



Sentencia C-473/19

Referencia: Expediente D-13063

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 77 (parcial) de la Ley 1753 de 2015, *“por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 ‘Todos por un nuevo país’*, y contra los artículos 9 (parcial), 10, 13 (parcial) y 22 de la Ley 1780 de 2016, *“por medio de la cual se promueve el empleo y el emprendimiento juvenil, se generan medidas para superar barreras de acceso al mercado de trabajo y se dictan otras disposiciones”*

Actor: Bernardo Andrés Carvajal Sánchez

Magistrado Sustanciador:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D. C., nueve de octubre de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Plena, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, profiere la siguiente sentencia, con fundamento en los siguientes

I. ANTECEDENTES

1. Demanda de inconstitucionalidad

1.1. Texto demandado

El día 16 de enero de 2019, el ciudadano Bernardo Andrés Carvajal Sánchez presentó demanda de inconstitucionalidad contra la siguiente normatividad: (i) el aparte del artículo 77 de la Ley 1753 de 2015 que habilita al Ministerio de Trabajo para disponer de recursos del FOSFEC y destinarlos al reconocimiento de bonos de alimentación a cesantes, promoción de la formación en empresa y desarrollo de

incentivos para eliminar las barreras de acceso al mercado laboral; (ii) los apartes del artículo 9 de la Ley 1780 de 2016 que ordenan al gobierno nacional definir las alternativas para el desarrollo de programas de emprendimiento y desarrollo empresarial en el Marco del Mecanismo de Protección al Cesante, y que obligan a las cajas de compensación familiar a operar programas y proyectos relacionados con la promoción del empleo y el emprendimiento, el desarrollo de obras en los territorios, la generación de ingresos, el impulso y financiación de actividades agropecuarias, la promoción de la asociatividad y el desarrollo de proyectos productivos, entre otros, con cargo a este mismo fondo, según los lineamientos establecidos por el gobierno nacional por vía reglamentaria; (iii) el artículo 10 de la Ley 1780 de 2016, que crea un componente adicional al Mecanismo de Protección al Cesante, para la promoción del emprendimiento y el desarrollo empresarial, para impulsar y financiar nuevos emprendimientos e iniciativas de auto empleo e innovación social, según los lineamientos establecidos por el gobierno nacional por vía reglamentaria, y con cargo al FOSFEC; (iv) el parágrafo del artículo 13 de la Ley 1780 de 2016, que dispone que en el marco Mecanismo de Protección al Cesante y con cargo a los recursos del FOSFEC, se puede financiar la práctica laboral, la judicatura y la docencia en salud para que los jóvenes adquieran experiencia; (v) el artículo 22 de la Ley 1780 de 2016, que determina que todas las personas en busca de trabajo o con el deseo de mejorar sus niveles de empleabilidad, pueden acceder al Mecanismo de Protección al Cesante, sin perjuicio de los requisitos establecidos en la Ley 1636 de 2013 para este efecto, y según los lineamientos establecidos por el Ministerio del Trabajo para la distribución territorial de los recursos del fondo.

A continuación se transcriben y subrayan los apartes normativos demandados:

“LEY 1753 DE 2015

(junio 9)

Diario Oficial No. 49.538 de 9 de junio de 2015

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 77. AMPLIACIÓN Y SEGUIMIENTO DEL MECANISMO DE PROTECCIÓN AL CESANTE. *El Ministerio del Trabajo adoptará las medidas necesarias para fortalecer la operación del Mecanismo de Protección al Cesante como principal herramienta para la integración de políticas activas de empleo y la mitigación de los efectos nocivos del desempleo.*

Con el fin de facilitar y mejorar el enganche laboral efectivo de la población y para estimular la vinculación de aprendices, practicantes y trabajadores a empresas, el Ministerio del Trabajo podrá disponer anualmente recursos del Fosfec para el reconocimiento de bonos de alimentación a cesantes, a la promoción de la formación en empresa y el desarrollo de incentivos para eliminar las barreras de acceso al mercado laboral previa realización de estudios sobre atención de necesidades sociales. Lo anterior, sin perjuicio de las otras destinaciones de los recursos que integran el Fosfec, en los términos de la Ley 1636 de 2013.

“LEY 1780 DE 2016

(mayo 2)

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se promueve el empleo y el emprendimiento juvenil, se generan medidas para superar barreras de acceso al mercado de trabajo y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 9o. PROMOCIÓN DEL EMPLEO Y EL EMPRENDIMIENTO A TRAVÉS DEL MECANISMO DE PROTECCIÓN AL CESANTE. *El Gobierno nacional definirá alternativas para el desarrollo de programas de empleo, emprendimiento y/o desarrollo empresarial, en el marco del Mecanismo de Protección al Cesante, los cuales serán financiados con cargo al Fosfec. Asimismo, reglamentará en un plazo de seis (6) meses el procedimiento para la aplicación de dichas alternativas.*

PARÁGRAFO 1o. Los recursos destinados para el desarrollo de programas de empleo, emprendimiento y/o desarrollo empresarial, se definirán una vez se aseguren los recursos para las prestaciones económicas de que trata la Ley 1636 de 2013.

PARÁGRAFO 2o. Con el fin de dinamizar e impulsar el desarrollo económico y social en zonas rurales y de posconflicto, las Cajas de Compensación Familiar podrán destinar recursos del Fosfec para financiar y operar programas y proyectos relacionados, con la promoción de empleo y el emprendimiento, el desarrollo de obras en los territorios, la generación de ingresos, el impulso y financiamiento de las actividades agropecuarias, la promoción de la asociatividad y el desarrollo de proyectos productivos, entre otros, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno nacional, dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley.

ARTÍCULO 10. COMPONENTES DEL MECANISMO DE PROTECCIÓN AL CESANTE. Adiciónese un numeral al artículo 2o de la Ley 1636 de 2013, como componente del Mecanismo de Protección al Cesante el cual quedará así:

“Artículo 2o. Creación del Mecanismo de Protección al Cesante. Créase el Mecanismo de Protección al Cesante, el cual estará compuesto por:

(“...”) 5. Promoción del emprendimiento y desarrollo empresarial, como herramienta para impulsar y financiar nuevos emprendimientos, e iniciativas de autoempleo e innovación social para el emprendimiento, los cuales incluyen, entre otros, créditos y microcréditos, fondos de capital semilla para el desarrollo de negocios, desarrollo y/o apoyo a micro y pequeñas empresas, a través de la asistencia técnica empresarial, referente a la administración, gerencia, posicionamiento, mercadeo, innovación, gestión de cambio y articulación con el tejido empresarial.

Para el efecto se deberán aplicar metodologías probadas, directamente por la Caja de Compensación Familiar, o a través de alianzas con entidades expertas, que midan los resultados de su aplicación en términos de generación de empresas y/o desarrollo de las empresas apoyadas.

PARÁGRAFO 1o. Los recursos invertidos en la ejecución de programas de microcrédito bajo la vigencia de la Ley 789 de 2002, incorporados al Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante (Fosfec), de acuerdo con el numeral 2 del artículo 6o de la Ley 1636 de 2013, serán destinados como saldo inicial para el componente de promoción y fomento del emprendimiento del

Mecanismo de Protección al Cesante y podrán ser utilizados para los fines previstos en este artículo, conforme a la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio de Trabajo, dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley.

PARÁGRAFO 2o. Las Cajas de Compensación Familiar, deberán seguir principios de asociación, eficiencia, idoneidad y economía de escala, en la selección de aliados para operar los temas de los que trata este artículo, bien sean entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera, otras Cajas de Compensación Familiar u otras entidades, de acuerdo con los lineamientos que para el efecto expida el Ministerio del Trabajo.

PARÁGRAFO 3o. Los recursos destinados para financiar nuevos emprendimientos, e iniciativas de autoempleo e innovación social para el emprendimiento se registrarán por el derecho privado y la decisión de financiación estará a cargo del Consejo Directivo de la Caja de Compensación Familiar
✦ respectiva.

(...)"

ARTÍCULO 13. PROMOCIÓN DE ESCENARIOS DE PRÁCTICA EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS. El Gobierno Nacional, a través del Ministerio del Trabajo y el Departamento Administrativo de la Función Pública, desarrollará y reglamentará una política que incentive, fomente y coordine los programas de jóvenes talentos, orientados a que jóvenes sin experiencia puedan realizar prácticas laborales, judicatura y relación docencia de servicio en el área de la salud, en las entidades públicas, las cuales contarán como experiencia para el acceso al servicio público.

PARÁGRAFO 1o. En caso de realizar en el sector público la práctica laboral, judicatura o relación docencia de servicio en el área de la salud, las entidades públicas podrán realizar la vinculación formativa del practicante y no será obligatorio celebrar convenios con la Institución Educativa, salvo en los casos en que la Institución Educativa lo solicite en el marco de la autonomía universitaria.

PARÁGRAFO 2o. Para el proceso de desarrollo y reglamentación se contará con un plazo de seis (6) meses, contados a partir de la expedición de la presente ley.

PARÁGRAFO 3o. A través del Mecanismo de Protección al Cesante y con cargo al Fosfec, podrá financiarse práctica laboral, judicatura y relación docencia de servicio en el área de la salud como mecanismo para que los jóvenes adquieran experiencia laboral relacionada a su campo de estudio.

(...)"

ARTÍCULO 22. ALCANCE A BENEFICIARIOS Y FOCALIZACIÓN DE PROGRAMAS EN EL MARCO DEL MECANISMO DE PROTECCIÓN AL CESANTE. Todas las personas que estén buscando trabajo o quieran mejorar sus niveles de empleabilidad pueden ser beneficiarias del Mecanismo de Protección al Cesante, creado por la Ley 1636 de 2013.

Lo anterior no excluye los requisitos particulares para acceder a los beneficios económicos del Mecanismo de Protección al Cesante, definidos en el artículo 13 de la Ley 1636 de 2013.

Para priorizar el desarrollo de las políticas que se establezcan en el marco del Mecanismo de Protección al Cesante, el Ministerio del Trabajo, de acuerdo a la reglamentación que expida para tal fin, podrá establecer los lineamientos, mecanismos y herramientas que permitan realizar la adecuada redistribución regional de los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad de Fomento al

Empleo y Protección al Cesante (Fosfec), a fin de atender las prioridades de la población objetivo y cumplir con la finalidad de los mismos.”

1.2. Cargos

Según el accionante, la inconstitucionalidad de la normatividad anterior se produce porque el legislador otorgó una facultad abierta a las instancias gubernamentales para hacer uso de recursos públicos que, por ser contribuciones parafiscales, tenían una destinación especial para atender las prestaciones del grupo poblacional gravado con dicho tributo.

A su juicio, las normas impugnadas permiten al gobierno utilizar, libre y discrecionalmente, los recursos del Fondo de Solidaridad, Fomento al Empleo y Protección al Cesante, fondo que por estar conformado con los aportes parafiscales realizados por los empleadores según el valor de su nómina, debían destinarse exclusivamente a este mismo sector del que fueron extraídos, siguiendo los parámetros que el órgano legislativo debe fijar clara y expresamente. No obstante ello, las normas impugnadas facultan al Ejecutivo para hacer uso de este fondo para financiar programas gubernamentales de interés general, según los criterios establecidos libre y discrecionalmente por el gobierno nacional. Con ello, la ley *“permite ampliar indebidamente y a discreción del Gobierno de turno la destinación de los recursos pertenecientes al Fosfec, estableciendo como beneficiarios de los programas que se implementan a cargo de los mismos, a grupos poblacionales que, en el marco de la parafiscalidad, no pueden ser beneficiarios del Mecanismo de Protección al Cesante al no pertenecer al sector empleador-trabajador”*.

En este marco, el accionante presenta los siguientes cargos en contra de la normatividad demandada:

En primer lugar, se sostiene que se desconocieron los *principios de representación popular y de reserva de ley en materia tributaria*, en la medida en que se confirieron al gobierno nacional potestades normativas discrecionales para fijar y modificar la vocación final del FOSFEC, configurándose así una modalidad encubierta de deslegalización. Se trata entonces de cláusulas abiertas que permiten al Ejecutivo disponer de las contribuciones parafiscales en asuntos críticos como el sector gravado, la carga impositiva y su vocación final. Lo anterior provoca la vulneración de los artículos 150.12 y 338 de la Constitución Política.

Asimismo, las normas atacadas infringen el *artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto*, que tiene rango y jerarquía constitucional, en la medida en que permiten entregar contribuciones parafiscales a sectores que no han participado en su financiación, y que además no cumplen las condiciones para beneficiarse de ellos. En efecto, las normas demandadas habilitan al Ejecutivo para favorecer con los mencionados ingresos a personas que no cumplen con la condición de cesante y que tampoco pertenecen al sector empleador-trabajador, que es aquel que realiza los aportes al FOSFEC.

En tercer lugar, las normas atacadas desconocen los *principios de progresividad y no regresividad*, contemplados en el artículo 48 de la Carta Política. Ello, en tanto

las disposiciones acusadas impiden disponer de los excedentes del FOSFEC exclusivamente en favor de los trabajadores y extrabajadores que han contribuido financieramente a la conformación de este fondo, y en cambio habilitan al gobierno nacional para disponer de ellos en función de objetivos abiertos e indeterminados asociados a la promoción del empleo y la iniciativa en la producción, en lugar de permitir el fortalecimiento del Mecanismo de Protección al Cesante. De este modo, los recursos que según la ley hacían parte del FOSFEC y estaban destinados a beneficiar al sector “empleador-trabajador”, ahora puede ser utilizados para la promoción del emprendimiento y el desarrollo empresarial en general.

En cuarto lugar, se desconoce *la autonomía privada de las cajas de compensación familiar* como actores privados dentro del sistema de seguridad social, y con ello, los artículos 48.4 y 333 de la Constitución. La razón de ello es que la normatividad demandada habilita al Ministerio del Trabajo para establecer discrecionalmente programas, proyectos y actividades sociales con dineros que manejan las Cajas de Compensación Familiar en favor de sus destinatarios naturales, y supeditando su actividad, no a la ley, sino a la variable voluntad gubernamental. Si anteriormente las restricciones a la autonomía de las cajas de compensación familiar se encontraban determinadas expresamente en la ley, cumpliéndose los requisitos de predeterminación y previsibilidad, en este nuevo escenario estas directrices son fijadas discrecionalmente por el Ejecutivo, y las cajas de compensación familiar quedan sometidas al vaivén de sus criterios, establecidos unilateralmente, y no siempre en función del interés del sector gravado con la contribución.

En quinto lugar, desde la perspectiva del *principio de solidaridad* contemplado en el artículo 48 de la Carta Política, la normatividad impugnada establece una carga irrazonable en cabeza de un sector económico y social determinado, para financiar programas y proyectos de interés general. En efecto, como el FOSFEC se encuentra conformado por los aportes del sector “empleador-trabajador”, y como bajo la nueva normatividad estos ya no se entregan en su integridad a este mismo grupo, no sólo se anuló la lógica de la parafiscalidad con la que fue concebido el Mecanismo de Protección al Cesante, sino que, además, se impuso una carga excesiva a este grupo, que desborda por mucho los deberes asociados al principio de solidaridad, con el agravante de que existen otros mecanismos para financiar los planes gubernamentales, sin afectar de manera desproporcionada a un solo grupo poblacional o sector económico.

Finalmente, el accionante sostiene que la normatividad demandada desconoce el *principio de unidad de materia* previsto en el artículo 158 de la Carta Política, en la medida en que, de manera velada, tiene como efecto jurídico anular los mecanismos establecidos en la Ley 1636 de 2013, y en particular el Mecanismo de Protección al Cesante, sin que por su naturaleza y objeto, el Plan Nacional de Desarrollo o las leyes destinadas a promover el empleo o el emprendimiento, como son las leyes 1753 de 2015 y 1780 de 2016, tengan relación temática, causal, teleológica o sistemática con el citado mecanismo.

1.3. Pretensiones

Con fundamento en las consideraciones anteriores, el actor solicita como pretensión

principal, la declaratoria de inexecutable de los preceptos atacados, o en su defecto, la declaratoria de constitucionalidad condicionada de los mismos, “mediante el mecanismo de modulación de los efectos del fallo de constitucionalidad que resulte más pertinente e idóneo para superar la inconstitucionalidad y, al mismo tiempo, conservar lo producido por el Congreso de la República”.

2. Trámite procesal

Mediante auto del día 8 de febrero de 2019, el magistrado sustanciador concluyó que, *prima facie*, las acusaciones eran susceptibles de ser evaluadas en el escenario del control abstracto de constitucionalidad y que, por consiguiente, la demanda debía ser admitida. En consecuencia con ello, se dio continuidad al trámite judicial, ordenando lo siguiente:

- Correr traslado de la demanda al Procurador General de la Nación por el lapso de 30 días, para que rinda concepto en los términos de los artículos 242.2 y 278.5 de la Carta Política.
- Fijar en lista la disposición impugnada por el término de 10 días, con el objeto de que sea impugnada o defendida por cualquier ciudadano.
- Comunicar de la iniciación del proceso a la Presidencia de la República, la Presidencia del Congreso, el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Trabajo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y al Departamento Nacional del Planeación.
- Invitar a participar a las siguientes instituciones para que se pronuncien sobre las pretensiones de la demanda o sobre aspectos particulares de la misma: (i) las facultades de Derecho de las universidades Externado de Colombia, Militar Nueva Granada, Sergio Arboleda, Santo Tomás de Aquino, Católica, de Ibagué, Pontificia Bolivariana de Medellín, de Antioquia, Libre, de los Andes, Nacional de Colombia y Libre; (ii) a las Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar (ASOCAJAS), y a las cajas de compensación familiar Compensar, Cafam, Colsubsidio, Comfenalco, Comfaboy, Comfanorte, Comfandi, Cajasan, Comfacor, Comfacesar, Comfaguajira, Comfacundi, Comfachocó, Cajamag, Comfamiliar Camacol y Comfasucre; (iii) Colegio de Abogados del Trabajo de Colombia, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal y a la Academia Colombia de Jurisprudencia.

3. Intervenciones

3.1. Intervenciones sobre la temática de la procedencia del escrutinio judicial (Departamento Nacional de Planeación¹ y Departamento de Derecho Laboral de la Universidad Externado de Colombia²).

¹ Como pretensión principal.

² En relación con el cargo por la violación del principio de unidad de materia. Intervención suscrita por Jorge Eliecer Manrique en su calidad de Director del Departamento de Derecho Laboral de la entidad.

3.1.1. Teniendo en cuenta que en el auto admisorio de la demanda se concluyó que, al menos *prima facie*, las acusaciones admitían un pronunciamiento de fondo, la mayor parte de los intervinientes conceptuaron directamente sobre la constitucionalidad de las medidas legislativas, sin analizar expresamente la procedencia del escrutinio judicial propuesto por el actor³. Sólo la Universidad Externado de Colombia y el Departamento Nacional de Planeación cuestionaron la aptitud de la demanda, argumentando que las acusaciones no habían suministrado los elementos estructurales de la controversia jurídica planteada.

3.1.2. El Departamento Nacional de Planeación afirma que las acusaciones no indican el sentido de la incompatibilidad normativa entre las normas demandadas y la Constitución Política, pues únicamente proponen argumentos difusos, e incluso confusos, sobre la forma en que las disposiciones legales lesionarían de manera indirecta el ordenamiento superior: *“El planteamiento de la parte actora no permite realizar con nitidez un cotejo de algunos de los cargos formulados con la Constitución. La demanda plantea una serie de percepciones, consideraciones o hipótesis de carácter subjetivo sin descender a la forma en que se concreta esa violación. La acusación es, por lo tanto, indirecta o mediada de tal forma que no es posible debatirla en el marco constitucional”*.

3.1.3. Con respecto al cargo por el desconocimiento del principio de unidad de materia, la Universidad Externado de Colombia afirma que los cuestionamientos se estructuraron en función del contenido de una ley que no fue demandada. En efecto, como las disposiciones demandadas hacían parte de la Ley de Plan Nacional de Desarrollo, para proponer el cargo por la vulneración del principio de unidad de materia el demandante debía mostrar la falta de conexidad entre el objeto de esta ley y el contenido de los preceptos impugnados. Pese a ello, la acusación no evaluó el principio de unidad de materia en función de los objetivos, metas y materias abordadas en la Ley 1753 de 2015, como correspondía, sino en función del contenido de la ley que fue modificada por esta última, esto es, de la Ley 1636 de 2013.

3.2. Intervenciones sobre la temática de la validez de los preceptos legales demandados (Departamento Nacional de Planeación, Ministerio del Trabajo, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar (ASOCAJAS)⁴, Academia Colombiana de Jurisprudencia⁵, Instituto Colombiano de Derecho Procesal⁶, Departamento de Derecho Laboral de la Universidad Externado de Colombia⁷, Unidad Pontificia Bolivariana⁸, Universidad Santo Tomás⁹, Caja Santandereana de Subsidio Familiar (CAJASAN)¹⁰

³ Con excepción de ASOCAJAS, para quien los cargos de la demanda de inconstitucionalidad son claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes.

⁴ Intervención suscrita por Adriana María Guillén Arango en su condición de Presidente Ejecutiva de Asocajas.

⁵ Documento suscrito por Mauricio A. Plazas Vega, en condición de académico designado para la elaboración del concepto respectivo.

⁶ Intervención suscrita por Carlos Adolfo Prieto Monroy como miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal designado para la elaboración del concepto.

⁷ Intervención suscrita por Jorge Eliécer Manrique en su calidad de Director de Departamento de Derecho Laboral de la Universidad.

⁸ Intervención suscrita por Daniel Mauricio Patiño Mariaca como profesor e investigador de la Universidad.

⁹ Intervención suscrita por Alejandro Gómez Jaramillo y Carlos Rodríguez Mejía como decano y profesor de la facultad de Derecho de la Universidad.

¹⁰ Documento suscrito por Martha Azucena Mejía Camacho en su condición de representante legal de la entidad.

y Universidad de Ibagué¹¹)

3.2.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad de las medidas legislativas (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Universidad Externado de Colombia¹², Instituto Colombiano de Derecho Procesal¹³, Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar¹⁴ y Academia Colombiana de Jurisprudencia¹⁵)

3.2.1.1. El Ministerio de Hacienda, la Universidad Externado de Colombia, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal y la Academia Colombiana de Jurisprudencia argumentan que las acusaciones de la demanda de inconstitucionalidad son infundadas, ya que el legislador se encuentra habilitado para definir el destino de las contribuciones parafiscales, y, en particular, para precisar el destino del FOSFEC. Desde esta perspectiva, los reparos formulados por la afectación de los principios de reserva de ley, progresividad, solidaridad y unidad de materia resultan infundados, pues parten de desconocer las facultades con las que cuenta el Congreso para configurar la política tributaria del Estado, y, en particular, para crear las contribuciones parafiscales y para determinar la vocación de los recursos obtenidos con dicho gravamen.

A su juicio, la inconformidad del actor se originaría en el hecho de que el legislador cambió el destino de unas contribuciones establecido en leyes anteriores, modificación esta, que, por sí sola, no viola la Constitución Política. Sobre este punto, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal sostiene que los señalamientos del escrito de acusación parten de una deficiencia insalvable, puesto que el reproche se estructura sobre la base equivocada de considerar que las leyes tributarias pueden ser contrarias a la Constitución cuando desconocen el contenido de otras leyes expedidas por el legislador en el pasado: *“El accionante ataca las disposiciones (...) a partir de una premisa que considera irrefutable: las leyes demandadas son inconstitucionales habida cuenta de que modifican leyes (...) esto, que en sí mismo es un oxímoron, presentado en la forma de un curioso juego de palabras, hace que la demanda formulada sea inviable, por cuanto lo que se censura -el hecho de que el legislador haya promulgado las leyes demandadas, que modifican las leyes preexistentes-, no constituye ninguna vulneración del ordenamiento constitucional”*. Sin embargo, dado que el legislador tiene plenas facultades para crear y definir los elementos esenciales de las contribuciones parafiscales, desde la perspectiva constitucional no hay ningún problema en el hecho de que las leyes demandadas hayan regulado el componente de emprendimiento del Mecanismo de Protección al Cesante.

3.2.1.2. Partiendo de este marco general, la Universidad Externado de Colombia, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal y el Ministerio de Hacienda y Crédito

¹¹ Documento suscrito por Luis Fernando Sánchez Huertas, como decano de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de dicha institución.

¹² Intervención suscrita por Jorge Eliécer Manrique en su calidad de Director del Departamento de Derecho Laboral de la Universidad.

¹³ Documento suscrito por Carlos Adolfo Prieto Monroy como miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal designado por la entidad para la elaboración del concepto.

¹⁴ En relación con el artículo 10 de la ley 1780 de 2016.

¹⁵ Documento suscrito por Mauricio A. Plazas Vega en calidad de académico designado para conceptuar dentro de este proceso.

descartan las acusaciones por la infracción del *principio de legalidad*.

A su juicio, el examen del principio de legalidad debe partir de las siguientes premisas, atendiendo a las directrices establecidas por la Corte Constitucional a partir de los artículos 150 y 338 de la Carta Política: (i) primero, el régimen de los tributos debe ser establecido por el legislador, pero sólo en sus elementos esenciales, porque los componentes accidentales y los demás que no tienen esta connotación, pueden ser desarrollados por vía reglamentaria por el gobierno nacional; (ii) segundo, el principio de reserva legal no tiene un carácter absoluto e incondicionado, pues el Ejecutivo se encuentra constitucionalmente habilitado para concretar la preceptiva legal, tal como se determinó en la sentencia C-228 de 1993¹⁶; (iii) tercero, aunque el principio de reserva legal opera de manera estricta cuando se refiere a los elementos esenciales de los tributos, no ocurre lo propio cuando se refiere a la administración de las contribuciones parafiscales, ya que en este ámbito el legislador puede limitarse a fijar una directriz general; (iv) en el escenario específico de los recursos que integran el FOSFEC, la única limitante del Congreso de la República es que estos deben destinarse a la financiación de la política social, sin que sea necesario que se orienten en su integridad a la población trabajadora.

Partiendo del marco anterior, los intervinientes concluyen que, en este caso, el legislador estableció con precisión estos elementos esenciales del tributo, y que la Ley 1753 de 2015 únicamente dio una nueva vocación al FOSFEC en la que participa el Ejecutivo, pero dentro de los precisos términos de la Ley 1636 de 2013. En particular, las normas impugnadas determinan que este fondo debe destinarse al enganche efectivo de la población, la vinculación de los aprendices, practicantes y trabajadores, la promoción del empleo y el emprendimiento, el desarrollo de obras en los territorios, la generación de ingresos, el fomento de las actividades agropecuarias, la estructuración de proyectos productivos, y la promoción de las prácticas laborales, la judicatura y la docencia en materia de salud. Lo anterior significa que, contrariamente a lo sostenido por el accionante, el legislador definió con precisión el destino de las contribuciones parafiscales.

Adicionalmente, según lo indica el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, las normas impugnadas ni siquiera crean un nuevo tributo, sino disponen la creación de un nuevo componente en el marco del Mecanismo de Protección al Cesante, y su financiación con los recursos entregados por los aportantes al Sistema de Subsidio Familiar, administrados por las cajas de compensación familiar, esto es, por los empleadores, e incluso por los trabajadores independientes. En este contexto, mal puede plantearse la vulneración del principio de legalidad cuando las normas demandadas no tienen por objeto la creación del citado tributo, sino ampliar el espectro de los beneficios que confieren en el marco del Mecanismo de Protección al Cesante. Incluso, en estricto sentido, la naturaleza los recursos del FOSFEC es discutible, de suerte que, como no se puede asegurar con certeza que se trate de contribuciones parafiscales por no existir una definición constitucional sobre este punto, la aplicación del principio de reserva legal en este escenario, resulta más que cuestionable.

¹⁶ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

3.2.1.3. Con respecto a la acusación por el desconocimiento de la *destinación sectorial de las contribuciones parafiscales* establecida en el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público desestiman los cargos de la demanda a partir de dos tipos de argumentos.

En primer lugar, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público aclara que el principio de destinación sectorial tiene un alcance diferente al supuesto por el accionante, teniendo en cuenta lo siguiente: (i) que, según lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia C-1173 de 2001¹⁷, la referida directriz no implica que el contribuyente individualmente considerado deba recibir una retribución directamente proporcional a sus aportes, sino únicamente que el dinero obtenido con el tributo debe ser reinvertido en el mismo sector que los proporcionó, considerado globalmente; (ii) que, según las sentencias C-183 de 1997¹⁸, C-041 de 2006, C-1173 de 2001¹⁹, C-440 de 2011²⁰ y C-307 de 2009²¹, los recursos que manejan las cajas de compensación familiar son contribuciones parafiscales atípicas, en la medida en que la carga tributaria está formalmente en cabeza de los empleadores, pero los destinatarios no son ellos mismos sino sus trabajadores y su núcleo familiar; además, los trabajadores independientes, y personas no afiliadas y desempleadas pueden llegar a recibir los beneficios y prestaciones originadas en este tributo, lo que demuestra que se este tiene una vocación abierta y flexible; (iii) que, en estricto sentido, el dinero que integra el FOSFEC no hace parte de la seguridad social sino del sistema de protección social en los términos de la Ley 789 de 2002, cuyo objeto es únicamente la mitigación de la vulnerabilidad de la población desprotegida y el mejoramiento de la vida de este grupo poblacional; de este modo, según se determinó en las sentencias C-834 de 2007²² y C-571 de 2017²³, estos aportes no están orientados a garantizar un derecho fundamental como la salud, sino únicamente a promover mejores estándares de vida.

A partir de estos parámetros generales, los intervinientes concluyen que las normas demandadas no contravienen la destinación sectorial de las contribuciones parafiscales. En efecto, el Mecanismo de Protección al Cesante, que ahora tiene un componente dedicado al emprendimiento, se financia con los aportes no sólo de los empleadores, sino también de los trabajadores independientes. Lo anterior, teniendo en cuenta que el artículo 19.b de la Ley 789 de 2002 permite la afiliación voluntaria de dichos sujetos al Sistema de Subsidio Familiar, *“circunstancia esta que deja sin efecto el argumento del accionante en el sentido de afirmar que los únicos destinatarios de este régimen son los trabajadores dependientes (...) conforme con el diseño del sistema, se torna irrelevante la condición de trabajador dependiente o independiente, para cobrar relevancia el de afiliado”*²⁴. En este escenario, el hecho de que con los recursos del FOSFEC se financien programas en beneficio de las personas desempleadas, incluso si no tienen la condición de cesantes, es consistente

¹⁷ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁸ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁹ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁰ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²¹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²² M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²³ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²⁴ Intervención del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

con la finalidad del Mecanismo de Protección al Cesante.

Adicionalmente, como los recursos del FOSFEC fueron destinados a programas que hacen parte de la política social, se enmarcan dentro de la finalidad social inherente al subsidio familiar, y benefician a quienes tienen vínculos jurídicos, económicos y sociales con el sector empleador-trabajador, incluyendo a los cesantes, a los desempleados, a los practicantes y a los aprendices, entre muchos otros.

3.2.1.4. Por su parte, la Universidad Externado de Colombia y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público descartan las acusaciones por la presunta afectación del *principio de progresividad*, sobre la base de que la financiación de nuevos programas para el fortalecimiento del empleo y el del emprendimiento de la población joven con cargo al FOSFEC, opera únicamente con respecto a los excedentes de este fondo, una vez se han asegurado las prestaciones económicas previstas en la Ley 1636 de 2013. Lo anterior significa que la medida legislativa de ninguna manera restringe o recorta los derechos de los trabajadores afiliados a las Cajas de Compensación Familiar, ni en lo relacionado con los servicios que reciben, ni con respecto al pago del subsidio familiar o del auxilio en caso de desempleo.

Pero incluso asumiendo que la financiación de los programas en favor de la población joven limita o restringe beneficios otorgados al sector de los empleadores-trabajadores, la circunstancia anterior no da lugar a la inconstitucionalidad de los preceptos demandados. En efecto, este tribunal ha aclarado que no toda medida regresiva es *per se* inconstitucional, pues existen razones imperiosas que pueden hacer necesaria la adopción de este tipo de normas que restringen el alcance de algunos derechos de contenido prestacional, máxime cuando el subsidio familiar no es un derecho que integre la seguridad social como tal, según lo determinó este tribunal en las sentencias C-834 de 2007²⁵ y C-571 de 2017²⁶. En este caso, las normas demandadas persiguen el objetivo de promover el empleo y el emprendimiento juvenil, teniendo en cuenta las barreras a las que se enfrenta este grupo poblacional, por lo cual, en este contexto específico, se justifican las medidas adoptadas por el legislador.

3.2.1.5. Con respecto al desconocimiento de la *libertad de empresa*, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sostienen que el cargo debe ser desestimado, pues carece de todo asidero postular la libertad de estos entes privados para manejar a su arbitrio unos recursos públicos, como si se tratara de recursos de inversión. Asimismo, el legislador se encuentra facultado para establecer las directrices a las cuales se debe sujetar cualquier actividad económica, en el entendido de que estas pautas generales pueden ser desarrolladas normativamente por vía reglamentaria, tal como ocurre en esta oportunidad.

3.2.1.6. Asimismo, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público desestiman las acusaciones por el desconocimiento del *principio de solidaridad que debe irradiar el sistema de seguridad social*, argumentando que existe una diferencia sustantiva entre el sistema de seguridad

²⁵ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁶ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

social y el sistema de protección social, reconocida por la propia Corte Constitucional en las sentencias C-571 de 2017²⁷, C-440 de 2011²⁸, C-038 de 2004²⁹ y C-834 de 2007³⁰, y que, respecto de este último, el legislador puede configurar libremente el esquema de beneficios otorgados a los grupos sociales que se encuentren en situación de vulnerabilidad, independientemente de que tengan la condición de trabajadores dependientes o independientes. En este orden de ideas, que los aportantes al Mecanismo de Protección al Cesante sean obligatoriamente los empleadores, y sólo de manera voluntaria los trabajadores independientes, no obsta para que el denominado dispositivo pueda beneficiar a las personas que no han tenido una vinculación laboral, para mejorar sus condiciones de vida. Desde esta perspectiva, *“el argumento de base de la demanda que se revisa, conforme al cual las disposiciones demandadas afectan al sistema de subsidio familiar en tanto parte del sistema de seguridad social, y que, en consecuencia, afectan el derecho a la seguridad social de los trabajadores dependientes vinculados con este, carece de fundamento, puesto que la Corte ha sido enfática y clara en diferenciar los institutos de la Seguridad Social y de la Protección Social”*.

Aún más, en la sentencia C-571 de 2017 se habría validado expresamente la posibilidad de extender el Sistema de Subsidio Familiar a los trabajadores independientes y a los desempleados, y se determinó que esta ampliación era congruente con los objetivos últimos de la Ley 1636 de 2013. Dentro de esta misma lógica, en la sentencia C-724 de 2015³¹ también se avaló la decisión del Ejecutivo de destinar transitoriamente algunos recursos del FOSFEC al mejoramiento de la empleabilidad y las condiciones de vida de la población afectada por el cierre de la frontera con Venezuela, sobre la base de que estos recursos tienen una destinación abierta que no se debe circunscribir necesariamente a satisfacer las necesidades de los aportantes al FOSFEC.

3.2.1.7. Finalmente, el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público desestiman las acusaciones por el desconocimiento del *principio de unidad de materia*.

A juicio del Departamento Nacional de Planeación, las medidas legislativas tienen una relación de conexidad directa e inmediata con el Plan Nacional de Desarrollo expedido mediante la Ley 1753 de 2015. Según la entidad, el artículo 77 de dicha normatividad es instrumental al objetivo más amplio del legislador de promover la movilidad social de la población joven, teniendo en cuenta que este segmento atraviesa graves dificultades para acceder al mercado laboral, dificultades que se manifiestan en que, históricamente, el nivel de desempleo ha sido superior al promedio nacional en al menos 7.5 puntos. Así, mientras en el año 2018 el desempleo en Colombia se situó en un 9.7%, para la población joven este índice ascendió al 17.1%. De esta manera, las normas demandadas proveen nuevas herramientas para atacar los problemas de base que enfrenta la población joven para insertarse en el mercado nacional.

²⁷ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²⁸ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁹ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁰ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³¹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

3.2.1.8. Por otro lado, la Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar argumenta que aunque en general los preceptos demandados son inconstitucionales y deben ser declarados inexequibles, el artículo 10 de la Ley 1780 de 2016 se sustrae de esta falencia. A su juicio, esta norma amplía el alcance del Mecanismo de Protección al Cesante para financiar la promoción del emprendimiento y el desarrollo empresarial, pero sobre la base de que las prestaciones comprendidas por esta disposición se enmarcan dentro de los parámetros y criterios para su reconocimiento, en los términos de la Ley 1636 de 2013. De esta suerte, en la medida en que la prestación allí prevista se destina únicamente a las personas que realizan aportes a las Cajas de Compensación Familiar, y que además cumplen los requisitos para acceder al Mecanismo de Protección al Cesante, esto es, acreditar la condición de cesante, haber realizado los aportes establecidos en el artículo 13 de la Ley 1636 de 2013 y haberse inscrito en los programas de búsqueda de empleo autorizados y en los programas de capacitación previstos en esta misma ley, el legislador no desconoció el principio de intra-sectorialidad propio de las contribuciones parafiscales, ni los principios de solidaridad y equidad que deben permear el sistema de seguridad social: *“Dado que el componente de emprendimiento y desarrollo empresarial es una prestación propia del Mecanismo de Protección al Cesante, el cual a su vez, se financia con los recursos parafiscales sui generis propios del Subsidio Familiar (...) circunstancia que además se consagra en la propia ley al exigir el pago de aportes al Sistema para poder ser beneficiario de las prestaciones, se concluye que bajo esta dinámica, la norma en mención no destina recursos o beneficios para personas por fuera del sector beneficiario (...) y los beneficiarios del componente hacen parte del sector empleador-trabajador o han efectuado aportes voluntarios -en el caso de los independientes- no existe reparo alguno en relación con que la fuente de financiamiento sea, precisamente, recursos derivados del 4%”*.

En un sentido semejante, la Academia Colombiana de Jurisprudencia sostiene que aunque la expresión *“emprendimiento y/o desarrollo empresarial”* del artículo 9, el artículo 10 y la expresión *“o quieran mejorar sus niveles de empleabilidad”* son inconstitucionales, los demás preceptos demandados no vulneran los principios de reserva de ley y de destinación sectorial, porque se enmarcan dentro del Mecanismo de Protección al Cesante.

3.2.2. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad de la medida legislativa (Ministerio del Trabajo, Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar (ASOCAJAS)³², Universidad Pontificia Bolivariana, Universidad Santo Tomás³³, Caja Santandereana de Subsidio Familiar (CAJASAN)³⁴, Universidad de Ibagué³⁵ y Asociación Colombiana de

³² Intervención suscrita por Adriana María Guillén Arango, en su calidad de Presidente Ejecutiva de la entidad. La solicitud de declaratoria de inexequibilidad se presenta únicamente en relación con los artículos 77 de la ley 1573 de 2015 y 9, 13 y 22 de la Ley 1780 de 2016, más en relación con el artículo 10 de la citada normatividad.

³³ Intervención suscrita por Alejandro Gómez Jaramillo y Carlos Rodríguez Mejía como decano y profesor de la facultad de Derecho de la Universidad, respectivamente.

³⁴ Documento suscrito por Martha Azucena Mejía Camacho, en su calidad de representante legal de la entidad.

³⁵ Documento suscrito por Luis Fernando Sánchez Huertas, en calidad de decano de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de dicha institución.

Jurisprudencia³⁶⁾

3.2.2.1. El Ministerio del Trabajo, la Asociación de Cajas de Compensación Familiar, la Universidad Pontificia Bolivariana, la Universidad Santo Tomás, la Caja Santandereana de Subsidio Familiar, la Universidad de Ibagué y la Asociación Colombiana de Jurisprudencia consideran que las normas demandadas son inconstitucionales, en la medida en que delegaron en el gobierno nacional la potestad para determinar el destino de las contribuciones parafiscales y para entregar estos recursos en beneficio de sectores distintos a los que se encuentran gravados. En particular, las disposiciones impugnadas habilitaron al Ministerio del Trabajo para disponer libremente de los recursos del FOSFEC, y para destinarlos a la promoción de diferentes programas que benefician a la población joven en búsqueda en empleo y de nuevos emprendimientos, así como a otro tipo de objetivos difusos, en lugar de destinarlos al sector gravado y en cuyo beneficio se creó la contribución parafiscal. La circunstancia anterior provoca la vulneración de un amplio repertorio de mandatos constitucionales, entre ellos los que se mencionan a continuación.

3.2.2.2. Primero, desde la perspectiva del *principio de legalidad*, ASOCAJAS, CAJASAN, la Universidad Pontificia Bolivariana, la Universidad Santo Tomas y la Universidad de Ibagué argumentan que, en virtud de los artículos 150.12 y 338 de la Carta Política, los elementos esenciales de los tributos deben ser establecidos directamente por el legislador, y que, en el caso de las contribuciones parafiscales, la reserva de ley se extiende a la destinación de estos gravámenes, destinación que debe ser específica y sectorial: *“la reserva de ley del artículo 338 superior impone una carga específica al legislador, consistente en que debe definir los elementos esenciales de las contribuciones parafiscales, por lo cual debe determinar el sujeto activo y pasivo, el hecho generador, la base gravable y la tarifa. Adicionalmente, en el caso de las contribuciones parafiscales, esta reserva de ley se extiende a un componente igualmente fundamental, referente a la destinación específica y sectorial que las caracteriza (...) el legislador tiene, entonces, la obligación de definir el segmento de la población que será gravado y la destinación que se dará a los recursos”*³⁷.

Las normas demandadas, sin embargo, confieren al gobierno nacional la facultad para determinar la vocación de la contribución parafiscal con la que se conforma el FOSFEC, sin ser un órgano de representación popular que tenga la legitimación para hacer una definición de esta naturaleza, y en beneficio de sectores que no fueron determinados previamente en la ley. Aunque el legislador fijó algunas pautas generales que en principio deben ser tenidas en cuenta por el gobierno, las mismas tienen un muy significativo nivel de generalidad y de amplitud, contemplando una gran variedad de sujetos y de finalidades difusas, que en realidad no acotan las potestades del gobierno: *“Las normas demandadas incluyen actividades muy*

³⁶ Intervención suscrita por Mauricio A. Plazas Vega en condición de académico de la entidad designado para la elaboración del concepto jurídico. La solicitud de inexecutable se refiere exclusivamente a los siguientes apartes normativos: (i) las expresiones “emprendimiento y/o desarrollo empresarial” contenidas en el artículo 9 de la Ley 1780 de 2016, por no guardar relación con el Mecanismo de Protección al Cesante; (ii) el artículo 10 de la Ley 1780 de 2016, por desconocer la intangibilidad de los recursos de la seguridad social “*al pretender que se financien con los recursos del FOSFEC una variedad de programas que no guardan relación directa con el Mecanismo de Protección al Cesante*”; (iii) la expresión “*o quieran mejorar sus niveles de empleabilidad*” y el último inciso del artículo 22 de la Ley 1780 de 2016, porque beneficia a personas distintas a los cesantes con los recursos del FOSFEC.

³⁷ Intervención de la Universidad Santo Tomás.

generales que permiten al gobierno nacional, concretamente al Ministerio del Trabajo, encuadrar dentro de las mismas una variedad de sujetos como beneficiarios de los recursos del FOSFEC, sin que ellos formen parte del sector empleador-trabajador. Es decir, con los recursos del FOSFEC se pretenden cumplir finalidades difusas que no se delimitaron por el legislador, por lo cual, será el Ejecutivo quien en últimas defina los beneficiarios de este tipo de recursos, desvirtuando ostensiblemente la parafiscalidad que caracteriza los mismos”³⁸. Se trata entonces de pautas indeterminadas que impiden establecer el destino de los recursos extraídos del sector de los empleados y trabajadores, y que, por consiguiente, terminan por delegar en el Ejecutivo esta función.

De hecho, las normas demandadas contienen referencias generales a la financiación de bonos de alimentación, de proyectos de emprendimiento y de desarrollo empresarial, de obras en los territorios, de actividades agropecuarias, de promoción de la asociatividad, de fondos de capital semilla para el desarrollo de negocios y de pequeñas empresas, de prácticas laborales y de judicaturas, e incluso, “de otras” actividades, a partir de la reglamentación establecida por el propio gobierno.

Con ello, el legislador desconoció el principio democrático y la garantía constitucional de la reserva legal sobre las contribuciones parafiscales, por vía de habilitar al gobierno para definir el destino de los recursos que integran el FOSFEC, a partir de unas directrices amplias y generales que permiten direccionar los recursos en favor de diversos grupos sociales, y en favor de objetivos de la más diversa naturaleza.

Según ASOCAJAS, la manera en que el legislador delegó en el Ministerio de Trabajo la definición de la destinación de la contribución parafiscal, se pone en evidencia al evaluar la forma en que esta entidad ha hecho uso de esta potestad abierta y discrecional. En la Resolución 4929 del 13 de noviembre de 2018, por ejemplo, la entidad ordenó a las cajas de compensación familiar destinar entre el 1.5 y el 2% del total de los recursos del FOSFEC *“para financiar programas y proyectos orientados a fomentar y promocionar la vinculación de población priorizada en puestos de trabajo o plazas para prácticas en entidades del sector público en el marco del programa Estado Joven”*. En particular, el párrafo del artículo 6° de dicha resolución determinó que *“las Cajas de Compensación Familiar deberán hacer uso de entre el 1.5% y el 2% del total de los recursos del FOSFEC, una vez descontados los gastos de administración, con cargo a la apropiación de la subcuenta de Gestión y Colocación, para financiar programas y proyectos orientados a fomentar y promocionar la vinculación de población priorizada en puestos de trabajo para prácticas en entidades del sector público en el marco del programa Estado Joven. Para ello deberán trasladar los recursos al rubro del programa que destina la Superintendencia de Subsidio Familiar para tal fin”*. Esto muestra que las normas demandadas vaciaron integralmente las facultades normativas del Congreso, transfiriéndolas integralmente al Ministerio de Trabajo para definir la vocación de la contribución parafiscal.

3.2.2.3. Segundo, desde la perspectiva del *principio de destinación específica de las*

³⁸ Intervención de la Universidad Santo Tomás.

contribuciones parafiscales, el Ministerio del Trabajo, ASOCAJAS, CAJASAN, la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la Universidad Santo Tomás y la Universidad de Ibagué destacan que, en virtud de los artículos 338 de la Carta Política y 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto como parámetro del juicio de constitucionalidad³⁹, estos tributos deben gravar un determinado y único grupo social o económico, en beneficio de este mismo sector. De este modo, “*los recursos extraídos del sector o sectores económicos o sociales gravados, se revierten en beneficio exclusivo del propio sector o sectores*”⁴⁰.

El Ministerio del Trabajo argumenta que bajo el nuevo modelo legislativo, se desnaturalizó y se desestructuró el esquema de atención y asistencia al sector formal de la economía, que es el único que podía ser beneficiado con los recursos del FOSFEC.

ASOCAJAS coincide con este planteamiento. A su juicio, la parafiscalidad se encuentra regida por el principio de *intrasectorialidad*, principio que, en virtud del artículo 338 de la C.P. y 29 del EOP, exige no solo que exista un preconditionamiento legal en su destinación, sino que, además, esta se haga en beneficio del propio sector gravado. En tal sentido, aunque la ley puede variar el órgano que administra estos recursos, e incluso puede variar los términos de dicho manejo, esta variación debe preservar los intereses del grupo respectivo, según lo determinó la Corte Constitucional en las sentencias C-040 de 1993⁴¹, C-615 de 2013⁴², C-655 de 2003⁴³, C-152 de 1997⁴⁴, C-577 de 1995⁴⁵ y C-621 de 2013⁴⁶. Esto es lo que ocurre, precisamente, con las contribuciones parafiscales de naturaleza gremial, particularmente del sector agrícola, en las que estas se han convertido en un instrumento de la mayor importancia para promover la investigación tecnológica, la comercialización y la sistematización de procesos agrícolas, pero todo sobre la base de que los recursos obtenidos con la imposición del gravamen a cada uno de estos subsectores, se entregan a estos mismos.

En el caso específico de las contribuciones parafiscales con las que se financia el Subsidio Familiar, ASOCAJAS argumenta que resulta de particular importancia garantizar la vocación sectorial, habida cuenta de que este subsidio pretende aliviar las cargas económicas asociadas al mantenimiento de la familia, a los trabajadores que se encuentran en una situación de precariedad económica, por ser de menores o medianos ingresos, o por quedar cesantes después de haber laborado. Si bien es cierto que se trata de una contribución *sui generis* porque el aporte económico es efectuado formalmente por el empleador, mientras que los beneficiarios directos son los trabajadores y su núcleo familiar, y eventualmente quienes han perdido el empleo, la circunstancia anterior no desdibuja su naturaleza, pues, en todo caso, se

³⁹ En tal sentido, se reseña la sentencia C-644 de 2016, en la que se aclaró que dentro del bloque de constitucionalidad en sentido amplio se encuentran las leyes orgánicas y las leyes estatutarias, por desarrollar directamente asuntos de raigambre constitucional, por lo cual sirven parámetro del control constitucional de las leyes.

⁴⁰ Intervención de la Universidad Santo Tomás.

⁴¹ M.P. Jorge Arango Mejía.

⁴² M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴³ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁴ M.P. Jorge Arango Mejía.

⁴⁵ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁶ M.P. Alberto Rojas Ríos.

trata de tributos originados de la relación laboral, de la cual se benefician ambas partes. De esta suerte, resulta imperioso preservar la intrasectorialidad del subsidio familiar, para garantizar que las prestaciones sean recibidas por quienes se encuentran formalmente en el mercado laboral, y quienes, en razón de su precaria situación económica, carecen de las condiciones para soportar todas las cargas asociadas al mantenimiento de su núcleo familiar.

Empero, las normas demandadas, al mismo tiempo que gravan un sector determinado integrado por el binomio empleador-trabajador, permiten la afectación de estos recursos a otro objeto: la protección de personas que no tienen la calidad de cesantes, como los habitantes de zonas rurales y de post conflicto, quienes desarrollan actividades agropecuarias, jóvenes sin experiencia laboral que buscan un primer empleo, judicantes, practicantes, aprendices, o personas en busca de trabajo o de proyectos productivos. Según advierte ASOCAJAS, en últimas lo que hizo el legislador al extender la prestación a otros sectores que no participan en su financiación, fue eliminar la contribución parafiscal, y sustituirla por un nuevo tributo a cargo de un determinado grupo de personas y no de todo el conglomerado social, para darle una destinación específica. Con ello, el legislador extrajo los recursos del sector económico conformado por el mercado laboral, y constituyó una forma vedada de fondo común a disposición del gobierno nacional, para financiar sus políticas públicas, planes y proyectos en materia de empleo, cuando según lo ha determinado la propia Corte Constitucional en la sentencia C-615 de 2013⁴⁷, las contribuciones parafiscales no pueden ser utilizadas para satisfacer las necesidades generales del Estado.

ASOCAJAS advierte que como consecuencia de todo lo anterior, la normatividad demandada infringió la prohibición constitucional de tributar sobre los recursos de la parafiscalidad. Desde una perspectiva material, la circunstancia de utilizar las contribuciones para promover los programas gubernamentales, implica *“la creación de un impuesto sobre los recursos parafiscales aportados por los empleadores, en beneficio de los trabajadores (...) el mecanismo de financiación creado en las disposiciones normativas para los fines allí contemplados, les impone una carga tributaria a los trabajadores -titulares de la prestación social- a favor de un grupo de ciudadanos que no pertenece a su sector. Dicho de otra manera, al tratarse de un mecanismo establecido para financiar políticas públicas que buscan beneficiar a personas por fuera del grupo socioeconómico para el cual fueron creadas, se está creando un tributo suplementario que grava esos recursos parafiscales, en detrimento de la protección constitucional que tienen los trabajadores”*. Lo anterior, pese a que en múltiples escenarios la propia Corte Constitucional ha determinado que los recursos parafiscales, entre ellos los que se reciben en el marco de la seguridad social en salud, no pueden ser gravados de ninguna manera, ni directa ni indirectamente. Esta prohibición fue ratificada al evaluar la constitucionalidad de las normas que, al fijar las exenciones al GMF, no incluyeron a las entidades que manejan los recursos de la seguridad social; en este contexto, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la disposición legal, aclarando que la exención se extendía a las entidades que administran las contribuciones parafiscales del sistema de salud⁴⁸.

⁴⁷ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁸ Sentencias C-363 de 2001 y C-655 de 2003.

Por su parte, la Academia Colombiana de Jurisprudencia arriba a la misma conclusión sobre la base de que el objeto dado al FOSFEC no tiene relación con el Mecanismo de Protección al Cesante. Esto se pone en evidencia con las referencias del artículo 9° de la Ley 1780 de 2016 a los programas para dinamizar e impulsar el desarrollo económico y social en zonas rurales y de posconflicto, la promoción del empleo y el emprendimiento, el desarrollo de obras en los territorios, la generación de ingresos, el impulso y la financiación de las actividades agropecuarias, y el impulso de proyectos productivos; lo propio se advierte con las referencias del artículo 10 a la promoción del emprendimiento y el desarrollo empresarial, a través de crédito y microcréditos, fondos de capital semilla para el desarrollo de negocios, la asistencia técnica, y con las referencias del artículo 22 a los beneficios de las personas en búsqueda de empleo o que buscan mejorar sus niveles de empleabilidad.

3.2.2.4. Tercero, desde la perspectiva del *principio de progresividad y no regresividad* consagrado en el artículo 48 de la Carta Política, en el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Ministerio del Trabajo, ASOCAJAS y la Universidad Santo Tomás argumentan que las normas demandadas restringieron, sin justificación alguna, el alcance de los beneficios otorgados previamente a los trabajadores.

En tal sentido, ASOCAJAS destaca que el principio de progresividad debe permear el sistema de seguridad social y el sistema de protección social, y que, incluso, la Corte Constitucional ha evaluado las medidas adoptadas en el marco de los sistemas pensional y de subsidio familiar, a la luz de este imperativo constitucional, tal como consta en las sentencias C-038 de 2004⁴⁹, C-507 de 2008⁵⁰ y C-629 de 2001⁵¹. En este último fallo analizó la constitucionalidad del párrafo 3° del artículo 5° de la Ley 1429 de 2010, que estableció un sistema de pago de las contribuciones parafiscales para las pequeñas empresas, argumentando que aunque este esquema podría restringir la progresividad del Subsidio Familiar de los trabajadores, estas limitaciones eran temporales y no permanentes, y que, en cualquier caso, preservaban la intrasectorialidad del sistema.

ASOCAJAS, el Ministerio del Trabajo y la Universidad Santo Tomás destacan que el Mecanismo de Protección al Cesante se encuentra regido por este principio, por hacer parte integral del derecho a la seguridad social. En particular, mediante este dispositivo se busca garantizar a los trabajadores de menores ingresos la continuidad en su afiliación al sistema de seguridad social hasta por seis meses, así como el pago del subsidio familiar y el subsidio al desempleo, cuando pierden su trabajo.

Contrariando este objetivo, el artículo 77 de la Ley 1753 de 2015 establece que los recursos que aseguraban este propósito, ahora deben ser afectados al mejoramiento del enganche laboral efectivo, a la vinculación de aprendices, practicantes y trabajadores a empresas, al reconocimiento de bonos de alimentación a cesantes, la promoción de la formación en empresa y al desarrollo de incentivos para eliminar

⁴⁹ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁵⁰ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵¹ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

las barreras de acceso al mercado laboral. Aunque esta norma deja a salvo las prestaciones contempladas en la Ley 1636 de 2013, *“el resto del dinero ya no se podrá reinvertir al interior del sistema, sino que se destinará, entre otras cosas, a lo dispuesto en la norma demandada”*⁵².

De igual modo, la Ley 1780 de 2016 desarticula el Mecanismo de Protección al Cesante y el sistema de prestaciones sociales que se pagan con cargo al FOSFEC, al establecer que el dinero recaudado debe orientarse al desarrollo de programas de empleo, al emprendimiento, al desarrollo empresarial y a otros objetivos difusos. Con ello, los recursos se extraen de la lógica de la parafiscalidad y quedan vinculados a objetivos y a sujetos extra sistémicos, ya que ahora no pueden emplearse en el mejoramiento progresivo del sector en cuyo beneficio se creó el citado tributo.

3.2.2.5. Cuarto, desde la perspectiva la *autonomía de las cajas de compensación familiar*, la Universidad Santo Tomás y ASOCAJAS sostienen que, en virtud de los artículos 48 y 333 de la Carta Política, la ley debe establecer con claridad y precisión los términos y condiciones del manejo de los recursos públicos que están a su cargo.

Bajo la normatividad anterior, antes de la expedición de las leyes 1753 de 2015 y 1780 de 2016, las cajas de compensación familiar se enfrentaban a un *“escenario de clara y determinada previsibilidad de las restricciones a la autonomía privada, gracias a unos límites claramente fijados en la ley”*. En el actual contexto, y en razón de la normatividad demandada, estas instancias se enfrentan a un *“nuevo escenario de verdadera imprevisibilidad o imposibilidad jurídica de prever cuáles serán las restricciones que el Estado impondrá a las Cajas de Compensación Familiar en su condición de actores privados del servicio público de seguridad social”*⁵³.

Lo anterior, en la medida en que, a la luz de las normas demandadas, el Ministerio de Trabajo tiene la potestad para determinar unilateral y discrecionalmente el espectro de beneficiarios y el uso que debe darse a las contribuciones a cargo de las cajas de compensación familiar.

3.2.2.6. En quinto lugar, desde la perspectiva del *principio de solidaridad*, la Universidad Santo Tomás argumenta que la vulneración se produce porque las normas demandadas no sólo anularon la lógica de la parafiscalidad con la cual se estructuró el Mecanismo de Protección al Cesante, sino que, al hacerlo, impusieron una carga excesiva al sector gravado para la financiación de dicho mecanismo, con el propósito de financiar los planes y los programas gubernamentales de interés general.

Aunque según el artículo 48 de la Carta Política la seguridad social se debe sujetar a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, lo cierto es que, en el contexto del Mecanismo de Protección al Cesante, este último principio debe materializarse a través de los dispositivos intrasectoriales establecidos en la misma Ley 1636 de 2013, esto es, mediante el sistema de apoyos establecidos para los mismos actores que lo financian. Las normas demandadas van más allá de este deber, al permitir que los recursos del FOSFEC, provenientes de un sector económico

⁵² Intervención de la Universidad Santo Tomás.

⁵³ Intervención de la Universidad Santo Tomás.

determinado, sean afectados a programas que favorecen a otros segmentos poblacionales: *“Esta carga de solidaridad desconoce el alcance específico del sub-principio de solidaridad dentro del sistema de compensación familiar, y, a la vez, impone una carga excesiva y desproporcionada sobre los miembros de dicho sistema”*⁵⁴.

3.2.2.7. Finalmente, la Universidad Santo Tomas considera que las normas demandadas desconocen el *principio de unidad de materia*, sobre la base de que el examen de conexidad debe realizarse tomando como referente la Ley 1636 de 2013, y de que, desde este punto de vista, las normas impugnadas carecen de una vinculación objetiva con aquella normatividad.

Según el interviniente, el juicio de unidad debe hacerse a la luz de la Ley 1636 de 2013, teniendo en cuenta que las disposiciones demandadas tienen como único objetivo la modificación del Mecanismo de Protección al Cesante creado en dicha ley, de modo que al tener por objeto y efecto su derogación y modificación parcial, deberían mantener una coherencia con este eje temático.

Desde esta perspectiva, el punto de partida para evaluar el cargo del accionante es el artículo 1º de la Ley 1636 de 2013, según el cual esta tiene por objeto crear el Mecanismo de Protección al Cesante, *“cuya finalidad será la articulación y ejecución de un sistema integral de políticas activas y pasivas de mitigación de los efectos del desempleo que enfrentan los trabajadores (...) y facilitar la reinserción de la población cesante en el mercado laboral”*.

No obstante ello, las normas impugnadas no se refieren a la reinserción al mercado laboral de los trabajadores que se encuentran cesantes, sino a la generación de empleo y de alternativas productivas para los jóvenes entre los 18 y los 28 años de edad, al diseño y ejecución de políticas de empleo, emprendimiento y creación de empresas, al apoyo a la agricultura, al desarrollo de obras de infraestructura en los territorio, a la promoción del empleo y a la implementación de mecanismos para promover la vinculación laboral, a partir de un enfoque diferencial. Asimismo, las normas demandadas rompen el espíritu con el que fue creado el Mecanismo de Protección del Cesante, es decir, anulando e invirtiendo la lógica de la parafiscalidad para extraer recursos del sector de los empleadores-trabajadores en beneficio de este mismo sector, buscando, por el contrario, que un sector económico determinando financie programas gubernamentales abiertos de promoción social. Todo lo anterior tiene como efecto que la nueva normatividad *“genera una profunda e insalvable contradicción en cuanto al cabal entendimiento y correcta aplicación de dicho mecanismo como un todo”*, contraviniendo los artículos 158 y 169 de la Constitución Política.

4. Concepto del Ministerio Público

Mediante concepto rendido el día 3 de abril de 2019, la Vista Fiscal presenta los siguientes requerimientos a este tribunal:

⁵⁴ Intervención de la Universidad Santo Tomás.

Primero, declarar la **INHIBICIÓN**, en relación con: (i) el inciso 2 del artículo 77 de la Ley 1873 de 2015, por los cargos por la violación de los principios de legalidad, progresividad y no regresividad, solidaridad y de unidad de materia, o subsidiariamente su exequibilidad; (ii) la expresión “*emprendimiento y/o desarrollo empresarial*” y los párrafos 1° y 2° del artículo 9, el artículo 10, el párrafo 3° del artículo 13 y el artículo 22 de la Ley 1780 de 2016, por los cargos por la violación de los principios de legalidad, progresividad y no regresividad y solidaridad.

Segundo, declarar la **EXEQUIBILIDAD** de: (i) el inciso 2° del artículo 77 de la Ley 1873 de 2015, de la expresión “*emprendimiento y/o desarrollo empresarial*” y los párrafos 1° y 2° del artículo 9, el artículo 10, el párrafo 3° del artículo 1 y el artículo 22 de la Ley 1780 de 2016, por el cargo por el desconocimiento de la destinación específica de los recursos parafiscales para ser invertidos en el mismo sector del cual provienen las contribuciones; (ii) la expresión “*emprendimiento y/o desarrollo empresarial*” y los párrafos 1° y 2° del artículo 9, el artículo 10, el párrafo 3° del artículo 1 y el artículo 22 de la Ley 1780 de 2016, por el cargo por la violación del principio de unidad de materia.

Tercero, declarar la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del inciso 2° del artículo 77 de la Ley 1873 de 2015, de la expresión “*emprendimiento y/o desarrollo empresarial*” y los párrafos 1° y 2° del artículo 9, del artículo 10, el párrafo 3° del artículo 1 y del artículo 22 de la Ley 1780 de 2016, por el cargo por el desconocimiento de la autonomía de las cajas de compensación como entes privados para administrar y ejecutar los recursos parafiscales, “*bajo el entendido que los recursos del Fosfec de los cuales pueden hacer uso las cajas de compensación familiar para financiar los programas y proyectos establecidos en el párrafo 2 del artículo 9 de la ley 1870 de 2016, sólo pueden ser aquellos que queden disponibles una vez se haya asegurado la totalidad de los recursos de dicho fondo para cubrir las demás prestaciones económicas a cargo de este fondo*”.

Cuarto, declarar la **INEXEQUIBILIDAD** de las expresiones “*el desarrollo de obras en los territorios*” y “*el impulso y financiamiento de las actividades agropecuarias*” contenidas en el párrafo 2° del artículo 9 de la Ley 1780 de 2016, por violar el principio de unidad de materia.

Para arribar a la conclusión anterior, el Ministerio Público aborda tres temáticas: (i) la configuración de la cosa juzgada; (ii) la aptitud de la demanda; (iii) el análisis de los cargos.

4.1. Sobre la configuración de la cosa juzgada

4.1.1. Con respecto al primero de estos ejes, la Vista Fiscal sostiene que la sentencia C-724 de 2015⁵⁵ no impide un pronunciamiento de fondo. En ese fallo, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del Decreto Legislativo 1821 de 2015, decreto que, en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica en diferentes municipios limítrofes con Venezuela, dispuso que los recursos del FOSFEC podrían ser utilizados temporalmente para financiar programas de

⁵⁵ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

promoción del empleo y de la empresa, bonos de alimentación, actividades de recreación y el transporte de la población afectada por los hechos que dieron lugar a la emergencia.

En este contexto, el escrutinio judicial tuvo como referentes otros parámetros de control, orientados a establecer si el gobierno nacional se encontraba habilitado para adoptar este tipo de medidas de emergencia en el escenario del estado de excepción, si estas guardaban relación de conexidad con la crisis económica y social declarada previamente, y si resultaba idónea, necesaria y proporcional para conjurar el peligro advertido con la declaratoria de emergencia.

Así las cosas, como las normas demandadas fueron expedidas en un contexto de anomalía constitucional, el escrutinio judicial se efectuó bajo otros referentes, lo que descarta el fenómeno de la cosa juzgada.

4.2. Sobre la aptitud de la demanda

4.2.1. Con respecto a la aptitud de la demanda, la Vista Fiscal sostiene que los cargos formulados en contra del inciso 2 del artículo 77 de la Ley 1873 de 2015 por la violación de los principios de legalidad, progresividad, autonomía de las cajas de compensación familiar, solidaridad y unidad de materia, así como las acusaciones en contra de la expresión “*emprendimiento y/o desarrollo empresarial*” y los párrafos 1 y 2 del artículo 9, del artículo 10, del párrafo 3 del artículo 13 y del artículo 22 de la Ley 1880 de 2016 por la violación de los principios de legalidad, progresividad y solidaridad, no admiten un pronunciamiento de fondo. Sin embargo, la entidad admite que los cargos restantes sí pueden ser evaluados en el escenario del control abstracto de constitucionalidad.

4.2.2. Primero, los señalamientos por el desconocimiento del principio de legalidad, articulados con los de representación popular efectiva (art. 150.12) y de reserva de ley (art. 338) son inviables, ya que habrían partido de la falsa premisa según la cual las normas demandadas habilitaron al gobierno nacional para determinar y modificar los destinatarios de los recursos del FOSFEC, cuando, en realidad, la norma que creó dicho fondo contempla un objetivo abierto relacionado con la mitigación de los efectos del desempleo, e incluye dentro de los beneficiarios a la población cesante, e incluso a la población que nunca ha tenido empleo, sin acotar el espectro específico de beneficiarios. En particular, el artículo 1º de la Ley 1636 de 2013 estableció que la finalidad del fondo 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 facilitar la reinserción de la población cesante en el marco laboral (...)*”. De este modo, “*el sector beneficiario está definido en la norma de creación y no estaría siendo modificado por las normas impugnadas*”.

En este escenario, si lo que quería el accionante era demostrar que la vocación que la ley le dio al FOSFEC era inconstitucional, ha debido controvertir directamente el párrafo 2º del artículo 6 de la Ley 1636 de 2013, y no las normas que lo desarrollan.

4.2.3. Por su parte, los cargos por la afectación del principio de progresividad y no

regresividad también parten en un entendimiento inadecuado de la normativa legal. En efecto, el accionante supuso erróneamente que las normas demandadas vinculan los recursos del FOSFEC a la consecución de unos objetivos cerrados e incompatibles con los establecidos en la legislación anterior, cuando, en realidad, las disposiciones impugnadas priorizan las inversiones previstas en la Ley 1636 de 2013. Así pues, el nuevo objeto dado al citado fondo no interfiere con las prestaciones contempladas en la legislación anterior.

4.2.4. Tampoco es viable el análisis por la violación de la autonomía de las cajas de compensación familiar, ya que las normas demandadas no regulan la forma en que esas deben administrar los recursos del FOSFEC, sino la vocación que se debe dar a los excedentes del fondo, una vez aseguradas las prestaciones económicas previstas en la ley, según lo determinan expresamente el artículo 77 de la Ley 1753 de 2015 y el parágrafo 1º del artículo 9 de la Ley 1780 de 2016. Así las cosas, las cajas de compensación familiar tienen plena autonomía para manejar sus asuntos internos y para definir su régimen de contratación. Resulta apenas natural que esta autonomía no se extienda a la administración de los recursos parafiscales, que son recursos públicos, y, en cualquier caso, las normas impugnadas no definen el uso que debe darse a los recursos del FOSFEC, *“sino a su operatividad para lograr la ‘adecuada distribución regional de los recursos’”*.

4.2.5. Con respecto a las acusaciones por la violación del principio de solidaridad, el Ministerio Público argumenta que aunque según el accionante la vulneración se produce porque las normas terminan por extraer recursos de un segmento económico en beneficio de otros o en un beneficio general e indeterminado, lo cierto es que, precisamente, en virtud del referido principio resulta razonable y legítimo que los trabajadores activos contribuyan económicamente al soporte y apoyo de los cesantes y de los desempleados. Si bien es cierto que el artículo 22 de la Ley 1780 de 2016 también pretende beneficiar a quienes quieran mejorar sus niveles de empleabilidad, y esto puede resultar problemático, el amplio margen de configuración con el que cuenta el legislador para definir los contornos del sistema de seguridad social, descarta las acusaciones de la demanda.

4.2.6. Finalmente, el Ministerio Público concluye que los cargos formulados en contra del artículo 77 de la Ley 1753 de 2015 y de la Ley 1870 de 2016 por la vulneración del principio de unidad de materia tampoco suministraron los elementos estructurales del juicio de constitucionalidad. A su juicio, la deficiencia se explica porque el análisis de conexidad no se efectuó en relación con la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, ni en relación con la materia desarrollada en la Ley 1780 de 2016, y porque que no tuvo en cuenta que, por su propia naturaleza, las leyes de planificación son multitemáticas, *“razón por la cual el parámetro de control en estos es la conexidad o vínculo entre los objetivos o metas contenidos e la parte general del PND, y no la confrontación de estos con cada norma que se pueda llegar a afectar por conexidad”*.

4.2.7. A partir de las consideraciones anteriores, la Vista Fiscal concluye que la Corte se deben inhibir para evaluar la normatividad demandada a la luz de los artículos 48, 150.12, 158, 169, 334 y 338 de la Carta Política, por ineptitud sustantiva de la demanda. Sin embargo, como quiera que subsisten las demás acusaciones en

relación con los demás preceptos que sí pueden ser objeto del escrutinio judicial, la Procuraduría concluye que es posible adelantar el control constitucional con este objeto más restringido.

4.3. Análisis de los cargos

4.3.1. La Vista Fiscal argumenta que aunque en general las acusaciones del accionante resultan infundadas, existen dos cargos en contra de dos contenidos normativos constitucionalmente problemáticos que sí justifican la intervención judicial: Por un lado, el inciso 2 del artículo 77 de la Ley 1873 de 2015, la expresión “*emprendimiento y/o desarrollo empresarial*” y los párrafos 1° y 2° del artículo 9, el artículo 10, el párrafo 3° del artículo 13 y el artículo 22 de la Ley 1780 de 2016 podrían comprometer la destinación específica que tienen los recursos parafiscales allí contemplados. Y por otro lado, las expresiones “*el desarrollo de obras en los territorios*” y “*el impulso y el financiamiento de las actividades agropecuarias*” contenidas en el párrafo 2 del artículo 9 de la Ley 1870 de 2016, comprometen el principio de unidad de materia. Para solventar estas falencias normativas la Procuraduría propone, en el primer caso, la declaratoria de constitucionalidad condicionada, y en el segundo, la declaratoria de inexecutable.

4.3.2. Es así como la entidad advierte que la normatividad demandada no desconoce los principios de representación popular, reserva de ley, solidaridad y autonomía de las cajas de compensación familiar.

Con respecto a los principios de *representación popular efectiva y reserva de ley en materia tributaria*, el Ministerio Público desestima las acusaciones, sobre la base de que, a su juicio, el legislador reguló directamente los elementos esenciales de las contribuciones parafiscales que son administradas por las cajas de compensación familiar, sin perjuicio de habilitar al gobierno nacional para establecer los parámetros de distribución de los recursos públicos para la financiación de los programas asociados a la generación de empleo, pero que no provienen de la contribución parafiscales de los empleadores. Se trata entonces de una “*reglamentación necesaria, si se tiene en cuenta que lo regulado es un asunto técnico y dinámico desde el punto de los recursos propios de las cajas de compensación*”.

Lo mismo se alega frente al cargo por el desconocimiento del *artículo 29 de la Ley Orgánica de Presupuesto*, que según el actor se produce por pretender financiar programas en favor de personas que no tienen la condición de cesantes, y, en particular, en favor de habitantes rurales, desmovilizados del posconflicto, jóvenes en busca de su primer empleo o de prácticas sociales laborales. Para la Vista Fiscal, en cambio, las normas demandadas preservan el concepto de parafiscalidad, así como la vocación orientada a incrementar el empleo, aunque algunas veces de manera indirecta, mediante figuras como el otorgamiento de estímulos económicos.

A la misma conclusión se arriba en relación con el *principio de solidaridad*. En tal sentido, la Vista Fiscal reitera los argumentos esgrimidos en el análisis de la aptitud de la demanda: el legislador reguló directamente los aspectos esenciales de los recursos administrados por las cajas de compensación familiar y preservó el

concepto de parafiscalidad a partir del amplio margen de configuración con el que naturalmente cuenta, y la financiación que se cuestiona para apoyar programas en beneficio de personas que no tienen la calidad de cesantes, procede de los excedentes de las cajas de compensación familiar.

Finalmente, la entidad argumenta que las normas preservan *la autonomía reconocida constitucionalmente a las cajas de compensación familiar*, en la medida en que el párrafo 2º del artículo 9 de la Ley 1780 de 2016 les confiere la facultad para utilizar recursos del FOSFEC para financiar y operar programas y proyectos relacionados con la promoción del empleo, el emprendimiento, el desarrollo de obras en los territorios, la generación de ingresos, el impulso de actividades agropecuarias, la promoción de la asociatividad y el desarrollo de proyectos productivos, según los lineamientos definidos por el mismo gobierno dentro de los seis meses siguientes a la expedición de aquella ley. Estos recursos, además, corresponden únicamente a los excedentes del fondo, pues la autorización contemplada en la normatividad demandada para hacer esta destinación alternativa es meramente residual.

4.3.3. Empero, el párrafo 2 del artículo 9 de la Ley 1870 de 2016 podría comprometer la destinación específica de los recursos de la seguridad social, pues la redacción del párrafo 2º del artículo 9 de la Ley 1780 de 2016 podría dar lugar a que las cajas de compensación familiar resulten obligadas a usar todos los recursos del FOSFEC para financiar los objetivos de la nueva normatividad. Esta circunstancia obliga a condicionar la declaratoria de exequibilidad de dicho precepto, *“bajo el entendido que los recursos del FOSFEC de los cuales pueden hacer uso las cajas de compensación para financiar los programas y proyectos establecidos en el párrafo 2 de dicha norma, solo pueden ser aquellos que queden disponibles una vez se haya asegurado la totalidad de los recursos de dicho fondo”*.

4.3.4. Asimismo, con respecto a los cargos por el desconocimiento del *principio de unidad de materia*, la Vista Fiscal arriba a dos conclusiones.

Por un lado, de manera general, las normas demandadas que integran la Ley 1870 de 2016 se adecúan plenamente al objetivo y al contenido general de dicha normatividad, concebida con el propósito de promover el empleo, el emprendimiento y la creación de nuevas empresas para la gente joven, teniendo en cuenta las dificultades y los obstáculos que enfrenta este grupo para iniciar su actividad productiva, tales como la falta de experiencia, la exigencia de contar con la tarjeta militar y la falta de oportunidades. Es claro que las medidas legislativas se enmarcan dentro de este objetivo, pues, precisamente, allí se dispone que la financiación de estos programas se obtiene con los recursos del FOSFEC, aunque, en cualquier caso, *“deben entenderse en el marco del emprendimiento y el desarrollo empresarial, en razón a las finalidades establecidas en la norma censurada”*.

Sin embargo, la facultad otorgada a las cajas de compensación familiar en el párrafo 21 del artículo 9 para destinar recursos del FOSFEC a la financiación y operación de programas y programas relacionados con el desarrollo de obras en los territorios y con las actividades agropecuarias, quebrantan el principio de unidad de materia, porque son ajenas a la finalidad de la Ley 1780 de 2016 de promover el

empleo, el emprendimiento y la creación de empresas para la gente joven. Asimismo, la alusión genérica a la vocación que se pueden dar a estos recursos para financiar otros objetivos, *“resulta sumamente amplia y desborda la finalidad de los recursos de la Ley 1780 de 2016 y la destinación de los recursos del FOSFEC”*.

Por lo anterior, estos apartes normativos deben ser declarados inexecutable.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este tribunal es competente para resolver la controversia planteada, en la medida en que corresponde a una acción de inconstitucionalidad contra una prescripción legal, asunto que en virtud del artículo 241.4 de la Carta Política, debe ser resuelto por esta corporación.

2. Asuntos a resolver

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, corresponde a la Corte resolver las siguientes cuestiones:

En primer lugar, como quiera que tanto el Ministerio Público como algunos intervinientes cuestionaron la procedencia del escrutinio judicial, argumentando que las acusaciones se estructuraron en función de un entendimiento inadecuado de los preceptos legales demandados, y que no se precisó el sentido de la oposición normativa entre estos últimos y la Carta Política, la Sala determinará la viabilidad del juicio de constitucionalidad, tomando como referente los reparos que plantearon la Procuraduría General de la Nación, el Departamento Nacional de Planeación y la Universidad Externado de Colombia.

En segundo lugar, de concluirse que es viable el examen planteado, se determinará la validez de las disposiciones impugnadas a partir de los cargos del escrito de acusación. En tal sentido, se determinará si las normas que habilitan al gobierno nacional para ordenar la entrega de los recursos del FOSFEC a diversos fines relacionados con la promoción de la ocupación, del empleo y del emprendimiento, en los términos del artículo 77 de la Ley 1753 de 2015 y de los artículos 9, 10, 13 y 22 de la Ley 1780 de 2013, desconocen los principios de reserva legal, destinación sectorial de las contribuciones parafiscales, solidaridad, progresividad, autonomía privada y unidad de materia.

A continuación se abordan estas dos cuestiones.

3. Aptitud de la demanda, viabilidad y alcance del escrutinio judicial

3.1. Según se explicó en los acápite precedentes, para el Ministerio Público, la Universidad Externado de Colombia y el Departamento Nacional de Planeación, la demanda de inconstitucionalidad no proporciona los elementos básicos para la estructuración de la controversia constitucional, por lo que la Corte debe abstenerse, total o parcialmente, de evaluar la validez de los preceptos impugnados.

3.2. En síntesis, los intervinientes formulan dos tipos de reparos, uno relacionado con la configuración de los cargos a partir de contenidos normativos que carecen de respaldo en la legislación demandada, y otro relacionado con la inexistencia de argumentos que den cuenta de la oposición entre las disposiciones impugnadas y el ordenamiento superior.

Con respecto al primer tipo de señalamientos, se afirma que las objeciones de la demanda parten del falso supuesto de que las normas atacadas habilitan al gobierno nacional para disponer libremente de los recursos del FOSFEC, incluso sobre aquellos que están destinados a la satisfacción de las prestaciones propias del Sistema de Subsidio Familiar, cuando estas disposiciones establecen, de manera clara e inequívoca, que únicamente se puede acceder a los excedentes de este fondo, una vez garantizadas las prestaciones previstas en la Ley 1636 de 2013. Así, el artículo 77 de la Ley 1753 de 2015 supedita el reconocimiento de bonos de alimentación a cesantes, la promoción de la formación en empresa y el otorgamiento de incentivos para eliminar las barreras de acceso al mercado laboral a que se satisfagan *“las otras destinaciones de los recursos que integran el FOSFEC, en los términos de la Ley 1636 de 2013”*; lo propio se dispone en el párrafo 1° del artículo 9° de la Ley 1780 de 2016, según el cual *“los recursos destinados para el desarrollo de programas de empleo, emprendimiento y/o desarrollo empresarial, se definirán una vez se aseguren los recursos para las prestaciones económicas de que trata la Ley 1636 de 2013”*.

Por su parte, la Universidad Externado de Colombia y la Vista Fiscal afirman que el cargo por el desconocimiento del principio de unidad de materia contiene un error de base, porque el análisis del vínculo entre la medida legislativa demandada y la normatividad en la que se enmarca no se efectuó tomando como referente la Ley 1753 de 2015 y la Ley 1780 de 2016, como correspondía, sino la ley que fue objeto de modificación, esto es, la Ley 1636 de 2013. A su juicio, este tipo de análisis genera una serie de contrasentidos, porque las normas impugnadas debían guardar correspondencia con los ejes temáticos de las leyes dentro de las cuales fueron expedidas, y no necesariamente con una ley anterior que pudo resultar modificada por aquellas, y que pudo responder a otra problemática y a otra materia. Desde esta perspectiva, los intervinientes concluyen que los cargos se configuraron tomando como referente de análisis una normatividad que no fue demandada.

Y con respecto al segundo tipo de reparos, se argumenta que el accionante no indicó las razones de la incompatibilidad entre las normas demandadas y el ordenamiento superior. Así, se habría alegado el desconocimiento de la autonomía de las cajas de compensación familiar para manejar los recursos del FOSFEC, sin tener en cuenta que las disposiciones demandadas únicamente fijan algunas directrices generales sobre el manejo de contribuciones parafiscales que, por ser recursos públicos, no pueden ser administradas libremente. Lo propio se advierte en relación con la acusación por la vulneración del principio de solidaridad, por permitir que las contribuciones pagadas por el sector empleador-trabajador se destinen a otros grupos sociales no gravados, sin tener en cuenta que, precisamente, en razón de este principio se justifica la adopción de diferentes esquemas de redistribución de la riqueza. Y frente al principio de progresividad, únicamente se alegó un perjuicio

global y abstracto para los beneficiarios del Sistema de Subsidio Familiar, sin advertir que las normas demandadas disponen de los recursos del FOSFEC una vez se hayan atendido las prestaciones contempladas en la Ley 1636 de 2016, lo cual descarta las acusaciones del actor sobre el retroceso en los beneficios otorgados al sector empleador-trabajador, y sin especificar las prestaciones que serían objeto de la desmejoría en virtud de la normatividad demandada. De este modo, la demanda omitió precisar la forma en que cada una de las disposiciones impugnadas desconocen los principios constitucionales presuntamente lesionados.

3.3. Teniendo en cuenta los reparos anteriores, la Sala concluye que no es viable el escrutinio judicial en relación con las acusaciones por el desconocimiento de los principios de solidaridad, progresividad y no regresividad, autonomía de la voluntad y unidad de materia, pero que sí lo es en relación con los cargos por la afectación del principio de reserva de ley y de destinación sectorial de las contribuciones parafiscales.

Lo anterior, en la medida en que los señalamientos por la presunta violación de los principios de progresividad y no regresividad, autonomía privada, solidaridad y unidad de materia, no precisaron el sentido de la oposición normativa, de modo que no es posible configurar la litis constitucional, ni siquiera teniendo en cuenta los insumos que posteriormente aportaron los demás intervinientes. Por el contrario, los demás cargos sí lograron individualizar las razones de la incompatibilidad entre la normatividad demandada y el ordenamiento superior, tal como se explica a continuación.

3.3.1. Con respecto al *principio de progresividad y no regresividad*, el accionante afirma, de manera global y genérica, que al ordenarse la entrega de los recursos del FOSFEC a un objeto no contemplado en la Ley 1636 de 2013 en beneficio del sector empleador-trabajador, se limitan los beneficios y prestaciones que este grupo puede llegar a recibir, y que, por consiguiente, las normas provocan un retroceso en el esquema de protección a este sector vulnerable de la población colombiana.

La Corte coincide con los planteamientos de los intervinientes que solicitaron un fallo inhibitorio, por cuanto el análisis de este cargo presupone individualizar las prestaciones y los beneficios reconocidos previamente por el legislador, e indicar la forma en que fueron limitados o cercenados por la normatividad demandada, cosa que no ocurre en el presente caso.

De hecho, el escrutinio judicial de la legislación a la luz de este principio ha operado en aquellos escenarios en los que alguna disposición legal suprime o limita el alcance de un derecho, una prestación, un beneficio o una situación beneficiosa en favor de un grupo de personas, previamente reconocida por el legislador. Así, en la sentencia C-228 de 2011⁵⁶ se evaluó la norma que dispuso un incremento progresivo en el número de semanas de cotización para acceder a la pensión de vejez, así como una disminución en el monto de esta prestación; en la sentencia C-493 de 2015⁵⁷ se analizó la validez del artículo 96 de la Ley 1593 de 2012, que derogó la norma que prohibía el cobro de tasas retributivas y de tasas de uso del recurso hídrico a la

⁵⁶ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁵⁷ M.P. María Victoria Calle Correa.

población de los estratos 1, 2 y 3; en la sentencia C-536 de 2012⁵⁸ el control de recayó sobre el parágrafo 3° del artículo 1 de la Ley 114 de 2006, en el que se dispuso que el 1% de los proyectos de vivienda debía corresponder a diseños arquitectónicos aptos para la población en situación de discapacidad, cuando, a juicio del actor, en la Ley 361 de 1997 este porcentaje era del 10% para las viviendas de interés social; en la sentencia C-429 de 2009⁵⁹ el escrutinio versó sobre la norma que incrementó de 26 a 50 el número de semanas de cotización en los últimos tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, para acceder a la pensión; y en la sentencia C-209 de 2016⁶⁰ se evaluó la validez de la norma que extendió el IVA a los servicios de alimentación bajo contrato, incluyendo a los contratos celebrados por las instituciones del Estado con recursos públicos y destinados a la asistencia social.

Como puede advertirse, el análisis judicial bajo la perspectiva del principio de progresividad y la prohibición de regresividad presupone un ejercicio de cotejo entre una situación jurídica previa contemplada en el derecho positivo, y su modificación ulterior, a efectos de determinar si la alteración legal implica una desmejora o un retroceso no justificado respecto de una prestación, un derecho, un beneficio o una situación jurídica determinada y concreta.

En este caso, empero, esta confrontación no fue realizada, pues el accionante y los intervinientes que actuaron en su favor alegan una disminución global en el monto de los recursos que se destinan a las personas que hacen parte del sector “empleador-trabajador”, pero no individualizan la prestación o el derecho cuyo espectro habría sido limitado o suprimido.

Por lo demás, la normatividad demandada establece que las nuevas destinaciones de los recursos del FOSFEC deben materializarse una vez sean aseguradas las prestaciones económicas previstas en el marco del Mecanismo de Protección al Cesante contempladas en la Ley 1636 de 2016, por lo cual, correspondía a los accionantes explicar en qué sentido las normas demandadas provocan un retroceso en el esquema de protección y asistencia a la población cesante. Esta explicación no fue proporcionada.

3.3.2. El cargo por la afectación de la *autonomía de las cajas de compensación familiar*, por su parte, adolece de un déficit semejante.

A juicio del accionante, esta vulneración se produce porque el legislador delegó en el Ejecutivo la potestad para definir la forma en que deben ser manejados los recursos del FOSFEC, privando a las cajas de compensación de su rol como administradoras de este fondo, y sometiéndolas a la voluntad discrecional del gobierno nacional, en lugar de contar con un marco jurídico claro fijado por el Congreso.

Estos señalamientos, sin embargo, por sí solos resultan insuficientes para la configuración de la litis constitucional.

⁵⁸ M.P. Adriana María Guillén Arango.

⁵⁹ M.P. María Victoria Calle Correa

⁶⁰ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Primero, tal como lo pusieron de presente algunos intervinientes, la acusación debía incorporar al análisis el hecho, constitucionalmente relevante, de que las restricciones a la administración de las contribuciones parafiscales en cabeza de las cajas de compensación familiar, se explican por versar sobre el manejo de recursos públicos, como son aquellos que integran el FOSFEC. De este modo, no bastaba con indicar una restricción global a la autonomía de entes particulares, pues las mismas se inscriben en un escenario específico en el que la intervención estatal constituye un imperativo. Por tal motivo, debía indicarse cómo las limitaciones contenidas en la normatividad demandada desbordan las potestades de injerencia del Estado en las actividades de los particulares que manejan recursos públicos y que cumplen un rol vinculado a la satisfacción de intereses públicos generales o sectoriales. Esta explicación no fue proporcionada.

Asimismo, en la medida en que la acusación por la afectación de la autonomía de las cajas de compensación familiar se centra en las potestades normativas discrecionales con las que ahora contaría el Ejecutivo para definir el destino de los recursos del FOSFEC, el señalamiento se encuentra subsumido dentro del cargo por la violación del principio de reserva de ley, y sólo logra poner en evidencia una afectación consecencial e indirecta a los principios de autonomía y de libertad de los particulares.

3.3.3. De la misma manera, tampoco es procedente el análisis por la presunta afectación del *principio de solidaridad*.

La razón de ello es que la acusación se basa en una consideración sobre la imposición de cargas excesivas a un grupo económico y social determinado en favor de otros grupos sociales que no fueron gravados. Esta premisa sobre la cual se estructura el cargo no apunta a poner en evidencia la violación del principio de solidaridad, sino los de igualdad y de equidad en materia tributaria, y, además, constituye una derivación o una consecuencia de la violación del principio de destinación sectorial de las contribuciones parafiscales, por lo que, en últimas, nuevamente los señalamientos se encuentran subsumidos dentro de este último cargo.

3.3.4. Finalmente, la Corte coincide con los planteamientos de la Procuraduría General de la Nación y de la Universidad Externado de Colombia sobre la ineptitud del cargo por la violación del *principio de unidad de materia*. Aunque a juicio del accionante las normas demandadas erosionan y desdibujan el Mecanismo de Protección al Cesante previsto en la Ley 1636 de 2013, no siendo consecuentes con la finalidad última en función de la cual fue estructurado este dispositivo, esta falencia, de existir, no comporta por sí sola una vulneración del principio de unidad de materia.

Lo anterior, en la medida en que este principio no apunta a garantizar la coherencia y la consistencia del legislador a lo largo del tiempo, sino la regularidad en los procesos deliberativos y decisorios que anteceden a la expedición de las leyes, a través de la exigencia de que los debates y las votaciones versen sobre un mismo eje temático. Sobre este punto, sin embargo, la demanda no proporcionó los elementos de juicio para la configuración de la controversia constitucional.

3.4. De acuerdo con ello, el escrutinio judicial se circunscribirá a analizar las expresiones demandadas contenidas en el artículo 77 de la Ley 1753 de 2015, y en los artículos 9, 10, 13 y 22 de la Ley 1870 de 2016, a la luz de los principios de reserva de ley y de destinación sectorial de los recursos.

4. Planteamiento del problema constitucional y metodología de resolución

4.1. El accionante y los intervinientes que solicitaron la declaratoria de inexecutable de las medidas legislativas sostienen que estas contienen dos elementos que provocan la vulneración de la Constitución Política:

Por un lado, el *otorgamiento de potestades normativas discrecionales al Ejecutivo* para definir el objeto y el destino final de los recursos del FOSFEC, pues esta atribución sería exclusiva y privativa del legislador por versar sobre un elemento esencial de las contribuciones parafiscales con las que se financia el mencionado fondo. De esta suerte, la habilitación normativa dada el gobierno nacional desconocería el *principio de reserva de ley*.

Y por otro, *la orden de destinar los recursos del FOSFEC en beneficio de grupos sociales y económicos distintos del sector “empleador-trabajador”*, que es el que hace los aportes con los que se integra el referido fondo. Dado que las normas impugnadas versan sobre contribuciones parafiscales, y dado que los recursos extraídos de este tributo debían ser reinvertidos en el mismo sector gravado, se configuraría una transgresión del imperativo de *destinación sectorial de las contribuciones parafiscales*, por haberse establecido un gravamen a un sector determinado de la población, para financiar planes y programas en beneficio de todo el conglomerado social o de otros grupos poblacionales en los que no recae la carga impositiva.

4.2. Como puede advertirse, las acusaciones del accionante parten de dos tipos de supuestos:

Primero, se parte de una premisa sobre el alcance de la normatividad impugnada, en el sentido de que las medidas legislativas recaen sobre contribuciones parafiscales. Es precisamente en función de este status asignado a los recursos contemplados en las leyes 1753 de 2015 y 1780 de 2016 como contribuciones parafiscales que se estructuran los cargos por la vulneración de los principios de reserva de ley en materia tributaria y de destinación sectorial. De este modo, el primer debate se centra en la naturaleza y status jurídico de los recursos cuya vocación se regula en las disposiciones demandadas y, en particular, sobre si estos tienen la condición de recursos parafiscales.

Y segundo, los cargos parten de una premisa sobre el alcance de los principios constitucionales de reserva de ley en materia tributaria y de destinación sectorial de las contribuciones parafiscales, en el sentido de que corresponde al legislador definir directa y expresamente el objeto y la finalidad de estos recursos, con indicación del universo de potenciales destinatarios y del contenido de los beneficios otorgados con estos, y en el sentido de que los mismos deben dirigirse a la provisión de bienes públicos sectoriales que favorezcan al grupo económico y social gravado con la

contribución. Así pues, el segundo debate se centra en el alcance de los referidos principios.

4.3. Así estructurada la controversia jurídica, a continuación se seguirá la siguiente metodología:

En primer lugar, con el objeto de establecer las premisas del análisis judicial, se abordarán dos tipos de interrogantes: (i) Por un lado, como quiera que las acusaciones tienen como presupuesto la tesis de que las normas demandadas regulan el destino y utilización de los recursos del FOSFEC en su calidad de contribuciones parafiscales, se establecerá si, efectivamente, las disposiciones demandadas reglamentan el destino de recursos que tienen el referido status jurídico.

Asimismo, en la medida en que los cargos versan sobre la presunta violación de los principios de reserva de ley en materia tributaria y de destinación sectorial, por haberse otorgado potestades abiertas y discrecionales al Ejecutivo para establecer el destino de los recursos del FOSFEC como contribuciones parafiscales, y por haberse permitido vincularlos a fines distintos a la provisión de bienes públicos sectoriales, se abordarán dos cuestiones: (i) de una parte, se establecerá el alcance del principio de reserva de ley en materia tributaria y, en particular, el alcance del deber del legislador de determinar la vocación de las contribuciones parafiscales, así como los términos en que debe efectuarse esta definición; (ii) asimismo, se precisará el alcance del deber de afectar los recursos obtenidos con las contribuciones parafiscales en beneficio del sector gravado, y de la prohibición de utilizar estos recursos para financiar las políticas y los programas gubernamentales de beneficio general.

Y en segundo lugar, a partir del marco conceptual y normativo anterior, se determinará la constitucionalidad de las normas demandadas, tomando como referente de análisis los principios de reserva de ley en materia tributaria y de destinación sectorial de las contribuciones parafiscales.

5. La naturaleza y el status jurídico de los recursos previstos en la normatividad demandada como contribuciones parafiscales

5.1. Dado que los debates planteados en el presente proceso presuponen que las normas impugnadas regulan el destino de recursos que tienen el status de contribuciones parafiscales, ya que precisamente en función de este status se plantean los cargos por la violación del principio de reserva de ley en materia tributaria y del imperativo de destinación sectorial, corresponde a la Sala a evaluar la veracidad de esta premisa.

5.2. En este sentido, la Sala coincide con los planteamientos del accionante, de los intervinientes y del Ministerio Público, en el sentido de que los preceptos demandados fijan el destino de contribuciones parafiscales. Lo anterior, en la medida en que, por un lado, estas normas disponen la realización de diferentes planes y proyectos con cargo al FOSFEC, y en que, por otro lado, este fondo está integrado en su totalidad por recursos que tienen la condición de recursos parafiscales.

5.3. Con respecto a lo primero, los preceptos demandados establecen que la

financiación de los planes, programas y proyectos sociales allí contemplados se debe efectuar con cargo al FOSFEC, tal como se explica a continuación:

- El inciso 2° del artículo 77 de la Ley 1753 de 2015 establece que el Ministerio del Trabajo puede disponer anualmente de recursos del FOSFEC para *“facilitar y mejorar el enganche laboral efectivo de la población y para estimular la vinculación de aprendices, practicantes y trabajadores de empresas”*.
- El inciso 1° y el párrafo 1° del artículo 9 de la Ley 1780 de 2016 determinan que, en el marco del Mecanismo de Protección al Cesante, el gobierno debe definir alternativas para el desarrollo de programas de empleo, emprendimiento y/o desarrollo empresarial, y para la financiación de programas para dinamizar e impulsar el desarrollo económico y social en zonas rurales y de posconflicto, *“los cuales serán financiados con cargo al Fosfec”*.
- El artículo 10 de la misma ley dispone la extensión del Mecanismo de Protección al Cesante con el componente destinado a la promoción del emprendimiento y el desarrollo empresarial, mecanismo que, según lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1636 de 2013, es financiado con los recursos del FOSFEC⁶¹. Adicionalmente, según lo determina el párrafo 1° de este artículo, este nuevo componente debe financiarse con los recursos del “Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante (Fosfec), de acuerdo con el numeral 2 del artículo 6° de la Ley 1636 de 2013”.
- Por su parte, el párrafo 3° del artículo 13 de la Ley 1780 de 2016 determina que la financiación de la práctica laboral, la judicatura y la docencia de la población joven se debe realizar *“a través del Mecanismo de Protección al Cesante y con cargo al Fosfec”*.
- Finalmente, el artículo 22 de la misma ley ordena la realización de programas para la atención de las personas que están buscando trabajo o que quieran mejorar sus niveles de empleabilidad, en el marco del Mecanismo de Protección al Cesante, y con cargo al FOSFEC.

De esta suerte, las normas impugnadas contemplan una serie de programas sociales financiados con los recursos del FOSFEC.

5.4. A su turno, el FOSFEC se encuentra conformado íntegramente por las contribuciones parafiscales contempladas en la Ley 21 de 1982 a favor de las cajas de compensación familiar y a cargo de los empleadores, correspondiente al 4% de la nómina de estos últimos.

En efecto, el artículo 6 de la Ley 1636 de 2013 establece que el FOSFEC constituye el componente financiero del Mecanismo de Protección al Cesante, y que se encuentra integrado por dos tipos de recursos: (i) primero, con los recursos del Fondo de Subsidio al Empleo y Desempleo (FONEDE) previstos en el artículo 6 de la ley

⁶¹ El artículo 6 de la Ley 1636 de 2016 establece que *“las fuentes de financiación del mecanismo de protección al cesante serán (...) los recursos del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante (Fosfec) (...)”*.

789 de 2002; (ii) y segundo, con los recursos contemplados en el artículo 46 de la Ley 1438 de 2011. Ambos se refieren a las contribuciones parafiscales establecidas en la Ley 21 de 1982 a favor de las Cajas de Compensación Familiar, y a cargo de los empleadores, correspondiente al 4% de la nómina⁶².

Es así como, con los antecedentes de los decretos legislativos 118 y 249 de 1957, la Ley 21 de 1982 creó el Sistema de Subsidio Familiar, entendido este como un esquema integral de atención a los trabajadores de medianos y menores ingresos, para aliviar las cargas económicas asociadas al sostenimiento de su núcleo familiar. En tal sentido, el artículo 1 de dicha ley estableció que *“el subsidio familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio 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”*.

Según el esquema acogido por el legislador, dichas prestaciones son financiadas por el mismo sector formal de la economía, a través de los pagos que deben hacer los empleadores a las cajas de compensación familiar, correspondiente al 4% de la nómina. En tal sentido, el artículo 7 de la misma Ley 21 de 1982 determina que los aportes para el pago de este subsidio familiar deben ser realizados por *“los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes”*, cancelando, según el artículo 9, *“una suma equivalente al seis por ciento (6%) de sus respectivas nóminas”*, que se destina, según el artículo 12, al pago del subsidio familiar en un porcentaje del 4%, y al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) para la financiación de programas específicos de formación profesional en un 2%⁶³. Por su

⁶² El artículo 6 de la Ley 1636 de 2013 establece lo siguiente: **ARTÍCULO 6o. FINANCIACIÓN DEL MECANISMO DE PROTECCIÓN AL CESANTE Y DEL FONDO DE SOLIDARIDAD DE FOMENTO AL EMPLEO Y PROTECCIÓN AL CESANTE (FOSFEC).** *Las fuentes de financiación del mecanismo de protección al cesante serán:*

1. *Los recursos provenientes del uso voluntario de los aportes a las cesantías.*
2. *Los recursos del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante (Fosfec), el cual a su vez se financiará con los recursos del Fondo de Subsidio al Empleo y Desempleo (Fonede) de que trata el artículo 6o de la Ley 789 de 2002 y los recursos de que trata el artículo 46 de la Ley 1438 de 2011. Estos últimos recursos, se incorporan al Fosfec a partir de la vigencia 2014 en la cuantía equivalente a los aportes a la salud correspondientes a aquellas personas que sean elegidas para ese beneficio, el resto seguirán siendo destinados para los fines establecidos en el artículo 46 de la Ley 1438. A partir del año 2015, esos recursos serán incorporados en su totalidad para financiar el Fosfec y reconocer los beneficios en sus distintas modalidades.*

PARÁGRAFO 1o. *Los programas y subsidios que maneja el Fonede, serán reemplazados por los definidos en el marco del Mecanismo de Protección al Cesante, según lo establezca la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional.*

PARÁGRAFO 2o. *Las Cajas de Compensación Familiar, podrán utilizar recursos del Fosfec para financiar la prestación de servicios de gestión y colocación de empleo y los procesos de capacitación para la población desempleada.*

⁶³ El artículo 7 de la Ley 21 de 1982 establece que *“están obligado a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA):*

1. *La Nación, por intermedio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias.*
2. *Los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios.*
3. *Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, intendencial, distrital y municipal.*
4. *Los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes.*

PARÁGRAFO. *<Parágrafo adicionado por el artículo 181 de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Las Universidades Públicas no están obligadas a efectuar aporte para el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.*

parte, el artículo 15 determina que el primero de estos pagos debe canalizarse a través de las cajas de compensación familiar que funcionen dentro de la localidad donde se causan los salarios⁶⁴.

En la medida en que se trata de un gravamen obligatorio que se establece para su grupo económico y social determinado, en beneficio de este mismo, hoy en día es claro que los aportes que se entregan a las cajas de compensación familiar corresponden a contribuciones parafiscales, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional de manera uniforme en las sentencias C-575 de 1992⁶⁵, C-1173 de 2001⁶⁶, C-015 de 2004⁶⁷, C-855 de 2009⁶⁸, C-658 de 2005⁶⁹, C-655 de 2003⁷⁰, C-307 de 2009⁷¹, C-393 de 2007⁷², C-890 de 2012⁷³, C-629 de 2011⁷⁴ y C-465 de 2014⁷⁵. De hecho, ya desde 1992 se le atribuyó este status jurídico, cuando este tribunal advirtió que *“las cotizaciones de los empleadores son aportes de orden parafiscal, que no son impuestos ni contraprestación salarial. Las cotizaciones que los patronos realizan a las Cajas son aportes obligatorios que se reinvierten en el sector. Todos estos recursos son parafiscales, esto es, una afectación especial que no puede ser destinada a otras finalidades distintas a las previstas en la ley”*⁷⁶.

5.5. Ahora bien. Una fracción de estos recursos son entregados al FOSFEC, por dos vías distintas. Según el artículo 6 de la Ley 1636 de 2013, este fondo se financia con los recursos del Fondo de Subsidio al Empleo y Desempleo (FONEDE) contemplado en el artículo 6° de la Ley 789 de 2002, así como con los recursos contemplados en el artículo 46 de la Ley 1438 de 2011. Según el artículo 6 de la Ley 789 de 2002, *“las fuentes de financiación del mecanismo de protección al cesante serán (...) los recursos del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante (Fosfec), el cual a su vez se financiará con los recursos del Fondo de Subsidio al Empleo y Desempleo (Fonede) de que trata el artículo 6o de la Ley 789 de 2002 y*

Las deudas que las Universidades Públicas hayan adquirido con el SENA por concepto de dichos aportes, serán compensadas mediante el suministro, por parte de las Universidades Públicas, de programas de capacitación según los requerimientos y necesidades del SENA.

<Inciso 3o. derogado por el artículo 52 de la Ley 789 de 2002>

<Inciso 4. derogado por el artículo 52 de la Ley 789 de 2002, en lo tocante a mantener la exoneración del pago al SENA excepto para las Universidades Públicas> Con los recursos liberados, deberán constituir un fondo patrimonial, cuyo rendimientos se destinen exclusivamente a financiar las matrículas de estudiantes de bajos ingresos, cuyos padres demuestren que no tienen ingresos superiores a cuatro salarios mínimos mensuales y a proyectos de educación, ciencia y tecnología.”

⁶⁴ El artículo 15 de la Ley 21 de 1982 establece que *“los empleadores obligados al pago de los aportes para el subsidio familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y los demás con destinación especial, según los artículos 7° y 8° deberán hacerlo por conducto de una Caja de Compensación Familiar que funcione dentro de la ciudad o localidad donde se causen los salarios o de la Caja más próxima dentro de los límites de los respectivos departamentos, intendencias o comisarías.// Cuando en las entidades territoriales antes mencionadas no exista Caja de Compensación familiar, los pagos se verificarán por intermedio de una que funcione en la división política territorial más cercana”*.

⁶⁵ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁶ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁷ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁸ M.P. Mauricio González Cuervo.

⁶⁹ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁷⁰ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁷¹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁷² M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷³ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁷⁴ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷⁵ M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁷⁶ Sentencia C-575 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

los recursos de que trata el artículo 46 de la Ley 1438 de 2011. Estos últimos recursos, se incorporan al Fosfec a partir de la vigencia 2014 en la cuantía equivalente a los aportes a la salud correspondientes a aquellas personas que sean elegidas para ese beneficio, el resto seguirán siendo destinados para los fines establecidos en el artículo 46 de la Ley 1438. A partir del año 2015, esos recursos serán incorporados en su totalidad para financiar el Fosfec y reconocer los beneficios en sus distintas modalidades.”⁷⁷

El primero de estos preceptos, que determina la composición del FONEDE, establece que este fondo se encuentra integrado por los recursos destinados por las Cajas de Compensación Familiar para el apoyo al empleo y para la protección del desempleado, y que, para estos efectos, las *“las cajas apropiarán de los recursos del fondo, por cada beneficiario de los programas de subsidio familiar de que trata la presente ley, un monto per cápita que será definido en enero de cada año por la Superintendencia de Subsidio, de acuerdo con los beneficios que se deben otorgar, en concordancia con la presente ley”*. Como puede advertirse, el FONEDE se encuentra integrado por recursos provenientes del sistema de subsidio familiar, financiado por los aportes parafiscales del sector empleador – trabajador contemplados en la Ley 21 de 1982.

Por su parte, el artículo 46 de la Ley 1438 de 2001 determina que un 25% de la contribución parafiscal establecida en la Ley 21 de 1982 a favor de las Cajas de Compensación Familiar, debe destinarse a la atención de acciones de promoción y prevención dentro de la estrategia de Atención Primaria en Salud y en la unificación de los Planes de Beneficios, los cuales, además, deben ser administrados directamente por las Cajas de Compensación Familiar.

Así pues, ambas fuentes de financiación del FOSFEC proceden de los recursos parafiscales contemplados en la Ley 21 de 1982, a cargo de los empleadores, y en beneficio de sus trabajadores de medianos y menores ingresos.

5.6. Partiendo de lo anterior, la Sala concluye que los recursos sobre los cuales recaen las medidas legislativas impugnadas en este proceso judicial, se refieren a contribuciones parafiscales, y que, por tanto, están sujetos a las exigencias que se derivan de los principios de reserva de ley en materia tributaria y de destinación sectorial.

6. Los criterios para evaluar la exigencia de la definición del destino de las contribuciones parafiscales por vía legislativa

6.1. La primera controversia planteada en este proceso se refiere al alcance del principio de reserva de ley en materia tributaria, en el escenario de las contribuciones parafiscales. Tanto el accionante y los intervinientes que solicitan la declaratoria de inexecutable de las normas demandadas, como aquellos que solicitan la declaratoria de executable, reconocen que la vocación de estos recursos debe

⁷⁷ Debe aclararse que aunque el artículo 6 de la Ley 789 de 2002 establece que el Mecanismo de Protección al Cesante se financia con los aportes voluntarios a las cesantías, además de los recursos del FOSFEC, en el presente proceso judicial el debate recae sobre las normas que alteran el destino de este último fondo, constituido integralmente con aportes parafiscales.

establecerse por vía legislativa.

Sin embargo, unos y otros discrepan sobre el alcance de esta exigencia: el demandante considera que esta no queda satisfecha cuando la ley únicamente fija un parámetro general a la luz del cual el Ejecutivo puede configurar el destino de estos recursos, pues se trata de un elemento esencial de las contribuciones parafiscales que deben quedar comprendido bajo el principio de reserva de ley. Los intervinientes que avalaron la medida legislativa estiman, por el contrario, que el imperativo constitucional queda satisfecho cuando el legislador fije un objetivo general, y que bajo esta perspectiva, el alcance preciso de este último puede ser concretado por el Ejecutivo en desarrollo de su facultad reglamentaria.

En este contexto, corresponde a la Corte determinar el alcance de esta exigencia.

6.2. El fundamento de este principio es doble.

De una parte, los recursos obtenidos con el tributo tienen la doble condición de ser recursos públicos y de no hacer parte del Presupuesto General de la Nación. Por tratarse de recursos públicos, su recaudo, manejo y destino debe encontrarse normado, para garantizar su integridad. Sin embargo, como al mismo tiempo, en principio y como regla general estos no hacen parte del Presupuesto General de la Nación porque tienen por objeto la provisión de bienes públicos sectoriales, su régimen de administración no se encuentra sujeto al Estatuto Orgánico del Presupuesto, y por ende, al no existir un referente normativo de carácter estatutario que determine las reglas para su manejo, resulta imperioso que la ley que crea cada uno de estos tributos, determine también su vocación y su esquema de administración.

Por otro lado, en su condición de tributo, sus elementos esenciales deben ser establecidos directamente por los órganos de representación popular, en virtud del principio de reserva de ley establecido en los artículos 150 y 338 de la Carta Política. A su turno, como en el caso específico de las contribuciones parafiscales la destinación sectorial constituye un componente esencial de las mismas, ya que estas se caracterizan por gravar un segmento económico específico, pero en su propio beneficio, su finalidad, objeto y esquema de administración constituyen un asunto vinculado a la esencia misma de las contribuciones, y no un aspecto accesorio o de segundo orden.

En función de estas dos consideraciones, el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto prescribe expresamente que, con respecto a este tributo *“el manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten del ejercicio contable”*. Así pues, el artículo 29 de EOP no hizo más que positivizar una exigencia que está dada por la naturaleza de estos recursos, y despeja cualquier duda sobre la necesidad de que sean las corporaciones de elección popular las que definan su objeto. Se trata entonces de aspectos medulares del sistema fiscal, que deben ser objeto de desarrollo legal.

Asimismo, según los artículos 150 y 338 de la Carta Política, los órganos de representación popular deben fijar directamente los elementos esenciales de los tributos, siendo uno de estos, en el caso de las contribuciones parafiscales, la destinación sectorial. Así, el artículo 150.12 de la Constitución establece que el Congreso debe, a través de las leyes, *“establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y las condiciones que establezca la ley”*. Por su parte, el artículo 338 prescribe que *“en tiempos de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales y parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos”*.

6.3. Por las dos razones anteriores, en distintos escenarios la Corte ha reconocido y reiterado la exigencia anterior.

Precisamente, en la sentencia C-298 de 1998⁷⁸ la Corte evaluó la constitucionalidad del aparte del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto según el cual *“el manejo, administración y ejecución de recursos parafiscales se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la Ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella”*. Este tribunal concluyó que esta exigencia es consecuente con la naturaleza de estos tributos, teniendo en cuenta que no afectan genéricamente a todas las personas con igual capacidad de pago, sino sólo a un sector económico o social determinado, y que, en razón de los principios de equidad e igualdad tributaria, resulta imperioso que *“la ley que las regula establezca la destinación sectorial de los beneficios de la cuota, por lo cual la Corte ha considerado ‘las normas que las crean y regulan deben establecer inequívocamente el segmento de población que será gravado con ellas, la destinación que se les dará, y el organismo que será encargado de su recaudo y ejecución, siendo de obligatorio acogimiento cada una de estas determinaciones’*”. Asimismo, la Corte aclaró que pese a que la redacción del artículo 29 del EOP podría sugerir que el legislador no puede alterar la finalidad de las contribuciones establecida en la ley que creó el correspondiente tributo, en realidad sí puede hacerlo, siempre que preserve su vocación sectorial.

Este entendimiento se ha mantenido de manera pacífica a lo largo del tiempo, sobre la base de que, en el caso de este tipo de tributos, su esquema de administración y ejecución está vinculado a su propia naturaleza: *“La determinación del alcance del principio de reserva legal debe establecerse en función de cada tributo, teniendo en cuenta su naturaleza, especificidades y racionalidad intrínseca. Y en este caso, por principio y por definición constitucional, las contribuciones parafiscales son el resultado de gravámenes impuestos, no a la colectividad en su conjunto, sino a un segmento social y económico determinado, pero en su propio beneficio, es decir, destinado a la atención de las necesidades sectoriales, por lo cual debe existir una identidad entre el sujeto pasivo del tributo y los beneficiarios de los recursos que se obtengan con éste (...) en este contexto la ley debe identificar (...) la forma de administrar los dineros que se recauden por esa vía (...) De este modo, el manejo, recaudo, administración y ejecución de los recursos parafiscales constituyen elementos esenciales del referido tributo, y por tanto, están sujetos al principio de*

⁷⁸ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

reserva legal.”⁷⁹. En diferentes contextos la Corte ha seguido esta misma línea, y ha utilizado esta regla como referente del juicio de constitucionalidad, tal como consta en las sentencias C-178 de 2016⁸⁰, C-585 de 2015⁸¹ y C-644 de 2016⁸².

6.4. Atendiendo a esta exigencia, las leyes que han creado contribuciones parafiscales, se han encargado también de definir en términos claros, unívocos y precisos, la vocación de estos recursos. Este el caso de las normatividades que crearon los fondos parafiscales del sector agrícola: la Ley 9 de 1991 respecto del sector cafetero, la Ley 67 de 1983 respecto del sector arrocerero, cerealista y cacaoero, la Ley 40 de 1990 respecto del sector panelero, la Ley 89 de 1993 respecto del sector ganadero, la Ley 117 de 1994 respecto del sector avícola, la Ley 118 de 1994 respecto del sector hortifrutícola, la Ley 138 de 1994 respecto del sector palmero, la Ley 219 de 1995 respecto del sector algodónero, las leyes 623 de 2000 y 1500 de 2011 respecto del sector porcícola, la Ley 524 de 1999 frente al sector tabacalero, las leyes 686 de 2001 y 1758 de 2015 respecto del sector cauchero, y la Ley 1707 de 2014 frente al sector papero.

Respecto de todas estas contribuciones del sector agrícola, las mencionadas normatividades han determinado las actividades específicas a las que deben quedar afectados los recursos obtenidos con tales tributos. Así, la Ley 219 de 1995 establece que la cuota de fomento algodónero debe ser utilizada para adelantar proyectos y programas de investigación y transferencia de tecnología para la producción sostenible de algodón, orientados a mejorar optimizar la producción y la productividad y a mantener la competitividad, así como a la capacitación en áreas relacionadas con las tecnologías de producción, desmote y procesamiento de la fibra y semilla de algodón. En un sentido semejante, la Ley 117 de 1994 determinó que la cuota de fomento avícola debe ser destinada a la financiación de programas de investigación y transferencia de tecnología, asistencia técnica, sanidad animal, capacitación y estudios económicos, acopio y difusión de información, promoción del consumo y de las exportaciones, la estabilización de precios y asistencia técnica a pequeños avicultores. Dentro de esta misma se encuentran las demás normatividades que crearon contribuciones parafiscales para los subsectores agrícolas.

6.5. Ahora bien, aunque es indiscutible que el principio de reserva de ley se extiende a la definición de la destinación de los recursos obtenidos con las contribuciones parafiscales, existen discrepancias sobre el alcance de esta exigencia. Mientras algunos sostienen que el legislador debe acotar claramente la naturaleza y el objeto de los programas y actividades a los que se deben destinar estos recursos, así como el universo de destinatarios, otros afirman que el deber del Congreso se satisface fijando una directriz general sobre la finalidad a la que deben atender estos recursos, siendo el Ejecutivo el encargado de precisar estas pautas globales. Así las cosas, se deben identificar los criterios para determinar el alcance del principio de reserva de ley en el escenario concreto de la definición de la destinación de las contribuciones parafiscales.

⁷⁹ Sentencia C-644 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁸⁰ M.P. María Victoria Calle Correa.

⁸¹ M.P. María Victoria Calle Correa.

⁸² M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Sobre este punto, este tribunal ha establecido que, en función del principio de reserva de ley, el legislador debe individualizar al menos el sector que resulta beneficiado con los recursos, así como la naturaleza de las actividades y programas a desarrollar. De este modo, cuando el Congreso se abstiene de señalar uno de estos dos elementos, o cuando lo hace en términos ambiguos o vagos y no es posible resolver esta indeterminación, de suerte que su concreción termina por recaer integralmente en el Ejecutivo, se transgrede este principio: *“las normas que crean [las contribuciones parafiscales] deben establecer, inequívocamente, el segmento de población que será gravado con ellas, la destinación que se les dará, y el organismo que se encargará de su recaudo y ejecución, siendo de obligatorio acogimiento cada una de estas determinaciones”*⁸³.

Con arreglo a esta directriz general, este tribunal ha evaluado la constitucionalidad de diferentes disposiciones legales que han determinado la vocación de las contribuciones parafiscales.

En la sentencia C-178 de 2016⁸⁴, por ejemplo, la Corte evaluó la validez de las normas que, para atender los pasivos pensionales en el sector hotelero, ordenaron la entrega de los recursos del Fondo Nacional de Turismo (FONTUR) *“provenientes de la contribución parafiscal del turismo que sean asignadas al fondo para atender las obligaciones laborales y pensionales del sector hotelero”*. En su momento, este tribunal declaró la inconstitucionalidad de esta medida, al considerar, entre otras cosas, que la vocación prevista en la Ley 1753 de 2015 estaba planteada en términos vagos y ambiguos, de modo que no resultaba posible establecer el destino que tendrían tales recursos. Así, el título y el párrafo del artículo 1º de la citada ley parecían sugerir que las contribuciones podrían ser destinadas al pago del pasivo pensional, pero el numeral 5º se refería no sólo al pasivo pensional sino también al pasivo laboral del sector turístico. Asimismo, la norma establecía que el nuevo objeto del tributo sería transitorio, y que la entrega de recursos para esta finalidad sería “limitada”, pero sin precisar el tiempo durante el cual se produciría esta afectación, ni la dimensión de la alteración: *“Ambigüedad acerca de las obligaciones que serían cubiertas por el cambio de destinación: los enunciados objeto de control, en un comienzo, se refieren a un fondo para el pago del pasivo ‘pensional y laboral’, mientras que en el párrafo habla solo de ‘pasivo pensional’.* Así, una interpretación posible y razonable es que la intención del legislador es cubrir tanto acreencias laborales como pensionales, en tanto que una segunda interpretación, también plausible, limita su alcance al pago de acreencias laborales (...) De acuerdo con el párrafo del artículo 15 del PND 2014-2018, los recursos objeto de la nueva destinación de la contribución parafiscal de fomento al turismo, serán ‘limitados’ y ‘transitorios’. Sin embargo, el Congreso de la República no definió en esta norma, ni en otras del Plan Nacional de Desarrollo, la forma en que se debe calcular el monto a transferir, de donde se infiere que la limitación está en manos de la administración. De otra parte, habla de que estos recursos se transferirán temporalmente hasta el ‘fondeo’ necesario para el cumplimiento del fin propuesto. Este límite adolece de vaguedad, pues no constituye un término objetivo, y estos aspectos de la regulación son relevantes”.

⁸³ Sentencia C-298 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁴ M.P. María Victoria Calle Correa.

Una aproximación semejante se encuentra en la sentencia C-298 de 1998⁸⁵, en la que Corte estudió la constitucionalidad de la disposición que fijó la finalidad de los aportes sobre las nóminas de los empleados destinados al SENA, determinando que, del total de recursos obtenidos por este concepto, la entidad debía destinar un 20% para programas de competitividad y desarrollo tecnológico productivo. Habiéndose cuestionado esa disposición por haber alterado la afectación establecida originalmente por el legislador, este tribunal consideró infundada la acusación del demandante, al considerar, primero, que el principio de reserva de ley no impedía al Congreso variar el destino de una contribución, siempre que se preservase la destinación sectorial, y segundo, que en el caso particular se había establecido una pauta concreta y específica sobre la forma en que debían ser manejado el tributo y la finalidad que se perseguía con esta afectación.

6.6. Como puede advertirse, la regla que subyace a las decisiones de este tribunal es que el principio de reserva de ley exige que el legislador indique la vocación de las contribuciones parafiscales, deber que se satisface cuando se imparte una directriz material específica que acote, primero, el universo de destinatarios de los recursos obtenidos con el tributo, y segundo, la naturaleza y el contenido de los beneficios otorgados al sector gravado.

7. El alcance de la exigencia de destinación sectorial de las contribuciones parafiscales

7.1. El segundo debate se refiere al alcance de la exigencia de dar una destinación sectorial a los recursos obtenidos con las contribuciones parafiscales. Aunque es claro que estos tributos deben ser afectados al mismo sector económico del cual provienen los recursos, existen discrepancias sobre el alcance de este requerimiento. Para los accionantes y los intervinientes que solicitaron la declaratoria de inexecutable de la medida legislativa, la coincidencia entre el sector gravado y el sector beneficiado con los recursos obtenidos con el gravamen debe ser plena, clara y directa, y debe poder ser establecida a partir de criterios objetivos, mientras que para quienes solicitaron la declaratoria de executable la vocación exigida por la Constitución es abierta y flexible, contando el legislador con un amplio margen de maniobra para configurar esta afectación, e incluso, para establecer que el beneficio sectorial sea indirecto y mediato.

De acuerdo con esto, corresponde a este tribunal determinar el fundamento, el alcance y los criterios de valoración del principio de intrasectorialidad de las contribuciones parafiscales.

7.2. Según se explicó anteriormente, estos tributos gravan un sector económico y social determinado, pero en su propio beneficio, pues a la luz de los principios de equidad y de igualdad, no sería posible imponer una carga tributaria a un sector de la población y dejar de hacerlo respecto de las demás personas que tienen su misma capacidad económica, para financiar políticas y programas estatales de alcance general o en beneficio de otros sectores. Por ello, el artículo 29 del Estatuto Orgánico

⁸⁵ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

del Presupuesto establece que *“son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector”*.

Así pues, la lógica que subyace a esta modalidad de tributación es que, en razón de los principios de equidad e igualdad, la condición para poder gravar a un grupo social o económico determinado y específico, sin hacer extensivo el gravamen a todas las personas que se encuentran en la misma posición económica, es que los recursos obtenidos por esta vía con este tributo se orienten a la satisfacción de las necesidades del segmento en el que recae la carga tributaria.

En razón de este principio, este tribunal ha concluido en distintos escenarios, primero, que no es posible gravar un grupo poblacional determinado para financiar las políticas generales del Estado, y, segundo, que los recursos extraídos deben ser revertidos al mismo sector del que provienen: *“La parafiscalidad se basa en la pretensión básica de que los sujetos gravados, en últimas, terminan siendo los sujetos beneficiados con el gravamen. Violaría la equidad del sistema tributario, que la parafiscalidad se construyera a partir del sacrificio de personas o grupo que no se conciben en la ley que la instituye como sujetos beneficiarios de la misma”*⁸⁶. Esta misma línea ha sido acogida en las sentencias C-228 de 1993⁸⁷, C-1173 de 2001⁸⁸, C-644 de 2016⁸⁹, C-298 de 1998⁹⁰, C-178 de 2016⁹¹ y C-959 de 2007⁹².

7.3. Asimismo, atendiendo a esta exigencia, el legislador ha diseñado diferentes mecanismos para asegurar la vocación sectorial de las contribuciones parafiscales. Así, los subsectores agrícolas, ejemplos paradigmáticos de esta modalidad de tributación, han apelado a este mecanismo para garantizar la provisión de bienes sectoriales, bajo el entendido de que debe existir una coincidencia entre el segmento gravado y el segmento beneficiado con los recursos obtenidos por este mecanismo. La Ley 1707 de 2014, por ejemplo, creó la denominada “Cuota de Fomento de la Papa” *“como una contribución de carácter parafiscal agropecuario, impuesta por razones de interés general, para el beneficio de sus contribuyentes”* (art. 5), y, en particular, para financiar los procesos para la organización de la cadena de producción y de comercialización de este producto, para la regulación de la oferta y la demanda y para proteger a los productores frente a las oscilaciones en el precio en el mercado, para la creación e implementación de planes, programas y proyectos de innovación, investigación y transferencia de tecnología, para optimizar los controles fitosanitarios y el proceso de producción en general, y para adelantar planes, programas y proyectos orientados a la protección y la recuperación del entorno natural en el que se cultiva este producto. La Cuota de Fomento Ganadero y Lechero prevista en la Ley 89 de 1993 fue creada para promover la comercialización de la leche y la carne, el apoyo a la exportación de ganado, carne y leche, la financiación de infraestructura física y social complementaria, la investigación científica y tecnológica, la asistencia técnica y la transferencia de tecnología, y el

⁸⁶ Sentencia C-253 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸⁷ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁸⁸ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁸⁹ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁹⁰ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁹¹ M.P. María Victoria Calle Correa.

⁹² M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

diseño e implementación de sistemas eficiencias de producción y comercialización. Una orientación semejante se encuentra en las leyes 9 de 1991, 67 de 1983, 40 de 1990, 89 de 1993, 117 de 1994, 118 de 1994, 138 de 1994, 219 de 1995, 623 de 2000, 1500 de 2001, 524 de 1999, 686 de 2001, 1758 de 2015 y 1707 de 2014, respecto de los distintos subsectores agropecuarios.

Asimismo, las leyes 300 de 1996 y 1101 de 2006 crearon una contribución parafiscal para diferentes actores y promotores del sector turístico, contribución con la cual se financian, entre otras cosas, la ejecución de proyectos de competitividad, promoción y mercadeo para incrementar el turismo interno y receptivo, así como la prevención y la erradicación de turismo sexual con menores de edad.

7.4. No obstante que no hay duda sobre la existencia de esta pauta general, en el presente proceso judicial se evidencian discrepancias sobre su alcance específico. Mientras algunos intervinientes afirman que el Congreso tiene amplias potestades para calificar el destino sectorial dado a las contribuciones parafiscales, y que además este beneficio puede ser indirecto y mediato, otros sostienen que debe existir una coincidencia objetiva entre el segmento económico gravado y el universo de beneficiarios de los recursos obtenidos con el gravamen.

Teniendo en cuenta las dificultades para determinar si la afectación dada a las contribuciones parafiscales atiende a la exigencia de destinación sectorial, este tribunal ha fijado una serie de criterios orientadores, que se explican a continuación:

7.4.1. En primer lugar, como lo que este principio exige es que los recursos obtenidos con el tributo sean afectados en beneficio del grupo o sector gravado, no resulta indispensable que estos se entreguen directamente y en la forma de una contraprestación individual a cada una de las personas que integran el correspondiente grupo, ni que esta contraprestación sea directamente proporcional al aporte efectuado, sino únicamente que los recursos sean destinados a la satisfacción de las necesidades del sector, considerado globalmente.

De allí que dentro del amplio margen de configuración con el que cuenta el legislador, este puede ordenar que el dinero recaudado sea afectado a la provisión de bienes públicos sectoriales, como ocurre de ordinario con las contribuciones parafiscales de los distintos subsectores agropecuarios del que cada individuo podría, eventualmente, y de manera indirecta, obtener una ventaja o un provecho económico: apoyo a la investigación para la adopción de nuevas tecnologías de producción, el mejoramiento genético de los productos o conocimiento y promoción de sus atributos nutricionales, la búsqueda de nuevos mercados, la promoción de las exportaciones, o la estabilización de precios de exportación. Se trata de bienes públicos netamente sectoriales, que, aunque no proveen a los sujetos gravados, considerados individualmente, una contraprestación económica directa por el tributo, sí proporcionan un beneficio al grupo económico o social.

De igual modo, estas contribuciones también pueden ser utilizadas para brindar asistencia y beneficios individuales a los miembros que integran el respectivo grupo social y económico, a partir de criterios de solidaridad en la redistribución de la riqueza.

La tesis anterior fue expuesta claramente en el escenario del Subsidio Familiar, cuya financiación proviene de las contribuciones que tienen origen en la relación laboral correspondiente al 4% de la nómina del empleador. Aunque la normatividad respectiva fue cuestionada porque gravaba a los empleadores sin retribuirles directamente por este aporte ni tampoco a los trabajadores, la Corte concluyó en la sentencia C-1773 de 2001⁹³ que estos señalamientos resultaban infundados. En efecto, las acusaciones se basaron en el falso supuesto de que este tipo de gravámenes generan una especie de derecho individual en favor de la persona que tiene a cargo el tributo, cuando, en realidad, lo que se persigue es financiar programas, planes y actividades en beneficio del sector respectivo. Y en este orden de ideas, el que los pagos efectuados por los empleadores no sean retribuidos directamente a estos mismos y en proporción al aporte, sino que se traduzca en una serie de beneficios a los trabajadores y de su núcleo familiar, especialmente, a los de menores ingresos, no desconoce el principio de destinación sectorial, máxime cuando de la relación laboral resultan beneficiadas ambas partes. Y sobre esta base la Corte declaró la constitucionalidad de las normas que establecieron el contenido del Subsidio Familiar.

En tal sentido, y siguiendo los lineamientos de la sentencia C-183 de 1997⁹⁴, en la sentencia C-1173 de 2001 la Corte sostuvo que, *“en su condición de rentas parafiscales, los recursos del subsidio familiar no generan una contraprestación individual para sus destinatarios, sino todo lo contrario, para el sector o grupo económico al que ellos pertenecen (...) no es una característica de la parafiscalidad la de que los sujetos pasivos de la contribución sean exactamente y de manera individual quienes reciban los beneficios de la reinversión de los recursos captados. La correspondencia que exige la parafiscalidad se establece entre sectores, no entre personas, de lo cual resulta que lo esencial no es que el contribuyente individualmente considerado reciba una retribución directa y proporcional al monto de su contribución, sino que el sector que contribuye se simultáneamente aquel que se favorece con la destinación posterior de lo recaudado’ (...) de ahí que la jurisprudencia haya llegado a afirmar que en relación con este beneficio, el trabajador no tiene un derecho subjetivo adquirido sino solamente un ‘interés legítimo’ (...) Por lo tanto, lo esencial no es que el beneficiario del subsidio familiar individualmente considerado reciba una retribución directa y proporcional al monto de su contribución, como lo plantea equívocamente el actor, sino que los recursos captados de los empleadores, dada su naturaleza pública, sean reinvertidos en beneficio de todos los trabajadores, entendidos éstos como una sola colectividad.”*

7.4.2. En segundo término, aunque el legislador cuenta con un amplio margen de maniobra para configurar la destinación sectorial de las contribuciones parafiscales, y aunque no es necesario que los sujetos gravados reciban una contraprestación directamente proporcional al monto de los recursos entregados individualmente, en cualquier caso, este beneficio debe ser concreto, individualizable, y debe representar un beneficio objetivo y directo al conjunto de actores que resultan gravados. Por ello, estos recursos no pueden servir para financiar las políticas gubernamentales, los

⁹³ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹⁴ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

objetivos generales del Estado o de grupos económicos y sociales ajenos al que fue gravado.

En función de este criterio, en diferentes oportunidades la Corte ha declarado la inexecutable de disposiciones legales que, al crear una contribución parafiscal, la destinan a objetivos que no representan un beneficio concreto, cierto y directo al sector gravado.

Este es el caso, por ejemplo, de la sentencia C-152 de 1997⁹⁵, en la que este tribunal evaluó la constitucionalidad de las normas que extendieron las contribuciones parafiscales de origen agropecuario y pesquero a las importaciones de tales productos. Según explicó este tribunal, la falencia del legislador se produjo porque al ampliar el gravamen a los importadores, que no integran el sector productivo, estos no podrían beneficiarse de los proyectos y programas que se financian con tales contribuciones, y, con fundamento en esta consideración, declaró la inexecutable de la medida legislativa. Como puede advertirse, la base decisional del fallo fue la inexistencia de la coincidencia entre el grupo gravado y el grupo beneficiado con los recursos extraídos de aquel, en el contexto de los diferentes subsectores agropecuarios, así como la inexistencia de una contraprestación sectorial concreta e individualizable para los importadores de productos agropecuarios.

Bajo este mismo criterio, en la sentencia C-178 de 2016⁹⁶ se declaró la inconstitucionalidad de la disposición legal que ordenó que los recursos del FONTUR, integrado con las contribuciones parafiscales extraídas de los operadores del sector turístico, fuesen utilizados para financiar las obligaciones laborales y pensionales de un segmento limitado, específico y concreto del sector hotelero, aunque de manera transitoria y limitada. La Corte concluyó que no solo esta vocación se había configurado en términos vagos y ambiguos, sino que, además, esta no representaba un beneficio para el conjunto de aportantes de la contribución al turismo, sino únicamente a un número limitado y estrecho de hoteles que fueron declarados de interés cultural como resultado de procesos de extinción de dominio, y posteriormente dados en concesión. Y, en contraste, la contribución gravaba a una multiplicidad de actores económicos que no obtendrían ninguna utilidad, ni siquiera indirecta, con el pago de los pasivos pensionales. Así pues, centros vacacionales, viviendas turísticas, agencias de viajes y de turismo, agencias operadoras, empresas dedicadas a la operación de canotaje, escalada, parapente, buceo y deportes náuticos, operadores de ferias y convenciones, operadores, desarrolladores e industriales en zonas francas, bares y restaurantes turísticos, balnearios con fines terapéuticos y medicinales, parques temáticos, empresas operadoras de chivas, entre muchos otros, serían gravados, sin recibir ningún beneficio como operadores del sector turístico. Constatada la discordancia entre los actores económicos gravados y el grupo que resultaría beneficiado con la medida legislativa, la Corte concluyó que no era constitucionalmente admisible establecer una carga tributaria a cargo de una gran cantidad de actores relacionados con el sector turismo, para financiar las deudas de una pequeña facción de estos, que incluso podrían llegar a ser los competidores directos de los actores gravados.

⁹⁵ M.P. Jorge Arango Mejía,

⁹⁶ M.P. María Victoria Calle Correa.

Por el contrario, cuando este tribunal ha encontrado que la vocación dada a los recursos representa un beneficio claro, cierto y directo al sector gravado, ha declarado la exequibilidad de la medida legislativa. Así aconteció, por ejemplo, en la sentencia C-228 de 2009⁹⁷, en la que se evaluó la validez de las normas que crearon la contribución parafiscal al sector turístico. Aunque el accionante cuestionó la destinación sectorial del tributo al considerar que la amplitud y heterogeneidad de actores económicos gravados impedía estructurar un conjunto de actividades, planes y programas en beneficio de todos estos, la Corte constató que aunque efectivamente el sector gravado era amplio y heterogéneo, la configuración legal había atendido a estas especificidades y particularidades del grupo, garantizando un beneficio concreto, individualizable y directo para este conglomerado.

En particular, la Corte argumentó que las leyes 300 de 1996 y 1101 de 2006 no sólo establecieron directrices materiales que, al atender a la naturaleza heterogénea y amplia del grupo obligado a pagar la contribución, aseguraban la utilidad y el beneficio sectorial, sino que también diseñaron mecanismos de orden institucional para garantizar el beneficio del sector turístico, considerado globalmente. Con respecto a lo primero, la Corte destacó que durante el proceso de aprobación de la Ley 1101 de 1996 se pusieron en evidencia diferentes estudios empíricos que demostraron que el crecimiento del turismo impulsado con la contribución parafiscal creada en el año 1996, había reportado beneficios directos para los actores gravados, como hoteles, agencias de viaje y restaurantes, de suerte que, pese a la heterogeneidad del grupo gravado se mantenía la destinación sectorial. Y con respecto a lo segundo, la Corte argumentó que la estructura institucional favorecía la representación de los distintos actores del sector turístico, y que por esta vía permitía canalizar los recursos obtenidos con las contribuciones parafiscales en beneficio de todos estos.

Asimismo, en la sentencia C-307 de 2009⁹⁸ la Corte evaluó la constitucionalidad de las normas que establecieron la obligación del SENA de destinar la cuarta parte de los recursos del 20% de los aportes sobre las nóminas de que trata el artículo 16 de la Ley 344 de 1996, a la investigación aplicada, la innovación, el desarrollo tecnológico, la apropiación pública de la ciencia la tecnología y la innovación, mediante convenios con una entidad distinta, Colciencias. El accionante consideró que esta norma desconocía la vocación sectorial de las contribuciones parafiscales, en tanto, a su juicio, con la entrega de recursos del SENA a Colciencias, *“esta última entidad los debe invertir de manera general en sus programas de ciencia, tecnología e investigación, lo cual beneficio no sólo a unos pocos empresarios del país, sino principalmente a otros sectores como las universidades que están exentas del pago de aportes al SENA, las academias, los tecno parques, los investigadores”*. La Corte desechó los cargos, pero sobre la base de que la norma debía entenderse en el sentido que los recursos captados por COLCIENCIAS debían ser destinados al mismo grupo de personas que resultarían beneficiados con la contribución parafiscal, y que para este efecto esta entidad debía firmar los convenios y los acuerdos que fuesen necesarios para la consecución de este objetivo.

7.4.3. Finalmente, y sin perjuicio de lo anterior, aunque los recursos obtenidos con

⁹⁷ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁹⁸ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

las contribuciones deben ser destinados al mismo sector gravado, lo anterior no obsta para que las actividades, programas y proyectos pueden beneficiar a otros grupos económicos y sociales, aunque de manera consecuencial e indirecta: *“La destinación exclusiva en favor del grupo, gremio o sector que tributa los recursos parafiscales, no impide que se beneficien personas que no pertenecen a él. Es lo que ocurre con las inversiones del Fondo Nacional del Café (...) los habitantes de las zonas cafeteras, ya vivan en campos o en ciudades o aldeas, lo mismo que los dueños de predios ubicados en tales zonas pero no dedicados al cultivo del café, reciben los beneficios de las obras hechas por los cafeteros aunque no están gravados por esta contribución parafiscal. Pero esto es lógico e inevitable: sería absurdo y odioso, y a veces imposible, impedir que personas no contribuyentes se beneficiaran de estas obras (...) sin embargo, esto no desvirtúa el principio de la destinación en beneficio de los productores de café (...)”*⁹⁹.

7.5. De esta manera, en virtud de la vocación sectorial de las contribuciones parafiscales, los recursos obtenidos a través de este tributo deben orientarse a financiar programas, proyectos y actividades que representen un beneficio claro, cierto y directo para el sector que se encuentra gravado con el respectivo tributo, sin perjuicio de que, de manera consecuencial e indirecta, pueda reportar alguna utilidad o provecho para todo el conglomerado social, o a otros segmentos poblacionales.

8. Análisis de los cargos

8.1. Teniendo en cuenta el marco anterior, pasa la Corte a evaluar la constitucionalidad de los preceptos demandados, a la luz de los principios de reserva de ley en materia tributaria y de destinación sectorial, partiendo de la premisa, ya establecida en los acápites precedentes, de que la utilización de estos dos referentes normativos como parámetros del juicio de constitucionalidad se explica porque las disposiciones impugnadas fijan el destino de los recursos del FOSFEC que, por provenir de las contribuciones parafiscales previstas en la Ley 21 de 1982 a cargo de los empleadores, y canalizadas a través de las cajas de compensación familiar, se encuentran gobernadas por el principio de reserva de ley en materia tributaria y por el mandato de destinación sectorial.

A partir de este análisis, la Sala concluirá que las disposiciones impugnadas desatienden las exigencias constitucionales anteriores. Primero, cuando el legislador varió la vocación de los recursos que integran el FOSFEC establecida originalmente en la Ley 1636 de 2013, delegó en el Ejecutivo la potestad para determinarla discrecionalmente, a partir de unos objetivos abiertos e indeterminados que no fijan ni la naturaleza de los programas y actividades que deben ser financiados con estos recursos, ni el universo de destinatarios de tales proyectos. Pero además, la norma demandada permite utilizar el fondo en favor de grupos económicos y sociales diferentes a los que fueron gravados con la respectiva contribución, rompiendo con la coincidencia que debe existir entre el sector gravado y el sector destinatario del tributo.

La confluencia de estas dos circunstancias provoca la vulneración del principio de

⁹⁹ Sentencia C-152 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía.

reserva de ley consagrado en los artículos 150.12 y 338 de la Carta Política y del artículo 29 de la Estatuto Orgánico del Presupuesto, así como del principio de intrasectorialidad de las contribuciones parafiscales establecida en este último artículo.

8.2. Desde la perspectiva del *principio de reserva de ley*, tanto el artículo 77 de la Ley 1753 de 2015 como los artículos 9, 10, 13 y 22 de Ley 1780 de 2016 habilitaron al Ejecutivo para determinar la forma en que deben ser utilizados los recursos del FOSFEC.

La habilitación anterior se produce por tres vías:

Primero, en el artículo 77 de la Ley 1753 de 2015 se faculta al gobierno nacional para “*disponer anualmente recursos del FOSFEC*” para fines generales como el estímulo del empleo y el emprendimiento o la eliminación de las barreras de acceso al mercado laboral; bajo esta primera modalidad de intervención, el gobierno nacional puede extraer los recursos del FOSFEC para invertirlos en los programas sociales anteriores que las mismas instancias gubernamentales estructuran y ejecutan, y que por estar asociados a objetivos de metas generales, pueden tener el más diverso contenido, alcance y beneficiarios.

Segundo, en el párrafo 2° del artículo 9 de la Ley 1780 de 2015 se establece la obligación de las cajas de compensación familiar de hacer diversos tipos de inversiones en las zonas rurales y de posconflicto, según los lineamientos establecidos directamente por vía reglamentaria por el gobierno nacional. A diferencia del esquema anterior, las cajas de compensación no entregan al Ejecutivo los recursos del FOSFEC, sino que lo ejecutan en los programas creados unilateral y discrecionalmente por aquel en los territorios rurales y de posconflicto, y que pueden estar asociados a fines y objetos tan distintos como la construcción de obras de infraestructura, el fomento de actividades agropecuarias, o la realización de programas de asociatividad.

Finalmente, en el inciso 1° del artículo 9 y en los artículos 11, 13 y 22 se amplía el alcance del Mecanismo de Protección al Cesante mediante la incorporación nuevos componentes, pero se establece que su contenido debe ser determinado por el gobierno nacional por vía reglamentaria. Es así como a través de dicho mecanismo deben financiarse las prácticas laborales, la judicatura y la docencia en el área de la salud de la población joven (párrafo 3° del artículo 13), los beneficios y las herramientas para “*todas las personas que estén buscando trabajo o quieren mejorar sus niveles de empleabilidad*” (artículo 22), y la “*promoción del emprendimiento y el desarrollo empresarial*” (art. 10), según las pautas y directrices señaladas por el gobierno nacional.

Como puede advertirse, en todas estas hipótesis el legislador entregó al Ejecutivo la potestad para definir la vocación de los recursos del FOSFEC. Primero, se encuentra una extracción directa, en la que el Ministerio del Trabajo ordena a las cajas de compensación familiar que entreguen determinados recursos del fondo, para que estos sean utilizados en los planes, programas y proyectos estructurados por esta misma entidad para fomentar el empleo. Y segundo, se encuentra una modalidad

indirecta de disposición del fondo, en la que si bien se preserva la facultad de ejecución de las cajas de compensación familiar, el gobierno predetermina su destinación, bien sea disponiendo la ejecución de determinados proyectos y programas en las zonas rurales y de posconflicto, con cargo y bajo la responsabilidad de las citadas cajas, o bien sea determinando el contenido del Mecanismo de Protección al Cesante a partir de fines y objetivos generales relacionados con la promoción del empleo, el emprendimiento y la actividad empresarial.

Lo anterior explica que los preceptos demandados aludan siempre a la necesidad de que la vocación de los recursos del FOSFEC sea determinada por el gobierno nacional mediante fórmulas del tipo *“el gobierno nacional definirá alternativas para el desarrollo de programas de empleo, emprendimiento y/o desarrollo empresarial (...) [y] reglamentará en un plazo de seis (6) meses el procedimiento para la aplicación de dichas alternativas”* (inciso 1 del artículo 9 de la Ley 1780 de 2016); *“con el fin de dinamizar e impulsar el desarrollo económico y social en zonas rurales y de posconflicto, las Cajas de Compensación Familiar podrán destinar recursos del Fosfec para financiar y operar programas y proyectos (...) de acuerdo con la reglamentación que para l efecto expida el Gobierno nacional, dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley”* (parágrafo 2 del artículo 9 de la Ley 1780 de 2016); *“el Mecanismo de Protección al Cesante (...) estará compuesto por (...) 5. Promoción del emprendimiento y desarrollo empresarial (...) [según] principios de asociación, eficiencia, idoneidad y economía de escala (...) de acuerdo con los lineamientos que para el efecto expida el Ministerio del Trabajo”* (artículo 10 de la Ley 1780 de 2016); *“todas las personas que estén buscando trabajo o quieran mejorar sus niveles de empleabilidad pueden ser beneficiarias del Mecanismo de Protección al Cesante (...) para priorizar el desarrollo de las políticas que se establezcan en el marco del Mecanismo de Protección al Cesante, el Ministerio del Trabajo, de acuerdo a la reglamentación que expida para tal fin, podrá establecer los lineamientos, mecanismos y herramientas (...)”*.

8.5. Y no solo se otorgó una habilitación abierta a las instancias gubernamentales para definir y concretar el destino de las contribuciones parafiscales, sino que, además, el legislador no fijó pautas materiales precisas con arreglo a las cuales pudiese quedar pre-establecido el universo de destinatarios y la naturaleza de las actividades y programas que pueden ser financiados con el FOSFEC. Por el contrario, bajo el nuevo esquema se presentan dos tipos de indeterminaciones.

Primero, una indeterminación en el *sector económico o social* al que se dirigen estos recursos. Bajo la normatividad anterior, este grupo se encontraba constituido por las personas cesantes que cumplen los requisitos del artículo 13 de la Ley 1636 de 2013, es decir, que su relación laboral o su contratación hubiere concluido, que no cuenten con ninguna otra fuente de ingresos, y que hubieren realizado aportes por un año continuo o discontinuo a una caja de compensación familiar durante los últimos tres años en el caso de personas dependientes, y dos años en los últimos tres años en el caso de las personas independientes.

Bajo el nuevo modelo establecido en las leyes demandadas, el espectro de los destinatarios de los recursos se amplió en tales condiciones, que no es posible acotar el sector o el universo de beneficiarios de las medidas financiadas con los recursos

del mencionado fondo.

El artículo 77 de la Ley 1753 de 2015 se refiere, por ejemplo, al “*enganche laboral efectivo de la población*” y a los “*aprendices, practicantes y trabajadores*”; el artículo 9° de la Ley 1780 de 2016 alude genéricamente a la dinamización e impulso del desarrollo económico y social en zonas rurales y de posconflicto a través de obras físicas y actividades agropecuarias, y a la promoción del empleo, actividades estas que, potencialmente, benefician a todo el conglomerado social; el parágrafo 3° del artículo 13 de esta misma ley se refiere al enganche de personas jóvenes para prácticas laborales, judicatura y docencia en el área de la salud; y el artículo 22 de esta misma ley se refiere a “*todas las personas que estén buscando trabajo o quieran mejorar sus niveles de empleabilidad*”.

Y segundo, la *naturaleza y el contenido de las actividades y programas* que se financian con el FOSFEC, también es indeterminada. Bajo la normatividad anterior, el fondo tenía una vocación de naturaleza asistencial de carácter individual, orientada a brindar, por un lado, el soporte al cesante para atender su propio mantenimiento y el de su grupo familiar, y por otro, las herramientas para un nuevo enganche laboral. En tal sentido, el artículo 2° de la Ley 1636 de 2013 fijaba los componentes del Mecanismo de Protección al Cesante, dentro de los cuales se encontraba el “Servicio Público de Empleo” como herramienta para la búsqueda de un nuevo empleo, la “capacitación general” para adquirir y desarrollar destrezas y competencias laborales que faciliten el empleo, y las “Cuentas de Cesantías”, para acceder a ciertos ingresos durante el periodo del desempleo. Las directrices de cada uno de estos componentes se encontraban previstas en la misma Ley 1636 de 2013.

Actualmente, en cambio, la naturaleza y el contenido de las actividades y programas a que se financian con el FOSFEC es abierto e indeterminado: pueden entregarse indistintamente a las prácticas laborales y a la judicatura de personas jóvenes, al otorgamiento de créditos para impulsar la creación de nuevas empresas y emprendimientos, a la ejecución de obras de infraestructura como puentes o carreteras en zonas rurales, a la financiación de actividades agropecuarias, o incluso, en los términos del artículo 9°, a “*otros*” objetivos.

Es así como el artículo 77 de la Ley 1753 de 2015 faculta al Ministerio del Trabajo para afectar estos recursos a la promoción de la empresa y al otorgamiento de incentivos para la eliminación de las barreras de acceso al mercado laboral. El artículo 9° de la Ley 1780 de 2016, por su parte, confiere al gobierno nacional la potestad para definir el desarrollo de programas de empleo, emprendimiento y/o desarrollo empresarial con cargo a este fondo, así como para dinamizar el impulsar el desarrollo económico y social en zonas rurales de posconflicto, estructurar y operar programas de promoción de empleo, emprendimiento, desarrollo de obras en territorios, generación de ingresos, e impulsar actividades agropecuarias, o promover la asociatividad y el desarrollo de proyectos productivos, entre otros. El artículo 10 incorpora un nuevo componente al Mecanismo de Protección al Cesante, para que, con cargo al FOSFEC, se promocióne el emprendimiento y el desarrollo empresarial. El artículo 13 confiere al Ministerio del Trabajo y al Departamento Administrativo de la Función Pública la facultad para definir las políticas para incentivar, fomentar y coordinar programas orientados a la práctica laboral, judicatura y docencia de

jóvenes talentos sin experiencia en el área de la salud. Finalmente, el artículo 22 hace lo propio en relación con el apoyo a quienes estén buscando empleo o quieran mejorar su nivel de empleabilidad, teniendo en cuenta la reglamentación que expida el Ministerio del Trabajo.

En términos prácticos, lo anterior puede significar que los recursos del FOSFEC pueden quedar afectados a la construcción de un puente o una carretera en algún municipio del país, a la realización de charlas informativas sobre oportunidades de emprendimiento, al otorgamiento de créditos para la creación de empresas, a la vinculación de judicantes en entidades públicas o privadas, la estructuración de proyectos de agricultura, o el otorgamiento de subsidios a las personas desempleadas o inconformes con su salario.

8.3. Desde la perspectiva de la *destinación sectorial de los recursos parafiscales y del principio de solidaridad*, la facultad conferida a las instancias gubernamentales para determinar la vocación de los recursos del FOSFEC en el marco de los propósitos generales citados anteriormente, anula el citado principio. Tal como lo expresaron el accionante y los intervinientes, estos recursos son extraídos de un sector socio-económico determinado y preciso, conformado por los actores del trabajo formalizado de la economía. En virtud de la normatividad demandada, estos ya no se orientan en su integridad a este mismo sector, sino a otros grupos y segmentos sociales que no participaron en la financiación de esta carga impositiva. Con ello, el tributo del cual se obtienen los recursos del FOSFEC se convierte en un impuesto a cargo de un determinado grupo poblacional, que tiene por objeto financiar los programas gubernamentales de interés general, relacionados con el desarrollo territorial, la promoción del empleo y la ocupación, el desarrollo de la infraestructura nacional en las zonas rurales y de posconflicto, y el apoyo de la empresa y el emprendimiento

La asimetría anterior se produce por dos vías.

Por un lado, las normas demandadas amplían el espectro de destinatarios, hacia otros actores. Así, el artículo 77 de la Ley 1753 de 2015 contempla la utilización de los recursos del fondo para promover el empleo y para vincular “*aprendices, practicantes y trabajadores de empresas*”. El artículo 22 de la Ley 1870 de 2016 se refiere al acceso a los beneficios del Mecanismo de Protección al Cesante para “*todas las personas que están buscando trabajo o quieran mejorar sus niveles de empleabilidad*”. Aunque el inciso 2º de este artículo supedita el acceso a las prestaciones económicas directas al cumplimiento de los requisitos generales establecidos en la Ley 1636 de 2013, el Mecanismo de Protección al Cesante contempla otras prestaciones a las cuales, a la luz de esta nueva normatividad, puede acceder cualquier persona que busque un empleo o que quiera mejorar sus niveles de empleabilidad.

La segunda vía por medio de la cual se genera una discordancia entre el sector gravado con las contribuciones con las que se financia el FOSFEC y los destinatarios de los recursos, consistió en fijar objetivos, finalidades y actividades abiertas de carácter no sectorial, con destinatarios indeterminados. Así, mientras las contribuciones parafiscales del sector agropecuario pretenden contribuir a la

provisión de bienes públicos sectoriales, como la transferencia de tecnología para optimizar la producción de café, de algodón o de papa, o la implementación de mecanismos para la estabilización de precios para hacer frente a las variaciones en el mercado interno y externo del respectivo producto, las normas demandadas lo destinan a la consecución de bienes públicos vinculados a las políticas generales del Estado en materia de promoción del empleo y de la ocupación, e incluso, en materia de infraestructura, vivienda, educación, acceso al crédito y seguridad física. Así, las normas demandadas vinculan el FOSFEC a objetivos generales como el mejoramiento del enganche laboral (art. 77 de la Ley 1753 de 2015), el apoyo al emprendimiento y el desarrollo empresarial, la dinamización y el impulso al desarrollo económico y social en zonas rurales y de posconflicto, la promoción del empleo, la financiación de actividades agropecuarias o la promoción de la asociatividad. (artículo 9 de la Ley 1780 de 2016) o el impulso de emprendimientos y a iniciativas de autoempleo, la asistencia técnica y empresarial y el otorgamiento de créditos (art. 10).

8.4. Tanto la indeterminación legal en el destino de las contribuciones parafiscales que integran el FOSFEC, como la posibilidad de ser afectadas a fines distintos a la provisión de bienes públicos sectoriales, se pone de presente cuando se revisan las diferentes reglamentaciones del Ministerio del Trabajo que, con ocasión de las leyes 1753 de 2015 y 1780 de 2016, se han expedido para definir la forma en que deben ser distribuidos los mencionados recursos.

Es así como en el artículo 2.2.6.1.3.12 del Decreto 1072 de 2015, decreto único reglamentario del sector trabajo, se establecen las subcuentas del FOSFEC, correspondientes a “Prestaciones Económicas”, “Servicios de Gestión y Colocación para la Inserción Laboral”, “Capacitación”, “Información” y “Administración”. Teniendo en cuenta los desarrollos normativos recientes que variaron la destinación de fondo, progresivamente el Ministerio de Trabajo ha venido incorporando en cada una de estas categorías generales diferentes partidas que se refieren a una gran variedad de fines y actividades, sobre la base de que, de manera directa o indirecta, promueven el empleo y el emprendimiento¹⁰⁰.

Así, en desarrollo del párrafo 3° del artículo 13 de la Ley 1780 de 2016, que contempla la financiación de la práctica laboral y de la judicatura de la población joven, en el Decreto 1669 de 2016 se establece que *“las Cajas de Compensación Familiar, en su condición de administradoras del Fondo de Solidaridad de Fomento*

¹⁰⁰ El citado precepto establece al respecto lo siguiente: “Artículo 2.2.6.1.3.12. Administración de los recursos. En desarrollo del artículo 23 de la Ley 1636 de 2013, la administración de los recursos del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante (Fosfec), a cargo de las Cajas de Compensación Familiar, se regirá por las siguientes reglas: 1. Los recursos del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante (Fosfec), se destinarán y deberán ser contabilizados en una cuenta especial independiente y desagregada en seis (6) subcuentas: 1.1. Prestaciones económicas correspondientes a: pago de aportes a salud y pensión y cuota monetaria por cesante; incentivo económico por ahorro voluntario de cesantías y bonos de alimentación. 1.2. Servicios de gestión y colocación para la inserción laboral. 1.3. Programas de capacitación para la reinserción laboral y el emprendimiento. 1.4. Sistema de información. 1.5. Gastos de administración. 1.6. Promoción del emprendimiento y desarrollo empresarial. 2. Para la consolidación de la cuenta del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante (Fosfec), deberá descontarse lo correspondiente a la comisión del periodo. 3. Los recursos del Fondo son inembargables, considerando su destinación específica para la cobertura de prestaciones de la seguridad social. 4. Será competencia de la Superintendencia del Subsidio Familiar la inspección, vigilancia y control del manejo de los recursos destinados a atender el pago de los beneficios del Mecanismo de Protección al Cesante, así como el debido cálculo de las comisiones, para lo cual las Cajas de Compensación Familiar deberán rendir un informe mensual detallado de la ejecución de tales recursos.”.

al Empleo y Protección al Cesante “FOSFEC”, y con cargo a estos recursos, realizarán la afiliación y cotización de los Subsistemas de Seguridad Social en Salud, pensiones y Riesgos Laborales de los estudiantes que hagan parte de los programas de incentivos para las prácticas laborales y judicatura, en el sector público”. Es decir, el decreto mencionado ordena a las cajas de compensación familiar asumir el costo de las cotizaciones a los sistemas de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales de los estudiantes que laboran en todo el sector público en calidad de judicantes y de practicantes laborales¹⁰¹, sobre un Ingreso de Base de Cotización correspondiente a un salario mínimo, y con cargo en su totalidad al FOSFEC¹⁰². De esa manera, dadas las amplias potestades normativas conferidas al Ejecutivo para promover el empleo con cargo a los recursos del FOSFEC, el gobierno nacional determinó que con las contribuciones parafiscales extraídas del mercado laboral formal, deben financiarse los pagos a la seguridad social de los estudiantes que se vinculen al sector público. Dentro de esta misma línea, el Decreto 1376 de 2016 estableció que *“a través del Mecanismo de Protección al Cesante y con cargo al FOSFEC, podrán financiarse la práctica laboral, la judicatura y la relación docencia de servicio en el área de la salud”, mediante el pago de auxilios de prácticas laborales y actividades semejantes “orientadas a promover escenarios de práctica laboral en entidades públicas”*.

Recientemente, en el artículo 6º de la Resolución 4929 de 2018, en la cual se determinó la distribución de recursos del FOSFEC, se estableció que las cajas de compensación familiar debían destinar entre el 1.5% y el 2% del total de los recursos de este fondo, descontados los gastos de administración, para *“financiar programas y proyectos orientados a fomentar y promocionar la vinculación de la población priorizada en puestos de trabajo o plazas para prácticas en entidades del sector público en el marco del programa Estado Joven. Para ello deberán trasladar recursos al rubro del programa que destina la Superintendencia de Subsidio Familiar para tal fin”*. Previamente, en las resoluciones 4566 de 2016, 1530 de 2017, 5008 de 2017 y 1196 de 2018 se estableció que, con cargo al FOSFEC, debían entregarse \$33.279.227.667 con destino a la financiación del Programa Estado Joven, orientado a la entrega de incentivos para que los estudiantes de programas de formación complementaria y estudiantes de educación superior de pregrado en niveles técnico profesional, tecnológico y universitario, sean vinculados en prácticas laborales y como judicantes en entidades públicas, recibiendo un auxilio económico y las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, seguridad social y riesgos profesionales.

Por su parte, en el marco de los objetivos generales asignados a los recursos del FOSFEC en el artículo 9 de la Ley 1780 de 2016, el gobierno nacional estructuró los programas denominados *“Ruta de empleabilidad con enfoque de género”, “Construyendo paz”, “Arte y Cultura para la paz”, “Empleos Verdes para la Paz”*

¹⁰¹ El artículo 1 del Decreto 1669 de 2016 establece que *“las Cajas de Compensación Familiar, en su condición de administradoras del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante FOSFEC, y con cargo a estos recursos, realizarán la afiliación y cotización a los Subsistemas de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales de los estudiantes que hagan parte de los programas de incentivos para las prácticas laborales y de judicatura, en el sector público”*.

¹⁰² Según el artículo 1 del Decreto 1669 de 2016, *“las cotizaciones se realizarán sobre un Ingreso Base de Cotización correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente (1 SMLMV) y estarán en su totalidad a cargo del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante (FOSFEC)”*.

y “*Formando Paz*” mediante las resoluciones 1399, 1400, 1616, 1617, 1618 y 1530 de 2017, respectivamente, con propósitos tan generales, variados y disímiles como “*promover la empleabilidad de la población buscadora de empleo, mediante intervenciones efectivas y focalizadas que mejoren la empleabilidad y la generación de ingresos con promoción de la equidad de género*”, “*la generación de oportunidades de empleo formal temporal a partir de la ejecución de proyectos de infraestructura de baja y mediana complejidad*”, “*el impulso y la financiación de iniciativas de autoempleo, basadas en la producción y comercialización de productos culturales ligados al territorio, la identidad y los procesos sociales locales*”, “*la implementación de iniciativas que aporten al desarrollo sostenible de los territorios, a partir de acciones que generen bienes y servicios ambientales e incrementan la oferta de servicios eco-sistémicos*” o “*la generación de capacidades y habilidades para la creación, el fortalecimiento y la consolidación de organizaciones de economía social y solidaria a la población reincorporada y a la población civil residente en los municipios*”.

Con fundamento en estos programas, en la Resolución 1810 de 2017 se ordenó a las cajas de compensación familiar apropiar determinados montos de dinero en la Subcuenta de Servicios de Gestión y Colocación la Inserción Laboral, para la financiación de los citados proyectos. Así, para la denominada “*Ruta de empleabilidad con enfoque de género*” prevista en la Resolución 1399 de 2017, se dispuso que cajas de compensación como Compensar, Colsubsidio, Cafam, Comfenalco Antioquia o Comfama entregaran, respectivamente, \$3.723.442.000, \$3.486.690.000, \$3.016.089.000, \$1.909.766.000 y \$2.514.596.000. Para el programa intensivo de mano de obra “*Construyendo Paz*”, orientado a la generación de empleo por medio de proyectos de infraestructura, conforme a lo previsto en la Resolución 1400 de 2017, se dispuso que Colsubsidio debía entregar \$65.000.000.000 en dicha vigencia. Para el programa “*Arte y Cultura para la Paz*” para crear productos culturales ligados al territorio, la identidad y los procesos sociales, según lo establecido en la Resolución 1617 de 2017, se dispuso que Comfenalco Valle debía entregar \$3.000.000.000, Comfanariño \$1.317.929.000, y Cofrem, Comfacauca, Comfamiliar, Comfacesar y Comfandi \$1.500.000.000 cada uno. Bajo esta misma lógica, en la misma resolución 1072 de 2017 se dispuso el traslado de recursos para el proyecto “*Empleos Verdes para la Paz*” creado en la Resolución 1617 de 2017, el proyecto “*Formando Paz*” creado en la Resolución 1618 de 2017 y el proyecto “*Estado joven*” previsto en la Resolución 1530 de 2017, se ordenó a todas las cajas de compensación familiar la entrega de recursos por montos que oscilan entre los \$500.000.000 y los \$6.000.000.000 por cada entidad, por cada uno de estos proyectos. De este modo, el Ministerio del Trabajo dispuso el traslado de cuantiosos recursos administrados por las Cajas de Compensación Familiar del país, para financiar los más diversos proyectos gubernamentales que requerían mano de obra en las zonas rurales y de posconflicto, y que, a su juicio, contribuían a los fines generales establecidos en la Ley 1753 de 2016.

Asimismo, el Decreto 404 de 2017, que desarrolla los artículos 9 y 10 de la Ley 1780 de 2016 sobre promoción del empleo y el emprendimiento a través del Mecanismo de Protección al Cesante, determina, entre otras cosas, que con cargo al FOSFEC se deben diseñar y ejecutar programas para impulsar y financiar emprendimientos e iniciativas de autoempleo, no sólo en favor de los trabajadores contemplados en la

Ley 1636 de 2013, sino en favor de *“todas las personas que deseen crear emprendimientos, iniciativas de autoempleo, de innovación social para el emprendimiento o fortalecer micro y pequeñas empresas”*, para lo cual basta con inscribirse en una caja de compensación, manifestar el interés en realizar un emprendimiento, y tener alguna iniciativa en estos campos¹⁰³. Para estos efectos, *“el Ministerio del Trabajo definirá las líneas de inversión sobre las cuales la población beneficiaria podrá utilizar los recursos para financiar emprendimientos e iniciativas de autoempleo e innovación social para el emprendimiento”*.

Como puede advertirse, bajo el nuevo modelo de administración del FOSFEC, las Cajas de Compensación Familiar deben, primero, diseñar y ejecutar programas en el marco de los nuevos componentes del Mecanismo de Protección al Cesante que están orientados a mejorar el empleo y la ocupación en general a partir de las pautas establecidas por el Ministerio del Trabajo, segundo, entregar al Tesoro los recursos que dicha cartera de Estado estime pertinentes para contribuir a estos propósitos generales como construir una carretera o impartir cursos en los municipios acerca de la paz, y tercero, asumir directamente la financiación de programas que directa o indirectamente contribuyen a la promoción del empleo y el emprendimiento, especialmente de la población joven, tales como el pago de las cotizaciones a la seguridad social de los estudiantes judicantes y practicantes que se vinculan al sector público.

Todo lo anterior pone en evidencia que bajo las pautas establecidas en las leyes 1753 de 2015 y 1780 de 2016, los recursos del FOSFEC, cuyo origen son las contribuciones parafiscales a cargo de los empleadores del sector formal de la economía, pueden ser destinados a los más diversos fines definidos unilateral, libre y discrecionalmente por el gobierno nacional, bajo la premisa de que contribuyen a los objetivos generales de promover el empleo, el emprendimiento, la creación de empresas, y el desarrollo en los territorios, objetivos que, al menos directamente, no benefician al sector de gravado con tales contribuciones con las que se integra el FOSFEC.

8.5. El desconocimiento de los principios de reserva de ley y de destinación sectorial es tan evidente, que el mismo Ministerio de Trabajo, instancia encargada de definir el destino de los recursos del FOSFEC para la consecución de múltiples objetivos generales, solicitó la declaratoria de inexecutable de la normatividad demandada. A juicio de esta entidad, en últimas las leyes 1753 de 2015 y 1780 de 2016 abrieron las puertas para que los recursos de este fondo pudieran ser utilizados indistintamente para la financiación de cualquier proyecto o programa gubernamental vinculado, directa o indirectamente con el fomento del empleo y la ocupación, hecho este que no solo debilita y desarticula el objetivo preciso de brindar un esquema de protección asistencial a las personas cesantes por un tiempo determinado, sino que termina por permitir la utilización de estos recursos para

¹⁰³ Según el artículo 1 del Decreto 404 de 2017, *“la promoción del emprendimiento y desarrollo empresarial, como componente del Mecanismo de Protección al Cesante, es la herramienta para impulsar y financiar emprendimientos, iniciativas de autoempleo, innovación social para el emprendimiento a micro y pequeñas empresas que requieran apoyo para su desarrollo. A través del componente de Promoción y Emprendimiento y Desarrollo Empresarial se impulsarán iniciativas individuales o colectivas, buscando promover el enfoque de economía social y solidaria (...) Podrán ser beneficiarias de este componente todas las personas que deseen crear emprendimientos (...) Para acceder deberán inscribirse ante las Cajas de Compensación Familiar y manifestar su interés de realizar un emprendimiento”*

cualquier objetivo: “*El Ministerio de Trabajo solicita la declaratoria de inexequibilidad condicionada de los apartes demandados (...) para que dichos recursos sean reinvertidos en los programas de cesantes (...) actualmente en Colombia existe una tendencia creciente de desocupación y desempleo, que hace imperativo el aumento del gasto en el mecanismo de protección al cesante (...) el uso de los recursos del FOSFEC para resolver problemas que se encuentran fuera de su finalidad, constituye una vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y al trabajo de cotizantes al subsidio familiar que se encuentran desempleados (...)*”.

8.6. La Corte toma nota de las observaciones de algunos intervinientes, en el sentido de que las contribuciones parafiscales destinadas a las Cajas de Compensación Familiar son, en los términos de la propia jurisprudencia constitucional, “contribuciones parafiscales atípicas”, en la medida en que, por un lado, no gravan a un subsector específico de la población sino un grupo económico y social relativamente amplio, y en que, por otro lado, quienes formalmente tienen a su cargo la obligación tributaria son los empleadores mientras que los destinatarios son los trabajadores.

Esta circunstancia, sin embargo, no habilitaba al legislador para ampliar libremente el espectro de destinatarios de los recursos del FOSFEC, ni para afectarlos a los programas de interés gubernamental. De una parte, tal como lo precisó este tribunal en la sentencia C-1173 de 2001¹⁰⁴, el grupo gravado integra el trabajo formal de la economía que, aunque amplio y sin carácter gremial, es plenamente identificable e individualizable. Asimismo, aunque formalmente la contribución es hecha por el empleador, en cualquier caso la contribución se establece en función de una relación laboral de la que ambas partes, trabajador y empleador, resultan beneficiados. Finalmente, la atipicidad de este tributo no deriva en la facultad del legislador para gravar el trabajo formal de la economía para financiar las políticas gubernamentales y los bienes públicos no sectoriales. De hecho, y tal como se explicó en los acápites precedentes, en la referida sentencia la Corte aclaró que los recursos obtenidos con el gravamen impuesto al trabajo formal deben ser destinados a este mismo grupo, esto es, a la atención de las necesidades de la clase trabajadora.

8.7. En este orden de ideas, la Sala considera que los preceptos demandados se oponen a los principios de reserva de ley y de destinación sectorial, tal como se indica a continuación:

- Primero, con respecto al artículo 77 de la Ley 1753 de 2015, la norma habilita al Ministerio del Trabajo para disponer de los recursos del FOSFEC, para que dentro del objetivo de facilitar el enganche laboral y estimular la vinculación de aprendices, practicantes y trabajadores a empresas, se reconozcan bonos de alimentación a cesantes, se promocióne la formación en empresa y se implementen incentivos para eliminar las barreras de acceso al mercado laboral.

Desde la perspectiva del principio de reserva de ley, la disposición legal delega en el Ministerio de Trabajo la función de determinar la destinación del mencionado

¹⁰⁴ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

fondo, con la sola indicación de que esta atienda a la finalidad de mejorar la empleabilidad, fin este bajo el cual resultan procedentes los más variados programas gubernamentales.

Desde la perspectiva del principio de intrasectorialidad, es claro que las contribuciones parafiscales pueden ser utilizadas en programas de interés general, y no en beneficio de las personas que tienen la condición de cesantes en los términos de la Ley 1636 de 2016. Si bien es cierto que la normal legal establece esta destinación “*sin perjuicio de las otras destinaciones de los recursos que integran el FOSFEC, en los términos de la Ley 1636 de 2013*”, esta salvedad resulta insuficiente de cara al referido principio constitucional, puesto que este exige que la totalidad de las contribuciones parafiscales sean entregadas al sector gravado, y no sólo una parte del mismo. En la práctica, lo anterior significa que el legislador terminó por imponer un impuesto a un segmento poblaciones específico, para financiar programas gubernamentales de beneficio general.

- Segundo, con respecto a la expresión “*emprendimiento y/o desarrollo empresarial*” y a los parágrafos 1º y 2º del artículo 9 de la Ley 1780 de 2016, estas normas amplían el espectro del Mecanismo de Protección al Cesante, no con el propósito de que el Ministerio del Trabajo extraiga directamente recursos del FOSFEC, sino para que estas los destinen a la dinamización el impulso del desarrollo económico en zonas rurales y de posconflicto, a través de programas y proyectos relacionados con la promoción del empleo, el emprendimiento, el desarrollo de obras en los territorios, la generación de ingresos, el impulso y la financiación de actividades agropecuarias, la promoción de la asociatividad y el desarrollo de proyectos productivos, entre otros, a partir de las directivas establecidas por el gobierno nacional para este efecto.

Desde la perspectiva del principio de reserva de ley, nuevamente las disposiciones demandadas transfieren al gobierno nacional la definición del destino de los recursos del FOSFEC, sin fijar pautas materiales que acoten efectivamente los destinatarios y las actividades a las que deben quedar afectados. La única indicación se refiere al destino geográfico de estos recursos, pues según el parágrafo 2º, estos deben ser canalizados a las zonas rurales y de posconflicto. Sin embargo, dentro de este marco territorial, el espectro de posibilidades es abierto, pues los recursos pueden quedar afectos a fines tan distintos como la construcción de obras, la realización de proyectos agropecuarios, o la promoción del empleo, u incluso a “*otros*” objetivos. Se trata entonces de una fórmula abierta bajo la cual el destino del FOSFEC queda supeditada a la variable y voluble voluntad gubernamental.

Desde la perspectiva del principio de la destinación sectorial, resulta claro que las normas impugnadas asocian las contribuciones, no a la provisión de bienes públicos sectoriales ni al reconocimiento de prestaciones individuales a los miembros del sector formal de la economía, sino al beneficio general en los territorios rurales y de posconflicto.

Por las mismas razones indicadas anteriormente, aunque el parágrafo 1º del artículo 9 establece que la destinación anterior presupone aseguramiento de las prestaciones previstas en la Ley 1636 de 2013, esta salvedad no subsana la falencia legislativa.

- Tercero, el artículo 10 del de la Ley 1780 de 2016 introduce un nuevo componente al Mecanismo de Protección al Cesante para la promoción del emprendimiento y el desarrollo empresarial, en cuyo marco, las cajas de compensación familiar deben financiar créditos y microcréditos, fondos de capital semilla para el desarrollo de negocios, apoyo a micro y pequeñas empresas y asistencia técnica empresarial, previa determinación del Consejo Directivo de la respectiva caja de compensación.

Aunque en este caso la norma no habilita al gobierno nacional para extraer los recursos de las cajas de compensación familiar provenientes de las contribuciones parafiscales, sí lo faculta para que, con base en un propósito abierto e indeterminado como el emprendimiento y el desarrollo empresarial, disponga la forma en que deben ser empleados estos recursos, sin sujeción a pautas materiales objetivas establecidas directamente en la legislación. De hecho, en el párrafo 1º se establece que, por vía reglamentaria, el gobierno debe establecer los mecanismos para el manejo del FOSFEC para atender este nuevo frente, lo cual evidencia las amplias potestades discrecionales del gobierno nacional. De esta manera, el Congreso de la República, al desprenderse de su función de definir el destino de las contribuciones parafiscales, y al entregarla al Ejecutivo mediante esta modalidad de deslegalización, violó el principio de reserva de ley.

Asimismo, en la medida en que la norma legal fijó un objetivo abierto no vinculado a un interés sectorial, desconoció el mandato constitucional de la destinación sectorial de las contribuciones parafiscales.

- El párrafo 13 del artículo 13 de la Ley 1870 de 2016 establece que con cargo al FOSFEC, y a través del Mecanismo de Protección al Cesante, se debe financiar la práctica laboral, la judicatura y la docencia de servicio en el área de la salud, de la población joven, teniendo en cuenta las directrices establecidas por vía reglamentaria por el gobierno nacional.

Al igual que en los casos anteriores, la prescripción legal demandada deja en manos del Ejecutivo el destino de unos recursos cuya afectación debería estar predeterminada en la ley, con el agravante de que bajo, el nuevo modelo, estos recursos deben orientarse a satisfacer necesidades de la población joven dedicada a lo que se denomina genéricamente el “área de la salud”, para promover su vinculación, en lugar de satisfacer las necesidades del sector formal de la economía, cuyo trabajo se encuentra gravado en los términos de la Ley 21 de 1982. Con ello, la norma impugnada viola los principios de reserva de ley, de destinación sectorial y de solidaridad.

- Finalmente, el artículo 22 de la Ley 1780 de 1982 amplía el alcance del Mecanismo de Protección al Cesante, para que accedan al mismo *“todas las personas que estén buscando trabajo o quieran mejorar sus niveles de empleabilidad”*, teniendo en cuenta los parámetros que para este efecto establezca el gobierno nacional por vía reglamentaria. Al igual que en los casos anteriores, la norma permite ampliar el espectro del Mecanismo de Protección al Cesante, para que accedan al mismo no solo las personas que a través de su empleador han sido

gravados con la contribución establecida en la Ley 21 de 1982, sino cualquiera que se encuentre desempleada o que quiera mejorar sus niveles de empleabilidad, en los términos en que establezca el gobierno nacional por vía reglamentaria.

De esta manera, la disposición legal faculta al gobierno nacional para que amplíe el espectro del Mecanismo de Protección al Cesante a toda la población en busca de empleo o en búsqueda de mejores condiciones laborales, con lo cual, no sólo se desconoce el principio de reserva de ley, sino también el mandato de destinación sectorial de las contribuciones parafiscales, y los principios de solidaridad, igualdad y equidad.

De acuerdo con esto, la Corte declarará la inexecutable de la normatividad demandada.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

DECLARAR LA INEXEQUIBILIDAD (i) del inciso 2° del artículo 77 de la Ley 1753 de 2015; (ii) de la expresión “*emprendimiento y/o desarrollo empresarial*” contenida en el inciso 1° del artículo 9 de la Ley 1780 de 2016, y de los párrafos 1° y 2° del mismo artículo; (iii) del artículo 10 de la Ley 1780 de 2016; (iv) del párrafo 3° del artículo 13 de la Ley 1780 de 2016; (v) del artículo 22 de la Ley 1780 de 2016.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO
Presidenta

CARLOS LIBARDO BERNAL PULIDO
Magistrado
Ausente en comisión

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado
Con salvamento de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada
Impedimento aceptado

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General