

Sentencia C-440/11

AFILIACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES A CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR-No configura una medida regresiva en materia de derechos sociales

AFILIACION DE DESEMPLEADOS Y TRABAJADORES INDEPENDIENTES A CAJAS DE COMPENSACION-Exclusión del subsidio monetario

SISTEMA DE SUBSIDIO FAMILIAR EN COLOMBIA-Antecedentes

SUBSIDIO FAMILIAR-Definición

SUBSIDIO FAMILIAR-Modalidades

El subsidio familiar es “una prestación social pagadera en dinero, en especie y en 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”. De esa definición se desprenden tres modalidades de subsidio que son desarrolladas en la ley: en dinero, en especie y en servicios. El subsidio en dinero es “la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo que dé derecho a la prestación”; el subsidio en especie es “el reconocimiento de alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, drogas y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación (...)”, y el subsidio en servicios es “aquél que se reconoce a través de la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar (...)”.

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-Desarrollo jurisprudencial

SUBSIDIO FAMILIAR-Naturaleza jurídica

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

SUBSIDIO MONETARIO-Es una prestación a cargo de los empleadores y se desenvuelve en el ámbito de la relación laboral dependiente

Referencia: expediente D-8330

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 72 (parcial) de la Ley 633 de 2000 y el parágrafo 1° (parcial) del artículo 19 de la Ley 789 de 2002.

Demandante:

Jorge Orlando Saavedra Angel

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., veinticinco(25) demayo de dos mil once (2011).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El 12 de octubre de 2010, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Jorge Orlando Saavedra Ángel presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 72 de la Ley 633 de 2000 “*por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial*” y contra el parágrafo 1° del artículo 19 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*”.

El 15 de octubre de 2010, en cumplimiento del reparto efectuado por la Sala Plena de la Corte Constitucional en sesión del 13 de octubre del mismo año, la Secretaría General de esta Corporación remitió el expediente al despacho del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, quien, mediante Auto de 2 de noviembre de 2010, resolvió admitir la demanda contra el artículo 72 (parcial) de la Ley 633 de 2000 y el artículo 19 de (Parágrafo 1°) de la Ley 789 de 2002. Así mismo, ordenó comunicarla al Ministerio e Interior y de Justicia, al Ministerio de la Protección Social, al Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y a los decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades del Rosario, Nacional, del Atlántico, del Norte y Libre para que, si lo consideran conveniente, intervengan dentro del proceso con el propósito de rendir concepto sobre la constitucionalidad de las disposiciones demandadas.

El magistrado sustanciador dispuso, además, correr traslado al Procurador

General de la Nación para que rindiera el concepto a su cargo y fijar en lista la disposición acusada por el término de diez días con el fin de que cualquier ciudadano la impugnara o defendiera.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. TEXTO DE LAS DISPOSICIONES ACUSADAS

A continuación se transcribe el texto de los artículos 72 (parcial) de la Ley 633 de 2000 y 19 (Parágrafo 1º) de la Ley 789 de 2002, conforme a su publicación en los Diarios Oficiales No. 44.275 de 29 de diciembre de 2000 y No. 45.046 de 27 de diciembre de 2002, respectivamente, destacando en negrilla y subrayado las expresiones demandadas.

Ley 633 de 2000

(Diciembre 29)

Diario Oficial No. 44.275 de 29 de diciembre de 2000

Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial

DECRETA:

(...)

ARTICULO 72. AFILIACION DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA. El Gobierno promoverá la legislación para la incorporación voluntaria de los trabajadores por cuenta propia a las Cajas de Compensación Familiar, mediante el pago mensual del dos por ciento (2%) de sus ingresos reales, con una base mínima de dos (2) salarios mínimos, con derecho a todos los servicios que las cajas ofrecen, **exceptuando el subsidio monetario**; y para programas voluntarios de ahorro programado que se creen para el acceso a la vivienda en el caso de estos trabajadores. Los programas de ahorro voluntario para vivienda podrán extenderse a trabajadores afiliados a las Cajas de Compensación, del sector formal.¹

Ley 789 de 2002

(Diciembre 27)

Diario Oficial No. 45.046 de 27 de diciembre de 2002

¹ El demandante resalta también, la expresión “con una base mínima de dos (2) salarios mínimos” para señalar que la misma no debe tenerse en cuenta por cuanto considera que fue derogada por el parágrafo 1º del artículo 19 de la Ley 789 de 2002 cuando estableció: “que aporte el dos por ciento (2%) sobre sus ingresos, conforme el sistema de presunciones establecido dentro del régimen de salud”.

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

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 19. RÉGIMEN DE AFILIACIÓN VOLUNTARIA PARA EXPANSIÓN DE COBERTURA DE SERVICIOS SOCIALES². Habrá lugar a un aporte a las Cajas de Compensación Familiar del 0.6% sobre una base de un salario mínimo legal mensual vigente, sin que dicha suma otorgue derechos para el pago de subsidios, limitándose el beneficio a las actividades de recreación, capacitación y turismo social en igualdad de condiciones frente a los demás afiliados a la Caja, cuando se presente uno cualquiera de los siguientes casos, sin perjuicio de los períodos de protección previstos en esta ley por fidelidad:

- a) Cuando los empleadores que no estando obligados a cotizar a las Cajas de Compensación Familiar respecto de trabajadores beneficiarios del régimen especial de aportes de que trata el artículo 13 de esta Ley, decidan realizar el aporte mencionado, por el trabajador beneficiario del régimen especial de aportes;
- b) Los trabajadores independientes que decidan afiliarse a una Caja de Compensación Familiar, conforme el principio de libertad de escogencia que deberá ser respetado por parte de la respectiva Caja. Para que un trabajador independiente se afilie, con su grupo familiar, y mantenga su vinculación con una Caja, se hace exigible su afiliación previa al sistema de salud, siendo la base de ingresos para aportar al sistema de Cajas la misma base de aporte que exista para el sistema de salud y en todo caso no inferior a la que se utilice dentro del sistema de pensiones;
- c) Las personas que estando vinculadas a una Caja de Compensación Familiar pierdan el empleo y decidan continuar vinculados a la entidad en los términos previstos en esta norma en su calidad de desempleados, una vez vencido su período de protección.

PARÁGRAFO 1o. Cuando el desempleado aporte el ciento por ciento (100%) de la cotización del dos por ciento (2%) sobre la base de dos (2) salarios mínimos, tendrá todos los mismos derechos que tienen los demás afiliados **salvo al subsidio monetario**. Esta misma regla se aplicará al trabajador independiente que aporte el dos por ciento (2%) sobre sus ingresos, conforme el sistema de presunciones establecido

²El artículo 51 de la Ley 1111 de 2006, que modifica el artículo 868-1 del Estatuto Tributario, ajusta los valores, establecidos en salarios mínimos en este artículo, en términos de UVT.

dentro del régimen de salud. En todo caso las cajas podrán verificar la calidad de la información sobre los ingresos del afiliado para dar cumplimiento a lo previsto en esta ley, o para hacerle dar cumplimiento a las normas generales sobre aporte.

PARÁGRAFO 2o. Los aportes voluntarios a las Cajas de Compensación Familiar, conforme el régimen de excepción, se regirán por las reglas tributarias dispuestas para los aportes obligatorios en materia de impuesto de renta.

III. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

Para el demandante, los apartes impugnados vulneran el preámbulo y los artículos 1º, 13, 25 y 48 de la Constitución Política.

2. Fundamentos de la demanda

Para sustentar la demanda el accionante presenta las siguientes consideraciones:

2.1. Precisa, en primer lugar, que la demanda se dirige contra las expresiones “(...) *exceptuando el subsidio monetario (...)*”, del artículo 72 de la Ley 633 de 2000 y “(...) *salvo el subsidio monetario (...)*”, contenida en el párrafo 1º del artículo 19 de la Ley 789 de 2002.

2.2. Establece, en segundo lugar, el que denomina un marco de referencia de la demanda, en el que hace alusión a los objetivos generales de la Ley 789 de 2002, tal como se expusieron durante el trámite legislativo de la misma, y dentro de los cuales destaca la pretensión de aumentar la protección de los trabajadores, con criterios de solidaridad y de igualdad. Después de señalar que, en su criterio, existieron diversos vicios en el trámite de la ley, pone de presente que, inicialmente, el texto que se propuso para el párrafo que es objeto de la demanda, no incluía la expresión “salvo el subsidio monetario”, sino que era del siguiente tenor: “PARÁGRAFO 1o. Cuando el desempleado aporte el ciento por ciento (100%) de la cotización del 4% sobre la base de dos salarios mínimos, tendrá todos los mismos derechos que tienen los demás afiliados. Esta misma regla se aplicará al trabajador independiente que aporte el 4% sobre sus ingresos, conforme el sistema de presunciones establecido dentro del régimen de salud.”

Para el demandante, la aludida adición trastoca el objetivo inicialmente previsto para la disposición, la cual, deviene inconstitucional, por las razones que expone a continuación.

2.3. No permitir a los trabajadores independientes y a los desempleados gozar de un beneficio social determinado, consistente en el derecho a recibir un subsidio monetario por personas a su cargo, a pesar de estar afiliados de

manera voluntaria a una caja de compensación y aportar a ésta conforme lo indicado por la ley, resulta contrario a los fines del Estado, atenta de manera grave y directa contra el objetivo de establecer un orden social y económico justo y agrava de manera injustificada el desequilibrio existente entre los trabajadores dependientes y los trabajadores independientes. Por tal motivo, esa disposición está en contravía con los mandatos de optimización que se desprenden de las disposiciones constitucionales que se citan como infringidas y que tienen que ver con la justicia, el Estado Social de Derecho, la dignidad humana, la igualdad, el trabajo, la seguridad social y la solidaridad.

2.4. La disposición acusada afecta la *justicia*, por cuanto, si bien, la modificación que sufrió el referido párrafo del artículo 19 de la Ley 789 de 2002 no es *per se* inconstitucional, particularmente si se tiene en cuenta que redujo la tarifa del aporte voluntario prevista en la ponencia y conservó la establecida en la Ley 633 de 2000 cambiando la base de cotización de 2 SMLMV por la de los ingresos percibidos, lo que sí se puede considerar contrario a los principios superiores, por su carácter injusto e inequitativo fue la adición de la expresión “*salvo al subsidio monetario*”.

Señala que la mencionada adición es contraria a los fines propuestos en la referida Ley y resulta inequitativa, toda vez que cercena la posibilidad de acceder al subsidio monetario a aquellos trabajadores independientes y desempleados que ven en esa figura una forma de hacer más llevaderas sus penurias económicas.

Aduce que, de conformidad con un concepto de justicia social al que no puede ser ajeno el juez constitucional, puede aseverarse que las expresiones “*exceptuando el subsidio monetario*” y “*salvo al subsidio monetario*” son contrarias a los fines sociales del Estado y resultan injustas para los trabajadores independientes y los desempleados, porque en nada benefician a los sectores más desfavorecidos del mercado laboral colombiano.

2.5. Expresa que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, de la cláusula del *Estado Social de Derecho* se deriva el imperativo de que las autoridades intervengan para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecer a todos las oportunidades para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.

En ese contexto, señala, la actividad del Estado debe estar a tono con las transformaciones sociales que muestran que el porcentaje de desempleados y de trabajadores independientes ha venido en aumento. Agrega que la disposición acusada, con el sentido que tenía cuando fue inicialmente propuesta, se orientaba a enfrentar, así fuera de manera tímida, esa nueva realidad, pero que tal como finalmente quedó, es claro que no propende por la disminución de las desigualdades sociales y, por consiguiente, atenta, de manera ostensible, contra el principio del Estado Social y su propósito principal, que es el de procurar las condiciones materiales generales para lograr la efectiva aplicación de los valores de libertad, igualdad y seguridad así como, la adecuada integración y equidad social.

2.6. En relación con el derecho a la *igualdad*, sostiene que es preciso tener en cuenta que en el régimen de seguridad social vigente en Colombia, los trabajadores independientes deben asumir de manera completa y autónoma la totalidad de las cotizaciones de los aportes al Sistema General de Seguridad Social sin contar con tarifas preferentes, razón por la cual resulta inequitativo, que a ello se sume el hecho de que no se les reconozca el esfuerzo que realizan en procura de obtener los beneficios completos que entrega al sistema, entre ellos el subsidio monetario.

En ese contexto, expresa, las diferencias que, ciertamente existen, entre los trabajadores dependientes y los independientes, deben ser tenidas en cuenta, pero no en desmedro de estos últimos, sino, por el contrario, para darles un trato preferente y menos restrictivo, debido a su condición más desfavorable.

Así, si el subsidio monetario atiende a un objetivo de redistribución del ingreso y si es claro que la población desempleada y de trabajadores independientes ha venido en aumento, la redistribución que resulta del subsidio será cada vez más inequitativa, porque beneficia a un sector menor de la población, el conformado por los trabajadores dependientes. En ese sentido, la regla de distribución enmarcada dentro de las disposiciones de las leyes 633 de 2000 y 789 de 2002 es contraria a la igualdad.

2.7. En relación con el principio de la *dignidad humana*, el demandante señala que en el caso de los trabajadores independientes y los desempleados el mismo se ve afectado por las disposiciones acusadas, porque al excluirlos del beneficio del subsidio monetario, se encuentran en contravía con los mandatos de universalidad, progresividad, eficacia e integralidad de la seguridad social, y, por consiguiente, no propenden por el desenvolvimiento efectivo del concepto de dignidad humana para esta personas.

2.8. En cuanto hace al *derecho al trabajo*, el demandante pone de presente que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución, el trabajo es un derecho y una obligación social que goza, en todas su modalidades, de la especial protección del Estado.

Expresa que, a la luz de la anterior consideración, no es explicable la razón por la cual, pese a que cada día es más difícil para las personas acceder a un empleo formal, se mantengan en el ordenamiento disposiciones que únicamente favorecen a los trabajadores dependientes y a los empleadores.

Lo anterior, señala, va en contravía con el mandato de protección a todas las modalidades del trabajo, sin que se pueda privilegiar en el ordenamiento al trabajo dependiente sobre el independiente. Así, carecería de sustento constitucional que dos trabajadores en idéntica situación social y económica, el uno vinculado como dependiente y el otro independiente, recibieran un tratamiento distinto, puesto que el uno es beneficiario del subsidio monetario y el otro no. Ello implica que, en relación con los trabajadores independientes,

se está incumpliendo el mandato constitucional de brindarles especial protección.

2.9. En criterio del accionante, las expresiones demandadas son contrarias a los principios constitucionales que gobiernan el *derecho a la seguridad social*, puesto que el subsidio familiar, desarrollado por el legislador con el propósito de proporcionar una cobertura integral especialmente en aquellos casos en los que existe menoscabo económico, se inscribe dentro del Sistema General de Seguridad Social.

Debe tenerse en cuenta, prosigue, que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el sistema de subsidio familiar es un mecanismo de redistribución del ingreso, dado que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios.

De este modo, manifiesta, en la medida en que el subsidio monetario (i) hace parte de los servicios y beneficios que otorga el Sistema General de Seguridad Social, (ii) es un mecanismo a través del cual el Estado ejecuta un programa social que permite la redistribución del ingreso y, (iii) constituye una ayuda para que el trabajador de más bajos ingresos pueda satisfacer sus necesidades más apremiantes en materia de alimentación, alojamiento y educación, el mismo no debe otorgarse atendiendo a la calidad de dependiente o independiente del trabajador, sino teniendo en cuenta que el trabajador, afiliado a una caja de compensación, tenga unos ingresos bajos y personas a cargo.

Excluir a los trabajadores independientes del beneficio monetario va en contravía con los mandatos de optimización que se derivan de los principios de integralidad, universalidad y progresividad que rigen el Sistema General de Seguridad Social Integral.

2.10. Expresa, finalmente, el demandante, que las disposiciones acusadas desconocen el *principio de solidaridad* que, de acuerdo con el artículo 1° de la Constitución, es uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho, puesto que, al contemplar como únicos beneficiarios del subsidio monetario a los trabajadores dependientes, quienes no realizan aportes a las Cajas de Compensación, hace recaer el deber de solidaridad sobre quienes sí contribuyen, que son los empleadores y los trabajadores independientes que se vinculan de manera voluntaria a las cajas.

Sostiene que, así, las normas acusadas establecen el deber social solamente en una dirección, es decir, hacia quienes realizan los aportes, pero que, en el caso de los trabajadores independientes, no obtienen el beneficio del subsidio monetario. Es decir, agrega, el principio de solidaridad únicamente se aplica de manera directa sobre los trabajadores independientes y empleadores. Toda vez que el apoyo y la responsabilidad constitucional es multidireccional y no unidireccional, se puede inferir que, en este caso, el principio de solidaridad no se cumple a cabalidad.

Por otra parte, arguye que las Cajas de Compensación Familiar, como administradoras de los aportes parafiscales, obtienen grandes réditos, que les permiten capitalizarse, se abstienen de afiliar a los trabajadores independientes sin que en la actualidad exista ningún tipo de acción que propenda por que dicha política cambie.

Por lo anteriormente expuesto, estima que las expresiones “*salvo al subsidio monetario*” y “*exceptuando el subsidio monetario*” desconocen el principio de solidaridad inmerso en todo Estado Social de Derecho, debido a la abstención de realizar una labor que procure por la ayuda mutua que garantice la prestación del servicio a todos los afiliados sin ningún tipo de discriminación.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de la Protección Social

Mediante escrito allegado a esta Corporación el 29 de noviembre de 2010, la apoderada judicial de la Jefe de la Oficina de Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, intervino para solicitar que se declare la constitucionalidad de las normas demandadas.

El Ministerio inicia su intervención señalando que, con las leyes 633 de 2000 y 789 de 2002, se pretendió fortalecer el Estado Social de Derecho, impulsando un esquema de protección social, consistente en un conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos, en el campo de los derechos a la salud, la pensión y el trabajo.

En ese contexto, señala, se contempló una expansión en la cobertura de los servicios sociales, para permitir el acceso a los mismos a los trabajadores independientes y a quienes, habiendo estado vinculadas a una caja, perdieran su empleo.

Después de hacer un recuento sobre los antecedentes del subsidio familiar en Colombia, señala que las Cajas de Compensación fueron creadas para administrar el flujo de recursos que transfiere el empleador para ayudar al sostenimiento de la familia del trabajador, sobre todo de quienes se encuentran en una fase no productiva, y que, con posterioridad, se les permitió la prestación de ciertos servicios. Desde entonces las Cajas han sido vistas como una solución a la prestación efectiva de ciertos servicios como lo son la salud, el crédito, la educación y el turismo entre otros. Por último, estas Cajas han sido dirigidas, residualmente, a otros sectores de la población en condiciones precarias, evolución que se vio ratificada con la Ley 633 de 2000 y finalmente con la Ley 789 de 2002, toda vez que en ellas se fija un nuevo concepto de protección social que es la focalización de las Cajas de Compensación Familiar.

Indica que en el diseño de esa extensión de los servicios de las cajas, uno de los criterios que orientó la adopción de la Ley 789 de 2002, fue el de no debilitar a las entidades administradoras de los recursos del SENA, ICBF y Cajas de Compensación, en la medida en que hacer extensivo a los independientes el beneficio del subsidio monetario, con el porcentaje de aporte (2%) establecido para éstos, puede poner en riesgo la estabilidad económica de las Cajas de Compensación Familiar, dado que existe en el país una proporción mayor de relaciones de trabajo independientes y desempleados que de trabajadores dependientes.

Manifiesta que la protección prevista en la Ley se extiende frente a las personas cabezas de hogar, los artistas, deportistas y escritores pues, se reasignaron unos dineros del sistema de Cajas de Compensación para que éstas personas, en situación de desempleo, puedan, de manera temporal, mantenerse afiliados al sistema de salud y, en ese mismo sentido, advierte, se están aliviando las cargas de los trabajadores independientes.

Con fundamento en los anteriores planteamientos, el ministerio considera infundados los cargos formulados por el demandante.

2. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

En escrito radicado en la Corte el 29 de noviembre de 2010, la Facultad de Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, rindió concepto en el que se solicita a la Corte declarar la constitucionalidad de la norma demandada.

Después de hacer algunas consideraciones sobre la alusión que se hace en la demanda al trámite del proyecto que concluyó con la expedición de la Ley 789 de 2002, el interviniente se refiere a los elementos que integran la noción de trabajo dependiente, que es la que es objeto de la legislación laboral. En ese contexto, el trabajador independiente no se encuentra en relación con un empleador, sino que se dirige por sus propias reglas.

De esa circunstancia, prosigue el interviniente, se derivan unas consecuencias, entre las cuales se encuentra el hecho de que, ciertamente, desde la perspectiva de la seguridad social, la carga del trabajador independiente es mayor frente a la que asume el dependiente, pero ello se justifica, observa, en la medida en que para el trabajador independiente no existe la figura bipartita de empleador y trabajador, lo que conduce a que la distribución de la carga de cotizar al sistema de seguridad social ya no recaiga sobre dos y deba asumirse de manera completa por el trabajador independiente.

Frente al contenido específico de la demanda en relación con el subsidio familiar, expresa que debe tenerse en cuenta que quien realiza el aporte a las cajas de compensación familiar es el empleador, sobre el valor de la nómina empresarial, y que ello hace que la situación del trabajador independiente, que se afilia de manera voluntaria, sea distinta.

Por lo anteriormente expuesto señala que, contrario a lo sostenido por el actor, el problema de desigualdad surgiría si se diera un tratamiento igual al trabajador independiente y al trabajador dependiente, dado que ambos se encuentran en una distinta situación frente al sistema de seguridad social.

3. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Mediante escrito de 30 de noviembre de 2010, el Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, solicitó a la Corte que declare que la constitucionalidad de la norma demandada.

Considera que, de conformidad con los argumentos esbozados por el demandante, las disposiciones acusadas no son contrarias al postulado de justicia por el solo hecho de que dentro de las expresiones de un sistema de compensación familiar se introduzcan limitaciones relacionadas con la necesidad de protección de la viabilidad financiera del sistema.

Indica que la noción de Estado Social de Derecho no se afecta por las regulaciones contenidas en los apartes demandados como inconstitucionales, pues, el auxilio monetario al cual se hace referencia, no constituye la esencia del apoyo que proviene por la vía del sistema de compensación familiar. Es decir, la limitación en cuanto al recibo del subsidio correspondiente, no supone la exclusión del sistema, ni el marginamiento en relación con los servicios que el mismo ofrece en materia de salud, educación, recreación, formación o vivienda.

Por otra parte, sostiene que el postulado de igualdad tampoco se resquebraja por las limitaciones cuestionadas, aspecto en relación con el cual advierte que el conjunto poblacional excluido de recibir el subsidio proveniente del sistema de compensación familiar, se encuentra obligado a un aporte inferior al que está estipulado como general para los trabajadores subordinados. Los trabajadores independientes y los desempleados se encuentran en unas condiciones especiales, pues acceden al sistema dentro de unos márgenes distintos a los generales y con unos aportes inferiores, así estos los tengan que hacer directamente ellos mismos por razones obvias, mientras que en relación con los trabajadores subordinados los aportes obligan solamente a los empleadores.

Frente al concepto de dignidad humana señala que el auxilio monetario que proviene del sistema de compensación es solo una expresión del mismo, quizás la menos significativa, en relación con sus propósitos sociales y familiares, pues estos integrantes de la comunidad vinculados al sistema, tienen acceso a los servicios de salud, vivienda, educación, recreación, mercados, vacacionales y demás que brinda el mismo.

Manifiesta que, pese al nexo entre el sistema de compensación familiar y el de seguridad social integral, las condiciones especiales previstas en las normas atacadas de inconstitucionales no guardan nexo alguno con los cubrimientos

que provienen del segundo. Es decir, el marginamiento frente a una de las expresiones del sistema de compensación familiar no supone la exclusión del segmento poblacional en cuyo nombre habla el demandante, del sistema de seguridad social en sus diferentes modalidades.

Por otra parte, considera que no se afecta el postulado de solidaridad que, efectivamente, constituye uno de los pilares de la visión diseñada en la Constitución respecto de las relaciones sociales. Reitera que a los desempleados y trabajadores independientes no se les está excluyendo del sistema de compensación familiar sino, por el contrario, cobijándolos con unas condiciones especiales, tanto en cuanto a sus aportes como, correlativamente, respecto a sus beneficios, pero lo cierto es que tales afiliados tienen acceso a los principales servicios ofrecidos por el sistema, por lo que, contrario a lo afirmado por el demandante, esa forma de vinculación representa un clara expresión de la solidaridad prevista en la Constitución.

Por lo anteriormente expuesto, concluye que los apartes demandados de los artículo 72 de la Ley 633 de 2000 y del párrafo 1° del artículo 19 de la Ley 789 de 2002, no son violatorios de las disposiciones constitucionales que el demandante considera trasgredidas.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador General de la Nación, mediante concepto No. 5072 de 12 de enero de 2011, solicitó a esta Corporación que se declare inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las expresiones demandadas del artículo 72 de la Ley 633 de 2000 y del párrafo 1° del artículo 19 de la Ley 789 de 2002, por ineptitud sustancial de demanda.

En criterio del Ministerio Público, la demanda no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, y decantados por la jurisprudencia de la Corte, pues el concepto de violación aducido no se sustenta en razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes.

Señala la Vista Fiscal que el actor no formula ningún reparo directo de inconstitucionalidad respecto de las normas demandadas, ni explica cómo y por qué éstas son contrarias al orden superior.

Advierte que el actor no presenta argumentos que soporten la pretensión de que se han vulnerado el Preámbulo y los artículos 1°, 13, 25 y 48 Superiores. Así, prosigue, se alude a la justicia, como valor supremo, pero a renglón seguido se habla de un posible vicio de procedimiento-aspecto que no hace parte del objeto de la demanda-, para advertir que el trámite de las normas demandadas *“resulta inconstitucional por su carácter injusto e inequitativo”*, ya que la expresión demandada no estaba incluida en la ponencia inicial.

Añade el señor Procurador que en la demanda se expresa que permitir a las cajas de compensación familiar negar el reconocimiento del subsidio monetario a los trabajadores independientes y a los desempleados, en nada

contribuye a disminuir las desigualdades sociales y contraviene el Estado Social de Derecho. Sin embargo, dice, no se indica de qué manera ello ocurre, pues el propósito de la Ley 789 de 2002, que se censura, desarrolla el sistema de protección social en Colombia, al regular la cobertura de servicios sociales para trabajadores independientes y desempleados que se afilien, de manera voluntaria, a las referidas cajas, con un aporte del 100% de la cotización del 2% sobre la base del dos salarios mínimos. De este modo, para el Ministerio Público, lo que la ley en comento hace, *prima facie*, es extender a los trabajadores independientes y a los desempleados, beneficios sociales propios de los trabajadores dependientes, a cargo de las cajas de compensación en materia de recreación, capacitación y turismo social.

Señala el señor Procurador que, para sostener que las normas demandadas discriminan a los trabajadores independientes y a los desempleados, el actor cita lo dicho por el Consejo de Estado en Sentencia del 19 de agosto de 2004, radicación 11001-03-25-000-2002-0175-01 (3403-02), y por la Corte en las Sentencias T-291 de 2009 y T-629 de 2010, pero no indica de qué manera las expresiones demandadas vulneran el principio de igualdad. Añade que, en la demanda también se sostiene que las expresiones acusadas vulneran la dignidad humana y la solidaridad, sin indicar cómo ni por qué, sino que, en lugar de ello, el actor hace apreciaciones propias de un discurso no jurídico.

Por lo expuesto, el Ministerio Público manifiesta que la demanda no ofrece elementos suficientes para que la Corte pueda pronunciarse sobre la constitucionalidad de las expresiones acusadas.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4°, de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir la demanda de la referencia.

2. La materia sometida a examen

Para el demandante, las expresiones acusadas, en cuanto excluyen a los trabajadores independientes y a los desempleados del beneficio del subsidio monetario, propio del sistema de subsidio familiar, no obstante que el mismo hace parte del Sistema General de Seguridad Social, resultan discriminatorias, vulneran la previsión constitucional conforme a la cual el Estado debe brindar especial protección al trabajo en sus distintas modalidades y desconocen los mandatos de optimización que se derivan de las normas constitucionales que consagran los principios de justicia, de igualdad, de dignidad de la persona humana y de la cláusula del Estado Social de Derecho.

La generalidad de los intervinientes coincide, a grandes rasgos, en la apreciación conforme a la cual, sin desconocer la situación que afrontan los desempleados y los trabajadores independientes de más bajos ingresos, y, por

consiguiente, sin dejar de lado la obligación del Estado de poner en marcha instrumentos de protección orientados a atender sus requerimientos, no pueden pasarse por alto las diferencias que existen entre estos sectores y el de los trabajadores dependientes, a partir de las cuales se ha configurado el sistema del subsidio familiar. En ese contexto, señalan, las normas demandadas tienen un sentido progresivo, porque permiten a los trabajadores independientes y a los desempleados acceder a unas prestaciones que se habían concebido exclusivamente para los trabajadores dependientes. Agregan que la exclusión del subsidio monetario se explica por el sistema de transferencias en la que el mismo se sustenta, que es presupuesto de su sostenibilidad financiera y que supone la presencia de un empleador, que contribuye en función del valor de su nómina y que permite reconocer ese beneficio a los trabajadores de más bajos ingresos con personas a cargo, sin que una situación equivalente se presente en el caso de quienes están desempleados o de quienes laboran por cuenta propia.

Por su parte, el Ministerio Público plantea que la Corte debe inhibirse de hacer un pronunciamiento de fondo, por ineptitud sustantiva de la demanda, en cuanto que, en su criterio, el actor se limita a enunciar los principios constitucionales que estima violados, pero sin desarrollar con argumentos claros y suficientes el concepto de la violación en cada caso.

De manera previa al planteamiento del problema jurídico que suscita el presente caso, es preciso señalar que la Corte discrepa de esta apreciación del Ministerio Público, porque, no obstante la vaguedad y la generalidad con las que el actor desarrolla su argumentación, en aplicación del principio *pro actione*, de su extenso escrito sí es posible derivar unos cuestionamientos de carácter constitucional que, independientemente de su aptitud para provocar una decisión estimatoria, son aptos para generar una controversia sobre el particular en sede del control abstracto de constitucionalidad.

De este modo, el problema jurídico que deber resolver la Corte es establecer si resulta contrario a la Constitución, y en particular a las disposiciones Superiores enunciadas por el demandante, que el legislador, al habilitar a los desempleados y a los trabajadores independientes para que, de manera voluntaria y por cuenta propia, se afilien a las cajas de compensación familiar, excluye el subsidio monetario de los beneficios a los que tales personas pueden acceder.

Para abordar el anterior problema jurídico, la Corte se referirá, en primer lugar, a los antecedentes del sistema de subsidio familiar en Colombia y, a renglón seguido, hará un recuento sobre la jurisprudencia en torno a los derechos económicos, sociales y culturales, para, en ese marco, analizar la cuestión planteada.

3. Antecedentes del sistema de subsidio familiar en Colombia

En la Sentencia C-508 de 1997 la Corte Constitucional, a tono con las

tendencias doctrinarias en el ámbito del derecho comparado, señaló que el subsidio familiar se considera como una prestación propia del régimen de seguridad social. Sin embargo, en esa misma sentencia se puso de presente que, de acuerdo con su desarrollo legislativo, en Colombia, el subsidio familiar se puede definir como una prestación social legal, de carácter laboral y, desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo.

Puede decirse que, sin perjuicio de algunos desarrollos previos, que tuvieron lugar a partir de 1945, el sistema de subsidio familiar se formaliza en la legislación colombiana a partir de 1957, con un régimen que la Corte calificó como “... *un instituto prestacional selectivo y especial, del cual quedaba marginada la gran mayoría de la población laboral activa.*” En sucesivas etapas, ese régimen fue ampliando, tanto su cobertura, como la naturaleza y extensión de sus servicios. Cabe observar, sin embargo, que en la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se estableció en Colombia un sistema de seguridad social integral, no se hicieron mayores desarrollos en torno al subsidio familiar.

De este modo, el subsidio familiar opera en Colombia, como una prestación laboral, a cargo de los empleadores, mediante un sistema de recaudo y reparto a través de las cajas de compensación familiar. Se desenvuelve dentro del contrato de trabajo, como una prestación obligatoria, establecida en la ley con un componente de solidaridad orientado a brindar protección especial a los trabajadores de más bajos ingresos, en función de las personas que tengan a cargo.

Así, ha dicho la Corte, el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar.

Inicialmente, el subsidio estuvo centrado en el componente monetario que se reconoce al trabajador, en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento. En esa dimensión, ha dicho la Corte, el sistema de subsidio familiar es un mecanismo de redistribución del ingreso.

Más adelante, se autorizó a las cajas de compensación el desarrollo de obras de beneficio social, lo cual les permitió diversificar su actividad, de manera que, además de la tarea de reparto del subsidio en dinero, incursionaran también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. Así, en sus componentes centrales, el sistema de subsidio familiar, tal como fue definido en la Ley 21 de 1982, comprende los siguientes aspectos:

En primer lugar, el subsidio familiar es “*una prestación social pagadera en dinero, en especie y en 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”³.

De esa definición se desprenden tres modalidades de subsidio que son desarrolladas en la ley: en dinero, en especie y en servicios. El subsidio en dinero es *“la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo que dé derecho a la prestación”⁴*; el subsidio en especie es *“el reconocimiento de alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, drogas y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación (...)”⁵*, y el subsidio en servicios es *“aquél que se reconoce a través de la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar (...)”⁶*.

En la medida en que se trata de una prestación que se origina en el contrato de trabajo, la ley dispone que todos los empleadores, tanto del sector privado como del público, tienen la obligación de efectuar aportes para el subsidio familiar en el porcentaje legalmente establecido sobre la nómina mensual de salarios. El acceso a los beneficios, sin embargo, es diferenciado, puesto que el sistema opera como mecanismo de solidaridad, tanto entre trabajadores de distintos niveles salariales, como entre diferentes empleadores, que tiene como beneficiarios directos a los trabajadores de más bajos ingresos.

Así, en la actualidad, de acuerdo con la ley, tienen derecho al subsidio familiar en dinero los trabajadores cuya remuneración mensual no sobrepase los cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes, y que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero (a) no sobrepasen seis salarios mínimos. Así mismo, la ley también estableció la lista de personas a cargo de los beneficiarios que dan derecho a subsidio familiar en dinero⁷, entre quienes se incluyen los hijos hasta los 18 años (incluidos los hijastros), los hermanos hasta 18 años, que sean huérfanos, convivan y dependan económicamente del trabajador y demuestren escolaridad y los padres mayores de 60 años, que dependan económicamente del trabajador. Dispone la ley que son beneficiarios del subsidio familiar en especie y en servicios los trabajadores cuya remuneración mensual, fija o variable, no sobrepase los 4 salarios mínimos legales mensuales, incluyendo el (la) cónyuge del trabajador.

Como se puede apreciar, en sus lineamientos centrales, el sistema de subsidio estaba estructurado como un régimen de protección para los trabajadores bajo dependencia laboral y con niveles de remuneración bajos.

Sobre ese esquema inicial, en diferentes etapas, se han introducido importantes reformas, entre ellas la derivada de la Ley 100 de 1993 que le asignó a las cajas de compensación un papel activo en la gestión del régimen subsidiado de salud, o la que amplió el papel de las cajas en la gestión del subsidio familiar de vivienda. La transformación más importante del sistema

³Ley 21 de 1982, art.1°.

⁴Ley 21 de 1982, art.5°.

⁵Ibid.

⁶Ibid.

⁷ Ley 789 de 2002, Artículo 3°, par. 1°.

se produjo con la expedición de las leyes 633 de 2000 y 789 de 2002, que ampliaron el marco de acción de las cajas, vinculándolas, más allá de la administración de una prestación social de carácter laboral, al concepto global de la protección social, abriéndolo a la prestación de servicios para no afiliados y desempleados.

Cabe observar que la Ley 789 de 2002, definió un sistema de protección social, del cual el subsidio familiar resulta ser solo uno de sus componentes, y que comprende, además, el establecimiento de un subsidio temporal de empleo administrado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social como mecanismo contra-cíclico y de fortalecimiento del mercado laboral dirigido a las pequeñas y medianas empresas, que generen puestos de trabajo a jefes de hogar desempleados⁸; la previsión conforme a la cual las Cajas de Compensación Familiar administrarán un fondo para apoyar al empleo y para la protección al desempleado⁹, entre cuyos cometidos está la realización de operaciones de crédito para la microempresa y la pequeña y mediana empresa, con objeto de promover la creación de empleo adicional¹⁰; el establecimiento de un subsidio temporal al desempleo, como mecanismo de intervención para eventos críticos que presenten los ciclos económicos¹¹, o la creación de unos derechos, que se atenderán con cargo a los recursos propios de las cajas, para atender a desempleados con vinculación anterior al sistema¹², así como para los que no la hayan tenido¹³.

Sobre ese particular, la Corte, en la Sentencia C-834 de 2007 expresó que el concepto de “*protección social*” contenido en la Ley 789 de 2002, es distinto del “*seguridad social*”, por cuanto, aquél es un conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos, para obtener como mínimo los derechos a la salud, la pensión y al trabajo, al paso que, la seguridad social es, tanto un servicio público, como un derecho irrenunciable de toda persona, que adquiere el carácter de fundamental por conexidad, cuando resulten afectados derechos tales como la salud, la vida digna y la integridad física y moral, entre otros.

4. Los derechos económicos, sociales y culturales

Sin perjuicio de los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios sobre la fundamentalidad y la justiciabilidad de los llamados derechos económicos, sociales y culturales, DESC¹⁴, lo cierto es que, como se ha sostenido por la Corte, tales derechos “(*...)*pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación

⁸ Ley 789 de 2002, artículo 2.

⁹ Ley 789 de 2002, artículo 6.

¹⁰ Ley 789 de 2002, artículo 7.

¹¹ Ley 789 de 2002, artículo 8.

¹² Ley 789 de 2002, artículo 9.

¹³ Ley 789 de 2002, artículo 10.

¹⁴ En eses sentido, ver la sentencia T- 016 de 2007

organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley.”¹⁵

Ha destacado la Corte que “[l]a cláusula del Estado social de derecho tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad.”¹⁶ Para la Corte, dentro de esa concepción, “[n]o puede pretenderse, que de la cláusula del Estado social surjan directamente derechos a prestaciones concretas a cargo del Estado, lo mismo que las obligaciones correlativas a éstos. La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado. El legislador está sujeto a la obligación de ejecutar el mandato social de la Constitución, para lo cual debe crear instituciones, procedimientos y destinar prioritariamente a su concreción material los recursos del erario.”¹⁷

De este modo se tiene que, salvo en aquellos casos en los que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los DESC dan lugar a prestaciones inmediatas con base en la Constitución, los mismos son de configuración legal y desarrollo progresivo. Esto es, le corresponde a la ley definir las condiciones de exigibilidad de los mismos, las prestaciones a las que dan lugar, la estructura organizativa necesaria para ponerlos en acto y las fuentes de financiación para hacerlos efectivos. El carácter progresivo, a su vez, implica la necesidad de ampliar, tanto la cobertura, en cuanto se garantice el acceso a más personas, con pretensiones de universalidad -esto es la cobertura de todos aquellos que se encuentren en condición de necesidad-, como la cantidad y calidad de los servicios.

El marco constitucional de los DESC implica entonces, la existencia de un amplio margen de configuración del legislador en torno a los aspectos que se han mencionado, y en relación con los cuales la Corte, en la Sentencia T-043 de 2007 señaló que “(...) en concordancia con la doctrina y la jurisprudencia internacional sobre el tema¹⁸, esta Corporación ha dispuesto que los derechos sociales deben ser desarrollados por el legislador, el cual goza de un amplio margen de libertad para definir su alcance y condiciones de acceso. Sin embargo, esta libertad de configuración dista de ser plena, ya que encuentran límites precisos en tanto (i) no puede desconocer derechos adquiridos y (ii) las medidas que adopte deben estar plenamente justificadas conforme al principio de progresividad.”

¹⁵ Sentencia SU-111 de 1997

¹⁶ Ibid

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ver al respecto, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas adoptadas en sus distintos períodos de sesiones, en especial la Observación General No 3 adoptado en el Quinto Período de Sesiones de 1990, y que figuran en el documento E/1991/23. Y a nivel doctrinal, ver los llamados “Principios de Limburgo”, adoptados por unos expertos en la materia reunidos en Maastrich, Holanda, en junio de 1986, y que constituyen la interpretación académica más respetada sobre el sentido y la aplicación de las normas internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales.

En este contexto, y refiriéndose específicamente a las obligaciones del Estado en materia de seguridad social, la Corte, en la Sentencia C-149 de 1994 puntualizó que “[l]a seguridad social ostenta a nivel constitucional la doble naturaleza de servicio público mediante el que se realizan los fines esenciales del Estado (CP arts. 2, 48, 365 y 366) y de derecho constitucional garantizado a todos los habitantes (CP art. 48). Su finalidad es asegurar a toda persona, independientemente de su situación laboral, las condiciones necesarias para una existencia digna y la plena realización personal.” Para la Corte, “[e]n principio, la Constitución reserva al Legislador la competencia de regular el servicio público de seguridad social que debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. El Estado, por su parte, con la participación de los particulares, está en la obligación de ampliar la cobertura de la seguridad social ‘que comprenderá la prestación de los servicios que determine la ley’ (CP art. 48).”

Dentro de ese marco, la Corte ha destacado que el subsidio familiar es una prestación social cuya finalidad es aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia de los trabajadores de menores o medianos ingresos y que, si bien el Constituyente tuvo en cuenta que el cubrimiento de la seguridad social a toda la población, y no sólo a los trabajadores activos, es un objetivo indispensable e insustituible en un Estado Social de Derecho (CP arts. 1º y 2º), no puede perderse de vista que, por su contenido prestacional, y dada la limitación de los recursos disponibles, se confió al Legislador la tarea de ampliar progresivamente la cobertura de los servicios de seguridad social, con la participación de los particulares, a todos los habitantes (CP art. 48)¹⁹. Puntualizó la Corte que “(...) es al Legislador a quien corresponde constitucionalmente la apreciación de las condiciones en que los servicios de seguridad social deben ser prestados de manera que se cumpla con el objetivo trazado en la Constitución.”²⁰

5. Caso concreto

5.1. Observa la Corte que buena parte de la argumentación a partir de la cual el demandante pretende sustentar la inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas, tiene un punto de partida equivocado, puesto que surge de la comparación entre el mecanismo de afiliación voluntaria a las Cajas de Compensación por parte de personas desempleadas o de trabajadores independientes, tal como ha sido consagrado en la ley, frente a un sistema distinto, y más ventajoso para estos sectores, que en un momento se propuso al Congreso durante el trámite del proyecto que luego se convertiría en la Ley 789 de 2002.

En esa dimensión abstracta, es claro que resultaría más favorable para esos sectores de la población un sistema que contemple el subsidio monetario frente a uno que no lo hace, y que el segundo sería regresivo en relación con el primero. Sin embargo, como la labor del juez constitucional no consiste en la valoración de las múltiples alternativas de configuración del sistema de

¹⁹ Cfr. Sentencia C-149 de 1994

²⁰ Sentencia C-149 de 1994

subsidio familiar, sino que se desenvuelve en un escenario estrictamente jurídico, en este caso, la primera conclusión que surge del estudio de los antecedentes normativos del sistema del subsidio familiar es que las disposiciones demandadas, apreciadas en su conjunto, contrariamente a lo sostenido por el demandante, no son regresivas, sino que avanzan en el desarrollo progresivo del derecho a la seguridad social, en este caso, en el ámbito propio del subsidio familiar, al incluir la posibilidad de que los trabajadores independientes y los desempleados accedan, así sea parcialmente, a un conjunto de prestaciones que se había desarrollado en el ámbito de la relación laboral y beneficiaba únicamente a los trabajadores dependientes.

En efecto, como se ha visto, el subsidio, originalmente se concebía exclusivamente en el campo de la relación laboral, y de manera progresiva se ha ido cambiando esa orientación para incluir servicios más amplios, como salud, vivienda, crédito o recreación, que tienen como destinatarios, no únicamente a los trabajadores afiliados de menores ingresos, sino que se proyectan hacia la población de más bajos recursos considerada en su conjunto.

En esa tendencia se inscriben las disposiciones acusadas, las cuales establecen un sistema de mayor protección al que existía con anterioridad a su expedición, puesto que permite a los desempleados y a los trabajadores independientes acceder a un conjunto de servicios al que con anterioridad no tenían derecho.

Si bien es deseable que, en la línea señalada por el demandante, hacia el futuro se continúen los esfuerzos orientados a hacer menos gravosa la situación de los trabajadores independientes y de los desempleados y a diseñar mecanismos que permitan extenderles algunos de los beneficios que hoy por hoy surgen de la relación laboral dependiente, no puede desconocerse que la manera de hacerlo, la selección de cuáles serían los beneficios y el modo de financiarlos entran en el ámbito de configuración del legislador, y que, en esa línea, se incluyeron algunas previsiones en la propia Ley 789 de 2002, a las que el demandante no alude.

5.2. En ese contexto, una segunda aproximación que se desprende de los cargos, parte de la consideración de que el legislador, al hacer extensivos a los desempleados y a los trabajadores independientes algunos de los beneficios del régimen del subsidio familiar, se quedó corto y que con ello dio lugar a una situación discriminatoria.

Estima la Corte que esa otra forma de abordar la cuestión plantearía, en realidad, la existencia de una omisión legislativa absoluta, porque apuntaría a señalar, de manera general, una falla en el deber del Estado de procurar condiciones de seguridad y apoyo a esos sectores. No obstante que, efectivamente, es posible derivar ese deber del legislador de las distintas disposiciones constitucionales que se citan como infringidas, lo cierto es que los cargos no pueden predicarse de las disposiciones demandadas, porque las mismas se inscriben dentro de un sistema específico, diseñado a partir de la

existencia de una relación de trabajo dependiente, que impide la estructuración de un cargo de igualdad en relación con quienes, como los trabajadores independientes y los desempleados, se encuentran en supuestos fácticos distintos.

En efecto, el subsidio familiar está concebido como un sistema que establece un carga a los empleadores en función del número y el nivel de ingreso de sus empleados, y a partir de la cual se financia una serie de servicios para los trabajadores, entre ellos, un subsidio monetario por personas a cargo, que se aplica sólo a los empleados de más bajos ingresos.

Para explicar la naturaleza de la relación que da lugar al subsidio, la Corte en la Sentencia C-393 de 2007 señaló que “[e]l 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.”

Como se ha dicho, la Corte ha puntualizado que el subsidio familiar se inscribe en el ámbito de la seguridad social, y que de la Constitución se desprende un mandato para ampliar progresivamente la cobertura de ese sistema, de manera que no beneficie exclusivamente a quienes se encuentran en una relación laboral dependiente. Pero ha recalcado también la jurisprudencia constitucional, que por la naturaleza prestacional de los requerimientos que en esa dimensión se le formulan al Estado, le corresponde al legislador desarrollar las condiciones que permitan la materialización de ese objetivo Constitucional.

De manera particular, en un caso en el que se planteó un asunto de constitucionalidad en términos semejantes a los del que ahora es objeto de consideración²¹, la Corte señaló que no resulta contrario a la Constitución que el legislador, al permitir la afiliación voluntaria a las cajas de compensación de personas que no tienen una relación laboral dependiente, limite los beneficios a los que pueden acceder y, específicamente, excluya de los mismos al subsidio monetario. En esa ocasión se planteaba que la decisión legislativa de permitir el acceso de los pensionados a los servicios que prestan las Cajas de Compensación Familiar a los trabajadores activos, con exclusión del subsidio dinerario, transgredía los límites constitucionales del derecho a la igualdad (CP art. 13), por otorgar un trato diferente a personas que estaban en igual situación. Dicha posición se sustentaba en la consideración de que siendo el fundamento del subsidio familiar el hecho de tener personas a cargo

²¹ Ver la Sentencia C-149 de 1994, en la que la Corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6° de la Ley 171 de 1998, impugnado, precisamente porque, al permitir la afiliación voluntaria de los pensionados a las cajas de compensación familiar, excluía el subsidio monetario de los beneficios a los que podían acceder.

y no la calidad de trabajador o pensionado, no era razonable la justificación estrictamente de índole económica -el déficit que para las Cajas de Compensación significaría el pago del subsidio dinerario a los pensionados- esgrimida por el legislador para dar un trato diferente a los pensionados respecto de los trabajadores activos.

Para desvirtuar esas apreciaciones y declarar la exequibilidad de la disposición entonces demandada, la Corte señaló, entre otras cosas:

“Dentro de los variados servicios que las Cajas de Compensación prestan a sus afiliados 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.1º), **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.

Así, la Corte se preguntaba que, si, de acuerdo con la ley, quienes tienen la obligación de pagar el subsidio monetario, por conducto de las cajas de compensación, son los empleadores, ¿de dónde deberían provenir los recursos para el pago del subsidio dinerario en caso de que la ley no hubiera excluido de su pago a los pensionados que voluntariamente se afiliaran a una Caja de Compensación Familiar? Concluyó la Corte que por virtud de la ley que en ese momento permitió la afiliación voluntaria de los pensionados a las cajas de compensación familiar²², no se operó un cambio de concepción del subsidio familiar, que de fundarse en la calidad de trabajador dependiente habría pasado a depender, exclusivamente de la circunstancia de tener personas a cargo. Para la Corporación resultaba claro que, de conformidad con la ley, los empleadores -y no directamente las Cajas de Compensación- son las personas obligadas a reconocer el subsidio monetario. En ese contexto, la obligación surge en el ámbito de la relación laboral dependiente, sin perjuicio de que la condición para el pago del subsidio en dinero dependa del número de personas a cargo que tengan los trabajadores de más bajos ingresos.

De este modo, por la manera como está diseñado, el subsidio monetario, es una prestación a cargo de los empleadores y se desenvuelve en el ámbito de la relación laboral dependiente.

²²Ley 71 de 1988

Ello supone la obligatoriedad de la afiliación y la diferenciación entre quienes tienen altos ingresos, que no acceden al subsidio y quienes se ubican en la escala inferior del ingreso, y serían acreedores al beneficio monetario, así como el establecimiento de un sistema solidario de transferencia entre unos y otros. Al paso que el sistema actual tiene en su base una obligación del empleador, que surge del hecho de la actividad productiva, a partir de la cual se le impone una obligación que tiene un componente redistributivo, su aplicación, en condiciones semejantes, a los trabajadores independientes, implicaría la necesidad de imponerles un gravamen y una carga de solidaridad que, en principio, podría resultar excesiva y cuyo establecimiento, en todo caso, correspondería al legislador.

La necesidad de la obligatoriedad de la afiliación como condición de sostenibilidad del sistema, surge de la consideración de que un esquema de afiliación voluntaria supone un sesgo, porque, en principio sólo se afiliarían quienes tuvieran la expectativa de acceder al subsidio, esto es, los trabajadores de más bajos ingresos con personas a cargo que den lugar al subsidio monetario.

Si en los términos en los que actualmente está concebido el subsidio familiar, el subsidio monetario se reconociera a todos los desempleados y trabajadores independientes que se afiliaran voluntariamente, se pondría sobre el fondo común que administran las cajas de compensación una carga adicional, claramente deficitaria frente a los ingresos adicionales que tendría el sistema, con evidente impacto sobre la viabilidad del mismo.

Por otra parte, si se avanzara en la dirección de hacer obligatorios los aportes, habría que considerar que en la afiliación de los desempleados y los trabajadores independientes, el aporte no lo hace ya la empresa, sino cada persona, a la cual no se le puede imponer una obligación de solidaridad que resultaría desproporcionada. No parecería razonable que un desempleado sin personas a cargo tuviese que afiliarse obligatoriamente para financiar el subsidio en dinero para otros desempleados que sí tengan personas a cargo. Un esquema de esa naturaleza resultará menos problemático, quizá, en cuanto a los trabajadores independientes, pero implicaría la obligatoriedad y un sistema de controles sobre los ingresos y los aportes, de tal manera que se asegure la adecuada financiación del sistema en sus componentes de servicios y monetario. Pero, se reitera, ese diseño es una responsabilidad que le corresponde al legislador.

En realidad, lo que el demandante cuestiona es la inexistencia de un sistema de subsidio familiar en dinero, orientado a los desempleados y a los trabajadores independientes y, si bien, no deja de ser cierto que existe una desigualdad en la situación de los dos sectores, la misma no es atribuible al sistema de subsidio familiar, sino que tiene carácter absoluto e impone la necesidad de que se diseñen mecanismos de distribución que compensen las debilidades derivadas de esa condición de desempleados o de trabajadores independientes.

El subsidio como obligación de la empresa, tiene su base en la generación de ingreso por aplicación del trabajo dependiente. No cabe, o no resulta constitucionalmente exigible, que el empleador, más allá de la carga que debe asumir por disposición legal, en función del número de trabajadores y sus niveles de ingreso, amplíe su contribución, para amparar también a los desempleados o a los trabajadores independientes.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el subsidio, como complemento del ingreso, en función de la carga familiar y el bajo nivel de ingreso, no es el único mecanismo de protección contenido en la ley y que se ha avanzado en el diseño de otras herramientas, algunas previstas, incluso, en la propia Ley 789 de 2002, como los subsidios temporales al empleo, el apoyo a los desempleados y los trabajadores independientes y el subsidio transitorio a los desempleados.

De este modo, encuentra la Corte que, si bien es cierto que constituye una aspiración legítima la puesta en marcha de sistemas que permitan que los trabajadores independientes y los desempleados accedan a esquemas de protección que hoy por hoy están disponibles únicamente para los trabajadores dependientes, entre ellos el subsidio monetario en función del nivel de ingreso y el número de personas a cargo, no es menos cierto que la ausencia de tales esquemas, en particular en cuanto hace al subsidio familiar en dinero, no puede atribuirse como censura desde la perspectiva constitucional, al actual diseño del sistema de subsidio familiar, sino que se inscribe dentro de los mandatos de intervención que le imponen al Estado la responsabilidad de avanzar, de manera progresiva, en sistemas de protección que aseguren para todas las personas un mínimo vital en condiciones de dignidad.

En ese contexto, el demandante pasa por alto que la propia ley contempló instrumentos diferentes orientados a los desempleados y los independientes y que se inscriben dentro del propósito de desarrollo progresivo de sistemas de protección al trabajo en todas sus modalidades, comprendido en ese objetivo la lucha contra el desempleo y la protección para quienes se encuentren en esa situación.

Por consiguiente, no resulta contrario a la Constitución que la ley, al abrir la posibilidad de que los trabajadores independientes y los desempleados, de manera voluntaria y por cuenta propia, se afilien a las cajas de compensación familiar para acceder a algunos de los beneficios por ellas ofrecidos, disponga que de tales beneficios se exceptúa el subsidio monetario. En los anteriores términos, habrá de declararse la exequibilidad de las disposiciones acusadas, por los cargos examinados.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar la **EXEQUIBILIDAD**, por los cargos analizados, de las expresiones “(...) *exceptuando el subsidio monetario (...)*” y “(...) *salvo el subsidio monetario (...)*”, contenidas en el artículo 72 de la Ley 633 de 2000 y en el párrafo 1° del artículo 19 de la Ley 789 de 2002, respectivamente.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ
Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General