



Comunicado 30

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
Agosto 11 de 2021

La Constitución, el pacto fundamental de convivencia que nos une

SENTENCIA C-268/21

M.P. Diana Fajardo Rivera

Expediente: D-14053

Norma acusada: Código de Comercio (arts. 263 y 264, parciales)

POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA, CORTE SE INHIBE DE PROFERIR UNA DECISIÓN DE FONDO EN DEMANDA QUE ATACABA NORMAS QUE PREVÉN LA POSIBILIDAD DE ABRIR SUCURSALES Y AGENCIAS, ÚNICAMENTE, A LAS SOCIEDADES COMERCIALES

1. Norma objeto de control constitucional

DECRETO 410 DE 1971

(marzo 27)

Por el cual se expide el Código de Comercio

Artículo 263. Definición de sucursales. Facultades de los administradores. Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una **sociedad**, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios **sociales** o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la **sociedad**.

Cuando en los estatutos no se determinen las facultades de los administradores de las sucursales, deberá otorgárseles un poder por escritura pública o documento legalmente reconocido, que se inscribirá en el registro mercantil. A falta de dicho poder, se presumirá que tendrán las mismas atribuciones de los administradores de la principal.

Artículo 264. Definición de agencias. Son agencias de una **sociedad** sus establecimientos de comercio cuyos administradores carezcan de poder para representarla.

2. Decisión

Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad de los apartes demandados en los artículos 263 y 264 del Decreto 410 de 1971, "*por el cual se expide el Código de Comercio*", por ineptitud sustantiva de la demanda.

3. Síntesis de los fundamentos

En esta ocasión, correspondió a la Corte Constitucional estudiar la demanda presentada por el ciudadano Diego Felipe Márquez Arango contra los artículos 263 (parcial) y 264 (parcial) del Decreto 410 de 1971, “*por el cual se expide el Código de Comercio*”. En síntesis, el actor advertía sobre una presunta violación del derecho a la igualdad debido a que las disposiciones referidas prevén únicamente la posibilidad de abrir *sucursales* y *agencias* a las sociedades y, en cambio, no lo permiten a otras personas jurídicas con protagonismo en el ámbito comercial, específicamente a las corporaciones, fundaciones y asociaciones que han sido constituidas como entidades sin ánimo de lucro. De acuerdo con el accionante, estas últimas entidades también son agentes de comercio en un sentido amplio y no deberían quedar al margen de esta facultad.

De forma unánime, **la Sala Plena encontró que la demanda no cumplió con la carga argumentativa que exigen los procesos de control constitucional, especialmente cuando se propone un juicio de igualdad.** En particular, el actor no sustentó suficientemente las bases de la comparación (*tertium comparationis*), esto es, por qué las entidades sin ánimo de lucro son sujetos comparables a las sociedades comerciales.

Si bien es cierto que las entidades sin ánimo de lucro también pueden participar en el mercado y desarrollar actividades propiamente mercantiles, ello no significa, por sí solo, que requieran de un tratamiento equivalente al de las sociedades. Tampoco explicó el actor por qué el ánimo de lucro constituye un parámetro irracional del Legislador para sentar un trato diferenciado y determinar el tipo de entidades que pueden operar sucursales y agencias.

La igualdad es un concepto por esencia relacional o comparativo, puesto que dos regímenes jurídicos no son iguales o diferentes entre sí en todos sus aspectos, sino respecto del o de los criterios empleados para la equiparación. De ahí que, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, la correcta escogencia de los criterios de comparación sea una tarea clave para el éxito de cualquier juicio de igualdad.

La participación en el mercado y las transacciones mercantiles que válidamente puedan ejecutar las entidades sin ánimo de lucro, no es razón suficiente para considerar que en dicho escenario merezcan un trato similar al de las sociedades comerciales. Era necesario, además, que el actor profundizara en la naturaleza y las particulares condiciones que caracterizan a las entidades sin ánimo de lucro, para poder luego determinar si realmente son sujetos comparables a las sociedades, al menos en lo que respecta a la operación de sucursales y agencias, en los términos del Código de Comercio.

SENTENCIA C-269/21

M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Expediente: D-14052

Norma acusada: Ley 1955 de 2019, artículo 116 (parcial)

CORTE DECLARA INCONSTITUCIONAL APARTE DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2018-2022, DEBIDO A QUE GENERABA ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DEL ESTADO A EXPENSAS DEL PATRIMONIO DE INICIATIVAS PRIVADAS

1. Norma objeto de control constitucional

LEY 1955 DE 2019

(mayo 25)

Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. 'Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad'

ARTÍCULO 116. EVALUACIÓN DE LOS PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA. El artículo 19 de la Ley 1882 de 2018 quedará así:

Artículo 19. Evaluación de los Proyectos de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada. Los originadores de proyectos de Asociación Pública Privada de Iniciativa privada, asumirán por su propia cuenta y riesgo, el costo estimado de su revisión y/o evaluación en la etapa de factibilidad.

Para el efecto, el originador deberá aportar, según corresponda:

- a) El equivalente a 500 SMLMV en caso de proyectos cuyo presupuesto estimado de inversión sea inferior a 400.000 SMLMV, calculado en precios constantes al momento en que la entidad pública competente una vez finalizada la etapa de prefactibilidad manifiesta que el proyecto es de su interés, o
- b) El equivalente al 0,1% del presupuesto estimado de Inversión para proyectos cuyo presupuesto estimado de inversión sea igual o superior a 400.000 smlmv, calculado en precios constantes al momento en que la entidad pública competente una vez finalizada la etapa de prefactibilidad manifiesta que el proyecto es de su interés.

La administración y manejo de los recursos aportados por el originador destinados a la revisión y/o evaluación del proyecto en etapa de factibilidad se realizará a través de un patrimonio autónomo que constituirá el originador. Los costos que genere la administración de dicho patrimonio autónomo deberán ser cubiertos por el originador de la iniciativa privada.

La entidad estatal encargada de la revisión y/o evaluación del proyecto será la beneficiaria del patrimonio autónomo y la encargada de autorizar la celebración de los contratos requeridos para el efecto, así como autorizar los pagos a que hubiere lugar en desarrollo de los mismos.

El costo estimado de la evaluación del proyecto en la etapa de factibilidad deberá girarse al patrimonio autónomo en el plazo establecido por la entidad al momento de pronunciarse sobre el mismo una vez finalizada la etapa de prefactibilidad. En caso de que el originador no consigne el valor de la evaluación del proyecto la entidad estatal no adelantará su respectiva evaluación.

Finalizada la evaluación del proyecto, se procederá a la liquidación del patrimonio autónomo y sus excedentes si los hubiere serán consignados a orden del tesoro nacional.

2. Decisión

Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión “*y sus excedentes si los hubiere serán consignados a orden del tesoro nacional*” contenida en el último inciso del artículo 116 de la Ley 1955 de 2019, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. ‘Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad’”.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte analizó si el aparte acusado vulnera el derecho a la propiedad privada al disponer que los excedentes de la liquidación del patrimonio autónomo constituido por los originadores para la evaluación de los proyectos de APP de iniciativa privada no les sean devueltos, sino consignados a orden del tesoro nacional.

De manera preliminar, la Corte encontró que el cargo presentado era apto. En efecto, la argumentación fue específica, pues precisó de forma objetiva y verificable una oposición entre el contenido de la expresión acusada y el derecho a la propiedad. Además, los ciudadanos edificaron el concepto de violación de la Carta con fundamento en reproches de naturaleza constitucional, objetivos y verificables.

En cuanto al estudio de fondo, la Corte desarrolló los siguientes temas: (i) el derecho a la propiedad y la posibilidad de limitarlo de acuerdo con la Constitución; (ii) el concepto de enriquecimiento sin causa; (iii) las generalidades de los contratos de APP; (iv) la obligación de constituir un patrimonio autónomo en la etapa precontractual para revisar y/o evaluar proyectos de APP de iniciativa privada; y, finalmente (v) la respuesta al problema jurídico planteado por la demanda.

En primer lugar, la Corte reiteró que el margen de configuración legislativa en materia de propiedad privada no es absoluto. Por lo tanto, siempre debe motivar la afectación a tal derecho. Para ello debe ser clara la finalidad de la restricción, que debe estar relacionada con la utilidad o el interés públicos, o con las funciones social y ecológica de la propiedad. De lo contrario, se presentaría una extralimitación del margen de configuración legislativa que habrá de ser analizada a la luz del principio de proporcionalidad. Además, precisó el alcance del concepto de enriquecimiento sin causa con énfasis en las relaciones de los particulares con el Estado.

De otro lado, esta Corporación explicó la naturaleza y funcionamiento general de los proyectos de APP. La norma se refiere a la constitución de un patrimonio autónomo para la revisión y/o evaluación de proyectos de APP de iniciativa privada. Se aplica en la etapa de factibilidad, que a su vez se ubica en la fase precontractual de estructuración, una vez se ha superada la prefactibilidad. Además, precisó que se refiere a la evaluación de un acervo documental específico (el proyecto) y no a la realización de los estudios previos ni a su adquisición por la entidad.

Posteriormente, en el análisis del aparte acusado, la Corte insistió en que la constitución del patrimonio autónomo que surge de un contrato de fiducia mercantil corresponde totalmente a recursos privados. Además, el diseño normativo no pretende convertir recursos privados en públicos y, menos aún, hacerlos parte del patrimonio estatal. Efectivamente, los objetivos del patrimonio autónomo son mucho más precisos y circunscritos a la etapa precontractual en la que, de hecho, también opera la transferencia de riesgos y por eso el originador es quien debe aportar la totalidad de los recursos para la evaluación. De tal manera, no se comprometen los escasos recursos públicos.

En este contrato de fiducia, el fideicomitente es el originador, pero la ley ordena que el beneficiario sea la entidad estatal encargada de la revisión y/o evaluación del proyecto. Por lo mismo, ella autorizará la celebración de los contratos requeridos para el efecto (si es del caso) y de la autorización de los pagos a que hubiere lugar por tal concepto. Además, la revisión y/o evaluación es la finalidad para el cual se constituye el patrimonio autónomo.

La Sala Plena precisó que, en este caso, el aparte acusado elimina la posibilidad de que en el contrato fiduciario se pacte que el originador reciba los excedentes. Por lo tanto, le impone al originador la no recuperación de los mismos que, como ya se explicó, no son recursos públicos.

Por tratarse de una restricción a un contrato mercantil que impone una situación que afecta los recursos aportados por el originador privado a favor de los del tesoro nacional, existen indicios importantes de afectación del derecho a la propiedad y de enriquecimiento sin causa de Estado.

La Corte constató que se cumplen los elementos para que se configure el enriquecimiento sin causa del Estado a expensas del patrimonio del originador:

- a. el Estado impide la participación del particular para establecer en el contrato de fiducia el destino de los excedentes cuando se liquide el patrimonio autónomo, aunque el Legislador podría adoptar distintas decisiones al respecto.
- b. La ley prevé el costo de la inversión para efectos de adelantar el estudio del proyecto de manera predeterminada, de tal forma que los excedentes no obedecen a actos de voluntad del originador.
- c. El Estado afecta al particular sin que éste haya tenido culpa; sólo ejerce su derecho a participar de un proceso precontractual.
- d. No hay un contrato estatal que justifique el ingreso de esos recursos en virtud de una obligación pactada.
- e. La autoridad del Estado es usada para que el particular se desprenda de unos recursos, que podrían corresponderle, en beneficio del tesoro nacional sin justificación aparente.
- f. Aunque esa imposición opera por ministerio de la ley, la norma no supera un análisis de razonabilidad y proporcionalidad.

En efecto, aplicó un juicio débil de proporcionalidad en el que determinó que el objetivo del aporte del originador es la evaluación del proyecto, pero la norma o sus antecedentes legislativos no precisan cuál es el propósito perseguido al consignar los excedentes que no se usaron para la evaluación a orden del tesoro nacional. La Corte concluyó que el aparte acusado excede la libertad de configuración del Legislador cuando establece un límite al derecho a la propiedad, pero ni siquiera lo justifica mínimamente. La norma constituye un enriquecimiento sin causa que contraría la idea general de justicia consagrada en la Carta Política y, por lo tanto, es desproporcionada e inconstitucional y habrá de ser declarada inexecutable.

4. Salvamento de voto

El magistrado **Antonio José Lizarazo Ocampo** manifestó salvamento de voto respecto de la decisión anterior, toda vez que en su concepto, la norma demandada admitía una interpretación compatible con la Constitución, por lo cual ha debido declararse executable de manera condicionada. A su juicio, solo en el caso de que el valor del excedente resultante de la liquidación del patrimonio autónomo constituido para financiar los costos de evaluación del Estado de un proyecto de iniciativa privada exceda el monto del aporte del particular, debería trasladarse al tesoro nacional. En los demás casos, se afectaría la propiedad privada sin justificación.

SENTENCIA C-270-21

M.P. Cristina Pardo Schlesinger

Expediente: D-14056

Norma acusada: Ley 2040 de 2020, artículo 3

LA CORTE SE INHIBIÓ DE PRONUNCIARSE RESPECTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 3o. DE LA LEY 2040 DE 2020, QUE AÑADIÓ UN PARÁGRAFO 4o. AL ARTÍCULO 12 DE LA LEY 1150 DE 2007, QUE ESTABLECE UN CRITERIO DE DESEMPATE ENTRE PROPONENTES EN UNA LICITACIÓN PÚBLICA

1. Norma objeto de control de constitucionalidad

LEY 2040 DE 2020
(julio 27)

Por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones

ARTÍCULO 3o. Adiciónese un párrafo al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007:

PARÁGRAFO 4o. Criterio de desempate.

En los procesos de contratación públicos, en caso de empate en la puntuación de dos o más proponentes, se preferirá a aquel que demuestre la vinculación del mayor porcentaje de personas mayores que nosean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley.

Para los efectos de este párrafo solo se tendrá en cuenta la vinculación de aquellos adultos mayores objeto de esta Ley que hayan estado vinculados con una anterioridad igual o mayor a un año. Para los casos de constitución inferior a un año se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma.

Dado el caso en que el contrato público haya sido obtenido con ocasión a esta forma de desempate, el empleador deberá mantener el mismo porcentaje de adultos mayores trabajadores al interior

de la empresa durante la vigencia de ejecución del contrato. En caso contrario no podrá hacer uso de este beneficio en cualquier otro contrato que celebre con el Estado dentro de los 5 años siguientes a la terminación del contrato.

Para estos efectos, la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, certificará, bajo la gravedad de juramento, el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes que cumplan con lo aquí señalado a la fecha de cierre del proceso de selección.

2. Decisión

INHIBIRSE para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 3° de la Ley 2040 de 2020 << Por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones >>, por carencia actual de objeto.

3. Síntesis de los fundamentos

El demandante cuestionaba el criterio de desempate introducido por el artículo 3° de la Ley 2040 de 2020 "Por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones". Esto por considerar que se desconocía el principio de unidad de materia dado que la norma modificaba una ley aplicable a los procesos de contratación pública.

La Corte constató que, con posterioridad a la presentación de la acción de constitucionalidad, el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 fue objeto de modificación por la Ley 2069 de 2020. Tras la última modificación, desapareció del artículo 12 de la ley 1150 de 2007 el párrafo 4° introducido por la ley acusada. Párrafo contra el cual se había dirigido la demanda.

No obstante, verificó que el criterio de desempate contenido en el artículo 3° de la Ley 2040 se introdujo con modificaciones en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Así las cosas, la Sala estudió si había operado la derogatoria expresa, tácita, orgánica o la subrogación de la norma acusada, concluyendo que la norma demandada no se encontraba produciendo efectos jurídicos pero que se presentaba una subrogación parcial.

No obstante, recordó que específicamente cuando ha operado el fenómeno de la subrogación y el contenido de la norma subrogada y subrogatoria no son idénticos

desde una perspectiva formal ni material, la jurisprudencia ha reiterado que no es posible realizar la integración normativa a fin de estudiar la constitucionalidad de la nueva disposición, porque podría incurrir en un control oficioso que le está prohibido.

Concluyó que la anterior restricción se presentaba también en razón a la naturaleza del cargo, pues las razones de inconstitucionalidad alegadas no podían mantenerse respecto del nuevo contenido legal. En efecto, en el asunto que se estudiaba, la fundamentación del reproche formulado consistía en el desconocimiento del principio de unidad de materia, por la ausencia de conexión causal, temática, sistemática o teleológica, entre el artículo 3º y la Ley 2040 de 2020, en el que se encontraba consagrado dicho precepto.

Atendiendo al cargo formulado, no era entonces procedente adelantar el control abstracto de la disposición acusada, ya que las razones de inconstitucionalidad se habían afectado sustancialmente. Esto en virtud de que la norma demandada se encontraba en otro cuerpo normativo distinto de aquel en donde se hallaba la norma subrogatoria. Así las cosas, los fundamentos que presentó el demandante para construir el cargo por violación del principio de unidad de materia no podían aplicarse al contenido general de la ley subrogatoria. En efecto, la norma subrogatoria se encuentra en una ley cuyo objeto es impulsar el emprendimiento y crecimiento de empresas que generen empleo y aumentan el bienestar y la equidad en el país. Mientras que la finalidad de la ley que contiene la norma subrogada se circunscribe a la adopción de medidas para impulsar el trabajo de adultos mayores.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que la norma cuestionada no se encuentra vigente y no está produciendo efectos jurídicos ni tiene el potencial de producirlos y, en particular, que el cargo planteado no puede predicarse respecto del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, la Corte se declaró inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo por carencia actual de objeto.

SENTENCIA C-271/21

M.P. José Fernando Reyes Cuartas

Expediente: D-14004

Norma acusada: Ley 789 de 2002 (art. 21, parcial)

CORTE CONCLUYE QUE LA LIMITACIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN DINERO, CON EL OBJETO DE OBTENER RECURSOS PARA PROMOVER EL EMPLEO Y APOYAR A LAS PERSONAS AFECTADAS POR EL DESEMPLEO, SE JUSTIFICAN CONSTITUCIONALMENTE

1. Norma objeto de control de constitucionalidad

LEY 789 DE 2002

(diciembre 27)

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 3º. 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 1º. Darán derecho al subsidio familiar en dinero las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

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

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLE** el numeral 1º, del parágrafo primero, del artículo 3º de la Ley 789 de 2002 únicamente por el cargo analizado.

3. Síntesis de los fundamentos

La Ley 21 de 1982 -por medio de la cual se modificó el régimen de subsidio familiar- estableció que dicho subsidio constituye una prestación social susceptible de ser pagada en dinero, especie y servicios. Según prevé, tiene como destinatarios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo. Su objetivo fundamental consiste aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

El artículo 28 de la referida ley establecía, entre los grupos de personas a cargo que daban lugar al subsidio familiar en dinero, a los hijos que sobrepasaran la edad de 18 años y hasta la edad de 23 años cumplidos, siempre y cuando se acreditara la respectiva calidad de estudiante post-secundario, intermedio o técnico. La Ley 789 de 2002 -que adoptó normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social- previó en la disposición demandada (art 3º) que los hijos a cargo que habilitaban el acceso al subsidio serían aquellos que no sobrepasaran la edad de 18 años y, a partir de los 12 -como lo indicaba la regulación precedente- debería acreditarse la escolaridad.

El cargo formulado exigía establecer si la modificación que se introdujo respecto de la conformación del grupo de hijos a cargo, que permiten al trabajador ser destinatario del subsidio familiar en dinero, violaba la *prohibición de retroceso injustificado* en el grado de protección del derecho a la seguridad social.

Luego de analizar ampliamente el alcance de dicha prohibición a partir de lo previsto en la Constitución, los tratados en materia de derechos humanos y la jurisprudencia, la Corte concluyó que la disposición impugnada no desconoció el derecho a la seguridad social. Estableció la Sala (i) que el subsidio familiar en dinero constituye una prestación social de origen legal que desarrolla el derecho a la seguridad social y (ii) que la contracción del grupo de hijos a cargo que da lugar a su pago podía considerarse como un retroceso en

el grado de protección de ese derecho. Sin embargo, estimó el Tribunal que la medida analizada (iii) no desconocía los contenidos mínimos del derecho a la seguridad social y (iv) superaba las exigencias del juicio de proporcionalidad aplicable.

La Corte consideró que no se afectaban los contenidos mínimos del derecho por al menos tres razones. Primero. La modificación introducida no empleó categorías sospechosas que tuvieran por objeto introducir una distinción discriminatoria. Se fundamentó en la llegada a la mayoría de edad y, en consecuencia, en el grado de autonomía jurídica que se asocia a tal condición. Segundo. La disposición no afectó a grupos especialmente protegidos. A pesar de que la cuantía de la remuneración que determina el acceso al subsidio sugiere que se trata de los trabajadores de menores ingresos, la vigencia de un contrato de trabajo es un hecho que permite afirmar, al menos *prima facie*, que no se trata de grupos familiares marginados. Tercero. La regulación vigente en materia de subsidio familiar evidenciaba una política pública en la materia que descarta la ausencia de un “*plan*” de prestaciones familiares.

Luego de considerar ampliamente los diferentes enfoques metodológicos desarrollados para establecer si un retroceso se encuentra justificado, la Corte resaltó que debía emprenderse un escrutinio que, de una parte, no renunciara al desarrollo de las etapas del juicio de proporcionalidad y, de otra, evidenciara sensibilidad frente a los problemas especiales que los exámenes de idoneidad y necesidad plantean cuando se juzgan retrocesos en el marco de una política pública amplia y multidimensional.

Con fundamento en esa consideración, señaló que en aquellos casos en los cuales se examinen retrocesos legislativos en el grado de protección de los derechos y estos hagan parte de medidas integradas a políticas públicas de la naturaleza indicada -respecto de las cuales el legislador tiene un amplio margen de configuración- debe verificarse (i) que el retroceso persiga fines constitucionalmente imperiosos; (ii) que exista evidencia suficiente acerca de la idoneidad de la medida para alcanzar el propósito; (iii) que considerado el contexto en el que se produce su adopción pueda concluirse -*prima facie*- que el legislador eligió, entre los medios disponibles, el menos restrictivo; y (iv) que el grado de satisfacción de la finalidad perseguida compense el nivel o intensidad de la restricción. La Corte arribó a las siguientes conclusiones:

(i) La disposición acusada persiguió fines constitucionalmente imperiosos

La medida tuvo dos propósitos principales según se desprende de Ley 789 de 2002. Los recursos que dejaron de destinarse a los trabajadores que tuvieran a su cargo hijos entre 18 y 23 años en actividades educativas, se integraron a un fondo para impulsar la generación de empleo y proteger al desempleado. En efecto, según el artículo 6 de la referida ley “[l]as 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”.

Para la Corte (i) una política de creación de empleo mediante el otorgamiento de créditos (art. 7 de la Ley 789 de 2002) se vincula a los deberes del Estado en varias áreas: protección del trabajo (art. 25), ubicación laboral de las personas en edad de trabajar

(art. 54) y promoción del pleno empleo como presupuesto para la satisfacción de las necesidades básicas (art. 334). A su vez (ii) un sistema de apoyo para las personas que carecen de un empleo formal, mediante un subsidio destinado a la alimentación, a la salud o a la educación (arts. 10 y 11 de la Ley 789 de 2002, modificados por la ley 1438 de 2011), se asocia a varios objetivos: garantía de los derechos consagrados en la Constitución y cumplimiento de los deberes sociales del Estado (art. 2), protección de sujetos en situación de debilidad económica (art. 13) y garantía de acceso efectivo al conjunto de bienes y servicios básicos (art. 334). Tales fines, concluyó, son constitucionalmente imperiosos.

(ii) Existe evidencia suficiente acerca de la idoneidad de la medida para alcanzar los propósitos constitucionales identificados

La limitación del subsidio familiar en dinero con el objeto de obtener recursos destinados al Fondo de Subsidio al Empleo y Desempleo (FONEDA) contribuyó, según la información disponible, a alcanzar los fines constitucionales identificados. En efecto, es razonable suponer que la implementación de programas de microcrédito promueve la generación de empleo y, por esa vía, hace posible la satisfacción de las condiciones mínimas de existencia. Lo propio puede afirmarse respecto del subsidio al desempleo dado que, en ausencia de ese programa, las personas cuyos vínculos laborales hubieran fenecido carecerían de toda fuente de apoyo para atender las necesidades más urgentes.

Destacó la Sala que la intervención del Estado mediante el desarrollo de una política frente al desempleo, en este caso marcadamente asistencial, resulta útil para reducir o mitigar los efectos negativos vinculados a ese fenómeno. Cuando la contracción del empleo impide que las personas dispongan de los recursos requeridos para atender las necesidades personales y familiares más urgentes e inmediatas, el diseño y ejecución de una política de asistencia social, se erige en uno de los instrumentos más importantes para enfrentar la crisis. En este caso, la oferta de crédito para activar el empleo, los subsidios frente al desempleo y los programas de capacitación tienen la aptitud para alcanzar los fines establecidos. Constató la Corte, según la información suministrada por las autoridades públicas, que tales recursos habían sido destinados para ello.

Precisó que de la insuficiencia de una política para cobijar la totalidad de variables y cubrir al universo de afectados por un fenómeno social como el desempleo, no se desprende que ella carezca de idoneidad para alcanzar los fines perseguidos. Indica, probablemente, la necesidad de avanzar con mayor fuerza en su ejecución. O la urgencia de impulsar estrategias en otros frentes. Sin embargo, un avance parcial en la búsqueda de un resultado no implica, en un juicio como el que adelantó la Corte, la falta de aptitud fáctica de la medida.

(iii) Teniendo en cuenta el contexto en el que se aprobó la Ley 789 de 2002 puede concluirse -prima facie- que el legislador eligió, entre los medios disponibles, el menos restrictivo

Luego de analizar la sesión del día 18 de noviembre de 2002 de las Comisiones Conjuntas de Senado y Cámara (Gaceta del Congreso 166 de 2003), la Corte concluyó que de lo

allí discutido podía desprenderse que para obtener los recursos requeridos para financiar el Fondo de Subsidio al Empleo y Desempleo (FONEDE) se tuvieron en cuenta diferentes fuentes, una de las cuales -aunque no la única- fue la cuestionada por los demandantes. En efecto, además de lo correspondiente a la eliminación del subsidio familiar para hijos a cargo mayores de 18, fue considerado (i) el porcentaje no ejecutado que le corresponde del cuatro por ciento (4%) de los ingresos de las Cajas, al sostenimiento de la Superintendencia del Subsidio Familiar en el período anual siguiente; (ii) el porcentaje en que se reducen los gastos de administración de las Cajas de Compensación Familiar; y (iii) un porcentaje de los recaudos para el subsidio familiar en función de los cuocientes de cada caja.

Para la Corte, adoptar una política para hacer frente al desempleo exigía identificar y arbitrar recursos de diferentes fuentes. Bajo esa perspectiva el Legislador optó por eliminar el beneficio para los mayores de 18 años, sin afectar a las demás personas a cargo del trabajador -hijos menores de edad, padres mayores de 60 años y algunos familiares en situación de discapacidad-. La decisión del Congreso no puede ser valorada al margen del contexto económico -ciertamente crítico y puesto de presente en el debate legislativo- en que tuvo lugar su adopción. Era indispensable priorizar la ejecución de los recursos requeridos para desarrollar estrategias que hicieran frente a los efectos del desempleo.

Aunque la medida afectó el alcance de una prestación social, se salvaguardó la posición de aquellas personas que podían encontrarse en las situaciones más difíciles y, en esa medida, el Legislador hizo una elección destinada a causar el menor impacto en los grupos que se benefician del subsidio familiar. En un contexto de recursos escasos eligió entre una de las alternativas disponibles para redistribuir los recursos de las cajas de compensación sin afectar, en todo caso, la protección de los más débiles.

***(iv)* El grado de satisfacción de la finalidad perseguida compensa el nivel o intensidad de la restricción**

Para la Corte la disposición demandada evidenciaba una tensión entre diferentes intereses constitucionales. En un lado, el derecho a la seguridad social cuyo valor constitucional es significativo no solo por su reconocimiento expreso en la Carta (art. 48) y en el bloque de constitucionalidad, sino también por la función de aseguramiento de las condiciones para una subsistencia digna. En el otro, los objetivos de promover el trabajo (arts. 25 y 54), amparar a los sujetos en situación de debilidad económica (art. 13) y garantizar el acceso efectivo al conjunto de bienes y servicios básicos (art. 334). Unos y otros se anudan al desarrollo de los postulados centrales de la cláusula de Estado Social (art. 1).

Sostuvo la Sala Plena que el análisis particular de la medida cuestionada muestra que el peso concreto del segundo grupo de principios resulta mayor que el primero. Si bien la eliminación de la prestación para los estudiantes mayores de 18 años tiene incidencia en las cargas asumidas por la familia, no puede perderse de vista que se trata de una prestación (i) reconocida a quien goza de una vinculación laboral formal y (ii) cuyo otorgamiento permanece intacto en el caso de los hijos menores de edad, de los padres

mayores de 60 años y de las personas en situación de discapacidad. Si bien la medida afecta de manera cierta el derecho a la seguridad social, no constituye una interferencia grave en su realización dado que el recorte de la prestación no impide acceder al subsidio en los demás casos y, en consecuencia, no priva a la familia del apoyo estatal a su sostenimiento.

Precisó que las medidas encontraron fundamento en los artículos 13, 25, 54 y 334 de la Constitución cuya importancia, vistas las circunstancias y el contexto en que fue aprobada la modificación, resultaba especialmente alta. Las consecuencias del desempleo pueden tornarse radicalmente complejas -e incluso trágicas- de cara a la satisfacción de las condiciones mínimas para una subsistencia compatible con la dignidad humana. Los créditos, subsidios y la capacitación tuvieron como propósito, entre otras cosas, cubrir diversas vicisitudes que en materia de salud y alimentación se vinculan al *paro*. A juicio de la Sala, la importancia de los propósitos perseguidos es mayor a la restricción del derecho a la seguridad social. Se trata de una decisión legislativa que ponderó las diferentes variables en juego a fin de optimizar los fines sociales del Estado.

Concluyó la Corte que la realización de la seguridad social constituye un desafío constitucional de extraordinaria relevancia. Su vigencia efectiva es condición de realización de la dignidad humana. Las políticas estatales en esta materia deben procurar ser consistentes y progresivas. Ello no se opone, sin embargo, a la realización de ajustes. La Corte ha encontrado que el retroceso analizado en esta oportunidad encontró respaldo en objetivos constitucionales que, en el caso concreto, tienen un especial valor constitucional.

4. Salvamento y aclaraciones de voto

El magistrado **ALBERTO ROJAS RÍOS** salvó su voto. Se reservaron aclaración de voto los magistrados **ALEJANDRO LINARES CANTILLO** y **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO**.

El magistrado **ROJAS RÍOS** consideró que el apartado del artículo 3 de la Ley 789 de 2002, relacionado con el régimen del subsidio familiar en dinero, que disminuye el ámbito de protección de quienes acceden a el, debió declararse inexecutable. Aseguró que si bien la decisión de la que se separa acogió el precedente de la sentencia C-038 de 2004, en la que se fijaron las reglas aplicables al control de constitucionalidad de las medidas macroeconómicas aprobadas por el Congreso de la República, cuando adopta medidas regresivas en materia de derechos prestacionales, lo cierto es que debió modificarse el estándar de control.

El magistrado recordó que, tal como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional, la Ley 789 de 2002 es una norma regresiva en materia de derechos laborales de quienes trabajan. Si bien se declaró ajustada a la Constitución en la sentencia C-038 de 2004, lo fue bajo la idea de que tendría carácter transitorio y de que estaba sujeta a demostrar que la reducción de garantías tenía un efecto concreto en el aumento del empleo y en la calidad del mismo, es decir trabajo decente, con derechos.

A partir de allí, el magistrado disidente, advirtió que la Corte debió utilizar un estándar más riguroso al analizar la medida demandada y verificar si la Ley 789 de 2002 ha tenido el efecto esperado en el aumento del empleo y la protección del desempleo. Enfatizó que no es posible reiterar un precedente en abstracto. Este aspecto era relevante en el asunto bajo examen, en el que se discutió si era admisible constitucionalmente excluir del derecho al subsidio familiar a un rango etario de personas, dependientes de su familia.

Puntualmente indicó que el margen de configuración legislativa, a partir del cual la Corte Constitucional ha avalado las razones que construyen las instituciones públicas, dado el lugar democrático que ocupan, lo cierto es que en este puntual aspecto el legislador no ofreció justificaciones suficientes para restringir los derechos del trabajo.

Explicó que las citas que se hacen al debate parlamentario y que se incorporan en la ponencia son genéricas, hablan de la necesidad de que se redistribuyan recursos económicos para redirigirlos a sectores que no cuentan con financiamiento. En los debates parlamentarios no se refieren directamente a la modificación de la edad del subsidio familiar para hijos entre 18 y 23 años.

Aunque la providencia argumenta que los recursos económicos que se ahorra el Estado Colombiano con la reducción de la edad de los hijos e hijas que reciben el subsidio familiar, al restringirlo a los 18 años, y eliminar la franja de los 19 a los 23, se dirigen a financiar los subsidios al desempleo que se garantizan a través de Fondos de protección a los cesantes, esta justificación no se observa en las gacetas del Congreso de la República durante el trámite de aprobación del artículo 3 de la Ley 789 de 2002.

La ausencia de esta justificación debió llevar a la Corte Constitucional a declarar la inexecutable de la norma acusada, toda vez que, el test de progresividad, exige que una medida regresiva esté adecuadamente acreditada lo que, en criterio del magistrado Rojas Ríos no aconteció.

SENTENCIA SU-272/21

M.P. Alberto Rojas Ríos

Expediente: T-8.096.653

Acción de tutela instaurada por Luz Mary Quintero Castro contra la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

LA CORTE CONSTITUCIONAL AMPARA DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN REPARACIÓN DIRECTA (LUCRO CESANTE) DE VÍCTIMAS DEL EJÉRCITO NACIONAL POR EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL

La Corte Constitucional verificó que la autoridad judicial accionada incurrió en un defecto fáctico en su dimensión negativa, dado que no valoró de manera conjunta los testimonios que, dentro del proceso de reparación directa iniciado en contra del Ejército Nacional por graves conductas en una operación militar, permitían establecer que, conforme a la realidad socioeconómica de nuestro país, el trabajo informal se caracteriza por ser frágil e inestable, lo cual no excluye su eventual lucro cesante.

1. Antecedentes fácticos

La Sala Plena asumió el amparo constitucional solicitado por la ciudadana Luz Mary Quintero Castro contra la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para la protección de su derecho fundamental al debido proceso, el cual consideró vulnerado con la decisión proferida por la mencionada Corporación el cuatro (4) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), en el proceso de reparación directa iniciado contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. En virtud de dicha decisión el Consejo de Estado confirmó la responsabilidad del Estado por el homicidio de Luis Fernando Castaño, pero revocó el reconocimiento de los perjuicios materiales (lucro cesante), bajo el argumento de que al momento en que ocurrió el daño, la víctima no se encontraba ejerciendo ninguna actividad productiva, dada la intermitencia y diversidad de su actividad laboral.

En el proceso de reparación directa se constató que el deceso de Luis Fernando Castaño tuvo lugar cuando los impactos de bala que condujeron a su muerte fueron recibidos en su mayoría por la espalda y en un ángulo descendente, en un operativo del Ejército Nacional. Aunado a ello, se estableció que a pesar de que en el lugar de los hechos fue encontrada una vainilla que según el dictamen pericial fue percutida por el arma de fuego “*hechiza*” encontrada junto al cadáver de Luis Fernando Castaño, en el proceso se demostró que no pudo haberla utilizado por cuanto: **(i)** Luis Fernando Castaño sufría una atrofia en la mano derecha que le impedía usar dicha extremidad; **(ii)** en consecuencia de lo anterior, Luis Fernando Castaño era zurdo; **(iii)** el arma “*hechiza*” encontrada junto a su cadáver tenía un sistema de funcionamiento que requería, cuanto menos, del uso de ambas manos para ser accionada; y **(iv)** el arma tenía una cacha ortopédica diseñada para personas diestras, que obviamente excluía de su uso a personas zurdas. Adicionalmente a ello, en el proceso de reparación directa, específicamente se indicó que la entidad demandada no logró demostrar que Luis Fernando Castaño perteneciera a las denominadas “BACRIM” y tampoco a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia -FARC.

Del material probatorio obrante en el caso se verificó que Luis Fernando Castaño se dedicaba a oficios varios, cuidando casas, en actividades diversas en el campo, haciendo artesanías y, específicamente, el día de su deceso pretendía ocuparse en el oficio de la construcción de obras. Igualmente, los testimonios dieron cuenta de que Luis Fernando Castaño era una persona activa laboralmente en constante búsqueda de ingresos económicos, a fin de procurar el sostenimiento de su grupo familiar integrado por su compañera permanente, hija y nieto. Además, las declaraciones testimoniales rendidas muestran indignación y tristeza entre los conocidos y familiares de Luis Fernando Castaño, por ser catalogado inexplicablemente como miembro de grupos ilegales al margen de la ley.

2. Fundamentos de la providencia

La Corte encontró, en este caso concreto, que el juez de lo contencioso administrativo no valoró en la sentencia del cuatro (4) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), la prueba de la realidad social propia de la inestabilidad laboral que caracteriza al

empleo informal (ingresos fluctuantes y ausencia de garantías laborales), al exigir que Luis Fernando Castaño estuviera realizando una actividad laboral el día de su fallecimiento para poder reconocer el lucro cesante. Este Tribunal Constitucional entendió que, desde una perspectiva constitucional, no es posible equiparar las condiciones propias de la estabilidad permanente de un empleo formal, a las especiales circunstancias de intermitencia laboral de Luis Fernando Castaño. Para la Sala Plena, aceptar esta carencia de valoración probatoria, desconocería la obligación del Estado, en casos de ejecuciones extrajudiciales, de adelantar todas las actuaciones tendientes a una reparación integral del daño causado.

Para la Corte Constitucional existe una errada valoración probatoria en este caso, debido a que la autoridad judicial accionada: **(i)** restó valor al oficio de artesanía que Luis Fernando Castaño desarrollaba de manera intermitente pero continuada en su hogar, respecto del cual no se puede decir que hubo abandono definitivo, pues su ejercicio atendía a dos circunstancias, elaboración y posterior venta, aspecto que no fue debatido, ni analizado por el operador judicial; y **(ii)** no tuvo en cuenta que la víctima directa se dedicaba de manera regular a actividades lucrativas, con lo cual no se podía concluir que se trataba de una persona improductiva, pues aunque se desempeñaba en diferentes labores (campo, artesanía y cuidador de casas), por circunstancias propias del empleo informal, justamente el día de su fallecimiento se disponía a emplearse en el área de la construcción.

Lo expuesto llevó a la Corte a concluir que en el proceso de reparación directa se configuró un defecto fáctico en dimensión negativa, pues se hizo una valoración probatoria ajena a la realidad del trabajo informal, y a la comprensión y calificación económica que a la misma se le ha dado, de presumirse el valor de su productividad a partir de un salario mínimo mensual vigente, con los complementos prestacionales derivados del mismo, en la oportunidad de su reconocimiento e indemnización.

La Sala Plena reiteró que de acuerdo con la figura de la "*restitutio in integrum*", en casos de vulneración de derechos humanos, verbi gracia, ejecuciones extrajudiciales, su trascendencia se inserta en el principio de la dignidad humana, por lo que su resolución judicial requiere una reparación integral. Esto es que, además de ser suficiente en el aspecto jurídico económico, comporte también, sobre la base de la verdad, el restablecimiento del honor y la reputación de las personas asesinadas o desaparecidas sobre las cuales han recaído acusaciones de instrumentalización y estigmatización de ser insurgentes o terroristas, son aspectos que pueden ser evaluados además en otras instancias o tribunales judiciales.

3. Decisión

Primero. REVOCAR la sentencia proferida el seis (6) de noviembre de dos mil veinte (2020), por la cual la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado revocó la decisión adoptada por la Sección Cuarta de la misma Corporación que negó la solicitud de amparo y, en su lugar, declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Luz Mary Quintero Castro contra la decisión contenida en la sentencia del cuatro (4) de diciembre de dos mil

diecinueve (2019). En su lugar **AMPARAR** el derecho fundamental al debido proceso de la señora Luz Mary Quintero Castro, dentro de la acción de tutela instaurada contra la Sección Tercera, Subsección B, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Segundo. DEJAR sin valor y efectos el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia de cuatro (4) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el proceso de reparación directa promovido por la señora Luz Mary Quintero Castro contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. En consecuencia, **ORDENAR** al Tribunal Administrativo del Quindío, que en el término de treinta (30) días, siguientes a la notificación de esta decisión, dicte otra providencia en la que se liquide y actualice nuevamente el monto de los factores correspondientes al lucro cesante reclamado por la señora Luz Mary Quintero Castro, en el proceso de reparación directa señalado, siguiendo la línea considerativa de esta decisión, de tal suerte que quede plenamente actualizada la indemnización.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Presidente

Corte Constitucional de Colombia