



**Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá**

---

Honorables

**MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**

Magistrado ponente: **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS**

E.S.D.

Referencia: **Expediente número D-14004** Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1 del parágrafo 1 del artículo 3º de la Ley 789 de 2002

Actor: **ANAMARÍA SÁNCHEZ QUINTERO Y OTROS**

Asunto: **intervención ciudadana** según Decreto 2067 de 1991 artículo 7.

**JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN**, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**; **OSCAR ANDRÉS LÓPEZ CORTÉS**, profesor titular de la Universidad Libre y miembro del Observatorio, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, dentro del término legal, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 de la C.P y el artículo 7 Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto a la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

**1. NORMA DEMANDADA**

LEY 789 DE 2002

(diciembre 27)

Diario Oficial No 45.046 de 27 de diciembre de 2002

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

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

*Parágrafo 1°. 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. CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Los demandantes consideran que la norma acusada viola el principio de progresividad entendido como la prohibición de regresividad en materia de seguridad social, al establecer un estándar inferior al garantizado en norma anterior. También consideran vulnerado el derecho de acceso a la educación superior en tanto establece que solo se beneficiarán del subsidio familiar en dinero aquellos trabajadores que tengan hijos menores de 18 años.

## **3. CONSIDERACIONES DEL OBSERVATORIO DE INTERVENCIÓN CIUDADANA CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD LIBRE**

El Observatorio apoya la solicitud de declaratoria de inexecutable por considerar que la norma acusada vulnera el principio de condición más beneficiosa y comparte los argumentos de la demanda. Con el fin de no repetir lo expuesto en la demanda, nos limitaremos a precisar el alcance del principio de condición más beneficiosa en materia de derecho laboral como elemento de juicio adicional; en el siguiente punto aportaremos algunos elementos empíricos para la valoración del principio de progresividad en el caso concreto.

### **3.1. El principio de la condición más beneficiosa en el derecho laboral**

El principio de la condición más beneficiosa tiene una larga tradición en el derecho del trabajo, que se reafirma con el surgimiento del estado social de derecho y se consolida en los ordenamientos constitucionales que han optado por esta fórmula jurídico política.

Ya en la década del setenta del Siglo XX, a partir del derecho y la jurisprudencia europea, Tomás Sala Franco<sup>1</sup> distinguía el principio de condición más beneficiosa en tres situaciones de cambio normativo:

- a) ... las mejoras incorporadas al nexo contractual frente a las condiciones estrictamente exigibles según la normatividad aplicable
- b) las condiciones de origen contractual frente a las establecidas en nuevas normas que sustituyen a las anteriores vigentes
- c) las condiciones de origen normativo frente a las establecidas en nuevas normas del mismo rango jerárquico que las sustituyen.”<sup>2</sup> (página 38)

La primera variable del principio de condición más beneficiosa exige al empleador el deber de respetar aquellos derechos pactados en el contrato de trabajo que son superiores al estándar de ley, los cuales no pueden ser desmejorados por disposiciones contractuales posteriores que obren en perjuicio del trabajador.

La segunda variable del principio de condición más beneficiosa permite resolver aquella situación en la que un trabajador goza de un estándar de derecho reconocido en el contrato individual pero igual a la ley vigente al momento de la firma de contrato, que luego la ley reduce. Se trata en este caso de situaciones consolidadas en la relación laboral que no pueden ser disminuidas por una ley posterior a las suscripción del contrato de trabajo.

En tercer lugar, para Tomas Sala Franco, aparece la hipótesis de aplicación del principio de condición más beneficiosa: “la sucesión de normas en el tiempo y del respeto a aquellas condiciones más beneficiosas de origen legal” (p. 54). Esta aplicación del principio es el que resulta más relevante en este proceso de constitucionalidad. En tanto el contrato de trabajo es un negocio jurídico de ejecución continuada es posible que durante su vigencia las normas legales cambien en detrimento de los derechos laborales. Si la nueva norma incluye una disposición transitoria estableciendo el respeto a condiciones más beneficiosas anteriores no surge ningún conflicto. No obstante, en aquellos casos donde no se incluye tal disposición o régimen de transición, surge el conflicto de interpretación.

Según la doctrina, en estos casos jurisprudencia como la española reconoció por mucho tiempo dos principios a favor de mantener las condiciones legales anteriores más beneficiosas para el trabajador, uno: *el principio de irreversibilidad de las normas laborales*; dos: el principio de los derechos adquiridos. El primero fue reconocido por diversos autores del derecho laboral europeo durante la segunda mitad del siglo XX y era definido, de manera general, como la “imposibilidad de que una norma posterior empeore las condiciones reguladas por aquella que deroga” (Sala, 1977, p.54). El fundamento de este principio reposa en el carácter mínimo de las normas laborales en

---

<sup>1</sup> Sala, Tomas (1977) *El principio de la condición más beneficiosa* En: Revista de Política Social nº 114 abril-junio 1977 Editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

<sup>2</sup> Sala Franco reconocía 2 variables adicionales en el principio de condición más beneficiosa, pero aquí se retoman únicamente las relevantes para el esclarecimiento de este principio en perspectiva constitucional.

sentido diacrónico, en tanto la norma posterior no puede suponer un retroceso en la situación de los trabajadores, sin importar si estos han sido contratados antes o después del cambio normativo.

En oposición al principio de irreversibilidad de las normas laborales Sala Franco reconoce el principio de modernidad o de orden normativo. El fundamento de este principio es la regla prevista en el derecho civil según la cual la ley posterior deroga a la ley anterior. Si bien se trata de una importante principio jurídico que permite el tránsito normativo como respuesta a los cambios de época, es necesario matizar su aplicación en el derecho laboral, que es producto de la relación entre capital y trabajo.

Como se puede apreciar en la tercera variable del principio de condición más beneficiosa: irreversibilidad de las normas laborales, este resulta muy cercano al principio de progresividad como prohibición de regresividad, contemplado en el derecho constitucional. Pero quizás lo más relevante de este principio es su fundamento sociológico. Este atiende a la incuestionable realidad del trabajo como generador de riqueza en el capitalismo. Es bien sabido que el trabajo socialmente realizado es el generador de la riqueza global, pero el libre mercado en el cual se desarrolla el trabajo productivo no garantiza una distribución justa de esa riqueza, es allí donde se necesita del derecho social. Si la regla determinante fuera la aplicación sin matices de “ley posterior deroga ley anterior”, el núcleo básico de los derechos sociales en el trabajo se derrumbaría a manos de las reformas legales.

Si tiene razón Alain Supiot acerca de la manera como la globalización ha empujado al mundo a lo que él denomina el *law shopping*<sup>3</sup>, como ese gran mercado de normas en el que los países compiten unos con otros, no para mejorar su productividad, sino solo para atraer a las empresas transnacionales con estándares más bajos en materia de derechos laborales, ambientales y fiscales, entonces estamos ante el riesgo inminente de dismantelar el sistema de protección social que ha costado siglos construir. En el mundo gobernado por el mercado de las normas la soberanía nacional cede ante la ambición de las multinacionales que ocasiona la reducción de los derechos sociales. El principio de la condición más beneficiosa, como el de progresividad en tanto prohibición de la regresividad, son herramientas de defensa, o como señaló Karl Polanyi: murallas que aún podemos erigir en defensa del trabajo, que no es otra cosa que la vida.<sup>4</sup>

### **3.2. Idoneidad de la reforma laboral**

La medida adoptada a través de la norma aquí demandada constituye una regresión (entendida como la disminución de un estándar de derecho) del subsidio familiar para

---

<sup>3</sup> Del autor se sugieren sobre este concepto, entre otros: *Derecho y Trabajo ¿un mercado global de normas?* En NLR Nº 39 mayo-junio de 2006; *Perspectiva jurídica de la crisis económica de 2008* En: Revista Internacional del Trabajo vol. 129 (2010), núm.2

<sup>4</sup> Polanyi, Karl (2007) *La gran transformación: crítica del liberalismo económico* Fondo de Cultura Económica

educación de los hijos de los trabajadores con salarios más bajos. Se trata de una reducción que deja por fuera a hijos menores de 25 años, pero mayores de 18 años, cuyas familias ya no cuentan con ese apoyo económico que preveía la norma de 1982 modificada por la ley 789 aquí demandada. En términos poblacionales es evidente que los hijos de las familias con menores ingresos en edad de cursar estudios universitarios, técnicos o profesionales, ya no reciben el apoyo económico que establecía la ley hasta el año 2002.

Entonces es evidente que la norma es regresiva, no se trata de una juicio de valor, es una cuestión objetiva en tanto se puede determinar cuantitativa y cualitativamente una población (hijos o hijas mayores de 18 años de familias trabajadoras que devengan menos de 6 salarios mínimos sumando ambos ingresos) que ya no reciben un derecho económico que estaba consagrado en la ley, ingreso con el cual se financiaba todo o parte de los estudios pos secundarios de esos jóvenes, afectándose así su derecho a la educación y el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas de sus padres. En esa medida, la norma demandada es indudablemente regresiva; ahora bien, como lo ha expuesto la jurisprudencia constitucional, no toda norma regresiva es por sí misma inconstitucional. Será necesario entonces determinar si la norma en cuestión se compadece o no actualmente con un sentido amplio de la Carta Fundamental, o en otras palabras, si a pesar de su regresividad puede mantenerse dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Al respecto la Corte ha previsto en diferentes oportunidades cuatro requisitos para que una norma, pese a ser regresiva, no resulte violatoria del orden constitucional, a saber:

1. Que el fin esperado con la aprobación de la norma regresiva sea el de garantizar otro derecho social.
2. Que no exista otro mecanismo apropiado para alcanzar el fin esperado.
3. Que la norma regresiva sea adoptada de forma temporal, esto es, de manera que cuando se alcance el objetivo esperado, o antes, la norma sea retirada del ordenamiento.
4. Que el promotor de la medida demuestre que no existe ningún otro mecanismo idóneo para alcanzar el objetivo propuesto.

Los cuatro requisitos son concomitantes, no basta el cumplimiento de uno solo para que la norma regresiva sea constitucional. Lo que equivale a decir que si faltase tan solo uno de estos requisitos la norma regresiva deviene inconstitucional. Los cuatro requisitos aluden a aspectos que son medibles, susceptibles de comprobación empírica, no solo se trata de discusiones de hermenéutica jurídica, sino de hechos de política social que el promotor de la medida debería demostrar para sostener la constitucionalidad de la norma cuestionada.

Para valorar los cuatro requisitos lo primero que podría preguntarse es ¿qué buscaba el promotor de la derogación del artículo 28 de la ley 21 de 1982? O lo que es igual ¿qué se esperaba con la reducción subjetiva (población beneficiada) del subsidio familiar para educación superior que recibían los trabajadores de menores ingresos? La respuesta la da el mismo Ministerio de Trabajo en su intervención dentro de este

proceso: obtener parte de los recursos para financiar la creación y sostenibilidad del Fondo para el Fomento del Empleo y Protección al Desempleo (FONEDE), un fondo de destinación específica reglamentado por el Gobierno Nacional. En términos concretos: se reducían los ingresos de las familias trabajadoras con menores recursos para la educación superior de sus hijos (lo que habría permitido movilidad social, que hijos de padres no profesionales tuvieran recursos para realizar estudios universitarios) con el ánimo de generar empleo.

Sin embargo el FONEDE fracasó. Si dejamos a un lado que este fondo de destinación específica luego fue reemplazado por el Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante FOSFEC (ley 1636 de 2013), cuyos objetivos eran distintos, lo cierto es que el FONEDE, como muestran abundantes investigaciones empíricas en esta materia<sup>5</sup>, no produjo los resultados esperados. Por ejemplo, puntualmente sobre el FONEDE, el estudio de Luz Mary Cárdenas concluye que:

“... las evaluaciones de impacto del programa FONEDE micro-crédito son inexistentes. La Superintendencia del Subsidio Familiar a la fecha no reporta ni un solo estudio que permita verificar la forma como ha evolucionado la cobertura del programa en proporción con el cumplimiento del objetivo trazado por la política pública contra el desempleo.

La dispersión de los programas de micro-crédito en diversas entidades dificulta la medición en términos estadísticos de la reducción de la pobreza en la ejecución total de los recursos destinados para tal fin. La evaluación de impacto debería incluir los costos administrativos y la provisión de los recursos de manera eficiente sin sobrepasar los límites del principio de la solidaridad, pues resultaría equitativo en la medida que contribuye a la reducción de la pobreza y la desigualdad.”<sup>6</sup>

Incluso un estudio del Departamento Nacional de Planeación<sup>7</sup> avizoraba lo que luego concluirían investigaciones como la de Cárdenas publicada en el 2013. En el estudio del DNP del 2009, ya se advertía la ineficacia del FONEDE, debido al bajo número de beneficiarios, lo que llevó a la desaparición de este fondo de destinación específica.

---

<sup>5</sup> Se sugieren, entre otros: Centro de investigaciones para el Desarrollo CID (2007) Evaluación de la Reforma Laboral Ley 789. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Económicas / Gaviria, Alejandro (2004) Ley 789 de 2002: ¿Funcionó o No?. CEDE Documento 2004-45.<sup>[1]</sup><sup>[2]</sup> / Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social (2004) Seguimiento a la ley 789 de 2002, de reforma laboral año 2003”, cuaderno de trabajo n.º 5, junio/ Observatorio de Mercado de trabajo y seguridad social (2004) *Mitos y realidades de la Reforma Laboral Colombiana la Ley 789 dos años después*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia / Sánchez, Roberto (2011) Política pública laboral del gobierno de Álvaro Uribe 2002 – 2010 En: Revista Latinoamericana de Estudios do Trabalho Ano 16 Nº 26 183-217

<sup>6</sup> Cárdenas, Luz Mary (2013) Perspectiva crítica del sistema de subsidio familiar y microcrédito FONEDE: un programa diseñado para incentivar el empleo en Colombia En: CON-TEXTO Revista de Derecho y Economía Nº 40 julio-diciembre 2013 Universidad Externado de Colombia. Páginas 115-128

<sup>7</sup> Carrasco, E. (2009). *Evaluación ejecutiva de la política del Fondo para el Fomento del Empleo y Protección al Desempleado (Fonede)*. Departamento Nacional de Planeación.

Si el FONEDE fracasó ¿qué razón hay para mantener la norma que mediante la reducción de un derecho social cubría parte de su financiación? ¿Por qué no se ha derogado la norma regresiva si no alcanzó el objetivo esperado? En este caso, debe ser el gobierno nacional, como promotor de la ley 789<sup>8</sup> el que debería demostrar si luego de casi dos décadas de adoptada esa ley se han alcanzado los objetivos esperados, o sea, si la medida fue realmente idónea, necesaria y razonable. Sin embargo, hasta el momento, el mismo Gobierno que acusa a la demanda que dio origen a este proceso de lanzar afirmaciones abstractas y generales, no ha aportado una sola prueba concreta y específica de que la medida regresiva de la ley 789 haya alcanzado los fines esperados.

El promotor de la reforma regresiva no ha demostrado que la medida buscada tras las derogación del artículo 28 de la Ley 21 de 1982 haya sido necesaria, mucho menos idónea. Han pasado ya dos décadas de aprobada la ley 789, tiempo al cabo del cual lo único que se ha conseguido es restringir el acceso a la educación superior de miles de jóvenes pertenecientes a las familias trabajadoras con menores salarios, lo que en términos prácticos significa el aumento de la brecha social y la restricción, cada vez mayor, del acceso a la educación superior de las mayorías.

#### **4. CONCLUSIÓN**

Consideramos que los motivos y datos aquí presentados, así como los razonamientos jurídicos planteados en la demanda, son suficientes para solicitar a la Corte Constitucional la declaratoria de inexecutable del numeral 1, parágrafo 1 del artículo 3, de la ley 789 de 2002, dado que viola el principio de progresividad y no regresividad, así como el principio de la condición más beneficiosa.

De los H. Magistrados, Atentamente.



**JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARÍN**

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150.

Correo: [jkbv@hotmail.com](mailto:jkbv@hotmail.com)

---

<sup>8</sup> Recordemos que fue el Gobierno Nacional que a través del entonces Ministerio de Trabajo, propuso y defendió ante el Congreso de la República el proyecto que dio origen a la ley 789 de 2002.



**OSCAR ANDRÉS LÓPEZ CORTÉS**

**PH.D. EN ANTROPOLOGÍA**

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 5-80, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas

oscara.lopezc@unilibre.edu.co