

Bogotá D.C., Diciembre de 2016

D-11890  
OK

10 12 2016

1000 9:08 am

Honorables Magistrados  
Corte Constitucional de Colombia  
Ciudad

**Ref.:** Demanda de inconstitucionalidad en contra del numeral 1° del párrafo primero del artículo Tercero de la Ley 789 del 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”*

Respetados Magistrados:

David Cujar Bermúdez, identificado con cédula de ciudadanía No 1.020.769.654 de Bogotá; Sara Milena Núñez Aldana, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.019.089.694 de Bogotá; Natalia Pérez Amaya, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.026.569.361 de Bogotá; Bryan Triana Ancinez, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.010.205.291 de Bogotá; y Nathalia Andrea Urrego Jiménez, identificada con cédula de ciudadanía No 1.015.446.874 de Bogotá, ciudadanos en ejercicio y miembros activos del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario, con base en las facultades otorgadas por el artículo 241 numeral 4° de la Constitución, en concordancia con lo regulado en el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, acudimos ante esa colegiatura, con la finalidad de instaurar **ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD**, contra la norma que a continuación se refiere:

**I. NORMA DEMANDADA**

Se demanda el numeral 1° del párrafo primero del artículo tercero 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”* publicada en el Diario

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario – 1653

Calle 12 C No. 6 – 25 Teléfono: (571) 297 02 00  
Bogotá D.C., Colombia – www.urosario.edu.co



Oficial No. 45.046 de 27 el diciembre de 2002. Para una mayor comprensión de la disposición demandada, se transcribe la totalidad de la norma, resaltando en negrilla y subrayando los apartes demandados.

**“Ley 789 de 27 de diciembre de 2002”**

(...)

Diario Oficial No. 45.046 de 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*

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

**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.**

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario – 1653

Calle 12 C No. 6 – 25 Teléfono: (571) 297 02 00  
Bogotá D.C., Colombia – www.urosario.edu.co



## II. NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

Los apartes demandados del artículo tercero, párrafo primero, numeral 1° de la Ley 789 vulneran las siguientes disposiciones constitucionales:

- Los artículos 13, 48 y 93 de la Constitución Política de 1991, específicamente, lo referente al bloque de constitucionalidad y el principio de igualdad.
- El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC los cuales se relacionan con el Principio de progresividad y prohibición de regresividad.
- El artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos referentes al Principio de progresividad y prohibición de regresividad.
- El artículo 1 el Protocolo de San Salvador relacionados con el Principio de progresividad y prohibición de regresividad.

## III. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Conforme a los artículos 241 de la Constitución Política y 43 de la Ley 270 de 1996, corresponde a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, y con tal fin, cumplirá la función de *“Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”*.

Por su parte, el Decreto Legislativo 2067 de 1991 establece el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional.

Son ustedes, entonces, Honorables Magistrados, competentes para conocer y fallar sobre esta demanda.

## IV. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario – 1653

Calle 12 C No. 6 – 25 Teléfono: (571) 297 02 00  
Bogotá D.C., Colombia – [www.urosario.edu.co](http://www.urosario.edu.co)



Universidad del Rosario

De conformidad con el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad debe delimitar con precisión el objeto demandado, el concepto de la violación e indicar la competencia de la Corte para conocer del asunto. Además, es necesario exponer las razones en que sustenta la demanda, que deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, tal y como se señala a continuación.

En sentencia C-1052 de 2001 la Corte Constitucional estableció que,

*"la claridad de la demanda se predica de aquella que tiene una coherencia argumentativa tal que le permita a la Corte identificar con nitidez el contenido de la censura y su justificación. Aunque debido al carácter público de la acción de inconstitucionalidad no resulta exigible la adopción de una técnica específica, como si sucede en otros procedimientos judiciales, no por ello el demandante se encuentra relevado de presentar las razones que sustentan los cargos propuestos de forma coherente y comprensible".*

La demanda consigna de manera precisa las razones por las cuales se presenta la violación de las normas en mención, además, su hilo conductor se expone de una manera comprensible y justificada. En el primer cargo se establece que se vulnera el principio de progresividad y prohibición de regresividad, consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por el Estado Colombiano mediante la Ley 74 de 1968, al disminuir la edad máxima hasta la cual los hijos de los trabajadores pueden ser beneficiarios del subsidio familiar; el segundo cargo se establece en relación con la violación al derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 constitucional, el cual se ve vulnerado en la medida que dentro de un mismo sistema existe un trato diferencial, sin que dicha medida sea idónea, necesaria y proporcional para alcanzar un objetivo o fin constitucional.

En el mismo pronunciamiento, se estableció que la certeza,

*"significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente "y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita" e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto."*

La acción que aquí se presenta recae sobre el inciso primero del párrafo primero del artículo 3 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" publicada en el diario

oficial 45.046 de 27 de diciembre de 2002, norma que actualmente se encuentra vigente, contrastando la misma con las disposiciones constitucionales citadas.

En relación con las razones específicas, la H. Corte ha determinado que estas lo son sí *definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través "de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada"*. Así, la acción presenta dos cargos, i) la violación a la prohibición de regresividad - Principio de progresividad, consagrado, principalmente, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana de Derechos Humanos y ii) la violación al principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política colombiana, cargos sobre los cuales se profundizará más adelante.

Por su parte, la pertinencia *"quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado"*. Los argumentos presentados encuentran fundamento en normas constitucionales y otras que hacen parte del bloque de constitucionalidad, las cuales serán descritas en el presente documento.

Por último, la suficiencia *"guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche, y con el alcance persuasivo de la demanda."* En ese sentido, las razones presentadas en la demanda, generan duda sobre la constitucionalidad de la norma demandada, *prima facie* porque el artículo normativo omitió la carga de justificar la necesidad de la regresividad que allí se encuentra, generando así, una presunción de inconstitucionalidad.

## V. PROBLEMAS JURÍDICOS

A través de esta acción de inconstitucional, la Corte Constitucional deberá establecer: i) ¿si el párrafo 1 del numeral 1 del artículo 3 de la Ley 789 del 2002 constituye una violación al principio de progresividad y prohibición de regresividad en relación con los artículos 27 y 28 de la Ley 21 de 1982, en la medida que esta ley permitía que los hijos de los trabajadores tuvieran acceso al subsidio familiar a los 23 años y no a los 18 años como se encuentra regulado en la actualidad? ii) ¿si la norma demandada constituye una violación al derecho de igualdad, establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, al generar un trato diferente al Régimen de Subsidio Familiar, en

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1653

Calle 12 C No. 6 - 25 Teléfono: (571) 297 02 00  
Bogotá D.C., Colombia - [www.urosario.edu.co](http://www.urosario.edu.co)



Universidad del Rosario

relación con el sistema de salud y pensiones; al no permitir el acceso a los hijos de los trabajadores al subsidio familiar a los 25 años sino únicamente hasta los 18 años?

## VI. CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Con el fin de demostrar claramente el concepto de la vulneración, la presente demanda de inconstitucionalidad expondrá en primer lugar, cómo la Ley 789 del 2002 implica una violación al principio de progresividad y prohibición de no regresividad consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con la Ley 21 de 1982. En segundo lugar, se establecerá cómo se afecta el derecho de igualdad al consagrar una edad distinta en el acceso al subsidio familiar en comparación con los servicios de salud y pensiones.

### 1. PRIMER CARGO: VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD

Para el desarrollo de este acápite, se realizará, en primer lugar, una breve reseña sobre el marco regulatorio del principio de progresividad y prohibición de regresividad dentro de las normas que integran el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia constitucional nacional. En segundo lugar, se expondrá la violación específica que se presenta de este principio por parte de la Ley 789 de 2002 en relación con la Ley 21 de 1982.

#### 1.1. MARCO REGULATORIO DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD

El principio de progresividad y prohibición de regresividad es desarrollado por tres instrumentos internacionales que hacen parte del Sistema Internacional de Derechos Humanos. En primer lugar, en el escenario universal, este principio lo encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en segundo lugar, en el contexto del Sistema Interamericano, se encuentra enunciado

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario – 1653

Calle 12 C No. 6 – 2S Teléfono: (571) 297 02 00  
Bogotá D.C., Colombia – [www.urosario.edu.co](http://www.urosario.edu.co)



Universidad del Rosario

en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en el Protocolo de San Salvador de 1998. Estos tratados cobran relevancia en el análisis de constitucionalidad en tanto que integran el denominado bloque de constitucionalidad.

En primer lugar, al referirnos al contexto universal, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 22 establece el principio de progresividad de la siguiente manera:

*"Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad".*

Igualmente, el PIDESC desarrolla el principio en estudio en el numeral primero del artículo 2 de la parte 2 de la siguiente manera:

*"Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (...).<sup>1</sup>"*

Sobre esta obligación, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas se pronunció en el siguiente sentido:

*"La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas "para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]". La expresión "progresiva efectividad" se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva*

<sup>1</sup>Asamblea General de Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Colombia ratificó el tratado internacional el 29 de octubre de 1969 a través de la Ley 74 de 1968.

*a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga<sup>2</sup>." (Negrilla fuera del texto original)*

Por otro lado, en el escenario interamericano, la CADH estipula esta misma obligación en el artículo 26 estableciendo que:

*"Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de los normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".<sup>3</sup>*

Igualmente, el Protocolo de San Salvador del 17 de noviembre de 1988, como protocolo adicional a la CADH en materia de derechos económicos sociales y culturales, estableció en el artículo primero que:

*"Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de*

<sup>2</sup>U.N. Doc. E/C.12/GC/19, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General No. 19: El derecho a la Seguridad Social (Artículo 9), adoptada en el 39º periodo de Sesiones, 2007, punto 9.

<sup>3</sup>Organización de Estados Americanos. Convención Americana de Derechos Humanos. Colombia la ratificó el 28 de mayo de 1973.

*desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.”<sup>4</sup>*

De esta manera, se puede corroborar que en los sistemas universal e interamericano de derechos humanos se encuentra consagrado el principio de progresividad y prohibición de regresividad, el cual, genera la obligación para los Estados partes de adoptar todas las medidas necesarias, hasta el máximo de sus recursos, para hacer efectivos progresivamente los derechos reconocidos en los instrumentos citados.

Así mismo, a nivel nacional, este principio ha sido sujeto de análisis en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual reconoce el carácter vinculante de esta obligación. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha reconocido, al igual que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que los Estados si pueden tomar medidas regresivas, siempre y cuando estén sustentadas en “razones de suficiente peso”. Al respecto ha mencionado que,

*“Como se expuso sumariamente en el capítulo anterior, cuando el legislador decide adoptar una medida que implica un retroceso en relación a la protección alcanzada por la legislación anterior, debe presumirse la inconstitucionalidad de la medida regresiva, por cuanto el principio de progresividad ordena que, prima facie, estén prohibidas este tipo de medidas.*

*Pero, como lo ha reiterado la Corte en su jurisprudencia, la constatación del carácter regresivo de una medida no conduce automáticamente a que se declare su inconstitucionalidad. Si bien, la adopción de éstas, pueden ser constitucionalmente problemáticas, por desconocer el principio de progresividad, esto sólo opera como una presunción de su susceptible de ser prueba en contrario. En consecuencia, para desvirtuar esta presunción, es necesario que la medida sea justificada, además de adecuada y proporcionada, para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia”<sup>5</sup>*

En el mismo sentido, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-393 de 2007 señaló, a propósito de los deberes del Estado con relación a los denominados derechos de segunda generación, que, de acuerdo con el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), cada uno de los Estados parte debe adoptar las medidas necesarias

<sup>4</sup>Organización de Estados Americanos. *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”*. Colombia lo ratificó el 22 de octubre de 1997.

<sup>5</sup>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-469 del 2013. Expediente T- 3400788. MP: Luis Ernesto Vargas Silva. Fecha 23 de julio de 2013.

*“hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”* (Subrayado fuera de texto).<sup>6</sup>

Este precepto, como lo ha señalado en reiteradas ocasiones la Corte, se encuentra incluido dentro del bloque de constitucionalidad y ha sido objeto de diversas interpretaciones por medio de las cuales se ha moldeado el contenido y alcance del referido principio de progresividad. Así, se ha establecido que el fin último del mismo es la consecución de la protección efectiva de los derechos, de forma inmediata siempre que sea posible y de forma paulatina cuando así lo impongan las circunstancias.

Debido a estas razones, la Corte Constitucional ha mencionado que para determinar si la norma debe ser declarada inconstitucional por ser regresiva, es necesario que sea evaluada a la luz del test de regresividad desarrollado en la sentencia C-536 de 2012.

Este test tiene la finalidad de determinar si la norma que se analiza efectivamente es regresiva, además, en caso de serlo, que esta se encuentre justificada. Para ello, se debe estudiar a la luz de tres criterios: 1) Que la medida sea regresiva; 2) Que no afecte los contenidos mínimos intangibles de los derechos sociales, económicos o culturales y 3) La justificación de la medida.

Sobre el primer criterio, la Corte mencionó que se debe corroborar que se haya presentado una modificación en la normatividad preexistente, y que la actual constituya una desmejora en las condiciones del derecho, lo cual, se puede expresar en que: *“se reduce el “radio de protección de un derecho social”, disminuye “los recursos públicos invertidos en su satisfacción”, aumente “el costo para acceder al derecho”, o en términos generales, la tal disposición “retrocede, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho social”*<sup>7</sup>

En cuanto al segundo criterio, se debe analizar si la medida que se toma altera el contenido mínimo del Derecho económico, social o cultural que se está modificando. Para ello, se debe observar cuales son las características básicas que contemplan la normatividad nacional o internacional

<sup>6</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-393 del 2007. *“Por medio del cual se demanda la inconstitucionalidad contra los artículos 6, 10 y 11 (parciales) de la Ley 789 de 2002”*. Expediente D-6553. MP: Manuel José Cepeda Espinosa. Fecha: 23 de mayo de 2007.

<sup>7</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-536 del 2012. *“Por medio del cual se demanda el parágrafo 3° del artículo 1° de la Ley 1114 de 2006 “por la cual se modifica la ley 546 de 1999, el numeral 7 del artículo 16 de la ley 789 de 2002 y el artículo 6 de la ley 973 de 2005 y se destinan recursos para la vivienda de interés social.”* Expediente: D-8885. MP: Adriana Guillén Arango. Fecha: 11 de julio de 2012.

sobre el derecho que se está estudiando y luego establecer si se presenta una alguna alteración de estas condiciones esenciales.

Por último, se debe analizar si la medida regresiva se encuentra justificada en razones que sean suficientes para que el Estado incumpla esta obligación, para ello, se deben estudiar los argumentos que fundamentan la decisión bajo los tres criterios usados en el juicio de proporcionalidad: 1. Finalidad constitucionalmente legítima e imperiosa, 2. Que sea adecuada y necesaria y 3. Proporcionalidad

De esta manera, la jurisprudencia constitucional nacional ha considerado que luego de que una norma es sometida al juicio anteriormente enunciado y como resultado se observa que no cumple con los requisitos establecidos en el mismo, esta norma carece de constitucionalidad por infringir las disposiciones del principio de progresividad y prohibición de regresividad consagrado en los instrumentos internacionales analizados que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

## 1.2 CONCEPTO DE VIOLACIÓN: VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD POR PARTE DE LA LEY 789 DE 2002: TEST DE REGRESIVIDAD

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, en el presente capítulo se expondrán las razones específicas que sustentan el cargo de inconstitucionalidad sobre la Ley 789 de 2002 por violar el principio de progresividad, para ello, se utilizará el test de regresividad desarrollado por la Corte Constitucional para estos casos.

### 1.2.1 Regresividad de la Ley 789 de 2002

Mediante la Ley 21 de 1982 se reglamentó el sistema de subsidio familiar en Colombia. En esta norma, entre otras cosas, se regularon algunos aspectos relacionados con los beneficiarios de los trabajadores que tenían derecho a que se les brindará los servicios de este sistema de la siguiente manera: 1. Se estableció que serán entendidas como beneficiarias las siguientes personas: a. los hijos naturales, los adoptivos y los hijastros; b. los hermanos huérfanos de padre c. los padres del trabajador y d. Cónyuge o compañero permanente. (Artículo 27) 2. En el caso de que las personas a cargo, descritas anteriormente, sobrepasen los 18 años y se encuentren realizando estudios superiores, se deberá acreditar dicha condición para que les sean brindados los beneficios del sistema de subsidio familiar hasta los 23 años (Inciso 3 del artículo 28).

Posteriormente, en el año 2002, el Congreso de la República expidió la ley 789 mediante la cual "(...) se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo". En esta norma, se realizaron un conjunto de reformas al sistema laboral y de seguridad social nacional con el objetivo de flexibilizar las relaciones entre trabajadores-empleadores y de esta manera generar mayor empleabilidad.

Entre las modificaciones introducidas por esta norma en materia de seguridad social, se realizaron algunas variaciones del régimen de subsidio familiar. En el caso específico de los beneficiarios de los trabajadores que podrían adquirir estos servicios, se dispone que únicamente los hijos de los empleados que no sobrepasen los dieciocho (18) años tendrán derecho a esta prestación (numeral 1° del párrafo primero del artículo tercero de la Ley 789 de 2002).

En el siguiente cuadro, es posible ver el cambio de la legislación y cómo la norma demandada modificó la Ley 21 de 1982 aunque no lo disponga expresamente:

| <i>Texto de los Artículos 27 y 28 de la Ley 21 de 1982</i>   | <i>Texto demandado del numeral 1° del párrafo primero del artículo tercero de la Ley 789 de 2002</i>   | <i>Consecuencia</i>  |
|--|--|--|
| <p><b>Artículo 27. Darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:</b></p> <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>Para los efectos del régimen del subsidio familiar se consideran personas a cargo las enumeradas, cuando convivan y dependan económicamente del</p> | <p>Parágrafo 1°. 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> | <p>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 años (18) años.</p> |

trabajador y, además se hallen dentro de las condiciones señaladas en los artículos siguientes.

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.

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.

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.

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<br>secundario, intermedio o<br>técnico. | post- |  |  |
|--|-------|--|--|

Conforme a lo anterior, se puede observar que con la nueva regulación se presenta una disminución de la cobertura del régimen de seguridad social en subsidio familiar, porque se reduce la extensión de la protección de las personas en el transcurrir de su vida. Esto, en razón a que con la legislación anterior se brindaba cobertura desde el nacimiento hasta los 23 años, mientras que los beneficiarios continuaran estudiando, pero con la nueva disposición se disminuye esta garantía hasta los 18 años y en consecuencia significa una regresividad en el sistema general de seguridad social.

Igualmente, 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<sup>8</sup>, para ello se recuerda que el artículo 3 de la 157 de 1887 establece que: *“estimase 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”*.

De esta manera, se concluye que la Ley 789 de 2002 efectivamente sustituye las disposiciones sobre subsidio familiar establecidas en la Ley 21 de 1982, además de que esta nueva norma 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.

### 1.2.2 Afectación de los mínimos intangibles de los derechos sociales, económicos o culturales

El subsidio familiar hace parte de las contingencias que cubre el régimen de seguridad social en Colombia, a cargo de las Cajas de Compensación Familiar (CCF) y se constituye como una protección mediante la cual se pretende,

*“(…) beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución*

<sup>8</sup>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-653 del 2003. *“Par media del cual se demanda la constitucionalidad de los artículos 28 (parcial) de la Ley 21 de 1982 y 3º (parcial) de la Ley 789 de 2002 Expediente D-4435 MP: Jaime Córdoba Triviño. Fecha: 5 de agosto de 2003.*



*de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento”.*<sup>9</sup>

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas al analizar el Derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 9 del PIDESC ha considerado que la finalidad del Subsidio familiar principalmente se encuentra en brindar cobertura a los beneficiarios del trabajador, en este sentido ha mencionado que,

*“Las prestaciones familiares son esenciales para la realización del derecho de los niños y de los adultos a cargo a la protección en virtud de los artículos 9 y 10 del Pacto. Al conceder las prestaciones, el Estado Parte debe tener en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas responsables del mantenimiento del niño o el adulto a cargo, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre o por el adulto a cargo. Las prestaciones familiares, incluidas las prestaciones en efectivo y los servicios sociales, deben concederse a las familias sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos, y normalmente incluirían el alimento, el vestido, la vivienda, el agua y el saneamiento y otros derechos, según proceda”.*<sup>10</sup> (Negrilla fuera del texto original)

Igualmente, al ser el subsidio familiar una de las formas de protección que consagra el sistema de seguridad social, debe cumplir con las garantías mínimas que se establecen como obligatorias para el sistema en general, por lo cual, esta prestación deberá atender a los siguientes principios:

#### **I. Principios que consagra la observación No. 19 del Comité de Derechos económicos sociales y culturales de Naciones Unidas:**

1. *Disponibilidad:* Consiste en la existencia de un sistema que garantice el cubrimiento de cada una de las contingencias que se pretenden proteger.

<sup>9</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 508 de 1997. “Por medio del cual se demanda los artículos 73, 74 y 76 (parciales) de la Ley 101 de 1993”. Expediente D-1627. MP: Vladimir Naranjo Mesa. Fecha: 9 de octubre de 1997

<sup>10</sup> U.N. Doc. E/C.12/GC/19, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General No. 19 El derecho a la seguridad social (artículo 9), adoptada en el 39 periodo de Sesiones, 2007, punto 18.



2. *Riesgos e imprevistos sociales*: Delimita las contingencias mínimas que debe cubrir el sistema de seguridad social, entre ellas, el sistema de prestaciones familiares para niños y menores a cargo.
3. *Nivel suficiente*: Verifica que las prestaciones que brinda el sistema sean suficientes para poder cubrir la totalidad de la contingencia que garantiza el sistema.
4. *Accesibilidad*: Describe las características que se debe tener el sistema en relación con los ciudadanos que se circunscriben en los siguientes aspectos:
  - a. *Cobertura*: El sistema de seguridad social debe brindar protección a todas las personas.
  - b. *Condiciones*: Las condiciones para hacer parte del sistema deben ser “razonables, proporcionadas y transparentes” y las limitaciones a estas no podrán ser caprichosas.
  - c. *Asequibilidad*: Cuando el sistema contemple costos para su acceso deben ser accesibles para los ciudadanos y prefijados.
  - d. *Participación e información*: Es la posibilidad de que los usuarios del sistema puedan participar en la administración del mismo.
  - e. *Acceso físico*: Consiste en la obligación de contar con instalaciones físicas adecuadas para la prestación de los servicios y el acceso a la información y requerimientos que se requieran.

## II. Principios consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia de 1991:

1. *Eficiencia*: Consiste en brindarle la mejor administración posible a los recursos económicos y financieros de los recursos disponibles para garantizar los derechos que brinda la seguridad social.<sup>11</sup>
2. *Universalidad*: En igual sentido que el principio de cobertura analizado anteriormente, este tiene la finalidad de consagrar la obligatoriedad de que el

<sup>11</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-111 del 2006. “Por medio del cual se demanda el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13, literal d), parcial, de la Ley 797 de 2003.”. Expediente D-5899. MP: Rodrigo Escobar Gil. Fecha: 22 de febrero de 2006.

sistema de seguridad social debe proteger a todas las personas sin discriminación alguna por motivos de sexo, religión, edad, etc.<sup>12</sup>

3. *Solidaridad*: Establece la ayuda mutua que debemos tener todos los integrantes del sistema de seguridad social que se materializa en que se privilegie la utilización de los recursos del sistema en la población más vulnerable y en la diferenciación de contribución dependiendo las condiciones económicas particulares.<sup>13</sup>

Ahora bien, al corroborar los principios que debe cumplir el sistema de seguridad social, y por lo tanto cada uno de sus subsistemas como el de subsidio familiar, se observa que con las modificaciones introducidas por la Ley 789 de 2002 se afecta **el principio de accesibilidad**, descrito en la observación No. 19 del Comité de Derechos económicos sociales y culturales de Naciones Unidas, y el **principio de universalidad** consagrado en la Constitución política de Colombia de 1991, 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.

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 los horarios que se maorean en los establecimientos educativos; una vez, cuando cumplan la mayoría de edad, perderán los beneficios que brinda el subsidio familiar. Por lo cual, aproximadamente durante cinco (5) años estas personas se encontrarán por fuera de la cobertura del sistema. Igualmente, cómo se demostrará en el acápite siguiente, la limitación en la norma se establece de manera caprichosa ya que no se encuentra ninguna justificación.

Por lo anterior, se corrobora que efectivamente se están desconociendo dos de los componentes que integran el mínimo intangible del derecho a la seguridad social porque se afectan los principios de accesibilidad y universalidad al disminuir la cobertura del sistema de subsidio familiar para los beneficiarios de los empleados.

### 1.2.3 Análisis de la justificación de la regresividad en la Ley 789 de 2002

<sup>12</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-623 del 2004. "Por medio del cual se demanda el artículo 3º (parcial) de la Ley 797 de 2003, "por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales". Expediente D-4933. MP: Rodrigo Escobar Gil. Fecha: 29 de junio de 2004.

<sup>13</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 613 del 2013. "Por medio del cual se demanda los literales k), m) y l) del artículo 151C de la ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 3 de la ley 1580 de 2012 "Por la cual se crea la pensión familiar". Expedientes D-9405 y 9411 MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Fecha: 4 de septiembre de 2013.

La disposición analizada hace parte de la reforma laboral que consagra la Ley 789 de 2002 que fue radicada por el Gobierno Nacional el día 22 de agosto de 2002. Esta modificación de las normas del trabajo hace parte de la tendencia de flexibilización de las relaciones laborales que busca que se genere mayor empleabilidad mediante la disminución de los requisitos regulatorios de protección de los trabajadores. Al respecto, la exposición de motivos del Proyecto de Ley radicado establecía que,

*“Este proyecto titulado por la cual se dictan normas para promover empleabilidad y desarrollar la protección social, tiene 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. 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 generarlo e iniciar el camino restaurador de la economía, desde la oportunidad básica de tener acceso al trabajo en condiciones dignas y justas.*

*El Gobierno Nacional, con el apoyo del Congreso de la República, ha emprendido un proceso de ajuste de las disposiciones que regulan las relaciones laborales en el país con el propósito de aliviar la situación que viven los desempleados y mejorar el ambiente laboral en aras a lograr elevar los niveles de productividad”<sup>14</sup>*

Sin embargo, la norma que es demandada en esta acción no se encontraba contemplada en el proyecto original, puesto que es incluida en la ponencia para primer debate que se llevaría 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:

*“Ponencia 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.*

*Ponencia artículo nuevo*

<sup>14</sup>Gaceta del Congreso 350 del 23 de agosto del 2002. Disponible en: [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3) (Visto el 11/12/2016)

*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".<sup>15</sup>*

Luego, en los debates que se presentaron en las Comisiones Séptimas Conjuntas se modificó el articulado propuesto por los ponentes, quedando de la siguiente manera:

*"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 tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv, siempre y cuando laboren al menos 96 horas al mes. Y que sumados los ingresos del cónyuge o la cónyuge 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 periodo de vacaciones anuales y en los días de descanso o permiso remunerado de ley, convencionales o contractuales; periodos 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:*

<sup>15</sup>Gaceta del Congreso 444 del 25 de octubre del 2002. Disponible en: [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3) (Visto el 11/12/2016)



1. *Los hijos que na sobrepasen la edad de 18 años, legítimas, naturales, adoptivos y los hijastros. Después de los 12 años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado" (...)*<sup>16</sup>

Posteriormente, pese a que las ponencias para segundo y cuarto 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 ponencias, ni en los debates realizados, que sustente la regresividad de la norma demandada. 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 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 conforme lo ha estipulado la Corte Constitucional en la sentencia C-536 de 2012:

*"Igualmente, la Corte ha considerado que las medidas regresivas no se encuentran justificadas cuando en el trámite legislativo no fueron discutidas las razones por las cuales la medida regresiva era necesaria, o cuando no fueron estudiadas otras alternativas menos lesivas, porque por ejemplo, no "existen reportes sobre la existencia de un debate, en el curso del trámite legislativo de la disposición demandada" o no "existan datos precisos sobre la real afectación del contenido del derecho en cuestión." o debido a que "na se vislumbra que la medida promueva la realización de otros derechos fundamentales" y que*

<sup>16</sup>Gaceta del Congreso 575 del 09 de diciembre del 2002. Disponible en: [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3) (Visto el 11/12/2016)



*la misma "no fue acompañada de ninguna justificación de porqué una medida menos lesiva no podía emplearse para el propósito de descongestión judicial"*

Al no encontrarse justificación expresa que fundamente la medida específica que se estudia en esta demanda dentro del trámite legislativo de la Ley 789 de 2002, se entiende que no hay razón válida que sustente la regresividad que presenta la norma.

## **2. SEGUNDO CARGO: VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD**

La norma demandada al haber establecido una edad inferior para acceder al subsidio familiar en relación con los servicios de salud y pensiones implica una afectación al artículo 13 de la Constitución Política. Para comprobar lo anterior, en primer lugar, se explicará cuáles son los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional frente al derecho de igualdad. En segundo lugar, se señalará hasta qué edad los hijos de los trabajadores pueden acceder al servicio de salud y a la pensión de sobrevivientes. Por último, se establecerá a través del test de igualdad cómo este límite de 18 años fijado en el subsidio familiar constituye un trato diferencial que no se sustenta en motivos fundados y razonables.

### **2.1 CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

#### **2.1.1 Jurisprudencia de la Corte Constitucional frente al derecho de igualdad**

La Corte Constitucional en sentencia C-250 del 2012 establece que la igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos que actúan como términos de comparación. Por regla general, un régimen jurídico no es considerado discriminatorio de manera aislada sino en relación con otro régimen jurídico. Adicionalmente, de forma general la comparación tiene lugar respecto de aquellos aspectos que son relevantes teniendo en cuenta la finalidad de la diferenciación y no de todos los elementos que hacen parte de la regulación jurídica de una determinada situación.<sup>17</sup> En el asunto objeto de estudio, se realizará el cotejo entre el

<sup>17</sup>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-250 del 2012. "Por medio del cual se demanda el artículo 3 y el artículo 75 de la Ley 1448 de 2011 por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones". Expedientes: D-8590, D-8613 y D-8614 acumulados.MP: Humberto Antonio Sierra Porto. Fecha 28 de marzo de 2012.

régimen jurídico de acceso al servicio de salud y pensiones en comparación con el del subsidio familiar, enfocados en la edad que deben tener los hijos de los trabajadores para acceder a este derecho.

Asimismo, los deberes que genera el derecho de igualdad son, por una parte, un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente y por otra, un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes<sup>18</sup>. Por lo tanto, la Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la igualdad protege a las personas de que se generen tratos discriminatorios sin ningún fundamento jurídico.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha señalado que:

*“El principio de igualdad posee un carácter relacional, lo que significa que deben establecerse dos grupos o situaciones de hecho susceptibles de ser contrastadas, antes de iniciar un examen de adecuación entre las normas legales y ese principio. Además, debe determinarse si esos grupos o situaciones se encuentran en situación de igualdad o desigualdad desde un punto de vista fáctico, para esclarecer si el Legislador debía aplicar idénticas consecuencias normativas, o si se hallaba facultado para dar un trata distinto a ambos grupos; en tercer término, debe definirse un criterio de comparación que permita analizar esas diferencias o similitudes fácticas a la luz del sistema normativo vigente; y, finalmente, debe constatarse si (i) un tratamiento distinto entre iguales o (ii) un tratamiento igual entre desiguales es razonable. Es decir, si persigue un fin constitucionalmente legítimo y no restringe en exceso los derechos de uno de los grupos en comparación”.*

En consecuencia de lo anterior, con el fin de demostrar si en un caso determinado se justifica el establecimiento de diferencias en el trato que las autoridades dan a unos y otros individuos, esta Corporación ha fijado la aplicación de un test de igualdad para afrontar de la mejor manera posible la relatividad del concepto de igualdad. En la tercera parte de este capítulo<sup>19</sup> se realizará el

<sup>18</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-250 del 2012. “Por medio del cual se demanda el artículo artículo 3 y el artículo 75 de la Ley 1448 de 2011 por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”. Expedientes: D-8590, D-8613 y D-8614 acumulados MP: Humberto Antonio Sierra Porto. Fecha 28 de marzo de 2012.

<sup>19</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 555 del 2011. Expediente: T-2983797. MP: Nilson Pinilla Pinilla. Fecha: 8 de julio de 2011.



mencionado test de igualdad para comprobar que el trato diferenciado frente al acceso al subsidio familiar no se encuentra fundamentado.

Para analizar el trato diferenciado que se le ha otorgado al subsidio familiar, es necesario explicar cómo se regula el acceso al servicio de salud y pensiones frente a los hijos de los trabajadores.

### 2.1.2 Análisis sobre el acceso al servicio de salud y pensión de sobrevivientes a los hijos de los trabajadores.

La Ley 100 de 1993 a través del artículo 47, numeral b) señala quienes son los beneficiarios en acceder a la pensión de sobrevivientes, de manera concreta, en relación con los hijos de los empleados:

*"b). 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, mientras subsistan las condiciones de invalidez"<sup>20</sup> (Negrilla y subrayado por fuera del texto)*

Esta disposición normativa fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C- 451 del 2005, en la que analizó el siguiente problema jurídico: *¿Se desconoce el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta el señalamiento de la edad de 25 años como límite para disfrutar de la pensión de sobrevivientes en calidad de hijo incapacitado para trabajar en razón de los estudios?*

En relación con este punto la Corte Constitucional señaló:

*El límite de 25 años de edad para acceder a la pensión de sobrevivientes en el caso de los hijos sin invalidez no puede ser interpretado entonces como un acto de discriminación entre los hijos, o con motivo de la edad, sino como una medida de diferenciación fundada en el hecho objetivo de haber llegado a una etapa de la vida en la cual es sensato suponer que la persona ha adquirido un nivel de capacitación suficiente para trabajar y procurarse su propio sustento. En efecto, la experiencia indica que la adquisición de la autonomía en las personas tiene un referente cronológico que se ha identificado en los comienzos de la*

<sup>20</sup>Congreso de la República de Colombia. Ley 100 de 1993 "Por lo cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones" Diario Oficial 41.148 23 de Diciembre de 1993. Artículo 47

*edad adulta, época en la cual se espera que la persona haya culminado sus estudios, incluso los de nivel superior, que la habilitan para enfrentar su destino en forma independiente. En este sentido la edad de 25 años viene a ser un criterio razonable ya que para ese momento los hijos dependientes de sus padres cuentan, por lo general, con una profesión u oficio que les permite lograr su independencia económica y proveerse su propio sustento, motivo por el cual se encuentra justificada su exclusión como beneficiarios de la sustitución pensional, pues ya no se trata de una persona en condiciones de vulnerabilidad que por lo tanto necesite medidas de protección especial. Resulta compatible con los artículos 13, 42 y 48 de la Carta fijar un límite de 25 años de edad al disfrute de la pensión de sobrevivientes para el hijo incapacitado para trabajar por razón de los estudios y si dependía económicamente del causante al momento de su muerte, pues la persona que supera esa edad no está en una situación de indefensión o vulnerabilidad que justifique incluirla como beneficiaria de dicha prestación ya que habiendo adquirido un nivel de capacitación se encuentra en condiciones de trabajar y contribuir al sistema de seguridad social, haciéndose por tanto acreedora en forma directa a los beneficios a que hubiere lugar.<sup>21</sup>(Negrilla por fuera del texto)*

Adicionalmente, en sentencia C-451 del 2005 estableció que el límite de 25 años para acceder a la pensión de sobrevivientes es un criterio razonable toda vez que, para ese momento los hijos ya podrían contar con una profesión u oficio que les permita obtener su independencia económica y proveerse su propio sustento. En ese orden de ideas, el régimen de pensión de sobrevivientes en favor de los hijos de los trabajadores incluye aquellos que se encuentran en un rango de edad de los 18 hasta los 25 años de edad. Así, para ser beneficiario, ante la imposibilidad de mantenerse por sí mismos, deben probar que se encuentran desarrollando sus estudios.

Ahora bien, frente el servicio de salud el artículo 218 de la Ley 1753 del 2015 modificó el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 mediante la cual se señalaba quiénes eran los beneficiarios del servicio de salud. De conformidad con la Ley 1753 los beneficiarios para acceder a salud son:

*“ARTÍCULO 163. Beneficiarios del régimen contributivo de salud. El núcleo familiar del afiliado cotizante, estará constituido por:*

*(...)*

<sup>21</sup>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-451 del 2005. “Por medio del cual se demanda el artículo 13 (parcial) de la Ley 797 de 2003 “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”. Expediente: D-5432 MP: Clara Inés Vargas Hernández. Fecha: 3 de mayo de 2005



c) Los hijos hasta que cumplan los veinticinco (25) años de edad que dependen económicamente del afiliado.

(...)

**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". (Negrilla por fuera del texto)*

De conformidad con el informe de ponencia de segundo debate, conforme al cual se hacen adiciones a la Ley 1753 del 2015, especialmente, frente a la cobertura del sistema de seguridad social se señala lo siguiente:

*Composición del núcleo familiar para el acceso a la seguridad social. El marco legal vigente en lo que 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 cuando sean hijos de beneficiarios (nietos) en casos de fallecimiento o de ausencia de sus padres o pérdida de la patria potestad.*

*Así también respecto de hijos mayores de 18 y menores de 25 años, un grueso de dicho grupo poblacional, no tiene la posibilidad de continuar estudiando y/ o de emplearse al terminar los estudios, constituyéndose la condición de estudiantes 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 el mandato constitucional y ante la necesidad de garantizar la universalización del aseguramiento en salud y la garantía de la continuidad del aseguramiento en salud a estos grupos poblacionales, resulta necesario incluir la modificación legal de la conformación del núcleo familiar vigente, para cubrir las condiciones reales de los núcleos familiares.*

*Mediante la norma legal propuesta se modifica y amplía la conformación del núcleo familiar, garantizando el acceso a los servicios de salud a los menores de edad cuando sean hijos de beneficiarios (nietos) en casos de fallecimiento o de ausencia de sus padres o*

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario – 1653

Calle 12 C No. 6 – 25 Teléfono: (571) 297 02 00  
Bogotá D.C., Colombia – [www.urosario.edu.co](http://www.urosario.edu.co)



Universidad del Rosario

*pérdida de la patria potestad y se elimina el requisito de escolaridad para hijos mayores de 18 y menores de 25 años*<sup>22</sup>. (Subrayado y negrilla por fuera del texto)

Conforme a lo establecido, se 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 de Social, sin necesidad de, con el fin de lograr la universalización del sistema de salud, presentar un certificado de estudios.

### 2.1.3 Análisis de la regulación en el subsidio familiar

El test de igualdad ha sido entendido por la H. Corte como *“una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?”*<sup>23</sup>

Así mismo, en sentencia C-015 de 2004, estableció que a través del test de igualdad se busca analizar tres objetos: i) El fin buscado por la medida, ii) el medio empleado y iii) la relación entre el medio y el fin. Según su grado de intensidad, este test puede tener tres grados los cuales son: estricto, intermedio y leve.<sup>24</sup>

La aplicación de dicho test en el caso *sub examine* tiene por finalidad demostrar cómo la diferencia que existe entre la prestación del servicio de salud y pensión frente al subsidio familiar no se encuentra justificado; y, en consecuencia, se deberá prestar el servicio de subsidio familiar a los hijos de los trabajadores hasta los 25 años.

Para tal fin se realizará el test de igualdad estricto pues, según la Corte Constitucional este aplica cuando *“la diferenciación afecte de manera grave, prima facie, el goce de un derecho*

22

Gaceta

Nº

223/15

[http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_lipo=27&p\\_numero=200&p\\_consec=41591](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_lipo=27&p_numero=200&p_consec=41591)  
(Visto 11/12/2016)

<sup>23</sup>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 022 de 1996 *“Por medio del cual se demanda la inconstitucionalidad contra el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993.”* Expediente: T1-5432. MP: Carlos Gaviria Díaz. Fecha: 3 de mayo de 2005

<sup>24</sup>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 015 del 2014 *“Por medio del cual se demanda la inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 19 de la Ley 1592 de 1992”* Expediente: D-9737 MP: Mauricio González Cuervo. Fecha: 23 de enero de 2014.



constitucional fundamental; o que se constituya un privilegio. Este test busca establecer que, si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo. Este test incluye un cuarto objeto de análisis: si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales”<sup>25</sup> En este caso, se afecta el derecho fundamental a la seguridad social<sup>26</sup>, por generar un trato distinto al servicio de subsidio familiar en relación con los servicios de salud y pensiones.<sup>27</sup>

La Corte Constitucional señala que el juicio integrado de igualdad, el cual se realizará en esta acción de inconstitucionalidad, tiene tres etapas de análisis: i) establecer el criterio de comparación: lo que implica un patrón de igualdad, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se comparan sujetos de la misma naturaleza. ii) definir si en el plano fáctico o jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales, y, iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución.<sup>28</sup>

<sup>25</sup>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 015 del 2014 “Por medio del cual se demanda la inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 19 de la Ley 1592 de 1992”. Expediente D-9737. MP: Mauricio González Cuervo. Fecha: 23 de enero de 2014.

<sup>26</sup>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 463 del 2013. Expediente: T- 3.728.593. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Fecha: 22 de marzo de 2013. Se afirmó lo siguiente: La Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental. De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución.

<sup>27</sup>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-440 del 2011. “Por medio del cual se demanda el artículo 72 (parcial) de la Ley 633 de 2000 y el parágrafo 1º (parcial) del artículo 19 de la Ley 789 de 2002.” Expediente: D-8330. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Fecha: 25 de mayo de 2011. Se afirmó lo siguiente: Dentro de ese marco, la Corte ha destacado 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 (CP arts. 1º y 2º), 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, con la participación de los particulares, a todos los habitantes

<sup>28</sup>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 015 del 2014 “Por medio del cual se demanda la inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 19 de la Ley 1592 de 1992” Expediente: D-9737. MP: Mauricio González Cuervo. Fecha: 23 de enero de 2014

En relación con la primera etapa de análisis, para verificar si los supuestos 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:

| <i>Artículo 163 de la Ley 100 de 1993 "Régimen del sistema de salud"</i>   | <i>Artículo 47 de la Ley 100 de 1993 "Régimen del sistema de pensiones"</i>  | <i>Ley 789 del 2002 Artículo 3 Parágrafo 1 Numeral 1º "Régimen de subsidio familiar"</i>  | <i>Consecuencias</i>  |
|--|--|---|---|
| <p><i>El plan de salud obligatorio de salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del sistema</i></p> <p><i>c) <u>Los hijos hasta que cumplan los veinticinco (25) años de edad que dependen económicamente del afiliado.</u></i></p> <p><i>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". (Negrilla por fuera del texto)</i></p> | <p><i>Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>b) Los hijos menores de 18 años; <u>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;</u> y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez;</i></p> | <p><i>Artículo 3º. Régimen del subsidio familiar en dinero.</i></p> <p><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> <p><i>1. <u>Los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros.</u> Después de los 12 años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado.</i></p> | <p><i>A través de este cuadro, quedó comprobado como el acceso a 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.</i></p> <p><i>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</i></p> |

|  |  |  |   |
|--|--|--|---|
|  |  |  | acceso a este derecho hasta que cumplan la mayoría de edad. |
|--|--|--|---|

Teniendo en cuenta lo establecido, es dable afirmar que los supuestos son susceptibles de ser cotejados toda vez que las tres normas se refieren a aquellos servicios que se prestan dentro del Sistema de Seguridad Social en Colombia. Además, se trata de sujetos que tienen 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.

Frente al segundo aspecto de análisis, 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. En este sentido, el desarrollo del test se circunscribe a determinar *¿si el trato diferenciado que existe a los hijos de los trabajadores frente al servicio de subsidio familiar en relación con el servicio de salud y pensión de sobrevivientes se encuentra justificado?*

Para desarrollar lo anterior, es trascendental señalar si la medida implantada por la Ley 789 del 2002 i) tiene un fin legítimo, importante e imperioso, ii) si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo, y, por último, iii) la proporcionalidad de la medida para verificar si los beneficios que otorga la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales.

### 2.1.3.1 Finalidad de la medida

Según la primera ponencia del *Proyecto de Ley 57 de 2002 Senado- 056 del 2002 Cámara*, este proyecto tiene como objetivo principal crear bases para dar una mayor protección social a quienes se encuentran desempleados y unas mayores posibilidades a los empresarios para crear empleo, para así lograr la concepción más amplia del Estado Social de Derecho.<sup>29</sup> Además, se busca crear

<sup>29</sup>Gaceta del Congreso 444 del 25 de octubre del 2002. Disponible en: [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3) (Visto 11/12/2016)



incentivos laborales que permitan una mejor utilización de la capacidad instalada por parte de los empleadores sin menoscabar de ninguna manera los derechos sociales de los trabajadores.<sup>30</sup>

Por otra parte, 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 p.m. y 5:00 a.m. 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.<sup>31</sup>

No obstante, 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 del 2002.

Pese a lo anterior, si se parte del hecho que, el objetivo que se adoptara como límite de edad los 18 años y no los 25 años es para promover el empleo, ¿se podría entender que esta es una finalidad legítima, imperiosa e importante? Antes que nada, es importante señalar que, una medida imperiosa es aquella que tiene un valor constitucional, y, por lo tanto, es urgente e inaplazable su cumplimiento. Ahora bien, según la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), el factor clave para escapar de la pobreza es tener un trabajo. Es por lo anterior, que esta organización internacional ha creado diversos instrumentos internacionales que busque la política de empleo, que, junto con programas de cooperación técnica, se dirigen a lograr el pleno empleo, productivo y libremente elegido. Además, de conformidad con la OIT, sin empleo productivo será imposible lograr el objetivo de alcanzar niveles de vida dignos, integración social y económica, y desarrollo personal y social. De igual forma, el crecimiento sostenido de las empresas es esencial para la

<sup>30</sup>Gaceta del Congreso 444 del 25 de octubre del 2002. Disponible en: [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3) (Visto 11/12/2016)

<sup>31</sup>Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7228#1> (Visto 11/12/2016)

creación de empleo, es así como se ha entendido que, entre las principales causas que muestra la reducción de pobreza es que las personas encuentren un empleo remunerado o que se cree una empresa.<sup>32</sup>

Conforme a lo anterior se podría afirmar, que, la promoción del empleo tiene como finalidad la reducción de pobreza dentro de un Estado, en igual sentido, que se creen condiciones que permita alcanzar niveles de vida dignos a toda la población. En consecuencia, se podría inferir que, esta es una finalidad importante, legítima e imperiosa que es urgente e inaplazable dentro del Estado Colombiano ya que, según cifras del DANE aproximadamente 2.8 millones de colombianos en edad de trabajar se encuentran por fuera del mercado laboral.<sup>33</sup>

Por lo tanto, se concluye que, a pesar de que ni en la exposición de motivos ni en ninguna de las ponencias se haya fijado la razón de establecer el límite de edad a los 18 y no a los 25 años, si se parte del hecho que el fin de esa medida es la prevista en toda la Ley 789 del 2002, es decir, que se promueva el empleo. Conforme a lo establecido, se podría afirmar que dicha medida tiene una finalidad, legítima, importante e imperiosa, ya que, lo que busca es reducir la pobreza y mejorar las condiciones de vida de los habitantes del país, además, según las cifras del DANE hay un gran porcentaje de la población colombiana que no tiene un empleo. Es por eso que, a continuación, se establecerá si el medio previsto en la norma es adecuado, legítimo y necesario para lograr el fin de promover la creación de empresas y de empleo.

### **2.1.3.2 Necesidad de la medida**

Establecida que la finalidad de la norma es legítima, imperiosa e importante, se señalará si dicho medio es adecuado y necesario para alcanzar dicho fin. Para estudiar si la medida fijada en la Ley 789 del 2002 cumple los criterios del test de igualdad para alcanzar la finalidad de promover un mayor empleo es necesario estudiar cómo funciona el pago al subsidio familiar por parte de los empleadores y sí, por lo tanto, implica que aumente el valor que debe pagar en relación con el número de beneficiarios que tenga el trabajador.

Según el artículo 7 y siguientes de la Ley 21 de 1982, los empleadores del sector privado realizaran 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

<sup>32</sup> Disponible en: <http://ilo.org/global/topics/employment-promotion/sustainable-enterprises/lang-es/index.htm> (Visto 29/11/2016) <http://ilo.org/global/topics/employment-promotion/sustainable-enterprises/lang-es/index.htm> (Visto 29/11/2016)

<sup>33</sup> Ver al respecto: <http://www.elespectador.com/noticias/economia/colombia-inicio-2016-un-desempleo-de-119-articulo-619416> (Visto 29/11/2016) <http://www.elespectador.com/noticias/economia/colombia-inicio-2016-un-desempleo-de-119-articulo-619416> (Visto 29/11/2016)

consecuencia, no se generará ningún efecto el hecho de que se disminuya el número de beneficiarios y no se logrará el fin buscado por la norma, es decir, aumentar el número de empleos.

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

Conforme a lo anterior, la medida no es adecuada para alcanzar el fin de promover 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, cómo 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 del 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 del 2002 con el fin de lograr la finalidad expuesta.

### **2.1.3.3 Proporcionalidad**



Se considera que esta medida es desproporcional toda vez que causa mayores perjuicios en relación con los beneficios que pretende traer la norma. Tal como quedó establecido previamente, la norma bajo estudio 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 y los 25 años se les impida acceder al derecho al subsidio familiar.

Además, la norma hoy cuestionada estaría en contravía de lo establecido por la Corte Constitucional, quien ha entendido que 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<sup>34</sup>. Por lo tanto, a la edad de 18 años los hijos dependientes aún no tienen el sustento e ingreso económico suficiente para que se les impida acceder a este subsidio. Adicionalmente, es importante recordar que el subsidio familiar es *“una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.”*<sup>35</sup>(Negrilla por fuera del texto)

Asimismo, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, 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”*.<sup>36</sup> Por lo tanto, el hecho que disminuya la cobertura de las personas que se encuentren beneficiadas con el subsidio familiar, implica sin lugar a dudas un agravio o perjuicio a los trabajadores y a sus familias. Y dicha medida establecida en la Ley 789 del 2002 no otorga ningún beneficio a ellos.

En suma, el hecho que se haya establecido como límite de edad los 18 años y no los 25 años para el acceso al subsidio familiar sin tener una justificación válida implica una vulneración al derecho de igualdad, toda vez que, como se demostró, la medida establecida en la Ley 789 del 2002 no cumple la finalidad prevista en la norma la cual es aumentar el empleo en Colombia; además, no se justifica de manera concreta dicho trato diferente en relación el servicio de salud y pensiones.

<sup>34</sup>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-451 del 2005. *“Por medio del cual se demanda el artículo 13 (parcial) de la Ley 797 de 2003 :Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”* Expediente: D-5432. MP: Clara Inés Vargas Hernández. Fecha: 3 de mayo de 2005.

<sup>35</sup>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-440 del 2011. *“Por medio del cual se demanda el artículo 72 (parcial) de la Ley 633 de 2000 y el parágrafo 1º (parcial) del artículo 19 de la Ley 789 de 2002”* Expediente: D-8330. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Fecha: 25 de mayo de 2011.

<sup>36</sup>Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-440 del 2011. *“Por medio del cual se demanda el artículo 72 (parcial) de la Ley 633 de 2000 y el parágrafo 1º (parcial) del artículo 19 de la Ley 789 de 2002.”* Expediente: D-8330. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Fecha: 25 de mayo de 2011.

Por otra parte, se está otorgando un trato desigual a supuestos que implican un trato semejante ya que tanto el sistema de pensiones, salud y subsidio familiar hacen parte del Sistema de Seguridad Social. Adicionalmente, dicha normativa desconoce la justificación que, para el acceso a los servicios de pensiones y salud el límite de edad es 25 pues es el ciclo de la vida en él, se supone y en principio, se adquiere independencia económica y se logra un propio sostenimiento.

## VII. CONCLUSION

Conforme a lo establecido previamente, 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 del 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 **EXEQUIBLE CONDICIONALMENTE**, bajo el presupuesto que se equipare la edad de protección de los beneficiarios en ambas contingencias, es decir, 25 años de edad

## VIII. PETICIÓN

De acuerdo a lo expuesto, respetuosamente, solicitamos se declare la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del numeral 1, parágrafo 1 del artículo 3 de la Ley 789 de 2002, bajo el entendido que los hijos de los trabajadores tendrán derecho al subsidio familiar hasta los 25 años.

## IX. NOTIFICACIONES

Para todos los efectos, el lugar donde los suscritos reciben notificaciones es en el Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario, en la dirección Carrera 5 No. 15 -37 piso 3. Ed. Dávila de la ciudad de Bogotá D. C.

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario – 1653

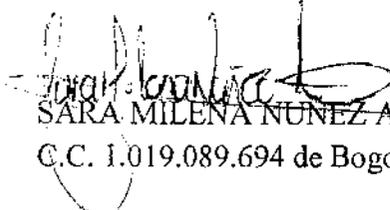
Calle 12 C No. 6 – 25 Teléfono: (571) 297 02 00  
Bogotá D.C., Colombia – [www.urosario.edu.co](http://www.urosario.edu.co)



Universidad del Rosario

De los Honorables Magistrados,

  
 DAVID CUJAR BERMUDEZ  
 C.C. 1.020.769.654 de Bogotá D.C

  
 SARA MILENA NUNEZ ALDANA  
 C.C. 1.019.089.694 de Bogotá D.C

  
 NATALIA PEREZ AMAYA  
 C.C. 1.026.569.361 de Bogotá, D.C.

  
 BRYAN TRIANA ANCINEZ  
 C.C 1.010.205.291 de Bogotá D.C

  
 NATHALIA ANDREA URREGO  
 JIMENÉZ  
 C.C 1.015.446.874 de Bogotá D.C

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario – 1653

Calle 12 C No. 6 – 25 Teléfono: (571) 297 02 00  
 Bogotá D.C., Colombia – [www.urosario.edu.co](http://www.urosario.edu.co)

