El siguiente es el documento presentado por la Magistrada 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 19 de octubre de 2018

**Radicación No. :** 66001-31-02-001-2014-00684-01

**Proceso :** Ordinario Laboral

**Demandante :** Lucila Giraldo Ramírez

**Demandado :** P.A.R. ISS

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

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

**Temas: IGUALDAD REMUNERATIVA Y CRITERIOS PARA LA DIFERENCIACIÓN SALARIAL OBJETIVA**: se tiene desarrollado jurisprudencialmente, que cuando el fundamento para reclamar la nivelación salarial derive de la existencia de un escalafón en el que se fijen salarios para determinado cargo, bastará probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la respectiva tabla salarial, pero no será indispensable la prueba de las condiciones de eficiencia laboral.

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

#### **SALA LABORAL**

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

**(Octubre 19 de 2018)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 10:15 A.M. de hoy, viernes, 19 de octubre de 2018, 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 **LUCILA GIRALDO RAMÍREZ** en contra del **PATRIMONIO AUTONOMO 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 ambas partes en contra de la sentencia emitida por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Pereira el pasado 09 de octubre de 2017, y de otra parte se dará trámite al grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada, como quiera que el fallo de primera instancia resulta adverso a sus intereses.

**PROBLEMA JURÍDICO**

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 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 25 de marzo de 2009 y la fecha de su retiro del servicio (septiembre de 2012) sean reajustados y pagados de acuerdo al salario asignado al cargo de Profesional Universitario –Psicóloga – Asistente Apoyo III-.

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 7 de septiembre 1992, fecha en que fue vinculada para ocupar el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 13 dentro de la entidad. Indica, adicionalmente, que estando al servicio de la entidad, cursó y aprobó el programa de Psicología ofrecido por la UNAD (Universidad Nacional a Distancia) recibiendo el título de psicóloga social comunitaria el 9 de diciembre de 2005 y que, desde el 25 de marzo de 2009, fue ubicada y trasladada al Departamento de Pensiones de la Seccional Risaralda, donde le asignaron funciones propias del cargo de Profesional Universitario –Psicóloga- asignada al Departamento de Pensiones, funciones que cumplió de manera ininterrumpida hasta el mes de septiembre de 2012, cuando fue ordenada la liquidación del ISS.

Agrega que sus funciones han comprendido las inherentes a adelantar trabajo social, trabajo de campo e investigaciones administrativas, como entrevistas y demás pruebas psicológicas y sociales tendientes a corroborar o verificar los supuestos esgrimidos por los solicitantes de pensiones, en aspectos tales como convivencia y dependencia económica de los afiliados o beneficiarios reclamantes, igualmente para corroborar incrementos abruptos en salarios de cotización, en el marco de las exigencia de la circular interna de la entidad No. 14843 del 30 de septiembre de 2004.

Señala que cumplió funciones similares o análogas a las ejecutadas por funcionarios de planta que hacían trabajo social y llevaba a cabo investigaciones administrativas para el Departamento de Pensiones del ISS –Seccional Risaralda-, pese a lo cual la entidad le ha retribuido los servicios solo con la asignación salarial de servicios administrativos grado 13 (Fl. 50 al 53).

 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 (según puede verse en el acta visible en el folio 437 del expediente) y la notificación a dicha entidad demandada se surtió por conducta concluyente ante poder especial otorgado el 12 de marzo de 2015 (Fl. 416) según puede leerse en el auto del 12 de mayo de 2015 (Fl. 425), 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 23 de junio de 2015 (Fl. 449).

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 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”, “inexistencia de contrato de trabajo, o contrato de prestación de servicios con la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. –FIDUAGRARIA S.A.-“, “cobro de lo no debido”, “buena fe”, “prescripción”, “no agotamiento de la vía gubernativa”, “finalización de la vida jurídica de la convención colectiva de trabajo por extinción de la entidad (inaplicabilidad de la convención)” y “falta de legitimación en la causa por pasiva”.

**II - SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con apoyo en los testimonios y la prueba documental aportada al proceso, la jueza de primera instancia arriba a las siguientes conclusiones:

**1)** Desde su traslado al Departamento de Pensiones y hasta el inicio del proceso de liquidación del ISS (hoy extinto), la demandante asumió de manera permanente funciones inherentes al cargo de PROFESIONAL ASISTENCIAL DE APOYO I, grado 27 (de acuerdo a la descripción de funciones establecida en el artículo del Decreto 2800 de 1994) sin que se le haya remunerado conforme a dicho cargo, sino a uno inferior, pues su remuneración, tal como queda en evidencia con el contenido de las certificaciones expedidas por su antigua entidad empleadora, correspondían a las de un auxiliar administrativo y no a las de un profesional;

**2)** Con aplicación de sus conocimientos especializados en psicología social, el trabajo de la demandante consistía en desarrollar investigaciones de campo con miras a verificar si los aspirantes a la pensión de sobrevivientes cumplían los presupuestos legales de parentesco, convivencia, dependencia económica respecto del causante de la prestación económica.

**3)** Esas mismas tareas eran desarrolladas en la seccional del Quindío por la señora **NAYIBE DAZA MARTINEZ**, trabajadora social de profesión, quien indicó en diligencia de testimonios del 9 de octubre de 2017, que percibía la remuneración correspondiente al Grado de Profesional Asistencial, grado 27, mientras la demandante, cumpliendo idénticas funciones a las suyas, percibía una remuneración inferior.

Con base en dichas conclusiones y en aplicación del principio de igualdad, la jueza accedió a los reclamos de la demandante, no sin antes hacer operar la prescripción extintiva sobre los derechos causados con antelación al 10 de junio de 2011, lo que resultó en las condenas detalladas y disgregadas en el acta de la audiencia de juzgamiento (visible en el folio 590 del expediente) -por lo cual no se hace necesario reproducirlas en esta instancia- cuya sumatoria asciende al monto de **$42.281.976**, lo mismo que al reajuste de los aportes a seguridad social con base en el salario de un profesional asistencial.

En lo que atañe al reclamo de la prima de navidad por todo el tiempo laborado, indicó que no hay lugar a la misma, de acuerdo a lo señalado en el artículo 51 del Decreto 1848 de 1969, cuando quiera que el trabajador oficial reciba primas extralegales de cuantía igual o superior o la reclamada, como es este el caso.

**III- RECURSO DE APELACIÓN**

Contra la anterior decisión interponen recurso de apelación ambos contendientes procesales. El demandante, de un lado, solicita que se acceda en segunda instancia al pago de la prima de navidad prevista en el Decreto 3135 de 1968**,** en los términos del artículo 11 del Decreto 1045 de 1978, por corresponder al conjunto mínimo de derechos enumerados a favor de los servidores públicos en el citado Decreto.

A su vez, la entidad demandada reclama la revocatoria de la sentencia de primera instancia en su integridad, pues a su juicio de la documental arrimada al proceso puede establecerse claramente que la demandante fue contratada para prestar los servicios de auxiliar administrativa, y el hecho de que haya obtenido un título universitario en vigencia de la relación laboral, no le da el derecho de ascender de cargo, pues no participó de una convocatoria o concurso desarrollado por la entidad pública.

Señaló, además, que los testimonios aportados al proceso por la demandante, no sirven para formar el convencimiento de que esta en realidad prestó los servicios asignados a un profesional universitario, los cuales están enumerados de manera taxativa en el Decreto 2800 de 1994, entre otras razones porque los deponentes no son precisos al dar cuenta de las fechas iniciales y finales del ejercicio de dichas funciones. Adicionalmente, la demandante no cumplía el requisito de experiencia para ocupar el cargo de profesional universitario en los términos del citado decreto.

 **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 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 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) (Fl. 474 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”*, 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. 512-548), 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.

Ahora bien, también se tiene desarrollado jurisprudencialmente, que cuando el fundamento para reclamar la nivelación salarial derive de la existencia de un escalafón en el que se fijen salarios para determinado cargo *“bastará probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la respectiva tabla salarial, pero no será indispensable la prueba de las condiciones de eficiencia laboral”* (Sentencia 26437 del 2 de noviembre de 2006).

Respecto al caso concreto objeto del anterior pronunciamiento de la Corte, se consideró injustificado que *“existiendo como existe al interior de la empleadora una tabla de salarios según la cual cada cargo tiene asignado una remuneración determinada, ella no se aplique a todos quienes ocupan dichos puestos, y concretamente a la demandante, pues situación muy distinta se presentaría en el caso de que los salarios estuvieran a término de comparación entre trabajadores de igual posición”*.

De lo que viene de decirse, como quiera que el soporte fáctico para reclamar la nivelación salarial impetrada, consiste en la existencia de un escalafón que fija los salarios para los cargos de “AYUDANTE DE SERVICIOS GENERALES, GRADO 13” y “PROFESIONAL ASISTENCIAL DE APOYO I, grado 27”, bastaba a la demandante demostrar que fue nombrada y cumplía las funciones inherentes al último de esos cargos y que la remuneración devengada no correspondía a la que se tenía establecida por la entidad. En ese orden de ideas, pasará la Sala a comprobar, de cara a las pruebas aportadas al proceso, si se cumplen dichos supuestos fácticos.

**4.5. CASO CONCRETO**

Antes de pasar al análisis de las pruebas que obran en el proceso, es del caso reiterar que cuando el fundamento para reclamar la nivelación salarial derive de la existencia de una tabla o escalafón de salarios para determinado cargo, el éxito de las pretensiones dependerá de la demostración: **1)** del desempeño de un cargo cuya asignación salarial es superior a la efectivamente devengada por el pretensor, **2)** del lleno de los requisitos para ocupar dicho cargo.

Distinto es cuando el 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 (Fl. 474), 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 de Pensiones, a partir del 25 de marzo de 2009, corresponden a las que normalmente debe ejecutar un “Profesional Universitario –Psicóloga – Asistente Apoyo III” y no una “ayudante de servicios administrativos, grado 13”, denominación bajo la cual ha sido remunerada desde el mismo momento de su vinculación a la entidad.

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.” Y a su vez, el artículo 12 ibídem, señala entre otras funciones del Nivel Auxiliar las de *“revisar, clasificar y controlar documentos; llevar y mantener actualizados los registros de carácter técnico; responder por la seguridad de elementos, documentos y registros del instituto; orientar a los usuarios; colaborar en el diseño de formas y cuestionarios para la recolección de datos en la verificación de información y revisión de tabulados y en la obtención de promedios o proporciones sencillas; recibir, radicar, tramitar, distribuir y archivar documentos y correspondencia; preparar y presentar los informes sobre actividades desarrolladas con la oportunidad y periodicidad requeridas, las demás que se le asignen”* 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.

Llegados a este punto, es importante destacar que luego de auscultar artículo por artículo la citada resolución (que dicho sea de paso, obra en el proceso como prueba de oficio decretada en segunda instancia) la Sala no encontró cargo alguno equiparable a aquel a cuya nivelación se aspira, que recordemos es el de **Profesional Universitario –Psicóloga – Asistente Apoyo III[[4]](#footnote-4).**

Para ahondar en lo anterior, nótese que el cargo de Profesional Universitario (Art. 41) tiene cinco grados, que van del 27 al 32, y el de Profesional Asistencial de Apoyo III (Art. 46), que suena algo parecido al pretendido por la demandante, tiene 3 grados, del 27 al 29, y para completar, el único cargo en el que se menciona la especialidad de psicología, es el de Profesional Asistencial de Apoyo I –(psicólogo), que se ofrece en dos grados (27 y 28). Pero además, ha de subrayarse que en el artículo 46 de la mentada resolución, se aclara que el cargo de Profesional Asistencial de Apoyo III (en sus distintos grados) está directamente relacionado con la prestación de los servicios propios de la atención integral de la salud en trabajo social, bacteriología, terapia, nutrición, dietética y fonoaudiología.

Pero si lo anterior fuera poco, para el desempeño de cualquiera de los anteriores cargos, en cualquiera de los grados del escalafón, se exige no solo el título de formación universitaria o profesional, sino también un tiempo mínimo de experiencia profesional en el desempeño de funciones relacionadas con el cargo, que oscila entre 6 y 30 meses de acuerdo a la jerarquía del grado.

De lo que viene de decirse, resultaba absolutamente necesario que en la demanda se especificara con meridiana precisión el cargo desempeñado por aquel o aquella con quien la demandante se siente en situación de desigualdad salarial y que por demás se acreditara su misma preparación profesional y el cumplimiento de los requisitos que el empleo exige. Pero ninguna de las anteriores circunstancias fueron acreditadas en el proceso porque **1)** la demandante se puso en plano de comparación con la señora **NAYIBE DAZA MARTINEZ**, trabajadora social de profesión, que no psicóloga, quien indicó en diligencia de testimonios del 9 de octubre de 2017, que percibía la remuneración correspondiente al Grado de Profesional Asistencial, grado 27, **2)** a la fecha en que la demandantefue trasladada al Departamento Seccional de Pensiones, pese a acreditar el título de psicóloga desde el año 2005 (Fl. 95), donde supuestamente se encargó de adelantar investigaciones administrativas de trabajo social en convivencia y dependencia económica, no tenía ni un solo día de experiencia profesional en el desempeño de las funciones relacionadas con el cargo, pues venía de ejercer labores de apoyo en el Departamento Seccional Financiero de la entidad, tal y como se puede verificar en la Resolución No. 2394 del 25 de marzo de 2009 (Fl. 95).

Aparte de lo anterior, no puede perderse de vista que el fundamento para reclamar la nivelación salarial en este caso deriva de la existencia de un escalafón de salarios determinado para el cargo cuyas funciones aparentemente ejerció la demandante desde el 25 de marzo de 2009. Expresado de otra manera, lo que la demandante sostiene es que las funciones que ha ejercido son propias de un cargo y se le ha remunerado con base en un cargo diferente; supuesto que no tiene como base la comparación con otro trabajador concreto, sino una clasificación inadecuada, que no se ajusta a la realidad funcional. Vale decir, se solicitó la nivelación salarial con un cargo y no con una persona, y bajo dicha premisa fáctica ha debido tramitarse el proceso en primera instancia, prescindiendo de la comparación de las funciones de la demandante con la de otros profesionales de la entidad, puesto que el éxito de las pretensiones en esta clase de asuntos dependía, como se viene explicando, del desempeño de un cargo cuya asignación salarial es superior a la efectivamente devengada por el pretensor y del lleno de los requisitos para ocupar dicho cargo.

De todas maneras, valorados los medios probatorios bajo el anterior criterio jurisprudencial, tampoco había lugar a la prosperidad de las pretensiones de la demanda por las razones que se pasan a enumerar: **1)** se presenta un defecto técnico en la determinación del cargo cuyas funciones desempeñó la demandante y **2)** no se acreditó el cumplimiento de los requisitos reglamentarios exigidos para el desempeño de ninguno de los cargos de profesional universitario.

En cuanto al defecto técnico, a riesgo de fatigar se reitera que el cargo de “Profesional Universitario –Psicóloga – Asistente Apoyo III”no existe en el manual de funciones expresado en la Resolución 2800 de 1994, y en todo caso los profesionales de Apoyo III, estaban asignados a labores directamente relacionadas con la prestación de servicios de salud y en este caso la demandante trabajó con el Departamento de Pensiones. Dicho en otras palabras, el cargo de PROFESIONAL ASISTENCIAL DE APOYO III no pertenecía a la subespecialidad de psicología, pues a dicha especialidad le corresponde el cargo de profesional asistencial de apoyo I, que no fue mencionado en la demanda.

Pero aun si en gracia de discusión se pasara por alto dicho error de la demanda para concluir que el salario de la demandante debía nivelarse al devengado por la señora **NAYIBE DAZA MARTINEZ** (esto es, el de Profesional Asistencial grado 27), no puede pasarse por alto que la citada testiga es Trabajadora Social, y que el grado 27 es una denominación común tanto al cargo asistencial de apoyo III como al de apoyo I, y bajo esta última denominación la entidad agrupa de manera exclusiva a psicólogos, como atrás se indicó.

Pero hay más, de acuerdo a la Certificación suscrita por el Coordinador del Grupo de Administración de Entidades Liquidadas de la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social (Fl. 503) el Instituto de Seguros Sociales no contaba con Manual Específico de Funciones por Cargo, pues las funciones se fijaron de manera genérica por Nivel Jerárquico. Ello supone una enorme dificultad a la hora de establecer, por ejemplo en casos como este, si una psicóloga como la demandante podía ejercer labores de Trabajo Social e investigación de campo como las enunciadas en la demanda, y al margen de esa laguna, se desprende de las pruebas practicadas que las funciones desempeñadas por la demandante, tales como el diligenciamiento de entrevistas y la presentación de informes, no riñen o desbordan en forma alguna las funciones asignadas de manera genérica al cargo de Auxiliar de Servicios Administrativos[[5]](#footnote-5), las cuales fueron enumeradas de manera resumida al inicio del presente acápite.

Finalmente, en cuanto al reclamo de prima de navidad, es del caso advertir que 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, los trabajadores oficiales tienen 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 lo anterior, 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 la demandante devengó las primas extralegales consagradas en la Convención Colectiva de Trabajo del ISS, la prima de navidad estaba automáticamente excluida de sus derechos laborales mínimos, tal como se puede apreciar en la relación de pagos aportada por la misma demandante, en la cual no figura pago alguno por este concepto, en razón de cual no era viable la condena por este concepto, como bien lo decidió la a-quo.

En suma de todo lo dicho, se revocará en su integridad la decisión de primer grado y se condenará en costas procesales de ambas instancias a la demandante, Liquídense por secretaria.

En mérito de lo expuesto, **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala 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**.- **REVOCAR** en su integridad la sentencia de la referencia.

**SEGUNDO.** – consecuencia de lo anterior, **ABSOLVER** de la totalidad de las pretensiones a la entidad demandada, conforme a lo expuesto en precedencia.

**TERCERO. – CONDENAR** en costas procesales de ambas instancias a la demandante. 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**

Los Magistrados,

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

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)
4. Ver pretensiones 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 de la demanda –Fls. 4 y 5. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículo 12, de las funciones generales de los empleos del nivel auxiliar: revisar, clasificar y controlar documentos, datos y elementos relacionados con los asuntos de competencia del instituto, de acuerdo con las normas y procedimientos respectivos, coordinar, evaluar y controlar las actividades técnicas y administrativas de un grupo de trabajo y garantizar la correcta aplicación de las normas y de los procedimientos, preparar y presentar los informes sobre las actividades desarrolladas, con la oportunidad y la periodicidad requeridas, y “desempeñar las demás funciones asignadas por el jefe inmediato o quien ejerza la supervisión directa, acorde con el nivel y la naturaleza del cargo. [↑](#footnote-ref-5)