro, el percibido por un trabajador oficial del nivel técnico administrativo grado 18, el cual fue certificado por la entidad demandada a través del oficio No. 3987 del 27 de diciembre de 2012, visible en el folio 70 del expediente:

Para el efecto, la Sala debe precisar que, conforme al artículo 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S.,*“el simple reclamo del trabajador con respecto a un derecho determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez a partir de la recepción por parte del patrono del respectivo reclamo”.*

 Ello así, habiéndose acreditado por parte del trabajador que elevó reclamación administrativa a la entidad mediante derecho de petición del 29 de junio de 2013 (Fl. 24), respondido por la demandada el 26 de septiembre del mismo año (Fl. 71), la prescripción extintiva trienal tiene efectos sobre los derechos causados por fuera de los tres (3) años anteriores a la presentación de dicha reclamación, de modo que se encuentran prescriptos los derechos causados con anterioridad al 29 de junio del año 2010, como bien lo advirtió el recurrente en la sustentación del recurso.

**6.2. CONDENAS ECONÓMICAS**

**a. Diferencia salarial**

El demandante hace notar que devengaba una suma inferior a la percibida por los empleados de planta que se desempeñaban en idénticas o similares funciones a las suyas. Esta circunstancia particular, como ya se dijo, raya con el derecho a la igualdad y presupone un flagrante desconocimiento del principio laboral de “igual trabajo, igual remuneración”.

Para efectuar la liquidación de dicha diferencia es necesario restar al salario de un técnico administrativo grado 18 la suma que percibió el demandante como auxiliar administrativo grado 13, valores que se extraen de la relación de salarios visible entre los folios 49 al 69 del expediente, que al ser contrastados con la certificación del monto de las asignaciones mensuales de los empleados de planta de la entidad (Fl. 70), arrojan como resultado la suma de **$16.833.027** por concepto de la diferencia salarial, cifra que resulta superior a la reconocida en sede de primera instancia, debido esencialmente a la modificación del hito inicial a partir del cual empieza a tener efectos la prescripción, por lo que este punto de la sentencia habrá de ser modificado en favor del demandante.

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | Desde | Hasta | NO. Meses | Salario Auxiliar | Salario Técnico | Diferencia |
| 2010 | 29/06/2010 | 31/12/2010 | 6,03 | $1.189.892 | $1.540.280 | $2.112.840 |
| 2011 | 01/01/2011 | 31/12/2011 | 12 | $1.227.612 | $1.589.109 | $4.337.964 |
| 2012 | 01/01/2012 | 31/12/2012 | 12 | $1.288.993 | $1.668.564 | $4.554.852 |
| 2013 | 01/01/2013 | 31/12/2013 | 12 | $1.320.444 | $1.709.277 | $4.665.990 |
| 2014 | 01/01/2014 | 28/03/2014 | 2,93 | $1.346.061 | $1.742.437 | $1.161.381 |
|  |  |  |  |  | **TOTAL** | $16.833.027 |

 **b. Primas de servicio extralegal o convencional**

De conformidad con lo pactado en la convención colectiva en su artículo 50, el actor tiene derecho a la prima de servicio extralegal correspondiente a dos primas de servicio al año, cada una de ellas equivalente a 15 días de salario, pagaderas dentro de los primeros 15 días de los meses de junio y diciembre de cada anualidad. No obstante, solamente resulta exigible el pago de la diferencia de aquellas que se generaron con posterioridad al 29 de junio 2010, dado que las anteriores se encuentran prescritas, como ya se ha explicado. Por este concepto se debió condenar al pago de la suma de **$1.701470**, cifra que resulta un poco superior a la liquidada en primera instancia, en razón de lo cual habrá de modificarse este punto de la sentencia atacada.

**c. Prima de navidad**

Con arreglo a los artículos 11 del Decreto 3135 de 1968, modificado por el 1º del Decreto 3148 de 1968, y 51 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, el demandante tiene derecho al pago de un salario mensual por cada año de servicio prestado o proporcional al tiempo laborado siempre y cuando sea un mes completo de servicios, siendo posible aplicar doceavas partes.

 No obstante, de acuerdo con el Parágrafo 1° del artículo 51 del Decreto 1848 de 1969 *“****quedan excluidos del derecho a la prima de navidad*** *(…), los empleados públicos y* ***trabajadores oficiales*** *que prestan sus servicios en establecimientos públicos,* ***empresas industriales y comerciales del Estado*** *y sociedades de economía mixta,* ***que por virtud de pactos, convenciones colectivas de trabajo****, fallos arbitrales y reglamentos internos de trabajo,* ***tengan derecho a primas anuales de cuantía igual o superior****, cualquiera sea su denominación, conforme a lo dispuesto al efecto en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, subrogado por el artículo 1 del Decreto 3148 del mismo año citado.”*

Por esta razón, como quiera que el demandante reclamó y tiene derecho al pago de las primas extralegales consagradas en la Convención Colectiva de Trabajo, la prima de navidad estaba automáticamente excluida de sus derechos laborales mínimos tal como se puede apreciar en la relación de pagos aportada por el mismo demandante, en la cual no figura pago alguno por este concepto, en razón de cual no era viable la condena que por esta prestación se impuso en primera instancia, la misma que, por consiguiente, habrá de revocarse en esta sede jurisdiccional de consulta.

**d. Vacaciones**

Tampoco procede el pago de la diferencia por concepto de vacaciones, habida cuenta de que estas corresponden a la remuneración de tiempo NO laborado durante el periodo de descanso anual al que tienen derechos todos los trabajadores, en razón de lo cual tal prestación queda subsumida en la condena por concepto del reajuste o nivelación salarial, por lo cual también habrá de ser revocada dicha condena en esta instancia.

**e. Prima de vacaciones**

Prevé el artículo 49 de la convención colectiva, que dicha prestación se causa por cada año de servicio prestado. Sin embargo, la misma sólo empieza a reconocerse a partir del quinto (5) año de servicio.

Así las cosas, habiendo llegado al quinto año de servicios el 1º de enero de 2002, el actor tenía derecho a que se le cancelara por cada año de servicios adicional 35 días de salario, a partir del año 2012, cuando superó 15 años de servicios. Sin embargo, dada la afectación del derecho por el fenómeno extintivo de la prescripción, habría lugar a reconocer por este concepto las diferencias causadas entre el año 2010 y 2013, dado que el año 2014 el trabajador solamente laboró algo menos de tres (3) meses.

Ahora bien, se advierte que por dicho concepto el demandante recibió la suma $4.635.923 entre el 2010 y el 2013, pues tomó sus vacaciones en dos oportunidades durante dicho lapso, teniendo derecho a la suma de $4.929.960, generándose una diferencia de $294.037 a favor del demandante, cifra que resulta muy inferior al $1.088.146 reconocidos en sede de primera instancia, por lo que este punto de la sentencia también habrá de ser modificado en sede jurisdiccional de consulta.

**F y g) Cesantías e intereses**

De conformidad a lo establecido en el artículo 62 de la convención, las cesantías se deben liquidar teniendo en cuenta la asignación básica mensual, la prima de vacaciones y de servicios legal o extralegal, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y feriados, auxilio de alimentación y transporte y los viáticos.

En ese sentido, al liquidar la prestación económica con base en los anteriores factores salariales, encuentra la Sala que el demandante seguramente recibió de su empleador por este concepto, liquidado como un auxiliar de servicios administrativos grado 13, cada año las siguientes sumas:

2011: $1.704.403

2012: $2.092.019

2013: $2.143.064

2014: $2.185.068

Para un total de $8.124.554, cuando debió pagársele $9.972.077,58, como empleado del nivel técnico, de modo que tiene derecho al pago de **$1.847.523,58** por concepto de la diferencia, monto superior al liquidado en primera instancia ($1.409.660), por lo cual este punto de la sentencia no sufrirá modificación alguna como quiera que no fue apelado por el demandante.

Igual suerte corren los intereses sobre las cesantías, dado que el resultado de la liquidación practicada en segunda instancia es superior a la condena impuesta por este concepto en primera instancia. (en primera instancia se reconoció por concepto de intereses la suma de $159.123 y según los cálculos de la Sala correspondía la suma de $221.702).

**h) Reajuste del Ingreso Base de las Cotizaciones efectuadas por el demandante durante el tiempo que laboró al servicio del Instituto de Seguros Sociales.**

La jueza de primera instancia ordenó a la entidad demandada efectuar el pago retroactivo del mayor valor sobre los aportes pensionales y de salud del demandante sobre la base del salario correspondiente a un técnico administrativo. Asimismo ordenó que dicho pago se efectuara a favor del Sistema General de la Seguridad Social, en específico a la AFP y a la EPS a la cual se encuentre afiliado el demandante. Sin embargo, declaró efectos prescriptivos sobre las sumas adeudas antes del 26 de noviembre del 2011.

 A propósito de esto último, es bien sabido que los derechos laborales prescriben en tres (3) años contados a partir del momento en que la respectiva obligación sea exigible, tal y como lo establece el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el 151 del Código Procesal Laboral.

Sin embargo, dicha regla procesal admite una excepción cuando se trata de derechos asociados a la seguridad social, respecto a los cuales la misma Corte Suprema de Justicia ha señalado que mientras el derecho pensional está en formación, la prestación está sometida a condición suspensiva, lo que implica que durante dicho lapso la obligación no se hace exigible y, por consiguiente, el reclamo judicial de semanas de cotización e incluso, como en este caso, del reajuste al Ingreso Base Cotización, son pretensiones imprescriptibles.

De suerte que le asiste la razón al demandante en el sentido de que sobre dicho reclamo no operaba la regla general de prescripción, en razón de lo cual se ordenará a la entidad demandada que efectúe el pago del cálculo actuarial que realice la AFP y la EPS del afiliado respectivamente, quienes deberán tener en cuenta para dicho cálculo la asignación básica salarial que debió devengar el demandante entre el 1º de enero de 1997 y 28 de marzo de 2014, conforme a la certificación expedida por la entidad demandada, visible a folio 70 del expediente. La condena se emite en abstracto, debido a que el monto del cálculo actuarial depende del día en que se efectúe la liquidación, la cual debe coincidir con la fecha del pago.

**g) indemnización moratoria.**

Se ha precisado jurisprudencialmente que la imposición de la indemnización moratoria establecida en el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 no es automática ni inexorable, sino que en cada caso concreto el juez debe examinar las circunstancias particulares que rodearon la conducta del empleador de no pagar los salarios y prestaciones, pues puede darse el caso de que el empleador demuestre razones atendibles que justifiquen su omisión, y en tal evento no hay lugar a la condena por no hallarse presente su mala fe.

Dicha buena fe alude a que el empleador que se abstenga de cancelar los derechos laborales a la finalización del nexo, entienda plausiblemente que no estaba obligado a hacerlo, siempre y cuando le asistan serias razones objetivas y jurídicas para sostener su postura de abstención, es decir, que sus argumentos para no haber pagado suenen valederos.

Como ejemplo prototípico de buena fe, en la jurisprudencia de la Corte Suprema casi siempre aparece como protagonista el patrono que estando convencido de que no existió contrato de trabajo, porque la [relación laboral](http://www.gerencie.com/relacion-laboral.html) ofrecía dudas respecto a las características externas de dependencia y subordinación, razonablemente consideró que no le adeudaba emolumento laboral alguno al contratista que a la postre demuestra judicialmente la existencia del contrato de trabajo. También se hace común la exoneración en los casos en que se ha dejado de cancelar el monto pretendido de un derecho cuyo valor es discutible, como cuando se debate con razones admisibles si determinado pago constituye o no salario para efectos de la liquidación prestacional.

A propósito del concepto de buena fe, en varias oportunidades la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado, y en la sentencia de marzo 16 de 2005, expediente 23987, indicó:

 *“La buena fe se ha dicho siempre que equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe; y se entiende que actúa de mala fe "quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud", como lo expresó la Sala Civil de esta Corte en sentencia de 23 de junio de 1958” (Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, pág. 223).*

 En ese orden de ideas, de las pruebas practicadas en el proceso debe emerger claro que el empleador actuó de buena fe y que en ningún momento pretendió evadirse de las responsabilidades y obligaciones que pertenecen a la esfera del contrato de trabajo, pues no de otra manera podrá salir absuelto del pago de la mentada sanción por incumplimiento.

En el caso objeto de estudio, se advierte que la entidad demandada canceló sin demora todos los salarios y prestaciones a su cargo, bajo el convencimiento absoluto de que el demandante había sido contratado como Auxiliar Administrativo Grado 13, y que su asignación salarial no podía ser otra distinta a la fijada para tal categoría de empleados, dada la estructura orgánica de la entidad.

Además, valga recordar que las deponentes señalaron que la entidad atravesó por varios procesos de restructuración y reducción de personal antes de su liquidación, lo cual empezó con su escisión a inicios de la década pasada, en virtud de la cual dejó de prestar servicios de salud para concentrarse exclusivamente en la administración del Régimen Pensional de Prima Media con Prestación Definida. De ello se infiere que la entidad redujo no solo el tamaño de su planta de personal sino también el conjunto de sus activos, con lo cual seguramente el Departamento de Bienes y Suministros, en el cual laboró el demandante, vio reducido su trabajo y las funciones del demandante se hicieron menos complejas y más llevaderas, lo que pudo haber llevado a pensar que dichas funciones podían ser perfectamente desarrolladas por alguien del nivel auxiliar.

Nótese además que la señora MARLENY DIAZ HENAO manifestó que la planta de personal y los ascensos en la entidad se congelaron desde el año 2002, otra razón más por la cual la entidad actuó bajo el convencimiento de que no era viable reclasificar al demandante en un cargo superior al del auxiliar.

Por último, conviene sumar a estos argumentos el hecho de que el demandante solamente vino a solicitar ascenso unos meses antes de presentar renuncia y cuando ya la entidad demandada había entrado en proceso de liquidación. Esto último resulta sustancial, dado que en virtud del inicio del proceso de liquidación el 28 de septiembre de 2012, el Presidente de la República, a través de la Resolución 2013 del año 2012, ordenó la supresión de cargos y la terminación del vínculo laboral con aquellos trabajadores del ISS que, por la naturaleza de sus funciones, no resultaban necesarios en el desarrollo de las tareas puntuales inherentes al proceso de liquidación de la entidad (Art. 21), y además, cerró la posibilidad de vincular nuevos servidores públicos a la planta de personal de la entidad en liquidación (Art. 26), lo cual puede interpretarse en el sentido de que igualmente quedó cerrada cualquier posibilidad de ascenso o reclasificación laboral al interior de la entidad.

De ello se puede concluir que la entidad demandada entendió, sin mala fe, que no estaba obligada a reconocer las sumas que aquí se ordena pagar, pues todo el tiempo estuvo convencida de que no era viable aumentar el salario del demandante, dado que este había sido contratado como auxiliar de servicios administrativos, y aunque asumió tareas de alta responsabilidad como la jefatura del almacén y del inventario de la entidad, jamás se opuso a la imposición de estas tareas y por más de quince (15) años prestó dichos servicios sin reclamar la pretendida nivelación salarial, la cual solo vino a pedir cuando ya estaba próximo a pensionarse y cuando la entidad se encontraba en proceso de supresión y liquidación. En consecuencia se absuelve a la demandada de esta sanción.

Corolario de lo anterior, la sentencia de primera instancia será modificada en los precisos puntos indicados en precedencia. Sin costas en esta instancia por haber prosperado el recurso de apelación promovido por la parte actora.

En mérito de lo expuesto, **la Sala No. 1º de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:**- **REVOCAR** los numerales 3, y 4 y 5 de la sentencia atacada por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, los cuales, en su defecto, serán reemplazados en la forma detallada a continuación.

***TERCERO: CONDENAR*** *a la entidad demandada el pago de las siguientes sumas y conceptos a favor del demandante:*

|  |  |
| --- | --- |
| ***MONTO*** | ***CONCEPTO*** |
| *$16.833.027* | *Por la diferencia salarial* |
| *$1.701.470* | *Por concepto de prima extralegal convencional* |
| *$294.037* | *Prima de vacaciones* |
| *$1.409.660* | *Por la diferencia en las cesantías* |
| *$159.123* | *Intereses a las cesantías* |
| ***PARA UN TOTAL DE $20.397.317*** |

***CUARTO: ORDENAR*** *a la demandada que proceda a cancelar a la* ***AFP*** *y a la* ***EPS*** *a las cuales se encuentre afiliado el demandante, el mayor valor por las cotizaciones que debió efectuar a su favor con base en el salario de un técnico administrativo grado 18 desde el 1º de enero de 1997 y hasta el 28 de marzo de 2014, conforme quedó explicado en lo considerativo de la sentencia y de acuerdo al cálculo actuarial que el día del pago efectúen las entidades encargadas del recaudo.*

***QUINTO: ABSOLVER*** *de todo lo demás a la demandada, incluida la sanción moratoria que le había sido impuesta en sede de primera instancia*.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia por haber prosperado el recurso de apelación.

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

La Magistrada,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

1. Comunicación No. 197639 del 27 de julio de 1999 [↑](#footnote-ref-1)
2. A juicio de la Corte, al disponer el parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 que los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales, dada su naturaleza de empresa industrial y comercial, mantendrán el carácter de empleados de la seguridad social, se desconoce el principio constitucional de igualdad de quienes prestan sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado y de servicios públicos domiciliarios, por cuanto éstas, dada su naturaleza, por regla general vinculan a las personas que laboran para ellas en calidad de trabajadores oficiales, y excepcionalmente, según sus estatutos, a quienes desempeñen cargos de dirección y confianza se les otorga la categoría de empleados públicos -Decreto 3135 de 1968 y sentencias Nos. C-484 de 1995 y C-253 de 1996-, la cual también puede ser asignada para determinados cargos en forma específica por la misma ley. (…) 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-2)
3. 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-3)
4. Al respecto pueden ser consultadas las leyes 190 de 1995, 443 de 1998 y 909 de 2004. [↑](#footnote-ref-4)