

Radicación n.º 42335

FERNANDO CASTILLO CADENA

Magistrado ponente

SL14349-2017

Radicación n.º 42335

Acta 28

Bogotá, D. C., nueve (9) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por RAÚL JAVIER BUCHELLY RIVAS contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 24 de junio de 2009, dentro del proceso ordinario laboral que el recurrente promovió contra las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E., E.S.P.

#### ANTECEDENTES

El libelista buscó que, una vez se declarara la existencia de un contrato de trabajo entre las partes procesales, se le ordenara a la demandada «de manera inmediata y a partir de la fecha que se profiera sentencia que dirima el presente litigio», nombrarlo y ubicarlo en el cargo de Abogado Auxiliar I o Profesional I «dada la antigüedad, experiencia, idoneidad, profesionalismo y responsabilidad con que se ha desempeñado en ese cargo, de acuerdo con lo estipulado en la Ley para el contrato realidad», se le nivele salarialmente en uno de los cargos referidos, desde el 15 de diciembre de 1997, fecha a partir de la cual lo viene desempeñando, y en consecuencia, se le reliquiden todas las prestaciones sociales extralegales previstas en la Convención Colectiva, tales como vacaciones, primas de: vacaciones, semestrales, navidad y antigüedad; y las legales como el auxilio de cesantía e intereses a ésta; se efectúe el pago de las diferencias en aportes a seguridad social y pensión, condenas todas ellas que suplica se indexen; así mismo pretende la aplicación de facultades ultra y extra petita y las costas del proceso.

En sustento de las anteriores pretensiones, aseguró, de manera sintetizada, que se vinculó con la accionada el 6 de marzo de 1989, cuando aquella era un establecimiento público, para desempeñar funciones de Oficial Mayor categoría 78 adscrito a la Sección Normas y Contratos del Departamento de Ingeniería de la Gerencia de Teléfonos; que como para esa fecha ya ostentaba la calidad de abogado titulado, le asignaron funciones propias de un profesional del derecho tales como asesoría en los procesos precontractuales, elaboración de solicitudes de cotización, pliego de condiciones, términos de referencia, elaboración de resoluciones de apertura de licitaciones, de adjudicación, confección de contratos y participación en la solución de controversias contractuales, entre otras.

Que en razón a esas labores, la empresa le brindó capacitación en contratación administrativa, acciones de tutela y especializaciones en administración pública en la Universidad del Valle y en derecho administrativo en la Universidad Santiago de Cali; que debido a sus calidades académicas y profesionales fue encargado de la Jefatura de la Sección entre el 6 y el 27 de julio de 1993; aclaró que el 6 de septiembre de 1994 fue trasladado, en el mismo cargo de Oficial

Mayor, en comisión, a la Sección de Interventoría Redes del Departamento de Interventoría de la Gerencia de Teléfonos, para ejercer funciones de asistencia legal en materia contractual; a partir del 7 de julio de 1997 lo encargaron como Profesional III, en reemplazo de Marco Antonio Marín, en el Departamento de Interventoría Redes de la Gerencia de Telecomunicaciones, cargo en el que finalmente se le nombró y conserva a la fecha de la presentación de la demanda.

Precisó que, al transformarse la accionada en Empresa Industrial y Comercial del Estado mediante Acuerdo Municipal No.14 de 1996, se crearon varias entidades de servicios públicos y él fue incorporado a la nómina de la Secretaría General de la Empresa de Telecomunicaciones de Cali EMCATEL S.A., en el área jurídica; que al ser disuelta esta última en marzo de 2000, fue incorporado a la Gerencia de Telecomunicaciones de EMCALI E.I.C.E. E.S.P., igualmente en el área jurídica.

Acotó que desde abril 5 hasta julio 14 de 1999, fue encargado como Profesional I, en la Jefatura de la Sección de Expansión y Demanda, de la Dirección de Planeación y Desarrollo de la Gerencia de Telecomunicaciones; en noviembre 3 de 1999 fue encargado de la Coordinación de la Secretaria de Telecomunicaciones de la Gerencia de Telecomunicaciones; que ante la supresión de la Asistencia Jurídica de la anteriormente citada, en mayo de 2000, fue asignado a la Subgerencia Técnica de la misma Gerencia de Telecomunicaciones hasta junio de 2001 cuando igualmente se suprimió ésta; que en agosto 21 de 2001 fue trasladado a la Dirección Jurídica de EMCALI E.I.C.E. E.S.P., acto administrativo en el que se dispuso igual medida para la abogada Clara Arcila.

Indicó que las funciones propias del cargo de Profesional III, nada tienen que ver con las que en la práctica realiza desde diciembre de 1997, tales como la representación judicial de EMCALI en procesos judiciales y extrajudiciales, la emisión de conceptos jurídicos, el control de legalidad a los procesos contractuales, la elaboración de resoluciones administrativas, la respuesta a las acciones de tutela contra la empresa y a los derechos de petición, entre otros.

Destacó que las funciones realizadas por los Profesionales I o Abogados Auxiliares I, en la antes denominada EMCALI hoy EMCALI E.I.C.E. E.S.P., de la Dirección Jurídica (antes) o en la Secretaría General (hoy), son eminentemente jurídicas; que quienes desempeñan esos cargos devengan un salario superior al que a él se le reconoció, lo que significa un trato desigual tanto salarial como prestacional, que no obedece a razones válidamente comprobadas.

Que para «menguar en parte la desigualdad salarial, el Gerente de Telecomunicaciones de EMCALI EICE ESP encargó a mi representado como Jefe de la Sección de expansión y demanda de la Dirección de Planeación y Desarrollo como profesional I y Profesional II en varias oportunidades», e igualmente solicitó a la Gerencia General la designación, en comisión, como Asistente Jurídico de Telecomunicaciones en reemplazo del titular, ausente por enfermedad.

Por último, señaló haber hecho la respectiva reclamación en documento radicado el 28 de marzo de 2003 ante la Agente Especial y Representante Legal Encargada, designada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, quien en abril siguiente, la negó; y que los servidores vinculados a la demandada, por regla general, ostentan la calidad de trabajadores oficiales, como lo determinó la Resolución 7447 de noviembre 24 de 1997 (folios 2 – 25).

EMCALI al responder el libelo aceptó la vinculación del actor a partir de la fecha y el cargo en él indicados, la transformación de la entidad de establecimiento público a empresa industrial y

comercial del Estado; señaló que el actor recibió becas con las cuales logró los títulos a que alude en la demanda; admitió haberlo encargado en varias ocasiones de labores correspondientes a otros cargos, pero señaló que siempre le canceló la diferencia salarial correspondiente, y que cuando se le encargó de la Coordinación de la Secretaria de Telecomunicaciones, se hizo incumpliendo la ley; aceptó que el cargo que actualmente desempeña es el de Profesional III al que se incorporó mediante resolución del 15 de diciembre de 1997; añadió que los cargos de Profesional tienen escala salarial diferente, que las labores desarrolladas por Buchely no son idénticas a las desplegadas por los Profesional I o Abogado Auxiliar I, y que el trabajo de igual valor debe ser objetivo.

En su defensa, indicó que los ascensos de los trabajadores oficiales, calidad que detenta el trabajador, operan por concurso y que aquel, a pesar de que en septiembre de 2001 se abrió uno, no se inscribió; y que los encargos y traslados los ordena el Gerente General previo agotamiento del respectivo procedimiento ante el comité de escalafón; por lo anterior se opuso al éxito de las pretensiones y formuló las excepciones de inexistencia del derecho sustancial, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, la innominada, prescripción de salarios y prestaciones sociales y buena fe (folios 402 – 427).

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El conocimiento del proceso correspondió al Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, quien por medidas de descongestión lo remitió al Juzgado Laboral de Cartago (Valle del Cauca), despacho que con sentencia de 26 de enero de 2007, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho sustancial, absolvió a la demandada, impuso costas al actor y ordenó se surtiera el grado de consulta en caso de no ser apelada (folios 1102 – 1115).

#### SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver la apelación interpuesta por el demandante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, con sentencia de 24 de junio de 2009, confirmó la de primer grado e impuso las costas al impugnante.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el sentenciador precisó que la entidad demandada, para poder vincular a sus servidores debía contar con «la destinación del estipendio correspondiente, pues no se concibe empleo oficial sin partida presupuestal respectiva». Agregó que, quien pretenda lograr el pago «del estipendio», debe acreditar la satisfacción de las tareas y funciones propias del puesto que desarrolla, así el demandante debía probar la realización de las funciones de los Abogados o Profesionales grado I, aunque no necesariamente en su totalidad, y que ello no aparecía en el plenario, pues las declaraciones que reposan a folios 665, 671 y la del señor Carlos Conrad Pfizeenmaier, ni individualmente ni en conjunto con la prueba documental, «le produce a la Sala la debida convicción para afirmar que en efecto se demostró haber efectuado el actor las labores propias y exclusivas de los abogados I de la empresa».

Señaló que la versión que se consigna a folio 665, que no identificó de quién provenía, refería la existencia de un grupo de 23 abogados integrado tanto por abogados grado I como grado II, a quienes la secretaria general les repartía el trabajo, pero no «resulta suficiente para poder afirmar haberse demostrado igualdad de funciones y tramites (sic) desarrollados especialmente por el actor, asunto que certeramente no es materia de presunción sino de acabada forma probatoria, declaración que no llegó a más según se ve en el acta de la diligencia pero que no se agrego (sic) o adiciono (sic) al debate más elementos teóricos y objetivos siendo testigo la declarante de la

parte demandante».

Respecto de la declaración rendida por otra testigo, citada por la parte actora, que tampoco identificó y que reposa a folio 671, no le merecía credibilidad en tanto «tampoco hay contundencia en su dicho respecto del evento cardinal del proceso, se expresa si de un traslado efectuado en un mismo documento a ella como abogada I y al actor como abogado III».

Adujo que el señor Pfizenmaier relató que dentro de las funciones del actor estaba el rendir conceptos jurídicos y apoderar a la empresa en distintas oportunidades, pero que «dicho conocimiento se circunscribe desde 1997 hasta el año 2001, por lo cual es menester significar que de dicha declaración, si bien no se hace distinción alguna sobre el trabajo no se afianza el testimonio con aseveración puntual sobre trabajos jurídicos propios de abogados I, que en últimas es la labor del testimonio recrear vía oral situaciones puntuales y determinadas, con cuya expresión se aclaren las dudas o lagunas fácticas (sic) exigidas en la averiguación más si son las circunstancias capitales que hacen la diferencia en la realidad vivida».

Agregó que, de acuerdo a las documentales de folios 951 y 952, para ejercer el cargo de Abogado I, se requería una experiencia de 4 años en el ejercicio de funciones similares a las del objeto del cargo, y que ese requisito no lo reunía el actor en 1997, por cuanto ello no estaba probado en el expediente.

Afirmó respecto de la prueba documental que «a más de la demostración de las funciones asignadas al cargo (f.951) existe una relación no corta de demandas llevadas por el actor, pero de ninguna manera igual al trabajo jurídico relacionado como realizado por otros abogados, lo cual por si solo impide realizar juicios de igualdad, pues cuantitativamente, que no cualitativamente, es superior el trabajo demostrado como hecho por las otras abogadas, advertencia procesal que por supuesto llama la atención a la hora de determinar discriminación salarial pues también cualitativamente en el mundo jurídico existe diferentes grados de importancia en los casos o eventos tratados, sin que de ello se haya ocupado la instrucción, lo cual se cree era relevante para el caso que nos ocupa demostrar haber realizado o realizar tareas jurídicas iguales en calidad o dimensión técnica o científica que los abogados I de la entidad es que no hay material documental que corrobora alguna otra gestión propia y excluyente o mejor exclusiva de los abogados I».

Culminó advirtiendo la falta de técnica en que incurrió el juez al declarar probada una excepción, «cuando lo averiguado es la absolución», motivo por el cual era preciso revocar el numeral 1º de la providencia de su inferior, y confirmarla en lo demás.

## RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante y concedido por el Tribunal, fue admitido por la Corte, que pasa a resolverlo.

## ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Solicita que la Corte case la sentencia del Tribunal en cuanto absolvió a la demandada de todas las pretensiones y, en sede de instancia, acceda a las pretensiones de la demanda y se provea en costas.

Con fundamento en la causal primera, formula tres cargos que tuvieron réplica y que se resolverán conjuntamente por denunciar el mismo elenco normativo, y buscar el mismo

propósito.

## CARGO PRIMERO

Denuncia la violación indirecta, en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 1 y 5 de la Ley 6ª de 1945, 1, 2 y 3 del Decreto 2127 de 1945, 18 de la Ley 344 de 1996, 143 del C.S.T en relación con los artículos 53 y 122 de la C.N, 60 y 61 del C.P.L y S.S. y 187 del C.P.C.

Afirma que la transgresión legal obedeció a los siguientes errores manifiestos de hecho:

No dar por demostrado estándolo, que el demandante Raúl Javier Buchelly Rivas realizó labores de Profesional I, pese a haberse demostrado la primacía de la realidad en cuanto a la labor desempeñada.

Dar por demostrado sin estarlo, que el demandante no cumplía con los requisitos para ocupar el cargo de profesional I.

No dar por demostrado, estándolo, que el demandante era merecedor de recibir el salario de profesional I.

No dar por demostrado, estándolo, que las labores de profesional I son diferentes a las del profesional III.

Adujo que los anteriores errores obedecieron a la apreciación equivocada de la documental de folio 131, la orden de traslado y encargo en el cargo de Profesional I (folio 137), la que dispone el encargo de la Secretaria de Telecomunicaciones (folio 139), las comunicaciones del demandante que obran a folios 141 a 144, las de folio 145 a 155 con las que se remite documentos para revisión y estudio y el Manual de funciones visible a folio 951 y 952; pruebas que aduce, guardan armonía con las declaraciones de Francisco Antonio Estrada, Carlos Conrad Pfizenmair, Armando Escobar y Claudia Inés Vidal de folios 649 a 650 y 664 a 666.

Para dar sustento a la acusación, el censor asegura que no hay discusión respecto a que el demandante presta sus servicios a la demandada desde 1989 y que se vinculó como oficial mayor cuando ya tenía el título de abogado; entiende que el debate jurídico surge a raíz de la transformación de la empresa ocurrida en diciembre de 1997 momento en el que el trabajador fue vinculado a la Secretaría General de EMCATEL S.A. con funciones de Profesional I, exclusivamente jurídicas y propias de abogados titulados y para profesionales con mínimo 4 años de experiencia, que destaca, reunía el actor para esa época, en tanto la calidad de profesional del derecho no fue desconocida por la entidad, ni tampoco el hecho de haberlo encargado de diferentes cargos, a pesar de haberlo vinculado como oficial mayor, por lo que considera que el Tribunal erró al decir que no hay prueba de esa circunstancia.

Le critica al sentenciador buscar los requisitos exigidos para desempeñar el cargo, sin advertir que los testimonios y documentos dan cuenta de que, efectivamente, aquel realizó labores de Profesional I y que no se le han cancelado los correspondientes salarios.

Señala que, el juzgador pasó por alto «que la demanda se centra en el reclamo de nivelación salarial con relación al principio de contrato realidad respecto del cargo y no de la remuneración correspondiente a la denominación que le dieron al cargo e incursiona en el campo de calificaciones para establecer si se desempeñaron funciones y trámites iguales entre profesionales», cuando la demanda no se contrae al «reclamo de funciones comparativas con

otros empleados sino en el reclamo de nivelación salarial por el desempeño del cargo real como Profesional I, pese a que aparezca contratado como Profesional III».

Asegura que el Tribunal desconoció la suficiente prueba que da cuenta de que el actor realizó las labores de Profesional I, por así disponerlo la entidad, y que el impago del salario que correspondía no obedeció a falta de capacidad profesional o técnica, ni antigüedad o falta de experiencia o bajo rendimiento; que de esta forma el juzgador suplió la «falencia de la demandada respecto de la carga probatoria, de demostrar las razones que cita la norma antes referida» aludiendo al artículo 5 de la ley 6 de 1945; le reprocha apoyarse en la prueba testimonial para verificar la realización de funciones iguales, cuando ello no era necesario porque «fehacientemente se estableció que las ejerció el actor por orden de su superior, como consta en los documentos que obran en el proceso y que no fueron valorados por el juzgador de instancia».

Recaba en que al contestar la demanda, la accionada admitió los encargos que cumplió el actor, aun cuando hubiera dicho que ello ocurrió por el incumplimiento de preceptos legales, y que por tanto, «Se debe entender con meridiana claridad que el actor en ningún momento actuó de manera ladina, torticera o amañada, sino que cumplió a cabalidad las órdenes emanadas (sic) sus superiores, quienes no pueden aducir el error originado en su proceder para irrogar perjuicios económicos a aquel, en flagrante violación de sus derechos laborales».

Así destaca que la empresa le desconoció la diferencia salarial que correspondía sin que para ello exista un argumento legal, olvidando la tabla salarial que obra a folio 1026, lo cual constituye un trato discriminatorio; y que tratándose de servidores estatales, no es procedente la comparación que efectuó el Tribunal.

## RÉPLICA

La oposición señala que, para que el cargo prospere, el desatino del juzgador debe ser protuberante y manifiesto y emerger de las pruebas valoradas erradamente o dejadas de apreciar; pero que además el recurrente debe decir en qué consistió aquella y cuál sería la valoración correcta que se desprende de las mismas, porque si ello no ocurre, la Corte no puede de oficio hacer dicho análisis.

Indica que no se explica cuál es la «suficiente prueba» que demuestran los errores endilgados, y que «resulta sin sentido lógico que el recurrente pida la nivelación salarial de su representado, pero a su vez exponga que "...la demanda no está centrada en el reclamo de funciones comparativas con otros empleados..."; esto es, lo que en verdad pretende, es que ipso facto se le nivele salarialmente al actor; lo cual es absurdo, pues si estaba nombrado en el cargo de profesional III, lo primero que debe mostrarle a la Corte de manera clara y precisa, desde luego en contraposición a lo concluido por el Tribunal, es que el señor BUCHELLI RIVAS desempeñaba las funciones de profesional I, y la única manera de poder demostrar ello, es comparar cuáles son las funciones que desarrollan los profesionales I, y cuáles las que desempeñó el demandante, y solo demostrado ello, podía solicitar la nivelación salarial», y que como ello no ocurrió, se debe mantener la providencia atacada.

## CARGO SEGUNDO

Aduce la violación directa, en la modalidad de interpretación errónea de los artículos 1 y 5 de la Ley 6ª de 1945, 1, 2 y 3 del Decreto 2127 de 1945, 18 de la Ley 344 de 1996, 143 del C.S.T en relación con los artículos 53 y 122 de la C.N, 60 y 61 del C.P.L y S.S. y 187 del C.P.C.

Señala que el Tribunal interpretó equivocadamente el artículo 5 de la ley 6ª de 1945, pues analizó la problemática del proceso bajo la figura de la comparación, como lo establece el artículo 143 del C.S.T, sin percatarse que, por ser el demandante un empleado estatal, esa norma no le aplica.

Precisa que ante la demostración de la labor que correspondía al Profesional I, correlativamente la demandada debía probar por qué no ha cancelado la diferencia salarial, para lo que se remite a la sentencia de radicación 26437 de noviembre 2 de 2006 de la que transcribe un fragmento e insiste en que el juzgador erró al inmiscuirse en averiguar si el trabajador cumplía los requisitos del cargo, cosa que no fue discutida por la entidad, además porque procedió a analizar las versiones de los declarantes, lo «que reitera su equivocado análisis».

Reitera la argumentación esgrimida en el primer cargo, según la cual el juez colectivo desconoció la afirmación de la empresa referente a que designó al actor en «encargo» incumpliendo preceptos legales, lo que lo obligó a realizar las tareas que no se remuneraron como correspondía, a pesar de existir una tabla salarial que fue desconocida por EMCALI.

#### IX. CARGO TERCERO

Acusa la sentencia por la vía directa de ser violatoria de la ley, en la modalidad de aplicación indebida del artículo 143 del C.S.T en concordancia con los artículos 1 y 5 de la Ley 6ª de 1945, 1, 2 y 3 del Decreto 2127 de 1945, 18 de la Ley 344 de 1996, y en relación con los artículos 53 y 122 de la C.N, 60 y 61 del C.P.L y S.S. y 187 del C.P.C.

Con los mismos argumentos esbozados en el cargo precedente, la censura afirma que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 143 del C.S.T al analizar la problemática bajo la óptica de la comparación, sin atender que por tratarse de un servidor oficial, dicha disposición no le es aplicable; insiste en que era a la entidad demandada a quien le correspondía probar la razón por la cual no pagó los salarios reclamados, y que el juzgador se ocupó de una labor que no era la llamada a realizar; alude a la misma fracción de la sentencia de radicación 26434 y destaca que no era necesario analizar las declaraciones allegadas, ni revisar si el demandante cumplía con los requisitos del cargo.

#### X. RÉPLICA CONJUNTA

Anota la oposición que ante el carácter extraordinario del recurso, el censor debe atacar todos los puntos que sirvieron de fundamento al Tribunal, y que el relativo a que el actor no acreditó 4 años en el ejercicio de funciones similares a las de profesional I, no fue atacado.

Agrega que los dos cargos parten de un supuesto equivocado, esto es, que el juez plural desató el asunto bajo la égida del artículo 143 del C.S.T, cuando aquel jamás tuvo en cuenta las condiciones de eficiencia, de que habla dicha norma, pues en realidad lo que dijo fue que existía una serie de demandas llevadas por el trabajador «pero de ninguna manera igual al trabajo jurídico relacionado por otros abogados, lo cual por sí sólo impide realizar juicios de igualdad», de donde comprende que lo que concluyó el sentenciador fue que la nivelación salarial no era procedente porque las funciones y la cantidad de trabajo, nunca la calidad, que es la eficiencia, fueran iguales; y que si el actor hubiera querido derruir esa premisa, debió hacerlo por la vía indirecta.

Indica que, si con todo la Sala aborda el estudio de fondo del cargo, debe advertir que ni el artículo 5 de la Ley 6ª de 1945 ni el 53 de la Carta, expresan que para tener derecho a la

nivelación salarial se requiere solamente demostrar el desempeño de un determinado cargo, ya que esas normas lo que manifiestan es que la remuneración es proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, por lo que es indispensable hacer la comparación entre las labores realizadas por el actor y las que ejecutan quienes efectivamente desempeñaron el cargo de profesional I.

Que, por lo anterior, se debe concluir que el Tribunal si le dio al mentado artículo 5, el entendimiento correcto y por ello no podía ordenar la nivelación salarial del demandante, pues si en alguna oportunidad desempeñó las funciones de profesional I, fue en encargo «pues de lo contrario, agregó, se estaría introduciendo un principio que podríamos denominar a "puesto igual, corresponde salario igual", lo cual no es jurídico» y que por ende, los cargos están llamados al fracaso.

## XI. CONSIDERACIONES

El Tribunal, fundado en las declaraciones de algunos testigos y en la prueba documental allegada al proceso, dijo que el recurrente no probó haber efectuado «las labores propias y exclusivas de los abogados I de la empresa», y absolvió bajo el argumento de que a pesar de la lista de procesos en los que el demandante actuó en representación de la demandada, aquella labor no era «de ninguna manera igual al trabajo jurídico relacionado como realizado por otros abogados», razón que aseguró le impedía «realizar juicios de igualdad, pues cuantitativamente, que no cualificativamente, es superior el trabajo demostrado como hecho por las otras abogadas».

Por su parte, la censura considera que, tal y como coligió el sentenciador, aplicó el artículo 143 del C.S.T, al verificar una comparación de labores, que no era la llamada a establecer, en la medida que lo que buscó la demanda fue que, ante la prueba del ejercicio de funciones encomendadas al cargo de Abogado I, la entidad debía remunerarlo con la asignación salarial fijada para dicho cargo, en la respectiva escala.

La oposición además de resaltar deficiencias de orden técnico de la demanda extraordinaria, entiende que para lograr la nivelación salarial pretendida era necesario demostrar no solamente la realización de las labores, sino también la calidad y cantidad de trabajo, a efecto de hacer la comparación y establecer si realmente el trabajador realizó las que correspondían al cargo cuya remuneración reclama y así generar la nivelación pretendida.

Para desatar el planteamiento jurídico del recurso es oportuno precisar que tal y como se formuló el libelo introductorio, al juzgador se le propuso averiguar las características personales con las que el demandante desarrolló las funciones de Profesional I, no obstante estar nombrado en el de Profesional III, pues se adujo que en razón de su «antigüedad, experiencia, idoneidad, profesionalismo y responsabilidad» debía ser nombrado y ubicado en el primer cargo mencionado; posición disímil a la que se exhibe en casación, al predicar que por el simple hecho de desarrollar las funciones de Profesional I, el trabajador debe ser remunerado con la asignación fijada a aquél, sin que para ello se requiera el análisis de las condiciones en que se ejecutó ni el cumplimiento de requisitos por parte de quien lo ejerció.

Queda entonces de manifiesto la predica de dos principios diferentes, que la Sala tuvo la oportunidad de auscultar, en la sentencia SL15023 - 2016, 19 oct. 2016, rad. 44388, cuando dijo:

**Ahora bien, desde la perspectiva de lo jurídico, en atención a la vía escogida para el ataque, logra extraer la Sala que la censura se opone al precedente acogido por el juez colegiado, en relación con la asignación de la carga de la prueba en cabeza del trabajador de los referentes de comparación en cuanto a puesto de trabajo, jornada laboral y**

rendimiento, cuando se reclama la igualdad salarial con base en el artículo 143 del CST, y, para ello, contrapone otro precedente, la sentencia CSJ SL del 2 de noviembre de 2006, No. 26437, donde esta Corte asentó lo siguiente:

Es claro que si la diferencia de salarios surge del desconocimiento de la equivalencia en las condiciones de eficiencia, al actor le incumbe la prueba de ese supuesto, mediante comparación con el servicio que preste otro trabajador mejor remunerado. Pero esa carga probatoria sobre las condiciones de eficiencia, por lo arriba explicado, no aplica a todos los casos. Porque si se alega como en este caso, la existencia de un escalafón que fija salarios para determinado cargo, bastará probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial pero no será indispensable la prueba de las condiciones de eficiencia laboral.

De las lecturas de los precedentes enfrentados por el impugnante, se aprecia, a primera vista, que no son discordantes; por el contrario, se complementan, en la medida que el invocado por el contradictor de la sentencia prevé otra situación adicional, cual es el caso donde, para obtener la nivelación salarial, se alega la existencia de un escalafón que fija los salarios para determinado cargo, en cuyo evento no se requiere la demostración de las mismas condiciones de eficiencia; solo bastará probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial.

Así pues, no observa la Sala la interpretación errónea que le es achacada al tribunal. Es más, en el sublite, la igualdad salarial no fue pretendida propiamente con base en un escalafón; conforme a la situación fáctica establecida por el tribunal,

«...el mismo accionante reconoce en la apelación de la providencia primigenia, que los coordinadores que laboran en la entidad de demandada tienen diferentes salarios, de conformidad con el racimo de funciones específicas, calidades e instrucción, según lo cual - dice el accionante- se maneja una escala remuneratoria, dentro de la cual no fue incluido. Sin embargo, no existe prueba en el plenario [afirmó el juzgador de alzada] que evidencie que efectivamente el actor se encuentre por fuera del rango de remuneración, es decir; no existen elementos de juicio que permitan efectuar una comparación objetiva respecto de los otros coordinadores. En consecuencia, al no existir fundamentos de orden fáctico y jurídico que hagan factible modificar la decisión apelada, esa se mantendrá»

Para ahondar en razones, de acuerdo con la evolución de la jurisprudencia sobre el tema, en todo caso al trabajador le corresponde probar el trato diferente respecto de otro cargo de igual valor, para trasladarle al empleador la carga de probar las razones objetivas de la diferencia; es decir, no basta su sola afirmación de estar en igualdad de condiciones respecto de otro cargo, para hacerse merecedor de la nivelación. Cumple recordar la sentencia hito sobre el punto:

Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia. Sobre el particular son ilustrativas las sentencias CSJ, SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de may. 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente. Criterio adoctrinado anteriormente, en la sentencia CSJ SL, 25 sept. 1997, Rad. 9255, reiterada en la del 16 de

nov. 2005, Rad. 24575.

**Sin embargo, esta Corporación precisará el citado criterio, en cuanto a que, tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al art. 143 del CST, por el art. 7° de la L. 1496/2011, 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 casos como el presente, en que la relación laboral culminó en 2006, atendiendo al principio de la carga dinámica –y no estática- de la prueba, también deberá invertirse la carga probatoria. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba-, justificar la razonabilidad de dicho trato.**  
**CSJ SL 17442 de 2014**

Vale decir que, desde la óptica del derecho, el operador jurídico bien puede encontrarse con dos trabajadores que despliegan igual labor en condiciones de eficiencia y eficacia similar, que por ende deben ser retribuidos con la misma remuneración, o ante dos asalariados que ejecutan labor de igual valor, independientemente de las condiciones personales con que las realice cada uno, y que igualmente deben ser retribuidos con la misma cantidad.

En el ámbito del derecho público, prima el último de los principios referidos, por diferentes razones, entre ellas, porque como bien lo destacó el Tribunal, los cargos oficiales están previstos en las concernientes plantas de personal y deben contar con una reserva presupuestal que respalde la cancelación de la respectiva remuneración; de otra parte, porque para acceder a ellos se imponen procedimientos y requisitos establecidos legalmente; de allí que sin interesar los títulos, la experiencia, competencia u otros aspectos que en particular exhiba cada servidor, éstos deberán devengar la misma retribución salarial establecida para cada cargo, lo cual ordinariamente ocurre a través de actos administrativos; aunque no se puede excluir radicalmente la aplicación del principio conocido como «trabajo igual, salario igual», en los eventos en que los propios actos reguladores de las condiciones y formas de contratación exijan características personales que los diferencien.

Así, pareciera que el juzgador incurrió en un desliz valorativo cuando se inmiscuyó en el cotejo de la calidad con que el trabajador realizó su labor, al decir «existe una relación no corta de demandas llevadas por el actor, pero de ninguna manera igual al trabajo jurídico relacionado como realizado por otros abogados», a pesar de estar frente a un servidor oficial, sin embargo debe destacarse que ello obedeció al texto de la demanda, a la que en ejercicio de principios legales debía responderse en consonancia. En estricto rigor su análisis debió contraerse a verificar cuáles eran las funciones encomendadas al cargo de Profesional I, cuál la retribución asignada a dicho cargo, si el actor las había desplegado y si aparecía el pago de aquellas, cosa que no hizo.

Ahora bien, en el evento que los cargos fueran prósperos desde la perspectiva jurídica, no podría decirse lo mismo desde la fáctica, pues al llegar a definir la instancia, la Sala tendría que emitir un fallo en igual sentido al que profirió el Tribunal, por las razones que a continuación se esgrimen.

Ante todo, habría que precisar que el juzgador no incurrió en ninguno de los errores que con carácter de evidente predica la censura, en tanto no desconoció el ejercicio de funciones propias del Profesional I por parte del actor, como se le endilga en el primero de aquellos, bien por el

contrario, lo que el Tribunal adujo fue que las funciones no se habían desarrollado en igualdad con otros abogados, dando como cierto la realización de las labores encomendadas; tampoco descartó la posibilidad de que aquel mereciera la retribución salarial del cargo, ni que las funciones de Profesional I y III fueran distintas, por cuanto así no se indica en la providencia acusada, obsérvese que lo que no encontró probado el juez colectivo fue la ejecución de tareas en igualdad comparativa. Y si bien es cierto que no dio por probado que el demandante para 1997 reuniera el requisito específico de 4 años de experiencia relacionada, también lo es que la censura no derruyó dicho pilar con la prueba pertinente.

Pero aún hay algo más interesante y definitivo a la hora de resolver el conflicto, y es que como lo explicó el libelista, el demandante, debido a la transformación y bifurcación de la demandada en otras entidades, estuvo vinculado a varias de ellas, que como tal corresponden a personas jurídicas independientes y autónomas de la aquí convocada, como claramente lo dispuso el Acuerdo de creación que en lo pertinente reposa a folio 63 del plenario; así se observa de la documental de folio 854, que Buchelly fue incorporado a partir del 15 de diciembre de 1997 a la planta de cargos de la Empresa de Telecomunicaciones de Cali S.A. E.S.T. EMCATEL S.A. y solo hasta marzo 31 de 2000, se vinculó con la entidad hoy accionada, de acuerdo al acto administrativo que reposa a folio 127, en el cargo de Profesional III, en el que valga la pena anotar, no figura como trabajador oficial ningún cargo de nivel I. De tal suerte que la reclamación incoada en el libelo, por lo menos en ese interregno, carecería de soporte.

Con todo, si se llegara a entender que el vínculo contractual siempre operó frente a EMCALI, como la discusión se ancló en el hecho de que el trabajador desplegó funciones distintas a las que le competían, fundamento fáctico que no fue desconocido por la pasiva quien a la vez que lo aceptó, argumentó que pagó la diferencia salarial cuando el trabajador asumió dichos «encargos», correspondía al demandante allegar la prueba de que independientemente de no estar designado como Profesional I, siempre desarrolló las funciones de dicho cargo, circunstancia que no aparece plenamente probada en el plenario.

En efecto, se encuentra que según folio 137 mediante acto administrativo se le ordenó al demandante ejercer funciones de Profesional I desde abril 5 de 1999, pero a folio 545 se consigna el pago de la diferencia salarial entre aquel cargo y el del demandante, por 60 días, pago que ha de resaltarse fue dispuesto por ENERCALI S.A. y a folio siguiente la cancelación de la diferencia salarial con el de Profesional II entre febrero 16 de 2001 y marzo 15 de ese mismo año, igualmente fue ordenada por la entidad atrás referida; no sin dejar de anotar que el documento de folio 586 da cuenta que la figura del encargo en EMCALI, quedó abolida a partir de julio 15 de 1999; de igual forma aun cuando de la certificación de folio 1044 se extrae que el actor representó judicialmente a la accionada cuando respondió demandas a nombre de ella en diciembre 5 de 2001, no se precisa hasta que fecha desplegó dicha función; así mismo según se aprecia a folio 762 al actor se le incorporó a la planta de personal de la aquí accionada, como Abogado III, desde mayo 20 de 2004.

De otra parte la escala salarial a que se refiere el recurrente, que reposa a folio 1026 del plenario y que corresponde a un anexo de la Convención Colectiva 1999 – 2000 reporta que tratándose de trabajadores oficiales, existen tres diferentes niveles dentro de los cuales hay diferentes clases, que a la vez denotan una asignación salarial distinta; así para el nivel I se reportan 52 clases, para el nivel II, 6 clases y para el nivel III, 9; de tal manera que era imperioso demostrar en cuál de esas diferentes clases y niveles se ubicaba la labor que no fue retribuida correctamente.

Por lo anterior, los cargos no prosperan.

Las costas se impondrán en contra del recurrente, toda vez que hubo oposición; para tal efecto el juez de primer grado liquidará la suma de \$3.500.000 como agencias en derecho, según lo dispone el artículo 366 del C.G.P.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 24 de junio de 2009, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso instaurado por RAÚL JAVIER BUCHELLY RIVAS contra las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E., E.S.P.

Costas como se dijo.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Presidente de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 14 de junio de 2024 - (Diario Oficial No. 52.762 - 20 de mayo de 2024)



MINTIC