

Sentencia C-103/18



Referencia: expediente D-11895

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1º, del párrafo 1º, del artículo 3º de la Ley 789 del 27 de diciembre de 2002 *“por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”*

Actor: David Cujar Bermúdez y otros

Magistrada Ponente:
DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 4 de la Constitución Política y, cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Los ciudadanos David Cujar Bermúdez, Sara Milena Núñez Aldana, Natalia Pérez Amaya, Bryan Triana Ancinez y Nathalia Andrea Urrego Jiménez (miembros del grupo de acciones públicas de la Universidad del Rosario), actuando en nombre propio, formularon demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1º, del párrafo 1º, del artículo 3º de la Ley 789 del 27 de diciembre de 2002 *“por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”*. Consideran que esta disposición vulnera los artículos 14, 48 y 33 de la Constitución Política; el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC-; el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 1º del Protocolo de San Salvador. Mediante auto del 31 de enero de 2017 se admitió la demanda, se dieron los traslados correspondientes y se invitó a participar a varias instituciones.¹ Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la

¹ Fue admitida por el entonces Magistrado (e) José Antonio Cepeda Amarís. En el Auto admisorio también se dispuso correr traslado al Procurador General de la Nación, para que rindiera su concepto de rigor; comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República y al Presidente del Congreso, así como a los Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Justicia, del Interior y del Trabajo, al igual que al Superintendente de Subsidio Familiar. Finalmente, invitó a participar a las

Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación, se transcribe el texto de la norma objeto de la demanda, de acuerdo con su publicación en el Diario Oficial No. 45.046 del veintisiete (27) de diciembre de dos mil dos (2002):

LEY 789 DE 2002
(diciembre 27)²

Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo.

(...)

“Artículo 3°. Régimen del subsidio familiar en dinero. Tienen derecho al subsidio familiar en dinero los trabajadores cuya remuneración mensual, fija o variable no sobrepase los cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv, siempre y cuando laboren al menos 96 horas al mes; y que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero (a), no sobrepasen seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv.

Cuando el trabajador preste sus servicios a más de un empleador, se tendrá en cuenta para efectos del cómputo anterior el tiempo laborado para todos ellos y lo pagará la Caja de Compensación Familiar a la que está afiliado el empleador de quien el trabajador reciba mayor remuneración mensual. Si las remuneraciones fueren iguales, el trabajador tendrá la opción de escoger la Caja de Compensación. En todo caso el trabajador no podrá recibir doble subsidio.

El trabajador beneficiario tendrá derecho a recibir el subsidio familiar en dinero durante el período de vacaciones anuales y en los días de descanso o permiso remunerado de ley, convencionales o contractuales; períodos de incapacidad por motivo de enfermedad no profesional, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

Parágrafo 1°. Darán derecho al subsidio familiar en dinero las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

facultades de Derecho de la Universidades Externado de Colombia, Javeriana, Nacional de Colombia, de la Sabana, ICESI de Cali, Libre, Eafit de Medellín, del Atlántico, Industrial de Santander, de Ibagué, del Rosario y de Antioquia, al igual que a la Defensoría del Pueblo, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Confederación de Trabajadores de Colombia –CTC-, a la Confederación General del Trabajo –CGT-, a la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia –CUT-, con el objeto de que emitieran concepto técnico sobre la norma demandada.

² Diario Oficial No. 45.046 de 27 de diciembre de 2002.

1. Los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros. Después de los 12 años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado.

2. Los hermanos que no sobrepasen la edad de 18 años, huérfanos de padres, que convivan y dependan económicamente del trabajador y que cumplan con el certificado de escolaridad del numeral 1.

3. Los padres del trabajador beneficiario mayores de 60 años, siempre y cuando ninguno de los dos reciba salario, renta o pensión alguna. No podrán cobrar simultáneamente este subsidio más de uno de los hijos trabajadores y que dependan económicamente del trabajador.

4. Los padres, los hermanos huérfanos de padres y los hijos, que sean inválidos o de capacidad física disminuida que les impida trabajar, causarán doble cuota de subsidio familiar, sin limitación en razón de su edad. El trabajador beneficiario deberá demostrar que las personas se encuentran a su cargo y conviven con él.”³

III. LA DEMANDA⁴

Los ciudadanos David Cujar Bermúdez, Sara Milena Núñez Aldana, Natalia Pérez Amaya, Bryan Triana Ancinez y Nathalia Andrea Urrego Jiménez (miembros del grupo de acciones públicas de la Universidad del Rosario), actuando en nombre propio, presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 1° del artículo 3° de la Ley 789 de 2002, al considerar que el reducir el beneficio del subsidio consagrado en esa norma legal conlleva (i) la violación del principio de progresividad y la prohibición de regresividad, así como (ii) el desconocimiento del principio de igualdad. En tal sentido, sostienen que la norma acusada vulnera la Constitución Política (artículos 14, 48 y 33) y varias normas del bloque de constitucionalidad. Solicitaron que se declare la exequibilidad condicionada de la norma acusada, bajo el entendido que podrán acceder al subsidio familiar los hijos de trabajadores hasta los 25 años de edad.

1. Violación del principio de progresividad y prohibición de regresividad

³ El resto de la norma dice: “5. En caso de muerte de una persona a cargo por la cual el trabajador estuviere recibiendo subsidio familiar, se pagará un subsidio extraordinario por el mes en que este ocurra, equivalente a 12 mensualidades del subsidio en dinero que viniere recibiendo por el fallecido. || 6. En caso de muerte de un trabajador beneficiario, la Caja de Compensación Familiar continuará pagando durante 12 meses el monto del subsidio por personas a cargo, a la persona que acredite haberse responsabilizado de la guarda, sostenimiento o cuidado de ellos. El empleador dará aviso inmediato de la muerte de un trabajador afiliado a la Caja de Compensación. || 7. Podrán cobrar simultáneamente el subsidio familiar por los mismos hijos el padre y la madre, cuyas remuneraciones sumadas no excedan de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv. *Parágrafo 2°.* Tendrán derecho a Subsidio Familiar en especie y servicios para todos los demás servicios sociales los trabajadores cuya remuneración mensual fija o variable, no sobrepase los cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv, y tendrán derecho a estos subsidios las personas a cargo enunciadas en el parágrafo 1° del presente artículo, incluyendo el (la) cónyuge y el trabajador. || En el caso del parágrafo 1, los Consejos directivos de las Cajas de Compensación familiar fijarán las tarifas y montos subsidiadas que deberán ser inversamente proporcional al salario devengado.”

⁴ Expediente, folios 1 a 35.

Para efectos de sustentar el primer cargo, las personas demandantes comienzan exponiendo el marco regulatorio del principio de progresividad y la prohibición de regresividad. En esa línea, acuden a cuatro instrumentos internacionales que desarrollan este principio y hacen parte del bloque de constitucionalidad [a saber, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - PIDESC- (artículo 2.1); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (el artículo 26) y el Protocolo de San Salvador (artículo 1º)]. Luego de efectuar una transcripción de las disposiciones del bloque, los demandantes concluyeron que *“en los sistemas universal e interamericano de derechos humanos se encuentra consagrado el principio de progresividad y la prohibición de regresividad”* de lo cual surge obligación de los Estados miembros de manera progresiva y hasta agotar el máximo de sus recursos, adoptar medidas que permitan garantizar efectivamente la protección de los derechos reconocidos en los mencionados instrumentos. En torno a dicha obligación, los demandantes incluyen un análisis de la jurisprudencia constitucional relativa al carácter vinculante de la misma, advirtiendo que, en todo caso, los Estados pueden adoptar medidas regresivas siempre que se fundamenten en *“razones de peso”* (Sentencias C-393 de 2007 y T-469 del 2013). De forma similar, acuden a la Sentencia C-536 de 2012 para desarrollar el test de regresividad, con el objeto de determinar si la norma acusada es o no regresiva. Ese análisis, es efectuado a partir de tres criterios *“(1) que la medida es regresiva, (2) que no afecte los contenidos mínimos intangibles de los derechos sociales, económicos y culturales y (3) la justificación de la medida”*, los cuales son abordados de la siguiente manera:

1.1. *Carácter regresivo de la medida legal.* Los demandantes presentan un cuadro comparativo de los textos para evidenciar que la norma demandada introduce un cambio al artículo 27 de la Ley 21 de 1982 que reglamentó el sistema de subsidio familiar en Colombia el cual, a su juicio, implica un retroceso en el nivel de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores beneficiarios del subsidio familiar. Concretamente, consideran que la consecuencia del cambio normativo es

“(...) el efecto del cambio legislativo es disminuir la cobertura del sistema de seguridad social de subsidio familiar para los hijos beneficiarios de los trabajadores; con la Ley 21 de 1982 se les brindaba cobertura desde su nacimiento hasta los 23 años, siempre y cuando, permanecieran dentro del sistema educativo, pero, con la Ley 789 de 2002 se disminuye la cobertura de estos sujetos porque se limita la cobertura al periodo comprendido entre el nacimiento y los dieciocho (18) años.”

<i>Texto de los artículos 27 y 28 de la Ley 21 de 1982</i>	<i>Texto demandado del numeral 1º del párrafo primero del artículo tercero de la Ley 789 de 2002</i>
<i>Artículo 27. Darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumera:</i>	<i>Parágrafo 1º. Darán derecho al subsidio familiar en dinero las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:</i>

<p>1°. Los hijos legítimos los naturales, los adoptivos y los hijastros.</p> <p>2°. Los hermanos huérfanos de padre.</p> <p>3°. Los padres del trabajador.</p> <p><i>Para los efectos del régimen del subsidio familiar se consideran personas a cargo las enumeradas, cuando convivan y dependan económicamente del trabajador y, además se hallen dentro de las condiciones señaladas en los artículos siguientes.</i></p> <p><i>Parágrafo. El cónyuge o compañero permanente del trabajador, así como las personas relacionadas en el presente artículo podrán utilizar las obras y programas organizados con el objeto de reconocer el subsidio en servicios. El texto subrayado fue declarado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009, en el entendido de que, en las mismas condiciones, comprende también a los integrantes de la pareja del mismo sexo.</i></p> <p><i>Artículo 28. Los hijos legítimos, los naturales, los adoptivos, los hijastros y los hermanos huérfanos de padres se consideran personas a cargo hasta la edad de dieciocho (18) años.</i></p> <p><i>Sin embargo, a partir de los doce (12) años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente oficialmente aprobado con un mínimo de cuatro (4) horas diarias o de ochenta (80) mensuales.</i></p> <p><i>Cuando la Persona a cargo sobrepase la edad de dieciocho (18) años y empiece o esté haciendo estudios postsecundarios, intermedios o técnicos dará lugar a que por él se pague el subsidio familiar, hasta la edad de 23 años cumplidos, acreditando la respectiva calidad de estudiante post-secundario, intermedio o técnico.</i></p>	<p><u>1. Los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros. Después de los 12 años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado.</u></p> <p>2. Los hermanos que no sobrepasen la edad de 18 años, huérfanos de padres, que convivan y dependan económicamente del trabajador y que cumplan con el certificado de escolaridad del numeral 1.</p> <p>3. Los padres del trabajador beneficiario mayores de 60 años, siempre y cuando ninguno de los dos reciba salario, renta o pensión alguna. No podrán cobrar simultáneamente este subsidio más de uno de los hijos trabajadores y que dependan económicamente del trabajador.</p> <p>4. Los padres, los hermanos huérfanos de padres y los hijos, que sean inválidos o de capacidad física disminuida que les impida trabajar, causarán doble cuota de subsidio familiar, sin limitación en razón de su edad. El trabajador beneficiario deberá demostrar que las personas se encuentran a su cargo y conviven con él.</p> <p>5. En caso de muerte de una persona a cargo por la cual el trabajador estuviere recibiendo subsidio familiar, se pagará un subsidio extraordinario por el mes en que este ocurra, equivalente a 12 mensualidades del subsidio en dinero que viniere recibiendo por el fallecido.</p> <p>6. En caso de muerte de un trabajador beneficiario, la Caja de Compensación Familiar continuará pagando durante 12 meses el monto del subsidio por personas a cargo, a la persona que acredite haberse responsabilizado de la guarda, sostenimiento o cuidado de ellos. El empleador dará aviso inmediato de la muerte de un trabajador afiliado a la Caja de Compensación.</p> <p>7. Podrán cobrar simultáneamente el subsidio familiar por los mismos hijos el padre y la madre, cuyas remuneraciones sumadas no excedan de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv.</p>
---	---

Para los accionantes, “la Corte Constitucional ha reconocido que a pesar de que la Ley 789 de 2002 no derogue de manera expresa la Ley 21 de 1982, si se presenta una derogación tácita, porque la primera presentó una nueva regulación integral del subsidio familiar (C-653 de 2003), para ello se recuerda que el artículo 3 de la Ley 157 de 1887 establece que: ‘estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del Legislador o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley

nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería'. Así, la demanda alega que esta disminución de la protección legal *“constituye un retroceso en la garantía de este derecho, porque disminuye la posibilidad de que los beneficiarios del régimen de seguridad social gocen de estos beneficios al reducir la edad de protección”*.

1.2. *Afectación de los derechos sociales económicos y culturales.* Las personas accionantes consideran que la modificación introducida por la norma demandada a la política legislativa de llevaba ya dos décadas (Ley 21 de 1982), vulnera el derecho a la seguridad social que se materializa a través del acceso al subsidio familiar. De acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional en (C-508 de 1997), se considera que la finalidad del subsidio familiar es ser *“un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos”*, en atención a las necesidades básicas del grupo familiar. El beneficio se encuentra destinado a la población con menos ingresos en dos modalidades básicas, (i) en dinero que se paga a los trabajadores que perciben los salarios más bajos de acuerdo con el número de hijos y (ii) en servicios, que consiste en el acceso a servicios de salud, educación y recreación. La demanda hace alusión al alcance que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales fija del artículo 9 del PIDESC al establecer como finalidad del subsidio familiar la de brindar una ayuda a los beneficiarios del trabajador, en especial a los niños y a los adultos mayores. Teniendo en cuenta que el subsidio familiar constituye una expresión del derecho a la seguridad social, los demandantes señalan que aquél debe protegerse bajo las garantías mínimas establecidas para todas las prestaciones del Sistema General de Seguridad Social tanto en la Constitución Política (artículo 48), a saber: (i) eficiencia, (ii) universalidad y (iii) solidaridad, como en el bloque de constitucionalidad (ver, Observación General No 19 del CDESC): (i) disponibilidad, (ii) riesgos imprevistos sociales, (iii) nivel suficiente y (iv) accesibilidad.

Para la acción de la referencia, la norma legal acusada viola el principio de accesibilidad y el principio de universalidad, reconocidos por el bloque de constitucionalidad y la Constitución Política, *“porque al disminuir la edad máxima en que los beneficiarios de los trabajadores pueden acceder al sistema de seguridad social se limita el número de personas que puedan acceder a estos servicios.”* Al respecto se insiste,

“A manera de ejemplo de los efectos de esta medida, se pone de presente que los jóvenes que ingresen a la educación superior en las jornadas diurnas, además, de que se les imposibilita acceder al mercado laboral por lo horarios que se manejan en los establecimientos educativos; una vez, cuando cumplan la mayoría de edad, perderán los beneficios que brinda el subsidio familiar. (...)”

1.3. *Justificación de la medida regresiva.* Los demandantes acuden a la exposición de motivos de la Ley 789 de 2002, para resaltar que la norma no se encontraba en la versión original del proyecto de ley, que tenía como objeto *“contribuir al fortalecimiento del Estado Social de Derecho mediante medidas trascendentales, aunque no de choque que den impulso al mercado laboral y*

contribuyan a recuperar la confianza tanto de los empleadores como de los trabajadores en la economía colombiana”; se consideró que urge “(...) *dinamizar la vida laboral en aspectos que hoy la legislación no facilita y que, dentro de márgenes razonables e inspirados en la posibilidad de recuperar espacios para el empleo digno, hagan un poco más atractiva la posibilidad de generar e iniciar el camino restaurador de la economía desde la oportunidad básica de tener acceso al trabajo en condiciones dignas y justas.*” [Gaceta del Congreso N° 350 de 2002] Fue incluida en la ponencia para el primer debate, que se llevó a cabo en las Comisiones Séptimas conjuntas de ambas cámaras, pero, en esta ponencia no se establecen los motivos que justifican la incorporación de dicha medida, el cual se presentó así:

“Artículo nuevo. || Se establece en forma separada lo que el Gobierno había incluido dentro del articulado como era la supresión del subsidio en dinero para los mayores niveles a 3 salarios mínimos, que como se verá en su momento afecta una minoría de la población, posibilitando una mejor redistribución de recursos.

Conforme el proyecto del Gobierno se limita el subsidio en dinero a las personas que no devenguen más de 3 salarios mínimos legales, siendo necesario precisar que para tener este derecho se debe laborar no menos de 96 horas al mes, conforme la legislación vigente.

Artículo 3°. Régimen del subsidio en dinero. A partir de la vigencia de la presente ley el subsidio en dinero que pagan las Cajas de Compensación únicamente cubrirá a los trabajadores que devenguen hasta tres (3) salarios mínimos legales mensuales, siempre y cuando se labore al menos 96 horas al mes.

Parágrafo. El subsidio en dinero sólo se reconocerá por hijos menores de 18 años” (Gaceta del Congreso N° 444 de 2002)

Las personas accionantes resaltan que se presentaron modificaciones en la Comisiones Séptimas, conjuntas; cambios en el texto que prácticamente se mantuvieron hasta el punto en que actualmente se encuentra, una vez expedido como ley de la República.⁵ Sostienen al respecto,

“Posteriormente, pese a que las ponencias para segundo debate en las plenarias de cada una de las cámaras presentaban algunas modificaciones en la ubicación de la disposición, estas no presentaron alteraciones sustanciales al igual que los textos definitivos que fueron expedidos en estos últimos debates quedando la disposición final conforme está vigente actualmente y sin haberse justificado específicamente la incorporación de la medida bajo estudio.

De acuerdo a este breve análisis del procedimiento legislativo mediante el cual fue creada la Ley 789 de 2002, no se logra encontrar una razón específica, ni en los informes de ponencia, ni en los debates realizados, que sustente la regresividad de la norma demandada. Si bien es cierto

⁵ Gaceta del Congreso N°575 de 2002.

que la Ley en general se fundamenta en la disminución de los costos de las garantías laborales a cargo de los empleadores con el fin de generar mayor empleabilidad, no se puede tomar como fundamento de la disposición específica que se demanda, ya que su contenido está encaminado a presentar modificaciones en el régimen de subsidio familiar y no a disminuir los costos de los empleadores, puesto que, a pesar de que el costo del subsidio familiar lo asumen los empleadores, este valor se otorga en razón al tiempo laborado en el mes y no el número de beneficiarios que tenga el trabajador.

De esta manera, no se presentó una justificación para la medida regresiva que se encuentra bajo estudio, motivo por el cual no se puede someter bajo análisis de los criterios de proporcionalidad. En este sentido, se entiende que la regresividad resulta injustificada conforma lo ha estipulado la Corte Constitucional (C-536 de 2012)”

En síntesis, para la acción presentada, al no tener justificación expresa que fundamente la medida legal específica que se estudia “*se entiende que no hay razón válida que sustente la regresividad que presenta la norma*”.

2. Violación del principio de igualdad

Para los accionantes la norma acusada viola además el principio de igualdad, al reducir la edad de los hijos beneficiarios del subsidio de 25 a 18 años, a pesar de que regulaciones comparables establecen la edad máxima de beneficio en 25, no se ha disminuido el beneficio que existía.

2.1. Luego de hacer referencia a la jurisprudencia constitucional sobre el principio de igualdad que a su parecer es aplicable al caso (en especial, la línea jurisprudencial recogida en la sentencia C-250 de 2012), la acción de inconstitucionalidad se ocupa del acceso al servicio de salud y pensión de sobrevivientes a los hijos de los trabajadores. Se afirma que “*un régimen jurídico no es considerado discriminatorio de manera aislada sino en relación con otro régimen jurídico*”, por lo que para analizar el trato diferenciado que se le “*ha otorgado al subsidio familiar, es necesario para explicar cómo se regula el acceso al servicio de salud y pensiones frente a los hijos de los trabajadores.*” Presenta parte de la evolución normativa de esta institución (Ley 100 de 1993, art. 47, b; Ley 1753 del 2015, art. 218⁶) y la declaratoria de constitucionalidad

⁶ En la acción se advierte que en el informe de ponencia para segundo debate de la Ley se dijo lo siguiente: “Composición del núcleo familiar para el acceso a la seguridad social. El marco legal vigente en lo que se refiere a conformación del núcleo familiar, no se encuentra adecuado a las condiciones socioeconómicas reales de la población colombiana, ni a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional que ordena la especial protección e inclusión de grupos poblacionales como son menores de edad [...]. || Así también respecto de hijos mayores de 18 y menores de 25 años, un grueso de lo dicho grupo poblacional, no tiene la posibilidad de continuar estudiando y/o de emplearse al terminar sus estudios, constituyéndose la condición de estudiante en una barrera de acceso a los servicios de salud para este grupo, toda vez que no cumplen condiciones para estar en el Régimen Subsidiado y tampoco perciben ingresos para cotizar. || Por tanto, atendiendo al mandato constitucional y ante la necesidad de garantizar la universalización del aseguramiento en salud a estos grupos poblacionales, resulta necesario incluir la modificación legal de la confirmación del núcleo familiar vigente, para cubrir las condiciones reales de los núcleos familiares.”

por parte de la Corte por considerarla razonable (C-451 de 2005) y, posteriormente, concluye que,

“(…) los hijos de los trabajadores tienen derecho a acceder al servicio de salud hasta los 25 años, siempre y cuando, dependan económicamente del cotizante y para comprobar esa dependencia económica se requiere que la persona no esté cotizando directamente al Sistema de Seguridad Social, sin necesidad de, con el fin de lograr la universalización del sistema de salud, presentar un certificado de estudios.”

2.1.1. Los accionantes exponen los requisitos mínimos de análisis que supone un juicio constitucional de igualdad [especial referencia hacen a las sentencias C-022 de 1996 y C-015 de 2014]. Advierten que el juicio de igualdad que se debe realizar en este caso ha de tener una intensidad fuerte, deber ser *estricto*, puesto que la regresividad que se acusa, *“afecta el derecho fundamental a la seguridad social, por generar un trato distinto al servicio de subsidio familiar en relación con los servicios de salud y pensiones”*. Así, los accionantes pasan luego a la que denominan *“(…) primera etapa de análisis, para verificar si los supuesto de hecho son susceptibles de compararse y si se comparan sujetos de la misma naturaleza, conviene considerar los tres contenidos normativos que la demanda pretende cotejar”*.

2.1.2. Así, la conclusión a la que llegan al comparar los textos normativos es la siguiente:

“(…) el acceso de los hijos de los trabajadores, en calidad de beneficiarios, tanto del servicio de salud como en pensiones es hasta los 25 años, siempre y cuando la persona dependa económicamente del afiliado. Sin embargo, en el régimen que regula el subsidio familiar se señala que los hijos de los trabajadores podrán acceder al subsidio únicamente hasta los 18 años.

Lo anterior demuestra el trato diferente que se le otorga a los hijos de los trabajadores frente al subsidio familiar en relación con salud y pensiones, ya que únicamente tendrán acceso a este derecho hasta que cumplan la mayoría de edad”

A continuación se incluye el cuadro comparativo de las normas legales en materia de salud y de pensiones, referentes a instituciones que contemplan beneficios para los hijos de los trabajadores, que presentan en su demanda los accionantes. Para ellos las instituciones jurídicas pueden ser objeto de contraste a la luz del derecho de igualdad y, en consecuencia, consideran que obligan a llegar a la citada conclusión que ellos alegan.

Artículo 163 de la Ley 100 de 1993	Artículo 47 de la Ley 100 de 1993	Precepto demandado Parágrafo 1º, artículo 3º de la Ley 789 de 2002

<p>(Artículo modificado por el artículo 218 de la Ley 1753 de 2015). El núcleo familiar del afiliado cotizante, estará constituido por:</p> <p>a) El cónyuge.</p> <p>b) A falta de cónyuge la compañera o compañero permanente.</p> <p>c) Los hijos hasta que cumplan los veinticinco (25) años de edad que dependen económicamente del afiliado.</p> <p>d) Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado.</p> <p>e) Los hijos del cónyuge o compañero permanente del afiliado que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales e) y d) del presente artículo.</p> <p>f) Los hijos de beneficiarios y hasta que dichos beneficiarios conserven su condición.</p> <p>g) Las personas identificadas en los literales e), d) y e) del presente artículo que están a cargo del afiliado familiar hasta el tercer grado de consanguinidad como consecuencia del fallecimiento o la ausencia de sus padres o la pérdida de la patria potestad por parte de los mismos.</p> <p>h) A falta de cónyuge o compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente de este.</p> <p>i) Los menores entregados en custodia legal por la autoridad competente.</p> <p>PARÁGRAFO 1o. Se entiende que existe dependencia económica cuando una persona recibe de otra los medios necesarios para su subsistencia. En el caso de los hijos entre los 18 y 25 años se presumirá su incapacidad económica sino se encuentran cotizando directamente como dependientes o independientes.</p>	<p>(Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003).</p> <p>Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: (...)</p> <p>c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez.</p>	<p>PARÁGRAFO 1º Darán derecho al subsidio familiar en dinero las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:</p> <p>1. Los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros. Después de los 12 años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado.</p>
--	---	---

2.1.3. Para la demanda los supuestos de las normas son susceptibles de ser “cotejados, toda vez que las tres normas se refieren a aquellos servicios que se presentan dentro del Sistema de Seguridad Social en Colombia. Además, se trata de sujetos que tiene una misma naturaleza la cual consiste en ser beneficiarios del sistema, es decir, aquellos que a pesar de que no son cotizantes se pueden beneficiar pro los servicios que se otorga en salud, pensiones y subsidio familiar.” Para lo accionantes es evidente que se está dando un trato desigual entre iguales:

“(…) ya que tanto en el servicio de salud como en la pensión de sobrevivientes se permite a los hijos de los trabajadores acceder a estos servicios hasta los 25 años, sin embargo, en el servicio de subsidio familiar se señala que sólo tendrán derecho los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, es decir, no se permite acceder a este derecho hasta los 25 años. [..]”

2.2. Después de haber hecho a la eventual justificación general de tres artículos, en uno de los cuales está la regla legal acusada,⁷ se advierte que “(…) *del análisis de la exposición de motivos y de cada una de las ponencias que se realizaron durante el transcurso del proyecto de Ley, ninguna justifica la razón del por qué no se otorga la protección hasta los 25 años, como si se concede en la prestación del servicio de salud y pensiones, y tampoco se motiva la razón de disminuir la edad de cobijamiento del subsidio familiar. Ante la omisión del cumplimiento de una carga normativa por la ausencia de justificación se deriva una presunción de inconstitucionalidad por no justificar de manera expresa la adopción de esta medida en la Ley 789 de 2002.*” Ahora bien, asumiendo el objetivo general de la Ley de la cual la regla legal acusada forma parte, se podría concluir, afirman los accionantes, que la finalidad de la norma es ‘*promover el empleo*’, el cual es un fin imperioso. Garantizar el derecho al trabajo es un propósito ‘*urgente e inaplazable*’, pues aproximadamente 2.8 millones de colombianos en edad de trabajar se encuentran por fuera del mercado laboral; se “*busca reducir la pobreza y mejorar las condiciones de vida de los habitantes del país, además, según las cifras del DANE hay una gran porcentaje de la población colombiana que no tiene un empleo*”.

2.3. Para los accionantes el medio elegido por el Legislador para alcanzar el fin propuesto no sólo no es necesario para llegar a éste, sino que ni siquiera es adecuado, puesto que la limitación del subsidio no implica un pago menor por parte del empleador y, en tal medida, no se promovería el empleo. Se dice al respecto,

“Según el artículo 7 y siguientes de la Ley 21 de 1982, los empleadores del sector privado realizarán el pago del 4% al subsidio familiar sin importar el número de beneficiarios que tenga el trabajador sino de acuerdo al número de días laborados en el mes. Por lo tanto, el empleador no paga conforme a la cantidad de beneficiarios de los trabajadores sino en razón a los días laborados; en consecuencia, no se generará ningún efecto el hecho de que se disminuya el número de

⁷ Dice la acción de inconstitucionalidad de la referencia lo siguiente: “(…) de conformidad con la exposición de motivos de este proyecto, el artículo 3 (norma demandada), 4 y 5 del proyecto de ley pretende modificar la forma de liquidar los recargos, al reducir su costo, pero sobre la base de extender las vacaciones. Se quiere aliviar a los empleadores del pago de los recargos por trabajo nocturno, horas extras, dominicales y festivos sin que se disminuyan de manera significativa los ingresos del trabajador ya que se mantiene un recargo uniforme del 25% sobre el valor del salario ordinario, tanto para el trabajo nocturno en el horario comprendido entre las 9:00 pm y 5:00 am y para las horas extras, ya sean diurnas o nocturnas. En cuanto a los recargos dominicales y festivos, el proyecto de ley mantiene el derecho al descanso compensatorio para los trabajadores que laboren habitualmente los domingos y amplía en 5 días hábiles las vacaciones a cambio del pago de recargos por trabajo ocasional en los dominicales y festivos. Cabe la aclaración que, aquel que labore en esos días se le pagará el salario ordinario por esa labor.”

beneficiarios y no se logrará el fin buscado por la norma, es decir, aumentar el número de empleos.

Días laborados en el mes	Monto de la cotización
Entre 1 y 7 días	Una (1) cotización mínima semanal
Entre 8 y 14 días	Dos (2) cotizaciones mínimas semanales
Entre 15 y 21 días	Tres (3) cotizaciones mínimas semanales
Más de 21 días	Cuatro (4) cotizaciones mínimas semanales (equivalente a un salario mínimo mensual)

Conforme a lo anterior, la medida no es adecuada para alcanzar el fin de promover el empleo dentro del país, puesto que, el hecho que se reduzcan el número de beneficiarios por cuestiones de edad no implica que el empleador pague un valor menor, toda vez que, como quedó explicado previamente, el empleador cotiza es en razón al número de días laborados. Además, dicha medida no es la única manera de lograr la finalidad citada ya que, como se señala en la Ley 789 del 2002, se establecieron medidas como eliminar la duración mínima de un año del contrato a término fijo, obligar a las empresas de servicios temporales a pagar al trabajador en misión un salario con prestaciones sociales equivalente al pagado por la empresa usuaria (estimulando la creación de empleo formal) y se eliminó la presunción de contrato laboral para profesiones liberales y otros contratos de servicios, lo cual podría facilitar la ocupación de ese tipo de personas debido al menor costo que representaría para la empresa. || En conclusión, i) la medida establecida por la Ley 789 de 2002 de disminuir la edad de los hijos beneficiarios al derecho de subsidio familiar no es adecuada puesto que no lograría el fin constitucional buscado por la norma como lo es el aumento del empleo y ii) se demuestra que existen otras medidas que fueron implantadas por la Ley 789 de 2002 con el fin de lograr la finalidad expuesta.”

2.4. Finalmente, la acción de inconstitucionalidad de la referencia considera que la medida legal acusada es desproporcionada porque “*causa mayores perjuicios en relación con los beneficios que pretende traer la norma*”; a su parecer “*no trae ningún beneficio pues no permite generar mayor empleo a las personas y sí produce que los hijos de los trabajadores entre los 18 años y los 25 años se les impida acceder al derecho al subsidio familiar.*” Además, se advierte, la norma estaría en contravía de lo dicho por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual “*es a la edad de 25 años que los hijos dependientes económicamente de sus padres cuentan por lo general con una profesión u oficio que les permite lograr su independencia económica y proveerse su propio sustento.*”

3. Conclusión y petición de la acción de inconstitucionalidad

La acción presentada concluye su argumentación y presenta su petición de inconstitucionalidad en los siguientes términos,

“[...] se demostró cómo la norma demandada implica una inminente vulneración al principio de progresividad y prohibición de regresividad, consagrada y regulada en los tratados internacionales de Derechos Humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, toda vez que, dicha regresividad no se encontró justificada en las ponencias y en la exposición de motivos de la Ley 789 de 2002. En consecuencia, en principio, debería declararse la inexecutable de la norma cuestionada; sin embargo, teniendo en cuenta lo expuesto en el segundo cargo, que mostró la violación del derecho a la igualdad, el objetivo de esta acción de inconstitucionalidad es que se materialice la progresividad del derecho a la seguridad social, específicamente al subsidio familiar, y se otorgue un trato igualitario de este servicio de subsidio familiar en relación con el servicio de salud y pensiones. Dicho esto, lo que se pretende es que la norma en estudio sea declarada *executable condicionalmente*, bajo el presupuesto que se equipare la edad de protección de los beneficiarios en ambas contingencias, es decir, 25 años de edad.”

IV. INTERVENCIONES

De las once intervenciones presentadas en el proceso de la referencia tres de ellas defienden la constitucionalidad de la norma acusada (Superintendencia de Subsidio Familiar, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio del Trabajo), en tanto las ocho restantes apoyan la posición de la acción de inconstitucionalidad, con algunas precisiones y diferencias (Baker & McKenzie SAS, Gómez-Pinzón Zuleta, Fundación ProBono Colombia, Universidad del Rosario, Universidad Libre de Colombia, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Universidad de Ibagué, Universidad Externado de Colombia).

1. Superintendencia de Subsidio Familiar⁸

La Superintendencia de Subsidio Familiar, por medio de apoderado,⁹ solicitó que se declare la executable de la norma acusada. En su concepto, la reforma introducida en el precepto acusado constituye una disminución en la edad límite para ser considerado persona a cargo, pero a través de la Ley 789 de 2002, el Legislador flexibilizó el requisito de escolaridad para el pago de la doble cuota de subsidio para los padres, los hermanos huérfanos de padres y los hijos que sean inválidos o de capacidad física disminuida que les impida trabajar.

1.1. Luego de hacer un recuento de las normas legales que han hecho un desarrollo de esta institución (incluyendo leyes posteriores a la acusada), de exponer la distribución de los aportes recaudados por las cajas de compensación familiar,¹⁰ y de hacer referencia a varias sentencias de la Corte (C-575 de 1992, C-183 de 1997, C-655 de 2003, C-393 de 2007), la Superintendencia resalta:

⁸ Expediente, folios 96 a 108.

⁹ Lida Regina Bula Narváez.

¹⁰ Al respecto se sostiene: “1°. Hasta un uno por ciento (1%) para el sostenimiento de la Superintendencia del Subsidio Familiar. (Ley 25 de 1981, art. 19) || 2° Hasta un tres por ciento (3%) para la construcción de la reserva legal de fácil liquidez dentro de los límites de que trata la Ley 21

“1. Las cajas de compensación familiar son entidades de derecho privado, sin ánimo de lucro, que cumplen funciones de seguridad social. || 2. Estas entidades corporaciones tienen como primera y principal función, la de recaudar, distribuir y pagar los aportes destinados al subsidio familiar en los términos y con las modalidades de la Ley. || 3. El pago se realiza en dinero, especie y servicios, en proporción al número de personas a cargo que causen el derecho a percibir la prestación social subsidio familiar en los términos y con las modalidades de la Ley. || 4. La distribución presupuestal inicialmente prevista en el artículo 43 de la Ley 21 de 1982 para los aportes realizados por los empleadores para el pago de la prestación citada, ha sido modificada en diferentes momentos y estas modificaciones han disminuido, tanto porcentualmente como en valores reales, los subsidios que reciben los trabajadores de los empleadores afiliados a las cajas de compensación familiar. || 5. Estas variaciones han sido consideradas exequibles toda vez que con ellas, ha considerado la honorable Corte Constitucional, se desarrollan los principios de universalidad y solidaridad previstos en el artículo 48 de la Constitución Política, como principios de la seguridad social. || 6. La seguridad social es expansiva no excluyente y con el principio de solidaridad se busca principalmente la protección de los más vulnerables”

1.2. Una vez presentados los aspectos generales, la Superintendencia expone las modificaciones que a su parecer la norma acusada introdujo. En cuanto al trabajador, se advierte que la norma da el derecho a subsidio en especie y servicios, *“todos los trabajadores cuya remuneración mensual fija o variable, no sobrepase los 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv, así como las personas a cargo que causan el derecho a recibir cuota monetaria,*

de 1982 (art. 43). || 3°. Hasta un ocho por ciento (8%) para gastos de instalación, administración y funcionamiento (Ley 789 de 2002, art. 6, lit. c). || 4°. Un dos (2%) para FONADE, hoy FOSFEC (Ley 789 de 2002, art. 6, y Ley 1636 de 2013, art. 6). || 5°. Dependiendo del cociente particular de la Caja de Compensación, un cinco (5%) o diez (10%) por ciento con destino al FOSYGA (Artículo 217, Ley 100 de 1993). || 6°. Dependiendo del cociente particular de la caja de compensación, entre un cinco (5%) y un veintisiete (27%) por ciento con destino al FOVIS (Ley 633 de 2000, art. 63, y 789 de 2002, art. 16, num.7 y 8). La misma Ley 789 de 2002, dispone que atendiendo al cociente particular de la Caja de Compensación se destinan 1, 2 o 3 puntos del componente de vivienda a FONADE hoy FOSFEC. Igualmente, esta ley establece que el cincuenta (50%) por ciento del valor adicional del FOVIS, comparando el porcentaje (*sic*) Ley 633 de 2000 con el de la Ley 49 de 1990, se destinan a FONNIÑEZ (Jornadas Escolares Complementarias). || 8°. Un cuarto de punto porcentual (6.25%) a salud (Ley 1438 de 2011, art. 46) y a partir de la vigencia de 2014, estos recursos se incorporaron al FOSFEC (Ley 1636 de 2013, art. 6). || 9°. Una vez efectuados estos cálculos sobre el cien por ciento (100%) de los aportes, y descontados esos valores, sobre el saldo se calcula el cincuenta y cinco por ciento (55%) destinado al pago del subsidio en dinero. Lo que a simple vista evidencia la disminución en la cuota monetaria, ya que ese 55% ya no se calcula sobre el 100% de los aportes, sino que realmente, en el caso de las cajas con cocientes más altos, es 55% se calcula sobre el 42,75% de los mismos. Mientras que el caso de las cajas con menores cocientes, el porcentaje para el subsidio en dinero se calcula sobre el 69.75% del total del recaudo. || 10°. Una vez descontado el cincuenta y cinco por ciento (55%), sobre este segundo saldo se calcula el diez por ciento (10%) para Educación (Ley 115 y Decreto Reglamentario 1902 de 1994). || 11°. El saldo se apropiará para las obras y programas sociales que emprendan las Cajas de Compensación con el fin de atender el pago del subsidio en servicios o especie. Huelga decir que este porcentaje también ha variado, pues de acuerdo con el artículo 43 de la Ley 21 de 1982, este saldo era del 31% del valor recaudado por aportes y hoy aproximadamente oscila entre el 10 y el 27 % dependiendo del cociente de cada caja de compensación y los porcentajes de apropiación de ley.”

incluyendo el (la) cónyuge o compañero.” Por tanto, afirma la intervención, “se amplió la cobertura respecto de lo previsto en el artículo 64 de la Ley 21 de 1982, que exigía tener calidad de beneficiario para poder acceder a dichos servicios; *“hoy pueden acceder todos los trabajadores de hasta 4 smlmv sin necesidad de tener personas a cargo”*. En cuanto a las personas a cargo, se advierte que la nueva disposición legal que se acusa *“no determina un número máximo de horas de estudio para las personas a cargo a partir de los 12 años de edad, mientras que el artículo 28 de la Ley 21 de 1982 consagraba que se acreditara la escolaridad en establecimiento docente oficialmente aprobado con un mínimo de (4) horas diarias o de ochenta (80) mensuales”*. Así, se sostiene que si bien se afectó algunos derechos, otros se ampliaron. Se afirma,

“Es decir, que la Ley 789 de 2002 no solo disminuyó la edad límite para ser considerado persona a cargo, que los demandantes consideran un retroceso en el pago del subsidio familiar, sino que también fue más flexible en cuanto a los requisitos de escolaridad y para el pago de la doble cuota de subsidio monetario para los padres, los hermanos huérfanos de padres y los hijos, que sean inválidos o de capacidad física disminuida que les impida trabajar.”

1.3. La Superintendencia considera que la norma acusada no viola el principio de no regresividad porque *‘no es una regresión’*, se limita la protección alegada, para dar una mayor protección al trabajador cesante. Al respecto se dice,

“[...] no puede considerarse una regresión en el tema de seguridad social la orientación efectuada por el legislador cuando direccionó el porcentaje equivalente a las persona a cargo entre 18 y 23 años en la vigencia 2002, como fuente de recursos para la creación de un Mecanismo de Protección al Cesante, cuya finalidad es la articulación y ejecución de un sistema integral de políticas activas y pasivas de mitigación de los efectos del desempleo que enfrentan los trabajadores; al tiempo que facilita la reinserción de la población cesante en el mercado laboral en condiciones de dignidad, mejoramiento de la calidad de vida, permanencia y formalización. || Con la creación de dicho mecanismo, además, el Estado está enfocando recursos del subsidio familiar a proteger el derecho a la subsistencia digna de las personas que no tienen un empleo y por lo tanto ven amenazado su mínimo vital, es decir, la norma acusada que aparentemente se constituye en una regresión en el sistema de seguridad social, lejos de serlo, está orientada por la finalidad de proteger al trabajador desempleado que por carecer de ingresos no dispone de los recursos para proveer por su familia.”

Para la Superintendencia no se puede aceptar la afirmación de los accionantes, según la cual *“no se debatió ni se justificó la disminución en la edad de las personas a cargo y que esta fue caprichosa, cuando resulta evidente que sí se debatió y sí se estudió, pues esos recursos fueron re direccionados por el empleador para el empleador para el Fondo de Fomento al Empleo y Protección al Desempleo (FONEDA) de cada caja de compensación, y que hoy financian el Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección la*

Cesante (FOSFEC) dentro del Mecanismo de Protección al Cesante, conforme a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1636 de 2013.”

1.4. Para la Superintendencia los beneficios recibidos tienen diferencias en su estructura y concepción, pero son dados por igual a todas las personas, por lo que no se puede pensar que haya una violación a la igualdad. Luego de reconocer que las edades de los beneficios en salud y pensiones mencionados por los accionantes y los del subsidio familiar son diferentes se dice lo siguiente:

“[...] cuando el trabajador queda desempleado y la caja de compensación con los recursos destinados al FOSFEC le hace aportes a salud y pensiones por un lapso de 6 meses, sobre la base de un salario mínimo legal mensual vigente, ese aporte significa la protección del trabajador y sus beneficios hasta la edad de 25 años en los subsistemas de salud y pensiones, lo que sucede sin que deje de recibir las cuotas monetarias a que tiene derecho pro las personas a cargo conforme a las disposiciones que regulan el subsidio familiar. || En razón de que estos beneficios son ofrecidos en igualdad de condiciones para quienes reúnan los requisitos de accesibilidad a los beneficios de cada subsector de la seguridad social y del Mecanismo de Protección al Cesante, no se observa que se desconozca el principio de igualdad, pues el legislador actuó dentro de su potestad constitucional con la pretensión de desarrollar el principio constitucional de la solidaridad sin desvirtuar por ello el propósito básico de la prestación social y por el contrario, extendiéndola a los periodos en que el trabajador queda cesante.”

2. Defensoría del Pueblo¹¹

La Defensora Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales, Paula Robledo Silva, solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de la norma acusada por considerar que no se violan los principios de progresividad y no regresividad ni el de igualdad. Luego de advertir que no se configura cosa juzgada constitucional con relación a la sentencia C-653 de 2003, de resaltar el amplio margen de configuración que tiene el Legislador en materia de subsidio familiar y de presentar la norma y advertir cuál es su alcance, se analiza su violación al principio de no regresividad.

En primer término se reconoce que la norma es regresiva por la reducción en la protección que antes se daba legalmente. Teniendo en cuenta, se afirma, “*los tres (3) componentes del subsidio familiar (subsidio en dinero, subsidio en especie y subsidio en servicios), la medida solamente afectó el componente del subsidio familiar en dinero y en lo que a éste se refiere sí configura un retroceso en la cobertura del beneficio.*” En segundo término, se advierte que la medida, aunque regresiva, no afecta los contenidos mínimos intangibles de los derechos sociales, económicos y culturales. Para la Defensoría no se violan los parámetros mínimos establecidos en la Observación N° 19 del Comité DESC de la ONU por considerar

¹¹ Expediente, folios 122 a 127.

“[...] que el subsidio familiar es una prestación social y económica que no tiene una vocación de cobertura universal –como sí lo tiene, por ejemplo, la salud– en la medida en que se dirige a un sector dentro de la población de trabajadores –los de menores ingresos–; además, con la modificación de la edad hasta la que procede el reconocimiento del componente monetario no se está impidiendo el acceso al subsidio familiar, no sólo porque los otros componentes de la prestación social (el subsidio en especie y el subsidio en servicios) no fueron modificados y abarcan a los hijos dependientes y escolarizados hasta los 23 años sino porque todavía con la disminución de la edad de cubrimiento hasta los 18 años se garantiza la cobertura del grupo poblacional de los menores de edad –niños, niñas y adolescente– frente a quienes la jurisprudencia ha reconocido el carácter fundamental del derecho al subsidio para la protección de su mínimo vital.”

En tercer lugar, la Defensoría considera que la medida encuentra una justificación suficiente a la luz de la Constitución. La medida, se sostiene, se dirige a una finalidad constitucionalidad legítima, a saber: *“la reactivación económica y el aumento del empleo a través de la solidaridad, la viabilidad financiera, la función distributiva del Estado y el principio democrático propios de la concepción de Estado social de derecho. Si bien la medida no disminuye los costos de los empleadores, con la reorientación de los recursos parafiscales ejecutados por las Cajas de Compensación Familiar se busca mitigar los efectos del desempleo ampliando el acceso a beneficios y servicios prestados por estas entidades aun cuando se esté cesante.”* Adicionalmente, se dice, la medida *“resulta conducente para alcanzar la finalidad propuesta, porque al disminuir la edad de los hijos a cargo de los trabajadores beneficiarios que darán derecho al subsidio familiar en dinero se liberan recursos económicos para atender el desempleo; asimismo, es una medida necesaria porque resulta eficaz para contribuir con el reparto equitativo de los recursos parafiscales dentro del sistema de protección social estableciendo beneficios para el grupo poblacional desfavorecido por el desempleo.”* Finalmente, la Defensoría advierte que la disposición acusada no es desproporcionada, por cuanto

“[...] no afecta el núcleo fundamental del derecho a percibir el subsidio familiar, pues esta prestación social tiene componentes adicionales al monetario que se garantizan a todos los trabajadores del país –incluso a aquellos vinculados a empresas que no están haciendo contribuciones parafiscales–; además, su ámbito de aplicación es limitado pues si bien excluye del aporte monetario a los hijos a cargo de los trabajadores beneficiarios de la prestación del subsidio familiar entre los 18 y los 23 años, quienes, en todo caso, tienen garantizada la cobertura de los otros componentes de la prestación social (el subsidio en especie y el subsidio en servicios), pretende beneficiar a un sector poblacional amplio y hasta el momento excluido de las prestaciones sociales: los desempleados.”

2.2. Para la Defensoría del Pueblo la norma tampoco viola el derecho a la igualdad por considerar que los casos comparados, en realidad, no pueden ser objeto de comparación. Señala al respecto,

“[...] Para esta entidad, la comparación propuesta en la demanda entre, por un lado, la edad de acceso al régimen de salud y pensiones de los hijos mayores de edad de los afiliados y, por el otro, la edad de acceso al régimen del subsidio familiar de los hijos mayores de edad de los trabajadores beneficiarios, no supera esta etapa del test tal y como pasa a explicarse. || [...] || Si bien los tres regímenes [salud, pensiones y subsidio familiar] desarrollan el derecho a la seguridad social cada uno persigue finalidades diferentes como lo son la protección frente a contingencias como vejez, invalidez y muerte o aquellas que deterioran la salud en el caso de los regímenes de salud y pensiones, y el alivio de las cargas económicas que representa el sometimiento de la familia en el caso del régimen del subsidio familiar. Y es debido a esto que el legislador, en ejercicio de su facultad para diseñar los regímenes de seguridad social, decidió hacer distinciones –como la edad de los hijos beneficiarios de tales prestaciones sociales– precisamente en atención al mandato de otorgar un tratamiento desigual a situaciones diferentes que establece el derecho a la igualdad. || La Defensoría del Pueblo tampoco encuentra razones para señalar como infundado, discriminatorio o arbitrario el tratamiento distinto que otorgan los regímenes sociales comparados a los hijos mayores de edad de los trabajadores afiliados o beneficiarios, toda vez que el mismo deriva de la naturaleza misma de las situaciones jurídicas diferentes que regula.”

3. Ministerio de Trabajo¹²

El jefe de la oficina jurídica del Ministerio de Trabajo, Luis Nelson Fontalvo Prieto, solicitó a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad de la norma demandada, por considerar que la norma establece una restricción a una protección, pero con razones constitucionalmente válidas y aceptables, y sin desconocer el principio de igualdad.

3.1. Concretamente, con relación a la violación del principio de progresividad y prohibición de regresividad la intervención señaló lo siguiente,

“[...] la disminución de la prestación económica de la que habla el numeral 1 del parágrafo 1° del artículo 3° de la Ley 789 de 2002, no es, contrario a lo indicado en la demanda, un capricho o un acto infundado, ya que dicha disminución ha sido encaminada, a sustentar el desarrollo del principio de universalidad de la seguridad social y por ende para satisfacer las necesidades de redistribución de la riqueza, argumento central de la existencia de esta prestación, ya que la misma está dirigida a mejorar las condiciones de los trabajadores que cumplan con los requisitos de ley, y además, otorgar sustento a las necesidades que padecen por sus condiciones económicas. || Un claro ejemplo de dicha función redistribuidora del subsidio familiar es el Fondo de Solidaridad y Fomento al Empleo y Protección al Cesante, el cual es un componente del Mecanismo de Protección al Cesante, mismo que es administrado por las Cajas de Compensación Familiar y se encarga de otorgar beneficios a la población cesante que cumpla con los requisitos de acceso, con el fin de proteger a los trabajadores de los riesgos

¹² Expediente, folios 140 a 144.

producidos por las fluctuaciones en los ingresos en periodos de desempleo, estas personas recibirán con cargo al FOSFEC un beneficio por un máximo de 6 meses, que consistirá en aportes al Sistema de Salud y Pensiones, calculado sobre (1) smlmv y al pago de la cuota monetaria del subsidio familiar en las condiciones en que la venían recibiendo en el momento de su retiro.”

Para el Ministerio, la regresión introducida por el Legislador *“no afecta los mínimos intangibles de los derechos sociales, económicos y culturales, ni mucho menos resulta injustificada, ya que como se explicó en precedencia, un mecanismo como el FOSFEC tiene como objetivo primario la redistribución de ingresos para las personas que se encuentra en situaciones desafortunadas de desempleo, y tiene como objetivo garantizar su mínimo vital”*. El Ministerio resalta que la propia Ley 789 de 2002 en su artículo 6° advierte que el 55% de ese recurso será utilizado como fuente para el fomento del empleo y la protección al desempleo. Por eso, concluye la intervención,

“[...] la disminución en términos de edad del artículo debatido, no tenía objetivo distinto a la de apoyar y dar sustento a los beneficiarios del FOSFEC, y por ende, si fue materia de discusión en el proyecto de ley y tuvo la sustentación suficiente, ya que como se mencionó, el subsistema de subsidio familiar, no puede ser tomado de forma exclusiva para quienes se encuentran afiliados a una caja de compensación familiar, sino que dicho subsistema debe, y tiene como objetivo, solventar también a la población cesante que cumpla con los requisitos de ley que resultan de aplicar el porcentaje que del 55% se pagó en el año 2002 en cuotas monetarias a las personas a cargo que se encontraban en esa vigencia en el corte entre el 18 y 23 años de edad. || En razón a los argumentos previamente expuestos, es que se considera que el cargo esbozado por el demandante carece de sustento jurídico, y que contrario a ello, la regresividad de la norma debatida, contiene los parámetros constitucionales exigidos para ser implementada y aplicada, ya que se enfoca en la protección de los derechos de quienes se encuentren en situación de desempleo y brinda protección a un número mayor de personas en condiciones de debilidad económica manifiesta, además de haber contado con la justificación efectiva a la hora del debate legislativo.”

3.2. Con relación al derecho a la igualdad, la intervención estableció que las instituciones que la demanda compara son distintas y no se puede suponer que reciban el mismo trato.

“En primer lugar, mal se haría en entender que todos los subsistemas en seguridad social persiguen las mismas finalidades, ya que, si así fuere el caso, el legislador no habría tenido la necesidad de distinguir entre los mismos, es por ello, que se muestra que cada subsistema persigue propósitos distintos, y por ende, contiene regulaciones individuales que persiguen satisfacer las necesidades de los asociados. Por otra parte, en referencia al subsidio familiar, es de resaltar que es la misma Corte Constitucional la que ha indicado una vital divergencia de esta prestación ya que la determinó como un aporte parafiscal atípico que es

pagado por los empleadores en beneficio de los trabajadores, pero que no está destinado de forma exclusiva a los trabajadores vinculados a las empresas afiliadas a las cajas de compensación familiar, sino que el subsidio familiar tiene como destinatario a trabajadores tanto dependientes como independientes. || En segundo lugar, y teniendo en cuenta la diversidad de objetivos de los subsistemas en seguridad social, se debe ser enfático entonces, en indicar que la cobertura en edad de los mimos, no debe ser necesariamente igual para garantizar su finalidad, ya que si bien es cierto, para salud y pensiones, son beneficiarios del trabajador los hijos hasta la edad de 25 años y en lo referente al subsidio familiar los son los hijos, hijastros y hermanos huérfanos de padres que no superen la edad de 18 años, no es menos cierto que las necesidades a solventar por cada subsistema son distintas, ahora bien, en el entendido de la diversidad de dicha finalidades, se debe ser claro en aducir que el subsistema de subsidio familiar también cubre las necesidades de las personas desempleadas, y garantiza con su financiamiento la sostenibilidad en materias de salud y pensiones a quienes cumplen con los requisitos de ley, es decir que con el financiamiento que otorga el subsidio familiar al FOSFEC, se garantiza la afiliación por un término definido de los desempleados en los subsistemas de salud y pensiones, lo cual, como se dijo en precedencia, da un soporte a las necesidades básicas de quienes se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta en materia económica y además sustenta el mínimo vital de las mismas.”

4. Baker & McKenzie SAS¹³

Mediante dos intervinientes,¹⁴ la firma de servicios jurídicos participó en el proceso de la referencia para solicitar la exequibilidad condicionada de la norma, tal como la solicitan los accionantes.

4.1. Al igual que lo afirma la acción presentada, la intervención considera que no hay razón que justifique el desconocimiento del principio de progresividad, al haber recortado el alcance del subsidio familiar, tal como había sido regulado originalmente. Se dice al respecto lo siguiente;

“(...) la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha establecido que el subsidio familiar es una prestación social cuya finalidad es aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia de los trabajadores de menores o medianos ingresos y que, si bien el Constituyente tuvo en cuenta que el cubrimiento de la seguridad social a toda la población, y no sólo a los trabajadores activos, es un objetivo indispensable e insustituible en un estado social de derecho, no puede perderse de vista que por su contenido prestacional, y dada la limitación de los recursos disponibles, se confió al Legislador la tarea de ampliar progresivamente la cobertura de los servicios de seguridad social, a todos los habitantes. No obstante, con la expedición de la Ley 789 de 2002, el Legislador ignoró la prohibición de no regresividad de este tipo de prestaciones, por lo que la norma acusada no resulta [constitucional]

¹³ Expediente, folios 68 a 78.

¹⁴ María Paula Dueñas Hincapié y Felipe Andrés Díaz Alarcón.

a la luz del análisis del contenido de la misma en relación con el principio de progresividad. || Así, resulta evidente que la disposición acusada va en contravía del artículo 48 de la Constitución Política. No obstante, su exequibilidad deberá declararse condicionada, teniendo en cuenta que las disposiciones sobre otros derechos económicos que emanan del sistema de seguridad social, buscan cubrir a los hijos del trabajador hasta los 25 años, siempre que demuestren escolaridad. En este orden de ideas, la Corte deberá ampliar la cobertura no hasta los 23 años, sino hasta los 25, conforme a las analogías en el sistema de seguridad social y al principio de igualdad (...). Lo anterior, con la finalidad de subsanar que el Legislador, con la Ley 789 de 2002, violó el principio de progresividad y la prohibición de regresividad.”

4.2. Con relación a la violación al derecho a la igualdad la posición es la misma de los accionantes, a saber: se adoptó una medida legislativa que es comparable con otras (“*el punto de comparación que se realizará en este caso es la edad límite de ingreso a servicios de seguridad social, por un lado 18 años para el subsistema de subsidio familiar y por el otro 25 años para los subsistemas de salud y pensión frente a los hijos de los trabajadores*”) y debe ser sometida a un juicio estricto de razonabilidad. Al hacerlo, se concluye que la misma busca un fin que es imperioso, pero por un medio que no es necesario. Al respecto sostienen “*coincidimos con la argumentación expuesta por el actor en que existen otros mecanismos que lograrían la misma finalidad lo que hace que la medida no sea necesaria.*”

5. Gómez-Pinzón Zuleta¹⁵

Dos miembros de la compañía, actuando en calidad de abogados *-pro bono-*,¹⁶ solicitaron a la Corte Constitucional que se declare la inexecuibilidad del numeral 1º, del Parágrafo 1º, del artículo 3º de la Ley 789 de 2002. En forma subsidiaria, solicitaron que se declare la exequibilidad condicionada de la norma, en el entendido de que los beneficios del subsidio familiar también cobijan a las personas de 23 años en los términos de los estándares de protección anteriormente alcanzados por la Ley 21 de 1982.

5.1. Luego de advertir que en el caso concreto no se da el fenómeno de la cosa juzgada, precisar el alcance de la demanda y de indicar que su análisis se centra en valorar la eventual violación al principio de progresividad se presenta el argumento central así:

“Sin justificación aparente, se reduce de forma sustancial el universo de beneficiarios de esta prestación social. Teniendo en cuenta que con los artículos 27 y 28 de la Ley 21 de 1982 se había consolidado un estándar de protección mayor, donde el universo de beneficiarios se extendía hasta las personas con veintitrés (23) años de edad. [...] || [...] el pilar de protección lleva anclado un mandato tuitivo de optimización, en el entendido de que el efecto de sombra que materializa el subsidio familiar dentro del sistema de protección social debe procurar asegurar

¹⁵ Expediente, folios 80 a 95.

¹⁶ María Angélica Nieto Rodríguez y Julio Mauricio Londoño Hidalgo.

el bienestar del mayor número de personas posible. La pretensión de progresividad que finalmente sostiene este pilar del sistema es evidente. || Por tanto, resulta incoherente que el contenido demandado del artículo 3 de la Ley 789 de 2002 reduzca de forma sustancial e injustificada el universo de beneficiarios de esta prestación. Esto, teniendo en cuenta que bajo la legislación anterior se había consolidado un status de protección jurídica que no está llamado a retroceder de forma injustificada. En consecuencia se trata de una medida regresiva que limita sustantivamente el ámbito de protección efectiva del derecho al subsidio familiar.”

5.2. La presente intervención no hace un análisis autónomo de la violación al principio de igualdad, y concluye en los siguientes términos,

“Para el presente caso, a la luz de todas las consideraciones antes esbozadas puede establecerse que la norma demandada contiene una medida que limita sustancialmente el universo de beneficiarios del subsidio familiar, al establecer como tope máximo la edad de dieciocho (18) años. Por lo tanto, sobre la medida recae una causal de inconstitucionalidad. Ésta que sólo podrá ser desvirtuada con la demostración de que la medida regresiva obedece a finés constitucionales imperiosos y que ésta además es proporcionada y razonable. De nuestro análisis se evidencia que

- La medida desconoce que anteriormente con ocasión de la vigencia de los artículos 27 y 28 de la Ley 21 de 1982, el estándar de protección alcanzado consistía en conceder el beneficio hasta la edad de 23 años como tope.
- No existe una justificación objetiva y razonable que en materia fiscal o de política pública justifique este cambio regresivo.
- Al aplicar el test de regresividad a la medida, esta muestra cómo se limita el ámbito de protección del derecho al subsidio familiar y cómo no es claro que esquema de redistribución de los recursos inicialmente destinados a sufragar esta prestación.
- Se desconoce entonces el contenido del principio de progresividad de los DESC, y por esa vía, los derechos a la igualdad, seguridad jurídica y certeza.”

6. Fundación ProBono Colombia¹⁷

La coordinadora general de la Fundación ProBono Colombia, Laura Bermúdez Olarte, solicitó a la Corte Constitucional que se declare inexecutable la norma demandada tras considerar que aquella constituye una vulneración de los derechos fundamentales de jóvenes entre los 18 y 25 años al impedirles acceder a este beneficio, el cual fue creado para aliviar las cargas económicas que se

¹⁷ Expediente, folios 89 a 95.

derivan del sostenimiento de una familia. La intervención resume su posición de la siguiente manera,

“1. La reforma se realizó con el fin de incentivar a los empleadores a contratar y en esta medida incrementar el número de empleos. || 2. La reforma no modificó el porcentaje de cotización a las cajas de compensación a cargo del empleador por cada trabajador. || 3. La cotización de los empleadores por cada uno de sus empleadores a la Cajas de Compensación Familiar, seguirá siendo la misma sin que los trabajadores reciban los mismos beneficios que recibían en cuanto al subsidio de sus hijos, quienes tenían protección hasta los 23 años y hoy hasta los 18 años.

Con fundamento en lo anterior, es claro que la medida es regresiva no se soporta en ningún argumento válido y realmente necesario, pues si lo que se quiere es aliviar la carga a los empleadores para que contraten, se evidencia que esto no opera en este caso. Lo anterior, por cuanto las cargas fiscales son exactamente las mismas, sin que exista un beneficio consecuencial ni para el empleador ni muchos menos para el trabajador, cuyas prerrogativas adquiridas en materia de sus hijos beneficiarios se ven seriamente menoscabadas.

En esta medida, podemos concluir que la medida es regresiva y no contiene los supuestos fácticos ni jurídicos para que el Órgano Constitucional permita su presencia en el tráfico jurídico. || Corolario de lo anterior, es posible apreciar que la protección a los derechos al trabajo a la seguridad social parte del supuesto que no pueden existir desmejoras a los derechos adquiridos y/o a las expectativas legítimas. Sin embargo, ante situaciones de innegable justificación y a la falta de otras alternativas más idóneas, es posible que existan medidas regresivas. || Sobre este punto debemos ser enfáticos al señalar que los supuestos determinados por la uniforme jurisprudencia de la Corte Constitucional para permitir una medida regresiva, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este escrito, no se encuentran en el caso bajo estudio, lo que deriva una normatividad no viable desde el punto de vista constitucional.”

7. Universidad del Rosario¹⁸

El coordinador del área de derecho del trabajo y de la seguridad social e investigador del Observatorio Laboral de la Universidad del Rosario, Iván Daniel Jaramillo Jassir, solicitó a la Corte declarar la exequibilidad condicionada de la norma acusada, bajo el entendido de que los hijos hasta los 25 años de edad y los hijos inválidos que dependen del beneficiario, permiten al trabajador acceder al derecho al subsidio familiar. Luego de hacer un comentario acerca del problema jurídico planteado, indicando que este es un problema de omisión legislativa relativa, se advierte que la norma representa un quebranto del derecho irrenunciable a la seguridad social. Para la intervención *“el grupo familiar que define el propio sistema en materia de pensiones y salud*

¹⁸ Expediente, folios 116 a 121.

incluye en el elenco de beneficiarios a los hijos hasta los 25 años como se prevé concurrentemente en los sistemas de pensiones y salud.” Así, luego de hacer referencia a la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones, se afirma que “la ruptura de la regla de cobertura familiar prevista en el Sistema se constituye un claro quebrantamiento del Derecho de la Seguridad que la Constitución Política establece.” Con relación a la violación del principio de la igualdad la intervención considera que “desconocer la responsabilidad familiar por los hijos hasta los 25 años, que se reconoce en los sistemas de pensiones y salud, implica consecuentemente la ineficacia de la corrección que pretende articular el subsidio familiar para la realización del principio de igualdad que se ve comprometido consecuentemente con la omisión relativa del legislador.”

8. Universidad Libre de Colombia¹⁹

El director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, Jorge Kenneth Burbano Villamarín, intervino para pedir a la Corte declarar la exequibilidad condicionada de la norma demandada, bajo el entendido que los hijos de los trabajadores tendrán derecho al subsidio familiar hasta que cumplan 25 años. Luego de hacer referencia al marco legal y jurisprudencial aplicable, a los principios de progresividad y no regresividad en la jurisprudencia Constitucional, la intervención presenta sus argumentos en los siguientes términos:

“[...] se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si los Estados no aseguran ese mínimo vital, salvo que existan poderosas razones que justifiquen la situación, que en el caso que ocupa a la Corte no se da, pues la Ley 789 de 2002 pretendía aumentar el número de empleos en Colombia, pero no se ha logrado, según las distintas estadísticas que fueron analizadas por los demandantes.

[...] consideramos que al establecerse en el numeral 1 del párrafo 1 el artículo 3 de la Ley 789 una disminución de este beneficio, se vulneran los convenios y tratados internacionales suscritos por Colombia y la misma Constitución máxime cuando en lo que respecta a beneficios en salud y pensión de sobreviviente esta población puede favorecerse hasta los 25 años, y así mismo la Ley 789 fue regresiva ya que el artículo 28 de la Ley 21 de 1982 establecía dicho auxilio hasta los 23 años.”

9. Academia Colombiana de Jurisprudencia²⁰

A través del académico Jaime Cerón Coral, la Academia intervino en el proceso para pedir a la Corte que declare la exequibilidad condicionada de la norma demandada, en el entendido de que los hijos dan derecho al subsidio familiar

¹⁹ Expediente, folios 128 a 134.

²⁰ Expediente, folios 135 a 139.

hasta los 23 años. Luego de hacer referencia a las normas aplicables y a la jurisprudencia de la Corte la intervención concluye:

“En la exposición de motivos de la Ley 789 de 2001 no se expresó por qué el cambio regresivo de la norma demandada. Según los demandantes, el texto hoy acusado fue agregado en la Comisión Séptima Conjunta del Congreso pero no se demostró que existen imperiosas razones que hacen necesario es paso regresivo del derecho a un subsidio familiar.”

10. Universidad de Ibagué²¹

La Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ibagué, Constanza Vargas Sanmiguel, solicitó que se declare la inexecutable de la expresión “*los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros*” contenida en el numeral 1º, del parágrafo 1º, del artículo 3º de la Ley 789 de 2002.

10.1. Para la intervención la violación del principio de progresividad y no regresividad, se da pues

“[...] tal como ya lo había manifestado la demanda en el primer cargo la modificación normativa no es clara en sus fundamentos y condiciones argumentativas, que una norma social de esta envergadura debería tener por cuanto no ofrece una justificación pertinente y coherente que permita determinar el objeto para dicho cambio, teniendo en cuenta la prohibición de regresividad.”

10.2. La Decana considera que se trata de dos instituciones que no son comparables y que no requieren el mismo tratamiento. Dice al respecto:

“[...] por tratarse de dos figura que hacen parte del Sistema de Seguridad Social y que por tanto debe tener las mismas premisas y condiciones, no es pertinente y coherente asegurar que dichos preceptos estén en igualdad de condiciones, por lo cual se desestima este argumento de la demanda.”

10.3. La intervención fundamenta su solicitud de inexecutable, en el hecho de que la modificación introducida en dicho precepto constituye una restricción en el acceso al subsidio familiar para los hijos de trabajadores mayores de 18 años que se encuentran estudiando y en razón a ello, dependen económicamente de sus padres. Finalmente, en relación con la expresión demandada “*después de los 12 años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado*” contenida en el mismo precepto, solicitó a la Corte que se declare inexecutable para resolver de fondo teniendo en cuenta que la demanda no satisface los requisitos y condiciones argumentativas establecidas para tal efecto en el ordenamiento jurídico.

²¹ Expediente 152 a 155.

11. Universidad Externado de Colombia (extemporánea)

Dos miembros del Departamento de Derecho Laboral de la Universidad Externado de Colombia, Jorge Eliecer Manrique y Liz Camila Barbosa, solicitaron a la Corte Constitucional, declarar la exequibilidad condicionada de la norma demandada. Luego de hacer referencia al origen histórico de la institución y a su desarrollo, la intervención considera que la norma acusada es claramente un retroceso no justificado. Se afirma al respecto,

“[...] si bien la Ley 789 de 2002 cumplió con la políticas trazadas de disminuir costos para el empleador, esto no se vio reflejado en el fomento del empleo lo cual era uno de sus objetivos principales, por lo tanto, la reducción de la edad para los hijos de los trabajadores beneficiarios del subsidio familiar es una decisión regresiva. || Bajo este entendido, no tiene razón de ser que deba menguarse la cobertura y condición de la edad para que los beneficiarios del subsidio familiar obtengan el derecho a ello, bien puede observarse que es una conducta contraria a la acción social y familiar principios rectores del sistema de seguridad social integral.”

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, mediante concepto 006283, solicitó a la Corte Constitucional que declare inexecutable la expresión “18 años” contenida en el numeral 1º, del párrafo 1º, del artículo 3º de la Ley 789 de 2002 y sustituirlo por el término “25 años”.

1. Al igual que los accionantes, el Ministerio Público considera que la norma acusada incluye una reducción en la protección de los derechos no justificada, lo cual la convierte en una medida regresiva inconstitucional. Al respecto sostiene:

“[...] no existe justificación constitucional para que la norma acusada establezca una modificación regresiva, así como tampoco se advierten razones para que se destinen los recursos de ese subsidio, anteriormente más amplio y garantista, para otro ámbito de protección social del trabajador. || En efecto, en la exposición de motivos de la Ley 789 de 2002, se señaló como un objetivo la disminución de costos, no se ve afectada por la edad que tengan los hijos de los beneficiarios del subsidio familiar; porque los costos causados por erogaciones para la seguridad social de sus trabajadores, se relacionan con el porcentaje de sus aportes, mientras que el recaudo y distribución de esos recursos depende completamente de la gestión de las Cajas de Compensación Familiar. || Lo anterior implica que no sería el empleador el que incurre en mayores costos por la mayor o menor edad de los hijos de una trabajador, sino la Caja de Compensación Familiar, quien es a su vez la encargada de recaudar los fondos destinados para los subsidios familiares, bien sea en especie, en dinero o en servicios; y de administrarlos para su óptimo rendimiento.”

2. Para el Ministerio Público la norma acusada no tiene otra finalidad legítima más allá de “*beneficiar a las Cajas de Compensación, reduciendo de esta*

manera, el tiempo durante el cual un trabajador puede percibir el auxilio del subsidio familiar en dinero.” Adicionalmente, tal fin se busca a través de una medida que no es *“necesaria ni conducente para estimular la generación de empleo, y que podría incluso resultar contraria a ese fin.”* Al respecto se argumenta lo siguiente:

“[...]debe tenerse en cuenta que hacer aún más restrictivo un límite de edad, como ocurre con la norma acusada, implica un impedimento adicional para que personas de escasos recursos accedan a un subsidio que les permita brindar alguna facilidad a sus familias en un periodo de tiempo crucial para la educación superior de sus hijos. Así, se está ante un freno para dar cumplimiento a los citados fines constitucionales del Estado. || Teniendo en cuenta que la finalidad de la norma era promover un mayor empleo, como se dejó enunciado en el punto anterior, resulta oportuno señalar que la medida legislativa resultaría inconducente, si se tiene en cuenta que la misma, podría desestimular la culminación de los estudios para los hijos de los beneficiarios, que cumpliendo la mayoría de edad (18 años) dejarán de percibir el subsidio familiar en dinero y se vieran constreñidos a buscar emplearse para poder aportar económicamente a su familia.”

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241 (numeral 5°) de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre las acciones de inconstitucionalidad presentadas contra normas de rango legal, como las acusadas en el presente proceso.

2. No hay cosa juzgada constitucional con relación al cargo presentado

Como varios intervinientes lo señalan, la Corte Constitucional ya se había pronunciado sobre la norma acusada en el presente proceso, pero con ocasión de cargos diferentes, de hecho así lo ha hecho en dos ocasiones.

2.1. En efecto, en la sentencia C-653 de 2003 la Corte resolvió, fundamentalmente, declarar exequibles las expresiones *“Después de los 12 años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado”* y, *“y que cumplan con el certificado de escolaridad del numeral 1”* contenidas en los numerales 1 y 2, respectivamente del párrafo 1° del artículo 3° de la Ley 789 de 2002, *“por los cargos analizados en [la] sentencia”*.²² De acuerdo con la sentencia, se debía resolver un cargo por violación al principio de igualdad diferente al que ahora ha sido propuesto. En esa ocasión, se planteó

²² Corte Constitucional, sentencia C-653 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño). En esta oportunidad la Corte también resolvió declararse *inhibida* (i) “para emitir pronunciamiento de fondo por carencia actual de objeto con respecto al artículo 28 de la Ley 21 de 1982” y (ii) “para emitir pronunciamiento de fondo en relación con los cargos de violación del Preámbulo y de los artículos 1°, 2°, 5°, 16, 26, 27, 41, 42, 45, 60, 64, 68 a 71, 95, y 366 de la Constitución Política en que supuestamente incurrió parcialmente el legislador con la aprobación del artículo 3° de la Ley 789 de 2002”.

a la Corte el problema de si las reglas legales acusadas imponían “*injustificadamente un trato diferenciado a los niños que por escasos recursos económicos o a causa de afecciones físicas o mentales no pueden acceder al sistema educativo, por lo que sus padres no pueden cumplir con el requisito legal impuesto en los apartes normativos demandados y como consecuencia de ello no son beneficiarios del subsidio familiar.*” En tal oportunidad la Corte consideró que la norma no era contraria a la Constitución porque no imponía un trato discriminatorio, en especial al hacer una lectura integral de la Ley.²³

2.2. Por otra parte, en la sentencia C-658 de 2003 la Corte resolvió declarar exequible la totalidad de la Ley 789 de 2002, pero no de manera general, sino “*en cuanto no se vulneraron los términos establecidos en el artículo 160 de la Constitución*”.²⁴ Expresamente en la parte motiva de la sentencia, la Sala indicó

²³ Corte Constitucional, sentencia C-653 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño); se consideró al respecto lo siguiente: “[...] el requisito fijado por el legislador se orienta a garantizar que los padres cumplan con la responsabilidad de educar a sus hijos, y les brinda correlativamente mediante el subsidio familiar una ayuda en dinero para contribuir en los gastos que por el sostenimiento de ésta se causen. || En lo que concierne a la presunta transgresión del artículo 13 Superior, cuyo sentido y alcance ha fijado en reiterada jurisprudencia esta Corporación, la Sala considera que el requisito de la acreditación de la escolaridad no sólo persigue un fin constitucionalmente válido sino que, como se ha indicado, armoniza con los artículos 44 y 67 de la Carta en cuanto a la responsabilidad de la familia en la educación de los niños. || [...] todos los menores a los que se les aplica la norma cuentan no sólo con padres o hermanos que tienen una vinculación laboral, sino que a partir de la descripción normativa, ninguno de esos niños tienen algún tipo de discapacidad que les impida asistir a un establecimiento docente debidamente aprobado. Así, la norma parcialmente demandada brinda a todos los niños cuyos padres o hermanos trabajadores tienen derecho al subsidio familiar el mismo trato jurídico. || La norma parcialmente acusada, no atenta entonces contra el derecho de los niños y las niñas a la educación y ni a beneficiarse a través de sus padres y hermanos del subsidio familiar, [...] || En relación con los niños inválidos o que padecen de algún tipo de discapacidad, que según el actor y algunos intervinientes no estarían en posibilidad de acceder al sistema educativo y que por lo mismo no podrían beneficiarse del subsidio familiar, la Corte advierte que el numeral 4 del parágrafo 1° del artículo 3° de la Ley 789 de 2002 incluyó dentro del régimen de subsidio familiar en dinero a esas personas, al establecer que: “4. *Los padres, los hermanos huérfanos de padres y los hijos, que sean inválidos o de capacidad física disminuida que les impida trabajar, causarán doble cuota de subsidio familiar, sin limitación en razón de su edad. El trabajador beneficiario deberá demostrar que las personas se encuentran a su cargo y conviven con él.*” [Una disposición similar consagraba el artículo 30 de la Ley 21 de 1982.] || De esta manera, no asiste razón al demandante al sostener la violación del derecho a la igualdad de los niños discapacitados frente a los demás, por cuanto la regla jurídica por él demandada no es aplicable al supuesto fáctico en que funda el cargo de inconstitucionalidad como se acaba de anotar. || Finalmente, para la Sala el requisito de acreditación de escolaridad a que hacen referencia los apartes acusados del artículo 3° de la Ley 789, es una medida no sólo admisible sino que busca la realización de objetivos constitucionalmente importantes, como impedir que los niños mayores de doce (12) años desarrollen actividades de tipo laboral en lugar de desarrollar las labores académicas propias de quien está en proceso de formación. Esto justifica entonces que a partir de esa edad deba cumplirse con el requisito de la acreditación de la escolaridad.”

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-658 de 2003 (MP Alfredo Beltrán Sierra). La Sala consideró al respecto: “De acuerdo con el recuento de los pasos y las fechas en que se surtieron los debates legislativos de la Ley 789 de 2002, se puede concluir que se respetaron los términos constitucionales y legales. || En efecto: el término de los 8 días se cumplió, pues, con fundamento en el mensaje de urgencia que medió por parte del Gobierno Nacional, las Comisiones Séptimas permanentes de Senado y Cámara deliberaron en forma conjunta el proyecto de ley, durante los días 29 de octubre, 5, 6, 12, 18, 20, 21, 25, 27 y 28 de noviembre de 2002. La aprobación del texto definitivo se publicó en la Gaceta de fecha 10 de diciembre de 2002. || Por su parte, en Sesión Plenaria realizada en la Cámara de Representantes los días 17 y 18 de diciembre de 2002, fue aprobado en segundo debate el texto definitivo del Proyecto de ley No.057/02 Senado, 056/02 Cámara. El día 20 de diciembre de 2002 fue considerado y aprobado el informe de la Comisión Accidental de Mediación, así se corrobora con la certificación expedida el 6 de febrero de 2003, por el Secretario General de la Cámara de

que se declaraba “*exequible el trámite legislativo de la Ley 789 de 2002 “por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”, únicamente respecto del cargo de que supuestamente no se respetaron los términos establecidos en el artículo 160 de la Constitución [...]”.*²⁵

2.3. Así, las declaraciones de constitucionalidad que existen sobre la norma acusada parcialmente, se fundan en el estudio de cargos distintos al presentado por los accionantes en el presente caso. La demanda que se estudia en esta oportunidad no se dirige a cuestionar el procedimiento legislativo con el cual se tramitó el artículo 3° de la Ley 789 de 2002, ni a una violación al derecho a la igualdad de los niños y niñas que no pueden asistir al colegio, sino a cuestionar la eventual violación a los principios de progresividad y no regresividad. En tal medida, la Sala concluye que las normas acusadas no han sido estudiadas a la luz de los argumentos de inconstitucionalidad presentados en esta oportunidad, y que, por tanto, no existe cosa juzgada constitucional respecto de la norma legal acusada en virtud de los cargos propuestos en esta oportunidad.

3. Inhibición con relación al cargo de igualdad

Al estudiar con detenimiento el segundo cargo presentado por la demanda, referente a la violación al principio de igualdad, la Sala concluye que éste no cumple con los requisitos mínimos para ser estudiado en sede de constitucionalidad y, por tanto, corresponde inhibirse de conocerlo.²⁶

Representantes, doctor Angelino Lizcano Rivera. || Y en Sesión Plenaria realizada en el Senado de la República el día 18 de diciembre de 2002, fue aprobado en segundo debate el texto definitivo del proyecto en mención. El 20 de diciembre de 2003, en sesión extraordinaria fue considerado y aprobado el informe de mediación, tal como lo certifica el Secretario General del Senado, doctor Emilio Otero Dajd, de fecha 11 de febrero de 2003. || Es decir, que se observó el término de los 8 días que debe mediar entre la aprobación de un proyecto de ley en Comisión Conjunta y la respectiva plenaria, pues, las discusiones del primer debate que se iniciaron el 29 de octubre, culminaron el 28 de noviembre de 2002 y el inicio en las Sesiones Plenarias de Cámara y Senado ocurrió los días 17 y 18 de diciembre de 2002, respectivamente. Se superó ampliamente el término de los 8 días. || En cuanto al requisito de los 15 días que debe mediar entre la aprobación de una Cámara y su aprobación en la otra, en el caso en estudio, el agotamiento de dicho lapso no era necesario, en razón de la discusión conjunta del proyecto en las Comisiones Constitucionales Permanentes, tal como lo señala el artículo 183 de la Ley 5ª de 1992, norma que, se repite, fue declarada exequible en sentencia C-025 de 1993. || Igualmente, de las certificaciones expedidas por los Secretarios Generales de Senado y Cámara de Representantes, se evidencia que el mencionado proyecto de ley fue aprobado con las mayorías que para el efecto exige la Constitución.”

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-658 de 2003 (MP Alfredo Beltrán Sierra). En esta oportunidad la Sala también resolvió declararse “*inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en relación con los demás cargos contra la mencionada Ley*”.

²⁶ Desde la sentencia C-022 de 1996 (MP Carlos Gaviria Díaz), la jurisprudencia ha identificado los tres aspectos básicos que todo cargo por igualdad debe tener. Dijo en aquella oportunidad la Corte: “[...] el concepto de igualdad es relativo, por lo menos en tres aspectos: a. Los sujetos entre los cuales se quieren repartir los bienes o gravámenes; b. Los bienes o gravámenes a repartir; c. El criterio para repartirlos. || En otras palabras, hablar de igualdad o desigualdad, siguiendo alguna variante de la fórmula clásica (como la contenida en el artículo 13 de la Constitución Política), tiene sentido sólo en la medida en que se respondan las siguientes tres preguntas: ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio? [...]”. Al respecto ver, entre otras, las sentencias: C-090 de 2001 (MP Carlos Gaviria Díaz), C-913 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), C-1115 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil), C-033 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), C-520 de 2016

3.1. Los accionantes consideran que la norma viola el derecho a la igualdad, por cuanto impone un trato diferente no justificado. La conclusión a la que llegan al comparar los tres textos normativos citados (el artículo 163 de la Ley 100 de 1993; el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y el parágrafo 1º, artículo 3º de la Ley 789 de 2002), es que “(...) *el acceso de los hijos de los trabajadores, en calidad de beneficiarios, tanto del servicio de salud como en pensiones es hasta los 25 años, siempre y cuando la persona dependa económicamente del afiliado*”, pero “*en el régimen que regula el subsidio familiar se señala que los hijos de los trabajadores podrán acceder al subsidio únicamente hasta los 18 años*”. Para los accionantes esta situación “*demuestra el trato diferente que se le otorga a los hijos de los trabajadores frente al subsidio familiar en relación con salud y pensiones, ya que únicamente tendrán acceso a este derecho hasta que cumplan la mayoría de edad*”. A su juicio, los supuestos de las normas que se propone contrastar son susceptibles de ser “*cotejados*”, pues las tres disposiciones “*se refieren a aquellos servicios que se presentan dentro del Sistema de Seguridad Social en Colombia. Además, se trata de sujetos que tiene una misma naturaleza la cual consiste en ser beneficiarios del sistema, es decir, aquellos que a pesar de que no son cotizantes se pueden beneficiar por los servicios que se otorga en salud, pensiones y subsidio familiar.*” Para los accionantes es evidente que se está dando un trato desigual entre iguales:

“(...) ya que tanto en el servicio de salud como en la pensión de sobrevivientes se permite a los hijos de los trabajadores acceder a estos servicios hasta los 25 años, sin embargo, en el servicio de subsidio familiar se señala que sólo tendrán derecho los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, es decir, no se permite acceder a este derecho hasta los 25 años. [...]”

3.2. En primer lugar, la Sala advierte que en el presente caso no existen dos grupos de personas que puedan ser distinguibles y objeto de comparación. Por un lado, se propone, estarían los hijos de los trabajadores que tendrían derecho a beneficios sociales en materia de pensión y de salud hasta los 25 años, en tanto que de otra parte estarían los hijos de los trabajadores mayores de 18 años y menores de 25, que siguen estudiando y no recibirían una prestación social: el subsidio familiar. Es claro que no se trata de dos grupos diferenciables y comparables. De hecho, algunas de las personas que se encuentran en uno de los grupos también se encuentran en el otro de los grupos a comparar. En efecto, todas las personas menores de 25 años que son hijos de trabajadores tienen exactamente el mismo trato. Si tienen las condiciones para recibir los beneficios pensionales y los de salud, los recibirán por igual. De igual manera, si tienen más de 18 años, no tienen lugar a recibir el subsidio familiar. No hay dos grupos de personas hijas de los trabajadores que sean diferenciables y reciban tratos diferentes en un determinado aspecto. Las tres normas legales citadas por los accionantes se aplican a todas las personas por igual y sin discriminación. La de pensiones y la de salud hasta los 25 años y la de subsidio familiar hasta los 18 años.

(MP María Victoria Calle Correa, AV Alberto Rojas Ríos, Gloria Stella Ortiz Delgado, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Aquiles Arrieta Gómez).

3.3. Además de no identificar los grupos de personas que son objeto de comparación, los accionantes tampoco identifican un aspecto concreto y específico con relación al cual se dé un trato diferente. En realidad los accionantes comparan tres normas distintas que asignan tres beneficios jurídicos en las mismas condiciones a todos los hijos de los trabajadores. Una norma referente a pensiones, otra referente a la salud y la última, objeto de cuestionamiento en este proceso, referente al subsidio familiar. En las tres situaciones jurídicas ocurre lo mismo, a saber, cada una de las normas da el mismo tratamiento a todas las personas. En las tres disposiciones se fijan las condiciones, por igual, para acceder al respectivo beneficio. En cuanto a los beneficios de pensión y en salud estos se dan hasta incluso los 25 años, en tanto el beneficio de subsidio familiar se da hasta los 18 años, según la norma actualmente.

3.4. La Sala advierte, además, que la aproximación general y abstracta que proponen los accionantes para comparar las normas como tres 'prestaciones sociales' y demandar que las tres disposiciones deben ser configuradas de igual manera no es aceptable. En efecto, los accionantes parecieran sugerir que existe una nueva edad de protección social (a saber, 25 años), edad a la cual toda prestación social debería dirigirse. No obstante, tal argumento desconoce la manera en que se estudia una violación al principio de igualdad según la jurisprudencia. Además de no identificar los grupos comparable, también se hace alusión a tres prestaciones sociales con profundas diferencias y características propias que no se pueden dejar de lado al compararlas.

3.4.1. La norma en materia de salud es universal pues se dirige a toda persona, sea trabajador asalariado, independiente, empresario o lo que sea, en cambio la norma de subsidio familiar busca proteger un tipo de trabajador asalariado (Artículo 163 de la Ley 100 de 1993).²⁷ La prestación de pertenecer al derecho a la salud es una garantía a la que tiene derecho toda persona, independientemente de su condición. Así, si la persona tiene derecho como hijo a acceder al sistema de salud esta será su vinculación. Pero si la persona no tiene acceso al sistema por esa vía, en todo caso tiene derecho a formar parte del sistema, bien sea en calidad de cotizante o beneficiario de otra persona en el régimen contributivo o bien sea a través del régimen subsidiado. Por el contrario,

²⁷ Artículo 163 de la Ley 100 de 1993: "El núcleo familiar del afiliado cotizante, estará constituido por: a) El cónyuge. b) A falta de cónyuge la compañera o compañero permanente. c) Los hijos hasta que cumplan los veinticinco (25) años de edad que dependen económicamente del afiliado. d) Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado. e) Los hijos del cónyuge o compañero permanente del afiliado que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales e) y d) del presente artículo. f) Los hijos de beneficiarios y hasta que dichos beneficiarios conserven su condición. g) Las personas identificadas en los literales e), d) y e) del presente artículo que están a cargo del afiliado familiar hasta el tercer grado de consanguinidad como consecuencia del fallecimiento o la ausencia de sus padres o la pérdida de la patria potestad por parte de los mismos. h) A falta de cónyuge o compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente de este. i) Los menores entregados en custodia legal por la autoridad competente. PARÁGRAFO 1o. Se entiende que existe dependencia económica cuando una persona recibe de otra los medios necesarios para su subsistencia. En el caso de los hijos entre los 18 y 25 años se presumirá su incapacidad económica sino se encuentran cotizando directamente como dependientes o independientes."

el subsidio familiar no es un derecho fundamental que tenga toda persona. Así, si la persona hija del trabajador no tiene derecho al subsidio familiar, simplemente no lo recibe. No es una garantía a la que tenga derecho toda persona por el simple hecho de ser, justamente, una persona. Si bien el derecho a la educación es un derecho fundamental, concretamente el subsidio familiar por tener un hijo estudiante a cargo, no es una prestación social de carácter universal. La persona hija del trabajador tiene que cumplir las condiciones legales exigidas para acceder al subsidio. Si no ocurre eso, no hay acceso a la prestación. Adicionalmente, la norma en salud beneficia directamente a la persona hija de la persona afiliada al sistema de salud mediante el régimen contributivo, en tanto el subsidio familiar se dirige ante todo a la persona trabajadora que es quien tiene que asumir los costos de la educación de sus hijos.

3.4.2. La pensión de sobreviviente se distingue de la prestación de salud, por cuanto no es universal. De forma similar a lo que ocurre con el subsidio familiar, si no se cuenta con los requisitos para acceder al beneficio social, no se recibe y no existe una prestación supletoria que se pueda recibir como sí ocurre en el caso de salud (tener derecho a formar parte del sistema de salud a través de una vinculación propia al régimen contributivo o como beneficiario del régimen subsidiado). No obstante, existe una diferencia grande entre las dos prestaciones. En el caso de la pensión, la prestación no se limita a que la persona sea un trabajador asalariado de una determinada condición sino a toda persona que tenga derecho a la pensión. La norma del subsidio familiar, por su parte, se dirige a los trabajadores. La regla pensional beneficia directamente a la persona hija ante la ausencia de la persona que se encargaba de su subsistencia. En cambio, la regla de subsidio familiar beneficia al trabajador que tiene que asumir los costos educativos de la persona que sea su hijo. La regla pensional apunta a proteger el mínimo vital de una persona, ante la ausencia de la persona de la cual aquella dependía económicamente. La regla del subsidio familiar busca apoyar a ciertas personas trabajadoras en el pago de la educación de sus hijos.

3.4.3. En síntesis, los accionantes no dan razones claras de por qué, a pesar de estas profundas diferencias que hay entre estas tres instituciones de la seguridad social, el Legislador tenía la obligación de regularlas de la misma manera, específicamente, en establecer la misma edad límite para recibir las prestaciones sociales referidas. De hecho, el análisis de razonabilidad de la norma presentado por los accionantes no se ocupa de la razonabilidad del criterio usado por el Legislador para dar un trato diferente a los dos grupos claramente identificados. Los accionantes se ocupan, en realidad, de analizar la razonabilidad de la decisión del Legislador de bajar la edad de 23 a 18 años, como requisito para recibir el subsidio familiar.²⁸

²⁸ Por ejemplo, los accionantes argumentan que “la medida no es adecuada para alcanzar el fin de promover el empleo dentro del país, puesto que, el hecho que se reduzcan el número de beneficiarios por cuestiones de edad no implica que el empleador pague un valor menor, toda vez que, como quedó explicado previamente, el empleador cotiza es en razón al número de días laborados. Además, dicha medida no es la única manera de lograr la finalidad citada ya que, como se señala en la Ley 789 del 2002, se establecieron medidas como eliminar la duración mínima de un año del contrato a término fijo, obligar a las empresas de servicios temporales a pagar al trabajador en misión un salario con prestaciones sociales equivalente al pagado por la empresa usuaria (estimulando la creación de empleo formal) y se eliminó la presunción de contrato laboral para profesiones liberales y otros

3.5. Adicionalmente, la Sala también advierte que la norma acusada no se funda en un claro criterio sospechoso de discriminación (art. 13, CP) ni de una disposición legal que, a primera vista, evidencie un trato que aparezca como discriminatorio, que diera lugar a la Corte a conocer el caso, en virtud de la aplicación del principio en favor de la acción presentada (principio *pro actione*).

4. Inhibición con relación al cargo de violación al principio de progresividad y la regla de no regresividad

Al estudiar con detenimiento el primer cargo presentado por la demanda, referente a la violación al principio de progresividad y no regresividad, la Sala concluye que éste tampoco cumple con los requisitos mínimos para ser estudiado en sede de constitucionalidad y, por tanto, corresponde inhibirse de conocerlo.

4.1. Los accionantes consideran que la norma legal acusada es violatoria del principio de progresividad y la regla de no regresividad, por cuanto se redujo el ámbito de protección de una garantía propia de la seguridad social. Señalan que desde 1982 el Legislador creó un beneficio para ciertos trabajadores, consistente en darles un subsidio familiar cuando tiene hijos a cargo estudiando, hasta los 23 años. El artículo 28 de la Ley 21 de 1982 estableció que “*los hijos legítimos, los naturales, los adoptivos, los hijastros y los hermanos huérfanos de padres se consideran personas a cargo hasta la edad de dieciocho (18) años*”, precisando que “*cuando la Persona a cargo sobrepase la edad de dieciocho (18) años y empiece o esté haciendo estudios postsecundarios, intermedios o técnicos dará lugar a que por él se pague el subsidio familiar, hasta la edad de 23 años cumplidos, acreditando la respectiva calidad de estudiante postsecundario, intermedio o técnico*”. Posteriormente, en la Ley 789 de 2002, en el numeral 1 del tercer artículo, el Legislador incluyó la regla que es objeto de la presente demanda, según la cual da derecho al subsidio familiar en dinero, entre otras personas a cargo de los trabajadores beneficiarios “*los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros.*” Así pues, es claro que la garantía de seguridad social dada a los trabajadores para el pago de los estudios de sus hijos fue reducida. Se pasó de dar el apoyo hasta los 23 años y se bajó a 18 años.

4.2. Para los accionantes esta medida legislativa es regresiva y es inconstitucional por cuanto no tiene justificación alguna. Los accionantes indicaron que al revisar los documentos del proceso legislativo no se encontró alguna razón que buscará justificar por qué se había decidido reducir de 23 a 18 años la protección del subsidio familiar en cuestión. Por tal motivo, alegan, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional que la medida es claramente inconstitucional, en tanto toma una medida regresiva sin que haya una justificación aceptable para eso. Expresamente, sostienen en su demanda, que de acuerdo con el procedimiento legislativo de la Ley 789 de 2002, “*no se logra encontrar una razón específica, ni en los informes de ponencia, ni en los*

contratos de servicios, lo cual podría facilitar la ocupación de ese tipo de personas debido al menor costo que representaría para la empresa.”

debates realizados, que sustente la regresividad de la norma demandada.” Pero además, consideran que no podría asumirse, ni siquiera en gracia de discusión, que el motivo general que justificó la Ley 789 de 2002 (promover el empleo) sea una razón válida para justificar la medida, en tanto que ésta no implica en forma alguna la promoción del empleo. Dice al respecto la acción de la referencia:

“[...] Si bien es cierto que la Ley en general se fundamenta en la disminución de los costos de las garantías laborales a cargo de los empleadores con el fin de generar mayor empleabilidad, no se puede tomar como fundamento de la disposición específica que se demanda, ya que su contenido está encaminado a presentar modificaciones en el régimen de subsidio familiar lo asumen los empleadores, este valor se otorga en razón al tiempo laborado en el mes y no el número de beneficiarios que tenga el trabajador.”

4.3. La Sala advierte, como lo señalan varias de las intervenciones, que la norma legal acusada en el presente proceso (numeral 1, del primer párrafo, del artículo 3º, Ley 789 de 2002) sí tuvo algún tipo de justificación en el debate parlamentario. El título de la Ley 789 de 2002 advierte que junto a las medidas de apoyo al empleo, el Congreso tenía la finalidad de aumentar la protección social.²⁹ Es decir, además de promover el crecimiento del empleo, se buscaba ampliar algunas garantías de carácter social de los trabajadores. El Legislador incluyó en el propio texto de la ley, como lo resaltaron algunas de las intervenciones orientadas a defender la constitucionalidad de la norma, su justificación. El artículo 6º de la Ley 789 de 2002 dice:

“Artículo 6o.- *Recursos para el fomento del empleo y protección al desempleo.* Las Cajas de Compensación Familiar administrarán en forma individual y directa o asociada con otra u otras Cajas un fondo para apoyar al empleo y para la protección al desempleado conforme los artículos 7o., 10 y 11 de la presente ley. El Gobierno determinará la forma en que se administrarán estos recursos cuando no puedan ser gestionados directamente por la Caja de Compensación Familiar. || Las Cajas apropiarán de los recursos del fondo, por cada beneficiario de los programas de subsidio de que trata la presente ley, un monto per cápita que será definido en enero de cada año por la Superintendencia del Subsidio, de acuerdo con los beneficios que se deben otorgar, en concordancia con la presente ley. Las apropiaciones del monto per cápita se realizarán en la medida en que se produzcan las solicitudes de subsidios hasta agotar los recursos propios de cada Caja. No obstante, para garantizar la solidaridad y el equilibrio ante la diferente situación de desempleo y recursos disponibles entre las distintas Cajas del país, mínimo semestralmente la Superintendencia realizará cortes contables y ordenará el traslado de recursos entre Cajas, de acuerdo con el monto per cápita requeridas para los desempleados pendientes en unas Cajas, en estricto orden de solicitud, y los recursos sobrantes en otras. Igual procedimiento se aplicará para el apoyo a los desempleados sin

²⁹ Ley 789 de 2002, “*por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo*”.

vinculación anterior a las Cajas de Compensación de acuerdo con el porcentaje previsto para tal efecto en esta ley. || [...]”³⁰

El artículo 6 de la Ley 789 de 2002, además de crear el mencionado fondo, establece cuáles son las fuentes de recursos para el mismo. Allí incluye parte del dinero que recibían antes los trabajadores a título de subsidio familiar por hijos estudiantes que ‘*sobrepasaban los 18 años*’. Dice la norma:

“Son fuentes de recursos del fondo las siguientes:

a) La suma que resulte de aplicar el porcentaje del 55% que en el año 2002 se aplicó a las personas a cargo que sobrepasaban los 18 años de edad. Este porcentaje se descontará todos los años del 55% obligatorio para el subsidio en dinero como fuente mencionada de recursos del fondo;”³¹

4.4. No es cierto entonces, que el Legislador nunca hubiese tenido una razón para tomar la decisión de introducir la medida regresiva acusada. Explícitamente se advierte en el texto de la propia Ley que parte de los recursos que antes se destinaban al subsidio familiar, ahora harán parte de un Fondo para fomentar el empleo y para crear mecanismo de protección a la persona desempleada. Expresamente el artículo 9º de la Ley 789 de 2002 establece servicios para desempleados así:

“Artículo 9o.- *Servicio para desempleados con vinculación anterior a las Cajas de Compensación Familiar.* Con cargo a los recursos propios de las Cajas, los desempleados con vinculación anterior a estas entidades, tendrán derecho a los programas de educación, capacitación,

³⁰ La última frase del segundo inciso del artículo fue declarada exequible en la sentencia C-393 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa con AV; SV Jaime Araújo Rentería). Sobre el tema regulado por el artículo 6 de la Ley 789 de 2002, ver también: Ley 1780 de 2016; Art. 10 y Ley 1636 de 2013; Art. 6.

³¹ Continúa la norma así: “b) El porcentaje no ejecutado que le corresponde del cuatro por ciento (4%) de los ingresos de las Cajas al sostenimiento de la Superintendencia del Subsidio Familiar en el período anual siguiente; || c) El porcentaje en que se reducen los gastos de administración de las Cajas de Compensación Familiar, conforme la presente ley. Esta disminución será progresiva, para el año 2003 los gastos serán de máximo 9% y a partir del 2004 será máximo del 8%; || d) El 1% del 100% de los recaudos para los subsidios familiar de las Cajas con cuocientes inferiores al 80% del cuociente nacional; el 2% de los recaudos de las cajas con cuocientes entre el 80% y el 100% del cuociente nacional; y el 3% de los recaudos de las Cajas con cuocientes superiores al 100% del cuociente nacional. Estos recursos serán apropiados con cargo al componente de vivienda del FOVIS de cada caja, de que trata el numeral 7 del artículo 16 de esta Ley; || e) Los rendimientos financieros del Fondo. || PARÁGRAFO 1o. De estos recursos se destinará hasta el cinco por ciento (5%) para absorber los costos de administración del fondo. || PARÁGRAFO 2o. Las Cajas de Compensación que participen en una entidad de crédito vigilada por la Superintendencia Bancaria como accionistas, conforme la presente ley, deberán destinar los recursos previstos en este fondo para el microcrédito, como recursos de capital de dichas instituciones para su operación. || PARÁGRAFO 3o. Una vez surtidos los traslados de recursos de los desempleados, sin discriminación con o sin vinculación anterior a las cajas, los saldos no ejecutados durante la respectiva vigencia fiscal, de todos los recursos del fondo para apoyar el empleo y la protección del desempleado, serán destinados para el fondo obligatorio para el subsidio familiar de vivienda de interés social de las cajas, FOVIS, de conformidad con la regulación sobre la materia.” El Parágrafo 3º de este artículo fue adicionado por la Ley 920 de 2004 (parágrafo del artículo 1) y declarado exequible por la sentencia C-475 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño).

recreación y turismo social, en las mismas condiciones que tenía como afiliado al momento de su retiro, durante 1 año a partir de su acreditación como desempleado y en la última Caja en la que estuvo afiliado. || PARÁGRAFO 1o. Las personas a cargo o beneficiarios gozarán también de estos derechos por el mismo tiempo. || PARÁGRAFO 2o. Los trabajadores que hubieren acreditado veinticinco 25 o más años al Sistema de Cajas de Compensación Familiar y se encuentren pensionados tendrán derecho a los programas de capacitación, recreación y turismo social a las tarifas más bajas de cada Caja de Compensación. || PARÁGRAFO 3o. Los trabajadores que perdieron su trabajo antes de la vigencia de la presente ley podrán acceder a los programas del presente artículo siempre y cuando su desvinculación haya sido dentro del último año.”

4.5. En conclusión, el cargo tal como fue presentado por los accionantes no puede ser analizado, puesto que se funda en una situación que no ocurrió, que no es real. Se alega que el Legislador expidió una norma de carácter regresivo sin razón alguna que la pueda justificar, cuando el mismo texto legal avanza la razón de por qué se tomó tal decisión legislativa. Explícitamente, el texto aprobado por el Congreso advirtió que los recursos que se dejaban de destinar al subsidio familiar se usarían en otro tipo de medidas para la promoción del empleo y para la protección frente al desempleo. La Sala Plena de la Corte Constitucional no puede entrar a considerar si una norma que se considera regresiva es constitucional o no, con base en que el Legislador nunca consideró una razón que la pudiera justificar, cuando sí existe tal razón. || Lo que corresponde en este caso a los ciudadanos que deseen cuestionar la norma objeto de la presente acción de inconstitucionalidad, es identificar de manera precisa cuál es la razón por la cual el Legislador, ejerciendo el amplio margen de configuración del ordenamiento jurídico que le confiere la Constitución, resolvió expedir la norma legal en cuestión e indicar por qué tales razones no logran justificar tal medida a la luz del orden constitucional vigente. En consecuencia, la Sala se limitará a inhibirse de analizar la demanda de la referencia.

VII. DECISIÓN

La Corte debe inhibirse de pronunciarse de fondo acerca de acciones de inconstitucionalidad que no muestren cómo la norma legal acusada desconoce la Constitución, con un argumento susceptible de ser analizado en sede de revisión.

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos en el proceso de la referencia.

Segundo.- Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse sobre la acción de la referencia contra el numeral 1 del párrafo 1° del artículo 3° de la Ley 789 de 2002.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase y archívese el expediente.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaría General