

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

Magistrado Ponente: **CAMILO TARQUINO GALLEGO**

Radicación No. **38662**

Acta N° 12

Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de 2011.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E. E.S.P.**, contra la sentencia de 30 de septiembre de 2008, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso ordinario que a la recurrente le promovió **DIEGO ALEXANDER MONTEALEGRE FERNÁNDEZ**.

ANTECEDENTES

DIEGO ALEXANDER MONTEALEGRE FERNÁNDEZ demandó a las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P.**, para que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral, se



condene a proferir el acto administrativo mediante el cual se lleve a cabo su nombramiento en propiedad en el cargo de “PROFESIONAL I”, y a reconocerle y pagarle los siguientes conceptos: diferencia salarial dejada de cancelar desde el 16 de enero de 1996, entre el cargo de “REVISOR DE AUDITORÍA INTERNA”, bajo el cual fue contratado y los de “AUDITOR I”, “COORDINADOR” y “PROFESIONAL I”, por los que debió ser realmente nombrado y remunerado; las cesantías calculadas sobre las sumas dejadas de pagar; los intereses sobre las mismas; la diferencia en la reliquidación de las primas legales de servicios y extralegales, aprobadas en las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas en 1995, 1999 y 2001; la diferencia en la reliquidación de las vacaciones y de todas las prestaciones sociales y derechos laborales derivados; los anteriores conceptos desde el 16 de enero de 1996, con su indexación.

Señaló, que ingresó a laborar para la demandada el 16 de enero de 1996, en el cargo de “REVISOR DE AUDITORÍA INTERNA”, para que se encargara de cubrir el requerimiento que tenía la empresa de contratar un ingeniero electricista para las labores de análisis,



seguimiento, control, evaluación y auditoría a los procesos del servicio de energía; el salario inicial fue de \$673.650.00; el cargo para el cual fue contratado está denominado por la información de puestos de trabajo y descripción de cargos de EMCALI como fue reseñado arriba, con vínculo laboral público, ubicado en la Gerencia Control Gestión y funciones de colaboración en la elaboración de formatos para el levantamiento de información para las auditorias, recolección y elaboración de informes, y otras; estas funciones no las desempeñó, pues las que realmente ejerció fue las de elaborar programas de auditoría, estudios para definir criterios de diseño y de evaluación del sistema de control interno, evaluación de proyectos e integración de equipos de auditoría, control de cumplimiento normativo, liderazgo de actividades, y seguimiento a las recomendaciones, entre otras.

Agregó que de acuerdo con lo anterior, desde un comienzo se encuentra en una situación laboral denominada por la empresa como “*disfuncionalidad*”, al desempeñar funciones propias de un cargo diferente para el cual fue asignado; se vinculó en el cargo de “*REVISOR DE AUDITORÍA INTERNA*”, pero desde su ingreso desempeña



funciones de “AUDITOR I”, el cual tiene una asignación salarial superior a la del cargo en el que figura; el 26 de junio de 1997, la Gerencia de Control de Gestión pidió a la Gerencia administrativa de EMCALI corregir esa “disfuncionalidad”, pero ello nunca se llevó a cabo; entre el 11 de julio y el 4 de agosto de 1997, el demandante desempeñó el cargo de “COORDINADOR”, para efectuar un remplazo por vacaciones del titular; en el cumplimiento de sus obligaciones participó en talleres de capacitación, que tienen relación directa con los cargos de “AUDITOR I”, “COORDINADOR” y “PROFESIONAL I”; continuó en ese estado de “disfuncionalidad” hasta el 26 de agosto de 1998, fecha desde la cual se desempeña como “PROFESIONAL I”, en el cual fue ratificado para el departamento de Control de Desempeño y el que ocupa desde entonces.

Indicó además, que desde 1992, en EMCALI se ha dado trato discriminatorio al establecer varios niveles salariales dentro de un mismo cargo, hecho saneado por la Corte Constitucional, que por vía de amparo ordenó a la demandada una nivelación salarial y la previno para que se abstuviera de incurrir en actuaciones



discriminatorias nuevamente; en su caso no se dio aplicación al fallo de tutela, o si se hizo fue de manera parcial, pues continuó nominado en el cargo de “REVISOR DE AUDITORÍA INTERNA”, en el que existían cinco niveles salariales; que pasó de la escala más baja a la más alta, pero como si continuara desempeñando sus funciones en ese cargo; no se le efectuó la nivelación salarial con los cargos que realmente desempeñaba de Auditor I, provisionalmente Coordinador y ahora Profesional I; por Resolución N° G-0167 del 22 de febrero de 1999, EMCALI ordenó reconocer la diferencia salarial de los trabajadores en estado de “disfuncionalidad”, relacionados en anexo a la misma, pero allí no se incluyó su nombre; se tramitó ante el Comité de Escalafón la solicitud de aprobación de la “disfuncionalidad”, y como no se obtuvo respuesta, el Gerente de Energía insistió ante dicho comité, pero éste no ha vuelto a pronunciarse sobre la solicitud; en agosto de 1999, la Gerencia General ordenó, mediante Resolución N° 1885, el pago de unas “disfuncionalidades” y allí tampoco fue incluido, ni esa gerencia accedió al pedido que ese mismo mes hizo el Departamento de Control de Desempeño de Energía, en el mismo sentido; a pesar de varias peticiones a diferentes estamentos de la



empresa, no se le ha tenido en cuenta para la incorporación en el cargo que realmente desempeña ni para la nivelación salarial.

La demandada, EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P., se opuso a las pretensiones, para lo cual alegó que los hechos en que se fundan no son ciertos y el derecho aducido es inexistente. Expresó, que la relación entre las partes no fue contractual, sino legal y reglamentaria; el cargo de “REVISOR DE AUDITORÍA INTERNA” era de un empleado público, según el artículo 5° del decreto 3135 de 1968, por lo que no le son aplicables las normas convencionales; al convertirse la entidad en Empresa Industrial y Comercial del Estado, pasó de ser empleado público a trabajador oficial y a gozar de los beneficios extralegales, los cuales han sido pagados cumplidamente; se benefició de esa transformación, porque de tener un nombramiento provisional pasó a empleado oficial de planta sin necesidad de los requerimientos exigidos por la ley de carrera administrativa; fue incorporado como “REVISOR DE AUDITORÍA INTERNA”, es decir que debía asumir las funciones del mismo, y si ejerció otras distintas, lo hizo bajo su voluntad y no porque se lo hayan ordenado los



entes directivos.

Agregó, que de llegar a demostrarse que el actor desarrolló actividades diferentes a las propias de su cargo, fue en contravención a los diferentes comunicados de gerencia y de la Convención; que para el reconocimiento de la diferencia salarial, el trabajador tiene que reemplazar a otro, y para ascender a un cargo de mayor jerarquía debe concursar necesariamente, lo que aquí no ocurrió; que la empresa no lo tuvo en cuenta en las resoluciones de “*disfuncionalidad*”, porque consideró que estaba ejerciendo las funciones propias del cargo para el cual fue nombrado y, porque su situación fue solucionada mediante la sentencia 707 de 1998; el cargo de “*REVISOR DE AUDITORÍA INTERNA*” tenía varias escalas salariales y el actor se encontraba en la más baja, pero a partir del 1° de enero de 1999, fue nivelado salarialmente. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho, pago de lo no debido y la innominada (folios 146 a 164).

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura, en descongestión del Séptimo Laboral del Circuito de Cali, mediante



sentencia de 26 de octubre de 2006, absolvió a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas al actor (folios 949 a 965).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante sentencia de 30 de septiembre de 2008, revocó la de primer grado y, en su lugar, declaró que el actor laboró para la demandada en el cargo de “AUDITOR I”, del 26 de junio de 1997 al 25 de agosto de 1998, y desde esta fecha en el de “PROFESIONAL I”, por lo que tiene derecho a percibir el salario asignado a esta clase de empleos. En consecuencia, dispuso reconocer y pagar debidamente indexado el reajuste salarial, así como el mayor valor sobre las primas legales, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, y la diferencia sobre las primas y bonificaciones extralegales que se hubieran causado con posterioridad al 11 de octubre de 2001. Absolvió en lo demás y le impuso costas de las instancias a la accionada (folios 13 a 24 del cuaderno del Tribunal).



En sustento de su decisión, afirmó que de los hechos de la demanda y algunas pruebas documentales (folio 37 y 380), se establece que el cargo con el cual fue remunerado el actor, esto es, “REVISOR AUDITORIA INTERNA”, no podía ser clasificado como de trabajador oficial, por lo que debía confirmar la negativa de las pretensiones de la demanda para los reclamos de salarios prestaciones e indemnizaciones de 1996. Destacó, que en este caso no se planteó la nivelación salarial, a partir del principio “a trabajo igual salario igual”, sino en el desconocimiento del artículo 53 de la Constitución Política, en que se busca hacer prevalecer la realidad generada por lo que denominó “disfuncionalidad” sobre la formalidad del cargo del que era titular.

Luego de analizar las pruebas documentales y testimoniales, concluyó que, en efecto, el actor fue designado el 26 de julio de 1997 en el cargo de “AUDITOR I”, en reemplazo de Joaquín Ramírez, quien lo entrenó, según su propia declaración, al afirmar que el demandante desempeñó las funciones de ese cargo, que fue trasladado al de “PROFESIONAL I” el 26 de agosto de 1998, y que de ello hay prueba suficiente; que la Gerencia de Energía y la Gerencia



de recursos humanos de la demandada, elevaron varias solicitudes tendientes a legalizar la situación del trabajador y todas resultaron infructuosas.

Adujo, que al existir un escalafón que fija los salarios para los cargos de “AUDITOR I” y “PROFESIONAL I”, y haber cumplido el actor con las funciones propias de los mismos, al menos desde el 26 de junio de 1997, le asistía razón en su reclamo, pues éste no tenía la carga probatoria de demostrar las condiciones de eficiencia. Sobre lo dicho por la demandada, en cuanto a que convencionalmente sólo podía ascender a los cargos mediante concurso, recordó que fueron varias las peticiones de la gerencia a la que estaba asignado el demandante, las cuales no fueron atendidas y que, si a pesar de existir el cargo, la planta y la necesidad, la entidad no citó a concurso, no puede escudarse en su negligencia para obtener un provecho en detrimento del trabajador.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte demandada, concedido por el Tribunal y



admitido por esta Corporación, se procede a resolver.

ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Solicitó, que se “...**CASE TOTALMENTE** la sentencia impugnada, para que en sede de instancia, **CONFIRME** la de primer grado. Decidiendo sobre costas, lo que en derecho corresponda.

“Subsidiariamente, el cargo busca que la H. Sala **CASE PARCIALMENTE** la sentencia impugnada; esto es, única y exclusivamente en cuanto dispuso el reajuste de salarios y prestaciones sociales del “PROFESIONAL I” hasta la fecha de la sentencia, para que en sede de instancia, **REVOQUE** la de primer grado y en su lugar condene a mi representada a pagar tales sumas hasta el 15 de junio de 2005, en tanto a partir del 16 del mismo mes y año, luego de concursar y ocupa (sic) el 2° puesto fue nombrado en el cargo de “PROFESIONAL OPERATIVO III”. Decidiendo sobre costas, lo que en derecho corresponda”.

Con fundamento en la causal primera de casación formula tres cargos, que fueron replicados en oportunidad, los cuales se resolverán en su orden.

PRIMER CARGO

Acusó la sentencia impugnada “...de ser violatoria por vía directa en la modalidad de interpretación errónea del artículo 53 de la Constitución Política y 5° de la ley 6ª de 1945, en relación con los artículos 467, 468 del C.S. del T., 121, 122, 345, 346, de la Constitución Política; 8° del Decreto 325 de 1954; 1° y numerales 1 y 2 del artículo 28 del Decreto 2127 de 1945, 1° de la Ley 6ª de 1945; 18 del Decreto Ley 344 de 1966; 40 de la Ley 11 de 1986; 290



del D.R 1333 de 1986; 23 del D.R. 1959 de 1973, 307 del C.P.C.y 145 del C.P.L.S.S.”.

En el desarrollo de la acusación, el censor acepta los supuestos de hecho tenidos en cuenta por el Tribunal, relativos a la fecha y cargo en que se vinculó el actor; la condición de “*disfuncionalidad*” y el desempeño “*eventual*” como “*AUDITOR I*” y “*PROFESIONAL I*”; el no pago de los salarios correspondientes a estos cargos; la calidad de de trabajador oficial del demandante. Así mismo, afirmó no discutir que el sentenciador de segundo grado accedió a las pretensiones de la demanda con base en los artículos 53 de la Constitución Política y 5° de la Ley 6ª de 1945, más no en el principio denominado “*a trabajo igual salario igual*”.

Lo que se discute, adujo, es que el Tribunal dio un entendimiento equivocado a éstas normas y a la jurisprudencia contenida en la sentencia 26467 de 2006, porque a pesar de que eventualmente el actor desempeñó las funciones de “*Auditor I*” y “*Profesional I*”, ello no implica que tuviera que nivelarse su salario, pues se requiere, además, demostrar la vacancia del cargo, que el mismo estaba encasillado en el organigrama, así como la cantidad y



calidad de trabajo; que el operador judicial no puede inmiscuirse en la estructura organizacional de la empresa, con el pretexto de la primacía de la realidad, máxime que la entidad es pública y se somete a normas de derecho público sobre la planta de personal, y de ahí la exigencia de un escalafón que determine los salarios, cuya existencia debe ser demostrada.

Advirtió, que para ocupar un cargo y poderlo remunerar acorde al desempeño, debe someterse a concurso, pues no resulta cierto, que el artículo 53 de la Constitución Política, diga que es suficiente desempeñar un cargo para tener derecho a la nivelación salarial, sino que ésta debe ser proporcional a la cantidad y calidad del trabajo mediante un ejercicio de comparación entre las labores llevadas a cabo por el actor y las que ejecutaban personas que se desempeñaron en los cargos alegados, lo cual no hizo el ad-quem; finalmente, que el Tribunal introduce un principio que denomina el censor como, a “...puesto igual, corresponde salario igual”.



LA RÉPLICA

Alegó que la censura enrostra al Tribunal la errada interpretación del artículo 53 de la C. N., sin mencionar cuál fue el error, ni la forma como distorsionó el sentido de ese precepto. Destacó, que la norma trae una serie de principios mínimos básicos de derecho laboral, dentro de los cuales subrayó, los de igualdad de oportunidades, la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo y la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, y consideró que se interpretó su aplicación, bajo la óptica del principio de la primacía de la realidad, por lo que no cabe la tesis del recurrente al reclamar la necesidad de demostrar la calidad y cantidad de trabajo, pues no se está haciendo referencia al principio de igualdad. Agregó, para rebatir la afirmación de que el operador judicial no puede inmiscuirse en la estructura organizacional de la empresa, que ello desconoce que la Constitución es la estructura fundamental del Estado y sus disposiciones se aplican por encima de cualquier otra, en caso de existir un conflicto de tal naturaleza.



SE CONSIDERA

Atendiendo la vía directa que escogió el censor en la formulación del cargo, tal como éste lo manifiesta expresamente al desarrollar la acusación, no constituyen objeto de controversia los supuestos de hecho en que fundamentó el Tribunal la sentencia acusada, esto es: que el actor se vinculó a la demandada el 16 de enero de 1996, como “*Revisor de Auditora Interna*”; que al momento de presentarse la demanda éste aún se encuentra vinculado con la empresa; que en algunas oportunidades ha desempeñado los cargos de “*Auditor I*” y “*Profesional I*”; que no le han cancelado los salarios correspondientes a los referidos cargos; y que el demandante ostenta la condición de trabajador oficial.

Así las cosas, al estar demostradas las anteriores situaciones fácticas, en especial, el hecho de que el demandante desempeñó en vigencia de la relación contractual laboral que sostiene con la demandada, los cargos de “*AUDITOR I*” y “*PROFESIONAL I*”, a pesar de que fue vinculado como “*REVISOR DE AUDITORIA INTERNA*”, sin que se le hubieran cancelado los salarios correspondientes a esos cargos,



es claro que le asiste razón al Tribunal al ordenar la nivelación salarial, en cuanto encontró demostrado, que era mayor la asignación que se tenía prevista para el desempeño de éstas últimas actividades frente de aquella para la cual se contrató.

Así se afirma, por cuanto si en este caso, el fundamento para reclamar la nivelación salarial impetrada, consistía en la existencia de un escalafón que fija los salarios para los cargos de “AUDITOR I” y “PROFESIONAL I”, bastaba al demandante demostrar que fue nombrado y cumplía las funciones inherentes a esos cargos y, que la remuneración devengada no correspondía a la que se tenía establecida por la empresa, supuestos fácticos que se dieron por demostrados en la sentencia acusada y, que como se dejó advertido, no son tema de controversia en atención a la vía directa por la que se dirigió el ataque.

De igual forma, la demostración de las condiciones de calidad y cantidad de trabajo, que la censura alega como no demostradas para negar el derecho al demandante, no eran necesarias en el asunto que se estudia, toda vez que no se está demandando la



discriminación salarial entre personas que cumplieran una misma función, sino el pago de sueldos y prestaciones sociales correspondientes a los cargos que verdaderamente desempeñó en virtud a la primacía de la realidad.

En las condiciones que anteceden, no se configura ninguna interpretación errónea a las preceptivas que denuncia el recurrente, en tanto que la diferencia salarial que se reclamó en el sub iudice, no surgía del desconocimiento de las condiciones de igualdad salarial de que trata el artículo 5° de la Ley 6ª de 1945, que impusieran la comparación del servicio que prestara otro trabajador, en cuanto a la cantidad y calidad de trabajo.

Por lo visto, el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

Alegó que: “La sentencia acusada es violatoria por vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 53 de la Constitución Política, y 5° de la ley 6ª de 1945 y 467 y 468 del C.S. del T., 121, 122, 345, 346, de la Constitución Política; 8° del Decreto 325 de 1954; 1° y numerales 1 y 2 del artículo 28 del Decreto 2127 de 1945, 1° de la Ley 6ª de 1945, 18 del Decreto Ley 344 de 1966; 40 de la Ley 11 de 1986; 290 del D.R 1333 de



1986; 23 del D.R. 1959 de 1973, 307 del C.P.C.y 145 del C.P.L.S.S.”

Señaló que la violación a las normas denunciadas, se dio a causa de haber incurrido en los siguientes yerros fácticos.

“1.- No dar por demostrado, estándolo, que tanto la Convención Colectiva de trabajo de 1996-1998, como la de 1999- 2000 prorrogada hasta el 2003, establecieron con suma claridad, cual era el procedimiento que se debía seguir para cubrir una casilla que resultara vacante en la empresa.

“2.- No dar por demostrado, estándolo, que Sindicato y Empresa acordaron la posibilidad de tener trabajadores “...disfuncionales...”, esto es trabajadores oficiales que desempeñaran labores diferentes a las asignadas al cargo para el cual fueron nombrados, sin que ello implique violación al principio de la primacía de la realidad previsto por el artículo 53 de la Constitución Política.

“3.- Dar por demostrado, sin estarlo, que por negligencia de la empresa y con el fin de obtener un provecho en detrimento de quien prestó el servicio, no se citó a concurso para cubrir la vacante de PROFESIONAL I.

“4.-No dar por demostrado, estándolo, que fue el propio señor DIEGO ALEXANDER MONTEALEGRE, quien libre y voluntariamente acepta desempeñar las funciones de PROFESIONAL I.

“5.-No dar por demostrado, estándolo, que fue el propio señor DIEGO ALEXANDER MONTEALEGRE, quien manifiesta que dicho cambio de funciones no implicaba cambio de cargo ni de salario.

“6.-Dar por demostrado, sin estarlo, que la empresa jamás llamó a concurso para proveer la vacante de PROFESIONAL I.

“7.- No dar por demostrado, estándolo, que el único concurso en el que participó y ocupó el 2º Puesto, el demandante, fue el de “PROFESIONAL OPERATIVO III”, cargo que desempeña desde el 16 de junio de 2005”.

Denunció la falta de apreciación de los siguientes documentos: “1º.-

Carta fechada el 19 de marzo de 1999 y que aparece a folio 70, cuaderno



No. 1; 2°.- Informe del comité de escalafón, que aparece a folios 347 y 348, cuaderno No. 1; 3°.- Carta fechada el 26 de febrero de 2003 y que aparece a folio 439, cuaderno No. 1; 4°.- Solicitud de convocatoria a concurso para profesional I, que aparece a folio 440; 5°.- Prioridad del concurso para proveer el cargo de Profesional I. que aparece a folio 440 y 441; 6°.- Convocatoria No. 046 mediante la cual se convoca a concurso de profesional I, y que aparece a folios 444; 7°.- Carta fechada el 20 de junio de 2005, mediante la cual el Gerente Administrativo de Emcali, y a partir del 16 de junio de 2005 nombra al señor DIEGO ALEXANDER MONTEALEGRE en el cargo de “PROFESIONAL OPERATIVO III”, por haber concursado para dicho vacante y ocupado el segundo lugar, que acredita las documentales de folios 855 a 856.”

Así mismo, acusó por su equivocada apreciación las Convenciones Colectivas de Trabajo vigentes para los años 1996 - 1998, 1999 - 2003, y 2004 - 2008, que aparecen a folios 588 a 752 del expediente.

Igual que en el cargo anterior, mencionó que no discute que el demandante “en algunas oportunidades” desempeñó las funciones de “Auditor I” y “Profesional I” y, que la entidad no le pagó los salarios correspondientes a estos cargos; tampoco cuestiona la



calidad de trabajador oficial del actor; así mismo, acepta que el Tribunal, amparado en los artículos 53 de la Constitución Política y 5° de la Ley 6ª de 1945, y la sentencia 26467 del 2 de noviembre de 2006, accedió a los derechos pretendidos por MONTEALEGRE FERNÁNDEZ.

Dijo que el sentenciador de segundo grado, para dar cabida a la primacía de la realidad prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, o en el 5° de la Ley 6ª de 1945, omitió analizar las razones que tuvo la demandada para no poder nombrar al actor en los cargos de Auditor I y Profesional I, y con ello, considerar negligente su conducta; señaló los procedimientos para proveer casillas en la planta de personal, y destacó que, de acuerdo con el artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo, la conveniencia de llenar una de esas casillas en forma inmediata, sería definida por el Comité de Escalafón; que para 1997 y 1998, no hubo prueba de la necesidad de cubrir inmediatamente, por el actor, las casillas de Auditor I y Profesional I; que el desempeño de funciones diferentes a las del cargo para el cual fue nombrado, es de normal ocurrencia en empresas como EMCALI, sin que ello implique violación de la



primacía de la realidad establecida en el artículo 53 de la Constitución Nacional, pues tan así es, que dicha situación se encuentra prevista en el artículo 25, de la convención y así surtió efectos para el demandante. Que si el Tribunal hubiera analizado correctamente las Convenciones Colectivas de Trabajo y hubiese tenido en cuenta la prueba documental descrita en el cargo, no habría incurrido en los primeros yerros anunciados.

Por último, negó que no se hubiera citado a concurso para proveer el cargo de Profesional I, y para ello se apoyó en la documental de los folios 440 a 444, sin que existiera prueba de que el actor se presentara a la convocatoria y hubiese superado las pruebas para ocupar la casilla; que tampoco se percató el Tribunal que el único concurso al que se presentó el trabajador, fue para el cargo de “PROFESIONAL OPERATIVO III”, en el que ocupó el segundo puesto y fue nombrado a partir del 16 de junio de 2005; que por ello erró también el juzgador de segunda instancia, al ordenar el reajuste hasta la fecha de la sentencia, 30 de septiembre de 2008, sin tener en cuenta ese último nombramiento.



LA REPLICA

Dijo que aun cuando el recurrente trata de dar por no apreciadas determinadas pruebas documentales, no es suficiente para destruir los demás soportes probatorios tenidos en cuenta por el Tribunal para dictar la sentencia, razón por la que, debe quedar en pie. Adujo también, que no por el hecho de haber aceptado el trabajador, de manera voluntaria, la realización de las actividades propias de los cargos de Auditor I y Profesional I, deja de primar la aplicación del principio de la primacía de la realidad, ya que al existir discordancia de las normas convencionales con la Constitución, deben aplicarse los principios y derechos fundamentales protegidos por la Constitución, como efectivamente procedió el Tribunal; recalcó que sí fue demostrada la negligencia para efectuar el concurso para los cargos de carrera, con el hecho de que mediaron varias peticiones insistentes en ese sentido y la demora en su realización fue marcada; y que, en últimas, se demostró y no fue desvirtuado, que el demandante realizó las labores correspondientes a los cargos de Auditor I y Profesional I, existentes dentro de la planta de personal con una remuneración



salarial superior a la que venía recibiendo.

SE CONSIDERA

Lo primero que observa la Corte, es que el censor le atribuye al Tribunal haber omitido la valoración de pruebas que sí fueron tenidas en cuenta en la sentencia impugnada, como lo es la relacionada con la solicitud y prioridad de convocatoria a concurso para el cargo de “*Profesional I*”, visible a folio 440 a 441, pues basta con remitirnos a lo expuesto en la parte motiva, para concluir que los citados documentos sí se valoraron, situación que torna infundada la acusación, en cuanto el ad quem, textualmente indicó: “*Es que, a riesgo de fatigar, ninguna de las soluciones planteadas por la Gerencia fue atendida de manera oportuna por el Comité de Escalafón, nótese como se elevaron CINCO (5) solicitudes para convocatoria a concurso, entre otros, del cargo ocupado por el demandante (folios 310, 440, 440^a, 441). A punto tal que fue la falta de atención de los entes competentes a las peticiones de la Gerencia a la que pertenecía el demandante, que en marzo 31 de 2000 al incluirlo en la planta de personal de EMCALI nuevamente le fue asignado el cargo de AUDITORÍA INTERNA (fl. 380), el que, conforme lo había reconocido otras instancias, el señor MONTEALEGRO no desempeñaba desde*

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Rad. No. 38662
Diego Alexander Montealegre Fernández VS. Emcali S.A. E.S.P.

el año 1997”.

Adicionalmente, el recurrente no atacó otros medios probatorios que también sirvieron de soporte al sentenciador de alzada, , y que resultaba menester acusarlos, en tanto tales medios de convicción lo llevaron al convencimiento de que le asistía el derecho al demandante en percibir la remuneración respecto de los cargos que ocupó, como son los documentos que obran a folios 37, 54, 55, 58, 60, 69, 75, 78, 82, 97, 309, 310, 380, 432, 433, 787, 798 y 887 del expediente, así como las declaraciones de Jesús Fernando Ruiz (folio 323) y Joaquín Ramírez (folio 314).

Lo advertido resulta procedente, por cuanto es criterio reiterado de la Sala, que corresponde al recurrente destruir todos los soportes sobre los cuales se edificó la providencia impugnada, incluidas las pruebas tenidas en cuenta en la decisión, so pena de que la misma permanezca incólume soportada sobre las pruebas inatacadas, situación que es la acontecida en este caso.



De todos modos, aún si se dispensaran las irregularidades técnicas advertidas del examen de las pruebas denunciadas por el recurrente, no es posible extraer una conclusión fáctica distinta a la del Tribunal, en el sentido de asistirle el derecho al demandante a que se le nivele su salario en la forma dispuesta en la sentencia impugnada, porque así se acreditara que convencionalmente existía un procedimiento que debió seguir la empresa para cubrir vacantes, el cual fue pretermitido por ésta y, que en ese acto jurídico se acordó la posibilidad de tener trabajadores “*disfuncionales*”, esto es, que desempeñaran labores diferentes a las asignadas al cargo para el cual fueron contratados, esa sola circunstancia no sería razón válida para negar el reconocimiento del mayor salario a que tiene derecho el trabajador.

Así se afirma, por cuanto como con acierto lo dedujo el Tribunal, el empleador “*mal puede ampararse en su propia negligencia para obtener un provecho en detrimento de quien prestó su fuerza de trabajo de manera abnegada por un salario que no correspondía ni a su capacidad profesional ni al compromiso y la responsabilidad asumida*”.



En consecuencia, el cargo no prospera.

TERCER CARGO

Fue presentado así: *“...Acuso la sentencia impugnada de ser violatoria por vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 53 de la Constitución Política, 5° de la ley 6ª de 1945 y 467 y 468 del C.S. del T., en relación con los artículos 121, 122, 345, 346, de la Constitución Política; 8° del Decreto 325 de 1954; 1° y numerales 1 y 2 del artículo 28 del Decreto 2127 de 1945, 1° de la Ley 6ª de 1945, 18 del Decreto Ley 344 de 1966; 40 de la Ley 11 de 1986; 290 del D.R 1333 de 1986; 23 del D.R. 1959 de 1973, 307 del C.P.C.y 145 del C.P.L.S.S.*

Indicó, que tal violación se por los siguientes yerros fácticos:

“1.- Dar por demostrado, sin estarlo, que el actor hasta la fecha de la sentencia, 30 de septiembre de 2008, ocupaba el cargo de “ASISTENTE DE AUDITORÍA”.

“2.- No dar por demostrado, estándolo, que por haber superado el concurso previsto para proveer el cargo de “PROFESIONAL OPERATIVO III”, a partir del 16 de junio de 2005, el demandante fue nombrado en dicho cargo”.

Acusó la no apreciación de la carta de fecha 20 de junio de 2005, mediante la cual el Gerente Administrativo de EMCALI ascendió al demandante al cargo de *“PROFESIONAL OPERATIVO III”*, por haber concursado para el mismo.



Formulado este cargo, de manera subsidiaria, expresó el censor en su desarrollo, que no discutía que el demandante “*en algunas oportunidades*” desempeñó las funciones de Auditor I y Profesional I; que la entidad no le pagó los salarios correspondientes a estos cargos; tampoco la calidad de la demandada, ni la condición de trabajador oficial del demandante; aceptó también que el ad-quem, amparado en los artículos 53 de la Constitución Política y 5° de la Ley 6ª de 1945, y la sentencia 26467 del 2 de noviembre de 2006, accedió a los derechos pretendidos por MONTEALEGRE FERNÁNDEZ.

Aseguró que lo que se discute es que el sentenciador, en su afán de dar cabida a la primacía de la realidad, ordenara pagar al actor los salarios correspondientes al cargo de “*PROFESIONAL I*” hasta la fecha de la sentencia, sin haber tenido en cuenta que desde el 16 de junio de 2005 ocupa el cargo de “*PROFESIONAL OPERATIVO III*”, al que accedió por concurso, con lo cual, aseguró, dejó sin efecto ese nombramiento, como si la primacía de la realidad autorizara soslayar los acuerdos convencionales.



LA RÉPLICA

Al igual que en el cargo anterior, adujo que no se desvirtuó la presunción de legalidad del fallo de segunda instancia, pues si bien la carta que obra al folio 855 menciona que el demandante fue ascendido al cargo de Profesional Operativo III a partir del 16 de junio de 2005, del caudal probatorio el Tribunal concluyó, que siguió desempeñando las funciones de un Profesional I, lo cual no fue desvirtuado por el recurrente. Defendió la jerarquía de las normas constitucionales sobre las convencionales o legales, cuando éstas vulneran los derechos de los trabajadores.

SE CONSIDERA

Como lo afirma el recurrente, es un hecho cierto que a través del documento del 20 de junio de 2005, visible a folios 855 y 856 del expediente, se demuestra que al demandante se le ascendió, a partir del 16 de junio de 2005, del cargo de “ASISTENTE DE AUDITORIA” al de “PROFESIONAL OPERATIVO III”, por haber ocupado el segundo puesto en el concurso celebrado para proveer dicho



cargo, medio probatorio que no fue tenido en cuenta por el Tribunal para los efectos de establecer los extremos cronológicos hasta cuando debía imponer la nivelación salarial ordenada.

Acorde con lo anterior, sí el actor ostentó el cargo de “*PROFESIONAL OPERATIVO III*”, a partir del 16 de junio de 2005, situación que fue desconocida por el ad quem, es evidente que las condenas fulminadas por concepto de la diferencia salarial asignada a los cargos de “*AUDITOR I*” y “*PROFESIONAL I*”, así como el mayor valor de las prestaciones, debió limitarse hasta la fecha ya indicada.

En consecuencia, le asiste razón al impugnante al endilgarle al Tribunal la comisión de los yerros fácticos relacionados, en cuanto no tuvo en cuenta, que a partir del 16 de junio de 2005, el actor desempeñó el cargo de “*PROFESIONAL OPERATIVO III*”, situación que lo condujo a violar las normas legales que se denuncian en el ataque.

Por lo visto, el cargo prospera.

En instancia, y con fundamento en las mismas consideraciones



que se dejaron consignadas al despachar éste último cargo, se deberá modificar la sentencia impugnada, para limitar el pago de las diferencias salariales y prestacionales ordenadas hasta el 16 de junio de 2005.

Sin lugar a condena en costas en el recurso extraordinario.

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, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 30 de septiembre de 2008, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **DIEGO ALEXANDER MONTEALEGRE FERNÁNDEZ** contra las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.**, en cuanto al extremo temporal hasta cuando se impuso la condena por diferencias salariales y prestacionales. En instancia, se modifica la sentencia impugnada, para limitar el pago de las condenas impuestas hasta el 16 de junio de 2005, conforme a lo expuesto en la parte motiva. Sin costas en el recurso extraordinario.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Rad. No. 38662
Diego Alexander Montealegre Fernández VS. Emcali S.A. E.S.P.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

CAMILO TARQUINO GALLEGO

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ