COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia C/629/11

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de constitucionalidad
Referencia	C/629/11
Expediente	—
Fecha	—
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Ley De Formalizacion Y Generacion De Empleo
- Principio De Progresividad En Materia De Seguridad Social
- Obligacion Estatal De No Regresividad
- Principio De Progresividad Y De La Prohibicion De Regresion
- Teoria De La Irreversibilidad
- Derechos Sociales De Los Trabajadores Y Del Grupo Familiar

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Declarar EXEQUIBLE por los cargos formulados en la presente demanda el artículo 5 de la Ley 1429 de 2010. JUAN CARLOS HENAO PEREZ Presidente MARIA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada MAURICIO GONZALEZ CUERVO Magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado JORGE IVAN PALACIO PALACIO Magistrado Con salvamento de voto NILSON ELIAS PINILLA PINILLA Magistrado Con aclaración de voto JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Magistrado Con salvamento de voto HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Magistrado…

Texto completo

C-629-11 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia C-629/11 PROGRESIVIDAD EN EL PAGO DEL SUBSIDIO FAMILIAR PARA LOS TRABAJADORES DE NUEVAS PEQUEÑAS EMPRESAS- Constituye una medida razonable, idónea, adecuada y proporcionada para la formalización y generación de empleo LEY DE FORMALIZACION Y GENERACION DE EMPLEO- Finalidad/ LEY DE FORMALIZACION Y GENERACION DE EMPLEO- Incentivos UNIDAD NORMATIVA- Causales de procedencia de integración oficiosa Sostuvo esta Corporación en reciente ocasión que procede la integración oficiosa de la unidad normativa en los siguientes eventos: (i) cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada; (ii) en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas, con el propósito de evitar que un fallo de inexequibilidad resulte inocuo, (iii) cuando la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad.

SUBSIDIO FAMILIAR- Marco normativo/ SUBSIDIO FAMILIAR- Componentes SUBSIDIO FAMILIAR- Características fundamentales Del análisis de la legislación vigente sobre la materia, esta Corporación ha destacado como características fundamentales del subsidio familiar las siguientes: (i) Es una prestación social, porque su finalidad no es la de retribuir directamente el trabajo -como sí lo hace el salario-, sino la de subvencionar las cargas económicas del trabajador beneficiario. (ii) Se paga en dinero, servicios y especie ya sea mediante una cuota monetaria, el reconocimiento de géneros distintos al dinero o mediante la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar, respectivamente. (iii) Se paga a los trabajadores activos y también a los pensionados, salvo en lo relacionado con el subsidio en dinero al cual éstos últimos no tienen derecho por mandato de la ley. (iv) Tiene por objetivo fundamental la protección integral de la familia y puede ser considerado una concretización del mandato contenido en el artículo 42 constitucional, a cuyo tenor "el Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia". (v) Constituye una valiosa herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del Gobierno, pues es un instrumento para alcanzar la universalidad de la seguridad social, de conformidad con lo señalado en el artículo 48 constitucional. (vi) Se provee a partir de los recursos aportados por los empleadores a las cajas de compensación familiar. (vii) Es recaudado, distribuido y pagado por las cajas de compensación familiar que además están en la obligación de organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar.

SUBSIDIO FAMILIAR- Jurisprudencia constitucional/ SUBSIDIO FAMILIAR- Doble dimensión PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD- Contenido y alcance/ IGUALDAD - Carácter de valor, principio y derecho fundamental / JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL- Trato igual a los iguales y desigual a los desiguales / IGUALDAD- Diferencia con otros principios constitucionales o derechos fundamentales/ IGUALDAD- Carece de contenido material específico/ IGUALDAD NORMATIVA- Presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos que actúan como términos de comparación/ PRINCIPIO DE IGUALDAD- Mandatos que comprende/ DERECHO GENERAL DE IGUALDAD- Titularidad Como ha reconocido la jurisprudencia constitucional, la igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental. Este múltiple carácter se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el preámbulo constitucional establece entre los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional la igualdad, mientras que por otra parte el artículo 13 de la Carta ha sido considerado como la fuente del principio fundamental de igualdad y del derecho fundamental de igualdad. Adicionalmente existen otros mandatos de igualdad dispersos en el texto constitucional, que en su caso actúan como normas especiales que concretan la igualdad en ciertos ámbitos definidos por el Constituyente. Otro aspecto de la igualdad que debe ser señalado en esta breve introducción es que carece de contenido material específico, es decir, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado. De la ausencia de un contenido material específico se desprende la característica más importante de la igualdad: su carácter relacional. En efecto, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional colombiana la igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos que actúan como términos de comparación; por regla general un régimen jurídico no es discriminatorio considerado de manera aislada, sino en relación con otro régimen jurídico. Adicionalmente la comparación generalmente no tiene lugar respecto de todos los elementos que hacen parte de la regulación jurídica de una determinada situación sino únicamente respecto de aquellos aspectos que son relevantes teniendo en cuenta la finalidad de la diferenciación. Ello supone, por lo tanto, que la igualdad también constituye un concepto relativo, dos regímenes jurídicos no son iguales o diferentes entre si en todos sus aspectos, sino respecto del o de los criterios empleados para la equiparación. Dicho carácter relacional es uno de los factores que explica la omnipresencia del principio de igualdad en la jurisprudencia de esta Corporación, pues

hace posible que sea invocado frente a cualquier actuación de los poderes públicos con independencia del ámbito material sobre el cual se proyecte. También influye en la interpretación del principio de igualdad porque, como ha señalado la doctrina, desde el punto de vista estructural éste necesariamente involucra no sólo el examen del precepto jurídico impugnado, sino que además la revisión de aquel respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado amén del propio principio de igualdad. Se trata por lo tanto de un juicio trimembre. El control de constitucionalidad en estos casos no se reduce, entonces, a un juicio abstracto de adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que incluye otro régimen jurídico que actúa como término de comparación. En consecuencia se entabla una relación internormativa que debe ser abordada utilizando herramientas metodológicas especiales tales como el test de igualdad, empleado por la jurisprudencia de esta Corporación. Ello a su vez determina que en numerosas oportunidades el resultado de control no sea la declaratoria de inexequibilidad de la disposición examinada, razón por las cuales los tribunales constitucionales han debido recurrir a distintas modalidades de sentencias con la finalidad de reparar la discriminación normativa. Ahora bien, la ausencia de un contenido material específico del principio de igualdad no significa que se trate de un precepto constitucional vacío, por el contrario, precisamente su carácter relacional acarrea una plurinormatividad que debe ser objeto de precisión conceptual. De ahí que a partir de la famosa formulación aristotélica de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad –al menos en su acepción de igualdad de trato- del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes.

Sin embargo, este segundo contenido no tiene un carácter tan estricto como el primero, sobre todo cuado va dirigido al Legislador, pues en virtud de su reconocida libertad de configuración normativa, éste no se encuentra obligado a la creación de una multiplicidad de regímenes jurídicos atendiendo todas las diferencias, por el contrario se admite que con el objeto de simplificar las relaciones sociales ordene de manera similar situaciones de hecho diferentes siempre que no exista una razón suficiente que imponga la diferenciación. Esos dos contenidos iniciales del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables. De los diversos contenidos del principio general de igualdad, surgen a su vez el derecho general de igualdad, cuya titularidad radica en todos aquellos que son objeto de un trato diferenciado injustificado o de un trato igual a pesar de encontrarse en un supuesto fáctico especial que impone un trato diferente, se trata entonces de un derecho fundamental que protege a sus titulares frente a los comportamientos discriminatorios o igualadores de los poderes públicos, el cual permite exigir no sólo no verse afectados por tratos diferentes que carecen de justificación sino también, en ciertos casos, reclamar contra tratos igualitarios que no tengan en cuenta, por ejemplo, especiales mandatos de protección de origen constitucional.

TEST DE IGUALDAD- Aplicación DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES- Prohibición de regresión PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL- Contenidos

complementarios/ OBLIGACION ESTATAL DE NO REGRESIVIDAD- Interpretación doctrinal y jurisprudencial PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y DE LA PROHIBICION DE REGRESION- Alcance/ TEORIA DE LA IRREVERSIBILIDAD- Jurisprudencia constitucional LEY DE FORMALIZACION Y GENERACION DE EMPLEO- Régimen de progresividad en el pago de parafiscales JUICIO DE PROPORCIONALIDAD- Metodología para determinar la vulneración del principio de igualdad y de regresividad en materia de derechos sociales DERECHOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES Y DEL GRUPO FAMILIAR- Contenido ACCION DE TUTELA SOBRE CUOTA MONETARIA DEL SUBSIDIO FAMILIAR- Distinción con el juicio de constitucionalidad que se plantea Cabe distinguir entre los pronunciamientos que ha hecho la Corte Constitucional en sede de tutela respecto de la cuota monetaria del subsidio familiar del juicio de constitucionalidad que se adelanta en la presente ocasión. En efecto, se trata de dos estudios de distinta naturaleza, en sede de tutela por regla general se trata de casos en los cuales se examina la conducta de un empleador que incumple su deber legal de realizar de manera oportuna los aportes a las cajas de compensación y que en numerosas ocasiones adicionalmente incumple su obligación de remunerar oportunamente a los trabajadores, lo que repercute de manera negativa en el derecho al mínimo vital de menores o de personas de la tercera edad, mientras que en el juicio de constitucionalidad que se plantea en esta ocasión se trata de examinar si una previsión legal que persigue generar empleo vulnera el mínimo vital de trabajadores que tendrán acceso a dicho empleo precisamente por la aplicación de medidas que contemplan la progresividad en los aportes parafiscales, de manera tal que la declaratoria de inconstitucionalidad puede tener serias repercusiones sobre el cumplimiento de las finalidades perseguidas por la ley demandada y sobre la posibilidad de los trabajadores de acceder a un empleo formal y de esa manera procurar su mínimo vital. Por tal razón no son extensibles automáticamente al examen de constitucionalidad las reflexiones consignadas en casos particulares de tutela, pues se debe apreciar el contexto normativo en el cual está inserta la disposición acusada y evaluar los posibles efectos negativos en la generación de empleo que su inconstitucionalidad acarrearía.

PROGRESIVIDAD EN EL PAGO DE CUOTA MONETARIA DEL SUBSIDIO FAMILIAR- Perspectivas de análisis Referencia: expediente D-8397 Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo tercero del artículo 5º de la Ley 1429 de 2010 “Por la cual se expide la Ley de formalización y generación de empleo”.

Actor: Juan Felipe Díez Castaño Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Bogotá D. C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil once (2011).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA I. ANTECEDENTES En ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40 numeral 6 y 241 de la Constitución el ciudadano Juan Felipe Diez Castaño solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad del parágrafo 3 del artículo 5° de la Ley 1429 de 2010.

Mediante auto de once (11) de febrero de dos mil once (2011) la demanda fue admitida, en la misma providencia el Magistrado sustanciador ordenó su fijación en lista en la Secretaría General de esta Corporación y decidió comunicar la iniciación de este proceso al Presidente del Congreso, al Presidente de la República, al Ministro de la Protección Social, al Ministro del Interior y de Justicia, al Ministro del Comercio, Industria y Turismo, al Ministro de Hacienda y Crédito Público y al Director del Departamento Nacional de Planeación, para que dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, se pronunciaran indicando las razones que, en su criterio, justifican la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto demandado. En la misma providencia invitó al Departamento de Derecho de la Seguridad Social de la Universidad Externado de Colombia, a las facultades de derecho de la Universidad ICESI, de la Universidad Nacional, de la Universidad del Rosario; a la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia –ANDI-, a la Asociación Nacional de Instituciones Financieras –ANIF-, a la Federación Nacional de Comerciantes –FENALCO-, a la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia –CUT-, a la Confederación General del Trabajo –CGT-, a la

Confederación de Trabajadores de Colombia –CTC-, y al Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad –De Justicia- para que, de estimarlo conveniente, intervinieran en el proceso. Por último, ordenó correr traslado al Procurador General de la Nación para que emitiera el concepto correspondiente.

Dentro del término de fijación en lista fueron allegados al expediente los escritos de intervención presentados por los ciudadanos (i) Luis Carlos Vergel Ángel en representación del Departamento Nacional de Planeación, (ii) Luis Carlos Villegas Echeverri, Presidente de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia –ANDI-; (iii) Cristian Freire Holguín; (iv) Jorge Enrique Ibáñez Najar, (v) Álvaro José Cobo Soto, Presidente Ejecutivo de la Asociación Nacional de Cajas de Compensación-ASOCAJAS. Posteriormente fueron presentados los escritos de intervención suscritos por: (i) Luis Miguel Morantes Alfonso, representante de la Confederación de Trabajadores de Colombia –CTC; (ii) Iván Daniel Jaramillo; (iii) Myriam Herlinda Roncancio Téllez, en representación del Ministerio de la Protección Social; (iv) Katerine Bermúdez.

El treinta y uno (31) de marzo de este año fue radicado en la Secretaria General de esta Corporación el concepto emitido por el Procurador General de la Nación.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales correspondientes, entra la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia. 1. Disposición demandada A continuación se transcribe subrayado el enunciado normativo demandado.

LEY 1429 DE 2010 (diciembre 29) Diario Oficial No. 47.937 de 29 de diciembre de 2010 Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

EL CONGRESO DE COLOMBIA DECRETA: (…) ARTÍCULO 5o. PROGRESIVIDAD EN EL PAGO DE LOS PARAFISCALES Y OTRAS CONTRIBUCIONES DE NÓMINA. Las pequeñas empresas que inicien su actividad económica principal a partir de la promulgación de la presente ley, realizarán sus aportes al Sena, ICBF y cajas de compensación familiar, así como el aporte en salud a la subcuenta de solidaridad del Fosyga de forma progresiva, siguiendo los parámetros mencionados a continuación:

Cero por ciento (0%) del total de los aportes mencionados en los dos primeros años gravables, a partir del inicio de su actividad económica principal.

Veinticinco por ciento (25%) del total de los aportes mencionados en el tercer año gravable, a partir del inicio de su actividad económica principal.

Cincuenta por ciento (50%) del total de los aportes mencionados en el cuarto año gravable, a partir del inicio de su actividad económica principal.

Setenta y cinco por ciento (75%) del total de los aportes mencionados en el quinto año gravable, a partir del inicio de su actividad económica principal.

Ciento por ciento (100%) del total de los aportes mencionados del sexto año gravable en adelante, a partir del inicio de su actividad económica principal.

PARÁGRAFO 1o. Para el caso de las pequeñas empresas que inicien su actividad económica principal a partir de la presente ley, que tengan su domicilio principal y desarrollen toda su actividad económica en los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés, la progresividad seguirá los siguientes parámetros:

Cero por ciento (0%) del total de los aportes mencionados en los ocho (8) primeros años gravables, a partir del inicio de su actividad económica principal.

Cincuenta por ciento (50%) del total de los aportes mencionados en el noveno (9o) año gravable, a partir del inicio de su actividad económica principal.

Setenta y cinco por ciento (75%) del total de los aportes mencionados en el décimo (10) año gravable, a partir del inicio de su actividad económica principal.

Ciento por ciento (100%) del total de los aportes mencionados del undécimo (11) año gravable en adelante, a partir del inicio de su actividad económica principal.

PARÁGRAFO 2o. Los trabajadores gozarán de todos los beneficios y servicios derivados de los aportes mencionados en el presente artículo desde el inicio de su relación laboral, sin perjuicio de los trabajadores actuales.

PARÁGRAFO 3o. Los trabajadores de las empresas beneficiarias del régimen de progresividad de aportes a que se refiere el presente artículo, tendrán derecho durante los dos (2) primeros años a los servicios sociales referentes a recreación, turismo social y capacitación otorgados por las cajas de compensación familiar. A partir del tercer año, además de los anteriores servicios sociales, tendrán derecho a percibir la cuota monetaria de subsidio en proporción al aporte realizado y subsidio de vivienda.

Una vez se alcance el pleno aporte por parte de sus empleadores, gozarán de la plenitud de los servicios del sistema. 2. La demanda El actor considera vulnerados el derecho a la igualdad (Art. 13 CP), el derecho al mínimo vital, el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas (Art. 25 CP), el derecho a la protección de la familia en conexidad con el derecho al mínimo vital (Art. 42 CP), el derecho fundamental del niño a ser protegido y asistido para garantizar su desarrollo armónico e integral (Art. 44 CP), y finalmente, el derecho fundamental a ser protegido de manera especial, cuando se trata de personas discapacitadas (Art. 13 y 47 CP) y de la tercera edad (Art. 46 CP).

Alega que el parágrafo tercero de la Ley 1429 de 2010, resulta violatorio del artículo 13 constitucional porque crea una discriminación entre dos grupos de trabajadores;

el primero está conformado por aquellos que laboran en empresas con más de 50 trabajadores o con ingresos superiores a 5.000 salarios mínimos, a quienes no se les aplica la Ley 1429 de 2010 y reciben el subsidio familiar desde el inicio de la relación laboral en las condiciones establecidas en la Ley 21 de 1982. Por otro lado, el segundo grupo, está compuesto por los que pertenecen a las pequeñas empresas, es decir las que emplean menos de 50 operarios y cuyos ingresos no superan los 5.000 salarios mínimos, tal y como lo define la Ley 1429 de 2010; estos trabajadores recibirán el subsidio familiar a partir del tercer año que lleven laborando en la empresa, y no desde el comienzo de la relación laboral.

Según el demandante el trato desigual afecta a personas que por su condición económica se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta, debido a las condiciones reales de informalidad y de desorganización administrativa y financiera que “históricamente han estado presentes, más en l a pequeña empresa, que en la mediana y la grande (como lo reconoce la misma ley 1429 de 2010 en su finalidad de hacer más fácil la formalización en este sector económico), se han visto sometidos a atropellos ostensibles en cuanto a sus garantías laborales se refiere. En el anterior sentido, con la medida planteada por el artículo demandado, en cuanto a posponer el beneficio del subsidio familiar, hasta cuando el trabajador lleve laborando 3 años en la empresa, se está afectando a un grupo de trabajadores, desde antaño ya vulnerables ontológicamente hablando, y se ahonda más su desprotección de las garantías sociales mínimas ya establecidas en la legislación, esto con el fin de favorecer la empresa privada, perteneciente a un grupo social que no necesariamente tiene la connotación de vulnerable”.

Entiende que por la misma razón la medida diseñada por el legislador, contenida en el texto demandado , “no resulta adecuada con el fin buscado por el legislador, pues deriva desproporcionada en relación con uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, que lo constituye, la especial protección que merece, en todo caso, el más débil (…)”.

Concluye “que la regulación demandada, en vez de ayudar a los trabajadores de la pequeña empresa, a mejorar la situación de informalidad, a la que injustamente se han visto sometidos, lo que genera es una profundización de la

desigualdad, ya existente por el hecho de estar en la informalidad, y que se manifiesta en la comparación de los Derechos mínimos, ciertos e indiscutibles, que los trabajadores de la mediana y gran empresa tienen (…) Pero además es una medida regresiva social y económicamente hablando, pues le arrebata garantías a los más débiles, para otorgárselo a sectores sociales más fuertes." Sostiene que el trato desigual antes descrito afecta los derechos de los niños, porque los hijos menores de edad se cuentan entre los beneficiarios del subsidio familiar, pues esta prestación tiene como finalidad "ayudar (…) con los gastos que comporta la crianza y educación del niño, logrando así, en cierta medida, el alcance de un desarrollo armónico e integral de todos los derechos fundamentales de los niños".

Manifiesta que el subsidio familiar no puede tener fundamento en la cantidad de utilidades de la empresa privada, porque hace parte del mínimo de derechos y garantías establecidos por la ley, entiende entonces que "no resulta lógico, someter un Derecho mínimo general y obligatorio, y transformarlo en una prestación excepcional, como si de un derecho convencional se tratase, cuando, se itera, no lo es; lo contrario, sería abrirle la puerta al legislador para que hiciera lo mismo con todos los otros Derechos que constituyen ese núcleo esencial de las garantías mínimas, ciertas e indiscutibles".

Considera que los anteriores cuestionamientos de la disposición acusada aplican también frente a "otros beneficiarios del subsidio familiar (…) las personas de la tercera edad (padres discapacitados o mayores de 60 años del trabajador, cuando no hay hijos) y los hermanos huérfanos de padre y madre, del trabajador, siempre y cuando sean menores de edad y aquel vea por su subsistencia, o sin consideración a la edad cuando aquellos sean discapacitados".

Estima que el enunciado demandado vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital, y al trabajo en condiciones dignas y justas porque "el subsidio familiar es uno de los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores Colombianos, y no, una prestación adicional convencional o extra legal, tiene íntima relación con los ingresos necesarios que devenga el trabajador, no solo para procurarse él su subsistencia, sino también la de su familia, ello al menos para satisfacer parcialmente las necesidades básicas que todo ser humano requiere." Insiste en que el artículo acusado "excluye al trabajador más vulnerable, hasta por tres años, de un derecho mínimo, cierto e indiscutible, que constituye el núcleo esencial de lo que es su mínimo vital; entendido este como el conjunto de ingresos que le permiten satisfacer sus necesidades y las de su familia.

Además vulnera el trabajo en condiciones dignas y justas, pues la norma demandada le arrebata al trabajador más vulnerable la posibilidad de alcanzar un grado de vida digna (…)" Agrega que el parágrafo cuestionado en ciertos casos "excluye totalmente a un sector de los trabajadores de la pequeña empresa de recibir el subsidio familiar, esto de manera material, pues por ejemplo aquellos trabajadores vinculados mediante contrato laboral a término fijo inferior a un año, o inclusive hasta por tres años, nunca recibirán, durante la vigencia de su contrato laboral el subsidio familiar, por lo menos en dicho contrato (…) Así un trabajador que sucesivamente realice contratos a término fijo, por ejemplo, inferiores a un año, con diferentes industrias de la pequeña empresa que no hayan alcanzado a plenitud en los aportes señalados en el artículo 5 de la ley 1429 de 2010, nunca en su vida, vería alcanzado el derecho (…) a recibir el subsidio familiar (…)".

Afirma que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que las medidas regresivas en materia de derechos económicos y sociales se presumen prima facie, inconstitucionales y deben ser sometidas a un estricto juicio de constitucionalidad particularmente cuando afectan grupos de población en especial situación de vulnerabilidad. Sostiene que el precepto demandado contempla una medida regresiva que si bien persigue un fin constitucionalmente legítimo, la formalización de la pequeña empresa, en todo caso es desproporcionada porque afecta los derechos mínimos de un grupo vulnerable de la población.

En efecto, estima que la medida “fortalece un sector que en la actualidad no necesariamente está débil en la sociedad, como en efecto lo es aquél que posee el capital y los medios de producción pero a su vez debilita más aún y por un lapso de tiempo bastante largo (3 años y en algunos casos será imposible obtener el subsidio familiar como ya se dio en el contrato a término fijo) a personas que inclusive ya estaban en situación de marginalidad e informalidad”.

Concluye que el precepto demandado no cumple con los requisitos que ha establecido la jurisprudencia constitucional, porque afecta el contenido mínimo no disponible del derecho social o económico comprometido y el beneficio que pretende alcanzar es mayor al costo que apareja.

Por las razones previamente consignadas solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del precepto demandado. 3. Intervenciones oficiales y ciudadanas.

Debido a las numerosas intervenciones que fueron allegadas al expediente, a continuación se agrupan en dos acápites los principales argumentos expuestos por los intervinientes.

3.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad de las disposiciones acusadas. Los ciudadanos Katerine Bermúdez y Luis Miguel Morantes Alfonso, intervinieron en favor de la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos demandados. Las razones esgrimidas fueron las siguientes:

1. En primer lugar aclaran que el enunciado demandado implica que dos de los beneficios que otorgan las cajas de subsidio familiar a los trabajadores afiliados, la cuota monetaria y el subsidio de vivienda le serán entregados en forma diferida en función de los aportes que haga el empleador que se beneficia del artículo 5 de la Ley 1429 de 2010. Aclaran que respecto de la cuota monetaria se indica que el trabajador la irá recibiendo en forma progresiva hasta llegar a un cien por ciento en el sexto año que el empleador haya iniciado su actividad económica principal.

2. Exponen que según los antecedentes del proyecto de ley mencionan éste sirve de plataforma para hacer realidad la meta del presidente electo de crear 2,4 millones de nuevos empleos hasta 2014, y con ello reducir la tasa de desempleo a una cifra inferior a un dígito.

3. Hacen referencia las estadísticas del DANE para el año 2009 según las cuales el 87,11 % de los trabajadores del país reciben un ingreso inferior a cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes, de lo que infieren que un número importante de los trabajadores que se contraten por los empleadores que se beneficien de la Ley 1429 de 2010 se verán afectados por la medida prevista por la disposición demandada.

4. Destacan que la jurisprudencia constitucional ha señalado que, dentro los aportes parafiscales, los que se realizan a las Cajas de Compensación Familiar son atípicos, debido a que se imponen al sector de los empleadores para beneficiar a los trabajadores y ha precisado que no se debe entender que el beneficio de la contribución es sólo para quienes lo han pagado sino que también incluye a quienes tienen algún vínculo con el grupo que hace el aporte.

5. De lo anterior concluyen que los aportes parafiscales que reciben las cajas de compensación familiar deben beneficiar a todos los trabajadores cuyos empleadores se encuentren vinculados a dichas cajas y aquellos que no sean beneficiados deberán estar revestidos de una especial justificación so pena de vulnerar las disposiciones 13 y 53 superiores. Esa especial justificación exige la realización de un test de proporcionalidad en sentido estricto, dado el carácter irrenunciable de las prestaciones sociales a las que tienen derecho todas las trabajadoras y trabajadores subordinados en Colombia.

6. Respecto al trato diferenciado previsto en el enunciado demandado consideran que tiene un fin social y económico orientado a la promoción del emprendimiento empresarial garantizando un acompañamiento durante los tres primeros años a las pequeñas y medianas empresas para que se formalicen, pero estiman que tal beneficio no se debe otorgar en detrimento de un grupo de trabajadores que por sus condiciones de trabajo e ingreso requieren el respeto del mínimo de

derechos y garantías laborales, la irrenunciabilidad y el mínimo vital y móvil previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

7. Advierten que respecto de la medida contemplada parágrafo 3 del artículo 5 de la ley demandada, en los antecedentes del proyecto no se evidencia un estudio o razonamiento que permita identificar la forma en que se estimó el impacto de tal exclusión y si este medio era el adecuado para atender a los fines que ella se propone. Relatan que la experiencia respecto a incentivos fiscales para promover la generación de empleo, han demostrado que esta modalidad de medidas no logran los impactos que se proponen, pues tanto el artículo 250 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 25 de la Ley 488 de 1998 como el artículo 43 de la Ley 590 de 2000 fijaron descuentos en el pago de impuestos y aportes parafiscales a los empleadores que generaran nuevos empleos y ello por sí solo no implicó que se redujeran las tasas de desempleo o se incrementaran las de formalidad.

8. Concluyen que no es razonable desconocer los derechos fundamentales e irrenunciables del trabajador, en especial una prestación social como la cuota monetaria de subsidio familiar, que ha sido creada para favorecer a quienes reciben los menores ingresos, en beneficio de la promoción de la formalización del empleo que vienen dando algunos empleadores y a quienes se dirige la ley pues los efectos que tales medidas generan no son los esperados y además, porque desplazan al trabajador la carga de una exención tributaria que beneficia al empleador. Estiman que este aspecto debió ser revisado de manera expresa por el legislador para determinar quién era el que debía asumir tal costo, que en todo caso en su opinión no debe ser el trabajador por ser el que menos capacidad económica tiene frente al empleador, las cajas de compensación y el sistema de protección social.

9. Consideran por lo tanto que el legislador, al proferir la norma demandada, debió considerar que la exclusión que realizaba como beneficiarios de la cuota monetaria de subsidio familiar a un determinado grupo de trabajadores, respecto de quienes los empleadores no hacen aportes parafiscales en los dos primeros años de beneficio de la ley, era una discriminación injustificada y desproporcionada respecto a los fines que se prevé alcanzar con la medida. Resaltan que dentro de los antecedentes de la Ley 1429 de 2010 no se valoró si con los recursos actuales de las Cajas es posible pagar la cuota monetaria de los nuevos empleos que se generen 10.

Coinciden en que se trata de una medida regresiva, prohibida por la Constitución y por los tratados internacionales de derechos humanos, especialmente el PIDESC. Señalan que otras previsiones legales que disminuyeron aportes en contribuciones parafiscales y redujeron los derechos de los trabajadores, tales como la Ley 789 de 2002 no consiguieron el propósito de generar empleo formal, lo que a su juicio demuestra que las medidas de índole regresiva no son adecuadas para conseguir la finalidad que supuestamente persiguen.

11. Resaltan que el enunciado demandado afecta el mínimo vital de los trabajadores, porque la cuota monetaria del subsidio beneficia a aquellos que devengan menos de cuatro salarios mínimos mensuales vigentes, razón por la cual esta reducción en los ingresos familiares agravaría aún más su situación económica y tendría repercusiones en el desarrollo de los hijos menores que son beneficiarios de este tipo de subsidio.

12. Respecto del otro beneficio que se les limita a los trabajadores que vinculen los empleadores que se acojan a los beneficios de la Ley 1429 de 2010, el Subsidio de Vivienda Familiar, extienden los mismos reproches de inconstitucionalidad que formulan respecto de la cuota monetaria.

3.2. Intervenciones en favor de la exequibilidad de la disposición demandada Los ciudadanos Luis Carlos Vergel Ángel en representación del Departamento Nacional de Planeación; Luis Carlos Villegas Echeverri, Presidente de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia -ANDI-;

Cristian Freire Holguín; Jorge Enrique Ibáñez Najar; Álvaro José Cobo Soto, Presidente Ejecutivo de la Asociación Nacional de Cajas de Compensación-ASOCAJAS;

Iván Daniel Jaramillo; Myriam Herlinda Roncancio Téllez, en representación del Ministerio de la Protección Social; defendieron la constitucionalidad del enunciado demandado. Las razones expuestas en defensa de esta postura se resumen a continuación.

1. Indican que la jurisprudencia constitucional ha señalado que los recursos administrados por la cajas de compensación familiar son de carácter parafiscal pero de naturaleza atípica, puesto que el pago del subsidio familiar obliga a todos los empleadores, sin diferenciar si son públicos o privados e independientemente del sector económico en el que se desempeñan, al tiempo que en armonía con lo anterior, los dineros que se recaudan por este concepto no benefician a un sector económico específico sino a todos los trabajadores de bajos y medianos ingresos en general; y, finalmente, los beneficiarios del subsidio no son las personas que pagan la contribución, es decir los empleadores, sino los trabajadores.

2. Explican que la obligación de los empleadores de pagar los aportes para el subsidio familiar es una obligación tributaria de carácter parafiscal, con destinación específica para la seguridad social, de lo que se deriva que los recursos recaudados por las cajas de compensación familiar, provenientes de dichos aportes, tienen naturaleza parafiscal. Aclaran, sin embargo, que el subsidio familiar, pagado por las cajas de compensación familiar, bien sea en dinero, en especie o en servicios, constituye una prestación social en los términos y condiciones señalados por la ley. Concluyen que una es la naturaleza de los recursos que los empleadores aportan al sistema de subsidio familiar, por conducto de las cajas de compensación familiar y que éstas recaudan y, otra, la naturaleza de los pagos que éstas realizan a favor de los beneficiarios del subsidio familiar como contraprestación de la obligación tributaria, en los términos y condiciones señalados en la ley.

3. Subrayan que en la exposición de motivos del proyecto que finalmente sería aprobado como la Ley 1429 de 2010 se consignó que uno de los problemas que más afectan la formalización empresarial en Colombia consiste en que las cargas para una micro y pequeña empresa que empieza son iguales que las que enfrenta una empresa grande, madura y consolidada. Las empresas recientemente creadas pasan por un período de aprendizaje y adaptación, en el que son más las inversiones realizadas que las utilidades recibidas y, por consiguiente, en el que las empresas aún no cuentan con el suficiente capital económico y social para enfrentar los riesgos que puedan llegar a amenazar su supervivencia. De hecho, las estadísticas muestran que cerca del 75% de las empresas que se crean, mueren antes de completar el tercer año. Aquellas que lo logran, tienden a formalizarse naturalmente. Es decir, tres de cada cuatro nuevas empresas quiebran durante sus primeros tres años de operación.

4. Explican que las obligaciones económicas impuestas por ley, tales como los tributos, las cargas laborales no salariales y los costos de transacción de ciertos trámites, constituyen gastos adicionales para las empresas, cuya onerosidad o incremento puede llevar a que las nuevas decidan abandonar su actividad económica o desarrollarla en la informalidad.

5. Consideran que es necesario tanto combatir la informalidad en las microempresas y pequeñas empresas como de acompañarlas en su proceso de aprendizaje, para esto se requiere disminuir las cargas económicas que deben afrontar durante sus primeros años de operación, con el propósito de dejarlas madurar antes de imponerles la totalidad de las cargas previstas para las empresas consolidadas.

6. Indican que con el fin de lograr tal objetivo, los artículos 3, 5 y 7 de la Ley 1429 de 2010 establecen un sistema de progresividad para el pago del Impuesto sobre la Renta y Complementarios, para el pago de los aportes parafiscales (incluyendo los aportes en salud a la subcuenta de solidaridad del FOSYGA y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima), y para la expedición y renovación del registro mercantil, en beneficio de las microempresas y pequeñas empresas creadas a partir de la promulgación de la Ley. Estas medidas pretenden evitar que se les reduzca la liquidez, capacidad de gestión y, de manera consecuente, aumentar sus posibilidades de supervivencia.

7. En relación con el cargo formulado por el demandante de supuesta vulneración del principio de igualdad explican que los trabajadores se encuentran en una situación diferente y por lo tanto no existe un mandato de trato igualitario, pues unos laboran en empresas consolidadas y sus empleadores realizan aportes parafiscales a las cajas de compensación, por lo tanto tienen derecho a la cuota monetaria, mientras otros trabajan en empresas que se acogen a los beneficios previstos en la Ley 1429 de 2010, entre ellos el no pago de parafiscales, y por lo tanto sus empleadores no aportan a las cajas de compensación, de lo que deducen que éstos últimos no tiene derecho a recibir la cuota monetaria, precisamente porque dicha cuota se paga en virtud de los aportes realizados por los empleadores.

8. Afirman que, en todo caso, los trabajadores de las empresas creadas en virtud de la Ley 1429 de 2010, de manera progresiva accederán a todos los beneficios del subsidio familiar, entre ellos la cuota monetaria y el subsidio familiar, razón por la cual sostienen que el supuesto trato diferenciado cesaría a partir de los seis años de creación de la empresa.

9. Concluyen que el parágrafo 3° del Artículo 5° de la Ley 1429 de 2010 no vulnera el derecho a la igualdad, pues al establecer la gradación de los servicios ofrecidos por las cajas de compensación familiar, además de respetar el principio de compensación y de solidaridad del Sistema, se establece un mecanismo adecuado para el logro de fines constitucionalmente válidos, como lo son incentivar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas y la disminución de la informalidad laboral.

Afirman que la norma sí es necesaria para alcanzar tales fines, toda vez que, por una parte, contribuye a generar incentivos para la formalización de los trabajadores y la generación de empleo, consistentes en la prestación de servicios sociales por parte de las Cajas de Compensación Familiar para el trabajador y su familia, como el turismo social y la capacitación, mientras que por otra parte, preserva el sistema de la compensación propio del subsidio familiar. Finalmente, entienden que la progresión contemplada en la ley para la prestación de los servicios, incluido el otorgamiento de subsidios, atiende igualmente a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, toda vez que se realizará en forma escalonada en el tiempo con el fin de evitar un impacto en todo el sistema del subsidio familiar, lo cual generaría un perjuicio grave e irremediable en el resto de los trabajadores afiliados a las Cajas de Compensación Familiar.

10. Consideran que el enunciado normativo demandado no afecta el principio de progresividad ni la prohibición de regresión en materia de derechos económicos, sociales y culturales, pues se trata de empresas nuevas, que inician su actividad a partir de la Ley 1429 y se trata de empleos nuevos de personas que no se encontraban en el sector formal.

Alegan que la progresividad debe ser vista en función de la situación específica de la persona que, en virtud de la legislación promocional, adquiere un trabajo formal y, que rebasado un término, es incluida dentro de los íntegros beneficios del sistema de subsidio familiar.

11. Defienden que aún si se considera que la medida adoptada tiene un carácter regresivo, supera el juicio estricto de proporcionalidad propuesto por la jurisprudencia constitucional en estos casos, pues (i) busca una finalidad constitucionalmente legítima, cual es la formalización y la generación de empleo, al prever incentivos para la formalización en las etapas iniciales de la creación de empresas; (ii) es conducente para alcanzar la finalidad propuesta, porque al disminuir los costos de la formalización de las empresas se potencia el crecimiento de las microempresas y las pequeñas empresas para que generen empleos productivos;

(iii) es necesaria porque no existen medidas igualmente eficaces para crear empleos y conseguir la formalización de las empresas; (iv) no afecta el núcleo fundamental del derecho a percibir el subsidio familiar pues esta prestación social tiene componentes extrapatrimoniales que se garantizan a todos los trabajadores del país, inclusive a aquellos vinculados a empresas que no están haciendo contribuciones parafiscales; (v) los beneficios obtenidos por la medida son superiores a los costos en relación con el supuesto derecho afectado porque se traduciría en una reducción del desempleo a cifras

cercanas a 9% -es decir se generarían cerca de 2.435.000 empleos- y en una disminución de cerca de 5 puntos porcentuales en el índice de informalidad laboral;

(vi) su ámbito de aplicación es delimitado y no generalizado pues sólo cobijaría a ciertos trabajadores, los que se vinculen a las micro y pequeñas empresas que se creen en virtud de la Ley 1429 de 2010, por un período de tiempo delimitado que en definitiva no puede exceder once años contados a partir de su expedición;

(vii) la medida no recae sobre personas o grupos de personas especialmente protegidos por su condición de marginalidad o vulnerabilidad. 12. Manifiestan que si bien la demanda aparentemente se formula contra un enunciado normativo que tiene un contenido autónomo, envuelve otras disposiciones de rango legal, tales como el artículo 30 del Decreto ley 1769 de 2003, que fija el procedimiento para fijar la cuota monetaria del subsidio familiar, puesto que el pronunciamiento de la Corte puede afectar a las familias de los trabajadores cuyas empresas actualmente realizan aportes a las cajas de compensación.

13. Citan distintos precedentes en los cuales la Corte Constitucional declaró exequibles enunciados normativos que prevén tratos diferenciados en materia de la cuota monetaria del subsidio familiar y de los beneficios que otorgan las cajas de compensación familiar.

Así, aluden a la sentencia C-149 de 1994, la cual examinó la constitucionalidad del segundo inciso del artículo 6 de la Ley 71 de 1988 que permite a los pensionados, previo el pago de una cotización, afiliarse a las cajas de compensación familiar para recibir sus servicios excepto el subsidio en dinero, precepto demandado por supuesta vulneración del principio de igualdad, pero la Corte decidió que se ajustaba a la Constitución. Mencionan también la sentencia C-393 de 2007 la cual encontró ajustado a la Constitución el trato diferente en materia de atención a los desempleados, contemplado en algunos apartes de los artículos 6, 10 y 11 de la Ley 789 de 2002.

14. Narran que el proyecto presentado por el Gobierno, que dio origen a la Ley 1429 de 2010, inicialmente preveía que los trabajadores de las empresas que se acogieran a los beneficios señalados en dicho cuerpo normativo gozarían de la cuota monetaria a pesar que las empresas durante los dos primeros años no debían hacer contribuciones parafiscales a las cajas de compensación. Sin embargo, esta previsión fue modificada durante el trámite legislativo porque habría supuesto una desmejora de las familias de aquellos trabajadores cuyos empleadores contribuyen para tales efectos, pues las cajas de compensación al carecer de recursos adicionales habrían tenido que disminuir el monto de la misma para otorgar un mayor número de subsidios.

15. Razonan que esta última posibilidad hubiera significado a su vez un retroceso en materia de la cuota monetaria reconocida a los hijos o familiares de los trabajadores cuyos empleadores realizan aportes a las cajas de compensación, lo que consideran contrario al PIDESC y a la obligación de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

16. Exponen que la única manera de evitar la regresividad de los derechos y al mismo tiempo garantizar la efectividad del incentivo a favor de los trabajadores cuyos empleadores no pagarán total o parcialmente la contribución parafiscal en los próximos años, era previendo, como hace la disposición acusada, que el incentivo del pago progresivo de los aportes parafiscales tuviera como contrapartida el acceso gradual a los beneficios del subsidio familiar, en forma tal que, durante los dos primeros años, la contraprestación sea únicamente en servicios sociales referentes a recreación, turismo social y capacitación otorgados por las Cajas de Compensación Familiar; a partir del tercer año, además de los anteriores servicios sociales, tienen derecho a percibir la cuota monetaria del subsidio en proporción al aporte realizado y una vez se alcance el pleno aporte de sus empleadores, gozan de la plenitud de los servicios del sistema.

17. Afirman los intervinientes que el derecho fundamental al mínimo vital está compuesto por un conjunto de elementos materiales del orden económico y social indispensables para el desarrollo biológico de la persona, los cuales son

indispensables para cubrir sus necesidades básicas, señalan que la jurisprudencia constitucional ha entendido que este derecho resulta afectado cuando el Estado o los particulares omiten el principio de solidaridad social y no responden de manera oportuna ante situaciones en las cuales la persona o su núcleo familiar se encuentran en una situación extrema que amenaza su condición socio-económica, que puede llevar a una pobreza al límite que raye con la indigencia. De lo anterior infieren que la disposición acusada no vulnera este derecho fundamental ni el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas; puesto que no coloca a los trabajadores de las empresas beneficiarias del régimen de progresividad de aportes en una situación de disminución física, moral ni económica, y por el contrario busca crear condiciones materiales esenciales futuras para asegurar una congrua subsistencia de los trabajadores y de sus familias.

4. Concepto del Procurador General de la Nación Mediante Concepto No. 5134, radicado ante la Secretaría General de la Corte Constitucional el treinta y uno (31) de marzo del año en curso, el representante del Ministerio Público solicitó la declaratoria de exequibilidad del enunciado normativo demandado.

Relata el Procurador que la Ley 1429 de 2010 persigue combatir el alto desempleo que se presenta en el país y la informalidad laboral, para lo cual prevé mecanismos para formalizar a los trabajadores, en especial a los que laboran en micro y pequeñas empresas, las cuales no están en condiciones patrimoniales de cumplir los requisitos exigidos por las normas laborales vigentes. Destaca que una de estas medidas consiste en establecer para dichas empresas un régimen de progresividad en sus aportes al Sena, ICBF, cajas de compensación familiar y en salud a la subcuenta de solidaridad del Fosyga. Este régimen parte del cero por ciento (0%), pasa al veinticinco por ciento (25%) al tercer año de haber iniciado su actividad económica principal, al cincuenta por ciento (50%) al cuarto año, al setenta y cinco por ciento (75%) al quinto año, y alcanza el cien por ciento de los aportes (100%) al sexto año de actividades.

Pone de relieve que en la exposición de motivos del proyecto que finalmente se convirtió en la Ley 1429 de 2010 se explica que la ley busca alterar la relación costo-beneficio entre informalidad-formalidad en las etapas iniciales de la formalización, de tal manera que se aumente los beneficios de ser formal, se disminuya los costos de formalizarse y se incremente los costos de ser informal.

Refiere el representante del Ministerio Público que el régimen de progresividad en los aportes a las cajas de compensación se enmarca dentro de los anteriores propósitos, ya que las pequeñas empresas, mientras superan un período de aprendizaje, adaptación y consolidación, obtienen poca o ninguna utilidad y, en cambio, requieren de significativas inversiones. Hace alusión a que las estadísticas disponibles sobre la materia, muestran que cerca del 75% de las empresas que se crean en un año dejan de existir antes de completar el tercer año. Ese alto porcentaje de fracaso empresarial mantiene a muchas actividades en la informalidad, por lo tanto, en aras de lograr su formalización, es necesario disminuir las cargas económicas a cargo de estas empresas durante sus primeros años de operación.

Respecto del cargo formulado por el actor referido a la supuesta vulneración el principio de igualdad anota que el régimen de progresividad implica una diferencia de trato para los trabajadores de las pequeñas empresas a las cuales se aplica. No obstante, a su juicio esta diferencia de trato está justificada por la finalidad que persigue la Ley 1429 de 2010, que es la de promover el empleo formal, para facilitar el acceso a éste de personas con trabajos informales, de jóvenes y de desempleados, propósito que se ajusta a la Constitución, especialmente a los artículos 1°, 2°, 13 y 53, pues el grupo de personas cuyo acceso a un empleo formal se busca facilitar, se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, marginados del mercado laboral formal.

Destaca que la Ley 1429 de 2010 reconoce a los trabajadores de las pequeñas empresas a las que se aplica el régimen de progresividad, los derechos y prestaciones económicas y sociales que les corresponden como trabajadores formales, en las que se incluye lo relativo a la seguridad social integral, salvo el subsidio económico y de vivienda que gestionan las cajas de compensación familiar, pues éstos se someten a una gradualidad. Explica que la privación temporal de los

subsidios “es el único sacrificio que hace el trabajador para contribuir a formalizar un empleo en el cual tienen plena garantía sus demás derechos laborales. Desde el punto de vista de los trabajadores informales, de los jóvenes y de los desempleados, este sacrificio es mínimo frente a los beneficios que tiene para sus vidas el acceder a un empleo formal.” Expone que la medida adoptada en el parágrafo demandado no vulnera el principio de no regresividad de los derechos sociales, pues sólo se aplica de manera temporal, a nuevas pequeñas empresas, y contribuye a favorecer a un amplio grupo de personas discriminadas o marginadas del mercado laboral formal.

Explica que si la base económica de la cuota monetaria del subsidio familiar es el aporte de la empresa a la caja, y que si la disposición demandada prevé que ese aporte está sometido a una contribución gradual, es razonable que el subsidio sea sometido a esta misma condición. Considera que de no ser así las cajas de compensación estarían obligadas a pagar subsidios aun sin recibir aportes o las empresas no podrían beneficiarse de los incentivos legales, afirma que “En el primer caso afecta la viabilidad patrimonial de las cajas de compensación. En el segundo se pone en riesgo la valiosa finalidad constitucional que persigue el régimen de gradualidad.” Añade que las cajas de compensación familiar, pese a recibir los aportes de las empresas de manera progresiva, están obligadas a prestar a sus trabajadores, desde su afiliación, y sin restricciones, los servicios sociales de recreación, turismo social y capacitación, razón por la cual “las propias cajas de compensación hacen su aporte y su sacrificio en aras de lograr el objetivo de formalizar a las empresas y, de contera, formalizar el empleo.” Dentro del anterior contexto, considera la decisión del legislador razonable y proporcionada, pues la afectación que sufren los trabajadores al no recibir la totalidad del subsidio monetario durante un período determinado es, a su entender, un pequeño sacrificio de cara a los beneficios de inclusión social que implica facilitar el acceso de trabajadores informales, jóvenes y desempleados a un trabajo formal, en el cual les sean reconocidos y respetados sus derechos y gocen de las garantías de las cuales en su actual condición carecen. Expresa que el propósito de formalizar las empresas y el empleo es muy importante para el interés general, contribuye a mejorar la situación de poblaciones marginadas, fortalece tanto la economía como la protección de los derechos sociales y puede contribuir a disminuir la pobreza.

II. CONSIDERACIONES. 1. Competencia Esta Corporación es competente para conocer del proceso de la referencia, de conformidad con el artículo 241 numeral 4 de la Constitución Política.

2. El asunto bajo revisión El demandante formula cargos contra el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1429 de 2010, considera que el enunciado demandado vulnera el derecho a la igualdad (Art. 13 CP), el derecho al mínimo vital, el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas (Art. 25 CP), el derecho a la protección de la familia en conexidad con el derecho al mínimo vital (Art. 42 CP), el derecho fundamental del niño a ser protegido y asistido para garantizar su desarrollo armónico e integral (Art. 44 CP) y, finalmente, el derecho fundamental a ser protegido de manera especial, cuando se trata de personas discapacitadas y de la tercera edad (Art.46).

Alega que el parágrafo tercero de la Ley 1429 de 2010, resulta violatorio del artículo 13 constitucional porque crea una discriminación entre dos grupos de trabajadores;

el primero está conformado por aquellos que laboran en empresas con más de 50 trabajadores o con ingresos superiores a 5.000 salarios mínimos, a quienes no se les aplica la ley 1429 de 2010 y reciben el subsidio familiar desde el inicio de la relación laboral en las condiciones establecidas en la ley 21 de 1982. Por otro lado, el segundo grupo, está compuesto por los que pertenecen a las pequeñas empresas, es decir las que poseen menos de 50 trabajadores y que sus ingresos no superen los 5.000 salarios mínimos, tal y como lo define la ley 1429 de 2010; estos trabajadores, con la expedición de dicha ley, recibirán el subsidio familiar gradualmente a partir del tercer año que lleven laborando en la empresa. Sostiene, así mismo, que el trato desigual antes descrito también afecta los derechos de los beneficiarios de la cuota monetaria del subsidio familiar entre los que se cuentan los niños, y las personas de la tercera edad.

Estima que el enunciado demandado vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital, y al trabajo en condiciones dignas y justas porque entiende que el subsidio familiar es un derecho mínimo, cierto e indiscutible de los trabajadores. Explica que en ciertos casos algunos trabajadores se verán privados materialmente del derecho a percibir la cuota monetaria del subsidio familiar, por ejemplo cuando celebren de manera sucesiva contratos laborales a término fijo con empresas que se acojan a los beneficios señalados en el artículo 5 de la Ley 1429 de 2010.

Adicionalmente, considera que el enunciado demandado es regresivo y por lo tanto debe ser considerado una medida prima facie inconstitucional, la cual ha de ser sometida a un juicio estricto de proporcionalidad, porque afecta a personas que se encuentran en especial situación de marginalidad y vulnerabilidad, como lo son los trabajadores de la pequeña empresa, y los beneficiarios del subsidio familiar. Expone que la finalidad de Ley 1429 de 2010 es la formalización de la pequeña empresa, pues el artículo 1º así lo consigna expresamente. Considera que si bien es un fin constitucionalmente legítimo, en todo caso la medida es desproporcionada porque reduce los derechos mínimos de un grupo vulnerable de la población .

Concluye que el precepto demandado no cumple con los parámetros que ha establecido la jurisprudencia constitucional respecto de este tipo de medidas, porque restringe el contenido mínimo no disponible del derecho social o económico comprometido y el beneficio que pretende alcanzar es mayor al costo que apareja.

El Procurador General de la Nación y la mayoría de los intervinientes defienden la constitucionalidad del enunciado demandado. Respecto del cargo formulado por el demandante de supuesta vulneración del principio de igualdad indican que se trata de trabajadores que se encuentran en situaciones diferentes respecto de los cuales no existe un mandato de trato igualitario, pues unos trabajan en empresas consolidadas y sus empleadores realizan aportes parafiscales a las cajas de compensación, por lo tanto tienen derecho a la cuota monetaria, mientras otros laboran en micro y pequeñas empresas acogidas a los beneficios previstos en la Ley 1429 de 2010, entre ellos el no pago de parafiscales y, por lo tanto, ante la ausencia de cotización de sus empleadores no tienen derecho a recibir la cuota monetaria. Afirman que, en todo caso, los trabajadores de las empresas creadas en virtud de la Ley 1429 de 2010, de manera progresiva accederán a todos los beneficios del subsidio familiar, entre ellos la cuota monetaria y el subsidio familiar, razón por la cual el supuesto trato diferenciado cesaría a partir de los seis años.

Añaden que aún si se considera que la medida adoptada en el precepto demandado tiene un carácter regresivo, supera el juicio estricto de proporcionalidad propuesto por la jurisprudencia constitucional en estos casos, pues (i) busca una finalidad constitucionalmente legítima, cual es la formalización y la generación de empleo, al prever incentivos a la formalización en las etapas iniciales de la creación de empresas de tal manera que aumenten los beneficios y disminuyan los costos de formalizarse; (ii) es conducente para alcanzar la finalidad propuesta, porque al disminuir los costos de la formalización de las empresas se potencia el crecimiento de las micro y pequeñas empresas para que generen empleos productivos; (iii) es necesaria porque no existen medidas igualmente eficaces para crear empleos y conseguir la formalización de las empresas; (iv) no afecta el núcleo fundamental del derecho a percibir el subsidio familiar pues esta prestación social tiene componentes extrapatrimoniales que se garantizan a todos los trabajadores del país, inclusive a aquellos vinculados a empresas que no están haciendo contribuciones parafiscales; (v) los beneficios obtenidos por la medida son superiores a los costos en relación con el supuesto derecho afectado porque se traduciría en una reducción del desempleo a cifras cercanas a 9% -es decir se generarían cerca de 2.435.000 empleos- y en una disminución de cerca de 5 puntos porcentuales en el índice de informalidad laboral;

(vi) su ámbito de aplicación es delimitado y no generalizado pues sólo cobijaría a ciertos trabajadores, los que se vinculen a las micro y pequeñas empresas que se creen en virtud de la Ley 1429 de 2010, por un período de tiempo delimitado que en definitiva no puede exceder once años.

Ahora bien, aunque el demandante solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de la totalidad del parágrafo tercero del artículo 5 de la Ley 1429 de 2010, y sus cargos los formula genéricamente contra el supuesto trato desigual respecto del subsidio familiar y al carácter regresivo del enunciado cuestionado, sus acusaciones se centran en uno de los componentes del subsidio familiar, la cuota monetaria, pues en la demanda no se exponen razones sobre la inconstitucionalidad de las previsiones relacionadas con el acceso progresivo de los trabajadores al subsidio de vivienda. En consecuencia, ante la ausencia de cargos con relación a dicho contenido normativo esta Corporación centrará su análisis exclusivamente en la supuesta inexequibilidad del parágrafo tercero del artículo 5 de la Ley 1429 de 2010 en lo que hace referencia a la cuota monetaria del subsidio familiar.

Por otra parte, cabe señalar que el artículo demandado en su parágrafo primero prevé un régimen especial de progresividad para las pequeñas empresas que tengan su domicilio principal y desarrollen toda su actividad económica en los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés, el cual se extiende por once años. Este régimen especial a su vez implica un tratamiento diferente en cuanto a los aportes parafiscales los cuales sólo se realizan gradualmente a partir del octavo año del inicio de la actividad económica principal por parte de la empresa, el demandante tampoco formula cargos contra dicho enunciado normativo y por esta razón tampoco será objeto de examen en la presente providencia.

Planteado en los anteriores términos el debate constitucional corresponde a esta Corporación para resolver los cargos de inconstitucionalidad propuestos: (i) referirse a la naturaleza el subsidio familiar especialmente en lo que hace referencia a la cuota monetaria, (ii) hacer breves consideraciones respecto del principio y del derecho fundamental a la igualdad, (iii) al igual que respecto de la prohibición de regresión en materia de derechos sociales, (iv) consignar algunas consideraciones en torno a la Ley 1429 de 2010 y las finalidades que persigue y finalmente, (v) examinar los cargos formulados por el demandante.

Empero, antes de abordar los anteriores tópicos es menester analizar nuevamente la aptitud de la demanda presentada, pues algunos de los intervinientes sugieren que el demandante no integró la unidad normativa con otras disposiciones que guardan estrecha relación con el enunciado acusado y por lo tanto no habría lugar a un pronunciamiento de fondo por parte de esta Corporación.

3. La aptitud de la demanda presentada. Si bien el magistrado sustanciador cuando estudia una demanda para considerar su admisión verifica que ésta reúna los requisitos necesarios para que se pueda entablar un verdadero debate constitucional, el haber sorteado ese primer examen no conduce ineludiblemente a un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión planteada, porque al momento de proferir sentencia esta Corporación puede percatarse que el libelo acusatorio adolece de defectos que impiden proferir una decisión definitiva sobre la exequibilidad de la disposición demandada.

Respecto de la demanda que dio lugar al presente proceso algunos de los intervinientes señalan que el actor debió acusar otras disposiciones que regulan la figura de la cuota monetaria del subsidio familiar, especialmente las contenidas en el Decreto ley 1769 de 2003, pues precisamente de la comparación entre la regulación prevista en dicho plexo normativo y aquella contenida en la Ley 1429 de 2010 es que surge el trato diferenciado tachado de inconstitucional.

La anterior objeción no es acogida por esta Sala pues si bien cuando se formulan cargos basados en la vulneración del principio de igualdad, es necesario demandar todas las disposiciones de las cuales se deriva el tratamiento normativo supuestamente discriminatorio, en esta oportunidad la pretensión del demandante es la extensión de la regulación sobre la cuota monetaria, prevista en la Ley 21 de 1982 y en el Decreto ley 1769 de 2003, a los trabajadores de las empresas que se acojan a los beneficios previstos en la Ley 1429 de 2010, por lo tanto no formula ninguna acusación sobre el primer universo normativo precisamente porque lo considera ajustado a la Constitución, razón por la cual no era necesario que lo hubiese demandado pues no solicita a esta Corporación que se pronuncie sobre su exequibilidad.

Empero, del anterior análisis resulta que el ciudadano Díez Castaño, a pesar de haber formulado cargos contra un enunciado que tiene un contenido normativo autónomo, no demandó la totalidad del precepto del cual resulta el trato diferenciado acusado. En efecto, el parágrafo 3 del artículo 5 señala textualmente que "los trabajadores de las empresas beneficiarias del régimen de progresividad de aportes a que se refiere el presente artículo (…) A partir del tercer año, además de los anteriores servicios sociales, tendrán derecho a percibir la cuota monetaria de subsidio en proporción al aporte realizado y subsidio de vivienda. Una vez se alcance el pleno aporte por parte de sus empleadores, gozarán de la plenitud de los servicios del sistema".

Entonces, el trato diferenciado consistente en no percibir la cuota monetaria del subsidio familiar durante los dos primeros años de la actividad económica de la empresa, es consecuencia de la progresividad en los aportes a las cajas de compensación, prevista en el inciso primero del artículo 5º de la Ley 1429 y en los restantes incisos de la misma disposición, al igual que en el parágrafo primero de dicho artículo, los cuales debieron ser incluidos dentro del texto acusado en la demanda.

De lo anterior se desprende que el actor no integró debidamente la unidad normativa, pues no incluyó en la demanda todos los enunciados de los cuales se desprende el trato supuestamente discriminatorio, sin embargo esta falencia no necesariamente ha de conducir a un fallo inhibitorio pues el inciso cuarto del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991 señala la posibilidad que la Corte excepcionalmente remedie este defecto del libelo acusatorio.

Sobre el particular sostuvo esta Corporación en reciente ocasión que procede la integración oficiosa de la unidad normativa en los siguientes eventos: (i) cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada; (ii) en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas, con el propósito de evitar que un fallo de inexequibilidad resulte inocuo, (iii) cuando la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad [1] .

Ahora bien, la integración oficiosa de la unidad normativa plantea serias objeciones desde la perspectiva del control rogado que ejerce esta Corporación en virtud de una demanda y del carácter participativo del trámite de la acción pública, especialmente porque se priva a los intervinientes de expresar sus argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de aquellos enunciados que no fueron expresamente señalados en la demanda y en el auto admisorio de la misma como objeto del debate constitucional propuesto. Sin embargo, en la presente ocasión todos los escritos de intervención y el concepto del Procurador se refirieron en extenso respecto del régimen de progresividad de los aportes a las cajas de compensación, por considerarlo precisamente como un elemento normativo estrechamente relacionado con el parágrafo demandado.

Por tal razón y con el propósito evitar un fallo inhibitorio se procede a integrar la unidad normativa del enunciado demandado con el artículo 5 de la Ley 1429 de 2010 y con el parágrafo primero de la misma disposición, exclusivamente en lo que hace referencia al régimen de progresividad en los aportes a las cajas de compensación de las pequeñas empresas que inicien su actividad económica principal a partir de la promulgación de dicho cuerpo normativo.

4. Breves consideraciones sobre el subsidio familiar en el ordenamiento jurídico colombiano 4.1. El marco normativo del subsidio familiar En Colombia el sistema del subsidio familiar surge a mediados del siglo pasado bajo un modelo que combina la protección laboral y la distribución del ingreso.

La Ley 90 de 1946 fue la primera en prever le subsidio como una prestación facultativa que los empleadores podían asumir en beneficio de los asegurados obligatorios o que llegaren a establecerse por ley especial o en las convenciones colectivas de trabajo. Posteriormente el Decreto Legislativo 118 de 1957 le da el carácter de una obligación a cargo de

determinados empleadores particulares y de algunas entidades oficiales que debía ser cubierto los beneficiarios directamente por las respectivas empresas o por las cajas especiales organizadas por los empleadores. De esta manera el subsidio pasó a ser parte de la seguridad social y quedó incluido dentro de la denominación genérica de prestaciones sociales legales de los trabajadores. La Ley 58 de 1963 amplió la cobertura a los trabajadores del sector público y todos los de las empresas o patronos titulares de un patrimonio neto igual o superior a los cincuenta mil pesos. Sin embargo, el sistema no era uniforme pues hacía depender el monto del subsidio del tamaño de la empresa y permitía la creación de Cajas de Compensación exclusivas para los empleados de ciertos gremios.

Sería la Ley 21 de 1982, la que fijaría el marco normativo actual bajo el cual todo trabajador dependiente es beneficiario del subsidio familiar sin importar la naturaleza de su empleador. Posteriormente, mediante La Ley 22 de 1985 se creó la Superintendencia del Subsidio Familiar y en el artículo 6° de la Ley 71 de 1988, se amplió la cobertura del sistema del subsidio familiar, a los pensionados, salvo en lo relacionado con el subsidio en dinero.

El objeto misional asignado a las Cajas de Compensación fue ampliado por la Ley 49 de 1990, cuerpo normativo que les asignó el otorgamiento de subsidios para la adquisición o construcción de vivienda de interés social, subsidios en educación y asignación de recursos para la atención de niños y jóvenes pobres.

El artículo 68 de este cuerpo normativo creó el subsidio a la vivienda de interés social por parte de las Cajas de Compensación Familiar, en virtud del cual cada Caja estará obligada a constituir un fondo para el subsidio familiar de vivienda, que según determine el Gobierno Nacional puede ser asignado en dinero o en especie de conformidad con las políticas públicas diseñadas en la materia.

Por otra parte, el artículo 217 de la Ley 100 de 1993 dispuso que las Cajas de Compensación Familiar destinarían el 5% de los recaudos del subsidio familiar que administran, para financiar el régimen de subsidios en salud, salvo aquellas Cajas que obtuvieran un cuociente superior al 100% del recaudo del subsidio familiar del respectivo año, las cuales tendrán que destinar un 10%.

En fecha más reciente fue expedida la Ley 789 de 2002, por medio de la cual el Congreso de la República dictó normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social, que redefine el papel de las Cajas de Compensación Familiar y les asigna la tarea de operadores del sistema de protección social en cuanto atañe con el reconocimiento y pago de los beneficios a los desempleados, tales como: subsidios alimentarios, subsidios para salud y educación, capacitación para la reinserción laboral, e igualmente les asigna la función de ser forjadoras de capital para el fomento del empleo, por medio de programas de microcrédito. Estas previsiones fueron complementadas por la Ley 920 de 2004, mediante la cual se autoriza a las Cajas de Compensación Familiar realizar actividad financiera, consistente en la captación de ahorro y su colocación mediante líneas de crédito con una regulación especial [2] .

Para el presente proceso reviste especial importancia el marco normativo actual del subsidio familiar, contenido en gran medida en la Ley 21 de 1982, junto con las modificaciones introducidas por la Ley 789 de 2002. El artículo 1º del primer cuerpo normativo define el subsidio familiar como “una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.” Los artículos 2 y 3 de la Ley 21 de 1982 señalan que el subsidio familiar no constituye salario, ni es gravable fiscalmente. El artículo 4 indica que el subsidio familiar es inembargable salvo ciertas excepciones [3] .

El artículo 5 define los distintos componentes del subsidio familiar en los siguientes términos: Subsidio en dinero es la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo que se dé derecho a la prestación.

Subsidio en especie es el reconocido en alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación de esta Ley.

Subsidio en servicios es aquel que se reconoce a través de la utilización de las obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar dentro del orden de prioridades prescrito en la Ley.

Por su parte, el artículo 7 señala que están obligados a pagar el subsidio familiar: 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. El artículo 14 de la ley señala que para efectos del régimen del subsidio familiar se entiende por empleador toda persona natural o jurídica que tenga trabajadores a su servicio y se encuentre dentro de la enumeración hecha en el artículo 7 de la ley.

En cuanto al monto de los aportes que deben hacer los empleadores del sector privado para el pago del subsidio familiar, de una lectura sistemática de los artículos 9 [4] y 12 [5] de la Ley 21 de 1982 se desprende que corresponde al 4% de la nómina mensual.

La Ley 789 de 2002 en su artículo 3º configura el régimen del subsidio familiar en dinero, al respecto señala que serán beneficiarios “los trabajadores cuya remuneración mensual, fija o variable no sobrepase los cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv, siempre y cuando laboren al menos 96 horas al mes; y que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero (a), no sobrepasen seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv.” El artículo 4 prevé que la suma mensual que será cancelada a los trabajadores beneficiarios del subsidio familiar en dinero será denominada cuota monetaria .

El artículo 5º de la Ley en cuestión confía al Gobierno Nacional la expedición de las normas respecto a los términos y condiciones a que debe sujetarse la cuota monetaria en el Sistema de Compensación Familiar, así como su régimen de organización, funcionamiento y tiempo de implantación, con sujeción al estudio técnico y a los principios establecidos en el mismo precepto. Encargo que fue cumplido mediante la expedición del Decreto ley 1769 de 2003 [6] .

La Ley 789 prevé que el trabajador beneficiario tiene derecho a recibir el subsidio familiar en dinero durante el período de vacaciones anuales y en los días de descanso o permiso remunerado de ley, convencionales o contractuales;

períodos de incapacidad por motivo de enfermedad no profesional, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedad profesional (Art. 3). Finalmente, el parágrafo del mismo precepto consigna que darán derecho al subsidio familiar en dinero las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

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

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

3. Los padres del trabajador beneficiario mayores de 60 años, siempre y cuando ninguno de los dos reciba salario, renta o pensión alguna. 4. Los padres, los hermanos huérfanos de padres y los hijos, que sean inválidos o de capacidad física disminuida que les impida trabajar, causarán doble cuota de subsidio familiar, sin limitación en razón de su edad. El trabajador beneficiario deberá demostrar que las personas se encuentran a su cargo y conviven con él.

5. Podrán cobrar simultáneamente el subsidio familiar por los mismos hijos el padre y la madre, cuyas remuneraciones sumadas no excedan de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv.

Del análisis de la legislación vigente sobre la materia, esta Corporación [7] ha destacado como características fundamentales del subsidio familiar las siguientes:

· Es una prestación social, porque su finalidad no es la de retribuir directamente el trabajo -como sí lo hace el salario-, sino la de subvencionar las cargas económicas del trabajador beneficiario.

· Se paga en dinero, servicios y especie ya sea mediante una cuota monetaria, el reconocimiento de géneros distintos al dinero o mediante la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar, respectivamente.

· Se paga a los trabajadores activos y también a los pensionados, salvo en lo relacionado con el subsidio en dinero al cual éstos últimos no tienen derecho por mandato de la ley [8] .

· Tiene por objetivo fundamental la protección integral de la familia y puede ser considerado una concretización del mandato contenido en el artículo 42 constitucional, a cuyo tenor "el Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia".

· Constituye una valiosa herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del Gobierno, pues es un instrumento para alcanzar la universalidad de la seguridad social, de conformidad con lo señalado en el artículo 48 constitucional.

· Se provee a partir de los recursos aportados por los empleadores a las cajas de compensación familiar. · Es recaudado, distribuido y pagado por las cajas de compensación familiar que además están en la obligación de organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar.

4.2. Los convenios internacionales en la materia Por otra parte, esta Corporación ha señalado la relación existente entre el subsidio familiar y el Convenio 102 de 1952 de la OIT, norma mínima sobre la seguridad social [9] . La Parte VII del citado convenio se titula "Prestaciones familiares", y las disposiciones pertinentes consignan:

Artículo 39. Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones familiares de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 40. La contingencia cubierta será la de tener hijos a cargo en las condiciones que se prescriban. Artículo 41 Las personas protegidas deberán comprender: a) sea a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados; b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes; c) sea a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos; d) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas.

Artículo 42. Las prestaciones deberán comprender: a) sea un pago periódico concedido a toda persona protegida que haya cumplido el período de calificación prescrito; b) sea el suministro a los hijos, o para los hijos, de alimentos, vestido, vivienda y el disfrute de vacaciones o de asistencia doméstica; c) o bien una combinación de las prestaciones mencionadas en a) y b).

Artículo 43. Las prestaciones mencionadas en el artículo 42 deberán garantizarse, por lo menos, a las personas protegidas que hayan cumplido, durante un período prescrito, un período de calificación que podrá consistir en tres meses de cotización o de empleo, o en un año de residencia, según se prescriba.

Artículo 44. El valor total de las prestaciones concedidas, de conformidad con el artículo 42, a las personas protegidas, deberá ser tal que represente: a) el 3 por ciento del salario de un trabajador ordinario no calificado adulto de sexo

masculino, determinado de conformidad con las disposiciones del artículo 66, multiplicado por el número total de hijos de todas las personas protegidas; o b) el 1,5 por ciento del salario susodicho, multiplicado por el número total de hijos de todos los residentes.

Artículo 45. Cuando las prestaciones consistan en un pago periódico, deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia. Estas prestaciones aparecen a su vez reproducidas con algunas diferencias en el Código Iberoamericano de Seguridad Social, acordado en la “Reunión de Ministros-Máximos Responsables de Seguridad Social de los Países Iberoamericanos” , celebrada en Madrid (España) los días dieciocho (18) y diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995) y aprobado mediante la Ley 516 de 1999.

A continuación se trascriben las disposiciones pertinentes de la sección séptima del Código, titulada “Prestaciones familiares” : ARTICULO 79. Todo Estado que haya aceptado esta Sección del Código deberá garantizar a las personas protegidas el otorgamiento de prestaciones familiares, de conformidad con los artículos siguientes.

ARTICULO 80. La contingencia cubierta será la de tener hijos a cargo. ARTICULO 81. Se entenderá cumplida esta Sección del Código cuando las personas protegidas, según la fase de aplicación progresiva personal en la que se acepte el Código, comprendan:

A) Primera Fase: i) A categorías determinadas de trabajadores asalariados que, en total, constituyan al menos el 40 por 100 de todos los trabajadores asalariados.

ii) 0 a categorías determinadas de la población económicamente activa que, en total, constituyan al menos el 30 por 100 de toda la población económicamente activa.

B) Segunda Fase: i) A categorías determinadas de trabajadores asalariados que, en total, constituyan al menos el 50 por 100 de todos los trabajadores asalariados, ii) 0 a categorías determinadas de la población económicamente activa que, en total, constituyan al menos el 40 por 100 de toda la población económicamente activa.

iii) 0 a categorías determinadas de la población que, en total, constituyan al menos el 30 por 100 de toda la población. C) Tercera Fase: i) A categorías determinadas de trabajadores asalariados que, en total, constituyan al menos el 60 por 100 de todos los trabajadores asalariados.

ii) 0 a categorías determinadas de la población económicamente activa que, en total, constituyan al menos el 50 por 100 de toda la población económicamente activa.

iii) 0 a categorías determinadas de la población que, en total, constituyan al menos el 40 por 100 de toda la población. ARTICULO 82. Las prestaciones podrán consistir en:

a) un pago periódico satisfecho a toda persona protegida, o b) el suministro a los hijos o para los hijos de alimentos, vestido, vivienda y el disfrute de vacaciones o asistencia doméstica, o c) beneficios o reducciones fiscales, tanto en la imposición directa como indirecta, o d) una combinación de las prestaciones señaladas en las letras a), b) y c).

ARTICULO 83. Las prestaciones mencionadas en el artículo 82 de este Código deberán garantizarse, por lo menos, a las personas protegidas que hayan cumplido, de conformidad con lo que prevean la legislación y las prácticas nacionales, un período de calificación que no deberá exceder de un año de cotización o de empleo, o de dos años de residencia.

ARTICULO 84. Las prestaciones que consistan en un pago periódico deberán concederse durante el transcurso de la contingencia. No obstante, la legislación y las prácticas nacionales podrán condicionar el otorgamiento de las citadas prestaciones al nivel o a la cuantía de los ingresos de las personas protegidas.

Ambas regulaciones guardan estrecha similitud, pues hacen referencia a prestaciones familiares que deben ser garantizadas por los Estados partes, que cubren la contingencia de tener hijos a cargo y pueden consistir en un pago

periódico concedido a toda persona protegida; o en el suministro a los hijos, o para los hijos, de alimentos, vestido, vivienda y el disfrute de vacaciones o de asistencia doméstica; o una combinación de estas prestaciones.

E mpero es posible observar algunas diferencias entre el Convenio 102 de la OIT y el Código Iberoamericano de Seguridad Social pues este último cuerpo normativo amplia el período de calificación para el reconocimiento de las prestaciones familiares (art. 82), e igualmente permite condicionar el reconocimiento de las prestaciones consistentes en pagos periódicos al nivel o la cuantía de los ingresos de las personas protegidas (art. 83).

4.3 La jurisprudencia constitucional sobre el subsidio familiar Por otra parte, esta Corporación se ha pronunciado en numerosas ocasiones, tanto en sede de constitucionalidad [10] como de tutela [11] sobre el subsidio familiar. En primer lugar ha destacado que el subsidio familiar tiene una doble dimensión, según la perspectiva desde la cual sea analizado [12] .

La primera hace referencia al mecanismo previsto para acopiar los recursos para pagar el subsidio y a la naturaleza de estos recursos [13] . La segunda sobre la naturaleza jurídica del subsidio mismo, la cual interesa especialmente para los fines de la presente providencia y por eso será analizada con mayor detalle.

En primer lugar se ha hecho referencia a la relación entre el subsidio familiar y los artículos 48 y 53 constitucionales. Así, se ha destacado que el subsidio familiar es una especie del género de la seguridad social [14] .

Igualmente se ha señalado que constituye un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que la cuota monetaria “se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento” [15] .

Estos pronunciamientos previos fueron recogidos en la sentencia C-1173 de 2001, en la que se sostuvo que el subsidio familiar ostenta la triple condición de prestación de la seguridad social, mecanismo de redistribución del ingreso y función pública desde la óptica de la prestación del servicio [16] .

Por otra parte, en numerosas sentencias de tutela se ha establecido la relación entre la cuota monetaria del subsidio familiar y el derecho al mínimo vital [17] , especialmente porque sus destinatarios finales son niños y personas de la tercera edad [18] .

Por lo tanto ha reconocido que si bien se trata de una prestación social de carácter económico, que en principio no es susceptible de protección por medio de la acción de tutela, cuando ha se trata de menores de edad o de personas de la tercera edad adquiere el carácter de derecho fundamental y la garantía constitucional se convierte en el mecanismo idóneo para exigir su pago [19] .

5. Algunas consideraciones sobre el principio general de igualdad y el derecho a la igualdad. Como ha reconocido la jurisprudencia constitucional, la igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental [20] .

Este múltiple carácter se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el preámbulo constitucional establece entre los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional la igualdad, mientras que por otra parte el artículo 13 de la Carta ha sido considerado como la fuente del principio fundamental de igualdad y del derecho fundamental de igualdad. Adicionalmente existen otros mandatos de igualdad dispersos en el texto constitucional, que en su caso actúan como normas especiales que concretan la igualdad en ciertos ámbitos definidos por el Constituyente [21] .

Otro aspecto de la igualdad que debe ser señalado en esta breve introducción es que carece de contenido material específico, es decir, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún

ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado. De la ausencia de un contenido material específico se desprende la característica más importante de la igualdad: su carácter relacional .

En efecto, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional colombiana la igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos que actúan como términos de comparación; por regla general un régimen jurídico no es discriminatorio considerado de manera aislada, sino en relación con otro régimen jurídico. Adicionalmente la comparación generalmente no tiene lugar respecto de todos los elementos que hacen parte de la regulación jurídica de una determinada situación sino únicamente respecto de aquellos aspectos que son relevantes teniendo en cuenta la finalidad de la diferenciación [22] . Ello supone, por lo tanto, que la igualdad también constituye un concepto relativo, dos regímenes jurídicos no son iguales o diferentes entre si en todos sus aspectos, sino respecto del o de los criterios empleados para la equiparación.

Dicho carácter relacional es uno de los factores que explica la omnipresencia del principio de igualdad en la jurisprudencia de esta Corporación, pues hace posible que sea invocado frente a cualquier actuación de los poderes públicos con independencia del ámbito material sobre el cual se proyecte. También influye en la interpretación del principio de igualdad porque, como ha señalado la doctrina, desde el punto de vista estructural éste necesariamente involucra no sólo el examen del precepto jurídico impugnado, sino que además la revisión de aquel respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado amén del propio principio de igualdad. Se trata por lo tanto de un juicio trimembre.

El control de constitucionalidad en estos casos no se reduce, entonces, a un juicio abstracto de adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que incluye otro régimen jurídico que actúa como término de comparación. En consecuencia se entabla una relación internormativa que debe ser abordada utilizando herramientas metodológicas especiales tales como el test de igualdad, empleado por la jurisprudencia de esta Corporación [23] .

Ello a su vez determina que en numerosas oportunidades el resultado de control no sea la declaratoria de inexequibilidad de la disposición examinada, razón por las cuales los tribunales constitucionales han debido recurrir a distintas modalidades de sentencias con la finalidad de reparar la discriminación normativa [24] .

Ahora bien, la ausencia de un contenido material específico del principio de igualdad no significa que se trate de un precepto constitucional vacío, por el contrario, precisamente su carácter relacional acarrea una plurinomatividad que debe ser objeto de precisión conceptual. De ahí que a partir de la famosa formulación aristotélica de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales” , la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad –al menos en su acepción de igualdad de trato- del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes. Sin embargo, este segundo contenido no tiene un carácter tan estricto como el primero, sobre todo cuado va dirigido al Legislador, pues en virtud de su reconocida libertad de configuración normativa, éste no se encuentra obligado a la creación de una multiplicidad de regímenes jurídicos atendiendo todas las diferencias, por el contrario se admite que con el objeto de simplificar las relaciones sociales ordene de manera similar situaciones de hecho diferentes siempre que no exista una razón suficiente que imponga la diferenciación.

Esos dos contenidos iniciales del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato

enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables.

De los diversos contenidos del principio general de igualdad, surgen a su vez el derecho general de igualdad, cuya titularidad radica en todos aquellos que son objeto de un trato diferenciado injustificado o de un trato igual a pesar de encontrarse en un supuesto fáctico especial que impone un trato diferente, se trata entonces de un derecho fundamental que protege a sus titulares frente a los comportamientos discriminatorios o igualadores de los poderes públicos, el cual permite exigir no sólo no verse afectados por tratos diferentes que carecen de justificación sino también, en ciertos casos, reclamar contra tratos igualitarios que no tengan en cuenta, por ejemplo, especiales mandatos de protección de origen constitucional.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional colombiana ha diseñado una metodología específica para abordar los casos relacionados con la supuesta infracción del principio y del derecho fundamental a la igualdad, se trata del juicio integrado de igualdad, cuyas fases constitutivas fueron descritas en las sentencias C-093 y C-673 de 2001. Este juicio parte de un examen del régimen jurídico de los sujetos en comparación, precisamente con el objeto de determinar si hay lugar a plantear un problema de trato diferenciado por tratarse de sujetos que presentan rasgos comunes que en principio obligarían a un trato igualitario por parte del legislador. Posteriormente se determina la intensidad del test de igualdad de conformidad con los derechos constitucionales afectados por el trato diferenciado, para finalmente realizar un juicio de proporcionalidad con sus distintas etapas –adecuación, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto- sobre el trato diferenciado.

6. Sobre la prohibición de regresión en materia de derechos económicos, sociales y culturales Por otra parte, según el demandante la disposición acusada supone un retroceso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, pues disminuye una prestación social de los trabajadores en comparación con la regulación vigente, de manera tal que resultan trasgredidos el mandato de progresividad contenido en el artículo 48 constitucional, al igual que los artículos 2.1 del PIDESC [25] , 1.1 del Protocolo de San Salvador [26] y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos [27] , los cuales establecen respectivamente la obligación de los Estados Partes de lograr el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

El mandato de progresividad, en materia de seguridad social que se desprende de los preceptos antes mencionados, tiene dos contenidos complementarios [28] , por un lado el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el pacto supone una cierta gradualidad , así el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha expresado que “ el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales, generalmente no podrán lograrse en un corto periodo de tiempo” [29] .

Adicionalmente también implica un segundo sentido, el de progreso , consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta última comprensión implica como contrapartida la obligación estatal de no regresividad , la cual ha sido interpretada doctrinal [30] y jurisprudencialmente [31] en el sentido que una vez alcanzado un determinado nivel de protección “la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso

frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad" [32] , lo cual no sólo es aplicable respecto a la actividad del Legislador sino también respecto a la actuación de la Administración en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia de derechos económicos sociales y culturales al igual que cualquier rama de los poderes públicos con competencias en la materia.

Se trata, sin embargo, de una prohibición prima facie , porque "los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado (…). Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social" [33] .

Igualmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado que las medidas regresivas, que disminuyen el nivel de protección ya alcanzado de un derecho social, se presumen contrarias al Pacto, pero no están absolutamente prohibidas, en el sentido que debe entenderse que el principio de la conservación de la condición más beneficiosa frente a cambios legislativos opera también como una prohibición prima facie , pero no como una interdicción absoluta de las medidas regresivas.

En fecha más reciente esta Corporación sintetizó en los siguientes términos el alcance de la prohibición de regresión "la constatación de la regresividad de la medida no conduce automáticamente a su inconstitucionalidad. Si bien este tipo de medidas pueden ser constitucionalmente problemáticas por desconocer el principio de progresividad, esto sólo opera como una presunción, prima facie, de su inconstitucionalidad.

En consecuencia, para desvirtuar esta presunción es necesario que la medida sea justificada y además adecuada y proporcionada para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia.

" [34] Ahora bien, en el caso examinado en la presente decisión se trata de una regresión normativa [35] , sobre el particular se ha señalado que en estos casos la prohibición de regresividad no es absoluta ni petrifica la legislación en materia de derechos sociales, significando lo anterior que, si bien un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, puede ser justificable a través, eso sí, de un control judicial más severo.

[36] Adicionalmente, la Corte, en la sentencia C-177 de 2005, se refirió a la "teoría de la irreversibilidad" y refuto su aplicación indiscriminada , pues si bien ésta tesis es de fácil acogida en épocas de desarrollo y crecimiento de las economías estatales -cuando existen recursos suficientes para mantener y aumentar las inversiones de carácter social-, luego, en épocas de crisis económica con presupuestos estatales limitados, se llega a un punto en el que la propia prestación del servicio está en peligro de suspenderse o en la inminencia de incumplir el mandato que inspira el Estado Social del Derecho, a la vez que puede convertirse en un obstáculo para el crecimiento económico. Dijo la citada sentencia:

La pretensión del actor equivale a asumir que los supuestos de eficacia diferida condicional, es decir, aquellos que sólo generan consecuencias jurídicas cuando la hipótesis en ellos contemplada tiene realización cabal, deben tratarse como supuestos de eficacia inmediata y, por ende, que las hipótesis en ellos establecidas han de tenerse por inmodificables aun cuando su realización penda todavía de un hecho futuro de cuyo advenimiento no se tiene certeza. Es la llamada teoría de la irreversibilidad que, sin éxito, ha tratado de abrirse paso en países como España y Alemania, donde ha sido rechazada no sólo por consideraciones de orden jurídico sino también por poderosas razones de orden social y económico. Aludiendo a una sola de éstas, entre muchas susceptibles de análisis, dice Luciano Parejo Alfonso:

'En épocas de desarrollo y crecimiento de la economía, con presupuestos estatales bien nutridos, es posible la creación y puesta a punto de instituciones de carácter social que luego, en épocas de crisis económica, con presupuestos estatales

limitados por la misma, resultan de difícil mantenimiento. De ahí que aparezca muy problemática la afirmación de la exigencia constitucional del mantenimiento de prestaciones otorgadas bajo una coyuntura diferente' .

1 De aplicarse el criterio del actor, se llegaría al absurdo de que las normas laborales se volverían inmodificables y toda la legislación laboral estática, a pesar de los grandes cambios que en esta materia es necesario introducir, en atención al dinamismo de las relaciones laborales y las políticas sociales y económicas, que en defensa del interés social o general debe prevalecer sobre el particular, y las cuales finalmente redundan en el mejoramiento de la clase trabajadora.

Del recuento anterior se deduce que el alcance del principio de progresividad y de la prohibición de regresión, tanto en el derecho interno como en el derecho internacional de los derechos humanos, no es absoluto y en definitiva que la regresión normativa siempre ha de ser examinada a la luz del contexto en el que se adopta la medida y de la finalidad que ésta persigue, por tal motivo es preciso hacer una breve referencia al marco regulador en el cual se encuentra la disposición demandada, esto es la Ley 1429 de 2010.

7. El contexto normativo del enunciado demandado La disposición demandada hace parte de la Ley 1429 de 2010 "por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo ", como su nombre lo indica este cuerpo normativo busca crear mecanismos para generar empleo formal.

Tal como se consigna en la ponencia para el primer debate del proyecto que finalmente terminaría siendo aprobado [37] , uno de los principales retos que enfrenta el país actualmente es la generación de empleo formal. De conformidad con los cifras citadas en dicho documento en el 2009 la tasa de desempleo promedio se mantuvo en 12% a nivel nacional y alrededor del 61% de la población ocupada no cotizó a seguridad social según los datos estadísticas arrojados por la PILA (Planilla Integrada de Liquidación de Aportes, Ministerio de la Protección Social) y el RUA (Registro Único de Aportantes, Ministerio de Hacienda y Crédito Público), porcentajes que no han disminuido sustancialmente en los últimos años a pesar del crecimiento económico sostenido registrado a partir del 2003.

En la ponencia se consigna que la falta de generación de puestos de trabajo formales por parte de la empresa privada afecta especialmente a la población de bajos ingresos y a los jóvenes. Estos últimos han enfrentado tasas de desempleo alrededor del 20% durante los últimos diez años (entre 22% y 24% para el total nacional en el trimestre junio-septiembre 2009), mientras que en la población mayor de 30 años la cifra llega al 10% (es decir, el desempleo de los jóvenes es más del doble que el de los mayores de 30 años). De donde se concluye que "lograr que los colombianos, y en especial que los más jóvenes y los trabajadores de menores ingresos tengan acceso a empleos formales, con seguridad social y prestaciones que mitiguen varios de los riesgos que enfrenta la población, y que perciban un ingreso estable que como elemento fundamental para lograr un mayor nivel de bienestar, se debe convertir en objetivo central del Estado y de toda la sociedad." [38] La Ley 1429 de 2010 persigue entonces " romper el cuello de botella de la informalidad empresarial y laboral en Colombia, así como facilitar la vinculación laboral de los jóvenes y las mujeres con problemas de acceso al mercado laboral. En efecto, la informalidad, tanto empresarial como laboral, es una de las problemáticas que más afectan la productividad y el desarrollo del sector privado, además de convertirse en un obstáculo infranqueable en la reducción de la pobreza. Por consiguiente, es uno de los principales obstáculos para el crecimiento económico y el aumento efectivo del bienestar de muchos hogares colombianos." La Ley se dirige específicamente a facilitar el crecimiento de las pequeñas empresas para que se formalicen y de esta manera generen empleos productivos. Las medidas contempladas se concentran en las microempresas y en las pequeñas empresas porque el 67% del empleo dependiente o asalariado es generado por este tipo de empresas (según cifras del DANE citadas en la ponencia), y porque este tipo de empresas se concentran los mayores índices de informalidad tanto laboral como empresarial. Así la informalidad empresarial (definida bien sea como la no obtención del registro mercantil o el no pago de impuestos) es del orden del 36% en las empresas con 10 o menos empleados mientras que ese porcentaje es de alrededor del 7% para las empresas con más de

10 empleados. Por su parte, la informalidad laboral, definida como el no pago a seguridad social de los trabajadores, es marcadamente mayor en las microempresas (73%), nuevamente según las cifras del DANE citadas en la ponencia .

Para fortalecer ese tipo de empresas la Ley persigue mejorar su productividad creando incentivos para su formalización. Al respecto se consigna en la ponencia " los estudios recientes destacan la existencia de otro tipo de informalidad, denominada de escape, y que es atípicamente grande en América Latina.

En esa perspectiva, muchos agentes económicos escogen su nivel óptimo de adherencia con los mandatos del Estado, dependiendo del valor que asignen a los beneficios netos relacionados con la formalidad y la capacidad de fiscalización del Estado. En otras palabras hacen un análisis costo-beneficio de ser formales y muchas veces deciden permanecer en la informalidad. Desde el punto de vista de la formalización empresarial, es a este tipo de informalidad a la que va fundamentalmente dirigida la propuesta que aquí se presenta. En ese sentido, cobija tanto a las empresas actualmente informales como a las nuevas empresas, con el fin de garantizar que esos emprendimientos se hagan de manera formal." [39] En tal dirección se pretende "alterar la relación costo/beneficio entre informalidad/formalidad en las etapas iniciales de la formalización, de tal manera que se aumenten los beneficios de ser formal, se disminuyan los costos de formalizarse y se aumenten los costos de ser informal. Al mismo tiempo nivela a un grupo de trabajadores (los informales, los jóvenes, los desempleados y las mujeres mayores de 40 años) que por su situación se encuentran en una situación de desventaja para entrar al mercado laboral." [40] Igualmente en la ponencia también se señala que uno de los problemas que más afectan la formalización empresarial en Colombia consiste en que las cargas tributarias que deben afrontar las pequeñas empresas que inician actividades económicas son iguales que las que enfrenta una empresa grande, madura y consolidada. Se citan estadísticas según las cuales cerca del 75% de las empresas que se crean, dejan de funcionar antes de completar el tercer año. Sobre este particular se considera que "el hecho de que las empresas recientemente creadas incurran en grandes gastos, cuenten con poca liquidez y ostenten una limitada capacidad de gestión hace que cualquier modificación en sus costos de operación, por pequeña que sea, afecte significativamente su análisis costo-beneficio y, por ende, su decisión de continuar y operar en la formalidad." Por tal razón se considera una medida adecuada para garantizar la supervivencia de las pequeñas empresas recientemente creadas y de las que se formalicen a partir de la entrada en vigencia de la ley "establecer un sistema de progresividad para el pago del Impuesto sobre la Renta y Complementarios, para el pago de los aportes parafiscales y para la expedición y renovación del registro mercantil".

Esa medida se justifica con los siguientes argumentos: "dado que las pequeñas empresas, independientemente de si se encuentran en sus primeros años de operación, manejan flujos de inversión y de retorno muy reducidos (de montos bajos), cualquier modificación en su gasto o ingreso implica un alto impacto en sus finanzas. Como consecuencia de lo anterior, la relación costo-beneficio de ser formal de las pequeñas empresas es altamente sensible y puede verse modificada negativamente por un mínimo incremento u onerosidad de las cargas económicas requeridas por la legislación nacional. Es precisamente por esto que la decisión de ingresar o no a la formalidad, por parte de las pequeñas empresas, depende considerablemente de los costos adicionales que le signifique a cada negocio cumplir con las obligaciones legales exigidas por el Ordenamiento Jurídico Nacional." Estos propósitos aparecen enunciados a partir del artículo primero de la ley en el cual se consigna que este tiene por objeto " la formalización y la generación de empleo, con el fin de generar incentivos a la formalización en las etapas iniciales de la creación de empresas; de tal manera que aumenten los beneficios y disminuyan los costos de formalizarse." El artículo segundo define igualmente los destinatarios de los incentivos creados por la ley para la formalización, las pequeñas empresas, es decir aquellas cuyo personal no sea superior a 50 trabajadores y cuyos activos totales no superen los 5.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Y la fecha a partir de la cual se aplican los incentivos: el inicio de la actividad económica principal el

cual se cuenta la fecha de inscripción en el registro mercantil de la correspondiente Cámara de Comercio, con independencia de que la correspondiente empresa previamente haya operado como empresa informal.

Entre los incentivos previstos en la Ley 1429 de 2010 para la formalización empresarial se cuentan: (1) la focalización de programas de desarrollo empresarial (Art. 3), (2) la progresividad en el pago del impuesto sobre la renta (Art. 4), (3) la progresividad en el pago de parafiscales y otros impuestos de nómina (art. 5), (4) la progresividad en el pago del impuesto de industria y comercio y otros impuestos (Art. 6), (5) la progresividad en el pago de la matrícula mercantil y su renovación (Art. 7).

Así mismo, la ley prevé incentivos para la generación de empleo y formalización laboral en los sectores rural y urbano, dentro de los que se incluyen incentivos para la generación de empleos de grupos vulnerables tales como descuento en el impuesto sobre la renta y complementarios de los aportes parafiscales y otras contribuciones de nómina a los empleadores que contraten jóvenes (Art. 9);

descuento en el impuesto sobre la renta y complementarios de los aportes parafiscales y otras contribuciones de nómina a los empleadores que contraten personas en situación de desplazamiento, en proceso de reintegración o en situación de discapacidad (Art. 10);

descuento en el impuesto sobre la renta y complementarios de los aportes parafiscales y otras contribuciones de nómina a los empleadores que vinculen laboralmente a mujeres que al momento del inicio del contrato de trabajo sean mayores de cuarenta (40) años y que durante los últimos doce (12) meses hayan estado sin contrato de trabajo (Art. 11).

La ley también contempla medidas dirigidas a la simplificación de trámites para facilitar la formalización (Título IV de la ley), entras las que se incluye la simplificación de trámites laborales, la simplificación de trámites comerciales y la creación de un sistema nacional de información sobre demanda laboral (Título IV de la ley).

En resumen el enunciado normativo demandado hace parte de un conjunto de medidas dirigidas a fomentar la creación de empleo formal, y no se trata de la única prevista para alcanzar tal finalidad, por el contrario, el Legislador diseñó un conjunto de regulaciones dirigidas a alcanzar tal propósito, entre las cuales se encuentran la progresividad en el pago de tributos de distinta índole que implica la afectación de las arcas estatales. No se trata por lo tanto de una medida aislada dirigida específicamente a disminuir las prestaciones sociales de un grupo de trabajadores, sino de un mecanismo integrado dentro de una política pública de fomento laboral, dirigida a paliar uno de los más graves problemas del mercado laboral colombiano.

En el Informe VI de la Conferencia Internacional del Trabajo titulado “Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa” , se hace alusión a la posibilidad de acudir a este tipo de medidas para la promoción de la formalización del empleo en los siguientes términos:

“algunos países conceden reducciones temporales o permanentes de las tasas de cotización de las pequeñas empresas en determinadas circunstancias. Es posible que tales políticas sean muy eficaces para superar las dificultades iniciales que se les plantean a las empresas nuevas o en crecimiento, pero necesitan concebirse de forma cuidadosa para evitar efectos negativos sobre la adecuación de las prestaciones ofrecidas, la equidad entre los grupos de personas aseguradas y la sostenibilidad financiera del régimen de seguridad social en su conjunto.” [41] Nótese entonces que este tipo de previsiones no son consideradas inevitablemente contrarias a las normas internacionales del trabajo sino que se insiste en la necesidad de que sean concebidas de manera cuidadosa para evitar algunos de sus posibles consecuencias adversas sobre los trabajadores.

Hecha esta breve presentación de los propósitos que animaron la expedición de la Ley 1429 de 2010 y del contexto normativo del cual hace parte el enunciado acusado se pasará a examinar los cargos formulados por el demandante.

8. El examen de constitucionalidad de la disposición demandada Como antes se consignó, los alegatos del demandante en contra del parágrafo del artículo 5 de la Ley 1429 de 2010 se resumen en la supuesta vulneración del artículo 13 constitucional porque crea una discriminación entre dos grupos de trabajadores; el primero está conformado por aquellos que laboran en empresas con más de 50 trabajadores o con ingresos superiores a 5.000 salarios mínimos, a quienes no se les aplica la ley 1429 de 2010 y reciben la cuota monetaria del subsidio familiar desde el inicio de la relación laboral en las condiciones establecidas en la Ley 21 de 1982, la Ley 789 de 2002 y el Decreto ley 1769 de 2003. Por otro lado, el segundo grupo, está compuesto por aquellos contratados por pequeñas empresas, es decir las que poseen menos de 50 trabajadores y que sus ingresos no superen los 5.000 salarios mínimos, que además inicien sus actividades con posterioridad a la promulgación de la Ley 1429 de 2010; estos trabajadores, comenzarán a recibir la cuota monetaria del subsidio familiar, proporcionalmente, a partir del tercer año que lleven laborando en la empresa, y no desde el comienzo de la relación laboral, esto, en igualdad de condiciones que el primer grupo de trabajadores descrito atrás. Sostiene, así mismo, que el trato desigual también afecta los derechos de los integrantes del grupo familiar de los trabajadores beneficiarios de la cuota monetaria del subsidio familiar entre los que se cuentan los niños, y las personas de la tercera edad.

Además sostiene que el enunciado demandado vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital, y al trabajo en condiciones dignas y justas porque entiende que el subsidio familiar es un derecho mínimo, cierto e indiscutible de los trabajadores.

Finalmente, considera que el enunciado demandado es regresivo y por lo tanto debe ser considerado una medida prima facie inconstitucional, la cual ha de ser sometida a un juicio estricto de constitucionalidad, porque afecta a personas que se encuentran en especial situación de marginalidad y vulnerabilidad, como lo son los trabajadores de la pequeña empresa, y los beneficiarios del subsidio familiar. Expone que la finalidad de ley 1429 de 2010 es la formalización de la pequeña empresa, pues el artículo 1º así lo consigna expresamente. Considera que si bien es un fin constitucionalmente legítimo, en todo caso la medida es desproporcionada porque afecta los derechos mínimos de un grupo vulnerable de la población y afecta el contenido mínimo no disponible del derecho social o económico comprometido y el beneficio que pretende alcanzar es mayor al costo que apareja.

Estos serán los cargos que se examinarán a continuación. Pero previamente es necesario formular el contenido de la disposición objeto de estudio, esto es del artículo 5 de la Ley 1429 de 2010, respecto del cual se integró la unidad normativa en un acápite precedente de esta decisión.

Al respecto cabe señalar que el artículo 5 establece un régimen de progresividad en el pago de aportes parafiscales, entre los que se cuentan los destinados a las cajas de compensación, a favor de las pequeñas empresas [42] que inicien su actividad económica entre el diciembre 29 de 2010 [43] y el 31 de diciembre de 2014 [44] . Este régimen de progresividad se extiende por seis años gravables, durante los dos primeros las empresas no harán aportes a las cajas de compensación, el tercero sus aportes serán del 25%, el cuarto alcanzarán el 50%, el quinto el 75% y el sexto el 100%. Además se prevé un régimen de progresividad especial para las pequeñas empresas que tengan su domicilio principal y desarrollen toda su actividad económica en los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés, el cual se extiende por ocho años, el cual como se señaló previamente no será objeto de estudio en la presente decisión porque el demandante no formuló cargos específicos contra tal enunciado.

La progresividad en los aportes se traduce en la progresividad en el pago de la cuota monetaria a los trabajadores de estas empresas, quienes durante los dos primeros años tendrán derecho a los servicios sociales referentes a recreación, turismo social y capacitación otorgados por las cajas de compensación familiar.

A partir del tercer año, además de los anteriores servicios sociales, tendrán derecho a percibir la cuota monetaria de subsidio en proporción al aporte realizado y una vez se alcance el pleno aporte por parte de sus empleadores, gozarán de la plenitud del pago de la cuota monetaria del subsidio.

De la anterior presentación resulta claramente que el trato diferenciado que alega el demandante tiene origen en la regulación diferente del aporte de los empleadores a las cajas de compensación.

En efecto, mientras que los empleadores que no se acogen a los beneficios de la Ley 1429 de 2010 están obligados a realizar el 100% del aporte a las cajas de compensación y por lo tanto sus trabajadores reciben el 100% de la cuota monetaria, las pequeñas empresas que inician sus actividades económicas durante el período contemplado en la misma ley harán aportes progresivos a las cajas de compensación y por lo tanto sus trabajadores sólo recibirán progresivamente la cuota monetaria. Se trata de dos regímenes normativos completamente diferenciados, pues la ley demandada crea un régimen particular y temporal en beneficio de ciertos empleadores.

Cabe recordar que las cajas de compensación pagan la cuota monetaria del subsidio familiar a los trabajadores afiliados a partir de los aportes que realizan los empleadores y que por lo tanto su reconocimiento está sujeto a que se hagan las contribuciones respectivas. Esta relación proviene del carácter de rentas parafiscales atípicas que tiene estas contribuciones, pues como ha sostenido esta Corporación " el pago del subsidio familiar obliga a todos los empleadores, sin diferenciar si son públicos o privados e independientemente del sector económico en el que se desempeñan. Además, en armonía con lo anterior, los dineros que se recaudan por este concepto no benefician a un sector económico específico sino a todos los trabajadores de bajos y medianos ingresos en general. Y, finalmente, los beneficiarios del subsidio no son las personas que pagan la contribución, es decir los empleadores, sino los trabajadores." [45] Por lo tanto en el caso concreto se trata de dos grupos que se encuentran en una situación que es comparable por las razones antes señaladas y se cumple la primera condición para adelantar un juicio de igualdad, porque se trata de trabajadores que tiene un régimen jurídico similar en cuanto a las prestaciones sociales de las cuales son beneficiarios, salvo en lo que hace referencia a la cuota monetaria del subsidio familiar, trato diferenciado que tiene origen en la obligación de los empleadores de realizar aportes a las cajas de compensación, que es progresiva cuando se trata de pequeñas empresas que inician sus actividades con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1429 de 2010.

Cabe resaltar que se trata de un supuesto muy distinto del examinado en la sentencia C-337 de 2011, cuando se resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el literal c), numeral 6, artículo 6 de la Ley 1221 de 2008, " Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones ". En esta ocasión la Corte determinó que se trataba de una omisión legislativa relativa porque el legislador no contempló el subsidio familiar entre las prestaciones de seguridad social reconocidas a los teletrabajadores, mientras que en esta ocasión no se trata de la falta de previsión normativa sino de la existencia de regímenes jurídicos diferenciados uno de los cuales es desfavorable para ciertos trabajadores y supuestamente carece de justificación constitucional.

Ahora bien, en el caso concreto el trato diferenciado que reciben los trabajadores consiste en que reciben de manera progresiva la cuota monetaria del subsidio familiar, y la progresividad en el pago de esta prestación social puede a su vez ser considerada como una medida regresiva que afecta el derecho a la seguridad social. Adicionalmente la metodología empleada por esta Corporación tanto para resolver cargos relacionados con la afectación del principio de igualdad como para examinar la constitucionalidad de medidas que suponen la regresión en materia de derechos sociales es el juicio de proporcionalidad, por lo tanto a continuación se examinará si la se trata de una medida proporcionada o por el contrario afecta de manera desproporcionada los derechos de los trabajadores de las pequeñas empresas que inician sus actividades con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1429 de 2010. De esta manera se empleará la misma metodología para abordar conjuntamente los cargos propuestos por el demandante de vulneración del principio de igualdad y de regresividad en materia de derechos sociales.

El punto de partida para este análisis es considerar la progresividad en el pago de la cuota monetaria del subsidio familiar como un trato diferenciado entre dos grupos de trabajadores y simultáneamente como una medida regresiva en materia de derechos sociales que afecta una prestación social de los trabajadores para luego determinar si esta medida es idónea, adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto.

En primer lugar, se debe indagar si la medida persigue un fin constitucionalmente legítimo, esto es si busca una finalidad establecida por la Constitución, asunto que ya fue ampliamente expuesto en el acápite precedente de esta decisión, cuando se hizo alusión a que en la exposición de motivos del proyecto que dio lugar a la Ley 1429 de 2010 se afirmó que la progresividad en los aportes parafiscales (entre ellos aquellos que se realizan a las cajas de compensación) busca garantizar la supervivencia y la formalización de las pequeñas empresas, lo que a su vez repercute en la generación de empleo formal, finalidades que guardan estrecha relación con numerosos preceptos constitucionales, tales como el principio de Estado social de derecho, el derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social, entre otros.

Entonces, la medida del pago progresivo de la cuota monetaria del subsidio familiar persigue propósitos imperiosos a la luz del ordenamiento constitucional vigente, especialmente el señalado en el artículo 25 constitucional según cuyo tenor "[t]oda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas" y al mandato del inciso segundo del artículo 334 constitucional que prevé la intervención estatal " para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos" .

Como se consigna profusamente en la exposición de motivos del proyecto que se convertiría en la Ley 1429 de 2010, los altos índices de desempleo y de informalidad laboral son dos problemas acuciantes de la sociedad colombiana que tienen repercusiones negativas en el bienestar y en la calidad de vida de un sector muy importante de la población, lo que justifica reducciones temporales en las tasas de cotización de las pequeñas empresas para promocionar la formalización del empleo.

En cuanto a si la medida resulta adecuada para este propósito, de acuerdo a los estudios que se citan en la ponencia para el primer debate del proyecto, que finalmente se convertiría en la Ley 1429 de 2010, existe un alto porcentaje de desaparición de empresas durante los tres primeros años contados desde la fecha de su creación, por lo tanto la disminución de los costos que deben afrontar durante ese período es conducente para garantizar su supervivencia, igualmente los mismos estudios señalan que la disminución de las cargas tributarias es un incentivo para la formalización de aquellas empresas que operan de manera informal. Tanto la supervivencia empresarial como la formalización permiten la generación de empleo formal, que es la finalidad última perseguida la progresividad en el pago de la cuota monetaria del subsidio familiar, se trata pues se trata de una medida idónea para la consecución de objetivos constitucionalmente imperiosos como lo son la creación de empleo formal, la formalización del empleo y la formalización de las empresas.

Corresponde a continuación examinar la necesidad de la medida, es decir, si no hay otras idóneas para fomentar la creación de empleo formal que resulten menos lesivas para los derechos de los trabajadores de las pequeñas empresas que inicien su actividad con posterioridad a la promulgación de la Ley 1429 de 2010. Para tal efecto es preciso recordar que la cuota monetaria del subsidio familiar es una prestación social con estrecha relación con el derecho fundamental a la seguridad social y en ciertos casos hace parte del mínimo vital de los trabajadores y su familia, en consecuencia el margen de configuración del legislador se reduce ostensiblemente y por lo tanto deberá examinarse con mayor cuidado si dentro del universo de lo fáctica y jurídicamente posible existen otras previsiones que sean igualmente conducentes para conseguir los propósitos previamente enunciados y menos lesivas de los derechos en juego.

A su vez cabe recordar que la progresividad en el pago de los aportes a las cajas de compensación, de la cual se deriva la progresividad en el pago de la cuota monetaria del subsidio familiar a los trabajadores, no es la única medida

contemplada en la Ley 1429 para la formalización del empleo formal, en efecto, como se enunció en un acápite precedente de esta decisión el cuerpo normativo en cuestión contempla un conjunto sistemático de previsiones dirigidas cumplir tal propósito. En vista de lo anterior, se podría argumentar que precisamente por tal razón la medida no es necesaria porque el Legislador previó otras con la misma finalidad, sin embargo, se trata de un juicio superficial porque precisamente pasa por alto que el diseño normativo busca armónicamente conseguir el objetivo antes enunciado y que todas las medidas tiene un peso específico en el fomento de la creación y formalización del empleo mediante la formalización de las pequeñas empresas, de tal manera que la supresión de una de ellas puede tener un considerable efecto sobre la política pública en su conjunto.

No sobra recordar que los aportes de los empleadores a las cajas de compensación forman una parte sustancial de los parafiscales a su cargo, pues corresponden al 4% de la nómina mensual, monto que durante un período de doce meses equivale casi a la mitad de una nómina mensual al año, suma que tiene un peso significativo en las finanzas de una pequeña empresa.

Resulta entonces que la medida es necesaria, precisamente porque significa una considerable disminución de los aportes económicos en cabeza de los empleadores, que no puede ser reemplazada mediante otras medidas de fomento, porque éstas ya están contempladas en la misma ley, y que además tiene efectos en la supervivencia de las pequeñas empresas creadoras de empleo formal. La posibilidad de implementar otros mecanismos para garantizar el pago íntegro de la cuota monetaria del subsidio, como por ejemplo que el Estado colombiano asuma directamente la carga de los aportes a las cajas de compensación, o que se establezcan subsidios a favor de los empleadores para tales propósitos escapan del alcance del juicio de constitucionalidad que realiza esta Corporación porque suponen la injerencia directa en el diseño de una política pública ya establecida por otras ramas del poder público y porque adicionalmente muchas de las medidas de fomento previstas en la Ley 1429 de 2010 tienen ya considerable impacto en las finanzas públicas, tales como por ejemplo la reducción de los impuestos a cargo de las pequeñas empresas.

Por otra parte, cabe recordar que la posibilidad de que fueran las cajas de compensación familiar las que asumieran la cuota monetaria del subsidio familiar, durante el período de incremento progresivo en los aportes de los empleadores contemplado por el artículo demandado, fue debatida durante el trámite de la ley y finalmente descartada porque habría supuesto una desmejora de la cuota monetaria de aquellos trabajadores cuyos empleadores contribuyen para tales efectos, pues las cajas de compensación al carecer de recursos adicionales tendría habrían tenido que disminuir el monto de la misma para otorgar un mayor número de subsidios. Posibilidad que si hubiera supuesto un retroceso en materia de la cuota monetaria reconocida a aquellos trabajadores cuyos empleadores realizan aportes a las cajas de compensación, lo que a su vez habría vulnerado el artículo 48 constitucional y el conjunto de disposiciones en materia de DESC que establecen la prohibición de regresión.

Considera esta Sala que le cabe razón a aquellos intervinientes que alegan que la única manera de evitar la regresión en los derechos de los trabajadores actualmente beneficiarios de la cuota monetaria y al mismo tiempo garantizar la efectividad del incentivo a favor de los trabajadores cuyos empleadores no pagarán total o parcialmente la contribución parafiscal en los próximos años, era previendo, como hace la disposición acusada, que el incentivo del pago progresivo de los aportes parafiscales tuviera como contrapartida el acceso gradual a los beneficios del subsidio familiar, en forma tal que, durante los dos primeros años, la contraprestación sea únicamente en servicios sociales referentes a recreación, turismo social y capacitación otorgados por las Cajas de Compensación Familiar; a partir del tercer año, además de los anteriores servicios sociales, tienen derecho a percibir la cuota monetaria del subsidio en proporción al aporte realizado y una vez se alcance el pleno aporte de sus empleadores, gozan de la plenitud de los servicios del sistema.

En lo que hace referencia al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, cabe recordar que la cuota monetaria del subsidio familiar por definición legal es una prestación social amparada por el derecho a la seguridad social, pero que la

jurisprudencia de esta Corporación también ha señalado su estrecha relación con el mínimo vital, especialmente cuando su destinatario final son los menores de edad o las personas de la tercera edad. Es preciso determinar entonces, si la progresividad en el pago de esta cuota monetaria afecta de manera desproporcionada los derechos previamente aludidos.

No pasa desapercibido a esta Corporación que la progresividad en el pago de la cuota monetaria pen ciertos casos puede reducir sensiblemente los ingresos de los trabajadores, máxime si se tiene en cuenta que esta prestación social es reconocida a aquellos cuya remuneración no supera los 4 salarios mínimos mensuales, y de esta manera afecta los ingresos del grupo familiar y el derecho al mínimo vital de sus integrantes. No obstante, la previsión demandada no resulta desproporcionada porque se trata de una afectación de carácter temporal, que sólo tendrá lugar durante un período de tiempo determinado, y que cesará una vez finalice el período de ajuste señalado en la ley, es decir seis años contados a partir de la iniciación de actividades por la empresa (ocho años si se trata de empresas domiciliadas en Amazonas, Vaupés y Guanía). A lo que se suma que la posibilidad de acogerse a este incentivo por parte de los empleadores cesa en 31 de diciembre del 2014, es decir se trata una medida con un límite temporal preestablecido por el legislador y con un límite subjetivo respecto de los empleadores a quienes beneficia.

Estas mismas consideraciones sirven para desestimar los cargos relacionados con la afectación del derecho al mínimo vital de los trabajadores y de su grupo familiar, pues como se dijo se trata de una previsión limitada en el tiempo que no tiene una vocación de permanencia indefinida y que resulta proporcionada en relación con los fines de generación de empleo formal que persigue. Nótese que el enunciado acusado no afecta el salario que perciben los trabajadores de las empresas que se acojan al beneficio del pago progresivo de los aportes a las cajas de compensación, y adicionalmente tanto ellos como su grupo familiar serán beneficiarios de los otros componentes del subsidio diferentes a la cuota monetaria y de las restantes prestaciones en materia de seguridad social legalmente establecidas.

A la afectación de los derechos sociales de los trabajadores y de su grupo familiar va aparejada la satisfacción de un bien constitucional que tiene peso significativo en el ordenamiento constitucional, cual es el de garantizar el empleo formal, pues según las premisas de los estudios económicos que justificaron la ley, la reducción de los costos a cargo de las pequeñas empresas durante el inicio de sus actividades económicas tiene efectos directos en la supervivencia empresarial y de contera en la creación y conservación de empleos formales. Por lo tanto se cumple la exigencia final del principio de proporcionalidad en sentido estricto, cual es que a mayor afectación de los derechos fundamentales en juego mayor satisfacción los bienes constitucionales que persigue realizar la medida objeto de examen.

Por otra parte cabe distinguir entre los pronunciamientos que ha hecho la Corte Constitucional en sede de tutela respecto de la cuota monetaria del subsidio familiar del juicio de constitucionalidad que se adelanta en la presente ocasión. En efecto, se trata de dos estudios de distinta naturaleza, en sede de tutela por regla general se trata de casos en los cuales se examina la conducta de un empleador que incumple su deber legal de realizar de manera oportuna los aportes a las cajas de compensación y que en numerosas ocasiones adicionalmente incumple su obligación de remunerar oportunamente a los trabajadores [46] , lo que repercute de manera negativa en el derecho al mínimo vital de menores o de personas de la tercera edad, mientras que en el juicio de constitucionalidad que se plantea en esta ocasión se trata de examinar si una previsión legal que persigue generar empleo vulnera el mínimo vital de trabajadores que tendrán acceso a dicho empleo precisamente por la aplicación de medidas que contemplan la progresividad en los aportes parafiscales, de manera tal que la declaratoria de inconstitucionalidad puede tener serias repercusiones sobre el cumplimiento de las finalidades perseguidas por la ley demandada y sobre la posibilidad de los trabajadores de acceder a un empleo formal y de esa manera procurar su mínimo vital.

Por tal razón no son extensibles automáticamente al examen de constitucionalidad las reflexiones consignadas en casos particulares de tutela, pues se debe apreciar el contexto normativo en el cual está inserta la disposición acusada y evaluar los posibles efectos negativos en la generación de empleo que su inconstitucionalidad acarrearía.

Ahora bien, algunos intervinientes ponen en tela de juicio que la progresividad en el pago de la cuota monetaria del subsidio familiar sea una regresión en materia de derechos económicos, sociales y culturales pues puede ser entendida desde diversas perspectivas, precisamente como una medida dirigida a generar empleo formal o como una medida que temporalmente reduce las garantías sociales de cierto grupo de trabajadores. Empero si se adopta la perspectiva de que disminuye las garantías sociales de los trabajadores, en todo caso supera el juicio de proporcionalidad exigido por la jurisprudencia constitucional en estos casos porque como anteriormente se consignó: (i) busca una finalidad constitucionalmente legítima, cual es la formalización y la generación de empleo, con el fin de generar incentivos a la formalización en las etapas iniciales de la creación de empresas de tal manera que aumenten los beneficios y disminuyan los costos de formalizarse; (ii) es conducente para alcanzar la finalidad propuesta, porque al disminuir los costos de la formalización de las empresas se potencia el crecimiento de las micro y pequeñas empresas para que generen empleos productivos, (iii) es necesaria porque no existen medidas igualmente eficaces para crear empleos y conseguir la formalización de las empresas; (iv) no afecta el núcleo fundamental del derecho a percibir el subsidio familiar pues esta prestación social tiene componentes extrapatrimoniales que se garantizan a todos los trabajadores del país, inclusive a aquellos vinculados a empresas que no están haciendo contribuciones parafiscales;

(v) su ámbito de aplicación es delimitado y no generalizado pues sólo cobijaría a ciertos trabajadores, los que se vinculen a las micro y pequeñas empresas que se creen en virtud de la Ley 1429 de 2010 y solo es aplicable a las pequeñas empresas que inicien sus actividades antes del 31 de diciembre del 2014.

Por las razones previamente expuestas no prosperan los cargos formulados en la demanda. III. DECISIÓN. En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE:

Primero. Declarar EXEQUIBLE por los cargos formulados en la presente demanda el artículo 5 de la Ley 1429 de 2010. JUAN CARLOS HENAO PEREZ Presidente MARIA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada MAURICIO GONZALEZ CUERVO Magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado JORGE IVAN PALACIO PALACIO Magistrado Con salvamento de voto NILSON ELIAS PINILLA PINILLA Magistrado Con aclaración de voto JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Magistrado Con salvamento de voto HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado Con salvamento de voto MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ Secretaria General SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-629/11 DEL MAGISTRADO LUIS ERNESTO VARGAS SILVA DERECHO AL SUBSIDIO FAMILIAR EN TODOS SUS ELEMENTOS Y COMPONENTES, INCLUYENDO EL MONETARIO- Hace parte del derecho a la seguridad social RESTRICCION DEL SUBSIDIO FAMILIAR A LOS TRABAJADORES DE EMPRESAS PEQUEÑAS CON EL FIN DE PROMOVER LA FORMALIZACION DEL EMPLEO- No supera el test de igualdad o de proporcionalidad RESTRICCION DEL SUBSIDIO FAMILIAR A LOS TRABAJADORES DE EMPRESAS PEQUEÑAS CON EL FIN DE PROMOVER LA FORMALIZACION DEL EMPLEO- No supera el requisito de proporcionalidad en sentido estricto RESTRICCION DEL SUBSIDIO FAMILIAR A LOS TRABAJADORES DE EMPRESAS PEQUEÑAS CON EL FIN DE PROMOVER LA FORMALIZACION DEL EMPLEO- La medida es regresiva Referencia.: expediente: D-8397 Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo tercero del artículo 5º de la Ley 1429 de 2010 “Por la cual se expide la Ley de formalización y generación de empleo” Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Con el debido respeto por las decisiones de esta Corte, me permito salvar mi voto al presente fallo, en el cual esta Corporación decide declarar exequible, por los cargos formulados en la demanda estudiada, el artículo 5 de la Ley 1429 de 2010. Las razones de mi disenso son las siguientes:

1. En el presente proceso se demandó el parágrafo 3º del artículo 5º de la ley 1429 de 2010, relativo a la progresividad en el pago de los parafiscales y otras contribuciones de nómina, para las pequeñas empresas que inician su actividad, en

razón a que la norma, no obstante que prevé que los trabajadores de las empresas beneficiarias del régimen de progresividad de aportes, tendrán derecho a los servicios sociales relativos a la recreación, turismo social y capacitación otorgados por las cajas de compensación familiar, consagra que solo a partir del tercer año, tendrán derecho a percibir la cuota monetaria de subsidio en proporción al aporte realizado y subsidio de vivienda, y que una vez se alcance el pleno aporte por parte de sus empleadores, gozarán de la plenitud de los servicios del sistema, lo cual resulta violatorio del derecho a la igualdad –art. 13 Superior- y del derecho a la seguridad social -artículo 48 Superior-.

2. En la presente providencia se concluye que el texto demandado supera el test de igualdad, dado que a) existe una finalidad constitucional, como es la promoción del empleo formal; b) que la medida es adecuada para alcanzar este fin; c) que es necesaria para ello, y finalmente, que es (d) proporcional en sentido estricto, por cuanto es una medida transitoria y constituye una previsión limitada en el tiempo que no tiene una vocación de permanencia indefinida y que resulta proporcionada en relación con los fines de generación de empleo formal que persigue.

Con base en estos argumentos, en esta sentencia se decide la exequibilidad de la norma demanda. 3. El suscrito magistrado no comparte la constitucionalidad de la norma demandada, por las siguientes razones:

(i) En primer lugar, considero que el derecho al subsidio familiar, en todos sus elementos y componentes, incluyendo el monetario, hace parte del derecho fundamental a la seguridad social -art. 48 C.P.-, el cual ha sido reconocido por esta Corte en múltiple jurisprudencia, como de carácter obligatorio para el empleador y de carácter irrenunciable para el trabajador.

(ii) En segundo lugar, encuentro igualmente que la medida de restringir el subsidio familiar a los trabajadores de empresas pequeñas, con el fin de promover la formalización del empleo en Colombia, no supera el test de igualdad o de proporcionalidad, como lo afirma la sentencia, por cuanto, si bien puede que cumpla con el primer y segundo requisito relativos a) a que la medida se dirige a un fin y objetivo constitucional, como es la consolidación de las pequeñas empresas en el Estado Social de Derecho y b) a que puede ser adecuada para alcanzar tal fin; la medida no cumple con c) el requisito de necesidad, ni con d) el requisito de proporcionalidad en sentido estricto.

Así las cosas, en cuanto a la necesidad se evidencia que (i) esta providencia se contradice en cuanto a determinar si la medida es necesaria o no, por cuanto, en un primer momento, no entra a analizar la necesidad de la medida sino que deja la adopción de la misma a la voluntad del Legislador, con fundamento en la amplia libertad configurativa del mismo en esta materia. Sin embargo, en un segundo momento, la sentencia afirma categóricamente que la medida es necesaria para alcanzar la finalidad de formalización del empleo, por cuanto no existen medidas igualmente eficaces para crear empleos y conseguir la formalización de las empresas.

Considero que ambas consideraciones son erróneas, por cuanto, en primer lugar, el margen de libertad de regulación del Legislador tiene como límites los principios, valores y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, en este caso, el derecho a la seguridad social –art. 48 C.P.-, y por tanto, la regulación legal no puede desconocer unos mínimos de derechos y prestaciones sociales de orden constitucional, obligatorios e irrenunciables, como lo es el subsidio familiar, aunque se trate de una medida provisional y cuyo reconocimiento se prevea progresivamente. En segundo lugar, no es acertado tampoco, desde el punto de vista normativo, que la medida sea necesaria para lograr la finalidad propuesta, como lo expone la sentencia, por cuanto es posible que el Legislador adopte un sinnúmero de diferentes medidas alternativas a la consagrada, con el fin de promover la formalización del empleo en Colombia, que no sean medidas que afecten gravemente los derechos fundamentales y prestaciones sociales de los trabajadores, como ocurre en este caso.

(iii) En tercer lugar, considero que la norma demandada no supera el requisito de proporcionalidad en sentido estricto, por cuanto para alcanzar una finalidad, que si bien es legítima desde el punto de vista constitucional, se termina

vulnerando derechos fundamentales como la seguridad social –art. 48 Superior- de los trabajadores, de la cual hace parte el subsidio familiar. A este respecto, el hecho de que la medida sea transitoria y temporal, no le quita la importancia a la afectación del derecho de los trabajadores, y además es una medida que se adopta por un término bastante largo de tres años.

(iii) Finalmente, a juicio de este Magistrado la medida además de vulnerar el derecho a la igualdad y a la seguridad social de los trabajadores de empresas pequeñas que estén iniciando sus actividades, es efectivamente regresiva, tal y como lo alega la demanda y tal como lo acepta parcialmente la misma sentencia, por cuanto restringe y limita, sin suficiente sustento constitucional, un derecho que ha sido ampliamente reconocido por la Constitución, la legislación y la jurisprudencia de esta Corte, constituyendo por tanto una medida claramente que constituye un retroceso en materia de protección de los derechos mínimos de los trabajadores.

Con fundamento en lo expuesto, salvo mi voto a esta providencia judicial. Fecha ut supra . LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE IVÁN PALACIO PALACIO A LA SENTENCIA C-629/11 SUBSIDIO FAMILIAR EN LEY DE FORMALIZACION Y GENERACION DE EMPLEO- Restricción resulta regresiva, injustificada, discriminatoria e inconstitucional (Salvamento de voto) Teniendo en cuenta la naturaleza constitucional de la cuota monetaria del subsidio familiar, considero que las modificaciones contenidas en el artículo 5º de la Ley 1429 de 2010, relacionadas con la interrupción del pago de una prestación adscrita a la seguridad social y dirigida a sujetos de evidente fragilidad social con un objetivo benigno solo en apariencia, constituye una medida regresiva e injustificada que vulnera los derechos laborales básicos, que discrimina y ataca el poder adquisitivo de los trabajadores con menores ingresos y permite, como política de Estado, la profundización de las desigualdades sociales y la protección de la acumulación económica.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA LABORAL- Limitada por los derechos mínimos de los trabajadores (Salvamento de voto) SUBSIDIO FAMILIAR- Carácter de derecho fundamental en conexidad con el derecho a la seguridad social (Salvamento de voto) SUBSIDIO FAMILIAR- Importancia (Salvamento de voto) SUBSIDIO FAMILIAR- Medida restrictiva exige aplicación de test estricto de proporcionalidad (Salvamento de voto) SUBSIDIO FAMILIAR- Medida restrictiva resulta regresiva (Salvamento de voto) Referencia: expediente D-8397 Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo tercero del artículo 5º de la Ley 1429 de 2010, “ Por la cual se expide la Ley de formalización y generación de empleo ”.

Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Con el respeto acostumbrado con las decisiones que toma esta Corporación, me permito disentir del fallo adoptado por la Sala Plena dentro del expediente de la referencia. Las breves razones que apoyan mi postura son las siguientes:

Teniendo en cuenta la naturaleza constitucional de la cuota monetaria del subsidio familiar, considero que las modificaciones contenidas en el artículo 5º de la Ley 1429 de 2010 constituyen una medida regresiva e injustificada que vulnera los derechos laborales básicos, que discrimina y ataca el poder adquisitivo de los trabajadores con menos ingresos y que, como nota esencial, permite como política de Estado, a partir de propósitos remotos como la creación de más empleo, la profundización de las desigualdades sociales y la protección de la acumulación económica. En otras palabras, con la norma estudiada a través de esta sentencia, la Corte ha avalado una disposición que en lugar de cumplir con los propósitos incluidos en la Carta Política, autoriza que los principales beneficiarios del crecimiento económico sean los empresarios y que la carga de los costos de tal proceso se cumpla en perjuicio de las garantías mínimas a las que debería acceder cualquier trabajador a lo largo de todo el territorio colombiano.

1. Esta Corporación ha señalado en varias oportunidades que el subsidio familiar hace parte del derecho a la seguridad social y que, como consecuencia, tiene el carácter de derecho fundamental ya que repercute sobre las atribuciones

esenciales de las familias con menores ingresos, en la medida en que constituye un soporte dinerario de la protección de sus hijos menores, de los padres mayores de 60 años y de las personas con alguna discapacidad física o mental.

Como se advierte, tal figura no solo tiene una estrecha relación con el artículo 49 Superior, sino también con los valores consignados en los artículos 13 y 44 de nuestra Carta Política, por lo que con acierto se ha concluido que hace parte del concepto de mínimo vital [47] . Además, teniendo en cuenta que la prestación está dirigida a apoyar a la población vulnerable, esta tiene una conexión estrecha con el Convenio 102 de 1952 de la OIT [48] .

Es necesario recordar que recientemente, en la sentencia C-337 de 2011, se examinó la constitucionalidad de la Ley 1221 de 2008 sobre la promoción del "teletrabajo". Allí se analizó la importancia del subsidio familiar para la clase trabajadora más frágil y se extendió su pago a dicha categoría de relación laboral. Para ello, en primer lugar se reiteró que uno de los límites a la libertad de configuración legislativa son los derechos mínimos de los trabajadores. Este fallo, atendiendo las premisas desarrolladas en la sentencia C-614 de 2009, argumentó lo siguiente: " A pesar de que la jurisprudencia ha admitido que el legislador goza de libertad para configurar diferentes tipos de vinculación laboral, para diseñar fórmulas laborales e instrumentos contractuales que respondan a las necesidades sociales, no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo, para ocultar la realidad de los vínculos laborales o para desconocer las garantías laborales consagradas en la Carta Política.

" Sobre el subsidio familiar, de manera terminante, en aquella decisión se consignó lo siguiente: " La Carta Política reconoce al poder legislativo amplia competencia para diseñar el sistema del subsidio familiar, como especie del género de la seguridad social. Sin embargo, ello debe hacerse con arreglo a los principios superiores de eficiencia, universalidad y solidaridad y con respeto a los derechos fundamentales de sus beneficiarios. Así, el legislador debe garantizar, en condiciones de igualdad, el acceso a los servicios de dicho subsidio, mediante el cual no sólo se realizan algunos fines esenciales del Estado, sino que también se asegura las condiciones necesarias para una existencia digna y la plena realización personal del trabajador de menores y medianos ingresos, y por tanto, es indudablemente un desarrollo de las garantías reconocidas a los trabajadores en el artículo 53 Superior .

" (negrilla y subrayado fuera de texto original). En otras palabras, en aquella providencia la Corte aceptó que el Congreso puede crear nuevas formas de contratos de trabajo, siempre que estos mantengan las fórmulas de protección mínimas consignadas en nuestra Carta Política. Inferencia más que lógica, teniendo en cuenta que el Constituyente consignó que ni siquiera en los estados de excepción es posible suspender las libertades fundamentales [49] . En contraste, en la sentencia C-629 de 2011 se autoriza la interrupción del pago de una prestación adscrita a la seguridad social y dirigida a sujetos de evidente fragilidad social, con un objetivo benigno solo en apariencia, ya que la Ley 1429 de 2010 no aborda la totalidad de variables capaces de crear o fomentar el empleo, además claramente indocumentado y que, me temo, solo termina por proteger a los de mejores ingresos o, como lo reconoce el fallo, " en beneficio de ciertos empleadores ".

Estas particularidades de la prestación se hacen necesarias para destacar su importancia y para concluir que, prima facie , el legislador no puede eximir su pago, cercenar un porcentaje de su monto o, peor aún, diferenciar los trabajadores que serán beneficiados con la misma. Cualquiera de estas medidas tiene un componente inconstitucional y claramente regresivo por lo que debe estar debidamente justificada a partir del test más exigente de proporcionalidad y probada en parámetros ciertos y suficientes dentro del debate legislativo.

2. Sin embargo, en la sentencia C-629 de 2011 no se utilizan debidamente los parámetros del juicio estricto de proporcionalidad, dejando de lado exigencias argumentativas básicas y absolutamente necesarias para inferir la constitucionalidad de la disposición.

De manera general, debe señalarse que la Corte no tuvo en cuenta que los antecedentes legislativos no muestran la realización de estudios profundos y cuidadosos que justifiquen que la restricción del derecho de los trabajadores es absolutamente imprescindible para garantizar la " formalización y la generación de empleo ". Esto implica que tampoco se efectuó un análisis real sobre la existencia de otras alternativas que resultaran menos lesivas sobre los contenidos constitucionales adscritos a la prestación.

Puntualmente y en mi concepto la norma demandada no tenía la virtud de superar el test de proporcionalidad, por lo menos atendiendo las siguientes razones:

2.1. La disposición no es adecuada en la medida en que considero que la eliminación de "costos" como medida para la generación de empleo, parte de una idea limitada de la dinámica social y económica; nada garantiza que la estrategia analizada en esta providencia solo conlleve a aumentar las ganancias de un sector económico. Puntualmente debe destacarse que la norma: (i) no asegura que las empresas existentes adelanten procesos de liquidación para crear una nueva persona jurídica, con el objetivo de hacer parte de los beneficios de la ley, en perjuicio de los derechos de los trabajadores; (ii) podría estimularse el fraccionamiento empresarial para acceder a los "beneficios" de la ley; (iii) no asegura que en los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés la generación y la formalización del empleo se haga realidad, atendiendo que los problemas de dichas regiones son otros, causados por la falta de infraestructura, transporte, servicios públicos, seguridad, presencia del Estado, etc.

2.2. La norma tampoco es necesaria porque es evidente que existen otras medidas que no afectarían los derechos de los trabajadores y con las cuales se permitiría la generación de más empleo en el país. A manera de ejemplo, el legislador pudo haber adoptado o profundizado las siguientes medidas (vid., supra num 7): (i) la exención de la matrícula mercantil; (ii) la exoneración de impuestos con carácter transitorio; (iii) reducir el monto de los aportes al sistema de salud, con las compensaciones correspondientes por parte del Estado o de los sectores económicos en donde se ha producido un crecimiento sostenido en la última década, entre otras.

La sentencia C-629 de 2011 considera que contemplar otras herramientas como métodos más conducentes y constitucionales para la creación de empleo, es una reflexión "superficial" que no tiene en cuenta la sumatoria armónica de todas las medidas para la eficacia de la política laboral. En términos coloquiales, antepone una fórmula económica y jurídicamente sospechosa, a la necesidad de acreditar que la norma es absolutamente imperiosa y que justifica la restricción del derecho constitucional. De acuerdo a la providencia, si se llegare a declarar la inexequibilidad de cualquiera de las medidas adoptadas en la Ley 1429 de 2010, se podría afectar toda su finalidad. De haberse probado con absoluta certeza que sólo con la interrupción del subsidio se generaría más y mejor trabajo para los ciudadanos, se habría valorado la necesidad de suprimir de manera definitiva tal prestación.

3. Adicionalmente, es evidente que la norma impone un trato discriminatorio en contra de un grupo de trabajadores, ya que algunos tendrán la posibilidad de disfrutar del subsidio, mientras que otros tendrán que esperar dos anualidades (durante los cuales el aporte ascenderá a un 0%), tres (25%), cuatro (50%), cinco (75%) y hasta seis años para poder recibirlo en su totalidad. La vulneración del derecho a la igualdad se hace más palpable en los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés, en donde se impone el término de once años para poder acceder a la prestación de la siguiente manera: hasta el 8º año: 0%, 9º año: 50%, 10º año: 75% y 11º año: 100% del aporte.

4. Por último debe advertirse que la presente sentencia constituye un lamentable precedente que puede exacerbar las medidas tomadas por el legislativo en épocas de crisis económica en perjuicio de los derechos de los trabajadores.

Peligrosamente la Corte está aceptando que los costos de las dinámicas sociales deben ser satisfechos por las contraprestaciones mínimas que favorecen a las capas más frágiles de la colectividad. Esta tesis podría permitir que en el futuro se intervenga cualquiera de los componentes de la seguridad social e, incluso, el salario mínimo, lo que, no hay

que dudarlo, constituye un desconocimiento sistemático de nuestra Constitución y un retroceso sobre las pautas que cimientan nuestro Estado de Derecho.

Fecha ut supra, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Magistrado [1] Sentencia C-055 de 2010 f. j. 21 y s.s. [2] Ley 789 de 2002 ARTÍCULO 6o. RECURSOS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO Y PROTECCIÓN AL DESEMPLEO.

Las Cajas de Compensación Familiar administrarán en forma individual y directa o asociada con otra u otras Cajas un fondo para apoyar al empleo y para la protección al desempleado conforme los artículos 7, 10 y 11 de la presente ley. El Gobierno determinará la forma en que se administrarán estos recursos cuando no puedan ser gestionados directamente por la Caja de Compensación Familiar.

Las Cajas apropiarán de los recursos del fondo, por cada beneficiario de los programas de subsidio de que trata la presente ley, un monto per cápita que será definido en enero de cada año por la Superintendencia del Subsidio, de acuerdo con los beneficios que se deben otorgar, en concordancia con la presente ley. Las apropiaciones del monto per cápita se realizarán en la medida en que se produzcan las solicitudes de subsidios hasta agotar los recursos propios de cada Caja. No obstante, para garantizar la solidaridad y el equilibrio ante la diferente situación de desempleo y recursos disponibles entre las distintas Cajas del país, mínimo semestralmente la Superintendencia realizará cortes contables y ordenará el traslado de recursos entre Cajas, de acuerdo con el monto per cápita requeridas para los desempleados pendientes en unas Cajas, en estricto orden de solicitud, y los recursos sobrantes en otras. Igual procedimiento se aplicará para el apoyo a los desempleados sin vinculación anterior a las Cajas de Compensación de acuerdo con el porcentaje previsto para tal efecto en esta ley.

[3] El artículo 4 de la Ley 21 de 1982 señala que podrá embargarse solo: 1. En los procesos por alimentos que se instaure a favor de las personas a cargo que dan derecho a reconocimiento y pago de la prestación. 2. En los procesos de ejecución que se instauren por el Instituto de Crédito Territorial, el Banco Central Hipotecario, el Fondo Nacional de Ahorro, las Cooperativas y las Cajas de Compensación Familiar por el incumplimiento de obligaciones originadas en la adjudicación de vivienda. Tampoco podrá compensarse, deducirse, ni retenerse salvo autorizaciones expresas del trabajador beneficiario.

[4] Este precepto prevé: “Los empleadores señalados en los artículos 7º y 8º. De la presente ley, pagarán una suma equivalente al seis por ciento 6%) del monto de sus respectivas nóminas (…)”.

[5] Textualmente consigna lo siguiente: “ Los aportes hechos por los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, interdencial, comisarial, distrital y municipal y empleadores del sector privado, tendrán la siguiente destinación:

1º. El cuatro por ciento (4%) para proveer el pago de subsidio familiar. 2º. El dos por ciento (2 %) para el Servicio nacional de aprendizaje (SENA).” [6] El artículo 3 determina el procedimiento para fijar la cuota monetaria en los siguientes términos:

“La cuota monetaria será fijada por departamento, por la Superintendencia del Subsidio Familiar o la entidad que haga sus veces, en el mes de enero de cada año, aplicando el siguiente procedimiento:

a) Se toman los aportes empresariales al Sistema del Subsidio Familiar del departamento; b) Una vez establecidos los aportes señalados en el literal anterior, se descontarán las obligaciones de ley a cargo de las Cajas de Compensación Familiar de la jurisdicción, y se dividirá este resultado por el número promedio de personas a cargo con derecho a recibir subsidio familiar en dinero, de acuerdo con la Ley789 de 2002 y por las cuales se pagó subsidio familiar en el mismo departamento. Para estos efectos se considera a Bogotá, D. C., como parte del departamento de Cundinamarca.” [7] Sentencia C-1173 de 2001 reiterada en la sentencia C-337 de 2011.

[8] En la sentencia C-149 de 1994, al analizar la constitucionalidad de esta restricción establecida en el inciso segundo del artículo 6° de la Ley 71 de 1998, se sostuvo:

"...no comparte la Corte la afirmación según la cual en materia de subsidio familiar es indiferente la condición de trabajador o pensionado. En el primer caso, el pago de subsidio en dinero es consecuencia de una obligación legal de los empleadores. En el segundo, en cambio, la contraprestación que dicho pago exige no está definida por ley ni impuesta a persona alguna en particular, lo cual no quiere decir que, en justicia, los pensionados con personas a su cargo no merezcan dicho reconocimiento. No se configura, por lo tanto, vulneración alguna de los derechos a la igualdad, a la protección de la familia o de la niñez por efecto de que el Legislador haya dispuesto ofrecer a los pensionados la posibilidad de afiliarse a las Cajas de Compensación Familiar para así beneficiarse de los servicios que ellas prestan, con prescindencia, sin embargo, del subsidio dinerario".

[9] Sentencia C-337 de 2011. [10] Pueden citarse las sentencias C149 de 1994, -508 de 1997, C-559 de 2001, C-1173 de 2001, C-655 de 2003, C-041 de 2006, C-393 de 2007, C-1002 de 2007 y C-337 de 2011. En la primera de estas decisiones se hace una extensa exposición histórica sobre a evolución del subsidio y finalmente se concluye sobre la naturaleza del mismo:

"En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento // Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral.

Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social" (negrillas añadidas).

[11] Ver, por ejemplo, las sentencias T-223 de 1998, T-753 de 1999, T-356 de 2002, T-097 de 2004 y T-303 de 2009. [12] Cfr. Sentencia C-393 de 2007.

[13] En lo que respecta a la financiación del subsidio, éste ha sido clasificado por la jurisprudencia como una contribución parafiscal atípica. En efecto, al mismo tiempo que la Corte ha puesto de presente el carácter de prestación social que tiene el subsidio familiar, ha indicado también que la manera como han sido regulados los recursos que manejan las cajas de compensación familiar permite concluir que son recursos provenientes de una exacción parafiscal de naturaleza atípica. Ello significa que la administración y destinación de esos recursos debe ceñirse exclusivamente a lo determinado en la ley. En un principio, la Corte expresó en la sentencia C-1173 de 2000, lo siguiente:

"No obstante, habría que precisar que estas contribuciones son rentas parafiscales atípicas si se repara en el elemento de la destinación sectorial, toda vez que han sido impuestas directamente por el legislador en cabeza de determinado grupo socio económico -los empleadores-, pero con el objeto de beneficiar a los trabajadores. Al respecto debe anotarse que para la jurisprudencia constitucional el concepto de grupo socio-económico supera la noción de sector, y debe entenderse en un sentido amplio, en tanto y en cuanto el beneficio que reporta la contribución no sólo es susceptible de cobijar a

quienes directa o exclusivamente la han pagado, sino que también puede extenderse a quienes en razón de los vínculos jurídicos, económicos o sociales que los ligan para con el respectivo grupo pueden válidamente hacer uso y aprovechar los bienes y servicios suministrados por las entidades responsables de la administración y ejecución de tales contribuciones // 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".

En la sentencia C-393 de 2007 se reitero que " La aclaración de la Corte acerca de que los recursos del subsidio familiar eran rentas parafiscales atípicas apunta a destacar las particulares condiciones de esos recursos. Ciertamente, a diferencia de lo que ocurre con las rentas parafiscales ordinarias, el pago del subsidio familiar obliga a todos los empleadores, sin diferenciar si son públicos o privados e independientemente del sector económico en el que se desempeñan. Además, en armonía con lo anterior, los dineros que se recaudan por este concepto no benefician a un sector económico específico sino a todos los trabajadores de bajos y medianos ingresos en general. Y, finalmente, los beneficiarios del subsidio no son las personas que pagan la contribución, es decir los empleadores, sino los trabajadores." [14] En la sentencia C-149 de 1994.

[15] Sentencia C-508 de 1997. En ese mismo pronunciamiento esta Corporación manifestó que: "El subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación // "Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social." [16] Sobre esta triple condición se sostuvo:

"Naturaleza jurídica del subsidio familiar. En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar // Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento // Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social // Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue." [17] En la sentencia T-356 de 2002 la Sala Séptima de Revisión se pronunció sobre dicho subsidio, conectándolo con el derecho al mínimo vital en los siguientes términos:

“El Subsidio Familiar que se entrega a las personas pertenecientes a los sectores más pobres de la población, en la medida que busca dar ayuda a los niños cuyos padres no cuentan con los medios económicos suficientes para satisfacer todas sus necesidades, se conecta con el DERECHO AL MÍNIMO VITAL que es protegido tutelarmente. Además, al tenor del artículo 44 de la Constitución, los niños gozan de protección especial y entre sus derechos fundamentales se encuentran: la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social y la alimentación equilibrado // Los niños beneficiarios del Subsidio merecen especial protección por el sólo hecho de ser niños. El Subsidio Familiar, prestación social del régimen de la seguridad social, adquiere el carácter de fundamental tratándose de menores de edad.” [18] Sentencia T-753 de 1999.

[19] Sentencia T-097 de 2004 que reitera la sentencia T-223 de 1998. [20] La jurisprudencia constitucional se ha ocupado de diferenciar tanto en razón de su estructura normativa como en el sentido de su fuerza vinculante los valores, los principios y los derechos fundamentales. En la sentencia T-406 de 1992 se propone por primera vez la distinción entre valores y principios constitucionales, basada fundamentalmente en el grado de eficacia y aplicabilidad, al respecto se dijo: “ Los valores son normas que establecen fines dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto” (negrillas originales).

Posteriormente en la sentencia T-881 de 2002 con ocasión del examen del papel que cumple la dignidad humana en el ordenamiento jurídico, se hace una diferenciación entre el papel de los principios y de los derechos fundamentales a partir de la función que cumplen y no en razón de su estructura, pues si bien se reconoce que tanto los derechos fundamentales como los principios son mandatos de optimización directamente aplicables, los primeros permitirían la apertura de nuevos ámbitos de protección y abrirían la posibilidad de “concretar con mayor claridad los derechos fundamentales”.

[21] Por el ejemplo el artículo 42 el cual señala que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco de sus integrantes, el artículo 53 que consagra entre los principios mínimos del estatuto del trabajo la igualdad de oportunidades de los trabajadores, el artículo 70 que impone al Estado colombiano e deber de asegurar la igualdad de oportunidades en el acceso a la cultura y reconoce la igualdad de las culturas que conviven en el país, el artículo 75 dispone la igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético y el artículo 209 consagra la igualdad como uno de los principios que orienta la función administrativa.

[22] Cfr . Markus González Beilfuss . Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa , Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 21 y s.s.

[23] Ver sentencia C-093 de 2001. [24] Cfr . Markus González Beilfuss , op. cit., pág . 31 y s.s. [25] Este precepto recita: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente , por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (negrillas añadidas).

[26] El cual consigna textualmente: “Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente , y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo (negrillas añadidas)”.

[27] Cuyo texto es el siguiente: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura , contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados (negrillas fuera del texto)”.

[28] Cfr. Christian Courtis , loc. cit., p. 8 y s.s. [29] Observación general 3, Comité de derechos económicos, sociales y culturales. [30] La Observación General No 3 sobre las obligaciones derivadas del PIDESC señala textualmente: “ todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga ” Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No 3 de 1990, Párrafo 9. Otras observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aplican estas nociones al análisis concreto de derechos contenidos en el pacto; así entre otras la Observación general 4 (El derecho a un vivienda adecuada) párr. 11, la Observación general 12 (El derecho a una alimentación adecuada), párr. 19, la Observación general 13 (el derecho a la educación), párr. 45 y 59; la Observación general 14 (el derecho al disfrute del más amplio nivel posible en salud) párr.

32, 48 y 50; la Observación general 15 (El derecho al agua), párr. 19, 21 y 42. Por su parte el artículo 5.1 de las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 de Protocolo de San Salvador”, aprobadas por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en el 2005, define la noción de progresividad del siguiente modo “a los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de un derecho económico social y cultural”.

[31] Además de la sentencia C-038 de 2004, existen numerosos pronunciamientos de esta Corporación en torno al alcance del principio de progresividad en materia de derechos económicos sociales y culturales. En la sentencia C-671 de 2002 la Corte tuvo la oportunidad de estudiar la constitucionalidad del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000 “por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional” , se acusaba esta norma de inconstitucional por cuanto excluía como beneficiarios del Sistema de Salud a los padres de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que se encontraran retirados, población que en la legislación anterior estaba vinculada al sistema. Al momento de analizar la norma demandada, la Corte constató que dicha legislación perseguía un fin legítimo desde la perspectiva constitucional, consistente en proteger la viabilidad financiera de este sistema especial de salud, empero consideró que dicha medida era regresiva, por cuanto implicaba dejar desprotegido a un grupo poblacional que bajo el régimen anterior gozaba de los beneficios del sistema. Finalmente esta Corporación concluyó que si bien la norma acusada pretendía alcanzar un fin legítimo, como era proteger la especialidad y viabilidad financiera del sistema de salud de la Fuerza Pública a través de la exclusión de un grupo poblacional de su cobertura, dicha medida era desproporcionada porque implicaba un retroceso en la protección del derecho a la salud de esta población, en consecuencia, se declaró su constitucionalidad condicionada. En la sentencia C-931 de 2004 la Corte, entre otros aspectos, estudió la constitucionalidad de la norma que dejaba de reajustar las transferencias a favor de las universidades públicas y advirtió que la disposición examinada resultaba prima facie inconstitucional, como quiera que

introducía un retroceso en un derecho social debido a que el congelamiento de los recursos otorgados a las instituciones públicas de educación superior obligaba limitar el acceso a este nivel de educación. En atención a lo anterior, la Corte procedió a realizar un juicio de proporcionalidad que determinara si la medida regresiva se encontraba justificada por la necesidad de obtener un objetivo imperioso constitucionalmente válido, y si, además, era razonable y proporcionada, el cual condujo nuevamente a una declaratoria de constitucionalidad condicionada de la disposición acusada. En la sentencia C-991 de 2004 se examinó la constitucionalidad de la Ley 812 de 2002, que fijaba un límite temporal a la protección laboral reforzada, dentro de procesos de renovación de la administración pública, a favor de sujetos de especial protección constitucional, esto es, madres y padres cabeza de familia y discapacitados (personas con limitación física, mental, visual o auditiva), la norma era acusada de implicar una regresión en la protección, en tanto la legislación anterior sobre el tema, esto es, el artículo 12 de la ley 790 de 2002, no incorporaba este límite temporal. La medida fue declarada inexequible, por cuanto afectaba en alto grado la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional. En fecha más reciente en la sentencia C-428 de 2009 examino la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 y declaro la inexequibilidad del requisito de la fidelidad al sistema por considerarlo contrario al principio de regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales. También en materia de tutela se ha reiterado el alcance del principio de progresividad, en este sentido pueden consultarse las sentencias T-1318 de 2005, T-043 de 2007, T-273 de 2007, T-267 de 2006 y T-418 de 2007.

[32] Sentencia C-038 de 2004 f. j. 22. [33] Sentencia C-038 de 2004, f. j. 23. Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997. Fundamento 8, SU-624 de 1999, C-1165 de 2000, C-1489 de 2000 y C-671 de 2002.

[34] Sentencia T-043 de 2007. [35] Según señala la doctrina es posible distinguir dos nociones posibles de regresividad, por un lado se puede aplicar la noción de regresividad a los resultados de una política pública (regresividad de resultados). En este sentido la política pública desarrollada por el Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro. Esta aplicación de la noción de regresividad requiere, por ende, indicadores o referencias empíricas.

La noción de regresividad puede ser aplicada a cada indicador empleado en particular, o bien a la evaluación conjunta de varios indicadores que permitan una consideración general de los resultados de una política pública. El concepto de regresividad también puede aplicarse a normas jurídicas, en este sentido se refiere a alcance de los derechos reconocidos por una norma jurídica, bajo esta acepción se entendería como regresividad normativa .

En este sentido para determinar si una norma es regresiva es necesario compararla con la norma que ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios reconocidos por la norma anterior. Cfr.

Christian Courtis , “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorias” en Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales .

Christian Courtis (Compilador), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 3 y s.s. [36] Sentencia C-428 de 2009. 1 Estado Social y Administración Pública.

Edit. Civitas, Monografías, 1983. [37] Ver Gaceta del Congreso de la República No.932, del diecinueve de octubre de 2010. [38] Ponencia para primer debate al Proyecto de ley 057 de 2010 Cámara, 174 de 2010 Senado, Gaceta del Congreso No.932 de diecinueve de octubre de 2010.

[39] Ibidem. [40] Ibidem. [41] Informe VI de la Conferencia Internacional del Trabajo “Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa” , Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2011, p. 99.

[42] Según el artículo 2 de la Ley 1429 de 2010 aquellas cuyo personal no sea superior a 50 trabajadores y cuyos activos totales no superen los 5.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

[43] Según el artículo 2 de la ley el inicio de actividades se cuenta desde la fecha de inscripción del registro mercantil en la respectiva Cámara de Comercio.

[44] Parágrafo 1 del artículo 64 de la Ley 1429 de 2010. [45] Sentencia C-793 de 2007. [46] Tales eran los supuestos fácticos de las sentencias T-223 de 1998, T-753 de 1999, T-097 de 2004 y T-303 de 2009 .

[47] En este sentido pueden citarse algunas sentencias de tutela, como la T-525 de 2010 y la T-858 de 1999. [48] Convenio sobre la seguridad social (norma mínima). Específicamente me refiero a la parte VII, artículos 39 y siguientes:

“ Artículo 39 Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones familiares de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 40 La contingencia cubierta será la de tener hijos a cargo en las condiciones que se prescriban. Artículo 41 Las personas protegidas deberán comprender: a) sea a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados; b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes; c) sea a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos; d) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas.

Artículo 42 Las prestaciones deberán comprender: a) sea un pago periódico concedido a toda persona protegida que haya cumplido el período de calificación prescrito;

b) sea el suministro a los hijos, o para los hijos, de alimentos, vestido, vivienda y el disfrute de vacaciones o de asistencia doméstica; c) o bien una combinación de las prestaciones mencionadas en a) y b).

Artículo 43 Las prestaciones mencionadas en el artículo 42 deberán garantizarse, por lo menos, a las personas protegidas que hayan cumplido, durante un período prescrito, un período de calificación que podrá consistir en tres meses de cotización o de empleo, o en un año de residencia, según se prescriba ”.

[49] Constitución Política, artículo 214, numeral 2.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 30 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.