

COMPETENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA - Límites

Advierte la Sala que su competencia en el desarrollo de esta segunda instancia está limitada al debate jurídico que surge como consecuencia de la decisión de primera instancia y el escrito de impugnación, que en últimas implica para este Juez Constitucional determinar si debe el Gobierno Nacional dar cumplimiento al artículo 4, parágrafo 2 de la Ley 1496 de 2011, temática sobre la que versó el recurso del Ministerio apelante, pues sobre los artículos 5 y 6 de esa normativa, ningún argumento presentaron las partes.

FUENTE FORMAL: LEY 1496 DE 2011 - ARTICULO 4 PARAGRAFO 2

NOTA DE RELATORIA: se interpuso demanda en ejercicio de la acción de cumplimiento contra el Ministerio del Trabajo, para que se le ordene cumplir los artículos 4 (parágrafo 2), 5 y 6 de la Ley 1496 de 2011.

ACCION DE CUMPLIMIENTO - Procedencia. Gobierno Nacional y Ministerio del Trabajo tienen el deber de reglamentar la construcción de los factores de valoración salarial entre mujeres y hombres / POTESTAD REGLAMENTARIA - Expiración del término establecido / IGUALDAD SALARIAL ENTRE GENEROS - Construcción de los factores de valoración salarial entre mujeres y hombres / IGUALDAD DE GENEROS EN MATERIA LABORAL - Se debe dar cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 4 de la Ley 1496 de 2011

Destaca la Sala que en virtud del referido artículo el Ministerio debe disponer las reglas para la construcción de los factores de valoración salarial entre géneros. El propósito de tal directriz se encuentra en el interés de promover y garantizar la igualdad salarial y de cualquier forma de retribución laboral entre mujeres y hombres, fijar los mecanismos que permitan que dicha igualdad sea real y efectiva tanto en el sector público como en el privado y establecer los lineamientos generales que permitan erradicar cualquier forma discriminatoria en materia de retribución laboral. Así, no hay duda de que el segundo parágrafo del artículo 4 de la Ley 1496 de 2011 contiene un mandato claro, expreso e imposible de eludir a cargo del Ministerio del Trabajo consistente en adoptar mediante decreto dentro del año siguiente a la expedición de la norma, (29 de diciembre de 2011), las reglas para la construcción de los factores de valoración salarial entre mujeres y hombres... la Sala considera que si bien el Ministerio accionado informó las actividades que ha adelantado para expedir el respectivo acto, alegó varias dificultades para su expedición y además refirió actividades que actualmente desempeña para promover la igualdad de géneros en materia laboral, lo cierto es que no ha dado cumplimiento a la obligación de reglamentar lo concerniente a las reglas para la construcción de los factores de valoración salarial entre hombres y mujeres, para lo cual tenía un término de un (1) año, contado a partir de la fecha de entrada en vigencia de la norma -29 de diciembre de 2011- y que venció el 29 de diciembre de 2012. Así, comoquiera que se ha superado con amplitud el plazo fijado por el Legislador para expedir la reglamentación, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia que accedió a la pretensión de la acción de cumplimiento presentada por el señor Armando Ramírez Olarte y que ordenó al Ministerio demandado dar cumplimiento a la orden prevista en la norma en mención.

NOTA DE RELATORIA: en un primer momento, la jurisprudencia de esta Sección consideró que la acción de cumplimiento no era el mecanismo idóneo para exigir al Gobierno Nacional el ejercicio de su potestad reglamentaria. No obstante, en

sentencia del 9 de julio de 2011, exp. 2010-0629(ACU), M.P. Susana Buitrago Valencia, la Sala resolvió cambiar su posición en el sentido de admitir la procedencia de la acción de cumplimiento, cuando el Legislador ha establecido un término para ejercer dicha potestad y éste ha expirado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 17001-23-33-000-2014-00215-01(ACU)

Actor: ARMANDO RAMIEZ OLARTE

Demandado: MINISTERIO DEL TRABAJO

Conoce la Sala la impugnación interpuesta por el Ministerio del Trabajo contra el fallo de 8 de agosto de 2014, dictado por el Tribunal Administrativo de Caldas, que ordenó dar "...cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 4 de la Ley 1496 del 29 de diciembre de 2011...".

1. La demanda

El señor Armando Ramírez Olarte, obrando en nombre propio, con escrito radicado el 17 de junio de 2014 en la Oficina de Apoyo Judicial de Manizales, interpuso demanda en ejercicio de la acción de cumplimiento contra el Ministerio del Trabajo (fls. 6-11), para que se le ordene cumplir los artículos 4 (parágrafo 2º), 5 y 6 de la Ley 1496 de 2011, *"Por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones."*

Indicó el accionante que las normas cuyo cumplimiento solicita, ordenaron al Ministerio demandado la reglamentación de la ley para garantizar la igualdad salarial entre hombres y mujeres, lo que a la fecha tal autoridad no ha hecho.

2. Trámite y contestación de la demanda

El Tribunal Administrativo de Caldas, con providencia de 17 de junio de 2014 admitió la demanda y ordenó su notificación a la autoridad demandada (fl. 15). Con auto de 7 de julio de 2014, vinculó al Presidente de la República (fl. 99).

Enviadas las comunicaciones, el **Ministerio del Trabajo** contestó extemporáneamente y la **Presidencia de la República** lo hizo con escrito que allegó de forma oportuna y en el que solicitó fuera declarada improcedente la acción.

Adujo que la Presidencia de la República debe ser desvinculada del proceso porque, primero, el actor no la demandó sino que el Tribunal la vinculó de oficio; y segundo, no se acreditó su renuencia.

Señaló que de conformidad con la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado la acción de cumplimiento es improcedente para ordenar a las autoridades la reglamentación de leyes.

Indicó que *“...a la fecha no se ha recibido PROYECTO DE decreto de la Ley por parte del Ministerio del Trabajo, por lo que mientras no exista tal proyecto de reglamentación, no es posible que [el Presidente] pueda ejercer su facultad...”* (fls. 145-153).

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Caldas, con fallo de 8 de agosto de 2014, decidió, en el primer numeral, *“...ordenar al Gobierno Nacional y al Ministerio del Trabajo, que dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, den*

cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 4 de la Ley 1496 del 29 de diciembre de 2011...”; y en el segundo, denegó las pretensiones de la demanda “...referidas al cumplimiento de los artículos 5 y 6 de la Ley 1496 de 2011...”. El sustento de las decisiones la argumentó el Tribunal así:

3.1.- Frente a la falta de falta de constitución en renuencia de la Presidencia de la República, el Tribunal indicó que con fundamento en la jurisprudencia de esta Sección, “...*el requerimiento efectuado al Ministerio de Trabajo resulta suficiente para entender que se constituyó en renuencia a los accionados; por cuanto al haberse requerido a una de las autoridades que conforman el Gobierno Nacional, se entiende que la reclamación cobija al Gobierno propiamente dicho, inclusive al Presidente de la República...*”.

3.2.- Respecto del contenido del párrafo 2º del artículo 4 de la Ley 1496 de 2011, adujo que “...*el plazo de un año indicado (...) se encuentra superado, y por mucho, contado éste desde la fecha de promulgación de la ley en estudio...*”, por ende, era procedente ordenar el ejercicio de la facultad reglamentaria ordenado en la Ley para establecer las reglas de construcción de los factores de valoración salarial entre hombres y mujeres. Afirmó que por “...*la complejidad de la materia...*” el término razonable que concedería al Ministerio para cumplir la orden será de 6 meses.

3.3.- Para el caso del artículo 5º de la Ley 1496 de 2011, adujo que tal norma no consagra una obligación en cabeza de la autoridad demandada sino en empresas privadas y públicas. A lo que se suma que no contiene un mandato imperativo, por ende, era procedente negar la solicitud.

3.4.- Y frente al artículo 6, señaló el Tribunal que la implementación por parte del Ministerio del Trabajo de auditorías a las empresas, “...*no contiene un término (...) por lo que no puede ordenarse su cumplimiento a través de este mecanismo constitucional...*” (fls. 155-161).

4. La impugnación

Inconforme con la decisión de primera instancia, el Ministerio accionado la impugnó con escrito en el que solicitó la revocatoria de la decisión de primera instancia.

Expuso las etapas surtidas en el proceso de reglamentación de la Ley 1496 de 2011, en el cual se han realizado 3 mesas de trabajo entre los meses de julio y diciembre de 2012, a partir de las cuales se determinó que existen en el artículo 4º de la norma elementos que “...no son en sí mismo factores de valoración...” y que no resultan ser adecuados para lograr “...la aplicabilidad de la ley y procurar el bienestar de la población objeto de ella...”.

Adujo que la voluntad para reglamentar la norma existe, pero que problemas de “*técnica legislativa*” ajenos al Ministerio han dificultado la labor, haciendo referencia a los factores que establece el artículo 4 de la norma que se pide cumplir, los que en la práctica no sirven como reales factores de valoración para lograr la igualdad salarial entre hombres y mujeres.

Señaló que en vista de las dificultades que se han presentado en torno a la reglamentación de la Ley 1496 de 2011, el Ministerio ha trabajado en pro de la igualdad salarial entre géneros desde tres frentes que describió en detalle. “*El primero, a través de la implementación del Sello de Equidad Laboral EQUIPARES, el cual se implementa en empresas públicas y/ privadas a nivel nacional, contemplando una dimensión específica sobre igualdad salarial. El segundo, mediante el fortalecimiento del área de Inspección, Vigilancia y Control del Ministerio. Y finalmente, con la construcción de un procedimiento el cual, a partir de los postulados de la Ley 1496 de 2011, estandarizará el abordaje de las situaciones de discriminación salarial por razones de género por parte de los Inspectores Laborales.*”

Concluyó que actualmente el Ministerio está estudiando la posibilidad de presentar un proyecto de ley que *“...modifique el Artículo 4 de la Ley 1496 de 2010. Esta posibilidad permitirá generar e implementar unos factores de valoración salarial que se ajusten a la realidad de las empresas, a los planteamientos técnicos de la OIT y a las recomendaciones hechas por expertos en la materia. Este proyecto sin duda permitirá ejercer de manera efectiva los mecanismos de inspección, vigilancia y control, así como también permitirá mitigar las diferencias salariales que hoy en día afectan principalmente a las mujeres...”* (fls. 206-214).

I. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Cuestión previa

A partir de los antecedentes encuentra la Sala que con la demanda el actor solicitó el cumplimiento de 3 artículos de la Ley 1496 de 2011. De las normas invocadas por el accionante, el Tribunal *a quo* únicamente ordenó el acatamiento del párrafo 2º del artículo 4 de la Ley señalada.

Pues bien, advierte la Sala que su competencia en el desarrollo de esta segunda instancia está limitada al debate jurídico que surge como consecuencia de la decisión de primera instancia y el escrito de impugnación, que en últimas implica para este Juez Constitucional determinar si debe el Gobierno Nacional dar cumplimiento al artículo 4º, párrafo 2º de la Ley 1496 de 2011, temática sobre la que versó el recurso del Ministerio apelante, pues sobre los artículos 5 y 6 de esa normativa, ningún argumento presentaron las partes.

2.- Generalidades sobre la acción de cumplimiento

La finalidad de la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política a la cual puede acudir cualquier persona natural o jurídica, es hacer efectivo el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un

acto administrativo que impone determinada actuación u omisión a la autoridad. Su finalidad es la observancia del ordenamiento jurídico existente.

En desarrollo de este mandato constitucional, la Ley 393 de 29 de julio de 1997 que reglamenta esta acción, exige como requisito de procedibilidad *“la renuencia”* (artículo 8°), esto es, haber reclamado en sede administrativa antes de ejercitar la demanda la atención de la norma o del acto administrativo que se considera desatendido, y que la autoridad no responda transcurridos 10 días o se niegue a atender su cumplimiento.

Ahora bien, para que la demanda tenga éxito se requiere:

- a) Que la norma legal o acto administrativo contenga un mandato imperativo e inobjetable radicado en cabeza de esa autoridad pública o de ese particular en ejercicio de funciones públicas, a los cuales se reclama el cumplimiento; y que en efecto se establezca que existe la desatención de la norma o del acto.
- b) Que el actor pruebe que antes de demandar exigió al que consideró como obligado, el cumplimiento de su deber.
- c) Que el afectado no haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en la norma, salvo el caso que, de no actuar el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción; que no se trate de una norma que establezca gastos, ni tampoco del reclamo de un derecho que pueda garantizarse por la vía de la tutela.

3.- Lo que se solicita se ordene cumplir por la accionada

En ejercicio de la acción de cumplimiento el señor Armando Ramírez Olarte solicitó que el Ministerio del Trabajo dé cumplimiento al 2º párrafo del artículo 4 de la Ley 1496 de 2011, *“Por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para*

erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones”, que dice:

“(…)

ARTÍCULO 4o. FACTORES DE VALORACIÓN SALARIAL. Factores de valoración salarial. Son criterios orientadores, obligatorios para el empleador en materia salarial o de remuneración los siguientes:

- a) La naturaleza de la actividad a realizar;
- b) Acceso a los medios de formación profesional;
- c) Condiciones en la admisión en el empleo;
- d) Condiciones de trabajo;
- e) La igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación;
- f) Otros complementos salariales.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos de garantizar lo aquí dispuesto, el Ministerio del Trabajo y la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, de que trata la Ley 278 de 1996, desarrollarán por consenso los criterios de aplicación de los factores de valoración.

PARÁGRAFO 2o. Dentro del año siguiente a la expedición de la presente norma, expedirá el decreto reglamentario por medio del cual se establecen las reglas de construcción de los factores de valoración salarial aquí señalados.

PARÁGRAFO 3o. El incumplimiento a la implementación de los criterios establecidos en el decreto reglamentario por parte del empleador dará lugar a multas de cincuenta (50) hasta quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes imputables a la empresa. El Ministerio del Trabajo, por medio de la autoridad que delegue fijará la sanción a imponerse, la cual se hará efectiva a través del Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena).

(…)” (Subrayas de la Sala).

4.- Del requisito de procedibilidad de la acción – renuencia

La Sala en primer lugar estudiará si el accionante cumplió con el requisito de procedibilidad de la acción, es decir, si constituyó en renuencia a la autoridad demandada.

Al respecto, la Sala destaca que el artículo 8° de la Ley 393 de 1997¹ exige al actor, como uno de los requisitos mínimos para que la acción de cumplimiento proceda, que aporte con la demanda la prueba de haber requerido directamente a la entidad demandada el cumplimiento del deber legal o administrativo presuntamente desconocido por esta, previo al ejercicio de la acción. Este incumplimiento deberá haberse ratificado por la autoridad, ya sea de manera expresa mediante escrito comunicado dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la petición, o tácitamente por haber guardado silencio dentro de ese mismo término.

En el caso en concreto, obra en el expediente petición del 28 de mayo de 2014, suscrita por el señor Armando Ramírez Olarte y dirigida al Ministerio del Trabajo (fls. 1-5), en el que invocó su derecho constitucional de petición, para inmediatamente después indicar que lo ejercía con el propósito de *“...que de conformidad con lo establecido en la ley 1496 de 2011, se cumpla de parte de ese Ministerio con la reglamentación en ella ordenada, según el contenido de los artículos y/ parágrafos de dicha norma...”*, artículos 4, 5 y 6 que a continuación transcribió. Frente a este escrito la autoridad accionada no se pronunció.

Así las cosas, para la Sala es evidente que en este proceso el demandante sí agotó el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 8° de la Ley 393 de 1997, pues expresó con claridad cuál era la norma cuyo cumplimiento deprecaba y

¹ *“La Acción de Cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.*

Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable para el accionante, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

También procederá para el cumplimiento de normas con fuerza de Ley y Actos Administrativos, lo cual no excluirá el ejercicio de la acción popular para la reparación del derecho.” (Negrillas de la Sala).

transcurridos 10 días siguientes a la presentación de la solicitud, la autoridad no se manifestó.

5.- Del caso en concreto

En el presente caso el actor demandó al Ministerio del Trabajo con el objeto de que diera cumplimiento al segundo párrafo del artículo 4 de la Ley 1496 de 2011.

Destaca la Sala que en virtud del referido artículo el Ministerio debe disponer las reglas para la construcción de los factores de valoración salarial entre géneros. El propósito de tal directriz se encuentra en el interés de promover y garantizar la igualdad salarial y de cualquier forma de retribución laboral entre mujeres y hombres, fijar los mecanismos que permitan que dicha igualdad sea real y efectiva tanto en el sector público como en el privado y establecer los lineamientos generales que permitan erradicar cualquier forma discriminatoria en materia de retribución laboral².

Así, no hay duda de que el segundo párrafo del artículo 4 de la Ley 1496 de 2011 contiene un mandato claro, expreso e imposible de eludir a cargo del Ministerio del Trabajo consistente en adoptar mediante decreto **dentro del año siguiente a la expedición de la norma**³, (29 de diciembre de 2011), las reglas para la construcción de los factores de valoración salarial entre mujeres y hombres.

Sobre este particular destaca la Sala que la jurisprudencia de esta Sección en principio consideró que la acción de cumplimiento no era el mecanismo adecuado para exigir al Gobierno Nacional ejercer su potestad reglamentaria, para lo cual afirmó:

² Artículo 1° de la Ley 1496 de 2011.

³ Según el artículo 9° de la Ley 1496 de 2011, que habla sobre la vigencia, esta rige desde la fecha de su promulgación, lo cual ocurrió el 29 de diciembre de 2011, cuando fue publicada en el Diario Oficial No. 48.297.

“Carece por completo de fundamento pretender que mediante la acción de cumplimiento, se le pueda imponer un plazo o establecer unas condiciones al Presidente de la República para ese efecto, toda vez que ello constituiría una clara violación del artículo 189.11 constitucional”.⁴

Y, en sentencia de 27 de mayo de 2004⁵ indicó:

“...siendo la reglamentación de las leyes una potestad en cabeza del ejecutivo cuyo ejercicio le compete en forma exclusiva y discrecional, no es viable afirmar que la misma constituya un deber legal que pueda ser ordenado a través del ejercicio de esta acción.”

No obstante, con sentencia de 9 de julio de 2011⁶ esta Sección resolvió cambiar su posición con relación a la viabilidad de la acción de cumplimiento en estos casos, en el sentido de indicar que cuando el Legislador establece un término para el respectivo desarrollo de una ley y este ha expirado, la acción de cumplimiento resulta ser el mecanismo idóneo para exigir su cumplimiento. En ese sentido, expresó:

“...ha querido destacar la Sala que el ejercicio de la potestad reglamentaria por cuenta del Presidente de la República, no está sujeto a límite temporal alguno, pero que si el legislador le impone un plazo para su ejercicio, ello a más de ser constitucional, sí puede calificarse como un deber inobjetable que pueda exigirse por conducto de la acción de cumplimiento, pues lo que se hace certero e inobjetable no es el contenido de la reglamentación, campo donde el ejecutivo tiene cierta discrecionalidad, sino el deber de desarrollar la potestad reglamentaria dentro de cierto límite de tiempo.

En definitiva, la acción de cumplimiento sí es el mecanismo idóneo para exigir del Gobierno Nacional la ejecución de leyes que le ordenen ejercer la potestad reglamentaria para lograr el respectivo desarrollo legislativo, siempre y cuando la ley le haya fijado un

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA. Sentencia de 10 de febrero de 2000, Radicado. ACU – 1123.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta. Sentencia de 27 de mayo de 2004, Rad. 250002324000200301683-02.

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA. Sentencia de 9 de julio de 2011, Radicado. ACU 2010-0629, M.P. Susana Buitrago Valencia.

término para ello y el mismo haya expirado. Bajo esas circunstancias el deber legal se torna inobjetable e incontinente, entre otras razones porque no resulta improcedente a la luz de las causales legalmente establecidas en la Ley 393 de 1997” (Negrillas fuera de texto).

Así, teniendo en cuenta el anterior criterio, la Sala considera que si bien el Ministerio accionado informó las actividades que ha adelantado para expedir el respectivo acto, alegó varias dificultades para su expedición y además refirió actividades que actualmente desempeña para promover la igualdad de géneros en materia laboral, lo cierto es que **no ha dado cumplimiento a la obligación de reglamentar** lo concerniente a las reglas para la construcción de los factores de valoración salarial entre hombres y mujeres, para lo cual tenía un término de un (1) año, contado a partir de la fecha de entrada en vigencia de la norma -29 de diciembre de 2011- y que venció el 29 de diciembre de 2012⁷.

Así, comoquiera que se ha superado con amplitud el plazo fijado por el Legislador para expedir la reglamentación, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia que accedió a la pretensión de la acción de cumplimiento presentada por el señor Armando Ramírez Olarte y que ordenó al Ministerio demandado dar cumplimiento a la orden prevista en la norma en mención.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Confirmar la sentencia de 8 de agosto de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

⁷ En el mismo sentido se pronunció esta Sección el 4 de diciembre de 2013, radicado: No. 250002341000201301775-01. Actor: Andrés Rufino Uprimny Yepes.

SEGUNDO: Notificar a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **enviar** el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

ALBERTO YEPES BARREIRO

Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

SUSANA BUITRAGO VALENCIA