

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Yopal, treinta (30) de abril de dos mil quince (2015).

Ref.: Fallo¹. NRD. NIVELACIÓN SALARIAL. COMPARACIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES. TÉCNICO SECRETARÍA DE SALUD DE CASANARE. INEXISTENCIA DE DIFERENCIACIÓN RELEVANTE DE FUNCIONES QUE JUSTIFIQUE LA DESIGUALDAD SALARIAL. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL "A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL". LA DISCRIMINACIÓN NO ES OBJETIVA, JUSTIFICADA NI RAZONABLE. APLICACIÓN DEL TEST DE PONDERACIÓN: JUICIO DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD. Reiteración.

RECONOCIMIENTO DE NIVELACIÓN SALARIAL NO EXCLUYE LA APLICACIÓN DE PRESCRIPCIÓN TRIENAL. SENTENCIA NO CONSTITUTIVA DEL DERECHO.

Radicado: 850013333002-2013-00161-01
Demandante: PEDRO MARTÍN GAMA
Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE
Primera Instancia: Juzgado Segundo Administrativo de Yopal
Fecha decisión: 12-IX-14
Radicado interno: 2015-00041

Magistrado ponente: NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

ASUNTO POR RESOLVER

Se profiere sentencia de segunda instancia en el ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho a través del cual se pretende la nivelación salarial de un técnico que labora en la Secretaría de Salud del departamento de Casanare respecto de otro cargo existente en la administración departamental con igual código y diferente grado; se discute la identidad substancial de funciones de los dos empleos. La pasiva recurre el fallo estimatorio y la parte actora refuta la aplicación de la prescripción trienal.

HECHOS RELEVANTES

El actor señala en la demanda que fue vinculado en provisionalidad como técnico del área de la salud del departamento de Casanare el 31 de diciembre de 2003. En el año 2002 y 2003 se presentó una reestructuración en la planta de personal de la Secretaría de Salud de Casanare que lo incorporó junto a 27 personas más en el cargo *técnico en salud grado 323 grado 01* y a otros funcionarios en el mismo cargo pero con grado 03 quienes desarrollaban las mismas funciones y actividades con una notable diferencia en su remuneración.

Indicó que el 30 de diciembre de 2003 los señores JORGE ALIRIO ROBLES FUENTES, OSCAR GERMÁN GUERRERO ROMERO, LUIS ÁNGEL CUEVAS RODRÍGUEZ, JOSÉ BAYARDO LUGO PIRABÁN, JAIME FONSECA CASTILLO, DIDIER MANRIQUE RIVERA Y EDWIN RINCÓN SILVA fueron recodificados del cargo *técnico área de salud código 323 grado 01* al cargo *técnico área de*

¹ Ver idénticos problemas jurídicos y soluciones en sentencias de esta misma fecha, radicaciones 2013-00164-01 y 2013-00168-01, ponente Néstor Trujillo González

salud código 323 grado 03 ordenando el reconocimiento de los reajustes de los sueldos y prestaciones sociales.

Afirmó que fue y sigue desmejorado salarialmente a partir de la reestructuración efectuada, pues más de 9 de sus compañeros, quienes ejercen las mismas actividades y funciones, hoy se encuentran clasificados en el cargo de *técnicos en salud código 323 grado 03* materializando una diferencia salarial ostensible que afecta su derecho a la igualdad y a percibir un salario acorde y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo que es el mismo que ha venido devengando su compañero VIRGILIO LÓPEZ PÉREZ.

A través de derecho de petición del 03 de agosto de 2012 solicitó a la Secretaría de Salud de Casanare la recodificación y nivelación salarial (fl. 2 a 4 c. ppal) recibiendo respuesta el 1 de octubre de 2012 con el oficio 900 46-05 (fl. 5 a 8 c. ppal) mediante el cual se negó dicha solicitud argumentando que no existe igualdad entre las funciones desempeñadas en los dos cargos.

ASUNTO LITIGIOSO

Se discute el reconocimiento del reajuste salarial y prestacional de un técnico código 323 grado 01 de la Secretaría de Salud del departamento de Casanare, en comparación con los funcionarios que laboran en la misma entidad con el mismo cargo y código pero con grado 03, pues el actor indica que las funciones desempeñadas son las mismas pero con una notable diferencia salarial.

Para el departamento de Casanare el accionante no tiene derecho al reajuste pues de conformidad con el Decreto 223 de 2002, por medio del cual se adopta la nueva planta de personal de la gobernación de Casanare y la Resolución 089 de 2006 a través de la cual se ajusta el manual específico de funciones y competencias, se evidencia una clara diferencia entre el propósito, requisitos y funciones de los técnicos del área de salud código 323 grado 01 y grado 03; además, el demandante se encuentra vinculado en provisionalidad.

DECISIÓN RECURRIDA

El juez segundo administrativo de Yopal profirió sentencia el 12 de septiembre de 2014 (folio 591 c. 1) a través de la cual: **i)** declaró la nulidad del acto administrativo contenido en la "carta" 900 46-05 del 1 de octubre de 2012 por medio de la cual se niega la nivelación salarial del actor; **ii)** condenó a la entidad demandada a reconocer y pagar al demandante el reajuste y/o nivelación salarial y prestacional, respecto de las condiciones laborales conferidas a los *técnicos área de salud, código 323 grado 03* en los siguientes términos: realizar el reajuste anual del salario y prestaciones sociales del actor desde el año 2003 al 2014 y en adelante por el factor de la nivelación reconocida, conforme a lo peticionado en la demanda; efectuar el pago de las diferencias salariales y prestacionales causadas a partir del 03 de agosto de 2009 acorde con la prescripción trienal; **iii)** declaró la prescripción trienal de la diferencia de los salarios y prestaciones causados con anterioridad al 03 de agosto de 2009; y **iv)** se abstuvo de condenar en costas a la parte demandada.

Los argumentos expuestos en el fallo de primera instancia se extractan a continuación:

1. Revisado el manual de funciones de la Secretaría de Salud de Casanare específicamente las de los cargos de *técnico en el área de la salud, código 323 grados 03 y 01*, se constató que son sustancialmente las mismas, inclusive algunas de ellas son idénticas. Pese a que en el referido manual se trató de impartir una apariencia diferencial entre los grados 01 y 03, materialmente son exactamente las mismas, razón por la que se configura uno de los postulados de la jurisprudencia para la procedencia de la nivelación correspondiente.
2. Seguidamente expuso que de la relación de los salarios devengados por el demandante y por los señores VIRGILIO LÓPEZ PÉREZ y EDWIN RINCÓN SILVA en su calidad de *técnicos área de salud código 323 grado 03* se concluye la existencia de una diferencia salarial importante, pues por ejemplo, para el año 2013, el técnico área de salud código 323 grado 01 percibía un salario de \$1.743.558, mientras que el grado 03 un salario de \$1.847.561.

3. En cuanto a los requisitos para acceder a los cargos de técnico área de la salud código 323 grado 01 y 03, se evidenció que se requiere un mayor perfil para desempeñar el grado 01, ya que se exige diploma de bachiller, formación técnica en saneamiento ambiental, estadística del sector salud o auxiliar de enfermería y adicionalmente curso de *manejo de cadenas de frío de biológicos*, además de contar con una experiencia laboral específica de 9 meses; mientras que para el grado 3 solo se exige aprobación de 1 año de educación superior en áreas de la administración de la salud, salud ambiental o saneamiento ambiental y acreditar 6 meses de experiencia laboral relacionada, constatándose de esta manera que el grado con remuneración más alta no tiene un perfil superior acorde con sus exigencias laborales y grado de responsabilidad.
4. Concluyó que el acto acusado se encuentra viciado de nulidad, pues vulnera el derecho fundamental a la igualdad y va en contravía del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, al resultar acreditado que el demandante se encuentra en las mismas condiciones laborales de los funcionarios *técnicos en salud código 323 grado 03*, pero con una diferencia salarial y prestacional significativa, por lo que se debe llevar a cabo el reajuste correspondiente sin que esto signifique que vaya a ser promovido de forma directa al cargo *técnico área de salud código 323 grado 03* y que se le confieran automáticamente derechos de carrera sobre dicho empleo, aunque la entidad demandada deberá garantizarle las mismas condiciones laborales en cuanto a salario y prestaciones que devenga un técnico en salud código 323 grado 03.
5. Finalmente, adujo que teniendo en cuenta que el escrito peticionario de la nivelación salarial se elevó el 03 de agosto de 2012, desde dicha fecha se interrumpió la prescripción, por lo que se debe aplicar la prescripción trienal contemplada en el art. 151 del Código Procesal del Trabajo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La parte actora (fl. 226 c. ppa) presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, cuyos argumentos principales se exponen a continuación:

- ✓ Solicita se revoque el literal b) del numeral 2 y el numeral 3 de la sentencia en cuanto declaró la prescripción trienal de la diferencia de los salarios causados con anterioridad al 03 de agosto de 2009 y en su lugar se ordene el reconocimiento y pago de las diferencias salariales y prestacionales desde la fecha en que ingresó a laborar en el cargo *técnico área salud código 323 grado 01* en razón a que la sentencia objeto de alzada es de aquellas que la jurisprudencia y la doctrina han denominado *constitutivas* y por ende no procede la aplicación del fenómeno de la prescripción.
- ✓ El caso concreto no se trata de un reajuste salarial o prestacional; se trata de una nivelación salarial con todas las consecuencias que ella conlleva, por lo que es constitutiva de derechos que nacieron mediante la providencia judicial.
- ✓ Trae a colación sentencia del Consejo de Estado² en el que se estudió un evento de *contrato realidad* en la que se sostuvo que no resulta razonable aplicar la prescripción trienal a la indemnización que se reconoce, si se tiene en cuenta que dicha figura es una sanción al titular del derecho que se constituye en la sentencia que determina la existencia de la relación laboral.

La entidad accionada (fol. 216) solicitó revocar la sentencia apelada; sus razones se sintetizan así:

² Tutela, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, 29 de marzo de 2012, radicado 11001-03-15-000-2011-01610-00, actor: departamento de Santander; demandado: Juzgado Séptimo Administrativo de Bucaramanga y Tribunal Administrativo de Santander.

- ✓ En el Decreto 223 de 2002, por el cual se adoptó la nueva planta de personal de la gobernación de Casanare y en la Resolución 089 de 2006 por medio de la cual se ajusta el manual específico de funciones y competencias laborales, se encuentra una clara diferencia entre el propósito, requisitos y funciones de los empleados de la Secretaría de Salud de Casanare *técnicos código 323 grado 01 y grado 03*. No obstante, existen actividades complementarias y el perfil exigido para cada cargo es absolutamente diverso.
- ✓ El demandante se desempeña como *técnico área de salud, código 323 grado 01* en provisionalidad y las funciones que ejecuta corresponden a las establecidas en la Resolución 089 de 2006.
- ✓ No existe fundamento fáctico ni jurídico que acredite discriminación salarial que atente contra la igualdad como derecho fundamental, por cuanto las situaciones no son iguales, ya que los requisitos y funciones ejercidos por el cargo que ostenta el demandante son absolutamente diversos del que pretende homologar. De esta manera, no puede pretender el demandante el reconocimiento de acreencias laborales que no corresponden a las que se generan del cargo y funciones que ha venido desempeñando y para el cual fue contratado.
- ✓ En cuanto a la nivelación salarial en materia de salud, debe tenerse en cuenta que la sentencia C-315 de 1995 señaló que para los empleados públicos de la salud del orden territorial el gobierno establecerá un régimen salarial especial y un programa gradual de nivelación de salarios entre las diferentes entidades; además, la aplicación del programa gradual de nivelación debe efectuarse acorde con la disponibilidad presupuestal de la respectiva entidad de salud del orden territorial.
- ✓ Para que el actor pueda acceder al cargo de *técnico en salud código 323 grado 03* deberá someterse al proceso de concurso de méritos que establece la Ley 909 de 2004; además, no son propiamente los testimonios de los compañeros del demandante los que permiten determinar si efectuaba las mismas funciones de aquellos en grado 03 pues carecen de objetividad. Debíó atacarse el Decreto 233 de 2002 y la Resolución 0089 de 2006 (manual de funciones).

ACTIVIDAD PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

El expediente arribó al despacho del sustanciador el 18 de febrero de 2015; el 19 del mismo mes y año se admitieron los recursos (fol.3 c. segunda instancia), sin novedades; el 26 de febrero se abrió etapa de alegaciones (folio 6 c. segunda instancia) a la cual concurren las partes (fol. 8 y 59 c. segunda instancia); el Ministerio Público no conceptuó y el asunto entró en turno para fallo el 7 de abril de 2015 (fol. 64 c. segunda instancia).

Mediante memorial radicado en el Tribunal el 15 de abril de 2015 (fl. 65 c. segunda instancia) el apoderado de la parte actora solicita tener en cuenta lo dispuesto en el art. 187 del CPACA pues en la sentencia de primera instancia no se aplicó el ajuste de la condena de conformidad con el índice de precios al consumidor.

Resumen de los alegatos. Parte actora (fol. 59 c. segunda instancia). Adujo que desde la reestructuración llevada a cabo en el año 2003 en la Secretaría de Salud de Casanare se originó la desigualdad salarial y prestacional de los cargos *técnico en salud código 323 grado 01 y grado 03*, por lo que fue acertada la decisión adoptada por el a-quo; sin embargo, discrepa respecto de la declaratoria de la prescripción trienal.

Expuso que se acreditó dentro del proceso que desde que fue incorporado a la planta de personal de la administración central del departamento en el empleo *técnico en salud código 323 grado 01*, ejerce las mismas funciones de aquellos empleados que desde la misma época desempeñaban el mismo cargo pero con grado 03 con una asignación superior.

Por otra parte, en cuanto a la prescripción trienal, insistió en que el fallo de primera instancia es de carácter constitutivo, pues solo el derecho a la nivelación salarial puede exigirse a partir de la sentencia, por lo que no ha operado este fenómeno jurídico y el pago de la diferencia salarial y prestacional debe hacerse desde el día que fue nombrado como técnico en el área de salud *código 323 grado 01*.

Departamento de Casanare (fol. 8 c. segunda instancia). En primera medida indicó que la segunda instancia debe tener en cuenta la fecha de creación del cargo del demandante y el manual de funciones vigente en ese momento para técnicos *grado 03* así como los requisitos para cuando fueron vinculados. Resaltó que la sentencia de primera instancia contraría la Constitución y la ley al promover a un ciudadano a un cargo de carrera para el cual no ha prestado los méritos necesarios; no es procedente la nivelación salarial porque la que devenga fue fijada por la autoridad competente y dentro de las escalas establecidas para los respectivos grados; seguidamente indicó que cuando se creó el cargo *técnico en salud grado 01* ya existía el *grado 03* y el posesionado en este último ingresó bajo otras particulares exigencias.

Los argumentos principales de sus alegaciones son los siguientes:

- ✓ El demandante ingresó a laborar en el año 2003 en virtud del Decreto 159 del 25 de agosto de 2003 que creó el cargo *técnico en salud código 423 grado 02*. Con el Decreto 024 del 06 de marzo de 2006, dicho cargo quedó clasificado como *técnico área salud código 323 grado 01*. Así las cosas, se debió demandar el Decreto 024 de 2006.
- ✓ El mencionado Decreto 159 de 2003 suprimió la planta de personal de la Secretaría de Salud y adicionó la planta global del departamento, por lo que fue allí cuando se creó el cargo que ostenta el actor, obedeciendo a un estudio técnico que determinó la asignación salarial con la cual se vinculó el demandante bajo unas necesidades funcionales nuevas. A partir de este Decreto aparecen solo dos clasificaciones respecto de los cargos existentes: *técnico en salud código 423 grado 01* y *técnico en salud código 423 grado 03*.
- ✓ Por medio del Decreto 024 de 2006 (que llevó a cabo una reestructuración) se incorporaron a la planta global los empleos con nuevas nomenclaturas donde el cargo de técnico en salud 423 se convirtió en 323 quedando un total de 25 técnicos unificados con el grado 01 y solamente un técnico código 323 grado 03 correspondiente al señor VIRGILIO LÓPEZ PÉREZ porque se encontraba vinculado desde 1978 en el cargo de inspector de saneamiento inscrito en carrera administrativa.
- ✓ Si los recientes cargos creados de *técnicos de la salud grado 01* no se les dio la misma escala salarial y prestacional a la que devengaba el técnico grado 03 es porque así lo recomendó el estudio técnico y las finanzas departamentales, por lo que el cargo de técnico 323 grado 03 nunca podrá ser igual al grado 01. Para ello se debe tener en cuenta la misión, funciones y requisitos del cargo del demandante al momento de su nombramiento y posesión.
- ✓ En tanto al grado 03 se le invistió de poder de policía administrativa para la *ejecución de labores técnicas, promoción, vigilancia, control y aplicación de normas y métodos sanitarios*, al técnico en grado 01 solo se le facultó para la ejecución de labores técnicas de vigilancia sin que tenga atribuciones de policía administrativa. Las funciones para los señores VIRGILIO LÓPEZ y EDWIN RINCÓN SILVA son mayores y de más responsabilidad; además se encuentran en carrera administrativa por lo que deben cumplir metas.
- ✓ Aludió a las funciones previstas para los cargos desde su creación, indicando que la misión para el cargo *técnico en salud código 423 grado 03*³ consiste en la *ejecución de labores técnicas, promoción, vigilancia, control y aplicación de normas y métodos sanitarios* mientras

³ Hoy código 323 grado 03.

que para el cargo *técnico en salud código 423 grado 01*⁴ consiste en la *ejecución de labores técnicas de vigilancia de salud pública para el departamento de Casanare*.

- ✓ Existen diferencias entre uno y otro cargo, los dos trabajan en coordinación pero no fueron creados al mismo tiempo, ni tienen la misma carga laboral, pues los técnicos en salud grado 01 fueron creados para cumplir con las funciones que la Nación le entregó a las entidades territoriales mediante la Ley 715 de 2001.
- ✓ Por último, solicita que en segunda instancia se ordene complementar, en virtud de la facultad oficiosa del juez, el expediente administrativo con todos los antecedentes previos al nombramiento y posesión del demandante en cuanto a decretos de reestructuración, manuales de funciones y lo concerniente a la vinculación del señor VIRGILIO LÓPEZ PÉREZ. Adjunta: *Resolución n.º 1136 del 25 de octubre de 1978 que nombró al señor LÓPEZ PÉREZ junto con acta de posesión en el cargo de inspector de saneamiento en 1978; inscripción en escalafón de carrera; Decreto 159 del 25 de agosto de 2003 a través del cual se crean los cargos de técnico en salud código 423 grado 01; Decreto 0024 de 2006 (reclasificación y nueva nomenclatura) y Resolución 1953 de 2003 que corresponde al manual de funciones al momento de posesión del demandante.*

CONSIDERACIONES

1ª Examen procesal. Examinado el ritual según lo ordenado en el art. 132 del C. G. del P., en armonía con los arts. 207 de la Ley 1437 y 29 de la Carta, se ha encontrado acorde al ordenamiento procesal. No hay reparos de los sujetos procesales ni de oficio se vislumbra necesidad de saneamiento. La competencia es privativa del Tribunal para desatar la segunda instancia de un fallo que proviene de un juzgado de su Distrito.

2ª Alcance de la apelación. Puesto que la sentencia de primer grado estimó las pretensiones, la censura de la demandada propone la revocatoria total, para que en su lugar se denieguen las mismas. La parte actora hace reparos en cuanto a la aplicación de la *prescripción trienal*. La Sala decide con el pleno control del litigio.

2.1 Solicitud probatoria en segunda instancia: El apoderado de la parte demandada en el término de traslado para alegar (fi. 22 c. segunda instancia) solicita se decreten pruebas de oficio con el fin de complementar el expediente administrativo con todos los antecedentes previos al nombramiento y posesión del demandante, actos administrativos de reestructuración, manuales de funciones y lo concerniente a la vinculación del señor VIRGILIO ELEÁZAR LÓPEZ PÉREZ (empleado que ostenta el cargo *técnico 323 grado 03 en carrera*).

Desde ya se advierte que no se accederá a dicha solicitud, por las siguientes razones:

- I) No se cumple con ninguno de los presupuestos contenidos en el art. 212 del CPACA para decretar pruebas en esta instancia y, además, las que se pretende alegar *tenía el deber de aportarlas al contestar la demanda* (art. 175.4 CPACA);
- II) Ya obra dentro del expediente copia del Decreto 159 del 25 de agosto de 2003 que creó el cargo de *técnico en salud código 423 grado 01* y el manual de funciones; y
- III) Como se discute la *nivelación salarial* del actor respecto de otro cargo dentro de la Secretaría de Salud de Casanare resultan *irrelevantes* los documentos relacionados con los antecedentes administrativos en la estructura de la planta de

⁴ Hoy código 323 grado 01

personal, origen de cada empleo y forma de vinculación a los cargos, pues para predicar la existencia de una diferencia salarial que haga necesario dar aplicación al principio *a trabajo igual salario igual* basta analizar las funciones que **actualmente** son desarrolladas por los dos cargos objeto de comparación.

3ª Medios y hechos relevantes probados

Vinculación del demandante y sus antecedentes:

3.1 Por medio del Decreto n.º 0223 del 4 de diciembre de 2002 (fl. 106 c. ppal) se suprimió la planta de personal de la Secretaría de Salud y se adicionó la planta global del departamento de Casanare.

3.2 A través del Decreto n.º 0159 del 25 de agosto de 2003 se modificó el Decreto n.º 0223 de 2002 (fl. 114 c. ppal). Se realizaron modificaciones a la planta de personal de la Secretaría de Salud de Casanare.

3.3 Por medio del Decreto n.º 0158 del 25 de agosto de 2003 (fl. 27 c. pruebas) se modificó el Decreto 0222 de 2002 que estableció la organización interna de la Secretaría de Salud del departamento de Casanare.

3.4 A través de la Resolución n.º 3532 del 30 de diciembre de 2003 (fl. 102 c. ppal) se nombró a Pedro Martín Gama en la planta global de la gobernación de Casanare en el cargo de *técnico en salud código 423, grado 01* adscrito a la Secretaría de Salud. Se allegó acta de posesión (fl. 103 c. ppal).

3.5 El demandante actualmente se encuentra vinculado a la planta global de personal de la administración central en el cargo de *técnico en salud, código 323, grado 01* en provisionalidad, adscrito a la Secretaría de Salud (certificación laboral folio 16 c. ppal). Obran certificaciones en el mismo sentido del 08 y del 09 de octubre de 2013 (fls. 104 y 105 c. ppal)

3.6 Se certificó el 03 de abril de 2014 por parte del grupo de Talento Humano de la Secretaría de Salud de Casanare que el señor Pedro Martín Gama desempeña las funciones asignadas en el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleados de la planta de personal de la administración central del departamento (2006) (fl. 59 c. pruebas).

Situación de los demás empleados (técnicos área de salud) del departamento:

3.7 Obran actos administrativos emitidos por el gobernador de Casanare en los que se recodificó el cargo *técnico código 323 grado 01* desempeñado por varios empleados del área de salud al cargo *técnico código 323 grado 03* en cumplimiento de sentencias emanadas del Tribunal Administrativo de Casanare en las que se ordenó su reintegro, así:

Resoluciones 1307 (fl. 18 c. ppal) y 1308 del 30 de diciembre de 2010 (fl. 21 c.ppal); 1311 (fl. 24 c. ppal); 1313 (fl. 27 c. ppal); 1314 (fl. 30 c. ppal) y 1315 (fl. 33 c. ppal) del 31 de diciembre de 2010.

Se recodificó el cargo de *técnico* área de salud código 323 grado 01 desempeñado por Óscar Germán Guerrero, Jorge Alirio Robles Fuentes, Jaime Fonseca Castillo, Didier Manrique Rivera, José Bayardo Lugo Pirabán y Luis Ángel Cuevas Rodríguez al cargo de *técnico* código 323 grado 03 en virtud de las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Casanare que ordenaron los reintegros. Lo anterior, por cuanto en virtud del Decreto n.º 223 del 04 de septiembre de 2002 se determinó la supervisión de cargos y se estableció la nueva planta de personal de la Secretaría de Salud.

3.8 Se certificó el 03 de abril de 2014 por parte del Grupo de Talento Humano de la Secretaría de Salud de Casanare que el señor **Virgilio Eleazar López Pérez** se encuentra vinculado a la planta global de personal de la administración central del departamento desempeñando el cargo de *técnico área salud, código 323 grado 03* adscrito a dicha dependencia, desempeñando las funciones asignadas en el *manual específico de funciones y competencias laborales para los empleados de la planta de personal de la administración central del departamento (2006)* (fl. 60 c. pruebas).

3.9 Se allegó copia de las acreditaciones personales y profesionales que conforman la hoja de vida del señor Virgilio Eleazar López Pérez para el desempeño del cargo *técnico área de salud código 323 grado 03* (fl. 61 c. pruebas).

3.10 Se certificó el 03 de abril de 2014 por parte del Grupo de Talento Humano de la Secretaría de Salud de Casanare que el señor **Edwin Rincón Silva** se encuentra vinculado a la planta global de personal de la administración central del departamento desempeñando el cargo de *técnico área salud, código 323 grado 03* adscrito a dicha dependencia, con las funciones asignadas en el *manual específico de funciones y competencias laborales para los empleados de la planta de personal de la administración central del departamento (2006)* (fl. 65 c. pruebas).

3.11 Se allegó copia de las acreditaciones personales y profesionales que conforman la hoja de vida del señor Edwin Rincón Silva para el desempeño del cargo *técnico área de salud código 323 grado 03* (fl. 66 c. pruebas).

Diferencia salarial:

3.12 Obra cuadro comparativo (fl. 68 c. pruebas), suscrito por el técnico administrativo de la Oficina de Talento Humano de la Secretaría de Salud del departamento a través del cual se relacionan los salarios devengados por los señores *Pedro Martín Gama, Virgilio Eleazar López y Edwin Rincón Silva*.

Trámite de la solicitud de nivelación ante la administración departamental:

3.13 A través de petición dirigida al secretario de salud de Casanare el 03 de agosto de 2012, el demandante solicitó la recodificación y nivelación salarial con el cargo de *técnico en el área de salud código 323 grado 03* (folios 2 a 4 c. ppal).

3.14 Por medio de "Carta" 900 46-05 del 01 de octubre de 2012, expedida por el secretario de salud de Casanare, se negó la nivelación salarial solicitada por el actor, aduciendo que no existe igualdad entre las funciones desempeñadas por los técnicos código 323 grado 03 y grado 01 ya que estas están diferenciadas de conformidad con el perfil académico, experiencia laboral y propósito del empleo dentro de la planta de personal para el cumplimiento de las actividades misionales de la entidad (folios 5 a 8 c. ppal).

Perfil del actor:

3.14 Obra copia del diploma de bachiller académico (fl. 100 c. ppal) y copia auténtica del certificado que lo acredita como *técnico laboral en saneamiento ambiental* expedido por la Corporación Centro de Estudios de Ciencias Administrativas y del Ambiente en Salud (fl. 101 c. ppal).

Funciones desarrolladas por los dos cargos que se comparan:

3.15 Obra manual de funciones y requisitos del cargo *técnico en salud código 423 grado 01 y 03* (fl. 45 a 47 y 53 a 53 c. pruebas) y del *técnico en salud código 323 grado 01 y 03* (fl. 48 a 50 y 51 a 52 c. pruebas).

Teniendo en cuenta que el demandante actualmente desempeña el cargo en el último código y grado mencionado, se tendrán en cuenta las funciones de dicho empleo pues son las que resultan relevantes para el análisis del caso concreto; se describirán a continuación⁵.

⁵ Aunque el manual de funciones identifica el propósito general y las funciones esenciales de cada cargo, para efectos de resolver el problema de fondo que más adelante se relaciona, se clasificaron en *funciones idénticas, similares y disímiles o particulares de cada cargo*.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE
NRD 850013333002-2013-00161-00 Pág. 9

<i>Técnico área de salud código 323 grado 01</i>	<i>Técnico área de salud código 323 grado 03</i>
Propósito principal: Ejecutar labores técnicas de vigilancia de salud pública para el departamento de Casanare.	Propósito principal: Colaborar en los procesos del área, realizar procesos y labores técnicas de promoción, vigilancia, control y aplicación de normas y métodos sanitarios destinados a mejorar y/o restablecer las condiciones del medio ambiente.
Funciones idénticas:	
Colaborar en la formulación, ejecución y evaluación del Plan de Atención Básica.	Colaborar en la formulación, ejecución y evaluación del Plan de Atención Básica.
Tomar y enviar muestras de alimentos y aguas, siguiendo los protocolos establecidos.	Tomar y enviar adecuadamente las muestras correspondientes de alimentos y aguas siguiendo los protocolos establecidos.
Realizar la vigilancia y el control de empresas que utilicen plaguicidas por aspersión, nebulización, u otros métodos.	Realizar la vigilancia y control de las empresas que utilicen plaguicidas por aspersión, nebulización u otros métodos.
Presentar su inmediata colaboración e intervención en los eventos catastróficos que pueda presentarse en su zona de influencia que incidan en la salud pública.	Prestar su inmediata colaboración e intervención en los eventos catastróficos que puedan presentarse y que incidan en la salud pública.
Participar activamente en el Comité de Vigilancia Epidemiológica.	Participar activamente del Comité de Vigilancia Epidemiológica.
Responder por el archivo e inventario asignado y velar por el uso correcto de este.	Responder por el archivo e inventario a cargo y velar por el uso correcto de este.
Funciones similares y complementarias	
Realizar el diagnóstico de los factores de riesgo del ambiente y de consumo en la zona de influencia.	Participar en el diagnóstico y pronóstico del estado de salud de la comunidad y de las condiciones ambientales de la zona de influencia.
	Mantener actualizado el diagnóstico de la situación ambiental.
Aplicar las medidas de prevención, vigilancia integrada y selectiva requerida para el control de las enfermedades transmitidas por vectores y/o eventos de enfermedades por zoonosis.	Formular y ejecutar las acciones de promoción, prevención, vigilancia y control de vectores.
Promover en la comunidad el uso adecuado de las medidas de protección que permitan disminuir los factores de riesgo del ambiente.	Ejercer vigilancia, control sanitario y ejecutar acciones de promoción y prevención en su jurisdicción, sobre los factores de riesgo para la salud de la población, en los establecimientos y espacios.
Verificar el cumplimiento de las normas de orden sanitario.	Hacer cumplir normas de carácter sanitario previstas por la ley.
Funciones disímiles que diferencian los cargos	
Aplicar las normas que regulan la salud pública en la zona de influencia	Vigilar y controlar las condiciones ambientales que afecten la salud y el bienestar de la población, generadas por ruido, tenencia de animales domésticos y olores.
Realizar inspecciones de vigilancia y control en las plantas de sacrificio de animales para consumo humano.	Vigilar y controlar la calidad, producción, almacenamiento y distribución de alimentos para consumo humano.
Colaborar en investigaciones epidemiológicas de campo.	Realizar la investigación de los casos sujetos a vigilancia epidemiológica que se presenten.
Mantener actualizado el mapa epidemiológico de la zona de influencia.	Mantener actualizados los censos y presentar a la Dirección de Salud Pública los informes correspondientes.
Manejar la distribución de biológicos a nivel departamental y municipal.	Capacitar y asesorar a la comunidad en temas de manejo sanitario de alimentos, riesgos ambientales, zoonosis y demás temas relacionados.
Manejar la cadena de fríos de los biológicos en la Secretaría de Salud.	Realizar vigilancia y control en la calidad del agua para consumo humano, la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos, manejo de radiaciones ionizantes, excretas, residuos líquidos, así como la calidad del aire.
Colaborar con el manejo de las estadísticas del Sistema de Información en Salud.	
Presentar la información requerida y evaluación de las actividades.	
Realizar la vigilancia y control de las condiciones sanitarias y ambientales (FUNCIÓN GENERAL).	

Ejercer vigilancia y control de los eventos de interés sanitario y ejecutar acciones de promoción y prevención de los mismos.

Requisitos de estudio y experiencia:	Requisitos de estudio y experiencia:
Estudios: Diploma de bachiller y formación técnica en saneamiento ambiental expedida por una institución debidamente autorizada o curso de formación técnica en estadística del sector salud o auxiliar de enfermería y curso de manejo de cadenas de fríos de biológicos.	Estudios: Aprobación de un (1) año de educación superior en áreas de administración de la salud, salud ambiental o saneamiento ambiental.
Experiencia: 9 meses de experiencia laboral específica.	Experiencia: 6 meses de experiencia laboral relacionada.

3.16 La Dirección de Salud Pública de la Secretaría de Salud de Casanare certificó el 07 de abril de 2014 (fl. 69 c. pruebas) que el demandante ha realizado actividades de inspección, vigilancia y control relacionadas con el área de salud ambiental, programa de enfermedades transmitidas por vectores y área de zoonosis. Certifica las mismas actividades para *Virgilio Eleázar López Pérez* y *Edwin Rincón Silva* quienes son *técnicos código 323 grado 03*, junto con las actividades concertadas para carrera administrativa (fl. 71 y 74 c. pruebas).

3.17 En cuanto a la **prueba oral** recaudada en primera instancia se rescata lo siguiente:

Jorge Alirio Robles Fuentes <i>Técnico en salud código 323 grado 03</i>	Indicó que las funciones que desempeña un técnico código 323 grado 01 y 03 son las mismas, pues ha tenido la oportunidad de ejercer los dos cargos. Las funciones no son distintas por cuanto tienen que ver con factores de riesgos de consumo, monitoreo y vigilancia de acueductos, toma de muestras de alimentos, control de zoonosis, vigilancia y control de las ETV entre otras; además las herramientas utilizadas para ejercer el empleo son las mismas. Expuso que los grados del cargo mencionado no influyen a la hora de ejercer las actividades, pues son las mismas capacitaciones, los informes son iguales y la carga laboral es la misma.
Luis Ángel Cuevas Rodríguez <i>Técnico en salud código 323 grado 03</i>	Las actividades que realizan los dos cargos son las mismas, se pueden desarrollar en cualquier municipio del departamento de Casanare. Adujo que estuvo desempeñando durante algún tiempo el cargo pero en grado 01 y las labores son iguales: toma de muestra de aguas, de alimentos, actividades de control de vectores, fumigaciones, investigaciones de campo, control de establecimientos públicos etc. Señala que para las capacitaciones se citan a todos los funcionarios y se dan las mismas instrucciones.

4ª PROBLEMAS JURÍDICOS DE FONDO

4.1. **PJ1.** *¿Procede el reconocimiento de nivelación de la asignación devengada conforme a la escala salarial de la nomenclatura del empleo, para igualarla a la que se fija para otro empleo de diferente nomenclatura, cuando el perfil y las funciones de los cargos comparables son sustancialmente similares?*⁶

4.1.1 **Tesis:** *Reiteración.* Sí. Pese a que aparentemente puedan identificarse diferencias en las funciones de cada uno de los cargos objeto de comparación, dicho margen de diferenciación a la luz del *test de ponderación* debe ser lo suficientemente *justificado, objetivo y razonable* para soportar la desigualdad salarial; de lo contrario, habrá que

⁶ Este problema jurídico fue objeto de anterior discusión en: TAC, sentencia del 13 de noviembre de 2014, radicado 850013333002-2013-00132-01, ponente Néstor Trujillo González, demandante: Alonso Barrera, demandado: departamento de Casanare.

concluirse que de un *rol común* sin diferencias funcionales trascendentes no puede derivarse tratamiento salarial distinto, pues deberá aplicarse el principio "*a trabajo igual, salario igual*".

4.1.2 El Tribunal se ha pronunciado en ocasiones anteriores respecto de los alcances del principio "*a trabajo igual salario igual*"; esta problemática fue examinada en sentencia fundante del 21 de septiembre de 2006⁷, en la cual se fijó el marco conceptual, así:

Premisa normativa de fondo

A diferencia de la complejidad que ofrecen los problemas procesales ya examinados, la fundamentación jurídica del *principio de igualdad* y su aplicación al caso resultan relativamente sencillas.

La Carta Constitucional tiene dispuesto en su art. 13 el principio conforme al cual, *debe darse trato igual a quienes se encuentran en condiciones semejantes*, sin perjuicio de las *acciones afirmativas* que concitan al Estado a remover *desigualdades de origen*.

Lo retoma el art. 53 de la Constitución, como una de las premisas fundantes del estatuto del trabajo que el Legislador está en mora de expedir, cuya omisión no impide que produzca efectos concretos, pues se ha aceptado – cuando menos en sede constitucional – el carácter normativo y de aplicación directa que tienen esas cláusulas superiores. Se alude a este precepto, tanto por su referencia específica a la *igualdad de oportunidades*, como por la orden que imparte de preservar *la proporcionalidad entre la cantidad y calidad del trabajo y la remuneración*.

Los precedentes constitucionales han dicho, efectivamente, como lo invocó el Departamento, que la *igualdad* laboral no es un asunto matemático de aplicación mecánica; sin embargo, la misma sentencia aludida por la accionada precisa que la diferenciación tiene que ser ***justificada, objetiva y razonable***, pues:

El artículo 53 de la Constitución señala perentoriamente principios mínimos que el legislador debe tener en cuenta cuando dicte las normas integrantes del Estatuto del Trabajo y uno de ellos es justamente aquel según el cual todo trabajador tiene derecho a una remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, aspecto éste último que se expresa, como lo ha venido sosteniendo la Corte, en términos de igualdad: "a trabajo igual, salario igual".

La norma constitucional, además de estar encaminada a la protección especial del trabajo en condiciones dignas y justas, es un desarrollo específico del principio general de la igualdad, inherente al reconocimiento de la dignidad humana, que impone dar el mismo trato a las personas que se encuentran en idéntica situación aunque admite la diversidad de reglas cuando se trata de hipótesis distintas. Toda distinción entre las personas, para no afectar la igualdad, debe estar clara y ciertamente fundada en razones que justifiquen el trato distinto. Ellas no procederán de la voluntad, el capricho o el deseo del sujeto llamado a impartir las reglas o a aplicarlas, sino de elementos objetivos emanados cabalmente de las circunstancias distintas, que de suyo reclaman también trato adecuado a cada una⁸.

Por ello también se ha establecido que en los casos en que se indaga si el tratamiento diferente se ajusta a la Constitución, deben correrse los ***test de ponderación*** que utiliza la Corte para establecer si

⁷ Sentencia del 21 de septiembre de 2006, expediente 2003-01218-00, ponente Néstor Trujillo González. El mismo marco dogmático se desarrolló en sentencias posteriores, así: 2003-01193-00 y 2003-01284-00 del 28 de septiembre de 2006; 2003-01199-00 y 2003-01290-00 del 12 de octubre de 2006 entre otras del mismo ponente.

Recientemente, pero con otras aristas fácticas se han discutido en línea reiterativa desestimatoria asuntos en los que el empleo con remuneración superior para la comparación se sustenta en la preservación de los beneficios que le fueron conferidos al titular en virtud de la reincorporación por supresión de un cargo de carrera, lo que excluye la escueta similitud de funciones. La apertura en ese sentido se hizo en fallo TAC del 19 de septiembre de 2013, expediente 850013331702-2012-00018-01, ponente Carlos Alberto Hernández, con aclaración de voto del magistrado Néstor Trujillo González.

⁸ CConst., sentencia SU-519 de 1997, J. G. Hernández; fragmento del argumento No 4.

la discriminación existe; si es necesaria; si sirve adecuadamente a un propósito constitucionalmente valioso y si es proporcionada⁹, metodología que sigue de cerca el discurso de Alexy¹⁰ sobre las técnicas de ponderación de derechos humanos que entran en tensión jurídica.

4.1.3 La Corte Constitucional¹¹, se ha referido al alcance del derecho a la igualdad en materia salarial, así:

"(...) la igualdad de trato en la relación laboral no sólo deriva de una regla elemental de justicia en los estados democráticos sino de la esencia de la garantía superior al trabajo, ya sea que éste se preste ante entidades públicas o privadas.

Al respecto, se ha afirmado que *"en materia salarial, si dos o más trabajadores ejecutan la misma labor, tienen la misma categoría, igual preparación, los mismos horarios e idénticas responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía, sin que la predilección o animadversión del patrono hacia uno o varios de ellos pueda interferir el ejercicio del derecho al equilibrio en el salario, garantizado por la Carta Política en relación con la cantidad y calidad de trabajo"*¹²

De manera tal que el empleador debe otorgar y garantizar la igualdad de trato en la relación laboral. No obstante, tal y como lo ha reconocido también esta Corporación en múltiples oportunidades, no se trata de establecer una equiparación matemática del trabajador, puesto que *"ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos"*¹³.

4.1.4 De lo anterior se deriva que no se puede dar un trato discriminatorio entre trabajadores que, cumpliendo una misma labor con las mismas responsabilidades, sean destinatarios de remuneración diferente. Así las cosas surge como factible la perspectiva de salarios distintos siempre y cuando la diferenciación sea razonable (cantidad y calidad del trabajo, art. 53 C.P.), y sea objetiva y rigurosamente probada por el empleador. Sin embargo, el principio de **igualdad** ante la ley no es de carácter absoluto, pues no concede un derecho a ser equiparado de forma caprichosa, sino más bien a exigir que la ley no haga diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas.

⁹ La Corte reconoce libertad relativa de configuración normativa al legislador para establecer sistemas laborales públicos diferenciados, si la norma sale avante en el test de igualdad, atendidos todos los supuestos de aplicación. Ver, por ejemplo, la sentencia C-313 de 2003, A. Tafur, en la cual se citan numerosos precedentes alineados con la sentencia C-654 de 1997; a la misma línea pertenece la sentencia C-1433 de 2000, A. Barrera. Otro fallo que ilustra el manejo del test, en la modalidad de *razonabilidad* de los medios de acción escogidos por el legislador, en relación con el principio de *movilidad* de las remuneraciones públicas, es la sentencia C-1017 de 2003, M. J. Cepeda y R. Escobar.

¹⁰ El opúsculo 28 publicado por el Externado, serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, ilustra sobre la relación entre la teoría de los principios y los derechos fundamentales. Allí se recogen artículos de Alexy sobre las técnicas de ponderación.

¹¹ Sentencia T-545A del 19 de julio de 2007, ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

¹² Sentencia SU-519 de 1997, J. G. Hernández.

¹³ Sentencia C-221 de 1992, Alejandro Martínez Caballero.

4.1.5 Ahora bien, para determinar si las funciones desempeñadas por los cargos objeto de comparación son sustancialmente diferentes, que ameriten un tratamiento salarial distinto, a la luz del *test de ponderación*¹⁴ habrá que llevarse a cabo un juicio en términos de **idoneidad, necesidad y proporcionalidad** que permita establecer si existe un margen de diferenciación relevante y lo suficientemente *justificado, objetivo y razonable*, como fundamento de la desigualdad salarial. Aunque se identifiquen funciones distintas para cada empleo, de cualquier forma, si de la aplicación del juicio de proporcionalidad se concluye que estas provienen de un *rol sustancial común* y con un mismo propósito, se debe dar aplicación al principio “a trabajo igual salario igual” cuyo desarrollo dogmático ya se referenció en precedencia.

4.1.6 Dicho lo anterior, debe precisarse que así se lograra constatar que *documentalmente*, en los actos administrativos que fijan las funciones y requisitos de los empleos, existen labores diferenciadas para cada uno de los cargos, que aparentemente justifiquen la desigualdad salarial, las particularidades de cada caso pueden dar lugar a que se acuda al principio de *primacía de la realidad sobre las formalidades*, cuando resulte probado que en la práctica las tareas desempeñadas en el empleo son sustancialmente iguales a las que se desarrollan por aquel que se pretende homologar.

Lo lógico y natural que se deriva de un rol común desempeñado por dos o más cargos lo será que en la *realidad* las funciones sean las mismas, independientemente si son generales o específicas, operativas o de producción intelectual, pues como se verá más adelante, para esta oportunidad los dos cargos objeto del presente litigio poseen tanto de unas como de las otras.

4.2 **PJ2:** *¿Quien ocupa un cargo en provisionalidad puede aspirar a nivelación salarial respecto de otro con distinto grado, devengando por titular inscrito en carrera administrativa?*

¹⁴ Alexy señala que el ejercicio de ponderación implica aplicar tres subprincipios: **idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto** (ROBERT ALEXY, “Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”).

4.2.1 **Tesis:** Sí. El derecho a la nivelación salarial deviene del principio *a trabajo igual, salario igual*, que debe aplicarse ante la presencia de un trato discriminatorio entre trabajadores que, cumpliendo una misma labor con las mismas funciones, sean destinatarios de remuneración diferente.

4.2.2 El principio de igualdad respecto de las funciones y remuneraciones debe aplicarse sin que deba considerarse si se trata de un empleo de libre nombramiento o remoción, en provisionalidad o se ejerza por titular en carrera administrativa; en últimas, una remuneración que no atienda a la cantidad y calidad del trabajo desempeñado, ni a la preparación del trabajador, su experiencia y demás factores que lo hacen más idóneo para cumplirlo, es del todo contraria a los derechos constitucionales fundamentales.

4.2.3 Basta remitirse a las consideraciones que anteceden, marco teórico general de la solución que se ofrece, las cuales vienen de línea horizontal consolidada, para establecer que el elemento fáctico objeto de comparación no radica en la *fecha* de creación del empleo, ni de su provisión, tampoco la *forma* de vinculación ni su carácter relativamente indefinido o por naturaleza transitoria; se comparan *funciones*, cargas y perfiles objetivamente¹⁵.

En efecto, la Corte Constitucional ha expuesto al respecto:

*“Como la Corte lo ha manifestado, **no se trata de instituir una equiparación o igualación matemática y ciega**, que disponga exactamente lo mismo para todos, sin importar las diferencias fácticas entre las situaciones jurídicas objeto de consideración. Estas, por el contrario, según su magnitud y características, ameritan distinciones y grados en el trato, así como disposiciones variables y adaptadas a las circunstancias específicas, sin que por el sólo hecho de tal diversidad se vulnere el postulado de la igualdad ni se desconozcan los mandatos constitucionales.*

*Pero -claro está- **toda distinción entre las personas, para no afectar la igualdad, debe estar clara y ciertamente fundada en razones que justifiquen el trato distinto.** Ellas no procederán de la voluntad, el capricho o el deseo del sujeto llamado a impartir las reglas o a aplicarlas, sino de elementos objetivos emanados cabalmente de las circunstancias distintas, que de suyo reclaman también trato adecuado a cada una.*

Así ocurre en materia salarial, pues si dos trabajadores ejecutan la misma labor, tienen la misma categoría, igual preparación, los mismos horarios e idénticas

¹⁵ TAC, sentencia del 28 de septiembre de 2006, radicado 850012331002-2003-01212, ponente Néstor Trujillo González (nivelación administrativos SEC – servicios generales; reiteración en sentencia del 23 de noviembre de 2006, radicado 850012331002-2003-01215-00, ponente Néstor Trujillo González (nivelación administrativos SEC auxiliar técnico 4110-05); en igual sentido sentencia del 30 de noviembre de 2006, radicado 850012331002-2003-01221-00 del mismo ponente (nivelación administrativos SEC- conductor mecánico), entre otras.

*responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía, sin que la predilección o animadversión del patrono hacia uno de ellos pueda interferir el ejercicio del derecho al equilibrio en el salario, garantizado por la Carta Política en relación con la cantidad y calidad de trabajo*¹⁶.

Luego, de acuerdo con los fundamentos que anteceden, aunque existan diversas formas de vinculación de los empleados en los cargos objeto de comparación, lo cierto es que si se vulnera el principio de igualdad al encontrarse diferencias salariales sin justificación razonable de acuerdo a las funciones desempeñadas en cada uno de los empleos, el principio *a trabajo igual salario igual* tiene aplicación y se configura el derecho a la nivelación salarial.

4.2.4 El ejercicio de un cargo en provisionalidad no implica por sí solo la anulación del derecho a la nivelación salarial cuando se evidencian diferencias en la remuneración respecto de un cargo con las mismas funciones en carrera administrativa; valga la misma conclusión para cualquier forma de vinculación al empleo del cual se predica la nivelación, pues como se vio, la comparación de las atribuciones **actuales** para cada cargo y el juicio de ponderación en términos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en estos eventos, son los que resultan determinantes en la configuración de tal derecho.

Nótese en la línea horizontal y en sus antecedentes inmediatos que la *nivelación* de la remuneración no produce el efecto adicional de tornar al *provisional* en servidor de carrera; ni tampoco transforma el empleo de la nomenclatura *equis* a la nomenclatura *zeta*: simplemente, mientras subsistan la simetría de perfiles y funciones con la diferenciación adversa de los emolumentos, habrá lugar a ponderar si la última es o no constitucionalmente justificada. De no serlo, habrá lugar a nivelar por mandato judicial, con los alcances ya precisados.

4.3 **PJ3.** *¿Tiene carácter constitutivo del derecho y, por ende, excluye prescripción la sentencia que ordena nivelación salarial de un empleado en virtud del principio de igualdad?*

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-018/99, ponente Alfredo Beltrán Sierra.

4.3.1 **Tesis:** No. La decisión relativa al reconocimiento de la nivelación salarial de un trabajador comparado con otro que tenga mejores condiciones de remuneración, que se deriva del principio constitucional "*a trabajo igual, salario igual*", cuyo origen deviene del principio de igualdad ante las mismas funciones ejecutadas, no es *constitutiva de un derecho*; este se adquiere por periodos de pago desde el mismo momento en el que se causó la diferencia salarial y desde entonces podía exigirse.

4.3.2 La tesis relativa al carácter constitutivo de la sentencia que el Consejo de Estado¹⁷ y la línea horizontal predicen para excluir la *prescripción trienal*, cuya aplicación a este caso pide la parte actora tiene el siguiente postulado central:

No resulta razonable aplicar la prescripción trienal a la indemnización que se reconoce al contratista en la sentencia, si se tiene en cuenta que como se advirtió, dicha figura es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, derecho que solo se constituye en la sentencia que determina la existencia de la relación laboral.

Así las cosas, a partir de la sentencia que constituye el derecho en cabeza del contratista, es que queda autorizado para reclamar ante las autoridades administrativas las prestaciones sociales reconocidas a título de indemnización, porque antes de la anulación, el contrato de prestación de servicios gozaba de la presunción de legalidad y el derecho a obtener el pago de las prestaciones sociales materialmente no existía.

En otros términos, para los contratistas existía un obstáculo de orden legal que no permitía exigir el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales; por ende, se puede afirmar que el derecho a devengarlas sólo surge con certeza, a partir de la expedición de la sentencia. Con lo anterior, la prescripción trienal no será aplicable en los procesos en los que se demuestre la existencia de la primacía de la realidad sobre la forma".

No ocurre lo mismo tratándose de la *nivelación salarial*, pues la decisión que reconoce su procedencia *declara la existencia de un derecho*; este se configuró desde el mismo momento en que nacieron las condiciones de la discriminación en la remuneración, dado que la relación laboral no está en discusión y ella, en virtud de la igualdad de perfiles y funciones es la que permite reclamar igualdad de emolumentos; luego no se puede hablar de *sentencia constitutiva de derechos* como sí ocurre en los eventos de *contrato realidad*, en los que sin duda alguna nacen a la vida jurídica nuevas prerrogativas a favor del demandante por la nueva situación laboral subyacente que se reivindica.

¹⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 6 de marzo de 2008, ponente: Gustavo Gómez Aranguren, radicado 23001-23-31-000-2002-00244-01(2152-06).

4.3 De esta manera, es enteramente aplicable la figura de la *prescripción trienal* a los eventos como el que se estudia ahora, en el que se discute la nivelación salarial del actor; detectada por este la ocurrencia de los dos presupuestos fácticos de los que depende la prosperidad de la pretensión (igualdad de carga laboral y de perfiles ocupacionales con desigualdad de remuneración) pudo y debió reclamar los pertinentes reconocimientos. La omisión da lugar a la prescripción *de cada mensualidad* exigible, pasados los tres años, sin menoscabo del *derecho en sí mismo*, pues se trata de emolumentos periódicos. Así las cosas, se desestiman los argumentos expuestos por la parte actora en su recurso de apelación, situación a la que se volverá más adelante.

5ª Caso concreto

5.1 Funciones desempeñadas por el actor: Tal como se expuso en el acápite de hechos probados, se acreditó que el señor PEDRO MARTÍN GAMA ingresó a laborar en la Secretaría de Salud del departamento de Casanare el 31 de diciembre de 2003 en el cargo de *técnico en salud código 423 grado 01*; posteriormente su código varió a 323 conservando el mismo grado. Resolución n.º 3532 del 30 de diciembre de 2003 (fl. 102 c. ppal).

Del acervo probatorio se colige que aunque en el manual específico de funciones y en el manual de competencias laborales 03 (fl. 48 a 50 y 51 a 52 c. pruebas) el objetivo principal de su empleo es “*ejecutar labores técnicas de vigilancia de salud pública para el departamento de Casanare*”, lo cierto es que también desempeña funciones relacionadas con la vigilancia y control de los métodos sanitarios para restablecer las *condiciones del medio ambiente*, propósito este último que en la apariencia documental debería tener que ver más específicamente con el *cargo técnico área de salud código 323 grado 03*.

Con la prueba oral recaudada se constata que el actor ha llevado a cabo tareas comunes a las que debe desempeñar un *técnico código 323 grado 03*, pues deben presentar los mismos informes, las capacitaciones van dirigidas en los mismos términos a los dos cargos y se brindan las mismas instrucciones; sumado a esto, la Dirección de Salud Pública de la Secretaría de Salud de Casanare certificó el 07 de abril de 2014 (fl. 69 c. pruebas) que el demandante ha realizado actividades de inspección, vigilancia y control relacionadas con el área de salud ambiental, programa de enfermedades transmitidas por vectores y área de zoonosis, además certificó las mismas actividades para *Virgilio Eleázar López Pérez* y *Edwin Rincón Silva* quienes son *técnicos código 323 grado 03*, junto con las actividades concertadas para carrera administrativa (fl. 71 y 74 c. pruebas),

circunstancia esta última que no se puede considerar como *justificación razonable* para la diferencia en el trato salarial como más adelante se verá.

5.2 Funciones de los cargos objeto de comparación: Con la lectura del manual de funciones actual obrante en el expediente y aplicable para los *técnicos código 323 grado 01 y 03* se pudo identificar que existen *funciones idénticas, funciones similares complementarias y funciones disímiles que permiten diferenciar los cargos*. Al parecer el técnico en grado 01 maneja el área de *salud pública*, mientras que el técnico 03 el área *medio ambiental*; sin embargo, aunque del propósito general de cada cargo se identifican fácilmente dichos roles, al analizar comparativamente las funciones esenciales de cada uno, se evidencia que los dos desarrollan tareas en estas dos áreas.

Tanto el técnico grado 01 como el técnico grado 03 desempeñan funciones operativas y de producción intelectual; no existe un *plus* de diferenciación que realmente distinga las actividades desarrolladas por uno o por otro, o que permita clasificar las atribuciones para cada uno de ellos bajo algún parámetro. Las funciones disímiles o propias de cada cargo no permiten diferenciar el rol de cada uno, pues en ambos se mezclan actividades relacionadas con la *salud pública* y el *medio ambiente*.

5.3 Diferencia de perfiles: Se acreditó que para cada acceder a cada cargo se requiere de:

<u>Requisitos de estudio y experiencia: técnico 232 grado 01</u>	<u>Requisitos de estudio y experiencia: técnico 323 grado 03</u>
Estudios: Diploma de bachiller y formación técnica en saneamiento ambiental expedida por una institución debidamente autorizada o curso de formación técnica en estadística del sector salud o auxiliar de enfermería y curso de manejo de cadenas de fríos de biológicos.	Estudios: Aprobación de un (1) año de educación superior en áreas de administración de la salud, salud ambiental o saneamiento ambiental.
Experiencia: 9 meses de experiencia laboral específica.	Experiencia: 6 meses de experiencia laboral relacionada.

Como se observa, no existe una diferenciación significativa en el perfil exigido para cada uno de los cargos. Se constató que el actor desempeña con su perfil (fl. 100 y 101 c. ppal) funciones substancialmente iguales a las que corresponden al grado 03.

5.4 Diferenciación salarial: Se acreditó que el demandante en su calidad de *técnico en área de salud código 323 grado 01* percibe una asignación salarial inferior respecto de aquellos que se encuentran laborando como técnicos código 323 grado 03. El cuadro comparativo (fl. 68 c. pruebas), suscrito por el técnico administrativo de la Oficina de Talento Humano de la Secretaría de Salud del departamento a través del cual se relacionan los salarios devengados por los señores *Pedro Martín Gama, Virgilio Eleázar López y Edwin Rincón Silva* da cuenta que evidentemente el de menor grado percibía un salario inferior, de manera que en nada ha incidido que algunos titulares hayan sido reincorporados a la planta en virtud de mandatos judiciales. En últimas, todos los *grado 03* tienen la misma escala de remuneración.

5.5 De los antecedentes en materia de reestructuración de la planta de personal: En los alegatos de conclusión presentados por la parte demandada, se expone que es necesario tener en cuenta la fecha de creación del cargo y el manual de funciones vigente para la época de vinculación del actor como *técnico 423 grado 02* en el año 2003 como consecuencia de la creación de dicho empleo a través del Decreto 159 del 25 de agosto de 2003; sin embargo, en el año 2006 a través del Decreto 024 se llevó a cabo una reestructuración que implicó incorporar a la planta global los empleos con nuevas nomenclaturas.

Al respecto, habrá que decirse que ni los antecedentes administrativos en materia de reestructuración de la entidad demandada, ni los manuales de funciones vigentes para la época de vinculación del actor son relevantes en el asunto litigioso del caso concreto pues en últimas lo que se entra a verificar es si en virtud de las funciones que actualmente se ejercen hay lugar a aplicar el principio constitucional *a trabajo igual salario igual*.

5.6 Comparación con empleos desempeñados en carrera administrativa: De otra parte, la pasiva adujo en sus alegatos que existen diferencias entre los dos cargos, pues las funciones asignadas para los señores VIRGILIO LÓPEZ y EDWIN RINCÓN SILVA quienes se desempeñan como *técnicos 323 grado 03* y se encuentran inscritos en carrera administrativa, implican el cumplimiento de metas concretas que les asignan mayor responsabilidad.

No le asiste razón en tal sentido, porque: i) como quedó establecido en el marco dogmático que precede, la aplicación del principio *a trabajo igual salario igual* no depende de la forma de vinculación al empleo, luego el ejercicio de ponderación que deba hacerse no está sujeta a si el cargo es de libre nombramiento y remoción, en provisionalidad o en carrera administrativa; e ii) independientemente de la forma de vinculación, en todos los cargos se *deber exigir* metas y el cumplimiento de deberes funcionales, así para algunos de ellos en virtud del régimen propio del vínculo no haya lugar a calificación de desempeño con efectos para eventual retiro.

5.7 Aplicación del test de ponderación a la discriminación salarial

Como se vio, las funciones de los cargos *técnico 323 grado 01* y *técnico 323 grado 03* no son significativamente diferentes. Para efectos de determinar si la discriminación existe, la Corte Constitucional ha señalado que habrá que aplicarse el test de ponderación, el cual consiste en realizar un análisis a la luz de los subprincipios de *idoneidad, necesidad y proporcionalidad* como quedó establecido en el marco dogmático.

5.7.1 Idoneidad: Para establecer si la diferenciación es idónea, es necesario evaluar si esta tiene alguna utilidad para un propósito relevante, en términos de la Corte, "*constitucionalmente valioso*".

Se concluye que en el caso concreto no lo es, por cuanto al no existir una diferenciación clara ni en los perfiles de los servidores ni en los roles asignados a los cargos objeto de comparación, resulta muy difícil determinar el criterio de clasificación funcional de cada uno de ellos, por lo que no hay un propósito relevante que amerite desigualdad salarial. Si existiera, la parte pasiva no la logró demostrar.

Desde luego no es admisible como justificación la *forma de vinculación* ni la precariedad del vínculo laboral, como sesgadamente lo asoma la pasiva recurrente. El fallo estimatorio no cambia la nomenclatura de los empleos, menos la *provisionalidad* del actor en uno de ellos, **ni le confiere derecho alguno de acceder por homologación a la carrera administrativa**. Simplemente establece que, mientras permanezca en el servicio, la discriminación negativa en la remuneración deberá ser removida. Nada más.

5.5.2 Necesidad: La entidad demandada no acreditó que la desigualdad salarial fuera necesaria, pues se constató que las funciones desempeñadas por quienes ocupan los dos cargos son semejantes, aunque existen algunas específicas para cada uno que en nada distinguen de forma significativa los roles a desarrollar.

Además, debe precisarse que el *origen del tratamiento desigual* no lo fue el cumplimiento del mandato judicial de *reintegrar* algunas personas a la planta de empleos; fue decisión de la Administración crear varios niveles (grados) y asignar remuneraciones diferentes a cargos con funciones substancialmente similares. Luego aquí no se predica la obligación ni de cumplir las sentencias aludidas, ni la de preservar el derecho de un titular de carrera reincorporado a nueva planta en empleo con *denominación* diferente pero con las mismas funciones que traía de antaño¹⁸.

5.5.3 Proporcionalidad: A la luz del principio *a trabajo igual salario igual*, es evidente que las funciones desempeñadas por el actor en comparación con las de sus pares en grado 03 no es proporcional al salario percibido. Dado que ni siquiera están claramente definidos los roles de cada cargo, constatándose en la realidad que llevan a cabo exactamente las mismas tareas tal como lo arrojó la prueba oral, no puede hablarse de proporcionalidad entre el trabajo realizado y las funciones designadas, lo que constituye una afrenta al *derecho a la igualdad* respecto del cargo que se utiliza para la comparación de las asignaciones.

5.8 De la prescripción trienal: Como se indicó más arriba, hay lugar a aplicar la prescripción trienal en el caso concreto de la diferencia de los salarios y prestaciones causados con anterioridad al 3 de

¹⁸ Conforme a la carga de transparencia, debe precisarse que esa segunda arista se ponderó en sentencias desestimatorias (seriado Tauramena) cuya línea se abrió en fallo TAC del 19 de septiembre de 2013, expediente 850013331702-2012-00018-01, ponente Carlos Alberto Hernández, con aclaración de voto del magistrado Néstor Trujillo González. Entre otras reiteraciones que afinan sus alcances, ver sentencia del 28 de noviembre de 2013, expediente 850013333002-2012-00022-01, ponente: Néstor Trujillo González y sentencia del 20 de febrero de 2014, expediente 850013331001-2012-00012-01 del mismo ponente.

agosto de 2009, en consideración a que la decisión estimatoria que ahora se adopta no es de carácter *constitutivo*; luego se confirmará lo dispuesto en tal sentido por el a-quo.

5.9 Actualización a valor presente: Pese a que en rigor técnico la parte actora no recurrió ese aspecto del fallo de primer grado, en el que nada se dispuso acerca de actualización de condenas, se dispondrá que el cumplimiento del fallo atienda no solo a los arts. 189 y 192 del CPACA, sino que además realice los ajustes a valor presente conforme al art. 187 ibídem, efectos para los cuales se tendrá como *índice inicial* el de cada mes en que se hayan causado diferencias no prescritas y como *índice final*, el de ejecutoria del fallo. Se trata de aplicar el principio de reparación integral oficiosamente en toda su extensión (art. 16 Ley 446 de 1998), en cumplimiento de un mandato legal expreso.

6ª Conclusión: De acuerdo con lo anterior, la diferenciación salarial y prestacional de la que es víctima el actor no es *razonable, justificada ni objetiva*. La pasiva adujo que los perfiles exigidos eran distintos para cada cargo en consideración a sus funciones; sin embargo, a la luz del test de ponderación las diferencias evidenciadas no justifican el trato desigual, por lo que se confirmará la decisión estimatoria adoptada en primera instancia, con la modificación aditiva relacionada con la actualización por variación del IPC.

7ª Costas: Pese a que los recursos no prosperan, según la opción interpretativa que sigue la Corporación, no se impondrán, pues no se vislumbra conducta procesal impropia que las amerite¹⁹.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º CONFIRMAR en lo que fue recurrida la sentencia del 12 de septiembre de 2014 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal, por la cual se accedió a las súplicas de la demanda impetrada por PEDRO MARTÍN GAMA en contra del

¹⁹ Sobre condena en costas en el nuevo sistema por audiencias ver: apertura de línea en sentencia del 28 de febrero de 2013, expediente 850012333002-2012-00201-00; entre las últimas reiteraciones, sentencia del 8 de mayo de 2014, radicación 850012333002 -2013-00041-00, ambas con ponencias del magistrado Néstor Trujillo González. Exactamente en la misma dirección, fallo del 18 de abril de 2013, radicado 850012331001-2012-00213- 00 y autos del 6 y del 11 de junio de 2013, expedientes 850013333002-2012-00074-01 y 850013333-002-2012-00044-01, entre otros, ponencias del magistrado José Antonio Figueroa. La línea es uniforme y ha sido adoptada por la Corporación en pleno.

DEPARTAMENTO DE CASANARE, con la siguiente ADICIÓN al ordinal *cuarto* de la fórmula resolutive:

Además, en el acto de ejecución la Administración aplicará la actualización a valor presente prevista en el art. 187 de la Ley 1437, acorde con lo indicado en la motivación del fallo de segundo grado.

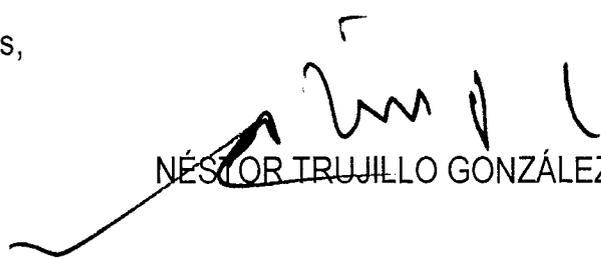
2º Sin costas en la instancia, por lo indicado en la motivación.

3º En firme lo resuelto, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas copias y constancias en los registros de Secretaría.

NOTIFÍQUESE.

(Aprobado en Sala de la fecha, Acta . PEDRO MARTÍN GAMA Vs. DEPARTAMENTO DE CASANARE; confirma estimatoria, radicación 850013333002-2013-00161-01 Firmas hoja 22 de 22).

Los magistrados,



NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ



HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL

Ausente con permiso
JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO

NTG/Eliana