

Honorables
MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL
E.S.D.

Referencia: Demanda de inconstitucionalidad contra el literal a) (parcial) del artículo 33 del Decreto Ley 1045 de 1978.

Fredy Quintero Blanco, identificado con la C.C. 91.255.506, mayor de edad y vecino de la ciudad de Bucaramanga, identificado con la cédula de ciudadanía N° me dirijo a ustedes en uso de nuestros derechos y deberes consagrados en los numerales 6° del artículo 40, 7° del artículo 95, 4° del artículo 241 y 1° del artículo 242 de la Constitución Política de 1991, con el fin de interponer **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD** en contra del literal a) (parcial) del artículo 33 del Decreto Ley 1045 de 1978¹ por la violación de los artículos **13** y **53** de la Constitución Política, y en forma subsidiaria, contra el referido artículo 33, en forma integral, por haber incurrido en omisión legislativa relativa. A continuación, se transcribe la norma, subrayando los apartes acusados en forma parcial.

2. NORMA DEMANDADA

“DECRETO 1045 DE 1978

(junio 07)

Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional

ARTICULO 33. DE LOS FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDAR LA PRIMA DE NAVIDAD. *Para el reconocimiento y pago de la prima de Navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:*

- a. La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;*
- b. Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del decreto-ley 1042 de 1978;*
- c. Los gastos de representación;*
- d. La prima técnica;*
- e. Los auxilios de alimentación y de transporte;*
- f. La prima de servicios y la de vacaciones;*
- g. La bonificación por servicios prestados”.*

¹ Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional

3. NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

Artículo 13. 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 promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

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.

Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

4. PRETENSIONES

Con la demanda busco una pretensión principal, que consiste en la inconstitucionalidad de los apartes demandados, con el fin de que, al desaparecer las señaladas palabras, cambie el sentido normativo del texto legal.

En caso de que a la Corte Constitucional le parezca incorrecto ese remedio constitucional, formulo como pretensión subsidiaria, que se declare la exequibilidad condicionada de los apartes demandados.

Pretensión principal de inexecutable:

Que se declare la inconstitucionalidad de la expresión “básica (...) señalada para el respectivo cargo” contenida en el literal a) del artículo 33 del Decreto Ley 1045 de 1978,

porque dichas palabras son las excluyen, como factores salariales para la liquidación de la prima de navidad de los empleados públicos, el trabajo suplementario, el trabajo realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

Pretensión subsidiaria de exequibilidad condicionada

Que se declare la exequibilidad condicionada de la expresión “básica (...) señalada para el respectivo cargo” contenida en le literal a) del artículo 33 del Decreto Ley 1045 de 1978, en el entendido que deben incluirse como factores salariales para el cálculo de la prima de navidad, las remuneraciones salariales mensuales que conforman el salario variable, tales como lo que el trabajador percibe por trabajo suplementario, por el trabajo realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

Para lograr la pretensión principal de inconstitucionalidad, o la pretensión subsidiaria, formularé tres cargos de inconstitucionalidad.

El primer cargo, que surge de la oposición entre el aparte “*remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo*” contenido en el artículo 53 de la constitución y la norma demandada.

El segundo, que nace de la oposición entre principio “*a trabajo igual, salario igual*” derivado de los artículos 53 y 13 de la Constitución Política; y la norma demandada.

El tercero, aparece como consecuencia de una omisión legislativa relativa, en la norma demandada, porque el Legislador omitió incluir como factores salariales para la liquidación de la prima de navidad de los empleados públicos, el trabajo suplementario, el trabajo realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, de conformidad con el mandato expreso del legislador, previsto artículo 53 de la Constitución Política, según el cual, el legislador fijar la remuneración en forma proporcional a la cantidad de trabajo.

5. CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

5.1 PRIMER CARGO: La expresión demandada desconoce el artículo 53 de la Constitución, según el cual la remuneración de los trabajadores debe ser “**proporcional a la cantidad y calidad de trabajo**” (subrayado por fuera del original).

5.1.1 Alcance y contenido de la norma acusada (para acreditar la certeza de los cargos)

El artículo 5 del Decreto 1045 de 1978 prevé las prestaciones sociales a las que tendrán derecho algunos de los funcionarios públicos del nivel central², tal y como lo indican los artículos 1 y 2 de ese Decreto Ley. Como nota al margen, debe referirse que ese mismo

² De los artículos 1 y 2 del Decreto Ley 1045 de 1978 se establece que la disposición acusada aplica a la Presidencia de la República, Los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales”.

régimen normativo se extiende a los funcionarios del nivel territorial, por cuenta del artículo 1° del Decreto 1919 de 2002³.

Dentro de las prestaciones previstas en el referido artículo 5, se encuentra la prima de navidad, la cual está definida en el artículo 32 de ese mismo Decreto Ley:

“ARTÍCULO 32. De la prima de Navidad. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de una prima de Navidad.

Respecto de quienes por disposición legal o convencional no tengan establecido otra cosa, esta prima será equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado el treinta a noviembre de cada año. La prima se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.

Cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante todo el año civil, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo laborado, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable”.

De otro lado, el artículo 33 (norma demandada en esta oportunidad) precisa los factores del salario que se tendrán en cuenta para liquidar la referida prima de navidad:

“ARTÍCULO 33. De los factores de salario para liquidar la prima de navidad. Para el reconocimiento y pago de la prima de navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;

b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;

c) Los gastos de representación;

d) La prima técnica;

e) Los auxilios de alimentación y transporte;

³ El artículo 1° del Decreto 1919 de 2002 prevé que “todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional”

f) *La prima de servicios y la de vacaciones;*

g) *La bonificación por servicios prestados”. (subrayado por fuera del original).*

Como puede concluirse del artículo transcrito, el Legislador extraordinario estableció un listado taxativo de los factores salariales que se tomarían en cuenta para la liquidación de la prima de navidad y, por oposición, se entiende que los factores no incluidos, no harían parte del salario tomado en cuenta para su liquidación.

De todos los factores incluidos para liquidar la prima, el literal a) del artículo 33 (norma demandada), es el aparte que hace referencia al salario mensualmente devengado por el empleado público. En este, el Legislador extraordinario únicamente incluyó como factor salarial para liquidar la prima de navidad la asignación básica mensual prevista para el cargo y no los demás conceptos que el empleado público puede devengar en forma mensual, como contraprestación directa de su trabajo, en aquellos casos en los que el empleado devenga un salario variable.

Para aclarar que la expresión “asignación básica mensual” es excluyente de los componentes que pueden integrar el salario variable, tales como el trabajo suplementario, el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, debe acudirse al artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, norma que describe los componentes salariales que conforman el pago mensual de un empleado público. Así mismo, debe acudirse a los artículos 34 a 40 de ese mismo Decreto Ley, que precisan los conceptos que pueden devengarse por trabajo suplementario, trabajo realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, que claramente corresponden a remuneraciones diferentes y adicionales a la asignación básica mensual.

El artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978 señala:

“ARTICULO 42. DE OTROS FACTORES DE SALARIO. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios”.

Tal disposición permite determinar que el salario de los funcionarios públicos está conformado por tres conceptos diferentes *i*) la “asignación básica mensual”, *ii*) el trabajo suplementario, el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio y *iii*) las demás sumas que reciba periódicamente como retribución al empleo.

Esa distinción no demerita como salario a ninguno de tales tres componentes, pues justamente el artículo 42 transcrito reconoce que todos esos son factores que integran el salario; lo que se quiere decir es que, al ser factores diferenciados legislativamente, su

existencia como factores diferenciados permite establecer regulaciones concretas dirigidas sólo alguna de ellas, cuando le legislador señala que una cierta disposición se refiere exclusivamente a *i*) la asignación mensual, a *ii*) las sumas complementarias por el trabajo extra, nocturno o en días de descanso o a *iii*) las demás sumas que se reciben habitualmente constituyen tres partes diferentes que conforman un todo: el salario.

De la misma manera, en los decretos anuales de aumento salarial, expedidos por el Gobierno Nacional, se verifica la precitada distinción entre la asignación básica mensual y los demás componentes que podrían conformar el salario. Por ejemplo, para el año 2022, el artículo 2° del Decreto 473 de 2022 fijó la *asignación básica mensual* para los empleados públicos y para el año 2023, lo hizo el artículo 2 del Decreto 905 de 2023.

De otro lado, los artículos el Decreto 1042 de 1978 establece que el empleado público puede devengar por concepto de recargo nocturno (artículos 34 y 35), horas extras (artículo 36), horas extras nocturnas (artículo 37), recargos por trabajo dominical o en días festivos (artículos 39 y 40). Todos estos factores, según la distinción referida, si bien hacen parte del salario, no hacen parte de la asignación básica mensual. Razón por la cual, se encuentran excluidos como conceptos para liquidar la prima de navidad, cuya liquidación se hace exclusivamente con la asignación básica mensual, conforme a la norma acusada.

Finalmente, para no dejar duda sobre la certeza de la exclusión del trabajo suplementario, el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio como factores para liquidar la prima de navidad, puede confrontarse la norma demandada con la redacción del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. Cuando esa norma establece los factores salariales para la liquidación de las cesantías se indica que, las cesantías se liquidarán con: “(...) a. *La asignación básica mensual*; (...) c. *Los dominicales y feriados*; (...) d. *Las horas extras*”. Razón por la cual, se evidencia que existe distinción entre la “asignación básica mensual” y los demás componentes del salario, a pesar de que todo constituye salario.

En suma, cuando el Legislador extraordinario, en la norma demandada se refirió privativamente a la **asignación básica para el cargo** dejó de lado los otros elementos que en forma directa conforman el salario, como el trabajo suplementario, el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

Ahora bien, a pesar de que el régimen salarial que se comenta prevé como factores salariales lo que se devengaría por trabajo suplementario, por el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, tales remuneraciones no son una prestación universal para todos los empleados que se rigen por el Decreto Ley 1045 de 1978. Por el contrario, el ordenamiento jurídico restringe los funcionarios públicos que pueden devengar esos conceptos. Los Artículos 36 a 40 del Decreto Ley 1042 de 1978, en concordancia con los decretos anuales de aumento salarial (para el año 2023 el artículo 14 del Decreto 905 de 2023) precisa cuáles empleados públicos pueden devengar esos factores y en qué condiciones. Por ejemplo, el artículo 14 del Decreto 473 de 2022 (decreto salarial anual que complementa el contenido referido en el Decreto Ley 1042 de 1978), precisa que:

“Para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar, de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19.

Los Secretarios Ejecutivos del despacho de los Ministros, Viceministros, Directores y Subdirectores de Departamento Administrativo y los Secretarios Ejecutivos de Grado 20 en adelante que desempeñen sus funciones en los Despachos de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, Viceministros y Subdirectores de Departamento Administrativo, Secretarías Generales de Ministerios y Departamento Administrativo, tendrán derecho a devengar horas extras, dominicales y días festivos, siempre y cuando laboren en jornadas superiores a cuarenta y cuatro (44) horas semanales.

En los Despachos antes señalados sólo se podrán reconocer horas extras máximo a dos (2) Secretarios, a los que se refiere el inciso anterior.

PARÁGRAFO 1. Los empleados públicos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación que tengan la obligación de participar en trabajos ordenados para la preparación y elaboración del presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones, su liquidación y demás labores anexas al cierre e iniciación de cada vigencia fiscal, podrán devengar horas extras, dominicales y festivos, siempre y cuando estén comprendidos en los niveles asistencial, técnico y profesional. En ningún caso podrá pagarse mensualmente por el total de horas extras, dominicales y festivos más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración mensual de cada funcionario.

PARÁGRAFO 2. El límite para el pago de horas extras mensuales a los empleados públicos que desempeñen el cargo de conductor mecánico en las entidades a que se refiere el presente título, será de cien (100) horas extras mensuales.

En todo caso la autorización para laborar en horas extras sólo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal”.

Lo anterior se señala para contextualizar los cargos que se expondrán, pues **la limitación de incluir los recargos del salario variable como factor salarial para liquidar la prima de navidad no afecta a todos los servidores públicos, sino solo a aquellos que pueden devengarlas**, y tal y como se evidencia, los funcionarios que pueden devengar tales recargos **son aquellos que se encuentran en los eslabones más bajos de la escala salarial**. En otras palabras, la exclusión no afecta a los trabajadores con mejores ingresos, sino a aquellos que se encuentran en los escalones más bajos de la escala salarial.

Igualmente, debe resaltarse que tales recargos no son fruto del capricho del empleador ni del empleado y ni siquiera son fruto de un acuerdo libre y espontáneo, sino que únicamente pueden darse cuando es necesario por “razones especiales del servicio” como lo precisa el primer inciso del artículo 36 del Decreto Ley 1042 de 1978 y sólo cuando así se ordene en forma previa, por escrito y por resolución motivada, como lo ordenan los literales b) y c) del artículo 36 del Decreto Ley 1042 de 1978 y los artículos 37 y siguientes que se remiten a esas mismas condiciones.

En suma, el trabajo suplementario, el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio son emolumentos previstos para los empleados públicos de menor jerarquía, e implican una alteración de sus condiciones ordinarias de jornada o de descanso, como consecuencia de la subordinación y las necesidades especiales del servicio, cuando existe disponibilidad presupuestal para tal fin.

En conclusión, con la norma demandada, el legislador **excluyó** el trabajo suplementario, el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio como factores para liquidar la prima de navidad, a pesar de que se trata de factores salariales en estricto sentido, que son la consecuencia de alterar intensamente la jornada o el descanso de los empleados públicos de menor jerarquía, como consecuencia de un acto de subordinación, por necesidades especiales del servicio. Es decir, la exclusión de esos factores tiene un destinatario objetivo, que es al que le afecta y que corresponde con los servidores públicos de menor jerarquía.

5.1.2 El parámetro constitucional del cargo (para acreditar la pertinencia de los cargos):

El artículo 53 de la constitución prevé lo siguiente:

“Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La Ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad” (*subrayado por fuera del original*).

En el aparte subrayado, la Constitución prevé la existencia de un principio de proporcionalidad entre dos factores: *i) la remuneración* o los emolumentos **recibidos por**

el trabajador y ii) la cantidad y calidad del trabajo. Debe resaltarse que el texto constitucional utiliza la palabra “**remuneración**”, expresión que no está definida en la norma superior.

Como la Constitución utiliza la palabra **remuneración** *prima facie* ese principio de **pago proporcional** es un mandato de optimización para todos los emolumentos recibidos por el trabajador, es decir, todos los pagos que sean frutos del trabajo como el salario, las primas, etc.

Esto no quiere decir que esa norma, **con forma de principio**, aplique necesariamente con igual intensidad a todos los pagos que se puedan derivar de la relación laboral, pues justamente, por su forma de principio, deberá aplicarse en forma más estricta a aquellos componentes de la remuneración que deban entenderse como irrenunciables o relacionados estrechamente con el mínimo vital y móvil y, en cambio, con más flexibilidad a otros componentes que conforman la remuneración. Por tal razón, en este caso, debe evaluarse con qué intensidad debe aplicar ese principio de proporcionalidad entre los componentes que conforman el salario variable y la prima de navidad.

Como la Constitución no tiene una definición de remuneración, para poder establecer la intensidad del principio de proporcionalidad para este caso, es necesario acudir a las definiciones constitucionales relacionadas con las remuneraciones, es decir, el salario y las prestaciones sociales.

En Sentencia C-081 de 1996, al referirse al salario, la Corte Constitucional manifestó que:

“la Constitución brinda una especial protección al trabajo y al salario, pero no consagra una definición de salario, por lo cual el Legislador conserva una cierta libertad para establecer qué componentes constituyen o no salario. Sin embargo, esta libertad es relativa pues las definiciones legislativas no sólo deben respetar los principios constitucionales generales, sino que la Carta precisa algunos elementos estructurales constitutivos de la noción de salario, con el fin de fortalecer la protección al trabajo, valor y principio fundante del Estado colombiano. Así la Constitución señala que las condiciones de trabajo deben ser dignas y justas, lo cual implica una cierta noción constitucional de salario justo, pues sólo es digno aquel trabajo que permite a la persona vivir dignamente. Igualmente, la Carta precisa que la remuneración debe ser móvil y vital, así como proporcional a la cantidad y calidad del trabajo. Esto significa, tal y como lo ha establecido esta Corporación, que debe existir una equivalencia entre el salario y la prestación del servicio” (subrayado por fuera del original).

En la Sentencia C-521 de 1995, la Corte Constitucional se refirió a los efectos que tenía la falta de una definición constitucional de salario, en la liquidación de las prestaciones sociales y los límites del legislador en esta materia. Lo que resulta más relevante es que, en este precedente, la Corte Constitucional aclaró que el principio de proporcionalidad de

la remuneración con la cantidad y calidad de trabajo es uno de los límites del legislador en la determinación de la forma como se liquidan las prestaciones sociales:

“La Constitución no ha señalado reglas expresas y precisas que permitan definir el concepto de salario, los elementos que lo integran ni sus efectos en la liquidación de prestaciones sociales. Por consiguiente, dichos aspectos corresponden a una materia que debe ser regulada por el legislador dentro de los criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, como se expresó en la sentencia C-470/95, que necesariamente deben consultar los principios básicos que aquélla contiene, como son, entre otros, la igualdad, la garantía de una remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, y la primacía de la realidad sobre la formalidad” (subrayado por fuera del original).

Un ejemplo concreto en el que la Corte Constitucional aplicó la regla de **proporcionalidad entre la remuneración y la calidad y cantidad del trabajo, a una prestación social del sector público**, es la Sentencia C-100 de 1996. En esa oportunidad, la Corte Constitucional juzgó la prima técnica de la Contraloría, que según el artículo 113 de la Ley 106 de 1993, es una prestación social. Se resalta, lo relevante es que en ese precedente la Corte Constitucional aplicó el principio de la **proporcionalidad entre la remuneración y la calidad y cantidad de trabajo** para determinar la constitucionalidad de la prestación social. En esa sentencia se señaló:

“3- Las primas técnicas son remuneraciones suplementarias que se conceden a determinados empleados, en razón a que tienen una formación altamente calificada, ya sea que ésta provenga de estudios especializados o de la adquisición de una importante experiencia profesional o técnica. (...). Por ello la Corte considera que el principio constitucional “a salario igual trabajo igual” no es en manera alguna incompatible con el reconocimiento de esas primas técnicas, pues la propia Constitución señala que uno de los factores para fijar la remuneración del trabajo es la “calidad” del mismo, la cual se encuentra relacionada precisamente con la formación especializada de ciertos trabajadores” (subrayados por fuera del original).

Por su parte, en la Sentencia C-492 de 2015, la Corte Constitucional señaló que, pese a la falta de una definición de salario, los límites a la definición de **la remuneración** (en general) son la proporcionalidad con la cantidad y calidad de trabajo, así como el mínimo vital y móvil:

“La jurisprudencia ha sostenido que la Constitución “no consagra una definición de salario”. Sí se consagra una, en cambio, en el Convenio 95 de la OIT, relativo a la protección del salario, aprobado mediante la Ley 54 de 1992. Pero tanto en el texto constitucional como en el del Convenio referido se establece una protección especial a la remuneración que compensa al trabajador por los servicios personales que presta, en el ámbito laboral bajo subordinación, pues dice que toda persona tiene

derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas (CP art 25), y que la remuneración no puede ser inferior a la “mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo” (CP art 53), lo cual indica que la contraprestación necesaria para satisfacer estos estándares es obligatoria e irrenunciable. [...].

29. En lo que atañe a las prestaciones sociales y otras prestaciones de carácter laboral, la Constitución no consagra tampoco una definición estricta. Sin embargo, la legislación laboral prevé el derecho del trabajador a recibir ciertas prestaciones sociales, cuya irrenunciabilidad se ha considerado como un mandato constitucional”.

Como se advierte en los extractos, la regla de proporcionalidad entre la **cantidad de trabajo** y las **remuneraciones** aplica para todas las remuneraciones, es decir, para los salarios y las prestaciones. En otras palabras, el margen de configuración del legislador para determinar la remuneración tiene la obligación de seguir una regla de proporcionalidad con **la cantidad del trabajo**.

Ahora bien, como el principio constitucional es la proporcionalidad entre la remuneración y la cantidad del trabajo, las exclusiones de **horas de trabajo efectivamente trabajadas** para liquidar las remuneraciones **entran en tensión con la regla constitucional** y para resolver si dicha tensión es constitucional o no, debe hacerse un juicio de proporcionalidad que evalúe la intensidad de la desproporción y las razones que la justifican.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que la regla de proporcionalidad también aplican al Legislador para fijar las remuneraciones de los empleados públicos. Por ejemplo, en la Sentencia T-369 de 2016 manifestó la Corte Constitucional:

“Independientemente de si la relación laboral se desarrolla en el sector público o privado, debe ser justa y digna por orden expresa de la Constitución, que en su artículo 25 dispone: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

Del segundo de estos requisitos –justicia– se desprende el principio “a trabajo igual, salario igual”. Éste corresponde a la obligación para el empleador de proporcionarles a sus trabajadores una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo”.

Más aún, este principio de proporcionalidad entre la remuneración y la cantidad y calidad del trabajo tiene una incidencia mayor en la definición del salario de los empleados públicos, ya que su remuneración es determinada directamente por una actuación conjunta entre el Legislador y el Gobierno, conforme lo indica el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, según el cual:

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los

objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...) e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública”.

En conclusión, una lectura textual y jurisprudencial del aparte “remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo” del artículo 53 de la Constitución, permite concluir lo siguiente:

- 1) Este principio se refiere a la “remuneración” en general, es decir, no está circunscrito o limitado a categorías específicas de la remuneración, como el salario o las prestaciones sociales.
- 2) Es un principio que rige la remuneración, tanto en el sector público como en el sector privado.
- 3) Como la remuneración debe ser proporcional a la cantidad del trabajo, las diferencias que surjan por la cantidad de trabajo laborado son jurídicamente relevantes para establecer diferencias proporcionales en la remuneración.
- 4) Cuando se encuentre que una remuneración desconoce la proporcionalidad, porque desecha elementos fáctica y jurídicamente relevantes, derivados de la cantidad del trabajo, estaríamos frente a una remuneración que *prima facie* sería inconstitucional.
- 5) Como el contenido constitucional presentado tiene forma de principio, para resolver la inconstitucionalidad advertida *prima facie*, debe realizarse un juicio de proporcionalidad que evalúe la intensidad de la desproporción y las razones que la justifican.

5.1.3 Confrontación normativa

l) La prima de navidad es una remuneración en los términos del artículo 53 de la Constitución.

Tal y como se precisó en el acápite anterior, el principio “*remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo*” aplica para todos los emolumentos recibidos por el trabajador, sin que sea dable restringirlo al salario o solo a ciertas prestaciones. Por tal razón, es una condición constitucional que aplica para el cálculo de la prima de navidad.

En todo caso, debe precisarse que en esta oportunidad la medida que se evalúa no es la exclusión del trabajo suplementario, del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, así, sin más, en forma general. La medida que realmente se evalúa es la exclusión de tales factores **para quienes pueden devengarlos en forma efectiva**, es decir, para aquellos empleados públicos que se encuentran en los peldaños más bajos del escalafón salarial, ya que la norma no afecta a quienes están en los peldaños superiores y, por eso, no pueden devengar salario por trabajo suplementario, por el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

Por tales razones, se concluye que la prima de navidad es una remuneración en los términos del artículo 53 de la Constitución la regla de proporcionalidad que debe aplicarse en este caso, y debe procederse a establecer la intensidad de la exclusión, como se verá en el siguiente punto.

II) La intensidad con la que debe aplicarse el principio de proporcionalidad entre la remuneración y la cantidad de trabajo es al menos de nivel intermedio.

Para determinar con qué intensidad debe aplicarse la proporcionalidad entre la remuneración y la cantidad de trabajo, para liquidar la prima de navidad, debe acudirse al menos a tres factores: a) la naturaleza de la prima de navidad, b) la naturaleza de los factores excluidos en esta oportunidad y c) los empleados sobre los que recae la exclusión de tales factores.

Por regla general, las prestaciones sociales se entienden como *“aquellas sumas destinadas a asumir los riesgos intrínsecos de la actividad laboral”* (Corte Constitucional, Sentencia C-892 de 2009). A partir de tal definición, la prima de navidad no parecería ser una prestación que respondiese al núcleo duro de las contingencias que atienden las prestaciones. Sin embargo, **en este caso sí existen al menos dos** factores por los cuales intensidad del juicio de proporcionalidad es al menos de **nivel intermedio**. Tales factores son i) el objeto excluido, pues los factores de salario variable como las horas extras, las horas nocturnas, los dominicales, etc. son factores que afectan de manera significativa o intensa la jornada de trabajo, los tiempos de descanso o la vida familiar y ii) los sujetos sobre los cuales recae la medida. Veamos.

Los factores excluidos para la liquidación de la prima de navidad, en esta oportunidad, están relacionados de manera **directa e intensa** con la **cantidad de trabajo laborada**, lo que corresponde al núcleo duro de protección previsto en el artículo 53 de la Constitución. Nótese que el trabajo suplementario, el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio son factores que surgen únicamente cuando el empleador, por un acto de subordinación, **afecta en forma intensa la jornada de trabajo o los tiempos de descanso** del trabajador, ya que sólo existen las horas extras, cuando el trabajador es obligado a superar la jornada ordinaria; solo existen los recargos nocturnos, cuando al empleador se le altera el tiempo ordinario de descanso diario, e incluso el ciclo natural del sueño. En sentido similar, sólo existen los recargos dominicales y feriados, cuando se impide al trabajador descansar en los tiempos ordinariamente previstos para tal fin. En otras palabras, como el trabajo suplementario, el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio son alteraciones intensas de los tiempos de descanso del trabajador, que surgen por la subordinación y las necesidades especiales del servicio y, como están directamente relacionados con la **cantidad de trabajo**, su exclusión como factores para determinar la proporcionalidad de las remuneraciones, debe evaluarse en forma relativamente intensa.

Sumado a lo anterior, la intensidad de la restricción a la proporcionalidad entre la remuneración y la cantidad de trabajo se agrava al constatar las personas sobre las que recae la limitación.

Como ya se ha indicado, el reconocimiento de trabajo suplementario, del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio no es una prestación universal para todos los empleados públicos a quienes les apliquen los Decretos 1042 de 1978, sino únicamente para los funcionarios del más bajo nivel jerárquico, como lo indica el Decreto 905 de 2023, y como ya se indicó en antecedencia.

De otro lado, según los Decretos Leyes 770 de 2005 y 785 de 2005 los empleos públicos se clasifican en:

4.1. Nivel Directivo, . Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos.

4.2. Nivel Asesor. Agrupa los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos de la alta dirección territorial.

4.3. Nivel Profesional. Agrupa los empleos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que según su complejidad y competencias exigidas les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales.

4.4. Nivel Técnico. Comprende los empleos cuyas funciones exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología.

4.5. Nivel Asistencial. Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores, o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución”.

Nótese entonces que el trabajo suplementario, el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio son factores salariales excluidos, en todos los casos, para los cargos de nivel directivo y de nivel asesor. En algunos pocos casos, están admitidas para funcionarios de nivel profesional, y principalmente recaen en el nivel técnico y el asistencial, e incluso en estos casos, solo para los niveles inferiores. Como la restricción legislativa tiene una destinación específica, que son los funcionarios de más bajo nivel, quienes son los únicos que pueden devengar tales conceptos, la restricción de la norma demandada,

debe ser evaluada en una forma más intensa que un simple escrutinio leve, pues su destinatario es elegido con fundamento en un criterio constitucionalmente censurable, ya que se trata de un tratamiento peyorativo en contra de los más débiles de un grupo.

En suma, como el legislador decidió alterar la proporcionalidad de la remuneración en la prima de navidad, excluyendo los factores salariales que se derivan de la alteración intensa y subordinada de la jornada y el descanso y, como esa restricción recae específicamente en los empleados de menor grado y remuneración, las razones necesarias para poder justificar la proporcionalidad de la medida al menos deberían ser de nivel intermedio.

Esta elección incluso se corresponde con los criterios jurisprudenciales, ya que la Sentencia C-022 de 2020, que reitera la Sentencia C-520 de 2016 indica que se acude al “test intermedio cuando se interfiere en una faceta prestacional -progresiva- de un derecho constitucional fundamental”, como lo sería la liquidación de la prima de navidad. También señala que debe acudirse a este test, cuando *“la medida acusada involucra categorías que bajo algunos supuestos han sido consideradas como semi sospechosas”*, como ocurre en este caso, que la medida recae sobre los funcionarios de menor jerarquía en la escala del servicio público.

III) No existen razones que justifiquen la limitación efectuada.

Según la Corte Constitucional, el test integrado de proporcionalidad de nivel intermedio requiere que *“el fin [de la medida evaluada] debe ser legítimo e importante, por promover intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver”; y el medio, además de no estar prohibido, debe ser adecuado y efectivamente conducente para la consecución del fin”* (Sentencia C-022 de 2020).

En este caso la medida a evaluar es: la exclusión del trabajo suplementario, del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, como factores salariales para la liquidación de la prima de navidad, en aquellos empleados que tienen derecho a estos pagos. Es decir, en aquellos empleados que se encuentran, por regla general, en los peldaños más bajos de la remuneración.

Respecto del medio, se considera que se trata de una **medida constitucionalmente prohibida**, ya que va en contra del núcleo esencial de un aparte del artículo 53 de la Constitución. Esa norma ordena expresamente que debe existir proporcionalidad de las remuneraciones con la **cantidad de trabajo**. De allí que el legislador tenga prohibidas aquellas medidas legislativas que rompan esa proporcionalidad, justamente en aquellos factores que impliquen una alteración intensa de la **cantidad de trabajo**, como ocurre con el trabajo suplementario, el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio de los funcionarios que se ubican en los peldaños más bajos del escalafón público.

Esto no quiere decir que el legislador no pueda incluir ningún “rompimiento” a la proporcionalidad directa o estricta entre la cantidad de trabajo y las remuneraciones. Lo que

se quiere decir es que aquellos factores que implican una alteración intensa de la cantidad de trabajo corresponden al núcleo duro del artículo 53 y por ello, su desconocimiento **sería una medida prohibida por la Constitución**.

Por ejemplo, el Legislador ha dispuesto, como principio, que en la medida en que el salario de un empleado es superior, factores como las horas extras o similares pueden dejar de ser remunerados. Esto no ocurre porque tales aspectos dejen de estar protegidos por el artículo 53, sino porque en los cargos con remuneraciones superiores, esos desbalances ya se encontrarían protegidos por el pago ordinario, que es superior. Pero en los cargos de inferior nivel, no existe esa protección *ex ante* y, por ello, es que se reconocen como un factor que debe ser tenido en cuenta en las remuneraciones.

En suma, la norma acusada es inconstitucional, porque la medida utilizada está prohibida por la Constitución, ya que desconoce el núcleo duro de la proporcionalidad entre la cantidad de trabajo y la remuneración, prevista en el artículo 53. Desconoce ese núcleo duro, porque la norma acusada deja de tener en cuenta la **cantidad de trabajo** que se deriva de factores que alteran en forma intensa la jornada laboral y el descanso de los empleados de más bajo nivel.

De otro lado, a pesar de que se trataría de un medio prohibido y eso sería suficiente para terminar el test, se continuará para evidenciar que las finalidades son igualmente inconstitucionales y que el medio utilizado no es conducente para conseguir ningún fin constitucional.

Una medida como estas únicamente puede tener tres finalidades *i)* la igualación de los trabajadores, para el pago de la prima, con fundamento en criterios meramente formales; *ii)* el factor “económico”: es decir, generar un ahorro en la entidad pública o *iii)* el factor “orden administrativo” es decir, poder liquidar “fácilmente” la prestación, por no tener que atender a las particularidades de lo laborado por cada empleado.

Respecto de la primera finalidad, debe resaltarse que no sería una finalidad constitucionalmente permitida, pues el mandato constitucional es justamente el opuesto: que las remuneraciones laborales reconozcan las diferencias derivadas de la cantidad de trabajo, sobre todo, cuando las diferencias en la cantidad de trabajo se derivan de la alteración subordinada e intensa de la jornada o del descanso.

Respecto de la segunda posible finalidad de la medida: el “ahorro” pudiera parecer una finalidad legítima e incluso importante para la Constitución. Sin embargo, en esta oportunidad es solo una conclusión aparente. El ahorro de dinero público no es legítimo en todas las oportunidades, ya que sólo puede considerarse como legítimo cuando su fuente es la correcta gestión fiscal. Nótese que sería constitucionalmente ilegítimo ahorrar dinero como consecuencia de la falta de inversión pública para satisfacer las necesidades de las personas. En sentido similar, un ahorro de dinero público es ilegítimo cuando es consecuencia de afectar la situación laboral de los empleados públicos. Como lo que

conseguiría la norma es ahorrar *a costa del mandato de proporcionalidad entre la remuneración y la cantidad de trabajo*, no se trataría de un ahorro que pueda catalogarse como legítimo para la Constitución y, en consecuencia, tampoco supera este paso del juicio.

Respecto de la relación medio – fin, para los dos primeros fines señalados, la medida tampoco sería efectivamente conducente, pues como se precisó en antecedencia, los recargos por trabajo suplementario, por el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio y similares únicamente se pueden autorizar, **cuando es necesario en términos del servicio y cuando hay disponibilidad presupuestal**. Por lo anterior, excluir esos factores salariales para liquidar la prima de navidad no logra el ahorro, sino que lo que verdaderamente consigue es obligar al empleado a satisfacer las necesidades del servicio sin la correspondiente contraprestación integral.

Al evaluar el tercer posible fin que se había enunciado: la finalidad del “orden administrativo”, se encuentra como una finalidad constitucionalmente importante. Sin embargo, en este caso la medida no es ni siquiera conducente para lograrlo, pues es una obligación de las entidades públicas llevar un registro de estos pagos, más aún, cuando tienen la obligación de tenerlos en cuenta para otras prestaciones, como la prevista en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, donde se establecen los factores salariales para la liquidación de otras prestaciones, como las cesantías.

Por todo lo anterior, se concluye que la medida restringe inconstitucionalmente el deber de proporcionalidad previsto en el artículo 53, por las siguientes razones: a) es una medida prohibida, pues excluye como factores de remuneración los componentes salariales que implican una alteración intensa de la cantidad de trabajo, en los empleados de menor nivel en la escala salarial, b) la medida carece de un fin constitucional, ya que consigue un ahorro a costa del incumplimiento de un deber; porque equipara a los empleados por razones meramente formales, en detrimento de los más débiles, y porque no genera ningún beneficio administrativo. Además, es inconstitucional, porque no es conducente para lograr ningún fin legítimo para la Constitución.

5.2 SEGUNDO CARGO: La expresión demandada desconoce el principio “**a trabajo igual, salario igual**” derivado de los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.

5.2.1 Alcance y contenido de la norma acusada (para determinar la certeza)

Para este cargo, nos remitimos al aparte “5.1.1 Alcance y contenido de la norma acusada”, desarrollado en el cargo anterior, es decir, que el texto demandado excluye como factores para liquidar la prima de navidad el trabajo suplementario, el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio y que tales exclusiones recaen sólo en aquellos funcionarios que pueden devengarlos, los cuales corresponden con los funcionarios de menor jerarquía.

5.2.2 El parámetro constitucional del cargo (para determinar la pertinencia):

El artículo 53 de la constitución prevé lo siguiente:

“Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La Ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad” (*subrayado por fuera del original*).

Del aparte subrayado, (remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo) leído en forma conjunta con el artículo 13 Superior, la Corte Constitucional ha derivado el principio de “a trabajo igual, salario igual”. Por ejemplo, en sentencia C-408 de 2021, reiterando la Sentencia SU-519 de 1997, se señaló:

“91. Dentro de los principios mínimos consagrados en el artículo 53 de la Constitución se encuentra el que establece que todo trabajador tiene derecho a una remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Este último aspecto se expresa, en palabras de esta Corte, en términos de igualdad: “a trabajo igual, salario igual”.

(...)

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

Como el principio “a trabajo igual, salario igual” es la dimensión de la igualdad prevista para las remuneraciones laborales, la forma de determinar si este principio se ha desconocido, consiste en evaluar la posible vulneración de los contenidos constitucionales propios de la igualdad. Sobre tales contenidos, en la Sentencia C-432 de 2020 se sintetizó lo siguiente:

“58. En el contexto del control abstracto de constitucionalidad y en lo relevante para este caso, el principio de igualdad implica la igualdad de trato, que se concreta

en dos mandatos generales: “(i) el de dar un mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no haya razones suficientes para darles un trato diferente; y (ii) el de dar un trato desigual a supuestos de hecho diferentes”. A partir de estos dos mandatos iniciales, este tribunal ha depurado cuatro mandatos específicos, a saber: “(i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes”. Para cumplir con estos mandatos, no es suficiente revisar la compatibilidad entre la norma legal demandada y la Constitución, sino que se requiere, además, considerar al otro referente o término de la comparación, en la medida en que éste sea susceptible de compararse, lo que se establece por medio de un juicio integrado de igualdad.

En la Sentencia T-369 de 2016, la Corte Constitucional precisó cómo tales mandatos de la igualdad tienen una directa relación con la fijación de las remuneraciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 53 de la Carta Política:

“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

Del segundo de estos requisitos –justicia– se desprende el principio “a trabajo igual, salario igual”. Éste corresponde a la obligación para el empleador de proporcionarles a sus trabajadores una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo”.

Al referirse a otro de los contenidos de la igualdad, aplicados a las relaciones laborales, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-028 de 2019, refiriéndose a lo señalado en la Sentencia C-051 de 1995, manifestó que “el Estado tiene como deber promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará las medidas en favor de grupos discriminados o marginados”, y resaltó la igualdad de oportunidades para los trabajadores, de que trata el artículo 53 superior, en ese sentido advirtió que ‘esta igualdad implica que el trabajador, en lo relativo a su retribución, depende de sus habilidades y de la labor que desempeña y no de las circunstancias de su patrono. Este es el fundamento de una de las máximas del derecho laboral: a trabajo igual, salario igual’. En otras palabras, en razón de que el principio-derecho de igualdad, prescrito en el artículo 13 conlleva que el “Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados” el legislador no puede establecer diferencias salariales o remunerativas que se basen en elementos ajenos al trabajo realizado y, también, conllevaría que el Legislador debe evitar las *discriminaciones*,

tratamientos peyorativos injustificados que recaigan de manera específica en las personas más débiles de un mismo grupo.

De otro lado, como ya se indicó en el cargo anterior, este es un principio aplicable a la definición de los salarios y prestaciones sociales del sector público, no solo porque se trata de un principio constitucional, sino porque la definición de la remuneración de los empleados públicos es determinada directamente por una actuación conjunta entre el Legislador y el Gobierno, conforme lo indica el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política.

En conclusión, del principio “a trabajo igual, salario igual” derivado del aparte “remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo” previsto en el artículo 53 de la Constitución, se puede concluir lo siguiente:

- 1) Como el principio “a trabajo igual, salario igual” es la concreción de la igualdad, en el campo de la remuneración laboral, el Legislador tendría la obligación de establecer una remuneración que reconozca las diferencias, jurídica y fácticamente relevantes.
- 2) Como el principio “a trabajo igual, salario igual” es la concreción de la igualdad, en el campo de la remuneración laboral, el legislador tiene la obligación de evitar tratamientos peyorativos injustificados o tratamientos desfavorables en el pago, que vayan dirigidos en contra de las personas que puedan considerarse como más débiles, dentro de un mismo grupo.
- 3) Cuando se encuentre que una remuneración desconoce la igualdad salarial, porque desecha elementos fáctica y jurídicamente relevantes, derivados de la calidad o cantidad del trabajo, estaríamos frente a una distinción que *prima facie* sería inconstitucional.
- 4) Cuando se encuentre que una remuneración desconoce la igualdad salarial, porque impone un tratamiento peyorativo en contra de los miembros más débiles de un grupo, estaríamos frente a una distinción que *prima facie* sería inconstitucional.
- 5) Como el principio constitucional de “a trabajo igual, salario igual” tiene forma de principio, para resolver la inconstitucionalidad advertida *prima facie*, debe realizarse un juicio integrado de igualdad que evalúe la intensidad del trato desigual y las razones que eventualmente lo justificarían.

5.2.3 Confrontación normativa

En la sentencia C-104 de 2016, la Corte Constitucional sintetizó los pasos para estructurar un cargo de igualdad, a través de un juicio integrado de igualdad:

“6.5.2. El juicio integrado de igualdad se compone entonces de dos etapas de análisis. En la primera, (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma

naturaleza. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales. Una vez establecida (iii) la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política.

Para determinar si existen razones que justifiquen el trato diferenciado, deben aplicarse los niveles de escrutinio descritos por la jurisprudencia. Tales niveles fueron sintetizados en la Sentencia C-432 de 2020, de la siguiente manera:

“El escrutinio débil busca establecer si la actividad del legislador fue razonable, valga decir, si no se adoptó una decisión arbitraria o caprichosa. En este escrutinio basta establecer que la medida sea “potencialmente adecuada para alcanzar una finalidad que no esté prohibida constitucionalmente”. Por ello, los estándares a cumplir son: que el fin perseguido y el medio empleado no estén prohibidos por la Constitución y que este medio sea idóneo o adecuado para alcanzar dicho fin. El escrutinio intermedio busca establecer que “las desigualdades sean efectivamente conducentes para la consecución de un fin importante”. Por ello, tiene unos estándares más rigurosos, pues se debe establecer que el fin perseguido sea constitucionalmente importante, que el medio empleado sea efectivamente conducente y que la medida no sea evidentemente desproporcionada. Por último, el escrutinio estricto o fuerte, dado que “solo admite desigualdades que sean efectivamente conducentes y necesarias para obtener un objetivo que pueda clasificarse como imperioso”. Por ello, se hace a partir de estándares aún más rigurosos, ya que debe verificarse que el fin perseguido sea imperioso, que el medio empleado, además de ser efectivamente conducente, sea necesario, y que los beneficios de la medida superen las restricciones impuestas a otros valores o principios constitucionales”

En este caso se propondrán dos violaciones a la igualdad.

PRIMERA COMPARACIÓN.

GRUPOS A COMPARAR:

Grupo 1: Empleados públicos regidos por el Decreto 1045 de 1978, quienes realizaron trabajo suplementario, en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio y se les reconoció y pagó ese tiempo de servicio, porque pueden devengar tales factores.

Grupo 2: Empleados públicos regidos por el Decreto 1045 de 1978, que no trabajaron ni devengaron trabajo suplementario, el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, a pesar de que podían devengar esos recargos, según las normas vigentes.

El artículo 14 del Decreto 473 de 2002 dispone que, para devengar trabajo suplementario, por jornada nocturna o en días de descanso obligatorio se debe, por ejemplo, pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19. En ese sentido, la comparación que se propone se da entre las personas que pertenecen a cada uno de esos grados, y devengaron dichos factores; y los que, perteneciendo exactamente a los mismos grados, incluso, estando en los mismos cargos, no los trabajaron y no los devengaron.

A ambos grupos se les despacha un tratamiento igual, a pesar de que son relevantemente desiguales, pues, estando en los mismos cargos, tienen una diferencia salarial, derivada de que el 2do trabajo más. La comparación puede graficarse de la siguiente manera:

<p>Grupo 1. Personas del Nivel Técnico hasta el grado 09 y del Nivel Asistencial hasta el grado 19</p> <p>Devengaron asignación básica</p> <p>Devengaron recargos por trabajo suplementario, del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.</p>	<p>Grupo 2. Personas del Nivel Técnico hasta el grado 09 y del Nivel Asistencial hasta el grado 19</p> <p>Devengaron asignación básica</p> <p>NO devengaron recargos por trabajo suplementario, del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.</p>
<p>Ambos grupos están conformados exactamente por el mismo tipo de funcionarios, en los mismos grados y salarios, pero el grupo 1 tiene un salario mayor (incluso estando en el mismo cargo) porque debió trabajar tiempo suplementario, jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.</p> <p>A AMBOS GRUPOS SE LES PAGA LA PRIMA DE NAVIDAD SOLO CON LA ASINACIÓN BÁSICA: SIN RECONOCER QUE EL GRUPO 1 TRABAJÓ FACTORES ADICIONALES.</p>	

MEDIDA DIFERENCIADORA: Los apartes demandados del artículo 33 del Decreto ley 1045 de 1978 disponen que a todos los empleados que se rigen por esa norma, se les liquide la prima de navidad, con fundamento únicamente en la asignación básica mensual, es decir, excluyendo el salario derivado del trabajo suplementario, del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio. Esto implica que la medida **trate igual a personas diferentes**, porque, a pesar de ser grupos conformados por funcionarios que se encuentran exactamente en los mismos grados, e incluso en los mismos cargos, con las mismas asignaciones básicas, son grupos que se diferencian en el salario por la **cantidad de trabajo efectivamente trabajada**.

TERTIUM COMPARATIONIS: El salario de los empleados públicos y la forma como este impacta en la liquidación de la prima de navidad. En este caso se compararán grupos de empleados públicos que están en las mismas condiciones formales de trabajo, pero que

tienen diferencias salariales por la **cantidad de trabajo efectivamente trabajada y reconocida**.

Como la Corte Constitucional ha señalado que debe aplicarse un test leve cuando la diferencia se da como consecuencia del uso de una atribución legal (en este caso la prevista en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política), se procederá a aplicar ese nivel de escrutinio. Se aclara que la atribución legal a la que nos referimos, es a la de fijar los parámetros para la remuneración de los empleados públicos.

Tal y como se precisó en el juicio anterior, al evaluar el medio se encuentra que se trataría de una medida **prohibida por la Constitución**, porque el artículo 53 de la Carta es expreso al señalar que se protege la remuneración conforme a la **cantidad de trabajo** y el núcleo duro de esa disposición implicaría el deber de proteger las alteraciones intensas en las personas que se encuentran en los niveles inferiores de la escala salarial.

Respecto de las finalidades, el trato diferenciado buscaría la equiparación formal de los trabajadores en la liquidación de una prima; para lograr un ahorro en la entidad pública o ii) el factor “orden administrativo” es decir, poder liquidar “fácilmente” la prestación, por no tener que atender a las particularidades de lo laborado por cada empleado.

Como se precisó en el punto anterior, la finalidad del “ahorro” es legítima e incluso importante para la constitución, sin embargo, un ahorro no puede considerarse como legítimo cuando su fuente no es la correcta gestión fiscal, sino el menoscabo de la situación de los empleados públicos, confiriendo un tratamiento igual a dos situaciones relevantemente desiguales.

De otro lado, la medida tampoco sería conducente para lograr la finalidad, pues como se precisó en antecedencia, las horas extras, recargos nocturnos, dominicales y similares únicamente se pueden autorizar, **cuando es necesario en términos del servicio y cuando hay disponibilidad presupuestal**. Por ello, la medida no es ni siquiera conducente, ya que el ahorro logrado sería el resultado del menoscabo económico de los funcionarios de menor jerarquía en el aparato estatal, y se fundamentaría en el desconocimiento de la alteración intensa de las condiciones laborales ordinarias, o de descanso, por razones del servicio.

De otro lado, como se indicó en el punto anterior, la finalidad del “orden administrativo” es una finalidad constitucionalmente importante, pero el medio elegido no sería conducente para lograrla, pues es una obligación de las entidades públicas llevar un registro de estos pagos, más aún, cuando tienen la obligación de tenerlos en cuenta para otras prestaciones, como la prevista en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, donde se establecen los factores salariales para la liquidación de otras prestaciones, como las cesantías.

Ahora bien, se preguntará la Corte Constitucional **cuál es la diferencia de este cargo respecto del anterior**, si resultan ser tan similares, al menos en lo que tiene que ver en la

evaluación del medio y de los fines. La diferencia radica en que analizar el cargo respecto de la igualdad aplica un matiz diferenciador y es que no se estaría juzgando sólo el diseño salarial en abstracto, sino que esto permite ver que la norma demandada pone en desventaja efectiva a al grupo que se le hace trabajar de más, para suplir las necesidades del servicio, y se omite reconocer los efectos de esa subordinación en las remuneraciones devengadas. En tal sentido, la falta de una finalidad legítima y de una medida conducente, lo es frente al tratamiento peyorativo al grupo que se le hace trabajar más, para satisfacer las necesidades del servicio.

SEGUNDA COMPARACIÓN

GRUPOS A COMPARAR:

Grupo 1: Empleados públicos regidos por el Decreto 1045 de 1978, quienes realizaron trabajo suplementario, en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio y se les reconoció y pagó ese tiempo de servicio, porque pueden devengar tales factores (SE TRATA DEL MISMO 1ER GRUPO DESCRITO EN LA COMPARACIÓN ANTERIOR).

Grupo 2: Empleados públicos regidos por el Decreto 1045 de 1978, que no devengaron trabajo suplementario, recargos por jornada nocturna o por días de descanso obligatorio, porque el ordenamiento jurídico no se los permite, ya que están en cargos con grados superiores a los previstos en el artículo 14 del Decreto 473 de 2022 (decreto salarial anual que complementa el contenido referido en el Decreto Ley 1042 de 1978).

En este caso, la diferencia sería entre funcionarios que no están en los mismos grados y cargos, y por esa razón, los segundos no pueden devengar los recargos referidos.

A pesar de que, también se trataría de un tratamiento igual entre desiguales, en este caso lo es por distintas razones, pues se fundamenta en una especie de **discriminación indirecta**, ya que la medida, aparentemente igualitaria, conlleva un tratamiento peyorativo en contra del segmento más débil del grupo regulado. No se puede perder de vista que la restricción para devengar recargos por horas extras y similares se fundamenta en estar ubicado en un cargo con un grado (y remuneración) superior.

Gráficamente se vería de la siguiente manera:

Grupo 1.
Personas del Nivel Técnico hasta el grado 09 y del Nivel Asistencial hasta el grado 19

Pueden devengar recargos por trabajo suplementario, del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

Grupo 2.
Personas en niveles superiores, como el asesor o directivo.

NO pueden devengar recargos por trabajo suplementario, del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

El segundo grupo está ubicado jerárquicamente en grados superiores.

A AMBOS GRUPOS SE LES PAGA LA PRIMA DE NAVIDAD ÚNICAMENTE CON LA ASINACIÓN BÁSICA: SIN RECONOCER QUE EL GRUPO 1, DE INFERIOR JERARQUÍA, PUEDE DEVENGAR FACTORES ADICIONALES.

Para demostrar que el primer grupo está en una condición de menor remuneración, se transcribirá el artículo 2 del Decreto 905 de 2023, que establece las asignaciones básicas mensuales, según el nivel y grado de los cargos públicos:

ARTÍCULO 2. Asignaciones básicas. A partir del 1° de enero de 2023, las asignaciones básicas mensuales de las escalas de empleos de las entidades de que trata el artículo 1° del presente título serán las siguientes:

GRADO	DIRECTIVO	ASESOR	PROFESIONAL	TECNICO	ASISTENCIAL
1	4.169.929	4.069.597	2.457.013		
2	4.663.266	4.400.811	2.715.910	1.160.000	
3	4.924.013	4.802.698	2.838.462	1.287.544	
4	5.233.609	5.466.037	2.988.842	1.364.250	
5	5.368.289	5.606.360	3.161.628	1.451.279	1.160.000
6	5.606.360	6.348.050	3.271.720	1.746.720	1.176.401
7	5.941.592	7.087.276	3.433.686	1.861.289	1.287.544
8	6.072.629	7.756.024	3.604.410	1.908.467	1.364.250
9	6.297.718	8.151.046	3.759.563	2.100.304	1.451.279
10	6.765.549	8.476.054	3.887.848	2.197.857	1.595.122
11	6.870.484	8.912.296	4.051.533	2.317.039	1.721.749
12	7.087.276	9.360.615	4.298.461	2.457.013	1.848.706
13	7.394.087	10.262.957	4.657.200	2.620.205	1.908.467
14	7.792.411	10.833.107	4.983.856	2.715.910	1.950.276
15	7.954.530	11.055.980	5.510.171	2.838.462	2.010.894

16	8.064.519	12.148.559	5.940.744	3.207.074	2.100.304
17	8.505.483	13.422.053	6.248.604	3.433.248	2.144.659
18	9.211.729	14.568.772	6.729.432	3.772.850	2.197.857
19	9.919.559		7.238.538		2.254.552
20	10.908.015		7.792.115		2.324.600
21	11.057.416		8.305.108		2.422.432
22	12.235.650		8.932.407		2.570.649
23	13.438.918		9.438.140		2.838.462
24	14.501.393		10.177.460		3.095.942
25	15.635.706				3.433.686
26	16.448.760				3.735.415
27	17.264.275				
28	18.226.195				

En dicha tabla puede evidenciarse con claridad que el nivel asistencial gana menos que el técnico, y el técnico devenga menos que el profesional, y que los grados inferiores devengan menos que los grados superiores. En tal sentido, se muestra que los que devengan los factores variables en cuestión, son efectivamente los que se encuentran en el nivel inferior respecto a las garantías laborales.

Aunque en este caso, el segundo grupo no puede devengar los recargos en estudio, esto es insuficiente para concluir que no son grupos comparables, ya que son cargos regidos por el mismo régimen jurídico en cuanto a sus salarios y prestaciones. En cambio, la pertenencia a escalas superiores es justamente el factor que evidencia a la medida como *peyorativa o fundada en un criterio semisospchoso*, ya que permite descubrir que la diferenciación recae en contra de las personas que se encuentran en una peor situación económica o en un estado menos favorecido, pues como se indicó en antecedencia, los factores salariales en comento solo pueden ser devengados por los niveles más bajos de la jerarquía de los empleos públicos.

MEDIDA DIFERENCIADORA: Los apartes demandados del artículo 33 del Decreto ley 1045 de 1978 disponen que a todos los empleados que se rigen por esa norma, se les liquide la prima de navidad, con fundamento únicamente en la asignación básica mensual, es decir, que **excluye los recargos de las personas en los grados de remuneración más bajos de la jerarquía de los empleos públicos**. Esto implica que la medida **trate igual a personas diferentes, afectando al grupo más débil**, y omitiendo una diferencia constitucionalmente relevante, es decir, la derivada de la **cantidad de trabajo** (trabajo suplementario, del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio).

TERTIUM COMPARATIONIS: El salario de los empleados públicos y la forma como este impacta en la liquidación de la prima de navidad. En este caso se compararán grupos de empleados públicos que están en distintos grados y cargos, aunque bajo el mismo régimen salarial y, por esa razón, serían comparables.

Aunque la diferencia censurada se basa en un criterio semi-sospechoso, porque recae en el segmento más débil del grupo regulado, se aplicará un test leve, porque el tratamiento diferenciado se da como consecuencia del uso de una atribución legal (la prevista en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política), es decir, la potestad legislativa para fijar los criterios de la remuneración de los empleados públicos.

A pesar de sonar reiterativos, en esta comparación ocurre algo similar a lo que se ha señalado en los juicios anteriores. Una norma como la demandada, solo puede estar dirigida a salvaguardar el factor “económico”: generar un ahorro en la entidad pública o el factor “orden administrativo” es decir, poder liquidar “fácilmente” la prestación, por no tener que atender a las particularidades de lo laborado por cada empleado.

Si bien, la finalidad del “ahorro” es legítima e incluso importante para la constitución, en este caso, se produce por un medio prohibido como lo es **el tratamiento peyorativo indirecto a quienes se encuentran en peor condición dentro del grupo regulado**: los funcionarios públicos en los peldaños más bajos de la escala salarial, a quienes se les impone una alteración intensa de su jornada de trabajo o de sus tiempos de descanso.

Ahora bien, se preguntará la Corte Constitucional **cuál es la diferencia de este cargo respecto de los anteriores**, si resultan ser tan similares, al menos en lo que tiene que ver en la evaluación de los fines. La diferencia radica en que este cargo de igualdad permite descubrir que la norma, aparentemente neutra e igualitaria, conlleva una desventaja efectiva al segmento, en peores condiciones, del grupo regulado, es decir, que la medida legislativa implica una especie de **discriminación indirecta**. Según la Corte Constitucional existe una discriminación indirecta cuando *“de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, que lesionan sus derechos o limitan el goce efectivo de los mismos. En tales casos, medidas neutrales que en principio no implican factores diferenciadores entre personas, pueden producir desigualdades de facto entre unas y otras, por su efecto adverso exclusivo, constituyendo un tipo indirecto de discriminación. Un ejemplo de ello podría ser el exigir un requisito particular para el acceso a un cargo público, que siendo aparentemente neutro, excluya en la realidad a un grupo poblacional específico, etc”* (Sentencia T-140 de 2009).

Al hacer referencia a que la disposición conlleva una **discriminación indirecta**, no se pretende hacer uso de ese concepto en forma estricta, ya que, en este caso, el tratamiento diferenciado no recae en un grupo que pueda ser definido con fundamento en los *criterios sospechosos* del artículo 13, sino únicamente en un *criterio semi-sospechoso*, como sería, que la medida se adopta **en contra de los miembros que se encuentran en la condición más débil, al interior del grupo regulado**.

De otro lado, la medida tampoco sería conducente para lograr el fin del ahorro descrito, pues como ya se ha expuesto, las horas extras, recargos nocturnos, dominicales y similares únicamente se pueden autorizar, **cuando es necesario en términos del servicio y cuando hay disponibilidad presupuestal**. En tal sentido, ni siquiera sería una medida

conducente para lograr un ahorro que pueda catalogarse como constitucional, menos aún, si se recuerda que esta alteración intensa de las condiciones laborales ordinarias y del descanso tiene como fundamento las necesidades del servicio.

Con el fin de no faltar a la suficiencia en este cargo, se reitera que la finalidad del “orden administrativo” es una finalidad constitucionalmente importante. Sin embargo, como ya se ha dicho, la medida no es ni siquiera conducente para lograrla, pues es una obligación de las entidades públicas llevar un registro de estos pagos, más aún, cuando tienen la obligación de tenerlos en cuenta para otras prestaciones, como la prevista en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, donde se establecen los factores salariales para la liquidación de otras prestaciones, como las cesantías.

En suma, como la norma es aparentemente igualitaria, pero conlleva un **tratamiento peyorativo indirecto** en contra del segmento más débil del grupo regulado, es decir de los servidores públicos que están en los niveles más bajos de la escala salarial a los que, además, se les obliga a trabajar más; y como la norma demandada tampoco superaría ni siquiera un test leve de igualdad, resulta ser inconstitucional y es imperativo excluir los apartes demandados, para que los empleados públicos regidos por el Decreto 1045 de 1978, quienes realizaron trabajo suplementario, en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio y se les reconoció y pagó ese tiempo de trabajo, tengan derecho a que su prima de navidad se liquide teniendo en cuenta **la cantidad de trabajo realizado**.

Para evaluar este cargo debe tenerse en cuenta que la discriminación indirecta es una categoría jurisprudencial sólida. Por ejemplo, en la sentencia C-586 de 2016 refirió la Corte Constitucional que:

*“La discriminación **directa**, ha dicho la Corte constitucional, “se presenta cuando se establece frente a un sujeto determinado un tratamiento diferenciado injustificado y desfavorable, basado en criterios como la raza, el sexo, la religión, opiniones personales, (...) de manera tal que está proscrita en general, toda diferenciación arbitraria por cualquier razón o condición social”. Por su parte la **indirecta** ocurre, “cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, que lesionan sus derechos o limitan el goce efectivo de los mismos. En tales casos, medidas neutrales que en principio no implican factores diferenciadores entre personas, pueden producir desigualdades de facto entre unas y otras, por su efecto adverso exclusivo, constituyendo un tipo indirecto de discriminación”. Esta modalidad, en fin, se compone de dos criterios: Primero, la existencia de una medida o una práctica que se aplica a todos de manera aparentemente **neutra**. Segundo, la medida o la práctica pone en una situación **desaventajada** un grupo de personas protegido. Es el segundo criterio de la discriminación indirecta el que difiere de la discriminación directa: el análisis de la discriminación no se focaliza sobre la existencia de un trato diferencial sino sobre los efectos diferenciales.”*

Ahora bien, en otros contextos, la discriminación indirecta no necesariamente ha estado ligada inamoviblemente a los criterios sospechosos del artículo 13. Por ejemplo, en la Sentencia T-140 de 2009, manifestó esa Corporación:

“La discriminación entonces, puede ser directa o indirecta. La indirecta ocurre, cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, que lesionan sus derechos o limitan el goce efectivo de los mismos. En tales casos, medidas neutrales que en principio no implican factores diferenciadores entre personas, pueden producir desigualdades de facto entre unas y otras, por su efecto adverso exclusivo, constituyendo un tipo indirecto de discriminación”. (subrayado por fuera del original)

En Sentencia T-1326 de 2005 se señala una idea similar, y esto es, que la discriminación no solamente se fundamenta en los criterios sospechosos. En esa oportunidad se manifestó:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional y los aportes realizados por la doctrina han establecido una serie de criterios con fundamento en los cuales es factible determinar en qué casos se está frente a distinciones no justificadas. En este orden de ideas, ha dicho la Corte que tienen efecto discriminatorio “los términos de comparación cuyo sustento sea el sexo, la raza, el origen social, familiar o nacional, lengua, religión y opinión política o filosófica o, en términos generales, cualquier motivo discriminante que se funde en prejuicios o estereotipos sociales cuya única finalidad sea la exclusión de un grupo de individuos de algunos beneficios” (subrayado por fuera del original) (Sentencia T-1326 de 2005).

Además, los criterios sospechosos no son taxativos. La Corte Constitucional también ha reconocido que existen criterios semi-sospechosos. Al respecto, ha dicho:

“no todos los criterios de diferenciación pueden ser clasificados, en forma simple, entre neutrales de un lado, y prohibidos o sospechosos en el otro extremo. Así, esta Corporación, al referirse a los patrones de diferenciación que no son constitucionalmente neutrales, aclaró que “no todas esas pautas son igualmente discriminatorias, por cuanto algunas pueden reunir solamente algunas de las características que tornan un criterio sospechoso, pero no todas, mientras que otros puntos de vista pueden presentar todas esas características. [...] La idea de que existen criterios “semi-sospechosos” o “problemáticos” para establecer distinciones entre las personas encuentra pues sustento en la Carta y en la jurisprudencia constitucional” (C-093 de 2001).

En esta oportunidad se catalogó el tratamiento discriminatorio que se presenta como un tratamiento peyorativo indirecto, fundado en un criterio semi sospechoso, de acuerdo a un razonamiento por analogía. Pues en este caso, la medida de discriminación indirecta afecta al grupo poblacional que se encuentra en peores condiciones salariales, es decir, afecta al segmento más débil del grupo pero no se fundamenta en una de las categorías sospechosas del artículo 13. Es decir, se fundamenta en un criterio indebido: afectar al más débil, pero sin que sea de los criterios taxativamente sospechosos.

Existen precedentes donde la Corte Constitucional ha señalado que un matiz de la igualdad es justamente el de impedir que una regulación afecte al segmento más débil del grupo regulado. Por ejemplo, en la Sentencia C-1064 de 2001, la Corte Constitucional señaló:

“En este orden de ideas, entre las manifestaciones concretas del principio fundamental del Estado Social de Derecho se encuentran, por ejemplo, los mandatos generales dirigidos a promover la igualdad real y efectiva mediante la adopción de medidas a favor de grupos marginados o discriminados (artículo 13 inciso 2 C.P.); proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (artículo 13 inciso 3 C.P.); proteger a la mujer embarazada, a la mujer cabeza de familia, a la niñez, a los adolescentes, a las personas de la tercera edad, a los discapacitados, a los pensionados y a los enfermos (artículos 43 a 49 C.P.); apoyar a los desempleados (artículo 54 C.P.) y promover el pleno empleo así como el mejoramiento de la calidad de vida de las personas de menores ingresos (artículo 334, inciso 2)” (subrayado por fuera del original).

En otro aparte de la misma sentencia manifestó:

“Lo anterior significa entonces que el artículo 53 protege la movilidad salarial tanto de los servidores públicos que ganan uno o dos salarios mínimos, como de los que están ubicados en escalas salariales superiores. Ello ha de ser así, por respeto a una línea jurisprudencial de precedentes, entre los cuales se destaca la sentencia C-1433 de 2000 relativa al aumento salarial de los servidores públicos en el año pasado. Estima entonces la Corte que el reajuste salarial debe cobijar a todos los empleados y trabajadores al servicio de las ramas y entidades comprendidas por la ley anual de presupuesto parcialmente demandada. En términos prácticos, esto significa que todos ellos deben recibir un aumento salarial en el período regulado por dicha ley, es decir, la vigencia fiscal que se inició el 1 de enero de 2001 y que terminará el 31 de diciembre de 2001.

Sin embargo, dicho aumento salarial no tiene que ser idéntico para todos. La igualdad matemática o mecánica es contraria al principio según el cual, los iguales deben ser tratados igual y los diferentes deben ser tratados diferente. Este principio ha sido continuamente reiterado por la Corte pues ocupa una posición medular en un Estado Social de Derecho, en el que la igualdad no es formal, sino sustantiva o real. Siguiendo este orden de ideas, la Corte constata que entre los servidores públicos hay diferencias salariales de gran magnitud. Es decir, la brecha entre los servidores de bajos salarios y los de salarios altos es extensa y además ha aumentado en la década de los años noventa. Por lo anterior, la Corte concluye que debe hacerse un aumento para todos estos servidores públicos, aunque éste no tiene que hacerse en el mismo porcentaje para todos.

(...)

En este caso, la Corte aplica por extensión este parámetro a los salarios con el fin de identificar a los servidores de ingresos inferiores, es decir, aquellos cuyo salario es menor al promedio ponderado de los salarios de los servidores de la administración central. Respecto de ellos, el incremento salarial debe basarse preponderadamente en la inflación, para que se mantenga la capacidad adquisitiva real de sus salarios. La Corte estima que varias razones, relativas a la protección reforzada que la Constitución brinda a las personas de bajos ingresos, impiden en este caso limitar el derecho a conservar el poder adquisitivo real del salario de estos servidores” (subrayado por fuera del original).

Nótese que, por la igualdad material, el legislador debe prever que los salarios de los que devengan menos gocen en mayor intensidad de las garantías del artículo 53. El hecho de

que la Corte Constitucional no haya denominado previamente el fenómeno descrito como un tratamiento peyorativo indirecto, no significa que esté prohibido razonar por analogía, ya que es evidente que la medida afecta al grupo más débil al que le aplica la norma.

5.3. OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA

Finalmente, también es posible señalar que el legislador violó la constitución, con las expresiones demandadas, porque incurrió en una inconstitucionalidad porque omitió incluir los factores del salario variable, para liquidar la prima de navidad, tales como el trabajo suplementario, el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, para la liquidación de la prima de navidad.

Según la reiterada jurisprudencia constitucional, para que exista una omisión legislativa relativa deben darse los siguientes requisitos: que

(i) Exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo, y que “(a) excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes o asimilables o, en su defecto, (b) que no incluya determinado elemento o ingrediente normativo”;

(ii) Exista un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al Congreso de la República que resulta omitido, “por (a) los casos excluidos o (b) por la no inclusión del elemento o ingrediente normativo del que carece la norma”. Esto, por cuanto sólo se configura una omisión legislativa relativa cuando el legislador incumple una concreta “obligación de hacer” prevista en la Constitución;

(iii) La exclusión tácita o expresa de los casos o ingredientes carezca de una razón suficiente, lo cual implica verificar si “el hecho de omitir algún elemento al momento de proferir la norma no hizo parte de un ejercicio caprichoso del legislador, sino, por el contrario, estuvo fundado en causas claras y precisas que lo llevaron a considerar la necesidad de obviar el aspecto echado de menos por los demandantes”; y,

(iv) La falta de justificación y objetividad de la exclusión genere una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma.

35. Al respecto, es pertinente mencionar que la última exigencia es aplicable sólo en aquellos casos en los que se afecte el principio de igualdad, es decir, “cuando la norma incompleta se evidencia discriminatoria al no contemplar todas las situaciones idénticas a la regulada, o, dicho en otras palabras, cuando no se extiende un determinado régimen legal a una hipótesis material semejante a la que termina por ser única beneficiaria del mismo.”[43]

36. En este sentido, esta Sala ha advertido que, con el propósito de constatar la concurrencia de la última exigencia, es necesario verificar la razonabilidad de la diferencia de trato, esto es, valorar “(a) si los supuestos de hecho en que se encuentran los sujetos excluidos del contenido normativo son asimilables a aquellos en que se hallan quienes sí fueron incluidos, y (b) si adoptar ese tratamiento distinto deviene necesario y proporcionado con miras a obtener un fin legítimo” (Sentencia C-075 de 2021)..

A continuación, se justificará uno a uno, de acuerdo a los mismos argumentos que ya se encuentran en la demanda.

PRIMERO. Que **(i)** Exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo, y que **'(a)** excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes o asimilables o, en su defecto, **(b)** que no incluya determinado elemento o ingrediente normativo'.

En este caso, la norma sobre la que recae la omisión sería el artículo 33 del Decreto 1045 de 1978:

ARTICULO 33. DE LOS FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDAR LA PRIMA DE NAVIDAD. Para el reconocimiento y pago de la prima de Navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

a. La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;

b. Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del decreto-ley 1042 de 1978;

c. Los gastos de representación;

d. La prima técnica;

e. Los auxilios de alimentación y de transporte;

f. La prima de servicios y la de vacaciones;

g. La bonificación por servicios prestados”.

La omisión se presenta porque la norma que señala los factores del salario para liquidar la prima de navidad omitió incluir los elementos que conforman el salario variable, tales como el trabajo suplementario, el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio,

Por lo anterior, se da el presupuesto “b)” referido en la jurisprudencia, es decir, que la norma acusada debió incluir para la liquidación de la prima de navidad “las remuneraciones salariales mensuales que conforman el salario variable, tales como lo que el trabajador percibe por trabajo suplementario, por el trabajo realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio” y, en cambio, no lo hizo.

SEGUNDO: (ii) Exista un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al Congreso de la República que resulta omitido, ‘por **(a)** los casos excluidos o **(b)** por la no inclusión del elemento o ingrediente normativo del que carece la norma’. Esto, por cuanto sólo se configura una omisión legislativa relativa cuando el legislador incumple una concreta ‘obligación de hacer’ prevista en la Constitución;

En este caso, el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia contiene unos mandatos específicos al legislador para regular las relaciones de trabajo. Uno de tales mandatos específicos es la “proporcionalidad entre la remuneración y la cantidad de trabajo” como ya se ha indicado en antecedencia.

En la Sentencia C-200 de 2019 la Corte Constitucional señaló que los elementos descritos en el artículo 53 de la Constitución corresponden a verdaderos deberes impuesto por el Constituyente al Legislador, por tratarse de obligaciones mínimas que debe cumplir cuando regula las relaciones laborales. En palabras de la Corte:

“Con base en estos elementos, el trabajo debe entenderse no sólo como factor básico de la organización social, sino también como principio axiológico de la Carta. En este sentido, el artículo 25 de la Constitución Política establece: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.” Esta norma implica la búsqueda de la efectividad de las garantías constitucionales en el ejercicio de cualquier tipo de trabajo. El mecanismo protector por excelencia es la expedición de normas generales que, además de regular los aspectos relativos a la prestación individual de servicios, le aseguren al trabajador una vida digna.

46. En efecto, el artículo 53 de la Constitución enuncia los principios mínimos fundamentales del estatuto del trabajo: (i) la igualdad de oportunidades para los trabajadores; (ii) la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; (iii) la estabilidad en el empleo; (iv) la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; (v) las facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; (vi) la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; (vii) la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; (viii) la garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; y (ix) la protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”

[...]

En consecuencia, a pesar de que el Legislador goza de una amplia libertad de configuración en la materia, no puede desconocer los elementos básicos del derecho al trabajo y menos confundir las relaciones de trabajo, para ocultar la realidad de los vínculos laborales o para desconocer las garantías laborales consagradas en la Carta Política cuando diseñe distintas formas de trabajo que pretendan responder a las dinámicas sociales”.

Como se advierte, la Corte Constitucional ha reconocido que los principios del artículo 53 corresponden a verdaderos mandatos mínimos que el Legislador debe respetar cuando expide las normas. Por lo que, al existir tales mandatos, el legislador podría desconocerlos, tanto por acción o por omisión.

Uno de esos mandatos específicos previstos en el artículo 53, consiste en que la remuneración debe ser proporcional a la cantidad de trabajo. Debido a ese deber, el legislador no podría tratar en forma igualitaria a dos trabajadores que, a pesar de tener relaciones formales de vinculación similares, trabajan efectivamente cantidades distintas de trabajo. Menos aún, cuando esa diferencia deriva de una alteración intensa de la jornada de trabajo, por implicar una afectación intensa de la jornada y del descanso del trabajador. Tampoco, cuando ese tratamiento igualitario hace recaer sus consecuencias en el segmento más débil regulado por la norma.

En la Sentencia C-492 de 2015, la Corte Constitucional señaló que los límites del legislador al fijar **la remuneración del trabajador** corresponden a los fijados en el artículo 53, en los que están, la proporcionalidad a la cantidad de trabajo:

“en el texto constitucional como en el del Convenio referido se establece una protección especial a la remuneración que compensa al trabajador por los servicios personales que presta, en el ámbito laboral bajo subordinación, pues dice que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas (CP art 25), y que la remuneración no puede ser inferior a la “mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo” (CP art 53), lo cual indica que la contraprestación necesaria para satisfacer estos estándares es obligatoria e irrenunciable. [...]. (subrayado por fuera del original).

De otro lado, en la sentencia C-100 de 1996 se determinó que ese principio se aplica incluso para juzgar las remuneraciones complementarias, como la prima técnica. En ese caso, porque el pago en exceso obedece al principio de que el trabajo debe ser proporcional a la calidad del trabajo.

De lo anterior, y de lo dicho en la demanda, se desprende que el artículo 53 impone un deber específico según el cual, el legislador no puede fijar las remuneraciones en general, desconociendo las diferencias que se derivan de la cantidad de trabajo y que, **si lo hace**, viola un deber explícitamente impuesto en el artículo 53 de la Carta. Esto ocurre, con mayor intensidad, cuando las diferencias de la **cantidad de trabajo** son el resultado de la alteración intensa de la jornada laboral, lo que ocurre con el trabajo complementario, nocturno, dominical y en días feriados.

TERCERO: (iii) La exclusión tácita o expresa de los casos o ingredientes carezca de una razón suficiente, lo cual implica verificar si ‘el hecho de omitir algún elemento al momento de proferir la norma no hizo parte de un ejercicio caprichoso del legislador, sino, por el contrario, estuvo fundado en causas claras y precisas que lo llevaron a considerar la necesidad de obviar el aspecto que se echa de menos por los demandantes’;

Como ya se expuso en la demanda, no existe ninguna justificación razonable que permita establecer por qué pueden excluirse los recargos en estudio, para la determinación de esa remuneración, más allá del propio deseo del legislador.

En primer lugar, los recargos por horas extras, nocturnas, dominicales o en días feriados obedecen a una alteración intensa de la cantidad de trabajo, como se ha explicado en abundancia. En segundo lugar, los únicos efectos que se pueden generar de allí son “el ahorro”, o el “orden administrativo”, como se expuso en la demanda, y ninguno de ellos tienen la fuerza suficiente para permitir la limitación del deber constitucional, contra de los más débiles del grupo, ya que un ahorro es ilegítimo si deriva de afectar las garantías laborales y de tales recargos se debe llevar un registro completo, pues se utilizan para liquidar otras prestaciones. En este punto, nos remitimos a los juicios de proporcionalidad efectuados en los puntos anteriores:

“Una medida como estas únicamente puede tener tres finalidades: i) la igualación de los trabajadores, para el pago de la prima, con fundamento en criterios meramente formales; ii) el factor “económico”, es decir, generar un ahorro en la entidad pública o iii) el factor “orden administrativo” es decir, poder liquidar “fácilmente” la prestación, por no tener que atender a las particularidades de lo laborado por cada empleado.

Respecto de la primera finalidad, debe resaltarse que no sería una finalidad constitucionalmente permitida, pues el mandato constitucional es justamente el opuesto: que las remuneraciones laborales reconozcan las diferencias derivadas de la cantidad de trabajo, sobre todo, cuando las diferencias en la cantidad de trabajo se derivan de la alteración subordinada e intensa de la jornada o del descanso.

Respecto de la segunda posible finalidad de la medida: el “ahorro” pudiera parecer una finalidad legítima e incluso importante para la Constitución, sin embargo, en esta oportunidad es solo una conclusión aparente. El ahorro de dinero público no es legítimo en todas las oportunidades, sólo puede considerarse como legítimo cuando su fuente es la correcta gestión fiscal; nótese que sería constitucionalmente ilegítimo ahorrar dinero como consecuencia de la falta de inversión pública para satisfacer las necesidades de las personas. En sentido similar, un ahorro de dinero público es ilegítimo cuando es consecuencia de afectar la situación laboral de los empleados públicos; como lo que conseguiría la norma es ahorrar a costa del mandato de proporcionalidad entre la remuneración y la cantidad de trabajo, no se trataría de un ahorro que pueda catalogarse como legítimo para la Constitución y, en consecuencia, tampoco supera este paso del juicio.

Respecto de la relación medio – fin, para los dos primeros fines señalados, la medida tampoco sería efectivamente conducente, pues como se precisó en antecedencia, los recargos por trabajo suplementario, por el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio y similares únicamente se pueden autorizar, cuando es necesario en términos del servicio y cuando hay disponibilidad presupuestal; por lo anterior, excluir esos factores salariales para liquidar la prima de navidad no logra el ahorro, sino que lo que verdaderamente consigue es obligar al empleado a satisfacer las necesidades del servicio sin la correspondiente contraprestación integral.

Al evaluar el tercer posible fin que se había enunciado: la finalidad del “orden administrativo”, se encuentra como una finalidad constitucionalmente importante, sin embargo, en este caso la medida no es ni siquiera conducente para lograrlo, pues es una obligación de las entidades públicas llevar un registro de estos pagos, más aún, cuando tienen la obligación de tenerlos en cuenta para otras prestaciones, como la prevista en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, donde se establecen los factores salariales para la liquidación de otras prestaciones, como las cesantías”

CUARTO: (iv) La falta de justificación y objetividad de la exclusión genere una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma. La última exigencia es aplicable sólo en aquellos casos en los que se afecte el principio de igualdad, es decir, “cuando la norma incompleta se evidencia discriminatoria al no contemplar todas las situaciones idénticas a la regulada, o, dicho en otras palabras, cuando no se extiende un determinado régimen legal a una hipótesis material semejante a la que termina por ser única beneficiaria de este” En este sentido, esta Sala ha advertido que, con

el propósito de constatar la concurrencia de la última exigencia, es necesario verificar la razonabilidad de la diferencia de trato, esto es, valorar '(a) si los supuestos de hecho en que se encuentran los sujetos excluidos del contenido normativo son asimilables a aquellos en que se hallan quienes sí fueron incluidos, y (b) si adoptar ese tratamiento distinto deviene necesario y proporcionado con miras a obtener un fin legítimo”

En este caso, se genera una doble desigualdad negativa. En primer lugar, ya que los empleados que devengan tales factores, porque su jornada laboral ha sido afectada en forma intensa en razón de las necesidades del servicio, ven como su prima de navidad se ve liquidada como si no los hubieran debido afrontar tales alteraciones intensas a sus jornadas de trabajo.

No quiere decir que el legislador no pueda establecer algunos matices que restrinjan tal proporcionalidad, pero sí quiere decir que no puede hacerlo en torno a los mínimos constitucionalmente exigibles, como lo son, la proporcionalidad entre la remuneración y la cantidad de trabajo.

La segunda desigualdad negativa ocurre porque la norma implica una discriminación indirecta, ya que los efectos de la exclusión solo impactan a quienes pueden devengar tales recargos y no a los empleados que se encuentran en mejores condiciones de remuneración, como se ha explicado a lo largo del escrito.

De otro lado, debe resaltarse que los tratos discriminatorios se dan en torno a grupos que son comparables, pues todos los sujetos comparados son regulados por los Decretos 1042 y 1045 de 1978, son todos funcionarios públicos, cobijados por las mismas disposiciones salariales.

Finalmente, se reitera que no existe una justificación para la exclusión del ingrediente normativo omitido, de acuerdo a las razones ya expuestas en la demanda, es decir, que no se logra ninguna finalidad legítima, ya que **i)** la igualación formal de los trabajadores no es un fin constitucionalmente legítimo, por el contrario, la Constitución obliga a distinguir en torno a criterios como la **cantidad de trabajo**, **ii)** un ahorro solo es legítimo cuando se logra sin afectar derechos o principios previstos en la Constitución y **iii)** ni siquiera se consigue “orden administrativo” es decir, poder liquidar “fácilmente” pues las entidades tienen que llevar un registro estricto de los recargos autorizados.

En consecuencia, se solicita que como segunda pretensión subsidiaria, se declare la omisión legislativa relativa y se incluya en la norma, que la prima de navidad debe ser liquidada con los recargos devengados por trabajo complementario, recargos nocturnos, en dominicales y feriados.

6. ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

6.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo estipulado en el artículo 241 numeral 5 de la Constitución Política, la respetada Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad en virtud que la norma cuestionada es un Decreto-Ley.

A pesar de que el Decreto Ley demandado puede ser desarrollado ampliamente por Decretos reglamentarios, en razón de la distribución de competencias prevista en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, los apartes acusados corresponden a normas legales vigentes que determinan el marco que el Gobierno debe desarrollar con sus decretos reglamentarios y, por eso, son de competencia exclusiva de la Corte Constitucional.

6.2 COSA JUZGADA

No existe cosa juzgada en el presente caso, pues hasta la fecha la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la norma demandada en relación con los cargos propuestos.

6.3 PRINCIPIO PRO ACTIONE

Consideramos que la demanda cumple con los requisitos de admisión ya que las razones expuestas son claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, de acuerdo a los criterios jurisprudenciales; pero en caso de que la Corte Constitucional tenga una duda sobre alguno de tales requisitos, les solicitamos a los Honorables Magistrados aplicar el Principio *pro actione*.

7.NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA

Agradezco que todas las providencias emitidas por ese Despacho sean notificadas y remitidas a la dirección electrónica transitofredy92@hotmail.com

De los Honorables Magistrados,



Fredy Quintero Blanco

C.C. 91.255.506

Cédula de ciudadanía del demandante