

## SENTENCIA C-101/11

(Febrero 23, Bogotá DC)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VULNERACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD-  
Requisitos mínimos de cargos

FACULTADES EXTRAORDINARIAS PARA MODIFICAR ESCALAS DE REMUNERACION,  
CLASIFICACION, NOMENCLATURA DE EMPLEOS Y DICTAR OTRAS DISPOSICIONES EN MATERIA  
DE ADMINISTRACION- Contenido

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VULNERACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD-  
Requisitos

Toda demanda de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad debe, por lo menos, indicar (i) “con claridad los grupos involucrados, (ii) el trato introducido por las normas demandadas que genera la vulneración del derecho a la igualdad y (iii) qué justifica dar un tratamiento distinto al contenido en las normas acusadas”, toda vez que “la realización de la igualdad no le impone al legislador la obligación de otorgar a todos los sujetos el mismo tratamiento jurídico, ya que no todos se encuentran bajo situaciones fácticas similares ni gozan de las mismas condiciones o prerrogativas personales e institucionales.” Cuando las demandas no cumplen tales requisitos, corresponde a la Corte inhibirse para pronunciarse de fondo.

Referencia: Expediente No. D-8187

Demanda de inconstitucionalidad: contra un aparte del artículo 1º del Decreto Ley 1042 de 1978

Demandante: Julio César López Espinosa.

### I. ANTECEDENTES.

El ciudadano Julio César López Espinosa, en ejercicio de la acción pública prevista en el artículo 241 de la Constitución Nacional, demanda la inconstitucionalidad de un fragmento del artículo 1º del Decreto - Ley 1042 de 1978.

## 1. Texto normativo demandado.

El texto del artículo acusado se transcribe a continuación, destacando en negrilla el aparte demandado:

DECRETO 1042 DE 1978

(junio 7)

Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 5 de 1978,

DECRETA:

Artículo 1º.-Del campo de aplicación. El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente Decreto regirá para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante.

## 2. Demanda: pretensión y cargos.

El demandante formula un solo cargo de inconstitucionalidad contra el fragmento “del orden nacional”, contenido en artículo 1º del Decreto Ley 1042 de 1978, consistente en que dicha expresión vulnera el artículo 13 de la Constitución Política,<sup>1</sup> y por eso solicita que se declare su inexecutableidad.

El artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978 establece un listado de los denominados “otros factores de salario”, tales como los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima

de servicio, la bonificación por servicios prestados, y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión. Estos factores son aplicables a los empleados enunciados en el artículo 1º del mismo decreto, esto es, a los empleados del orden nacional.

Con base en distintas normas (Decreto 1396 de 2010, Decreto 4869 de 2009, Decreto 627 de 2007, y Decreto 1398 de 2010), algunos de estos “otros factores salariales” han sido extendidos a los empleados del orden territorial, pero no todos. Los incrementos por antigüedad, la prima técnica, la prima de servicios, y la bonificación por servicios prestados, como factores de salario, no se han hecho extensivos a los empleados públicos del orden territorial. De manera análoga, mediante decreto 1919 de 2002 se extendieron a los empleados públicos del orden territorial las prestaciones sociales reconocidas a los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional.

El demandante considera que “al tenor de lo establecido en el artículo 13 de la Constitución Política de 1991 -Derecho a la igualdad-, el aparte “del orden nacional” incluido en el artículo primero del Decreto Ley 1042 de 1978, es completamente contrario a los postulados constitucionales, ya que establece y reconoce ciertos factores salariales única y exclusivamente para empleados del orden nacional y excluye de manera injustificada a los empleados del orden territorial”.

Cita el demandante cuatro providencias del Consejo de Estado en las que se ha inaplicado la expresión “del orden nacional”, para proteger el derecho a la igualdad de los empleados territoriales, reconociéndoles prestaciones del orden nacional. También cita un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la misma corporación que, en sentido contrario, afirmó que los elementos salariales contenidos en el Decreto Ley 1042 de 1978 no pueden hacerse extensivos a los empleados del orden territorial.

Concluye entonces que “con ocasión de la confusión actual existente, respecto a si los factores de salario contenidos en el Decreto 1042 de 1978, se le deben reconocer y cancelar a los empleados públicos territoriales, ya que incluso, el mismo Consejo de Estado, ha entrado en contradicción, tal como se evidencia de los pronunciamientos jurisprudenciales referenciados, y las contradicciones existentes en la normatividad referida y en los razonamientos expuestos, solicito de manera respetuosa declarar la inexecutable de la expresión “del orden nacional”, prescrita en el artículo 1º del Decreto 1042 de 1978, a efecto

de obtener claridad y certeza sobre la pertinencia en la aplicación del decreto en mención, en lo atinente al reconocimiento y pago de los emolumentos a que hace referencia para los empleados públicos del nivel territorial...”

### 3. Intervenciones ciudadanas.

#### 3.1. Intervención de la Universidad del Rosario.

Pide que se declare la exequibilidad del aparte demandado. Comienza por afirmar que en el escrito no se exponen de forma clara y completa las razones por las cuales se considera que la norma acusada es inconstitucional, pues el demandante se limita a enunciar los factores salariales para la remuneración de los empleados públicos del orden nacional, a señalar las normas que han extendido algunos de dichos factores a los funcionarios del nivel territorial, y a afirmar que el aparte demandado –“del orden nacional”-, excluye de manera injustificada a los empleados del orden territorial.

Seguidamente, al examinar la Ley de Facultades Extraordinarias (Ley 5 de 1978), a cuyo amparo se expidió el decreto demandado, se concluye que “el decreto se limitó a desarrollar las facultades en los precisos términos en los cuales le fueron conferidas por el Congreso. Haber hecho extensiva la regulación relativa a la remuneración de los servidores públicos a aquellos del orden territorial, hubiera implicado la inexecutable de la misma por desbordar el alcance de las facultades conferidas”.

De otra parte, tampoco puede hablarse de una inconstitucionalidad sobreviniente por vulneración del artículo 13 de la Constitución, por supuesta omisión relativa del legislador extraordinario respecto de los servidores públicos del nivel territorial. La Constitución de 1991 distinguió entre la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales del nivel nacional y la determinación del régimen prestacional de los pertenecientes al orden territorial, que corresponden de manera exclusiva al Gobierno Nacional, en aplicación de los parámetros fijados por el Congreso en la Ley 4 de 1992, y el establecimiento de la remuneración salarial de los servidores públicos del nivel territorial, el cual corresponde a las asambleas y a los concejos. No puede hablarse de una violación al principio de igualdad en materia salarial y de fijación de los factores salariales, porque la Constitución expresamente asignó esa competencia a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales.

En cuanto a las prestaciones sociales de los servidores públicos territoriales, la Ley 4 de 1992 asignó esa facultad, expresamente, al Gobierno Nacional, decisión legislativa que fue avalada por la Corte Constitucional en sentencia C-315 de 1995. Al haber una regulación expresa y específica para tales servidores públicos, en los decretos que sobre la materia ha expedido el Gobierno Nacional, no puede hablarse de ninguna omisión legislativa vulneradora del principio de igualdad.

Finalmente, tampoco cabe hablar de una supuesta vulneración del principio de igualdad respecto de los servidores públicos que se hubieren vinculado a la administración territorial a partir de su vigencia y hasta la expedición de la Ley 4 de 1992, porque las situaciones fácticas y jurídicas no son equiparables. El decreto demandado no sólo regula los factores salariales de los empleados del orden nacional, sino también su sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos, “los cuales tienen cierta complejidad y particularidades que los hacen únicos”. Las características propias de la administración pública en el nivel nacional no tienen una reproducción exacta y cabal en el orden territorial, por lo que tampoco “podrían tenerlo necesariamente las escalas de remuneración. La fijación de los emolumentos corresponde a un ejercicio juicioso que atiende a verificar las cargas, las responsabilidades y sobre todo, el sustento presupuestal para fijación de la remuneración en el respectivo presupuesto (principio de legalidad en materia presupuestal)”.

Concluye: “No es posible, como lo pretende el demandante, extender la aplicación de un decreto organizado para el nivel nacional al nivel territorial, pues al existir distintas competencias entre las autoridades nacionales y territoriales, no es indispensable que exista unidad en el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre ellos los de los niveles departamental, distrital y municipal, y de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales, pues se debe considerar la estructura y funciones propias de cada nivel”.

### 3.2. Intervención de la Federación Colombiana de Municipios.

Pide la exequibilidad del texto acusado, en relación exclusivamente con el cargo formulado. El accionante reconoce que mediante decretos del Gobierno Nacional se ha previsto que muchos de los factores salariales previstos en el Decreto Ley 1042 se han hecho extensivos a los empleados del orden territorial, pero no todos, “de modo que aún si pudiera entenderse

bien formulado un cargo de constitucionalidad, éste se hallaría limitado al hecho de que “los incrementos por antigüedad”, “la prima de servicios” y “la bonificación por servicios prestados”, a la fecha, no se hayan hecho extensivos a los empleados públicos del orden territorial”. La acusación contra el Decreto Ley 1042 de 1978 es apenas aparente, “pues la impugnación no se está dirigiendo contra ese texto, sino contra la omisión de extender factores salariales a los empleados de las entidades territoriales”. Ni siquiera se trata de una omisión legislativa, sino de una omisión del Gobierno, pues el propio accionante reconoce que en esta materia la atribución del Congreso se agota con la expedición de una ley marco, cosa que ya se hizo, al proferirse la Ley 4 de 1992. Citando jurisprudencia de la Corte, concluye la Federación que la competencia para la determinación de los salarios y prestaciones en Colombia está radicada en el Gobierno, “pero como la disposición acusada no se está impugnando por razón de la competencia sino que, según se vio atrás, el cargo se limita a la falta de extensión de algunos factores salariales del orden nacional al territorial, la acusación en realidad se dirige contra una omisión del gobierno, respecto de la cual ni siquiera tendría competencia la Corte Constitucional para pronunciarse”.

### 3.3. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El hecho de que a los empleados de las entidades territoriales no se les reconozcan algunos emolumentos o prestaciones sociales, se funda en el hecho de que la Nación y dichas entidades no se encuentran en un plano de igualdad. Las entidades territoriales tienen un régimen fiscal particular, regulado principalmente en la Ley 617 de 2000, en la cual se establece que los gastos de funcionamiento de las entidades territoriales se deben financiar únicamente con recursos corrientes de libre destinación, y excluye expresamente algunas fuentes para la financiación de dichos gastos. Este régimen fiscal propio, y los límites que impone la Ley 617 en cuanto a gastos de funcionamiento, pone a la Nación y a las entidades territoriales en circunstancias que no son iguales. “La imposibilidad de dichas entidades de reconocer algunos emolumentos o prestaciones sociales a sus empleados radica en la importancia de mantener su gasto controlado, acorde con sus ingresos corrientes. La posibilidad de reconocer dichos emolumentos o prestaciones sociales aumentaría su gasto, en algunos casos, de manera ostensible, reduciendo su capacidad de gestión y coadyuvando para que su posición financiera desmejore...No procede el test de igualdad para la norma acusada, toda vez que... las entidades territoriales se encuentran en una posición fiscal muy distinta a la de la Nación”.

De otra parte, el Decreto demandado se expidió en el marco de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso al Gobierno Nacional para fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos del orden nacional, facultades precisas que no se extendieron a los empleos del nivel territorial. El Gobierno Nacional de la época no podía extralimitarse en las facultades que le había otorgado el legislativo.

La Constitución le asigna al Presidente de la República la función de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la fuerza pública, la de determinar el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales, de modo que a través de una acción de inconstitucionalidad, no se puede pretender que se reconozcan emolumentos y prestaciones salariales a los empleados de las entidades territoriales.

Concluye: “No puede prosperar el cargo formulado por el actor contra el artículo 1 parcial del Decreto 1042 de 1978, toda vez que las entidades territoriales no se encuentran en un plano de igualdad con la Nación, pues su régimen y condiciones fiscales distan mucho de la de ésta. Además, la facultad de fijar la escala salarial, los emolumentos y las prestaciones sociales de los trabajadores de las Entidades Territoriales radica hoy en cabeza del Presidente de la República, quien debe ceñirse a lo estipulado en la Ley 4ª de 1992”.

#### 3.4. Intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública.

3.4.1. Pide a la Corte que se declare inhibida para pronunciarse de fondo respecto del cargo de inconstitucionalidad formulado por el actor, por no estar integrada en la demanda una proposición jurídica completa, o, en su defecto, declarar la exequibilidad de la expresión “del orden nacional”, consagrada en el artículo demandado, por carecer las alegaciones de fundamentos fácticos y jurídicos atendibles.

3.4.2. Recuerda que el Decreto Ley demandado se expidió con base en una ley de facultades extraordinarias que circunscribían el ámbito de la norma al orden nacional, “razón por la cual ambos estatutos constituyen un todo inescindible que debió ser demandado al unísono para evitar la materialización de una inepta demanda, y consecuentemente un fallo inhibitorio, al no estar integrada en la actuación una proposición jurídica completa, que evidenciara que, a la luz de la Carta Política de 1991, el texto de las facultades extraordinarias con que fue expedido el Decreto Ley 1042 de 1978 comportaba también una vulneración al principio de

igualdad constitucional”.

3.4.3. En segundo lugar, bajo el actual régimen constitucional, está establecido que acatando las normas generales que dicte el Congreso para establecer los respectivos objetivos y criterios, es al gobierno al que le corresponde fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. Entre los criterios establecidos por el legislador, en la Ley 4 de 1992, se estableció que la fijación de dicho régimen debe consultar el marco general de la política macroeconómica y fiscal y la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad.

Después de citar las normas constitucionales pertinentes, afirma que el Constituyente de 1991 estableció una competencia compartida entre el legislador y el ejecutivo en la regulación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, en donde las potestades constitucionales del Congreso de la República se circunscriben a establecer un marco general dentro del cual el Gobierno Nacional habrá de desarrollar su actividad reguladora en esta materia, y con base en éste, las entidades territoriales, a través de sus Asambleas y Concejos, establecen las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos en las respectivas localidades: “Conforme a las disposiciones señaladas, debe puntualizarse que el Gobierno Nacional expide anualmente los decretos que establecen los límites máximos salariales de los empleados públicos de las entidades territoriales, con base en los cuales los Concejos Municipales y las Asambleas Departamentales realizan los incrementos salariales para los empleados del respectivo ente territorial.”

El documento del Departamento Administrativo de la Función Pública pasa a hacer una relación de los Decretos que han establecido prestaciones para los funcionarios territoriales -Decreto 627 de 2007 sobre auxilio de alimentación, Decreto 4869 de 2009, sobre auxilio de transporte, Decreto 941 de 2005, sobre viáticos, Decreto 731 de 2009 para gastos de representación de ciertos funcionarios territoriales-, para concluir que “es posible advertir que los elementos salariales a que tienen derecho los empleados públicos del nivel territorial se encuentran regulados en normas especiales dictadas por el Gobierno Nacional en desarrollo de sus competencias constitucionales, actos administrativos que se encuentran vigentes y gozan de presunción de legalidad; circunstancia que constitucionalmente hace inviable la extensiva a tales servidores de los elementos salariales contemplados en el Decreto 1042 de 1978, que encuentran dentro de su universo de destinatarios a otro grupo

de empleados...No puede perderse de vista que el Gobierno Nacional, en la medida de sus posibilidades de las finanzas públicas, ha venido haciendo un encomiable esfuerzo para mejorar progresivamente el régimen prestacional y salarial de los servidores públicos del nivel territorial, de lo cual dan cuenta, por ejemplo, los Decretos 1919 de 2002, 941 de 2005, 627 de 2007, 731 y 4869 de 2009, todos ellos vigentes, sin que dicha configuración normativa implique que a tales empleados corresponda el mismo régimen salarial establecido para los empleados de las entidades públicas nacionales, pues, por el contrario, como puede inferirse del contenido material de las citadas regulaciones, los empleados del nivel territorial gozan de un régimen propio y diferenciado, amparado en normas especiales que se encuentran vigentes y gozan de presunción de legalidad en los términos del artículo 66 del CCA, que hacen inviable la aplicación por extensión de regímenes salariales dispuestos por el legislador para otro grupo de servidores públicos, como lo pretende el accionante ”.

Seguidamente, y tras citar varias sentencias de la Corte, se afirma que el legislador está investido de libertad de configuración normativa suficiente para establecer los factores específicos que determinan el régimen salarial de los distintos grupos de servidores públicos, que no necesariamente son comunes al universo de empleados estatales, en razón a que constitucionalmente está aceptada la existencia de regímenes especiales y diferenciados.

3.4.4. En cuanto al principio de igualdad en materia salarial, considera el Departamento Administrativo de la Función Pública que los departamentos y municipios cuentan con características propias que justifican un trato diferenciado, dentro de las cuales se encuentra el límite de gastos establecido en la Ley 617 de 2000. Después de exponer las finalidades de esta Ley, y el propósito que inspiró al legislador al expedirla, se concluye que “el legislador ordinario impuso a las entidades territoriales el deber de financiar los gastos de funcionamiento con sus ingresos corrientes de libre destinación, que deben ser suficientes para atender las obligaciones corrientes, provisionar el pasivo prestacional y pensional, y financiar, así sea parcialmente, la inversión pública autónoma de las mismas; y, de otra parte, les fijó un tope máximo de los gastos de funcionamiento que les impide superar un determinado porcentaje de los ingresos corrientes de libre destinación..”. La igualdad garantizada por la Constitución no puede implicar la impotencia del legislador para establecer diferenciaciones razonables, pues ello conduciría a la desfiguración de la tarea legislativa “y a la imposibilidad de que a través de ella se introdujeran las distinciones

propias de la justicia distributiva...” Las normas que regulan el régimen salarial especial de los empleados públicos territoriales se sustentan en criterios y objetivos verificables que devienen de factores de conveniencia presupuestal y social: “La igualdad se reputa entre pares, es decir, entre personas que se encuentran en una misma situación jurídica y fáctica, situación que no es predicable de los empleos pertenecientes a las entidades y organismos de las entidades nacionales y territoriales, pues mientras los primeros en cuanto a los factores salariales se rigen por el Decreto Ley 1042 de 1978, los segundos están regulados por normas especiales que consultan claras y precisas restricciones y condiciones de naturaleza presupuestal y socioeconómicas que justifican y explican el trato diferenciado”.

#### 3.4.5. Concluye la intervención:

“A los empleados del nivel territorial no les son aplicables los elementos de salario contemplados en el Decreto 1042 de 1978, por contar aquellos con un régimen salarial propio, vigente y claramente diferenciado. En consecuencia, constituyendo los incrementos por antigüedad, la prima de servicios, y la bonificación por servicios prestados, factores de salario que resultan predicables únicamente de los empleos públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, no hay razón constitucionalmente válida ni suficiente para imponer a las entidades territoriales el deber de reconocer y pagar tales emolumentos a los empleados públicos vinculados a sus plantas de personal, máxime cuando tales entidades arrastran con las cargas presupuestales derivadas de la política de ajuste fiscal establecidas en la Ley 617 de 2000”.

#### 3.5. Intervención del Sindicato Nacional de Servidores Públicos del Estado Colombiano “Sintraestatales”.

3.5.1. Pide que el Decreto Ley aquí cuestionado, sea declarado inexecutable, o subsidiariamente, que se declare executable, pero condicionado a que el ámbito de su aplicación en materia salarial, tenga aplicabilidad como régimen mínimo, sin perjuicio de la facultad otorgada a los Concejos Municipales y Distritales, y Asambleas Departamentales, y a los gobernadores y alcaldes, en cada caso.

3.5.2. Se considera que la norma demandada viola el artículo 13 de la Constitución. Mediante Decreto 1919 de 2002, el Gobierno Nacional extendió la regulación nacional prestacional al ámbito territorial, pero no hizo lo propio con el régimen salarial de los empleados

territoriales, en los términos establecidos en el Decreto parcialmente demandado, con lo cual se originó una inconstitucionalidad sobreviniente de la norma “al quebrantar el principio de igualdad otorgando a los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades territoriales, frente a una misma situación legal, un tratamiento legal diferente. En efecto, al otorgarse por parte del Gobierno Nacional el mismo régimen de prestaciones sociales de los empleados del orden nacional a los empleados de las entidades territoriales, se debió otorgar igualmente el mismo régimen salarial de los primeros a los segundos, pues como se observa al analizar la relación entre el Decreto Ley 1042 de 1978 (remuneración nacional) y el Decreto Ley 1045 (régimen prestacional) del mismo año, se encuentra claramente identificado que existe una relación altamente complementaria, de doble vía, entre ambos...El Gobierno Nacional al expedir el Decreto 1919 de 2002, que extendió las prestaciones sociales de los empleados del orden nacional a los empleados del orden territorial, pero guardar silencio frente a los norma que regula los elementos salariales adicionales a la asignación básica contenidos en el Decreto 1042 de 1978, originó una grave desigualdad normativa, pues mientras para unos sus prestaciones sociales se liquidan contando con todos los elementos salariales del Decreto 1042 de 1978, para los otros ello no ocurre, lo que hace que el citado Decreto haya entrado en una clara infracción al artículo 13 constitucional en cuanto a los empleados frente a los que se aplica respecto de los que se debería aplicar”.

A renglón seguido, la intervención incluye un extenso cuadro comparativo sobre las distintas prestaciones sociales y las disposiciones que las regulan, con base en el cual concluye que “para una misma situación existe un tratamiento diferente. Para liquidar las prestaciones sociales de un empleado del orden nacional conforme al Decreto Ley 1045 de 1978, se toman en cuenta los factores salariales establecidos en el Decreto Ley 1042 de 1978, mientras que para el mismo efecto pero en el caso de los empleados territoriales, no se toman en cuenta los factores establecidos en el Decreto Ley 1042 de 1978, por cuanto su ámbito de aplicación está limitado a los empleados del orden nacional...”

En refuerzo de este planteamiento, se citan varias providencias del Consejo de Estado en las que, en aras de proteger el derecho a la igualdad de empleados territoriales, se ha inaplicado por inconstitucional la expresión “del orden nacional”, ahora acusada, tesis que ha sido también aplicada por Tribunales Administrativos en procesos de alcance territorial. 2

### 3.6. Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Pide la inexecutable del aparte demandado. Después de enunciar las providencias en las cuales el Consejo de Estado ha excluido la limitante "del orden nacional", a los decretos que se han demandado ante esa Corporación, la Academia concluye:

"Las cuatro sentencias del Consejo de Estado suprimiendo la expresión "del orden nacional", hacen ver...dos argumentos para que la H. Corte Constitucional acepte el pedimento de la demanda:

El primero es el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política y el derecho a la igualdad de los trabajadores, contemplado en el artículo 53 de la misma obra.

En segundo lugar, la seguridad jurídica: Si hay varias sentencias del Consejo de Estado suprimiendo la expresión varias veces mencionadas lo normal es que la Corte Constitucional haga lo mismo."

### 3.7. Intervención del Ministerio de la Protección Social<sup>3</sup>

Pide que se declare la constitucionalidad de la norma demandada.

Después de repasar el régimen de competencias entre el Congreso, el Gobierno y las entidades territoriales en materia de salarios y prestaciones de los funcionarios públicos, afirma que en esta materia le asiste al legislador una amplia libertad de configuración legislativa, que le permite expedir los regímenes que en materia salarial se requieran para los empleados públicos en sus diferentes niveles, nacional y territorial, atendiendo las diferencias propias de cada nivel. Concluye:

"...es claro que la fijación de la remuneración de los servidores públicos se realiza en virtud del principio de libertad de configuración legislativa, autorizado por la misma constitución y como desarrollo del principio de legalidad. Pero tal potestad ha de ser empleada respetando los límites que la misma carta impone, que para el caso y tratándose de la remuneración de los servidores del nivel nacional o del nivel territorial, corresponden al respeto de la remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo que establece el artículo 53 constitucional, derecho que está plenamente reconocido en las

diferentes normas tanto para los empleados públicos del nivel nacional como para los del nivel territorial, donde se establece la asignación básica o escala salarial, de donde se entiende acogido lo dispuesto por el mencionado Art. 53 y no afecta el derecho a la igualdad, o mejor, se reconoce a través de esta forma el derecho a la igualdad. Cosa distinta es la regulación de los factores salariales, entendidos como aquellos componentes que se le adicionan a la asignación básica, los cuales el Gobierno Nacional, en virtud del principio de libertad de configuración legislativa, ha determinado regular de manera diferente entre los empleados del nivel nacional y los del nivel territorial, conservándose actualmente algunas diferencias matemáticas a favor de los primeros, pero que en todo caso no se sustrae de ello violación del derecho a la igualdad por estar reconocida la remuneración mínima vital y móvil, tal y como se indicó.”

### 3.8. Intervención de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C.

Solicita a la Corte que se declare constitucional el aparte demandado, o se inhiba de hacer un pronunciamiento de fondo, por ineptitud de la demanda.

Después de recapitular la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el juicio de igualdad, afirma que “en el caso particular, al establecer la equivalencia en las situaciones de hecho de los sujetos que en opinión del actor se ven afectados con la norma en cuestión, es posible concluir que no se trata de situaciones similares, porque si bien se trata de empleados públicos, la diferenciación del supuesto es la pertenencia al nivel nacional o territorial, de la cual se deriva el régimen legal que les es aplicable, lo cual necesariamente remite a un criterio de competencia.”. La revisión de las normas constitucionales que distribuyen competencias entre el legislador, el Gobierno y las entidades territoriales en materia salarial y prestacional de los empleados públicos, lleva a la conclusión de que dicha distribución “tiene su fundamento en la división político-administrativa de nuestro territorio, que establece diferentes niveles de gobierno que atienden al principio de la descentralización y de autonomía territorial, lógica organizacional en la cual el Gobierno Nacional no podría fijar también el régimen salarial de las entidades del orden territorial, sino que tan solo puede establecer un límite máximo, de lo cual se deduce que bajo ese límite, el nivel territorial ejerce autónomamente la competencia asignada por la Constitución en lo relacionado con el régimen salarial de sus empleados públicos...” . En el presente caso, no existe afectación del derecho a la igualdad, toda vez que el trato diferenciado que aquí se

censura, no se predica de sujetos que están en identidad o equivalencia de condiciones, ya que al pertenecer a diferentes niveles de gobierno, “las condiciones del empleo son diferentes, y por ello no son susceptibles de igualación...Al no ser equiparables las condiciones de los sujetos, no es posible aplicar un mismo tratamiento... No existe criterio de comparación necesario para pasar a determinar si el fundamento del trato desigual es razonable. De lo anterior se concluye que no existe una violación al derecho de igualdad.”

De otra parte, afirma la Alcaldía Mayor que la inexequibilidad de la norma vulneraría el derecho a la autonomía de las entidades territoriales y la competencia que les ha otorgado la Constitución:

“...La norma cuyos efectos pretenden hacerse extensivos a los empleados públicos del orden territorial, no les es aplicable a estos. Ello por cuanto esta norma no establece un límite máximo para los factores salariales sino que los fija para los empleados públicos del orden nacional, razón por la cual no se aplica de manera automática esta norma al orden territorial, como lo pretende el actor.

El efecto que causaría esta decisión devendría al contrario de lo que se pretende, en una transgresión de la Constitución y la ley, pues otorgaría al ejecutivo una competencia en cuanto a la fijación del régimen salarial del nivel territorial que solo le puede otorgar la misma Constitución y que hoy está en el Congreso de la República.

En ese supuesto, lo que se daría es una reforma constitucional por vía judicial, lo cual no es permitido en nuestro ordenamiento jurídico...

La declaratoria de inconstitucionalidad de la expresión “del orden nacional” que aquí se demanda, implica el desconocimiento de la autonomía territorial asignada tanto en la Constitución como en la Ley de carrera administrativa y sus decretos reglamentarios, a las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, para fijar las escalas de remuneración y los emolumentos de sus empleados públicos, dentro del marco que establece el Congreso de la República en cuanto a la definición de las prestaciones sociales y los factores salariales, del Gobierno Nacional en cuanto al límite máximo de dichos factores.”

Finalmente, considera el Distrito Capital que en la demanda no se precisan de manera idónea y suficiente las razones que fundamentan el detrimento al derecho constitucional invocado,

lo cual debería implicar el proferimiento de un fallo inhibitorio: “En el texto presentado por el actor se echa de menos la exposición de las razones de la violación, la explicación de por qué el tratamiento desigual resulta ser constitucionalmente injusto, desproporcionado o irrazonable, ya que solo aduce que es injustificado, pero no sustenta esa afirmación en argumentos serios y consistentes”.

### 3.9. Intervención del Gobernador del Departamento del Quindío<sup>4</sup>

### 3.10. Intervención del ciudadano Sabel Reiniero Arévalo Arévalo.

Aunque pide la constitucionalidad de la disposición demandada, “de manera simple y llana”, la exposición del ciudadano Arévalo se encamina a que la Corte declare que el Decreto 1042 de 1978 “es genérico para los trabajadores del Estado” y que, en virtud de los artículos 25 y 53 de la Constitución, debe aplicarse a todos los trabajadores estatales, trátense del orden nacional o territorial.

## 4. Concepto del Procurador General de la Nación<sup>5</sup>.

El Procurador General de la Nación pide a la Corte Constitucional que se declare exequible la expresión “del orden nacional”, incluida en el artículo 1º del Decreto 1042 de 1978.

4.1. La Corte Constitucional ha reiterado que la distribución de competencias constitucionales en materia de remuneración de los empleados territoriales, obedece a una fórmula según la cual es al Congreso al que le corresponde proferir una ley marco que determine el régimen salarial y prestacional de los servidores del Estado, a partir de la cual el Gobierno Nacional determinará los aspectos particulares y concretos de dicho régimen. Estos presupuestos normativos sirven de marco legal para que los órganos de representación popular de las entidades territoriales, ejerzan la competencia constitucional de definir las escalas salariales de los empleos correspondientes.

4.2. De otra parte, el Decreto demandado se expidió en ejercicio de facultades extraordinarias concedidas por el Congreso: “El Presidente de la República, cuando ejerce una facultad extraordinaria otorgada por el Congreso, goza de una competencia limitada, precisa y puntual... La ley que otorga las facultades es un parámetro relevante para juzgar la constitucionalidad del decreto ley dictado bajo su amparo, que en ningún caso puede

exceder los límites fijados por ésta. Por lo tanto, el Gobierno no podía fijar en el decreto bajo examen el régimen salarial de los servidores públicos de las entidades territoriales, como lo pretende el actor, pues ello excede las facultades conferidas y, además, usurpa las competencias que en estas materias tienen los gobernadores, los alcaldes, las asambleas departamentales y los concejos municipales”

4.3. Concluye el concepto del Ministerio Público afirmando que “La pretendida vulneración del derecho a la igualdad, al no equipararse en el Decreto Ley 1042 de 1978, a los servidores del orden nacional con los servidores del orden territorial, no se presenta. La diferencia de trato obedece a que la fijación del régimen de los servidores territoriales es, en buena medida, competencia de las autoridades administrativas territoriales y no de las nacionales, y a que la ley con arreglo a la cual se dicta el señalado decreto, no faculta al Presidente de la República para regular dicho régimen”.

## II. CONSIDERACIONES.

### 1. Competencia.

La presente demanda de inconstitucionalidad fue formulada, por parte de un ciudadano colombiano, contra un aparte normativo contenido en un Decreto Ley (Decreto 1042 de 1978), y por lo tanto, la Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre ella, toda vez que así lo dispone el numeral 5 del artículo 241 de la Constitución Política.

### 2. Norma demandada.

Se demanda un aparte puntual del artículo 1º del Decreto-Ley 1042 de 1978. Este Decreto-Ley fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 5 de 1978, cuyo texto íntegro es el siguiente:

#### LEY 5 DE 1978

(abril 7)6

por el cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar escalas de remuneración, revisar sistemas de clasificación y nomenclatura de empleos, y dictar otras disposiciones en materia de administración de personal.

## EL CONGRESO DE COLOMBIA

### DECRETA:

ARTÍCULO 1o. De conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de noventa días, contados a partir de la vigencia de la presente Ley, para los siguientes efectos:

1. Fijar, con efectividad al primero (1o.) de enero de 1978, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de:

a) La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, incluidas las unidades administrativas especiales;

b) La Registraduría Nacional del Estado Civil;

c) La Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público, el Tribunal Disciplinario, el Consejo de Estado y los Tribunales Contencioso Administrativo y las Direcciones de Instrucción criminal;

d) La Contraloría General de la República.

Esta facultad comprende la de señalar las bonificaciones de los soldados, grumetes y alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

No obstante lo dispuesto en el numeral primero del presente artículo, en las entidades que tuvieren decretados reajustes salariales para hacerse efectivos con posterioridad al primero de enero de 1978, la modificación de las escalas de remuneración regirá a partir de la fecha en que se haya previsto el respectivo reajuste.

2. Revisar el sistema de clasificación y nomenclatura de los mismos empleos para fijar o modificar aquellas series y clases cuya creación o modificación se estime indispensable.

3. Señalar los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de la pensión jubilatoria de las personas que desempeñan el cargo de dactiloscopista en el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-.

4. Modificar el régimen de servicio civil y carrera administrativa.

5. Revisar y modificar las reglas generales a las cuales deban sujetarse las entidades de la Administración Pública del orden nacional en la aplicación de las normas sobre las asignaciones y prestaciones sociales señaladas por la ley para su personal.

6. Fijar las reglas para el reconocimiento, la liquidación y el pago de las prestaciones sociales que se causaren en el futuro a favor de los extranjeros no domiciliados en Colombia que presten servicios en el exterior como funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores.

ARTÍCULO 2o. Autorízase al Gobierno Nacional para abrir los créditos y efectuar los traslados presupuestarios indispensables para el cumplimiento de la presente Ley.

ARTÍCULO 3o. Esta Ley rige a partir de la fecha de su promulgación.

El Decreto Ley 1042 de 1978, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en la ley transcrita, “establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”. Consta de 107 artículos, en los que, entre otras medidas, se establece la clasificación de los empleos de los organismos de la rama ejecutiva del poder público de las mencionadas entidades del orden nacional, los requisitos para su ejercicio, su nomenclatura, sus escalas de remuneración, y reglas varias sobre las horas extras, el trabajo en domingos y festivos y ciertas prohibiciones en relación con la duplicidad de las asignaciones. Asimismo, el Decreto establece un listado de ocho factores de salario -incrementos por antigüedad, gastos de representación, prima técnica, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, prima de servicio, bonificación por servicios prestados, y viáticos percibidos por los funcionarios en comisión-, y regula en detalle la procedencia, frecuencia y cuantía de cada uno de ellos. También establece las reglas sobre creación y supresión de empleos, sobre el trámite para expedir las plantas de personal y los manuales de funciones, y sobre el contenido que han de tener. Finalmente, el Decreto contiene unas normas para regular el proceso de transición derivado de su entrada en vigor, y establece las categorías de empleados que se exceptúan de su aplicación (los empleados de la cancillería que prestan servicios en el exterior, al personal docente, al personal de las fuerzas militares, entre otros).

La presente demanda ataca la constitucionalidad de un breve fragmento del artículo 1º del Decreto. Este artículo define el ámbito de aplicación de todas sus normas, en los siguientes términos:

Artículo 1º.- Del campo de aplicación. El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente Decreto regirá para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante.

Específicamente, el demandante considera que la expresión “del orden nacional”, contenida en este artículo 1º, vulnera la Constitución y, por ello, pide que sea declarada inexecutable.

### 3. Análisis formal de los cargos.

3.1. La demanda comienza por hacer una relación de los factores salariales contemplados en el Decreto 1042 de 1978, y a enunciar las normas posteriores que han extendido algunos de ellos a los empleados públicos del orden territorial. Luego, menciona el Decreto 1919 de 2002, que en entendimiento del demandante, “equiparó el régimen prestacional de los empleados públicos territoriales con el de sus pares del orden nacional, al darles un mismo tratamiento prestacional, pues no existían ni existen, razones de peso para hacer tal distinción, y en consecuencia, tampoco existirían razones para mantener la diferenciación existentes entre sus regímenes salariales”. Seguidamente, pasa a formular el reproche específico de inconstitucionalidad, cuyos escuetos términos son los siguientes:

“Considero que, al tenor de lo establecido en el artículo 13 de la Constitución Política de 1991 -derecho a la igualdad-, el aparte “del orden nacional” incluido en el artículo primero del Decreto Ley 1042 de 1978, es completamente contrario a los postulados constitucionales, ya que establece y reconoce ciertos factores salariales única y exclusivamente para empleados del orden nacional y excluye de manera injustificada a los empleados del orden territorial.”

La demanda pasa luego a reproducir apartes de algunas providencias del Consejo de Estado que han extendido, en casos particulares, los factores salariales contemplados en el Decreto demandado a empleados del orden territorial, y menciona conceptos de la Sala de Consulta

de la misma corporación que ha opinado en contra de esa extensión, para concluir finalmente lo siguiente:

“Con ocasión de la confusión actual existente, respecto a si los factores de salario contenidos en el Decreto Ley 1042 de 1978, se le deben reconocer y cancelar a los empleados públicos territoriales, ya que incluso, el mismo Consejo de Estado ha entrado en contradicción, tal como se evidencia de los pronunciamientos jurisprudenciales referenciados, y las contradicciones existentes en la normatividad referida y en los razonamientos expuestos, solicito de manera respetuosa declarar la inexecutable de la expresión “del orden nacional”, prescrita en el artículo 1º del Decreto 1042 de 1978, a efecto de obtener claridad y certeza sobre la pertinencia en la aplicación del Decreto en mención, en lo atinente al reconocimiento y pago de los emolumentos a que hace referencia para los Empleados Públicos del Nivel Territorial”.

3.2. De la demanda se infiere que a juicio del actor, el término “del orden nacional”, como criterio para limitar el ámbito de aplicación del Decreto Ley 1042 de 1978, viola el principio constitucional de igualdad, pues discrimina a los empleados del orden territorial. Bajo ese entendimiento, la demanda fue admitida a trámite, pues reunía los requisitos básicos contemplados en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 para ese efecto.

Sin embargo, la suficiencia de la demanda para ser admitida a trámite no significa necesariamente que ella sea apta para habilitar un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional. Especialmente cuando el cargo se basa en una posible vulneración del principio constitucional de igualdad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido una serie de requisitos cuya ausencia impide a la Corte pronunciarse de manera sustancial. Al respecto, ha dicho la Corte:

“...cuando se atribuye a una norma la posible violación del principio de igualdad, no es suficiente una argumentación que se limite a afirmar que la disposición acusada establece un trato discriminatorio contrario al artículo 13 de la Carta. Para que el demandante estructure adecuadamente el cargo, salvo que se trate de alguno de los criterios sospechosos señalados expresamente por la norma (sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, entre otros) debe constatar que efectivamente dos o más grupos de personas están recibiendo un tratamiento diferenciado, ya sea porque la ley acusada da un trato diferente a situaciones

que deben recibir el mismo trato o porque la ley cuestionada da el mismo trato a situaciones que deberían recibir un tratamiento diferenciado, e indicar las razones por las cuales se considera discriminatoria tal situación. Se requiere, en consecuencia, que en el caso concreto se establezca claramente (i) entre quiénes se está dando un trato diferenciado, (ii) en qué sentido o en virtud de qué actuación se da esa diferenciación, y (iii) con base en qué criterios...”<sup>7</sup>

3.3. Son múltiples las sentencias en las que la Corte ha reiterado estas exigencias mínimas de las demandas basadas en posible vulneración del artículo 13 superior. Así, por ejemplo, se ha dicho que la demanda “debe suministrar un principio mínimo o indicativo de respuesta a tres preguntas básicas indispensables para garantizar un debate racional en sede judicial de constitucionalidad: ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio?”<sup>8</sup><sup>9</sup>; que “no es suficiente afirmar que existe un trato diferenciado sino que es ineludible, para estructurar un verdadero cargo de inconstitucionalidad, que el actor precise cuáles son los grupos, regímenes jurídicos<sup>10</sup> o situaciones que se comparan<sup>11</sup>, la diferencia de trato establecida en las normas demandadas y las razones por las cuales considera que se debió dar un tratamiento diferente al grupo presuntamente afectado.”<sup>12</sup>; y que “por la naturaleza relacional del juicio de igualdad, es necesario que se precise con claridad, suficiencia, pertinencia, especificidad y certeza cuáles son los sujetos cuyo cotejo se propone, cuál es el criterio de comparación escogido y cuáles son las razones por las que se acudió al mismo. De igual manera, si se tiene en cuenta que la correcta interpretación del principio de igualdad no supone la prohibición de la diferencia sino el reproche a la discriminación, al demandante no sólo corresponde presentar argumentos para demostrar que la ley estableció el trato diferente a dos supuestos fácticos iguales, sino que dicho trato no tiene una justificación razonable, proporcional y suficiente que lo autorice”<sup>13</sup>.

La Sentencia C-613 de 2009, en la que hubo inhibición para pronunciarse de fondo sobre una demanda contra una norma que en materia de servidumbres petroleras restringía la validez de los avalúos a aquellos proferidos por miembros de la lonja local de propiedad raíz, sintetizó así la jurisprudencia de la Corte en materia de requisitos de las demandas por vulneración del principio de igualdad:

“Así pues, toda demanda de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad debe, por lo menos, indicar (i) “con claridad los grupos involucrados, (ii) el trato introducido por las

normas demandadas que genera la vulneración del derecho a la igualdad y (iii) qué justifica dar un tratamiento distinto al contenido en las normas acusadas”,<sup>14</sup> toda vez que “la realización de la igualdad no le impone al legislador la obligación de otorgar a todos los sujetos el mismo tratamiento jurídico, ya que no todos se encuentran bajo situaciones fácticas similares ni gozan de las mismas condiciones o prerrogativas personales e institucionales.”<sup>15</sup> Cuando las demandas no cumplen tales requisitos, corresponde a la Corte inhibirse para pronunciarse de fondo.<sup>16</sup> 17

3.4.1. En primer lugar, si bien en la demanda se enuncian en términos genéricos los dos grupos a comparar -empleados públicos del orden nacional, por un lado, y empleados públicos del orden territorial, por el otro-, no se determinan con exactitud cuáles son los grupos específicos cuyo aparente trato diferenciado genera una inconstitucionalidad. El Decreto demandado se refiere a los empleados de varias entidades del orden nacional -ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales-, que constituyen a su vez subcategorías no exhaustivas dentro del universo de los empleados públicos del orden nacional; y, de otra parte, como ya se explicó, el propio Decreto excluye explícitamente de sus disposiciones, en su artículo 104, a otras importantes subcategorías de empleados públicos del orden nacional.<sup>18</sup> La demanda no precisa respecto de cuál de estas categorías parte la comparación. La omisión es más evidente aún respecto del otro grupo genérico al que se alude en la demanda, el de los empleados del orden territorial. En la demanda no se precisa si la comparación se refiere a los empleados de los municipios, de los departamentos, de los distritos, de otro tipo de entidades territoriales, o de todos ellos en general. Tampoco hace distinciones al interior de las entidades territoriales, en las cuales también existen distintos tipos de entidades, y por ende, distintos regímenes. No es claro, por ejemplo, si la comparación que propone la demanda se refiere a los sectores centrales de las distintas entidades territoriales, o si también cabe la comparación respecto de los empleados de las entidades descentralizadas del orden territorial. Encuentra la Corte que la sola delimitación de los grupos a partir de los cuales debe hacerse la comparación para efectos del examen de igualdad, es genérica e imprecisa.

3.4.2. En segundo lugar, si bien la demanda afirma que la no extensión de ciertos factores salariales contenidos en el Decreto demandado a los empleados territoriales es lo que genera la vulneración del principio de igualdad, no hay esfuerzo visible de justificación o

sustentación de dicha afirmación. De la transcripción íntegra del concepto de violación contenido en la demanda, hecha al comienzo de este acápite, se concluye que el demandante afirma, pero no sustenta, que tal diferenciación es injustificada. En el presente caso, la carga argumentativa que le correspondía asumir al demandante era particularmente fuerte, pues la distinción entre empleados públicos del orden territorial y empleados públicos del orden nacional emana de la propia Constitución.

3.3. En la demanda no se plantea una argumentación apta para sustentar el carácter discriminatorio o violatorio del principio de igualdad del acápite demandado. Revisada íntegramente la demanda, sólo se encuentran como intentos de argumentación, las siguientes expresiones: (i) “El Gobierno Nacional equiparó el régimen prestacional de los empleados públicos territoriales con el de sus pares del orden nacional, darles un mismo tratamiento prestacional, pues no existían ni existen, razones de peso para hacer tal distinción, y en consecuencia, tampoco existirían razones para mantener la diferenciación existente entre sus regímenes salariales”<sup>19</sup>; (ii) “Considero que, al tenor de lo establecido en el artículo 13 de la Constitución Política de 1991, -Derecho a la igualdad-, el aparte “del orden nacional” incluido en el artículo primero del Decreto Ley 1042 de 1978, es completamente contrario a los postulados constitucionales, ya que establece y reconoce ciertos factores salariales única y exclusivamente para empleados del orden nacional y excluye de manera injustificada a los empleados del orden territorial”<sup>20</sup>. El resto de la demanda, como ya se explicó, se ocupa de enunciar los factores salariales que a juicio del demandante deben extenderse al orden territorial, a la evolución normativa que algunos de ellos han tenido, y a transcribir los apartes de sentencias del Consejo de Estado sobre el tema.

Esta ausencia de argumentación específica para plantear el cargo de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad, obliga a la Corte a inhibirse de proferir un pronunciamiento de fondo, en aplicación de la reiterada y pacífica línea jurisprudencial que se ha expuesto.

3.4. Finalmente, es necesario reiterar que un fallo inhibitorio como este no hace tránsito a cosa juzgada constitucional, y por lo tanto no afecta el carácter público que tiene la acción pública de inconstitucionalidad. Al respecto, ha dicho la Corte:

“Debe aclarar la Corte que la inhibición para emitir un pronunciamiento de fondo sobre este cargo, no tiene como propósito limitar ilegítimamente el derecho ciudadano a interponer acciones en defensa de la Constitución. A diferencia de un pronunciamiento de fondo, la inhibición no protege a las normas enjuiciadas con la cosa juzgada constitucional. Por ese motivo, el mismo ciudadano u otro distinto puede demandar, en el futuro, las mismas disposiciones, si se cumplen los demás requisitos constitucionales y legales para ello. Por lo que la inhibición puede resultar, desde ese punto de vista, aún más provechosa para quien persigue una defensa de la Constitución, que un pronunciamiento de fondo instado por argumentos superfluos o deleznable. Un pronunciamiento expreso de la Corte Constitucional, que le señale al ciudadano las falencias de sus cuestionamientos, persigue hacia el futuro, brindarle “la oportunidad para invocar razones constitucionales suficientes que hagan ineludible un estudio material.”<sup>21</sup> 22

### III: DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

Declararse INHIBIDA, para emitir pronunciamiento de fondo respecto del cargo formulado contra la expresión “del orden nacional”, contenida en el artículo 1º del Decreto Ley 1042 de 1978, por ineptitud sustancial de la demanda.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-101 DE 2011 DEL MAGISTRADO LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Referencia.: expediente: D-8187

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º (parcial) de la Ley 1042 de 1978

Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Con el debido respeto por las decisiones de esta Corte, me permito salvar mi voto al presente fallo, en el cual esta Corporación decide declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda. Las razones de mi disenso son las siguientes:

1. En el libelo del presente proceso de constitucionalidad se demanda la expresión “del orden nacional” contenida en el artículo 1º del Decreto-Ley 1042 de 1978, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente mediante la Ley 5 de 1978, por vulneración del principio y derecho a la igualdad –art. 13 superior-.

Frente a la expresión normativa acusada, el actor considera que esta expresión vulnera la igualdad, en razón a que al determinar el ámbito de aplicación de la ley para los empleados públicos del orden nacional, la norma establece presuntamente una discriminación injustificada respecto de los empleados públicos del orden territorial, a los cuales se les deja de aplicar factores salariales –contenidos en el art- 42 de la misma normativa-, tales como los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados, y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión, factores que sí se les aplica a los empleados del nivel nacional, creando en criterio del libelista una desigualdad respecto de los empleados del nivel territorial.

2. Para justificar la decisión inhibitoria en esta sentencia se aduce que la demanda no cumple con los requisitos para configurar un cargo por violación de la igualdad, por cuanto no fija (i) los grupos semejantes o análogos respecto de los cuales se considera que existe un trato diferenciado; (ii) afirma pero no justifica porqué el trato diferenciado configura una discriminación o un trato diferente injustificado. Y (iii) considera que la carga argumentativa no se cumple y no se plantea una argumentación apta para sustentar el carácter discriminatorio o violatorio del principio de igualdad.

3. En forma contraria a lo argumentado en la presente demanda, considero que en este caso sí existe cargo de inconstitucionalidad, en razón a que el demandante cumple tanto con los

requisitos formales contenidos en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, como con los requisitos sustanciales fijados por la jurisprudencia de esta Corte acerca de la claridad, certeza, pertinencia y suficiencia para que existan verdaderos cargos de inconstitucionalidad. Adicionalmente, en criterio de este magistrado, la demanda cumple igualmente con los requisitos específicos para que exista cargo de constitucionalidad por violación del derecho a la igualdad -art.13 C.P.-, ya que llena (i) el requisito mínimo de despertar duda acerca de la constitucionalidad de la expresión demandada; (ii) las exigencias específicas cuando se trata de un cargo por igualdad, relativas a la identificación de los grupos poblaciones análogos o semejantes frente a los cuales se presenta un tratamiento diferenciado, en este caso, los empleados públicos de carácter nacional y territorial; y finalmente (iii) la misma normativa define de qué empleos se está tratando.

Por lo anterior, considero que no le asiste razón al presente fallo al afirmar que actor debió especificar de qué cargos o empleos se trata, y también de decir en qué consiste el tratamiento diferente injustificado o discriminatorio, que el actor explica, se refiere al tratamiento desigual en cuanto a factores de salario que se reconocen a unos empleados públicos del orden nacional, mientras que no se reconocen a los empleados del orden territorial.

4. Ahora bien, otro asunto diferente es si al entrar esta Corte a realizar un análisis de fondo del problema jurídico de orden constitucional que plantea el libelo, el cargo debía prosperar o no, por cuanto la Corte cuenta con una amplia y reiterada jurisprudencia acerca de los regímenes diferentes que le corresponden a los empleados públicos del orden nacional y del orden territorial, los cuales son además regulados por órganos legislativos distintos, en el caso del primero, por el Congreso y, en el caso del segundo, por las entidades territoriales. Sin embargo, independiente del análisis constitucional que correspondiera en este caso, se considera que sí existe cargo y que por tanto esta Corte debió entrar a pronunciarse de fondo.

5. De conformidad con lo expuesto, a juicio de este magistrado, la Corte tiene una tendencia cada vez más marcada a inhibirse y a profundizar las exigencias de fondo para la configuración de cargos de inconstitucionalidad, especialmente en lo referente al cargo por violación de la igualdad, lo cual va en contravía de la naturaleza propia de acción pública de las demandas ciudadanas de inconstitucionalidad, que en nuestro sistema mixto, no son

presentadas por actores calificados sino por simples ciudadanos, respecto de los cuales no es exigible una carga argumentativa elevada, sino por el contrario una argumentación mínima que logre despertar la duda del juez constitucional acerca de la exequibilidad de las normas demandadas. En este caso, se reitera que en nuestro criterio el ciudadano cumplió con esa carga mínima referida a los requisitos formales y sustanciales para que existan verdaderos cargos de constitucionalidad.

Con fundamento en lo anterior, salvo mi voto a esta providencia judicial.

Fecha ut supra.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

1 Artículo 13, C.P.: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

2 El 31 de agosto de 2010, Sintraestatales hizo llegar otra comunicación a la Corte en la que pide que “se tengan como elementos de juicio para el proceso, los esbozados en su momento por el suscrito presidente nacional y otros demandantes, en los expedientes: D0007590, D0007390 y D0007694.” Estas tres demandas acusaban la inconstitucionalidad de distintos apartes del Decreto 1042 de 1978, aquí demandado, pero en su momento fueron rechazadas, por cuanto los demandantes no corrigieron en tiempo con posterioridad a la inadmisión inicial de la que fueron objeto.

3 El concepto del Ministerio de Protección Social está firmado por Eleazar Falla López, apoderado.

4 El Gobernador del Departamento del Quindío es Julio Cesar López Espinosa.

5 Concepto 5020 del 21 de septiembre de 2010.

6 Diario Oficial No 34.990, de 10 de abril de 1978

7 Sentencia C-805/09. En esta sentencia, la Corte se inhibió de fallar una demanda en la que se alegaba que la norma creadora de la licencia por luto violaba el principio de igualdad, al no ser extensiva a los empleados públicos.

8 Tres preguntas básicas indispensables, que deben ser resueltas por la Corte Constitucional para resolver un cargo por violación del principio de igualdad. Véanse las Sentencias C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Pero la Corte Constitucional sólo puede admitir y resolver de fondo una demanda, si el demandante delimita adecuadamente su cargo, por la vía de ofrecer un principio de respuesta mínimo a esos tres interrogantes.

9 Sentencia C-714/09. La Corte se abstuvo de hacer pronunciamiento de fondo sobre una demanda que alegaba que era discriminatorio que una exención tributaria sólo se aplicara a inversiones realizadas sobre activos fijos reales productivos.

10 Sentencia C-1125 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

11 Por cuanto el derecho a la igualdad es de contenido relacional y porque "...bajo el presupuesto de que prima facie todas las personas son iguales ante la ley, no se puede concluir que el legislador tiene prohibido tener en cuenta criterios de diferenciación para proveer un trato especial frente a situaciones que en esencia no son iguales; entonces, si frente a diferencias relevantes los sujetos en comparación no son iguales, son susceptibles de recibir un trato diferente siempre que exista una justificación constitucional y la medida no sea desproporcionada". C-258 de 2008. Además ha dicho la Corte que "la realización de la igualdad no le impone al legislador la obligación de otorgar a todos los sujetos el mismo tratamiento jurídico, ya que no todos se encuentran bajo situaciones fácticas similares ni gozan de las mismas condiciones o prerrogativas personales e institucionales". C-1115 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

12 Sentencia C-681/09, en la que se demandaba la posible discriminación originada en la imposición de una carga parafiscal a los vendedores de juegos de suerte y azar,

13 C-667/09, en la que los demandantes consideraban que una norma del Código de Procedimiento Civil vulneraba el artículo 13 de la Constitución. En este, como en los demás casos citados, la Corte se inhibió de hacer pronunciamiento de fondo.

14 Corte Constitucional, sentencia C-913 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

15 Corte Constitucional, sentencia C-1115 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil).

16 Siguiendo lo dispuesto, entre otras, en las sentencias C-913 y C-1115 de 2004, además de las ya citadas en el aparte 2.4.2. de las consideraciones de esta sentencia, puede verse la sentencia C-1195 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) en la que la Corte resolvió inhibirse “para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las expresiones ‘en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción’ y ‘diputados’, contenidas en el numeral 1 del artículo 39 de la Ley 734 de 2002 así como sobre el literal b, del numeral 1 del mismo artículo.” La Corte consideró que el demandante había planteado dos argumentos fundados en el derecho a la igualdad; uno comparaba a los diputados con otros funcionarios y el segundo comparaba a los diputados con los demás abogados. Sin embargo, sostuvo que el demandante no sustentó “por qué los diputados debían ser tratados de manera diferente a los demás funcionarios del departamento, pero igual a los abogados particulares”.

17 Entre las múltiples sentencias recientes en las que se han aplicado estas exigencias, pueden consultarse la C-55/05, C-507/06, C-402/07, C-545/07, C-1086/08, C-244/09, C-246/09, C-308/09, C-351/09, C-427/09, C-487/09 y C-508/09.

18 Empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestan servicios en el exterior; personal docente de los distintos organismos de la rama ejecutiva; empleados de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración legalmente aprobados; personal de las fuerzas militares y empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional; personal de la policía nacional y empleados civiles al servicio de la misma; empleados del sector técnico aeronáutico del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil; empleados del Departamento Nacional de Planeación.

19 Pg. 4. Demanda. Expediente D-8187.

20 Pgs 4 y 5. Demanda. Expediente D-8187

21 Sentencia C-447 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

22 Sentencia C-714/09