

Sentencia C-393/07

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN SUBSIDIO DE DESEMPLEO-
Diferenciación que estableció la Ley 789/02

SUBSIDIO DE DESEMPLEO-Trato diferenciado a desempleado con base en afiliación anterior a caja de compensación familiar

El actor considera que es inconstitucional que se establezca un trato diferenciado en la atención al desempleado, con base en su afiliación anterior a una caja de compensación familiar. Afirma que todas las personas desempleadas deben recibir el mismo trato y que, por consiguiente, el conjunto de los recursos destinados a la atención directa al desempleado deberían estar a la disposición de todos, sin hacer ninguna diferenciación. La Corte no comparte esta posición. Precisamente, el hecho de que el subsidio familiar constituya una prestación social justifica la diferenciación entre dos grupos de personas que respecto de las cajas de compensación se encuentran en situaciones que se aprecian prima facie como manifiestamente distintas. Otra sería la cuestión si el subsidio por desempleo fuera proveído directamente por el Estado. El derecho del trabajador al subsidio familiar se deriva de la existencia de una relación laboral. Dado que el trabajo suministrado por el asalariado genera ordinariamente excedentes para el dueño del capital, se ha dispuesto que éste, además del salario, le brinde al trabajador una serie de prestaciones sociales, que consisten en beneficios o servicios para atender los riesgos y necesidades que se causen durante el ciclo laboral, el cual comprende tanto la evolución de la relación laboral como los periodos durante los cuales el trabajador no se encuentra vinculado laboralmente por estar desempleado.

FONDO PARA APOYAR AL EMPLEO Y PARA LA PROTECCION AL DESEMPLEADO FONEDE-Destinación de recursos para atención de desempleados cabeza de hogar

CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR-Prestación de servicios a no afiliados

REGIMEN DE APOYO PARA DESEMPLEADOS CON VINCULACION ANTERIOR A LAS CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR-Destinación de porcentaje de los recursos del FONEDE para atención de desempleado que estuvo vinculado anteriormente a caja de compensación familiar

Dado que el subsidio familiar constituye una prestación social lo propio es que los que se benefician de él sean las personas que estén involucradas en una relación laboral con los patronos que pagan esa prestación social. Por eso no puede objetarse constitucionalmente que las normas demandadas reserven dos porciones grandes del FONEDE (del 30 y el 25%) para atender

a las personas desempleadas que hubieren estado afiliadas a una caja de compensación familiar durante un año dentro de los tres años anteriores a la fecha de presentación de la solicitud del subsidio o de una capacitación para la reinserción laboral.

REGIMEN DE APOYO PARA DESEMPLEADO SIN VINCULACION ANTERIOR A CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR-Destinación del 5% de los recursos del FONEDE para subsidio de desempleado no afiliado a caja de compensación familiar

La ley acusada está orientada por la finalidad de proteger al trabajador desempleado que por carecer de ingresos no dispone de los recursos para proveer por su familia. Se trata de un fin constitucionalmente legítimo e imperioso en un Estado Social de Derecho. Por otra parte, el medio utilizado – destinar el 5% de los recursos del FONEDE para brindar un subsidio a los desempleados sin vinculación a una caja de compensación familiar en los tres años anteriores a la presentación de la solicitud de apoyo – es adecuado al fin perseguido, cual es garantizar el mínimo vital de las personas beneficiadas con el subsidio. Podrá el legislador acudir a otros medios –como el seguro de desempleo- pero ello no implica que este subsidio no sea idóneo para aliviar la situación del desempleo. Y, finalmente, se advierte que la porción de los recursos del FONEDE que se destinan a las personas desempleadas sin vinculación anterior a las cajas es inferior al destinado a las que sí estuvieron afiliados lo cual indica que la afectación que ello genera para las personas afiliadas a las cajas es menor en relación con los beneficios mayores que se generan para los destinatarios del subsidio que no han tenido una vinculación anterior a las cajas de compensación familiar. Además, dichos recursos, dada la porción que representan, no desvirtúan los aspectos básicos del subsidio familiar como prestación social.

SUBSIDIO DE DESEMPLEO-Trato prioritario a artistas, escritores y deportistas sin vinculación anterior a caja de compensación familiar/
SUBSIDIO DE DESEMPLEO DE ARTISTA-Norma que establece trato prioritario debe ser reglamentada/
SUBSIDIO DE DESEMPLEO DE DEPORTISTA-Norma que establece trato prioritario debe ser reglamentada

La cultura y el deporte constituyen actividades que fueron valoradas de manera especial por el Constituyente. Ello justifica que se preste una particular atención a las personas que se dedican al ejercicio de esas actividades. Pero, además, el mismo artículo 11 dispone que el subsidio se brindará a los jefes cabeza de hogar que acrediten su “falta de capacidad de pago.” Es decir, el subsidio no se entregará a los artistas, los escritores y los deportistas que dispongan en su hogar de los medios suficientes para subsistir. Él se brinda únicamente a las personas dedicadas a la cultura y el deporte que, a pesar de sus difíciles condiciones económicas y sabedoras de que muy frecuentemente la sociedad no valora debidamente su trabajo,

persisten en su dedicación a estas actividades. Los argumentos expuestos conducen a declarar la constitucionalidad del trato prioritario brindado a los artistas, escritores y deportistas en la asignación del subsidio para los desempleados que no estuvieron afiliados a una caja de compensación familiar por lo menos un año dentro de los tres últimos años. Ahora bien, la norma analizada dispone que el trato especial se concederá a los artistas, escritores y deportistas “afiliados a las correspondientes asociaciones o quienes acrediten esta condición en los términos en que se defina por el Gobierno Nacional.” En este caso, como en el analizado en la mencionada sentencia C-152 de 1999, se encuentra, entonces, que la norma debe ser reglamentada para establecer quiénes pueden acceder al subsidio en forma prioritaria, de manera que este trato especial se conceda a las personas respetando los criterios de ley a partir de parámetros objetivos. Tales parámetros se refieren a las condiciones para que el solicitante del subsidio sea considerado un artista, un escritor o un deportista. Además, dentro del marco de la reglamentación dictada por el Gobierno, las cajas tomaran las medidas necesarias para evitar que personas que se hagan pasar por artistas, escritores o deportistas reciban el trato prioritario que establece la norma.

FONDO DE ATENCION AL DESEMPLEADO-Deber del gobierno nacional de tomar las medidas necesarias para su entrada en funcionamiento

Más de cuatro años después de haber entrado en vigencia la Ley 789 de 2002, el fondo de subsidio al desempleo a cargo del Gobierno Nacional todavía no ha entrado en funcionamiento, a pesar de lo dispuesto en la Ley. Esto indica que, en la práctica, la carga de la política de atención al desempleo ha sido trasladada por el Estado a las cajas de compensación familiar. Esta responsabilidad asignada por la ley a las cajas de compensación no se ha visto acompañada por un empeño similar de parte del Gobierno Nacional, a quien la misma ley también le asignó responsabilidades en este campo. Este es un resultado inaceptable, pues en estos puntos las cajas cumplen un papel complementario, en virtud de la distribución de responsabilidades definida en la ley que creó el subsidio temporal al desempleo. Por lo tanto, la Corte considera pertinente indicar que, en consonancia con las obligaciones nacionales e internacionales del Estado colombiano, el Gobierno Nacional tiene el deber de tomar las medidas necesarias para que entre en funcionamiento el fondo para el subsidio temporal al desempleo que debe administrar el Ministerio de la Protección Social.

SOLICITUD DE SUBSIDIO DE DESEMPLEO ANTE MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL-Posibilidad de presentarla por personas desempleadas que no estuvieron vinculadas a una caja de compensación familiar dentro de los tres años anteriores a dicha petición/**SOLICITUD DE SUBSIDIO DE DESEMPLEO ANTE CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR**-Consecuencias de la no

atención oportuna de la petición de desempleado sin vinculación anterior a caja de compensación familiar

Las personas desempleadas que no estuvieron vinculadas a una caja de compensación familiar dentro de los tres años anteriores pueden presentar también su solicitud de subsidio ante el Ministerio de la Protección Social, para ser atendidos con base en los recursos del Fondo que está a su cargo (art. 8 de la Ley 789 de 2002). Además, los desempleados sin vinculación anterior a una caja que no alcancen a recibir el subsidio otorgado por las cajas de compensación familiar, en razón a la escasez de los recursos de la porción del FONEDE destinada a ellos, pueden recurrir al fondo administrado por el Ministerio. Las precisiones formuladas son importantes desde la perspectiva de la garantía del mínimo vital de las personas desempleadas. Por eso, la Corte declarará la constitucionalidad de la primera frase del artículo 11 – que contempla que un 5% de los recursos del FONEDE se destinará a atender las solicitudes de subsidio de los desempleados sin vinculación anterior a una caja –, advirtiendo que el hecho de que una caja de compensación familiar no pueda atender dentro de un término razonable la petición de subsidio presentada por una persona sin vinculación anterior al sistema del subsidio familiar no significa que el interesado haya perdido este beneficio o que él deba resignarse a esperar de manera indefinida hasta poder acceder a él. Por eso, la exequibilidad de dicha norma será condicionada.

SOLICITUD DE SUBSIDIO DE DESEMPLEO ANTE CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR-Trámite a seguir cuando se han agotado los recursos destinados a apoyar a desempleados sin vinculación anterior a caja de compensación familiar

La cuestión constitucional esencial tiene que ver con impedir que el agotamiento de los recursos en el fondo correspondiente no implique para el peticionario, de hecho, la pérdida del derecho al subsidio creado en la ley en condiciones de igualdad para todos en desarrollo del principio de universalidad de la seguridad social. Dicho impacto gravoso sí tendría proyecciones contrarias al goce efectivo del derecho al mínimo vital de los desempleados protegido por una prestación creada por el legislador para avanzar en el desarrollo del derecho a la seguridad social, en la medida en que dicho goce estaría supeditado a los recursos disponibles en una caja de compensación familiar. Así el Estado se desentendería de sus deberes sociales (artículo 2 C.P.) que, en armonía con el principio de solidaridad (artículo 1 C.P.), fueron establecidos en la Constitución y especificados en la misma ley que ordena la creación de un fondo en el Ministerio de Protección Social para estos efectos. Este impacto contrario a la Carta ha de ser evitado exigiendo que la caja correspondiente, ante la cual el desempleado sin vinculación previa elevó la petición, verifique si éste reúne los requisitos en orden a que se le informe que la no recepción del subsidio obedece al agotamiento de los recursos y no a que carece del derecho para recibirlo. La

caja tiene la carga administrativa de enviar la petición al Ministerio de Protección Social para que éste, después de las comprobaciones pertinentes, proceda a reconocer el derecho a acceder al subsidio de desempleo. Los beneficiarios del mismo habrían de recibir entonces el subsidio del fondo del Ministerio, según los recursos que han de asignársele en cumplimiento del artículo 8 citado. De tal forma que la Corte condicionará la exequibilidad del artículo 11 en el entendido de que cuando una caja de compensación familiar haya agotado dicho porcentaje, verificará si el peticionario reúne los requisitos y enviará la petición al Ministerio de la Protección Social para que proceda al reconocimiento del derecho y el fondo creado en virtud del artículo 8 de la Ley 789 de 2002 cumpla su obligación de pagar efectivamente el subsidio al desempleo.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-Forma parte del bloque de constitucionalidad numeral 1° del artículo 2°

UNIDAD NORMATIVA-Integración

En este caso es necesario integrar las proposiciones normativas por analizar. En primer lugar, porque el estudio del aparte demandado de la primera frase del artículo 10 requiere para su comprensión del estudio de todo el contenido de la primera frase del artículo 10. Y en segundo lugar, porque si lo que el demandante ataca es que se establezca un trato diferenciado entre los desempleados y esa disparidad se refiere a las porciones del fondo destinadas a la atención de los desempleados, es necesario incluir la segunda frase del literal a) dentro de las normas acusadas, precepto que dispone que el subsidio para los jefes cabeza de hogar con vinculación anterior a una caja de compensación familiar se cubrirá con un 30% de los recursos del fondo para apoyar al empleo y para la protección del desempleado (FONEDE).

SUBSIDIO FAMILIAR-Naturaleza jurídica

CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR-Contribuciones tienen carácter de rentas parafiscales atípicas

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE SUBSIDIO FAMILIAR-Límites en destinación de recursos para atención de personas no afiliadas a caja de compensación familiar

La pregunta que surge es cuáles serían los límites del Legislador en lo referido a su facultad de destinar recursos del subsidio familiar que administran las cajas de compensación familiar para la atención de personas que no han estado afiliadas a una caja dentro de un plazo determinado. Al respecto la Corte considera necesario precisar que el primer límite lo constituye el campo de aplicación de los recursos. Puesto que esos medios

están destinados a prestar el servicio público de la seguridad social, no es admisible que el Congreso de la República los destine a fines que no formen parte de la política social, ya que ello sí podría desvirtuar “el propósito básico de la prestación social”. Por otra parte, la decisión del Legislador tiene que ser también razonable. Es decir, la medida que determina la destinación de los recursos debe estar dirigida a cumplir con una finalidad constitucional importante y el medio empleado debe ser idóneo y proporcionado con dicha finalidad.

Referencia: expediente D-6553

Demandante: Juan Carlos Cortés González
3712

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 6, 10 y 11 (parciales) de la Ley 789 de 2002

Magistrado Ponente:
Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil siete (2007)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y de los trámites establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Juan Carlos Cortés González demandó los artículos 6, 10 y 11 (parciales) de la Ley 789 de 2002, “por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo.”

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMA DEMANDADA

El texto de las disposiciones demandadas es el siguiente:

“LEY 789 DE 2002

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

“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.

“Son fuentes de recursos del fondo las siguientes:

“a) La suma que resulte de aplicar el porcentaje del 55% que en el año 2002 se aplicó a las personas a cargo que sobrepasaban los 18 años de edad. Este porcentaje se descontará todos los años del 55% obligatorio para el subsidio en dinero como fuente mencionada de recursos del fondo;

“b) 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;

“c) El porcentaje en que se reducen los gastos de administración de las Cajas de Compensación Familiar, conforme la presente ley. Esta disminución será progresiva, para el año 2003 los gastos serán de máximo 9% y a partir del 2004 será máximo del 8%;

“d) El 1% del 100% de los recaudos para los subsidios familiar de las Cajas con cuocientes inferiores al 80% del cuociente nacional; el 2% de los recaudos de las cajas con cuocientes entre el 80% y el 100% del cuociente nacional; y el 3% de los recaudos de las Cajas con cuocientes superiores al 100% del cuociente nacional. Estos recursos serán apropiados con cargo al componente de vivienda del FOVIS de cada caja, de que trata el numeral 7 del artículo 16 de esta Ley;

“e) Los rendimientos financieros del Fondo.

“PARÁGRAFO 1o. De estos recursos se destinará hasta el cinco por ciento (5%) para absorber los costos de administración del fondo.

“PARÁGRAFO 2o. Las Cajas de Compensación que participen en una entidad de crédito vigilada por la Superintendencia Bancaria como accionistas, conforme la presente ley, deberán destinar los recursos previstos en este fondo para el microcrédito, como recursos de capital de dichas instituciones para su operación.

“PARÁGRAFO 3o. Una vez surtidos los traslados de recursos de los desempleados, sin discriminación con o sin vinculación anterior a las cajas, los saldos no ejecutados durante la respectiva vigencia fiscal, de todos los recursos del fondo para apoyar el empleo y la protección del desempleado, serán destinados para el fondo obligatorio para el subsidio familiar de vivienda de interés social de las cajas, FOVIS, de conformidad con la regulación sobre la materia.¹

“ARTÍCULO 10. RÉGIMEN DE APOYO PARA DESEMPLEADOS CON VINCULACIÓN ANTERIOR A LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR. Los Jefes cabeza de Hogar que se encuentren en situación de desempleo luego de haber estado vinculados al sistema de Cajas de Compensación Familiar no

¹ Este parágrafo fue adicionado por el parágrafo del artículo 1 de la Ley 920 de 2004.

menos de 1 año dentro de los tres años anteriores a la solicitud de apoyo, tendrán derecho con cargo a los recursos del fondo para el fomento del empleo y la protección del desempleo de que trata el artículo 6° de la presente ley a los siguientes beneficios, por una sola vez y hasta que se agoten los recursos del fondo. La reglamentación establecerá los plazos y condiciones a partir de los cuales se reconocerá este subsidio:

“a) Un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual, el cual se dividirá y otorgará en seis cuotas mensuales iguales, las cuales se podrán hacer efectivas a través de aportes al sistema de salud, y/o bonos alimenticios y/o educación, según la elección que haga el beneficiario. Para efectos de esta obligación las cajas destinarán un máximo del 30% de los recursos que les corresponde administrar con cargo al fondo para el fomento del empleo y la protección del desempleo;

“b) Capacitación para el proceso de inserción laboral. Para efectos de esta obligación las Cajas destinarán un máximo del veinticinco por ciento (25%) de los recursos que les corresponde administrar con cargo al fondo para el fomento al empleo y protección al desempleo.

“ARTÍCULO 11. RÉGIMEN DE APOYO PARA DESEMPLEADOS SIN VINCULACIÓN ANTERIOR A CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR. Con cargo al cinco por ciento (5%) del fondo para el fomento del empleo y la protección del desempleo de que trata el artículo 6° de la presente ley, las Cajas establecerán un régimen de apoyo y fomento al empleo para jefes cabeza de hogar sin vinculación anterior a las Cajas de Compensación Familiar, que se concretará en un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual, el cual se otorgará en seis cuotas mensuales iguales, las cuales se podrán hacer efectivas a través de aportes al sistema de salud, o bonos alimenticios o educación, según la elección que haga el beneficiario. Tendrán prioridad frente a las Cajas de Compensación Familiar, los artistas, escritores y deportistas afiliados a las correspondientes asociaciones o quienes acrediten esta condición en los términos en que se defina por el Gobierno Nacional. Para acceder a esta prestación, se deberá acreditar falta de capacidad de pago, conforme términos y condiciones que disponga el reglamento en materia de organización y funcionamiento de este beneficio.”

(se subrayan los apartes demandados)

III. LA DEMANDA

Manifiesta el actor que las normas demandadas vulneran los artículos 1, 13 y 48 de la Constitución Política.

Antes de exponer los cargos contra las normas atacadas, el actor hace algunas anotaciones sobre la Ley en la cual están inscritas. Así, relata que a través de la Ley se constituyó el sistema de protección social en el país, con el fin de extender a las personas afectadas por el desempleo o la informalidad los beneficios de la seguridad social. Expresa que el sistema de protección social está integrado por las Cajas de Compensación Familiar, las cuales cumplen varias tareas destinadas a extender los beneficios de la seguridad social para las personas sin empleo, tales como brindar programas de educación y capacitación a los desempleados con vinculación anterior a las Cajas y administrar los recursos con destino al apoyo de los desempleados que son cabeza de hogar, con base en el Fondo para el Fomento del Empleo y la Protección del Desempleo que fue creado por la misma Ley 789 de 2002.

Después de mencionar cuáles son las fuentes del Fondo – que están enunciadas en los numerales a) a e) del artículo 6 de la Ley – expone cuáles son los beneficios que se ofrecen a los desempleados:

“Dichos beneficios se otorgarán con cargo a máximo el treinta por ciento (30%) de los recursos del Fondo anteriormente citado y consisten en un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual, el cual se dividirá y pagará en seis cuotas mensuales iguales, las cuales podrán hacerse efectivas a través de aportes al sistema de salud y/o bonos alimenticios y/o educación, según la elección del beneficiario, para aquellos cabeza de hogar que se encuentren en situación de desempleo luego de haber estado vinculados al sistema de Cajas no menos de un año dentro de los tres años anteriores a la solicitud de apoyo.

“Dicho subsidio se otorgará por una sola vez al beneficiario y se dependerá en su ejecución del agotamiento de los recursos del Fondo que administre la respectiva Caja.

“Los desempleados, jefes cabeza de hogar, que acrediten falta de capacidad de pago y sin vinculación anterior a las Cajas de Compensación Familiar también tendrán derecho al mismo subsidio pagadero en seis cuotas mensuales iguales, efectivas a elección del beneficiario en aportes al sistema de salud, o bonos alimenticios o educación.

“Para este grupo de beneficiarios se utilizará el cinco por ciento (5%) de los recursos del Fondo.

“(…)

“Con cargo a máximo el veinticinco por ciento (25%) de los recursos del Fondo de empleo administrado por cada Caja de Compensación Familiar, se desarrollarán programas en tal materia [capacitación para la inserción laboral], cuyos beneficiarios serán los jefes cabeza de hogar que queden desempleados y hubieren tenido vinculación anterior con el sistema de subsidio familiar.” (subrayas originales)

De lo anterior concluye que la Ley distingue dos clases de personas desempleadas: las vinculadas anteriormente a una caja de compensación familiar y los que no estaban vinculadas con anterioridad a ellas. Además, manifiesta que la Ley contempla que un grupo especial de desempleados, compuesto por artistas, deportistas y escritores, tendrá prioridad en la asignación de los subsidios.

Considera que las disposiciones atacadas “consagran un tratamiento discriminatorio carente de proporcionalidad y razonabilidad en tres sentidos”:

“De una parte disponen que los desempleados sin vinculación anterior al sistema de subsidio familiar (por lo menos un año dentro de los tres años anteriores) accederán a subsidios al desempleo, pero solamente con cargo al 5% de los recursos del fondo de promoción al empleo y protección al desempleado FONEDE que se establece por la Ley, administrado por las Cajas de Compensación Familiar, mientras que los desempleados con vinculación anterior, accederán a dichos subsidios pero con cargo al 30% de los recursos del FONEDE: Esto es, el establecimiento de la fuente de financiación de los subsidios incorpora un criterio de discriminación frente a unos mismos beneficiarios (los desempleados), en razón de su vinculación o no anterior al sistema de subsidio familiar, criterio que por carecer de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad suficientes determina un quebranto al principio y al derecho a la igualdad frente a beneficiarios en iguales condiciones de hecho (pérdida del empleo o paro forzoso)

“De otra parte, las normas atacadas, en particular el artículo 11 de la Ley 789 de 2002, dispone un tratamiento discriminatorio frente a los desempleados sin vinculación anterior al sistema de subsidio familiar, respecto de los cuales se excluye el servicio o la prestación consistente en el cubrimiento del programa de capacitación para la reinserción laboral, financiado con el 25% de los recursos del FONEDE. Es decir, los beneficios de la capacitación para la reinserción laboral solamente se aplican para desempleados con vinculación anterior al sistema (por un año al menos dentro de los tres años anteriores), dejándose por fuera de la cobertura a desempleados en igualdad de condiciones, que no cumplan con el señalado requisito, carente de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad suficientes.

“Además, el artículo 11 de la Ley 789 de 2002 ordena que tendrán prioridad – esto es, se les reconocerá el subsidio al desempleo sin consideración al turno según el momento de radicación de las solicitudes – en el grupo de los desempleados sin vinculación anterior al sistema de subsidio familiar, a los artistas, escritores y deportistas, quienes gozan de un privilegio en la asignación de los recursos para subsidios, sin que dicho tratamiento se soporte justificadamente en un criterio proporcional y necesario que permita una discriminación positiva. Quien acredite su condición de artista vgr. será preferido en la asignación de subsidios, con fuente de recurso precaria vs. la financiación para los desempleados sin vinculación anterior al sistema, frente a otro desempleado colocado en el mismo plano de igualdad y quien por ejemplo puede tener mayores cargas familiares, por su sola condición de artista.”

El actor plantea que la diferenciación que controvierte se presenta respecto de los siguientes grupos:

“Los desempleados, esto es personas en paro forzoso (no cotizantes ni beneficiarios del sistema de seguridad social) que no han tenido vinculación como afiliados al sistema de subsidio familiar por lo menos un año dentro de los tres años anteriores a la solicitud de subsidio. Estas personas al optar por un subsidio al desempleo se encuentran en condición de desequilibrio respecto a los desempleados que sí acrediten vinculación por un año dentro de los tres años anteriores a la solicitud, respecto de la fuente de financiación, pues para el primer caso del fondo destinado al efecto, solamente se arbitrará por las cajas el 5%, mientras que para el resto de los desempleados se utilizará el 30% del FONEDE: Además, como quedó dicho anteriormente, los desempleados sin vinculación anterior por un año dentro de los tres anteriores a la solicitud de subsidio, son discriminados en cuanto la cobertura de la prestación, por cuanto ellos no tienen derecho a participar en los cursos para la reinserción laboral.

“También se presenta discriminación al interior del grupo de los desempleados sin vinculación de un año dentro de los tres años anteriores a la solicitud del subsidio al desempleo, respecto de personas que acrediten la condición de artistas, escritores y deportistas. Estas personas gozan por mandato de la Ley 789 de un tratamiento discriminatorio que los beneficia, en perjuicio de la población de desempleados que no tengan esa condición, pues ellos acceden a los subsidios por desempleo sin consideración al turno para asignación, esto es, no están sometidos a fila pues perciben en forma inmediata el subsidio, por sobre el turno de otros

desempleados (aún con posibles mayores cargas familiares) que con anterioridad radicaron su solicitud.”

Asegura que, desde la perspectiva constitucional, lo lógico habría sido “determinar de la bolsa común del FONEDE los recursos para la postulación de los desempleados, esto es la población vulnerable a proteger. Exigir un requisito como el visto desequilibra sin justificación de proporcionalidad y razonabilidad el trato a personas vulnerables que son iguales, igual quien perdió su empleo en 2002 y lleva en la lucha por la reubicación tres años, igual quien perdió su empleo en 2006 y también adelanta esfuerzos por reintegrarse a la economía formal.”

Con base en lo anterior y en lo expuesto en la sentencia T-232 de 2005 concluye que las normas demandadas vulneran el principio de igualdad, “en tanto establecen un tratamiento discriminatorio por el alcance de la fuente de la financiación, la acepción particular con privilegio no razonado a un grupo de beneficiarios potenciales y el reconocimiento de una prestación adicional (capacitación para la inserción laboral) a favor de un grupo de desempleados (los que no acrediten vinculación a una caja de compensación familiar por un año dentro de los tres años anteriores), en contra de otro (los desempleados sin vinculación anterior a una caja de compensación familiar).”

Además, indica que las normas acusadas violan el artículo 48 de la Constitución, “por afectación al contenido y alcances del núcleo esencial del derecho a la seguridad social, protección al empleo, en cuanto la no realización del principio de universalidad, pues la no asignación de recursos equitativa a todos los desempleados (por discriminación según hayan tenido vinculación anterior o no a una Caja de Compensación Familiar) y la no cobertura equitativa en cuanto a capacitación para la inserción laboral, es violatoria también del artículo 48 de la Carta Política.”

IV. INTERVENCIONES

1. MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Esperanza Avellaneda Ordóñez, actuando como apoderada del Ministerio de la Protección Social, intervino en el proceso para solicitar que las normas cuestionadas fueran declaradas exequibles.

Para empezar, manifiesta que “el texto acusado lejos de violentar el derecho a la seguridad social y a la igualdad, lo que hace es evitar la incertidumbre y proporcionar seguridad jurídica tanto a los ciudadanos como a la administración....”

Considera necesario precisar que “en realidad la norma acusada establece tratamientos diferentes para situaciones de hecho radicalmente distintas”, por

lo que no puede entenderse violado el principio de igualdad consagrado en la Constitución Nacional.

Después de explicar cómo funciona el subsidio al desempleo concluye:

“De todo lo anterior es importante resaltar que el Legislador estableció requisitos especiales para acceder al subsidio al desempleo y a la capacitación para la reinserción laboral, teniendo en cuenta que los dineros del Estado deben tener destino exclusivo, es decir que quien sea beneficiado por los subsidios del Estado debe demostrar su insolvencia absoluta para generar respaldo a sus necesidades propias. Así mismo, el Legislador para expedir una norma que para este caso es la que rige el trabajo, estudio, alimentación, etc. tiene los soportes objetivos y subjetivos para establecer los requisitos previos para que el beneficiario de la norma expedida pueda acceder a ella. Es por lo anterior que no son inconstitucionales los apartes de la norma demandada, habida cuenta que lo que menos establece el Legislador es violar los derechos del constituyente primario, aún menos en temas relacionados con la vida de los colombianos, dicho de otra manera de trabajadores que por circunstancias adversas han quedado cesantes de sus labores o que por motivos netamente de edad y salud no pueden acceder a tener un trabajo para el sustento suyo y de su familia.”

2. CENTRAL UNITARIA DE TRABAJADORES – CUT

Carlos Rodríguez Díaz, Presidente de la Central Unitaria de Trabajadores – CUT, participó en el proceso y solicitó que se declarara la constitucionalidad de las normas atacadas.

El interviniente expone que, a primera vista, todo indicaría que las normas demandadas de los artículos 6 y 10 son inconstitucionales:

“En efecto, la asignación de un porcentaje cinco veces menor de recursos para dar prestaciones monetarias, en forma de subsidios y de servicios de capacitación a desempleados que no hayan estado vinculados a una caja de compensación por un año durante los tres años inmediatamente anteriores a la solicitud de subsidio, no es una medida que permita realizar, en relación con esta categoría de empleados, la labor de tratar de reinserterlos al mundo laboral. Por el contrario, en aplicación del inciso segundo del artículo 13 de la Carta, debería concedérseles más recursos a esta categoría de empleados, dado el hecho de que han estado por más tiempo excluidos de la actividad laboral, lo cual los pone en desventaja frente a los demás desempleados, por cuanto está demostrado que un mayor periodo de inactividad laboral forzosa comporta una

mayor dificultad para ser de nuevo empleado. Por tanto, dada la obligatoriedad de proteger a un grupo más marginado que otro, *a fortiori* se concluye que es inconstitucional permitir que se asignen menores recursos a quienes deberían, por razones evidentes, tener una mayor protección.”

Empero, a continuación afirma que ese análisis tiene el problema de que desconoce que “en este caso, no hay un tratamiento diferente de supuestos similares, por cuanto, precisamente, las dos categorías de desempleados a que hacer referencia la norma son distintas.”

Explica así su posición:

“De hecho, la relevancia de la existencia de una vinculación anterior a la caja de compensación familiar para determinar el porcentaje de los recursos de éstas que se destinan a apoyar a los desempleados radica en que los recursos con los cuales se financian tales prestaciones pertenecen a las mismas cajas de compensación y son parafiscales y, en este sentido, deben ser orientados primordialmente, al sector de donde provienen, esto es, al grupo de los aportantes.

“Por este motivo, el hecho de haber pertenecido por un cierto tiempo definido por las normas demandadas a una caja de compensación familiar para estar dentro del grupo respecto del cual la protección contra el desempleo tienen más financiación es relevante, y es una razón suficiente para considerar que la diferencia es jurídicamente relevante y, en consecuencia, que, por no haber trato distinto alguno, no es procedente analizar su proporcionalidad, no es posible calificarlo como discriminatorio.

“Sería distinta la situación si la mayoría de los recursos no tuvieran el carácter de parafiscales, caso en el cual se trataría de la distribución por excelencia de un bien público, caso en el cual sí sería evidente la configuración de un trato discriminatorio.

“Lo anterior no quiere decir que esta norma realice la equidad distributiva. En este sentido, y teniendo en cuenta el mandato de establecer tratamientos distintos que protejan a los sectores discriminados, debería establecerse un sistema que eliminara la distinción que desafortunadamente está justificada, de tal forma que, con base en recursos públicos, se pudiera crear una distribución equitativa de las prestaciones en cuestión, que atendiera al criterio de la población desempleada más necesitada.

“En este sentido, se solicita a la Corte que exhorte al Legislador adoptar medidas en este sentido.”

El Presidente de la CUT considera que también la norma demandada del artículo 11 es constitucional. Afirma que ella representa un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, que exige tomar medidas de protección especial a grupos tradicionalmente marginados. Expone:

“(…) el trato diferente en este caso está orientado a poner en condiciones de igualdad a una categoría especial de desempleados, que generalmente ha conformado un grupo ‘marginado’, respecto de los demás tipos de desempleados, con más posibilidades de reinserción en el mercado laboral.

“En efecto, de una parte, son numerosas las organizaciones internacionales que concuerdan en cuanto al hecho de que el gremio artístico tiene condiciones laborales precarias, inferiores a las de los demás tipos de empleados.

“Así, por ejemplo, la Organización Internacional del Trabajo sostiene que ‘la cobertura de la seguridad social es generalmente mala en este sector, dado los trabajos a corto plazo o en condiciones precarias, y la frecuencia de trabajadores independientes, autoempleados, informales y otros de diferente naturaleza. A medida que las modalidades de empleo de los artistas intérpretes y los periodistas tienden a apartarse del empleo relativamente seguro y permanente para orientarse cada vez más al empleo independiente, el empleo por cuenta propia o el trabajo en el sector informal, los trabajadores ya no pueden ampararse en las disposiciones legislativas en materia de seguridad social, incluso en países donde la seguridad social tiene una buena cobertura.’²” Como soporte de esta afirmación, la citada organización hace referencia al Seminario Técnico Regional sobre Derechos Sociales de los Artistas, realizado en octubre de 2002 en Santiago de Chile, el cual adoptó unas ‘conclusiones y recomendaciones’, entre las cuales se incluyen algunas sobre la protección social de los artistas...

“De otra parte, la UNESCO en su informe sobre la situación de los artistas en Colombia,³ afirma, basada en fuentes del Ministerio de Cultura del año 2004 que: ‘En la mayoría de los casos los artistas en Colombia recurren a actividades alternas (pero no tenemos cifras). El caso de los artistas plásticos y músicos de formación académica encuentran en la docencia un complemento a su actividad creadora. En el teatro también se presenta ese hecho pero de manera menos formal (...). Las condiciones de trabajo de los artistas son reguladas por el Código Sustantivo del Trabajo general, pues depende del Ministerio del Trabajo. Pero el Ministerio de Cultura se encuentra

² www.ilo.org (...) Consultada el 6 de diciembre de 2006.

³ En www.unesco.org. Consultada el 5 de diciembre de 2006.

trabajando en el proyecto relacionado con la seguridad social del artista (...) A partir de 1998, fecha de la creación del Ministerio de Cultura, los recursos aumentaron de manera impresionante con la reestructuración del presupuesto a través de una sola entidad. Pero en los últimos años, el crecimiento del presupuesto de inversión ha sido negativo como consecuencia del ajuste fiscal, aunque su tendencia decreciente ha ido revirtiéndose desde el año 2000...’

“Al referirse a las condiciones de trabajo, continúa el informe así: ‘La protección social está reglamentada por el Sistema General y el marco jurídico de la formación es la Ley 115 del Ministerio del Trabajo y Ley de Cultura (...) No existe una protección específica para artistas pero dependen del sistema general en materia de salud. El decreto 2166 creaba un fondo de protección social, pero ese fondo ha desaparecido. En la fecha los artistas están incluidos como población vulnerable sujeta a la afiliación subsidiada de seguridad social del régimen general (dicha inclusión está en proceso). (...) Para el momento no hay medidas especiales para favorecer la integración de los artistas discapacitados. (...) No hay ni sistema privado de protección de la salud, ni régimen especial para los artistas discapacitados...’

“(...)”

“Por último, no sobra recordar que aún actualmente hay un vacío legislativo en cuanto a la regulación especial de la protección social del artista, dado que las disposiciones legales que, en principio, eran aplicables de forma especial a este grupo, en cuanto a la ‘seguridad social’ del artista, contenidas en la Ley 397 de 1997, fueron derogadas por el artículo 24 de la Ley 797 de 2003.”

Finalmente, afirma el interviniente que las normas demandadas no vulneran el art. 48 de la Constitución. Sobre este punto reitera que “los apartes demandados de los artículos 6 y 10 de la Ley 789 de 2002, la distinción establecida en cuanto a los porcentajes de los recursos destinados a promover el régimen de apoyo al empleo no es discriminatoria, a pesar de que no realiza de forma suficiente el mandato de trato diferente contenido en el inciso segundo del art. 13 de la Constitución Política.”

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación, Edgardo Maya Villazón, intervino en el proceso de la referencia y solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de los apartes demandados.

Para comenzar, el jefe del Ministerio Público precisa que los artículos 6 y 8 de la Ley 789 de 2002 crearon dos fondos para el pago del subsidio al desempleo. La administración del fondo del artículo 6 se confió a las cajas de compensación familiar, mientras que la del artículo 8 se asignó al Ministerio de la Protección Social. Anota, entonces, que la demanda de inconstitucionalidad presente se refiere al fondo creado mediante el artículo 6° de la Ley.

A continuación expresa que los recursos del Fondo creado mediante el artículo 6 de la Ley 789 de 2002 son parafiscales. Después de definir el concepto de contribuciones parafiscales, expresa que la Corte Constitucional ha definido como características de esta contribuciones las siguientes:

“1°. Son obligatorias, porque se exigen como todos los impuestos y contribuciones en ejercicio del poder coercitivo del estado;

“2°. Gravan únicamente un grupo, gremio o sector económico;

“3°. Se invierten exclusivamente en beneficio del grupo, *gremio o sector* económico que las tributa;

“4°. Son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa...

“5°. El control fiscal corresponde a la Contraloría General de la República (artículo 267 de la Constitución)

“6°. Las contribuciones parafiscales son excepcionales (art. 150-12 de la Constitución)

“7°. El manejo, administración y ejecución de estos recursos, exclusivamente, se hará en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto prevista en ella, especialmente cuando se hace por particulares. En este evento, es posible que en el ‘manejo, administración y ejecución’ de sus recursos participen no sólo representantes del ‘determinado y único grupo social y económico’ que los tributa, sino del Estado, para garantizar el justo equilibrio entre los intereses gremiales o de grupo o sector económico, y los generales...”

A partir de lo anterior se pregunta:

“(...) ¿si son recursos parafiscales los del Fondo, puede destinarse una parte, por pequeña que sea, a los desempleados, sin vinculación anterior a una caja de compensación familiar? Para el Ministerio Público la respuesta es sí.

“En efecto, ha de decirse que la destinación exclusiva a favor del grupo, gremio o sector que tributa los recursos parafiscales (artículo 150-12 de la Carta Política) no impide que se beneficien personas que no pertenecen a él, toda vez que si bien es de la esencia de la parafiscalidad que quienes aporten los recursos se beneficien

exclusivamente de ellos, no impide que, sin desnaturalizar su esencia parafiscal, se beneficien personas que no pertenecen a él, todo ello siguiendo un criterio de solidaridad social, en la medida en que con ello se permite un equilibrio social y económico.”

Resalta entonces que la Corte Constitucional ya ha indicado que las contribuciones a las cajas de compensación familiar “son rentas parafiscales atípicas”, puesto que son pagadas por los empleadores para beneficiar a los trabajadores. Remite al respecto a las sentencias C-575 de 1992 y C-041 de 2006.

A renglón seguido asegura que los cargos presentados contra las normas atacadas no están llamados a prosperar. En primer lugar, asevera que el demandante “incurre en un error al confundir el Fondo creado en el artículo 6°, que es administrado por las cajas de compensación familiar, con el Fondo de subsidio al empleo y al desempleo de que trata el artículo 8° de la misma Ley, que es administrado por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Fondo que aún no se ha reglamentado.”

Luego, anota que, “de conformidad con lo dispuesto en el art. 6° de la Ley 789 de 2002, se observa que los recursos del Fondo son parafiscales.” Más adelante expresa:

“(…) para esta Vista Fiscal, las normas objeto de tacha constitucional, en lo acusado, se avienen plenamente al ordenamiento constitucional, no solamente por la mayor destinación de los recursos del FONEDE para atender los desempleados que contaron con una vinculación anterior a las cajas de compensación familiar, en los términos señalados en la Ley 789 de 2002, lo cual resulta acorde con las normas constitucionales, legales y la jurisprudencia constitucional respecto del manejo, distribución y ejecución de las contribuciones parafiscales, sino porque además, resultan ser una manifestación del principio de solidaridad e instrumento útiles para lograr un desarrollo económico dentro del Estado social de derecho y una realización de los postulados superiores en torno a la protección social de los desempleados, que no obstante no tener vinculación anterior a las cajas de compensación familiar, resultan beneficiados de los recursos parafiscales, aunque en menor medida que los con vinculación.

“De igual manera, para el Ministerio Público en nada se vulnera el derecho a la igualdad por la prelación que se concede ‘a los artistas, escritores y deportistas afiliados a las correspondientes asociaciones o quienes acrediten esta condición en los términos en que se defina por el Gobierno Nacional’, frente al grupo de desempleados que no tenían una vinculación anterior tal como se establece en el artículo 11 de la ley 789 de 2002, pues dicha población tradicionalmente ha representado un grupo marginado, grupo que requiere en pos de la igualdad, de la

adopción de medidas afirmativas o de discriminación positiva por sus especiales circunstancias de necesidad manifiesta, tal como se reconoció al momento de la expedición de la Ley 100 de 1993, y como también lo ha señalado la Organización Internacional del Trabajo que ha sostenido que la cobertura de la seguridad social es generalmente mala en ese sector...”

Para terminar, el Procurador General de la Nación considera necesario recordar que en el artículo 8° de la Ley 789 de 2002 se creó también “un subsidio temporal al desempleo como mecanismo de intervención para eventos críticos que presenten los ciclos económicos, administrado por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, el cual deberá otorgarse en las épocas que señale el Gobierno Nacional, previo el concepto del CONPES, **para lo cual corresponde al Gobierno Nacional reglamentar** los requisitos de selección y el número de beneficiarios, monto y duración del subsidio, y las condiciones que deben tenerse para acceder y conservar el derecho al subsidio, teniendo en cuenta los recursos presupuestales disponibles, así como lo referente a los convenios de cooperación e interadministrativos necesarios para la ejecución del programa, y que dicha reglamentación no se ha llevado a cabo.”

Agrega, entonces, que en la sentencia T-232 de 2005 la Corte sentó una serie de principios referidos al subsidio al desempleo. En relación con ellos reitera que es necesario que el Gobierno proceda a reglamentar el subsidio consagrado en el art. 8 de la Ley 789 de 2002: “Lo anterior, en busca de una igualdad real de los desempleados y que propenda por hacer efectivos los derechos que constitucionalmente les han sido reconocidos, tales como el mínimo vital, pues no se requiere de mayores consideraciones para concluir que si bien existen como medidas solidarias las anteriormente analizadas, ellas no son suficientes para atender a toda la población desempleada que no cuenta con vinculación anterior a una caja de compensación familiar.”

En consecuencia, el Ministerio Público solicita que se declare la constitucionalidad de las normas acusadas, por los cargos analizados en el concepto.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241 numeral 5 de la Constitución Política, la Corte es competente para conocer de la presente demanda.

El problema jurídico

2. En esta ocasión, la Corte Constitucional habrá de resolver los siguientes interrogantes: a) ¿vulneran el principio de igualdad las disposiciones de los artículos 6, 10 y 11 de la Ley 789 de 2002 que establecen un trato diferencial para los desempleados en materia de subsidio y de capacitación, con base en el criterio de si la persona desempleada estuvo vinculada a una caja de compensación familiar por lo menos durante un año, en los últimos tres años a la presentación de su solicitud de apoyo? Y b) ¿vulnera el principio de igualdad la disposición contenida en el artículo 11 de la Ley 689 de 2002 que establece un trato prioritario para los artistas, escritores y deportistas en lo relativo al subsidio a los desempleados que no estuvieron vinculados a una caja de compensación familiar por lo menos durante un año, en los tres años anteriores a la presentación de su solicitud de apoyo?

Aclaración previa: integración de la proposición normativa

3. Antes de comenzar con el estudio de constitucionalidad, la Corte considera necesario precisar las normas objeto del examen, particularmente en lo relacionado con el artículo 10 de la Ley 789 de 2002.

En lo atinente a este artículo, el actor afirma que es inconstitucional que se establezca un régimen diferencial de apoyo a los desempleados, con fundamento en su vinculación anterior a una caja de compensación familiar. De esta manera, acusa de inconstitucionales el título y una parte de la primera frase del artículo 10, al igual que el literal b) del mismo.

Respecto de la integración normativa es importante anotar que en la sentencia C-320 de 1997⁴ se expresó que la unidad normativa “no opera entonces exclusivamente en los fallos de inexecutableidad”, tal como parecería sugerirlo el inciso tercero del art. 6 del decreto 2067 de 2001. En la sentencia se expresó, además: “5- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la unidad normativa es excepcional, y sólo procede cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado por los actores. Igualmente es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece *prima facie* de una dudosa constitucionalidad.”

La Corte encuentra que en este caso es necesario integrar las proposiciones normativas por analizar. En primer lugar, porque el estudio del aparte demandado de la primera frase del artículo 10 requiere para su comprensión del estudio de todo el contenido de la primera frase del artículo 10. Y en

⁴ M.P. Alejandro Martínez Caballero

segundo lugar, porque si lo que el demandante ataca es que se establezca un trato diferenciado entre los desempleados y esa disparidad se refiere a las porciones del fondo destinadas a la atención de los desempleados, es necesario incluir la segunda frase del literal a) dentro de las normas acusadas, precepto que dispone que el subsidio para los jefes cabeza de hogar con vinculación anterior a una caja de compensación familiar se cubrirá con un 30% de los recursos del fondo para apoyar al empleo y para la protección del desempleado (FONEDE).

Por lo tanto, las normas del artículo 10 que se estudiarán son las siguientes:

“ARTÍCULO 10. RÉGIMEN DE APOYO PARA DESEMPLEADOS CON VINCULACIÓN ANTERIOR A LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR. Los Jefes cabeza de Hogar que se encuentren en situación de desempleo luego de haber estado vinculados al sistema de Cajas de Compensación Familiar no menos de 1 año dentro de los tres años anteriores a la solicitud de apoyo, tendrán derecho con cargo a los recursos del fondo para el fomento del empleo y la protección del desempleo de que trata el artículo 6° de la presente ley a los siguientes beneficios, por una sola vez y hasta que se agoten los recursos del fondo. La reglamentación establecerá los plazos y condiciones a partir de los cuales se reconocerá este subsidio:

“a) Un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual, el cual se dividirá y otorgará en seis cuotas mensuales iguales, las cuales se podrán hacer efectivas a través de aportes al sistema de salud, y/o bonos alimenticios y/o educación, según la elección que haga el beneficiario. Para efectos de esta obligación las cajas destinarán un máximo del 30% de los recursos que les corresponde administrar con cargo al fondo para el fomento del empleo y la protección del desempleo;

“b) Capacitación para el proceso de inserción laboral. Para efectos de esta obligación las Cajas destinarán un máximo del veinticinco por ciento (25%) de los recursos que les corresponde administrar con cargo al fondo para el fomento al empleo y protección al desempleo.

Exequibilidad de la diferencia de trato contemplada en las normas demandadas en razón de la vinculación anterior a una caja de compensación familiar de la persona desempleada

4. El artículo 6 de la Ley 789 de 2002 establece que las cajas de compensación familiar crearán un fondo para apoyar al empleo y para la protección del

desempleado – el FONEDE. A su vez, los artículos 10 y 11 disponen que un máximo del 30% de los recursos del fondo se destinarán a prestar un subsidio a los jefes cabezas de hogar desempleados, que estuvieron vinculados a una caja de compensación familiar por lo menos un año dentro de los tres últimos años; otro porcentaje máximo del 25% de los recursos del fondo se destinará a capacitación para facilitar la reinserción laboral de los mismos jefes de hogar desempleados, que estuvieron vinculados a una caja de compensación familiar por lo menos un año dentro de los tres últimos años; y, finalmente, un máximo del 5% de los dineros del fondo se aplicarán a subsidios para los jefes cabeza de hogar desempleados, que no cumplen con el requisito de haber estado vinculados a una caja de compensación familiar por lo menos un año dentro de los tres últimos años.

El demandante considera que es inconstitucional la diferenciación de trato establecida entre las personas desempleadas para efectos de recibir beneficios del FONEDE. Considera que las normas que contemplan esa diferenciación son discriminatorias y desproporcionadas. Se apoya para su afirmación en la sentencia T-232 de 2005. Manifiesta que los recursos del FONEDE deberían ser aplicados por igual a todas las personas desempleadas, independientemente de su vinculación con las cajas de compensación familiar.

5. Por su parte, la interviniente en representación del Ministerio de la Protección Social, el Presidente de la CUT y el Procurador General de la Nación estiman que la diferenciación acusada es constitucional, por cuanto las personas comprendidas en los dos grupos se encuentran en situaciones distintas. Los recursos del FONEDE son parafiscales y eso implica que ellos deben ser orientados primordialmente a beneficiar a las personas afiliadas a las cajas de compensación familiar.

De esta manera, la Corte debe determinar si la diferenciación establecida en la Ley desconoce el principio de igualdad. Para ello es pertinente referirse a la naturaleza del subsidio familiar y de los recursos que manejan las cajas de compensación familiar, tal como se expone a continuación.

6. Ante todo cabe señalar que el subsidio familiar tiene una doble dimensión, dependiendo de la perspectiva de la cual sea analizado. La primera es la de su financiación, es decir, del mecanismo establecido para acopiar los recursos para pagar el subsidio, y la segunda la de su ejecución, es decir, los responsables de pagar el subsidio y los beneficiarios del mismo.

En lo que respecta a su ejecución, el inciso primero del artículo 1° de la Ley 21 de 1982, “por la cual se modifica el régimen del subsidio familiar y se dictan otras disposiciones” definió el subsidio familiar como una prestación social de los trabajadores de medianos y menores ingresos:

“Artículo 1°. El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.”

En distintas sentencias, esta Corporación ha destacado que el subsidio familiar constituye una prestación social a cargo de los empleadores, que no es pagada directamente a los trabajadores sino por medio de las cajas de compensación familiar. Así se expresó en la sentencia C-149 de 1994:⁵

“Dentro de los variados servicios que las Cajas de Compensación prestan a sus afiliados [se] deben mencionar los programas y servicios de salud, nutrición, vivienda, crédito de fomento, recreación y mercadeo (L.21 de 1982, art. 62). De otra parte, el subsidio familiar es una prestación social a cargo de los empleadores que se paga a los trabajadores de menores y medianos ingresos, en dinero, especie y servicios (L. 21 de 1988, art.1°), **por conducto** de las Cajas de Compensación Familiar, con arreglo a lo ordenado por la ley (L.21 de 1982, art. 15). Es claro que unos son los servicios que prestan las Cajas de Compensación Familiar en calidad de entidades que desarrollan diversos programas para la prestación de la seguridad social y otra la actividad que cumplen en calidad de **entidades pagadoras** del subsidio dinerario. Este auxilio especial es una obligación impuesta por la ley a los empleadores, que no debe ser cancelada en forma directa por el patrono sino mediante la destinación de parte del valor de la nómina a las Cajas de Compensación Familiar para que éstas realicen el desembolso respectivo.”

Igualmente, en la sentencia C-508 de 1997⁶ se manifestó sobre la naturaleza del subsidio familiar:

“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.”

⁵ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

7. 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 ellos 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-575 de 1992:⁷

“16. Es preciso clarificar la naturaleza fiscal de los recursos destinados por los empleadores a las Cajas de Compensación Familiar, así:

“Las cotizaciones de los empleadores son aportes de orden parafiscal, que no impuestos ni contraprestación salarial.

“17. En efecto, las cotizaciones que los patronos realizan a las Cajas son aportes obligatorios que se reinvierten en el sector. Su fundamento constitucional se encuentra hoy en el artículo 150 numeral 12 y en el 338 idem. Todos estos recursos son parafiscales, esto es, una afectación especial que no puede ser destinada a otras finalidades distintas a las previstas en la ley.

“Como ya lo tiene establecido esta Corporación, ‘la parafiscalidad hace relación a unos recursos extraídos en forma obligatoria de un sector económico para ser reinvertidos en el propio sector, con exclusión del resto de la sociedad...’

“18. No son impuestos porque no se imponen a todos los contribuyentes ni van a engrosar el presupuesto de ninguna entidad pública bajo el principio de universalidad ni son distribuidos por corporación popular alguna.

“19. No son tampoco renta de destinación específica porque simplemente no son renta estatal sino recursos de los trabajadores en tanto que sector.

“20. Mucho menos constituyen salario porque no son una contraprestación laboral directamente derivada del trabajo y como retribución del servicio.

⁷ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Luego, en la sentencia C-1173 de 2001⁸ se aclaró que esos recursos no provenían de una exacción parafiscal ordinaria, sino atípica:

“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.”⁹

“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.”

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.

8. Las normas que se analizan en este acápite establecen que el FONEDE se dividirá en distintas porciones con diferentes aplicaciones y destinatarios. Tres porciones son para la atención directa a las personas desempleadas: una es equivalente al 30% de los recursos del Fondo y se destinará a brindar subsidios a los desempleados que han estado afiliados a una caja de compensación familiar, por lo menos un año dentro de los tres años anteriores

⁸ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹ M.P. Jaime Araujo Rentería.

a la presentación de la solicitud. Otra, que no puede ser superior al 25%, se aplicará a la capacitación de los desempleados que estuvieron vinculados a una caja de compensación familiar, por lo menos un año dentro de los tres años anteriores. Y la tercera, con cargo al 5% de los recursos del Fondo, tiene por objeto brindar subsidios a los desempleados que no han estado afiliados a una caja de compensación familiar, por lo menos un año dentro de los tres años anteriores.¹⁰ El actor considera que es inconstitucional que se establezca un trato diferenciado en la atención al desempleado, con base en su afiliación anterior a una caja de compensación familiar. Afirma que todas las personas desempleadas deben recibir el mismo trato y que, por consiguiente, el conjunto de los recursos destinados a la atención directa al desempleado deberían estar a la disposición de todos, sin hacer ninguna diferenciación.

La Corte no comparte esta posición. Precisamente, el hecho de que el subsidio familiar constituya una prestación social justifica la diferenciación entre dos grupos de personas que respecto de las cajas de compensación se encuentran en situaciones que se aprecian *prima facie* como manifiestamente distintas.¹¹ Otra sería la cuestión si el subsidio por desempleo fuera proveído directamente por el Estado. El derecho del trabajador al subsidio familiar se deriva de la existencia de una relación laboral. Dado que el trabajo suministrado por el asalariado genera ordinariamente excedentes para el dueño del capital, se ha dispuesto que éste, además del salario, le brinde al trabajador una serie de prestaciones sociales, que consisten en beneficios o servicios para atender los riesgos y necesidades que se causen durante el ciclo laboral, el cual comprende tanto la evolución de la relación laboral como los periodos durante los cuales el trabajador no se encuentra vinculado laboralmente por estar desempleado.¹² El subsidio familiar es una de esas prestaciones, dirigidas específicamente al “alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia...” (art. 1 de la Ley 21 de 1982).

Pues bien, dado que el subsidio familiar constituye una prestación social lo propio es que los que se beneficien de él sean las personas que estén involucradas en una relación laboral con los patronos que pagan esa prestación social. Por eso no puede objetarse constitucionalmente que las

¹⁰ Las demás porciones, equivalentes al 35 y al 5% % del FONEDE, se destinan a microcréditos (art. 7) y a los gastos de administración del fondo (art. 6).

¹¹ La Corte ha reiterado en su jurisprudencia que el primer aspecto a analizar frente a un cargo basado en la igualdad es si los grupos son comparables o si, por el contrario, entre ellos existen *prima facie* diferencias manifiestas. Así, en la sentencia C-741 de 2003 se indicó que la estructura analítica del juicio de igualdad está compuesta por tres elementos y que el primero persigue establecer precisamente si el juicio es pertinente para la situación que se analiza: “El primero versa sobre la relevancia del principio de igualdad en un determinado caso. Cuando el legislador ha tratado de manera diferente situaciones que son claramente distintas, la Corte ha considerado que no procede efectuar un juicio de igualdad...”

¹² En sentencia del 18 de julio de 1985, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia determinó que “Prestación social es lo que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas o en pactos colectivos, o en el contrato de trabajo, o establecida en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono, para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación del trabajo o con motivo de la misma. Se diferencia del salario en que no es retributiva de los servicios prestados y de las indemnizaciones laborales en que no repara perjuicios causados por el patrono...”

normas demandadas reserven dos porciones grandes del FONEDE (del 30 y el 25%) para atender a las personas desempleadas que hubieren estado afiliadas a una caja de compensación familiar durante un año dentro de los tres años anteriores a la fecha de presentación de la solicitud del subsidio o de una capacitación para la reinserción laboral.

Al respecto es importante mencionar que en la sentencia C-149 de 1994 se declaró que se ajustaba a la Constitución la concesión de un trato diferente en la adjudicación de servicios de las cajas de compensación familiar a los afiliados que fueran trabajadores. La sentencia versó sobre una demanda presentada contra el segundo inciso del artículo 6 de la Ley 71 de 1988 que establecía que, si bien los pensionados, pagando la cotización que se estableciera, podían afiliarse a las cajas de compensación familiar para recibir sus servicios, ellos no recibirían subsidio en dinero. La norma fue demandada por cuanto violaría el principio de igualdad. En aquella ocasión la Corte expresó:

“8. En síntesis, 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.”

Los anteriores argumentos conducen a la Corte a declarar la constitucionalidad del trato diferente en materia de atención a los desempleados contemplado en los apartes analizados de los artículos 6, 10 y 11 de la Ley 789 de 2002, por los cargos analizados. La declaración se hará sin condicionamientos, salvo el que se expresará en el fundamento jurídico 17 en relación con el aparte del artículo 11 que determina el porcentaje de los recursos del FONEDE que se utilizarán para brindar subsidios a las personas desempleadas que no estuvieron vinculadas a una caja de compensación familiar por los menos un año dentro de los tres años anteriores a la presentación de su solicitud de apoyo.

9. El actor fundamenta buena parte de su demanda de inconstitucionalidad en su lectura del fallo de tutela T-232 de 2005¹³. Por ello es necesario hacer una breve referencia a ella. En la sentencia se resolvió una acción instaurada por un ciudadano contra una caja de compensación, por cuanto, a pesar de cumplir con todos los requisitos, no había recibido todavía el subsidio de desempleo que había pedido, mientras que muchos otros solicitantes ya lo habían obtenido. La caja de compensación planteaba que el porcentaje del Fondo que estaba destinado para las personas desempleadas que no habían estado afiliadas a una caja no alcanzaba para satisfacer todas las solicitudes presentadas. El actor consideraba que se le debía asignar el subsidio, independientemente de si había estado afiliado a una caja y de los recursos existentes para el grupo de solicitantes sin afiliación previa a una caja.

En el transcurso del proceso de tutela ante la Corte, la caja de compensación familiar le asignó el subsidio al actor, hecho del cual fue informada la Sala de Revisión respectiva. Con base en ello, en la parte resolutive de la sentencia, si bien se revocó el fallo de instancia, se declaró que existía una “carencia actual de objeto, por existir un hecho superado.”¹⁴

Pues bien, sobre la citada sentencia es importante mencionar que lo expresado en su parte motiva, independientemente del alcance que pretenda asignarle el demandante a lo en ella afirmado sobre el principio de universalidad que inspira el derecho a la seguridad social,¹⁵ no obliga a la Sala Plena de la Corte Constitucional en sede de control abstracto a declarar inexequibles las normas acusadas.

10. Así, pues, la Corte concluye que no vulnera el principio de igualdad la decisión del Legislador de establecer, en materia de la atención al desempleado que se brinda con los recursos de las cajas de compensación familiar, un trato distinto para las personas desempleadas que estuvieron vinculadas a una caja por lo menos un año dentro de los tres años anteriores a la presentación de la solicitud dado que el subsidio familiar es una prestación social y que, por lo tanto, él tiene como destinatarios principales a las personas con las cuales los empleadores tienen o tuvieron en el pasado cercano una relación laboral. Ahora bien, la pregunta que surge es si es

¹³ M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹⁴ Se decidió: **Primero. REVOCAR** la Sentencia proferida por el Juzgado Once (11) Civil Municipal de Medellín, de fecha 13 de septiembre de 2004, por la cual denegó la protección solicitada por el Señor Pablo Emilio Ossa Serna, dentro del trámite de la acción instaurada contra la Caja de Compensación Familiar de Antioquia – COMFAMA.

Segundo. DECLARAR la carencia actual de objeto, por existir un hecho superado.

¹⁵ Al respecto se manifestó en la sentencia: “A la luz del principio de universalidad que inspira el derecho a la seguridad social, y siendo la situación de desempleo un riesgo que debe amparar el Estado Social de Derecho, el subsidio al desempleo debe asignarse en las mismas condiciones a las personas que tengan la calidad de desempleados, con el fin de garantizar un mínimo de derechos en un plano de igualdad. El tratamiento diferenciado, en cuanto a la prelación en la asignación y el pago de los subsidios, en función de la existencia o no de un vínculo anterior con una caja de compensación familiar, o de la condición de artista, deportista o escritor, desconoce el principio de universalidad que inspira el derecho a la seguridad social.”

posible que el Legislador destine parte de los recursos del subsidio familiar para la atención de personas desempleadas que no han tenido una vinculación laboral durante los tres años anteriores a la presentación de la solicitud de apoyo y, en consecuencia, no han estado afiliados a una caja de compensación familiar.

En realidad, esta pregunta ya ha sido respondida en diferentes ocasiones por la Corte Constitucional. Para ello la Corte se ha fundado en los principios de universalidad y solidaridad, en especial en el art. 48 de la Constitución, que dispone, entre otras cosas, que la seguridad social “es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y en los términos que establezca la Ley”, y que la seguridad social “podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la Ley.”

También ha tenido en cuenta que el artículo 39 de la Ley 21 de 1982, “por la cual se modifica el régimen del subsidio familiar y se dictan otras disposiciones”, dispuso que las cajas de compensación familiar desarrollan funciones de seguridad social y están sometidas al control y vigilancia del Estado:

“Artículo 39. Las cajas de compensación familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la ley.”

Con base en estas dos normas, la Corte ha considerado que, dado que el subsidio familiar es uno de los instrumentos de la seguridad social y que ésta es regulada por la Ley, el Legislador cuenta con un margen de configuración en lo relacionado con la ampliación de la cobertura de los servicios prevenientes del subsidio familiar. Ello ha conducido a que la Corte haya declarado la constitucionalidad de distintas normas en las que se han extendido los servicios de las cajas a personas no afiliadas a ellas.

Así, por ejemplo, en la ya mencionada sentencia C-575 de 1992 la Corte se ocupó de una demanda presentada contra distintas normas del art. 68 de la Ley 49 de 1990, el cual determinaba que las cajas de compensación familiar debían crear un fondo para ofrecer un subsidio familiar a la vivienda de interés social a las personas de bajos recursos teniendo en cuenta las siguientes prioridades: primero a las personas afiliadas a la caja específica; luego, a los afiliados a otras cajas; y finalmente, a las personas que no estaban vinculadas a ninguna caja. Las normas fueron demandadas, entre otras razones, bajo la consideración de que la destinación de los recursos que ellas ordenaban

vulneraba el derecho a la propiedad, ya que el subsidio familiar era una prestación social. También por cuanto la ley vulneraba el art. 333 de la Constitución, que contempla la libertad económica y la iniciativa privada, al disponer sobre el destino de los recursos de las cajas.

En la sentencia, la Corte describió, en primer lugar, la evolución de la regulación normativa sobre las cajas de compensación familiar. De allí concluyó, entre otras cosas, que “de una cobertura limitada a los trabajadores de los empleadores que cotizaban a las Cajas se pasó a una universalización de los servicios para toda la sociedad.” Luego, manifestó que los trabajadores no tienen derechos adquiridos ni un derecho subjetivo sobre las cotizaciones de los empleadores a las Cajas, sino solamente un interés legítimo en disfrutar de ellas de acuerdo con la regulación del subsidio plasmada en la ley:

“21. Finalmente, y sobre todo, las cotizaciones de los patronos a las Cajas **no son un derecho subjetivo del trabajador o del empleador.**

“En efecto, la situación jurídica de los trabajadores beneficiarios del subsidio familiar corresponde a un interés legítimo mas no a un derecho subjetivo -como la propiedad- ni a una mera expectativa.

“No es un derecho adquirido del trabajador porque el subsidio aún no ha entrado en su patrimonio personal e individual.

“Y es, por el contrario, un interés legítimo del trabajador, porque él puede beneficiarse solamente en la medida en que las normas que regulan el subsidio así lo permitan para un grupo determinado de la sociedad, como en efecto lo hace la Ley 49 atacada en esta acción pública de inconstitucionalidad, de suerte que sólo por reflejo las normas terminan protegiendo a una persona individual, ya que el objeto propio de su protección eran intereses generales del sector laboral.

“En otras palabras, el trabajador **no tiene**, como lo afirma el actor, un derecho adquirido sobre el aporte que realiza el empleador, sino un interés legítimo sobre los recursos que administran las Cajas de Compensación. Ese interés legítimo se transforma en derecho subjetivo cuando la entidad entrega efectivamente al trabajador el subsidio en dinero, especie o servicios.”

A continuación, la Corte destacó que, de todas maneras, los trabajadores de las empresas que pagaban el subsidio tenían un trato claramente prioritario y que la porción que se destinaba a la atención de las personas no afiliadas constituía una materialización del principio constitucional de la solidaridad:

“Luego, de un lado, no sólo los trabajadores de las empresas que cotizan a las Cajas de Compensación tienen asegurada su **prioridad** -inciso 2o. de la norma atacada-, en la asignación de los subsidios reseñados, sino que, de otro lado, los restantes trabajadores ocupan lugares secundarios para dichos efectos, de suerte que no es que éstos compitan con aquéllos, sino que ellos sólo aspiran a usufructuar el remanente de los fondos, incluso por motivos de eficiencia, ya que de lo contrario dichas sumas se dejarían de utilizar en forma irracional.

“En consecuencia, no podría afirmarse que si la Ley 49 de 1990 en su artículo 68 establece lugares secundarios en las prioridades de asignación del subsidio de vivienda para los trabajadores no afiliados directamente a una Caja, ello atenta contra los derechos de los trabajadores del sector directamente afiliado o contra la propiedad privada o contra la buena fé de dichas personas, como lo sostiene el actor.

“Por el contrario, se está promoviendo la solidaridad como principio constitucional orientado a la realización del valor justicia, mediante la compensación económica vertical -de los trabajadores de más altos ingresos hacia los que sólo devengan hasta cuatro salarios mínimos-, y la compensación económica horizontal -entre sectores de los trabajadores dependientes y los independientes-.”

La sentencia C-183 de 1997¹⁶ también se ocupó con un tema similar. En ella la Corte decidió sobre una demanda presentada contra el art. 217 de la Ley 100 de 1993, que establecía que las cajas de compensación familiar destinarían un 5% de sus recaudos por concepto del subsidio familiar que administran para financiar el régimen de subsidios en salud. La norma fue demandada, entre otras razones, porque de ella se derivaba que parte de los recursos del subsidio familiar fueran destinadas a satisfacer necesidades de un grupo distinto a los trabajadores afiliados a las cajas de compensación familiar.

En esa oportunidad, la Corte reiteró que el Legislador había actuado dentro de su margen de configuración para modificar el destino de los recursos y que el uso de un porcentaje de ellos para atender personas no vinculadas a las cajas constituía una forma de materialización del principio constitucional de la solidaridad “sin desvirtuar por ello el propósito básico de la prestación social”:

¹⁶ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

“(...) Habiéndose creado las cajas por la ley, la cual señaló el objeto al cual serían orientados los fondos por ellas administrados, bien podía la propia ley modificar las reglas iniciales y establecer variantes parciales en dicho objeto, sin desvirtuar por ello el propósito básico de la prestación social, toda vez que la contribución creada se reinvierte también en favor de los trabajadores y sus familias.

“(...) Ahora bien, las partidas correspondientes habrán de ser aplicadas de manera global al fortalecimiento del régimen subsidiado de salud y, en consecuencia, resulta evidente que los trabajadores aportantes a determinada Caja de Compensación, de cuyos recaudos habrá de restarse el 5% ordenado por la norma, no serán necesariamente los mismos que se beneficien individualmente de los servicios del régimen subsidiado.

“Pero al respecto debe la Corte resaltar que no es una característica de la parafiscalidad la de que los sujetos pasivos de la contribución sean exactamente y de manera individual quienes reciban los beneficios derivados de la reinversión de los recursos captados.

“La correspondencia que exige la parafiscalidad se establece entre sectores, no entre personas, de lo cual resulta que lo esencial no es que el contribuyente individualmente considerado reciba una retribución directa y proporcional al monto de su contribución, sino que el sector que contribuye sea simultáneamente aquél que se favorece con la destinación posterior de lo recaudado.

“A la Corte no escapa, entonces, que la contribución parafiscal que establece el precepto demandado no se queda en el reducido ámbito de los trabajadores que cotizan a las cajas de compensación familiar sino que se proyecta hacia los beneficiarios del régimen subsidiado de salud, incluidos trabajadores independientes y no cotizantes en dichas entidades, pero ello no vicia de inconstitucionalidad el precepto. Por el contrario, se realiza por esa vía el principio general de **solidaridad** contemplado en el artículo 1 de la Carta.

“El artículo 48 **Ibídem**, relativo precisamente a la seguridad social, la concibe como "servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley" (subraya la Corte).”

De la misma manera, en la sentencia C-1173 de 2001¹⁷ se conoció una demanda presentada contra el artículo 62 de la Ley 21 de 1982, “por la cual se modifica el régimen del subsidio familiar y se dictan otras disposiciones.” El artículo establece los campos y el orden de prioridades en que las Cajas pueden prestar el pago de subsidio en especie, tales como salud, nutrición y mercadeo, educación, vivienda, crédito de fomento para industrias familiares y recreación social. En la demanda se manifestaba que el artículo vulneraba distintos derechos fundamentales, por cuanto, entre otras cosas, determinaba que parte del dinero del subsidio de los trabajadores se invirtiera en obras que no necesariamente beneficiaban a los mismos trabajadores que tienen derecho al subsidio, con lo cual la norma disponía arbitrariamente de una prestación social que constituye un derecho subjetivo de los trabajadores.

La Corte declaró la constitucionalidad de la norma y expresó:

“Para la Corte el señalamiento de los objetivos y prioridades en los que deben ser aplicados los recursos que administran las Cajas de Compensación constituye una expresión de la competencia interventora del Estado en la economía destinada a mejorar la calidad de vida de la población trabajadora (art. 334 de la C.P.), puesto que pretende asegurar que los recursos recaudados de los empleadores con destino al subsidio familiar sean invertidos en obras y programas de interés general.

“Antes, bien, la determinación que se acusa lejos de resultar contraria a los dictados de la Ley Fundamental, se ajusta a los postulados superiores que le imponen al Estado la obligación de atender las necesidades de la clase trabajadora en las áreas de la salud, nutrición, educación, vivienda fomento empresarial, recreación y mercadeo de productos, mediante el servicio que prestan dichas instituciones en consonancia con lo dispuesto en los artículos 44, 48, 49, 51, 53, 64, 333 y 334 Superiores, que reconocen a los derechos a la recreación, a la seguridad social, a la salud, a la vivienda, al crédito y la comercialización de productos de los trabajadores.”

11. En esta ocasión, la Corte refrendará lo establecido en las sentencias mencionadas acerca de la facultad del Legislador para regular el subsidio familiar y para establecer que, en aplicación del principio de solidaridad y en procura de la universalización de la seguridad social, una parte de los recursos de las cajas de compensación familiar sean dirigidos a prestar servicios a personas no afiliadas a las cajas.

¹⁷ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Dado que el subsidio familiar constituye una especie de la seguridad social, el Legislador, en uso de su facultad de reglamentar el acceso a esta última (C.P., art. 48), puede determinar que parte de los recursos de las cajas de compensación familiar se destinen a la satisfacción de derechos sociales, tales como el mínimo vital, la salud y la vivienda. Es decir, una porción de esos recursos puede ser utilizada para cumplir fines de la política social, “sin desvirtuar por ello el propósito básico de la prestación social”, como lo ha advertido la Corte en la sentencia citada.

En vista de lo anterior, la pregunta que surge es cuáles serían los límites del Legislador en lo referido a su facultad de destinar recursos del subsidio familiar que administran las cajas de compensación familiar para la atención de personas que no han estado afiliadas a una caja dentro de un plazo determinado. Al respecto la Corte considera necesario precisar que el primer límite lo constituye el campo de aplicación de los recursos. Puesto que esos medios están destinados a prestar el servicio público de la seguridad social, no es admisible que el Congreso de la República los destine a fines que no formen parte de la política social, ya que ello sí podría desvirtuar “el propósito básico de la prestación social”.

Por otra parte, la decisión del Legislador tiene que ser también razonable. Es decir, la medida que determina la destinación de los recursos debe estar dirigida a cumplir con una finalidad constitucional importante y el medio empleado debe ser idóneo y proporcionado con dicha finalidad.

Para el caso que aquí se analiza se observa que la medida está dirigida a adelantar una política de atención al desempleado que acredita “falta de capacidad de pago”, lo cual indica que los recursos están siendo enfocados hacia una finalidad imperiosa, cual es la de proteger el derecho a la subsistencia digna de las personas que no tienen un empleo y por lo tanto ven amenazado su mínimo vital. Cabe resaltar que uno de los riesgos que afronta el trabajador a lo largo de su ciclo laboral es el de quedar sin empleo. Este no es un riesgo imputable al trabajador, sino derivado de la evolución de las condiciones tanto de la empresa a la cual estaba vinculado como de la economía en general, salvo casos de conductas específicas del propio trabajador que hayan sido la base de su desvinculación. Por ello, el Estado y la sociedad tienen responsabilidades con los desempleados en un Estado Social de Derecho y corresponde al legislador definir tales responsabilidades en ejercicio de su margen de configuración de la política social. Así, la ley acusada está orientada por la finalidad de proteger al trabajador desempleado que por carecer de ingresos no dispone de los recursos para proveer por su familia. Se trata de un fin constitucionalmente legítimo e imperioso en un Estado Social de Derecho.

Por otra parte, el medio utilizado – destinar el 5% de los recursos del FONEDE para brindar un subsidio a los desempleados sin vinculación a una caja de compensación familiar en los tres años anteriores a la presentación de

la solicitud de apoyo – es adecuado al fin perseguido, cual es garantizar el mínimo vital de las personas beneficiadas con el subsidio. Podrá el legislador acudir a otros medios –como el seguro de desempleo- pero ello no implica que este subsidio no sea idóneo para aliviar la situación del desempleo. Y, finalmente, se advierte que la porción de los recursos del FONEDE que se destinan a las personas desempleadas sin vinculación anterior a las cajas es inferior al destinado a las que sí estuvieron afiliados lo cual indica que la afectación que ello genera para las personas afiliadas a las cajas es menor en relación con los beneficios mayores que se generan para los destinatarios del subsidio que no han tenido una vinculación anterior a las cajas de compensación familiar. Además, dichos recursos, dada la porción que representan, no desvirtúan los aspectos básicos del subsidio familiar como prestación social.

Exequibilidad del trato prioritario brindado a los artistas, escritores y deportistas dentro del grupo de las personas desempleadas sin vinculación anterior a las cajas de compensación familiar

12. El actor considera también que vulnera el principio de igualdad la disposición del artículo 11 de la Ley 789 de 2002 que establece que, dentro del grupo de los desempleados sin vinculación anterior a cajas de compensación familiar, tendrán prioridad en el acceso al subsidio al desempleo los artistas, escritores y deportistas afiliados a las correspondientes asociaciones o que acrediten su condición en los términos que defina el Gobierno Nacional.

Por su parte, el Presidente de la CUT y el director del Ministerio Público consideran que el trato prioritario establecido en la norma es constitucional, porque se trata de proteger grupos tradicionalmente marginados y con más dificultades de reintegrarse al mercado laboral. Así, estiman que la medida constituye una aplicación del art. 13 de la Constitución, que impone la protección especial de los grupos marginados como una acción afirmativa en beneficio de quienes se encuentran expuestos a mayores vulnerabilidades.

13. La Corte comparte la posición que afirma la constitucionalidad de este trato prioritario. La Constitución le asigna a la cultura un lugar destacado en la comunidad política. En su art. 70 dispone que es deber del Estado “promover el acceso a la cultura” y que “la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad.” A su vez, el artículo 71 establece que “[e]l Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas que ejerzan estas actividades.”

De la misma manera, el artículo 52 de la Constitución establece que las personas tienen el derecho a la recreación, al deporte y al aprovechamiento del tiempo libre y que “el Estado fomentará estas actividades.”

Lo anterior significa que la cultura y el deporte constituyen actividades que fueron valoradas de manera especial por el Constituyente. Ello justifica que se preste una particular atención a las personas que se dedican al ejercicio de esas actividades. Pero, además, el mismo artículo 11 dispone que el subsidio se brindará a los jefes cabeza de hogar que acrediten su “falta de capacidad de pago.” Es decir, el subsidio no se entregará a los artistas, los escritores y los deportistas que dispongan en su hogar de los medios suficientes para subsistir. Él se brinda únicamente a las personas dedicadas a la cultura y el deporte que, a pesar de sus difíciles condiciones económicas y sabedoras de que muy frecuentemente la sociedad no valora debidamente su trabajo, persisten en su dedicación a estas actividades. Es decir, tal como lo plantean los intervinientes, el subsidio se brindaría a un grupo social que se encuentra frecuentemente al margen de las actividades económicas ordinarias de la sociedad, a pesar de la importancia de su labor para la comunidad.

14. Al respecto es importante precisar que no es ésta la primera vez que el Legislador intenta crear mecanismos de acción positiva en favor de estos grupos sociales. En la Ley 100 de 1993 se destacó a los artistas y los deportistas dentro del grupo de personas que podrían acceder a subsidios para los aportes pensionales con dineros del Fondo de Solidaridad Pensional.¹⁸

Luego, la Ley 181 de 1995, “Por la cual se dictan disposiciones para el fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la Educación Física y se crea el Sistema Nacional del Deporte”, estableció que el Estado debía “[f]omentar la adecuada seguridad social de los deportistas y velar por su permanente aplicación” (art. 13, num. 16). También dispuso que los deportistas que recibieran reconocimientos en su actividad obtendrían una serie de estímulos en materia de seguros de vida, invalidez y salud. De la misma manera, determinó que ellos gozarían de programas especiales para la asignación de créditos educativos y que obtendrían oportunidades laborales y la exoneración de derechos de estudio en los establecimientos oficiales y (arts.

¹⁸ El artículo 26 de la Ley 100 de 1993 establece:

“ARTÍCULO 26. OBJETO DEL FONDO. El Fondo de Solidaridad Pensional tiene por objeto subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

“El subsidio se concederá parcialmente para reemplazar los aportes del empleador y del trabajador, o de este último en caso de que tenga la calidad de trabajador independiente, hasta por un salario mínimo como base de cotización. El Gobierno Nacional reglamentará la proporción del subsidio de que trata este inciso.

“Los beneficiarios de estos subsidios podrán escoger entre el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero en el evento de seleccionar esta última opción, sólo podrán afiliarse a fondos que administren las sociedades administradoras que pertenezcan al sector social solidario, siempre y cuando su rentabilidad real sea por lo menos igual al promedio de los demás fondos de pensiones de conformidad con lo establecido en la presente ley.

“Para hacerse acreedor al subsidio el trabajador deberá acreditar su condición de afiliado del Régimen General de Seguridad Social en Salud, y pagar la porción del aporte que allí le corresponda.

“Estos subsidios se otorgan a partir del 1o. de enero de 1.995.”

36-40),¹⁹ e incluso ordenó que el Estado le garantizara una pensión vitalicia a las glorias del deporte.²⁰

En el mismo sentido, en la Ley 397 de 1997, “Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias”, se estableció un tratamiento especial en materia de afiliación al régimen subsidiado de salud para los artistas, autores y compositores de escasos recursos (art. 30), y en punto al acceso a una pensión vitalicia para los creadores o gestores culturales (art. 31).²¹

¹⁹ “ARTÍCULO 36. Los deportistas colombianos que a partir de la vigencia de esta Ley reciban reconocimiento en campeonatos nacionales, internacionales, olímpicos o mundiales reconocidos por Coldeportes en categorías de oro, plata o bronce, individualmente o por equipos, tendrán derecho a los siguientes estímulos:

“1o. Seguro de vida, invalidez.

“2o. Seguridad social en salud.

“3o. Auxilio funerario.

“Estos estímulos se harán efectivos a partir del reconocimiento obtenido por el deportista y durante el término que se mantenga como titular del mismo. Para acceder a ellos, el titular deberá demostrar ingresos laborales inferiores a cinco (5) salarios mínimos legales vigentes o ingresos familiares inferiores a diez (10) salarios mínimos legales vigentes.

“PARÁGRAFO. La cuantía de estos estímulos será definida y reglamentada por la Junta Directiva del Instituto Colombiano del Deporte - Coldeportes y su reconocimiento o pago se hará con cargo al presupuesto del mismo Instituto.

“ARTÍCULO 37. El Instituto Colombiano del Deporte, Coldeportes desarrollará programas especiales de preparación psicológica y recuperación social para deportistas con reconocimientos oficiales, afectados por la drogadicción o el alcoholismo, a efecto de preservarlos en la utilización de su experiencia deportiva y ejemplo ciudadano.

“ARTÍCULO 38. Las instituciones públicas cuyo objeto sea el otorgamiento de créditos educativos, desarrollarán programas especiales para el otorgamiento de créditos a deportistas colombianos con reconocimientos previamente avalados por Coldeportes en campeonatos nacionales, internacionales o mundiales de carácter oficial, en las modalidades de oro, plata y bronce.

“ARTÍCULO 39. Las instituciones públicas de educación secundaria y superior exonerarán del pago de todos los derechos de estudio a los deportistas colombianos a que se refiere el artículo 36 de esta Ley, durante el término que se mantengan como titulares del reconocimiento deportivo siempre y cuando demuestren ingresos laborales propios inferiores a dos (2) salarios mínimos legales vigentes o ingresos familiares inferiores a cinco (5) salarios mínimos legales vigentes.

“ARTÍCULO 40. Los municipios y departamentos darán oportunidades laborales a los deportistas colombianos reconocidos a que se refieren los artículos anteriores incluidos los que obtengan reconocimiento en campeonatos departamentales de carácter oficial.”

²⁰ El artículo 45 de la Ley dispuso:

“ARTÍCULO 45. El Estado garantizará una pensión vitalicia a las glorias del deporte nacional. En tal sentido deberá apropiarse de las partidas de los recursos de la presente Ley, un monto igual a la suma de cuatro (4) salarios mínimos mensuales, por deportista que ostente la calidad de tal, cuando no tenga recursos o sus ingresos sean inferiores a cuatro (4) salarios mínimos legales.

“Además, gozarán de los beneficios del régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, cuando no estén cubiertos por el régimen contributivo.

“PARÁGRAFO. Se entiende por glorias del deporte nacional a quienes hayan sido medallistas en campeonatos mundiales oficiales reconocidos por el Comité Olímpico Colombiano o medallistas de Juegos Olímpicos.”

²¹ Los artículos 30 y 31 de la Ley, derogados de manera expresa por el artículo 24 de la Ley 797 de 2003, establecían:

“ARTÍCULO 30. Las entidades territoriales competentes afiliarán al Régimen Subsidiado en Salud a los artistas, autores y compositores de escasos recursos.

“Para tal efecto los consejos departamentales y municipales de cultura, harán el reconocimiento de la calidad de artista y trabajador de la cultura.

“Una vez entre en vigencia la presente ley, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud deberá expedir la reglamentación que garantice la afiliación referida en el presente artículo.”

Importa indicar que el artículo 31 de la ley 397 de 1997 fue demandado ante la Corte Constitucional. Entre los argumentos expuestos se encontraba el de que el trato preferencial brindado a los gestores culturales para el acceso a una pensión vitalicia vulneraba el principio de igualdad, por cuanto si bien los gestores culturales cumplían con una labor destacada por la Constitución, también lo hacían las personas que colaboraban al desarrollo social con sus esfuerzos.

En la sentencia C-152 de 1999²² la Corte estableció la constitucionalidad de la norma acusada, en los términos indicados en la providencia. En ella se destaca que la misma Constitución había establecido que el Estado debía incentivar o estimular a las personas dedicadas a la creación o al desarrollo cultural y que si la medida adoptada a través de la Ley era adecuada mal podía ser objeto de reproche constitucional. Además, se indicó que el subsidio constituía una especie de compensación para aquellas personas que se habían dedicado al desarrollo cultural de la sociedad, a pesar de las dificultades económicas que ello les podría generar en el futuro:

“5. Es evidente que si el subsidio o incentivo que el Estado otorga a un particular, se inscribe en la actividad que la Constitución expresamente ha señalado como digna de estímulo, y, si además, ello se dispone por medio de ley y el beneficio tiene aptitud para conseguir el propósito que se desprende de la norma constitucional, no podría ser objeto de censura por parte de esta Corte.

“No es difícil verificar que el beneficio que en este caso se concede tiene relación directa con el desarrollo y fortalecimiento de la cultura y, por otro lado, puede considerarse idóneo para alcanzar este fin. Los artistas, pintores, músicos, entre otros creadores o impulsores de la cultura, que hayan concentrado su quehacer vital en ofrecer un aporte espiritual significativo a su país, pueden haber desestimado su propio bienestar material y encontrarse más tarde en su vida en condiciones económicas tan precarias que no puedan afrontar, sin el apoyo de la sociedad y del Estado, la satisfacción de sus más mínimas necesidades. A través del subsidio, la sociedad representada por el Estado, pretende compensar, así sea de manera

“Artículo 31: Pensión vitalicia para los creadores y gestores de la cultura. Cuando un creador o gestor cultural cumpliera los 65 años y no acreditare los requisitos mínimos de cotización para acceder a la pensión de vejez prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el Ministerio de Cultura con sujeción a sus disponibilidades presupuestales hará las apropiaciones a la entidad administradora de pensiones donde se encuentre afiliado el creador o gestor cultural, hasta completar con las cotizaciones ya recaudadas, el monto requerido para cumplir la cotización mínima exigida por la ley.

“En el caso de que el creador o gestor cultural no esté afiliado, el Ministerio lo afiliará al sistema general de pensiones.

“Para efectos de cumplir lo aquí dispuesto, el Ministerio de Cultura constituirá un fondo cuenta de seguridad social”.

²² M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

parcial y simbólica, la contribución desinteresada que han hecho al bien público de la cultura, del cual todos en mayor o menor medida son beneficiarios. Si el ciudadano lograra despojarse de esquemas mercantilistas, podría percibir nítidamente que en el fondo la sociedad, por conducto de las autoridades públicas, no le confiere una donación al artista pobre, sino le expresa su reconocimiento que, aquí significa, que la persona que ha engrandecido la cultura tiene más que ganado el derecho a tener una vejez digna.

“Sobra destacar que una forma de fortalecer las manifestaciones culturales, las cuales pueden ser muy variadas, es haciéndose cargo el Estado - en la medida de sus posibilidades financieras - de garantizar el sustento mínimo a los protagonistas nacionales de la cultura que llegados a la vejez no cuenten con los medios necesarios para satisfacer sus necesidades básicas. Allí donde la entrega a la vida espiritual exponga inexorablemente a las personas a experimentar penurias y humillaciones económicas, no se asistirá al fin de la cultura, pero no podrá decirse que el Estado y la sociedad la propician, siendo esto último precisamente lo que surge del mandato contenido en la Constitución Política.”

15. Los argumentos expuestos conducen a declarar la constitucionalidad del trato prioritario brindado a los artistas, escritores y deportistas en la asignación del subsidio para los desempleados que no estuvieron afiliados a una caja de compensación familiar por lo menos un año dentro de los tres últimos años.

Ahora bien, la norma analizada dispone que el trato especial se concederá a los artistas, escritores y deportistas “afiliados a las correspondientes asociaciones o quienes acrediten esta condición en los términos en que se defina por el Gobierno Nacional.” En este caso, como en el analizado en la mencionada sentencia C-152 de 1999, se encuentra, entonces, que la norma debe ser reglamentada para establecer quiénes pueden acceder al subsidio en forma prioritaria, de manera que este trato especial se conceda a las personas respetando los criterios de ley a partir de parámetros objetivos.

Tales parámetros se refieren a las condiciones para que el solicitante del subsidio sea considerado un artista, un escritor o un deportista. Puesto que los recursos del subsidio al desempleo para las personas que no han estado afiliados a una caja son tan escasos, la vigencia del principio de igualdad exige que el trato prioritario solamente se brinde a aquellas personas que realmente acrediten una dedicación estable, no meramente ocasional, a las actividades artísticas, literarias o deportivas – además de su “falta de capacidad de pago.” Además, dentro del marco de la reglamentación dictada por el Gobierno, las cajas tomaran las medidas necesarias para evitar que

personas que se hagan pasar por artistas, escritores o deportistas reciban el trato prioritario que establece la norma.

El deber del Gobierno Nacional de poner en funcionamiento el fondo de atención al desempleo establecido en el artículo 8° de la Ley 789 de 2002

16. El actor del presente proceso considera que la atención de las cajas de compensación familiar a las personas desempleadas debe brindarse en condiciones de igualdad. Por eso, acusó de inconstitucionales las normas de los artículos 6, 10 y 11 de la Ley 789 de 2002 que establecen diferenciaciones en la utilización de los recursos del FONEDE, con base en si la persona que solicita la atención estuvo vinculada con una cierta anterioridad a una caja.

En esta sentencia, la Corte ha concluido que las diferenciaciones acusadas no son inconstitucionales, por cuanto los recursos de las cajas de compensación familiar surgen del pago de los empleadores para financiar una prestación social de los trabajadores afiliados a las cajas. Por eso, es lógico que el grueso de los recursos de las cajas de compensación beneficie precisamente a los trabajadores, que son las personas en cuyo nombre los empleadores hacen sus aportes a las cajas, aun cuando la aplicación del principio de solidaridad permite que una porción de los recursos que administran estas instituciones se destinen al cumplimiento de fines propios de la política social que debe adelantar el Estado, según lo determine la ley dentro del respeto a los criterios señalados en esta sentencia.

Empero, la acusación del actor apunta también a un hecho notorio, cual es el de que los recursos del Fondo para Apoyar al Empleo y para la Protección al Desempleado - FONEDE - son insuficientes para atender las demandas de subsidio de todos y cada una de las personas desempleadas y que los perjudicados con ello son aquéllos que no han estado vinculados a una caja de compensación familiar por un término de un año durante los tres años anteriores a la presentación de la solicitud de apoyo.

Ciertamente, las cifras suministradas por la Superintendencia del Subsidio Familiar acerca de lo que ocurre con las porciones del FONEDE destinadas a subsidio al desempleo confirman esa apreciación. Así lo hace un cuadro elaborado por la División Operativa acerca del uso de los recursos del FONEDE, denominado “Consolidado Cajas de Compensación Familiar – Consolidado Ejecución Mensual 2006.” En él se observa, en relación con la porción del FONEDE destinada al pago de subsidios para personas que estuvieron afiliadas a una caja por un término de un año durante los tres años anteriores a la solicitud de apoyo, que en el año 2006 un total de 62.818 personas solicitaron el subsidio. De ellos fueron aceptados 59.086 como postulantes y de este número de personas 58.619 recibieron efectivamente el subsidio. Esto significa que casi la totalidad de los que solicitaron la asignación del subsidio en estas condiciones recibieron efectivamente la ayuda.

Lo contrario ocurre con los desempleados que no acreditaron una vinculación a una caja de por lo menos un año dentro de los tres años anteriores a la presentación de la solicitud de apoyo: según el mismo cuadro indicado, en el año 2006, 61.566 personas solicitaron el otorgamiento del subsidio. De este número, 52.821 fueron aceptados como postulantes y, finalmente, sólo 18.142 recibieron el subsidio pedido.

Precisamente, el rezago en la atención a las solicitudes de subsidio de las personas sin vinculación anterior a una caja de compensación familiar explica el alto número de peticiones que se encuentran pendientes de asignación efectiva. De acuerdo con lo indicado en la resolución N° 0036 del 5 de febrero de 2007 de la Superintendencia del Subsidio Familiar, “por la cual se ordena el traslado entre cajas de los recursos del Fondo para el Fomento del Empleo y Protección al Desempleo – FONEDE, correspondiente al cierre del segundo semestre de 2006”,²³ para diciembre 31 de 2006 la lista de postulantes al subsidio ascendía a 130.556 personas. Ello significaba un costo pendiente de \$84.933.205.800 pesos, que se contraponía a la suma de \$1.977.014.000 pesos que estaban en caja en ese momento.

Lo anterior hace necesario detenerse en los deberes del Estado colombiano en materia de atención a las personas desempleadas, tal como se hace a continuación.

17. El principio constitucional fundamental de que Colombia es un Estado Social de Derecho implica que el Estado colombiano tiene el deber de garantizarle a los asociados las condiciones necesarias para poder subsistir de una manera digna, a través de los medios y mecanismos que el Estado diseñe, en desarrollo de sus políticas sociales. Ello constituye una materialización de lo que se ha denominado por la jurisprudencia constitucional colombiana el derecho al mínimo vital.

Sobre los deberes del Estado en materia de derechos sociales es esclarecedor el numeral 1° del artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el cual dispone que cada uno de los Estados Partes de ese 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.”

Esta norma del PIDESC, que forma parte del bloque de constitucionalidad, ha sido interpretada por el Comité del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su Observación General N° 3, en el sentido de que “aunque el

²³ El traslado de fondos entre las cajas opera en virtud del párrafo 3 del artículo 6 de la Ley 789 de 2002, párrafo que fue incorporado mediante el artículo 1° de la Ley 920 de 2004.

Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de las limitaciones de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato.” Entre ellas está la de “adoptar medidas”, las cuales “deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.”

En la misma Observación, el Comité del Pacto anotó que cuando la norma citada habla de adoptar medidas “para lograr progresivamente ... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]” se está admitiendo que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general “no podrá lograrse en un breve período de tiempo.” Empero, al mismo tiempo observa que el hecho de que se plantee en el Pacto la progresiva efectividad de los derechos sociales “no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo (...) La frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad, la razón de ser del Pacto que es establecer claras obligaciones para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo.”

En el caso colombiano se observa que el Congreso de la República tomó medidas legislativas, a través de la Ley 789 de 2002, para contribuir a garantizar en alguna medida el mínimo vital de las personas desempleadas. De esta manera, creó, con los recursos de las cajas de compensación familiar, el FONEDE, al cual se ha hecho referencia en esta demanda. Pero, además, en el artículo 8° se creó otro fondo que debe nutrirse con recursos públicos, destinado a otorgar subsidios temporales al desempleo, el cual es administrado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Tales subsidios temporales se otorgarán en las épocas que señale el Gobierno Nacional, previo concepto del CONPES. Dice este artículo:

“ARTÍCULO 8o. SUBSIDIO AL DESEMPLEO. Como mecanismo de intervención para eventos críticos que presenten los ciclos económicos, créase el subsidio temporal al desempleo administrado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el cual se otorgará en las épocas que señale el Gobierno Nacional, previo concepto del Conpes.

“El Gobierno Nacional reglamentará los requisitos de selección y el número de beneficiarios, monto y duración del subsidio, y las condiciones que deben tenerse para acceder y conservar el derecho al subsidio, teniendo en cuenta los recursos presupuestales disponibles, así como lo referente a los convenios de cooperación o interadministrativos necesarios para la ejecución del programa.

“PARÁGRAFO. Para efectos del subsidio al empleo de que trata el artículo 2o. y del subsidio al desempleo de que trata el artículo 8o. de la presente Ley, créase el Fondo de Subsidio al Empleo y al Desempleo como una cuenta especial adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sin personería jurídica, cuyos recursos serán administrados mediante fiducia pública.”

Pues bien, lo cierto es que, más de cuatro años después de haber entrado en vigencia la Ley 789 de 2002, el fondo de subsidio al desempleo a cargo del Gobierno Nacional todavía no ha entrado en funcionamiento, a pesar de lo dispuesto en la Ley. Esto indica que, en la práctica, la carga de la política de atención al desempleo ha sido trasladada por el Estado a las cajas de compensación familiar.²⁴

Esta responsabilidad asignada por la ley a las cajas de compensación no se ha visto acompañada por un empeño similar de parte del Gobierno Nacional, a quien la misma ley también le asignó responsabilidades en este campo. Este es un resultado inaceptable, pues en estos puntos las cajas cumplen un papel complementario, en virtud de la distribución de responsabilidades definida en la ley que creó el subsidio temporal al desempleo. Si bien, como ya se ha dicho, la jurisprudencia ha establecido que la ley puede establecer que algunos recursos de las cajas se destinen a atender programas propios de la política social, no se puede olvidar que esos recursos no forman parte del presupuesto nacional, deben ser administrados para atender las prioridades del subsidio familiar y su destinación a aspectos distintos al subsidio familiar mismo encuentra limitaciones en la propia ley, por lo cual el Estado no puede desentenderse completamente de este importante aspecto específico de la política social desarrollado en la ley que creó el subsidio temporal al desempleo.

Por lo tanto, la Corte considera pertinente indicar que, en consonancia con las obligaciones nacionales e internacionales del Estado colombiano, el Gobierno Nacional tiene el deber de tomar las medidas necesarias para que entre en funcionamiento el fondo para el subsidio temporal al desempleo que debe administrar el Ministerio de la Protección Social. Al margen de que la inobservancia de este deber puede dar lugar a la instauración de acciones judiciales, es importante resaltar la difícil situación del desempleado que por no haber estado afiliado a una Caja no recibe el subsidio al desempleo dada la cuantía reducida de recursos asignados para este efecto.

²⁴ La División Operativa de la Superintendencia del Subsidio Familiar elaboró varios cuadros, denominados “Consolidado FONEDE Años 2003-2004-2005-2006”, que brindan una idea acerca del esfuerzo realizado por las cajas de compensación familiar en este campo. Allí se observa que entre los años 2003 y 2006 las cajas de compensación familiar asignaron 179.395 subsidios al desempleo a personas con vinculación anterior al sistema del subsidio familiar, por un costo de \$102.589.938 pesos. A su vez, en el mismo lapso, las cajas asignaron 91.472 subsidios al desempleo a personas sin vinculación anterior al sistema del subsidio familiar, por un costo de \$51.890.393 pesos.

Por eso, es relevante desde el punto de vista constitucional evitar que el desempleado sin vinculación anterior al sistema del subsidio familiar concluya que no tiene derecho al subsidio o que el goce efectivo de éste se puede ver postergado por largo tiempo mientras no accedan al subsidio quienes elevaron una solicitud antes que él.

Ello hace necesario indicar que las personas desempleadas que no estuvieron vinculadas a una caja de compensación familiar dentro de los tres años anteriores pueden presentar también su solicitud de subsidio ante el Ministerio de la Protección Social, para ser atendidos con base en los recursos del Fondo que está a su cargo (art. 8 de la Ley 789 de 2002). Además, los desempleados sin vinculación anterior a una caja que no alcancen a recibir el subsidio otorgado por las cajas de compensación familiar, en razón a la escasez de los recursos de la porción del FONEDE destinada a ellos, pueden recurrir al fondo administrado por el Ministerio.

Las precisiones formuladas son importantes desde la perspectiva de la garantía del mínimo vital de las personas desempleadas. Por eso, la Corte declarará la constitucionalidad de la primera frase del artículo 11 – que contempla que un 5% de los recursos del FONEDE se destinará a atender las solicitudes de subsidio de los desempleados sin vinculación anterior a una caja –, advirtiendo que el hecho de que una caja de compensación familiar no pueda atender dentro de un término razonable la petición de subsidio presentada por una persona sin vinculación anterior al sistema del subsidio familiar no significa que el interesado haya perdido este beneficio o que él deba resignarse a esperar de manera indefinida hasta poder acceder a él. Por eso, la exequibilidad de dicha norma será condicionada.

La cuestión constitucional esencial tiene que ver con impedir que el agotamiento de los recursos en el fondo correspondiente no implique para el peticionario, de hecho, la pérdida del derecho al subsidio creado en la ley en condiciones de igualdad para todos en desarrollo del principio de universalidad de la seguridad social. Dicho impacto gravoso sí tendría proyecciones contrarias al goce efectivo del derecho al mínimo vital de los desempleados protegido por una prestación creada por el legislador para avanzar en el desarrollo del derecho a la seguridad social, en la medida en que dicho goce estaría supeditado a los recursos disponibles en una caja de compensación familiar. Así el Estado se desentendería de sus deberes sociales (artículo 2 C.P.) que, en armonía con el principio de solidaridad (artículo 1 C.P.), fueron establecidos en la Constitución y especificados en la misma ley que ordena la creación de un fondo en el Ministerio de Protección Social para estos efectos (artículo 8, citado).

Este impacto contrario a la Carta ha de ser evitado exigiendo que la caja correspondiente, ante la cual el desempleado sin vinculación previa elevó la petición, verifique si éste reúne los requisitos en orden a que se le informe que la no recepción del subsidio obedece al agotamiento de los recursos y no a

que carece del derecho para recibirlo. La caja tiene la carga administrativa de enviar la petición al Ministerio de Protección Social para que éste, después de las comprobaciones pertinentes, proceda a reconocer el derecho a acceder al subsidio de desempleo. Los beneficiarios del mismo habrían de recibir entonces el subsidio del fondo del Ministerio, según los recursos que han de asignársele en cumplimiento del artículo 8 citado.

De tal forma que la Corte condicionará la exequibilidad del artículo 11 en el entendido de que cuando una caja de compensación familiar haya agotado dicho porcentaje, verificará si el peticionario reúne los requisitos y enviará la petición al Ministerio de la Protección Social para que proceda al reconocimiento del derecho y el fondo creado en virtud del artículo 8 de la Ley 789 de 2002 cumpla su obligación de pagar efectivamente el subsidio al desempleo.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- Declarar la **EXEQUIBILIDAD**, por los cargos analizados, de las siguientes expresiones:

a) “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”, contenida en el inciso segundo del artículo 6° de la Ley 789 de 2002.

b) “**RÉGIMEN DE APOYO PARA DESEMPLEADOS CON VINCULACIÓN ANTERIOR A LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR.** Los Jefes Cabeza de Hogar que se encuentren en situación de desempleo luego de haber estado vinculados al sistema de Cajas de Compensación Familiar no menos de 1 año dentro de los tres años anteriores a la solicitud de apoyo, tendrán derecho con cargo a los recursos del fondo para el fomento del empleo y la protección del desempleo de que trata el artículo 6° de la presente ley a los siguientes beneficios, por una sola vez y hasta que se agoten los recursos del fondo”, contenida en el inciso primero del artículo 10 de la Ley 789 de 2002.

c) “Para efectos de esta obligación las cajas destinarán un máximo del 30% de los recursos que les corresponde administrar con cargo al fondo para el

fomento del empleo y la protección del desempleo”, contenido en el literal a) del artículo 10 de la Ley 789 de 2002.

d) “Para efectos de esta obligación las cajas destinarán un máximo del 30% de los recursos que les corresponde administrar con cargo al fondo para el fomento del empleo y la protección del desempleo”, contenida en el literal b) del artículo 10 de la Ley 789 de 2002.

e) “Tendrán prioridad frente a las Cajas de Compensación Familiar, los artistas, escritores y deportistas afiliados a las correspondientes asociaciones o quienes acrediten esta condición en los términos en que se defina por el Gobierno Nacional”, contenida en el artículo 11 de la Ley 789 de 2002.

Segundo. Declarar, por los cargos analizados, la **exequibilidad condicionada** de las siguientes expresiones:

“RÉGIMEN DE APOYO PARA DESEMPLEADOS SIN VINCULACIÓN ANTERIOR A CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR. Con cargo al cinco por ciento (5%) del fondo para el fomento del empleo y la protección del desempleo de que trata el artículo 6° de la presente ley, las Cajas establecerán un régimen de apoyo y fomento al empleo para jefes cabeza de hogar sin vinculación anterior a las Cajas de Compensación Familiar”, contenida en el artículo 11 de la Ley 789 de 2002, **en el entendido** de que cuando una caja de compensación familiar haya agotado dicho porcentaje, verificará si el peticionario reúne los requisitos y enviará la petición al Ministerio de la Protección Social para que proceda al reconocimiento del derecho y el fondo creado en virtud del artículo 8 de la Ley 789 de 2002 cumpla su obligación de pagar efectivamente el subsidio al desempleo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

RODRIGO ESCOBAR GIL
Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Magistrado
CON SALVAMENTO DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado
CON ACLARACION DE VOTO

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que mediante escrito firmado por el H. Magistrado HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, se informa que la nota de aclaración de voto hecha a la sentencia C-393 de 2007 debe ser corregida, en razón a que se encuentra de acuerdo tanto con la parte motiva como la resolutive de la sentencia en mención.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
SECRETARIA GENERAL

**SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-393 DE 2007 DEL
MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA**

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN SUBSIDIO DE DESEMPLEO-
Diferenciación que estableció la Ley 789/02/**SUBSIDIO DE
DESEMPLEO**-Trato diferenciado a desempleado con base en afiliación
anterior a caja de compensación familiar (Salvamento de voto)

Es inconstitucional la diferenciación que se establece en las normas acusadas, puesto que es obligación del Estado brindar el auxilio a todos los desempleados, afiliados o no y aún frente a recursos escasos no se debe excluir a unos y a otros no. En mi concepto, los argumentos expuestos en la sentencia T-232/05 siguen siendo por tanto válidos para este estudio abstracto de constitucionalidad de la Ley 789 de 2002. Con fundamento en lo anterior, considero que se deben declarar inexecutable las expresiones acusadas de los artículos 6, 10 y 11 de la ley 789 de 2002 por violar el derecho a la igualdad de los desempleados que no están afiliados a una caja de compensación familiar, el principio de universalidad de la seguridad social, y el principio de solidaridad. En mi criterio, de estos principios constitucionales se desprende que todos los desempleados pueden ir a las cajas o al Gobierno sin discriminación alguna, a reclamar el seguro contra el desempleo.

Referencia: expediente D-6553

Demanda de inconstitucionalidad contra los
artículos 6, 10 y 11 (parciales) de la Ley
789 de 2002

Magistrado Ponente:
Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de esta Corte, me permito manifestar mi discrepancia frente a la presente sentencia, por cuanto considero que las normas acusadas son inconstitucionales y por tanto han debido ser declaradas inexecutable, en lo acusado, por violar tanto el derecho a la igualdad de los desempleados que no están afiliados a una caja de compensación familiar como el principio de universalidad de la seguridad social, según el cual todos los desempleados pueden ir a reclamar el seguro de desempleo a las cajas de compensación familiar o al Gobierno Nacional, sin ninguna discriminación.

En mi concepto, los argumentos para fundamentar estas razones se encuentran contenidos y desarrollados en la sentencia T-232/05, en los apartes

relacionados con el principio de igualdad material, principio que constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho, y que se traduce en un mandato expreso y categórico dirigido a paliar o eliminar las condiciones reales de inequidad y marginación de las personas o de los grupos sociales y a lograr unas condiciones de vida acordes con la dignidad del ser humano, así como un orden político, económico y social justo.

En este sentido, la Constitución prevé en su artículo 2 que son fines esenciales del Estado *(i)* promover la prosperidad general y *(ii)* garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como *(iii)* asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado; y en su artículo 13 que constituye una obligación del Estado *(i)* promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, *(ii)* adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados y *(iii)* proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

Es de recordar aquí también, que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Igualmente, considero necesario resaltar que dentro de los fines y parámetros del Estado Social de Derecho, se enmarca el régimen de protección al desempleado y los subsidios que éste establece, tendientes a garantizar un mínimo de derechos de aplicación inmediata. Entre otros, es deber del Estado Social de Derecho proveer un empleo a las personas que estén en capacidad de laborar, así como otorgar a aquellas que han perdido su trabajo y, dada la incapacidad actual del Estado para proveer empleo a todos los ciudadanos, un seguro contra el desempleo, así como la capacitación para acceder a nuevas fuentes de trabajo (art. 54 C.P.) y asegurar el acceso efectivo de todas las personas, en particular de aquéllas de menores ingresos, a los bienes y servicios básicos (art. 334 C.P.).

En este sentido, en la sentencia mencionada se expone que si bien el objetivo perseguido con la asignación de subsidios de desempleo es constitucionalmente legítimo, toda vez que se inscribe en la realización del mandato contenido en el artículo 48 de la Constitución Nacional, tal asignación en la forma regulada por la Ley 789 de 2002, no satisface los requisitos jurisprudenciales para ser conforme al principio de igualdad, esto es, no constituye una medida necesaria, idónea, razonable y proporcional.

De este modo, no constituye una medida necesaria e indispensable para la consecución de tal fin, pues existen otros medios que no afectan la igualdad. Por el contrario, considero que a la luz del principio de universalidad que inspira el derecho a la seguridad social, y siendo la situación de desempleo un riesgo que debe amparar el Estado Social de Derecho, el subsidio al desempleo debe asignarse en las mismas condiciones a las personas que

tengan la calidad de desempleados, con el fin de garantizar un mínimo de derechos en un plano de igualdad.

En igual forma, el tratamiento diferenciado que prevé la Ley 789 de 2002, en cuanto a la prelación en la asignación y el pago de los subsidios, en función de la existencia o no de un vínculo anterior con una caja de compensación familiar, o de la condición de artista, deportista o escritor, no constituye un medio idóneo o adecuado por cuanto desconoce igualmente el principio de universalidad que inspira el derecho a la seguridad social. En cuanto a la razonabilidad del trato diferenciado es posible señalar que la prestación efectiva de uno de los componentes del núcleo esencial del derecho a la seguridad social, como es la protección al empleo, no puede realizarse en detrimento de uno de los principios del Estado Social de Derecho, la igualdad material. Así mismo, la protección al empleo que desconoce el principio de igualdad y el de universalidad de la seguridad social, de conformidad con lo expuesto, no reviste la proporcionalidad necesaria para que la diferenciación establecida sea considerada como no discriminatoria.

En mi concepto, todas las consideraciones mencionadas anteriormente no fueron un *obiter dictum* sino la *ratio decidendi* que llevó a la Sala Primera de Revisión a revocar el fallo de instancia que no concedía la tutela, mediante la sentencia T-232/05. A mi juicio, los principios de igualdad material, solidaridad y universalidad siguen siendo válidos y esenciales para analizar la constitucionalidad de las normas parcialmente demandadas de la Ley 789 de 2002, de manera que no se puede establecer la distinción que prevé las normas *sub examine* frente a personas desempleadas. A mi juicio, el legislador debe brindar igual protección tanto mediante el Fondo de las cajas de compensación familiar como por parte del Gobierno.

Adicionalmente, considero que de los artículos acusados se puede predicar la vulneración del principio de igualdad, pues el artículo 11 sólo prevé la existencia de recursos en un 5% del fondo para los desempleados sin vinculación anterior a cajas de compensación familiar, de manera que agotados éstos no se brindan más auxilios, mientras que los otros desempleados afiliados a las cajas de compensación sí los reciben, lo que constituye en mi sentir una clara discriminación y una violación de la universalidad de la seguridad social.

Insisto por tanto, en que es inconstitucional la diferenciación que se establece en las normas acusadas, puesto que es obligación del Estado brindar el auxilio a todos los desempleados, afiliados o no y aún frente a recursos escasos no se debe excluir a unos y a otros no. En mi concepto, los argumentos expuestos en la sentencia T-232/05 siguen siendo por tanto válidos para este estudio abstracto de constitucionalidad de la Ley 789 de 2002.

Con fundamento en lo anterior, considero que se deben declarar inexequibles las expresiones acusadas de los artículos 6, 10 y 11 de la ley 789 de 2002 por

violar el derecho a la igualdad de los desempleados que no están afiliados a una caja de compensación familiar, el principio de universalidad de la seguridad social, y el principio de solidaridad. En mi criterio, de estos principios constitucionales se desprende que todos los desempleados pueden ir a las cajas o al Gobierno sin discriminación alguna, a reclamar el seguro contra el desempleo.

Por las razones expuestas, discrepo de la presente decisión.

Fecha *ut supra*.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
A LA SENTENCIA C-393 de 2007**

Referencia: expediente D-6553

Demandante: Juan Carlos Cortés González
3712

Demanda de inconstitucionalidad contra
los artículos 6, 10 y 11 (parciales) de la
Ley 789 de 2002

Magistrado Ponente:
MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

En esta oportunidad me limitaré a reiterar lo que he señalado en otras aclaraciones o salvamentos de voto, puesto que no considero pertinente explicar en extenso mi posición sobre lo decidido en la presente sentencia. Basta con señalarla públicamente al votar y firmar la sentencia, y con expresar mi criterio sobre las opiniones disidentes.

A diferencia de lo que sucede en otros países de tradición romano-germánica, en Colombia existe una sólida y saludable tradición de pluralismo en el ejercicio de la magistratura.²⁵ Esta se refleja en tres aspectos: (i) el voto de los magistrados es conocido y divulgado, usualmente en un comunicado oficial de la Corte, lo cual permite a los ciudadanos conocer la posición de cada magistrado, (ii) las sentencias son firmadas por todos los magistrados, lo cual le permite a cada uno señalar públicamente, debajo de su rúbrica, si aclara o salva el voto, (iii) las deliberaciones constan en un acta accesible al público inmediatamente después de ser aprobada por el Pleno de la Corte donde se recogen los argumentos de cada magistrado, y (iv) a la correspondiente sentencia se deben adjuntar las opiniones disidentes de los magistrados, si las hay, o sea, los salvamentos o aclaraciones de voto. Además, la Secretaria General puede certificar cómo voto cada magistrado, si un interesado así lo solicita.

Estos cuatro aspectos - que constituyen una de las fortalezas de nuestra tradición judicial - son separables, como lo demuestra el derecho comparado.²⁶

²⁵ Desde el siglo XIX los magistrados han podido salvar o aclarar el voto. Sin remontarnos más allá de la vigencia de la Constitución de 1886, cabe resaltar que en la primera sentencia en la cual se juzgó, en control previo, un acto del legislador, se presentaron salvamentos de votos.

²⁶ En efecto, en Francia están prohibidas las opiniones disidentes en el Consejo Constitucional, pero las actas de sus deliberaciones son públicas, varias décadas después de su aprobación. En Estados Unidos están permitidas las opiniones disidentes, pero no existen actas de las deliberaciones. Mucho de la evolución del

O sea que es perfectamente posible que un magistrado opte por disentir, pero deponga su interés en criticar la sentencia correspondiente, cultivar el individualismo, hacer gala de su conocimiento o mostrar soluciones alternativas que considera más apropiadas. Todo en aras de contribuir a fortalecer a la institución judicial a la cual pertenece y a que las sentencias fijen el sentido de la Constitución con sólida autoridad.

Habrà, por supuesto, casos en que dicha contribución se logre mejor escribiendo una opinión separada, siempre dentro del mayor respeto por la institución. Así lo estimé necesario, por ejemplo, en la sentencia sobre el aborto (C-355 de 2006), la cual compartí enteramente. Escribí una aclaración de voto a dicha sentencia para agregar algunos argumentos fundados en el derecho comparado, con el fin de dar elementos de juicio orientados a impulsar desarrollos futuros en la materia, no para criticar la sentencia.²⁷ En cambio, en la primera sentencia en la cual participé sobre la igualdad de las parejas del mismo sexo (SU-623 de 2001), escribí un salvamento de voto conjunto para tratar de abrir el camino hacia evoluciones jurisprudenciales encaminadas a proteger a las parejas del mismo sexo, como en efecto sucedió varios años después sobre bases distintas a las que en el 2001 dividieron a la Corte.

Lo mismo hice en temas menos “duros” pero importantes en el contexto colombiano, como la posibilidad de subsanar algunos vicios de procedimiento (C-333 de 2005). Mi orientación anti-formalista me conduce a declarar el vicio pero también a admitir, como lo dice expresamente la Constitución desde 1991, que si se reúnen ciertas condiciones la ley puede ser devuelta para que la falla en el procedimiento pueda ser subsanada. Así sucede ahora frecuentemente con las leyes aprobatorias de tratados públicos. Es que en nuestro contexto hay cuestiones constitucionales de enorme relevancia sobre las cuales cabe anticipar una evolución, lo cual es un aliciente para que la opinión disidente sea escrita, no para atacar a la Corte, sino para sentar bases sólidas que propicien un cambio de jurisprudencia. Ello también ocurrió, por supuesto, antes de la Carta de 1991. Un buen ejemplo de ello es el salvamento

pensamiento de la Corte estadounidense queda consignado por escrito en los memorandos y notas oficiales que se cruzan los magistrados, los cuales son públicos también después de varias décadas. En Alemania, después de un complejo y extenso proceso, se pasó de la interdicción de las opiniones disidentes a su admisión. Ello sucedió a raíz del famoso caso Spiegel, resuelto en 1966, en el cual los magistrados se dividieron 4 contra 4. Ante la ausencia de mayoría por la inconstitucionalidad, el acto controvertido en dicho caso se consideró convalidado. Para entonces, las opiniones disidentes no estaban permitidas. Entonces, la Corte Constitucional alemana optó por publicar las dos opiniones enfrentadas como parte de la sentencia misma, sin divulgar los nombres de los magistrados. Ello suscitó un debate sobre si las opiniones disidentes deberían ser permitidas. En 1968 se llevó a cabo un debate apasionado al respecto en el Congreso de Derecho, organizado por la asociación de juristas. Luego de una votación, los juristas se inclinaron a favor de permitir las aclaraciones y salvamentos de voto, a pesar de que los magistrados que integraban las cinco altas cortes alemanas votaron en contra (158 contra 65). En 1970, el Parlamento modificó la Ley Orgánica de la Corte Constitucional Federal alemana para permitir las opiniones disidentes.

²⁷ Inclusive respecto de estas cuestiones tan álgidas, algunos magistrados han preferido abstenerse de hacer públicas las razones de su posición. En Alemania, en la primera sentencia sobre el aborto, dos magistrados escribieron sus opiniones disidentes. Por eso, se cree que la votación fue 6 contra 2. No obstante, en realidad fue una sentencia 5 contra 3, ya que uno de los magistrados de la minoría decidió no escribir un salvamento de voto.

de voto del magistrado Luis Sarmiento Buitrago a favor del control material de los decretos declarativos de un estado de excepción durante la vigencia de la Constitución de 1886. Si bien la Corte Suprema de Justicia nunca dio ese paso, en la Constitución de 1991 se plasmaron los fundamentos para que la Corte Constitucional avanzara en esa dirección, como en efecto aconteció.

Fue este espíritu constructivo el que me animó a abstenerme de seguir repitiendo el mismo salvamento de voto (ver, por ejemplo, el que escribí a la T-080 de 2006) a las sentencias de tutela que ordenaban la terminación indiscriminada de cualquier proceso ejecutivo hipotecario denominado en UPAC²⁸. Una vez que la Sala Plena decidió asumir el conocimiento de varias tutelas acumuladas con el fin de unificar la jurisprudencia, dejé de escribir una opinión disidente en las Salas de Revisión en las cuales participé y tampoco lo hice en la sentencia de unificación donde la Corte construyó un enfoque diferente sobre nuevas premisas compartidas por casi todos los magistrados (SU- 813 de 2007).

Ahora bien, las sentencias de la Corte cumplen una misión trascendental consistente en fijar el significado de la Constitución. Por lo tanto, la decisión de escribir una opinión separada o disidente también implica una responsabilidad primordial: articular una crítica útil a la sentencia de la Corte, en especial cuando dicha sentencia puede llegar a constituirse en un precedente. Si una opinión separada o disidente no puede ser orientada en ese sentido, el juez que salve o aclare su voto puede satisfacer sus convicciones jurídicas simplemente anunciado que no está de acuerdo con la Corte.

Así interpretó el famoso jurista Roscoe Pound el dilema de escribir o no opiniones disidentes, en un artículo publicado en 1953²⁹. Para Roscoe Pound la actitud de varios jueces movidos por la vanidad o el orgullo personal, que creían que tenían que escribir una opinión individual para cualquier caso, era contraproducente desde el punto de vista del progreso del derecho. Por eso destacó el siguiente canon de ética judicial: *“Un juez no debe ceder a la vanidad de su opinión ni valorar de manera más alta su reputación individual que la de la Corte a la cual le debe lealtad.”* (Canon 19, parágrafo 3, ABA, 1924). De tal forma que hay una diferencia entre anunciar un desacuerdo y, adicionalmente, escribir en extenso una crítica de la sentencia de la cual el magistrado difiere.

Frecuentemente se pasa por alto que inclusive en Estados Unidos donde, a diferencia de Europa, existe una larga tradición de admitir las opiniones disidentes, varios magistrados entendieron que, en determinadas circunstancias, tanto la certeza del derecho como la solidez de la Corte aconsejan reducir el disenso y promover la unanimidad. Es bien sabido, por

²⁸ Los puntos de mi disenso se originaron en que a mi juicio la tutela no debía ser concedida sin verificar si el interesado había solicitado la terminación del proceso, si el inmueble estaba efectivamente destinado a vivienda, si el deudor había aceptado la reliquidación del crédito o si el inmueble ya había sido adjudicado a una familia que lo adquirió de buena fe para vivir en él

²⁹ Roscoe Pound. *Cacoethes Dissentiendi: The Heated Judicial Dissent*. 39 A.B.A.J. (1953), 794.

ejemplo, que el jurista Earl Warren trabajó arduamente para conseguir que la sentencia *Brown v. Board of Education* – mediante la cual se puso fin a la segregación racial en los colegios públicos- fuera unánime. Así mismo, John Marshall solo escribió nueve opiniones disidentes en cuarenta y cuatro años de ejercicio de la magistratura, puesto que comprendió que el nacimiento del control constitucional y la consolidación de la Corte investida de la autoridad para decir qué dice la Constitución, requería de una clara cohesión institucional. Por esa misma razón, Marshall aceptó ser magistrado ponente de sentencias con las cuales estaba en desacuerdo.³⁰

Además, en este caso el ímpetu de afinar la pluma para criticar la sentencia se ha desvanecido después de tranquilas reflexiones en torno al sentido de las opiniones separadas o disidentes. Estas me han llevado a darme cuenta de que aun los juristas admirados por la claridad, elocuencia, pertinencia y seriedad de sus opiniones disidentes, estimaban que no tenía sentido insistir, una y otra vez, en escribir de manera individual la posición que expresaron en las deliberaciones y mucho menos las que habían sostenido a lo largo del tiempo. No se debe olvidar que Oliver Wendell Holmes - denominado el gran disidente - sostenía que cuando un magistrado escribe un salvamento o aclaración de voto debe recordar que “esta dando su punto de vista sobre el derecho, no peleando con otro gallo”. Esto llevó en múltiples ocasiones al magistrado Holmes a señalarles a los colegas de la Corte con los cuales compartía una opinión disidente, que debían modificar los términos empleados en el escrito correspondiente para respetar el principio ético de la civilidad en el disentimiento.

No se trata de seguir una regla de consenso, inapropiada en un contexto pluralista y en todo caso superada por la divulgación de los votos de cada magistrado. El objetivo esencial es contribuir a la consolidación de una institución que, como la Corte Constitucional, adopta decisiones que definen el rumbo del país en temas que despiertan enorme sensibilidad, tienen un impacto profundo o están sujetos de manera recurrente a la dura prueba del litigio constitucional.

Entonces, honro esa responsabilidad consustancial a la administración de justicia, que ha de ser tenida en cuenta por el juez constitucional cuando - más allá de hacer pública su posición al advertir que salva o aclara el voto - decide escribir una opinión disidente: la voz individual del magistrado debe contribuir a esclarecer el derecho, en lugar de confundir, y debe inscribirse en el respeto por la majestad de la justicia, en lugar de tratar de deslegitimarla.

Fecha *ut supra*,

³⁰ El justicia Antonin Scalia, un vigoroso disidente en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, critica esta actitud en un ensayo sobre la opinión disidente. Ver *The Dissenting Opinion*. 1994 J. Sup. Ct. Hist. 33.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado