

Sentencia C-967/03

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Salario base de cotización para trabajadores del servicio doméstico

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Base de la cotización no puede ser inferior al salario mínimo

La Corte ha señalado que la seguridad social en general tiene una doble naturaleza: es un servicio público de carácter obligatorio y esencial, prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado; y es, además, un derecho garantizado a todos los habitantes del Estado (art. 48). Considerada como derecho, la seguridad social implica que su prestación constituye una obligación exigible, hasta tal punto que, en los términos del artículo 48, no es posible renunciar a él.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Irrenunciabilidad/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Fundamental por conexidad

El derecho irrenunciable a la seguridad social a que se refiere de forma genérica en el artículo 48 de la Constitución no está consagrado expresamente en las normas superiores como un derecho fundamental. Sin embargo, adquiere tal carácter cuando según las circunstancias del caso su no reconocimiento puede poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad. En relación concreta con el derecho a la seguridad social en pensiones, esta Corporación ha sido enfática al establecer que adquiere la mencionada categoría de fundamental por conexidad, cuando su desconocimiento afecta derechos fundamentales.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Principios

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Servicio público/SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Regulación legal

SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Dirección, coordinación y control a cargo del Estado

LEGISLADOR-Configuración del sistema de seguridad social

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN PENSIONES-Límites

SEGURIDAD SOCIAL-Relación entre Estado y usuarios no se asimila a una relación contractual

LEGISLADOR-Facultad de modificar los factores que originan la pensión

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Unicamente las pensiones reconocidas adquieren el carácter de derechos adquiridos

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-En principio la facultad de modificar la base salarial de las cotizaciones es prerrogativa del legislador

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Objeto/SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Aplicación del principio de solidaridad

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Aportes/SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Reconocimiento

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN SEGURIDAD SOCIAL-Implicaciones

FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Origen de los recursos/FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Finalidad

EMPLEADO DEL SERVICIO DOMESTICO EN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Salario no puede ser inferior al salario mínimo legal vigente

SALARIO EN ESPECIE-Concepto

El salario en especie es “toda aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, tales como la alimentación, habitación o vestuario que el empleador suministra al trabajador o a su familia...”.

SALARIO MINIMO-Concepto/SALARIO MINIMO-Modalidades

Todos los trabajadores colombianos deben obtener una remuneración equivalente al salario mínimo legal vigente. En efecto, de conformidad con esa norma el salario mínimo es el que

todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural. Ahora bien, dice el artículo 132 del mismo estatuto laboral que el empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., “pero siempre respetando el salario mínimo legal”; y el artículo siguiente agrega que “se denomina jornal el salario estipulado por días y sueldo el estipulado por períodos mayores”.

SALARIO MINIMO LEGAL DIARIO-Determinación

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN SEGURIDAD SOCIAL-Alcance

REFORMA PENSIONAL-Antecedentes legislativos

SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Medidas que constituyen una respuesta integral al desequilibrio económico estructural del sistema

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Eliminación de la excepción a los trabajadores del servicio doméstico para cotizar con base en ingresos inferiores al salario mínimo legal vigente no elimina el principio de solidaridad

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN SEGURIDAD SOCIAL-No es ilimitado

EMPLEADO DEL SERVICIO DOMESTICO-Obligación de cotizar para pensiones como si obtuvieran un mínimo mensual los pone en igualdad frente a otros trabajadores en la misma situación

EMPLEADO DEL SERVICIO DOMESTICO-Obligación de cotizar con base en el salario mínimo legal vigente tiene por objeto dar viabilidad a obtener una pensión mínima

NORMA ACUSADA-Sacrificio porcentual exigido a los trabajadores del servicio doméstico que devengan menos del salario mínimo legal vigente no desconoce el derecho a la igualdad

No estima la Corte que el mayor sacrificio porcentual ahora exigido a los trabajadores domésticos que devengan menos del salario mínimo signifique un desconocimiento del derecho a la igualdad, ya que toma pie en la diferente situación fáctica en que se encuentran esta clase de trabajadores frente a los demás. Persigue además un objetivo

constitucionalmente valioso, que es asegurar la pensión mínima de vejez para esta categoría de empleados, y con ello la seguridad de su mínimo vital de subsistencia cuando mengue definitivamente su capacidad laboral. Objetivo que, amen de realizar en esta etapa de la vida su igualdad fáctica frente a quienes sí obtenían salarios mensuales iguales al mínimo legal, les permitirá vivir en mínimas condiciones de dignidad personal.

NORMA ACUSADA-No discrimina a los menores trabajadores ni tolera su explotación

El artículo bajo examen no discrimina a los menores trabajadores ni tolera su explotación, pues lo que hace es establecer una norma general, aplicable también a ellos cuando se desempeñan como empleados domésticos o en cualquier otra actividad, norma que pretende regular las condiciones en que se debe cotizar para seguridad social en pensiones a fin de garantizar en el futuro el derecho correlativo.

Referencia: expediente D-4603

Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 5º de la Ley 797 de 2003, que modificó el inciso 4º y párrafo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993

Actor: Alejandro Escovar Rodríguez

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de octubre de dos mil tres (2003).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia con base en los siguientes,

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Alejandro Escovar Rodríguez, actuando en nombre propio y haciendo uso de los derechos consagrados en los artículos 40-6, y 95-7 de la Constitución Política, demandó en acción pública de inconstitucionalidad el artículo 5º (parcial) de la Ley 797 de 2003, que modificó el inciso 4º y

parágrafo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe la norma acusada y se subraya el aparte considerado inconstitucional.

“Ley 797 de 2003

29/01/2003

“por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

“El Congreso de Colombia

“DECRETA:

“Artículo 5°. El inciso 4 y parágrafo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 quedarán así:

“Artículo 18. Base de Cotización. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

“El salario base de cotización para los trabajadores particular es, será (sic) el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

“El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

“El límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen mensualmente más de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes la base de cotización será reglamentada por el gobierno nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales.

“Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral, se calculará sobre el 70% de dicho salario.

En todo caso, el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión.

“Parágrafo 1°. En aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, o ingresos como trabajador independiente o por prestación de servicios como contratista, en un mismo período de tiempo, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario, o ingreso devengado de cada uno de ellos, y estas se acumularán para todos los efectos de esta ley sin exceder el tope legal. Para estos efectos, será necesario que las cotizaciones al sistema de salud se hagan sobre la misma base.

“En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. Las personas que perciban ingresos inferiores al salario mínimo legal mensual vigente, podrán ser beneficiarias del Fondo de Solidaridad Pensional, a efectos de que éste le complete la cotización que les haga falta y hasta un salario mínimo legal mensual vigente, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.”

III. LA DEMANDA

El demandante considera que el aparte acusado es inconstitucional porque derogó el privilegio que establecía el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, según el cual los trabajadores del servicio doméstico podían, conforme a lo establecido en la Ley 11 de 1988, cotizar al sistema de seguridad social con base en un salario por debajo del mínimo mensual. Sostiene que según la regulación de 1988, los trabajadores del servicio doméstico que devengaran menos del salario mínimo legal mensual vigente estaban autorizados para cotizar sobre la base de la remuneración que recibieran, sin que en ningún caso tal base de cotización pudiera ser inferior al 50% del salario mínimo; el Gobierno Nacional aportaría el subsidio necesario para garantizar la pensión de los trabajadores del servicio doméstico que cotizaran por debajo de el referido salario mínimo. Con la expedición de la Ley 797 de 2003, dice, en virtud de la norma demandada los trabajadores del servicio doméstico perdieron este privilegio, lo cual vulnera varios artículos constitucionales, a saber:

El artículo 1º de la Constitución, según el cual Colombia es un Estado Social de Derecho, pues la disposición desprotege a las mujeres trabajadoras y, consecuentemente, a sus hijos, ya que dicha población es la que en mayor proporción depende del trabajo doméstico. Agrega que la situación económica del país indica que no todos los trabajadores domésticos tienen la posibilidad de efectuar una cotización basada en el 100% del salario mínimo legal -menos cuando muchos de ellos apenas trabajan por horas o por días- y que por ello la Ley acusada desampara a los trabajadores menos remunerados. Advierte que la norma no demuestra un verdadero espíritu de solidaridad para con los trabajadores más pobres y no tiene en cuenta la prevalencia del interés general.

Se vulnera también el artículo 2º de la Constitución, porque la norma acusada no refleja el interés del Estado por defender a la comunidad, sobre todo si en ella se entienden comprendidas las personas que viven de trabajar en el servicio doméstico. Así, la disposición tampoco asegura la convivencia pacífica ni la vigencia del orden justo. En este sentido, advierte que no es justo que se obligue a personas que no ganan el salario mínimo durante el mes a pagar una cotización que toma como supuesto dicho salario.

Se afecta el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 superior, porque la norma no consulta la verdadera capacidad económica de las personas y le impone a todas la obligación de cotizar sobre la base del salario mínimo, cuando es obvio que algunos trabajadores no alcanzan a obtener dicha remuneración. Sostiene que los trabajadores del servicio doméstico son personas puestas en estado de debilidad manifiesta, lo que hace que el Estado asuma una posición de abuso y maltrato para con dicho grupo al expedir la norma acusada.

El artículo acusado también viola el artículo 44 de la Constitución porque desconoce que en la realidad colombiana gran porcentaje de los trabajadores del servicio doméstico son niños. Señala que al elevar el monto mínimo sobre el cual se calcula la cotización a la seguridad social se vulneran los derechos de los menores de edad que se desempeñan en los quehaceres domésticos, derechos que se consideran fundamentales por parte de la Constitución.

Añade que se produce la vulneración del artículo 53 constitucional en cuanto se desconocen los principios básicos del régimen laboral de los trabajadores colombianos: la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos, la primacía de la realidad sobre las formas, la

garantía de la seguridad social y la protección especial de la mujer y los menores trabajadores. La disposición acusada acaba con un beneficio del que hasta el momento de su expedición gozaban los trabajadores, por lo cual puede decirse que menoscaba su interés.

Finalmente, el demandante advierte que la situación de los trabajadores no se subsana por el hecho de que la Ley 797 haya dispuesto que “Las personas que perciban ingresos inferiores al salario mínimo legal mensual vigente, podrán ser beneficiarias del Fondo de Solidaridad Pensional, a efectos de que éste le complete la cotización que les haga falta y hasta un salario mínimo legal mensual vigente, de acuerdo con lo previsto en la presente ley”, ya que dicha ley nada prevé en el sentido en que los trabajadores del servicio doméstico puedan ser beneficiarios de ese Fondo, sino que, por el contrario, los excluye al disponer en su artículo 8º que para ser beneficiario de ese subsidio, los afiliados al ISS deben ser mayores de 55 años.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio de la Protección Social

En representación del Ministerio de la referencia, intervino en el proceso la abogada Jacqueline Becerra Castro para solicitar la declaratoria de exequibilidad de la norma acusada.

Considera el Ministerio que la reforma pensional contenida en la Ley 797 de 2003 tiene como objetivo primordial asegurar una mayor equidad social, solidaridad y responsabilidad fiscal, con el propósito de garantizar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. En ese contexto, en la mencionada reforma legal se elaboraron una serie de mecanismos que deben ser interpretados integralmente para comprender el funcionamiento cabal del sistema, mecanismos que parten de la base de que el trabajador colombiano mensualmente recibe, al menos, una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, según lo establece el artículo 53 de la Constitución Política. Incluso, los trabajadores del servicio doméstico, que reciben parte del salario en especie, tienen derecho a ese mínimo, razón por la cual se decidió eliminar el beneficio consagrado en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

Advierte que una de las obligaciones que tienen los ciudadanos para con el Estado es contribuir con el financiamiento de los gastos públicos, obligación de la cual no pueden estar

excluidos los trabajadores del servicio doméstico, así su aporte se haga en menor proporción. En la misma línea, sostiene que al elevar el ingreso base de cotización al salario mínimo, el Estado pretendió combatir una práctica constante que consistía en cotizar por debajo del ingreso real percibido, lo cual implicaba un grave detrimento para la financiación y cobertura del sistema de seguridad social.

Agrega que la apreciación del demandante es parcializada porque desconoce que, por voluntad de la ley, las personas que reciben ingresos inferiores al salario mínimo tienen derecho a que el Estado les complete la cotización hasta alcanzar dicho salario, con lo cual se desvirtúa la acusación de que la ley ha desconocido el principio de solidaridad. Señala que la norma acusada no va en contravía del principio de prevalencia del interés general porque resulta una medida razonable y proporcionada a los fines del sistema de seguridad social, que persiguen una mayor cobertura y equidad en el servicio.

Considera que no se violenta el artículo 13 de la Constitución porque no existe un motivo suficiente para considerar que las personas que laboran en el servicio doméstico se encuentren en situación de debilidad manifiesta y que, por ese hecho, merezcan un trato diferente. La apreciación del actor en ese sentido -dice- perpetúa la discriminación del servicio doméstico que no resulta acorde con las premisas del Estado Social de Derecho.

En relación con los derechos de los niños, dice el Ministerio que la violación alegada no proviene de la norma que se acusa, pues ésta no consagra medida alguna que patrocine el abuso de los menores. Sobre el punto, acota que las formas de explotación denunciadas por el demandante no provienen del texto del artículo acusado y que, por el contrario, el Estado ha diseñado otros mecanismos para garantizar que los menores tengan la atención en salud que requieren y no sean utilizados laboralmente.

Finalmente, advierte que el legislador es autónomo para regular los aspectos relacionados con las condiciones laborales de los trabajadores colombianos y que tal autorización lo faculta para determinar el ingreso base de cotización en seguridad social, sin que pueda decirse que al modificarlo se atentó contra derechos adquiridos, pues tal base no lo es.

2. Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia

En representación del Ministerio de la referencia, intervino en el proceso la abogada Ana

Lucía Gutiérrez Guingue, quien solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de la norma.

Para responder al primero y segundo cargos, la interviniente transcribió algunos extractos de las Sentencias C-566 de 1995 y T-505 de 1992 en los que la Corte Constitucional hace algunas consideraciones acerca del Estado Social de Derecho. Para responder al cargo de la violación al principio de igualdad, el Ministerio señala que éste consiste en no establecer diferencias de trato que resulten irrazonables o desproporcionadas, para lo cual cita la Sentencia C-588 de 1992. En cuanto al cargo relativo a la violación de los derechos de los niños y de las personas puestas en debilidad manifiesta, la interviniente advierte que la Constitución ofrece una especial protección a estas personas, al punto que los derechos de los niños los eleva a rango fundamental.

La conclusión del Ministerio es que la disposición acusada es constitucional porque, estudiada de manera armónica con los principios de la Carta, se ve que ella pretende cubrir “con un mejor régimen de salud al empleado y su núcleo familiar”.

Finalmente, dice que no se quebranta el artículo 53 constitucional porque la norma obliga al patrono de los empleados de servicio doméstico a vincularlos al sistema de seguridad social, lo que supone su nivelación con el sistema general de salarios establecidos en la ley.

3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En el proceso intervino también el Ministerio de la referencia, a través del abogado Gustavo Adolfo Osorio García, para solicitar que se declare exequible la norma.

Dice el Ministerio que la disposición acusada no se refiere explícitamente a los trabajadores del servicio doméstico, sino que es una regulación de carácter general que pretende garantizar la coherencia y el equilibrio entre la cotización y los beneficios suministrados por el sistema.

Por otra lado, acepta que en el régimen jurídico colombiano existe una garantía mínima de remuneración, que es el salario mínimo legal mensual y que refleja la obligación de todo empleador de pagar a sus empleados dicha suma, razón por la cual la misma debe ser tenida como base mínima de cotización.

Añade que, de acuerdo con los cálculos del Ministerio de Hacienda, el Estado realiza

erogaciones importantes para subsidiar las pensiones de los trabajadores que cotizan sobre el salario mínimo legal mensual, de lo cual se tiene que hasta el año 1993 dicho subsidio era del 85.3%, cifra que ha debido reducirse gracias a la comprobada evasión que por la vía de afiliar presuntos empleados del servicio doméstico se venía presentando en el país. No obstante, dice el Ministerio, en la actualidad, bajo la vigencia de la Ley 100, las personas que cotizan sobre un salario mínimo reciben un subsidio del 49.1%.

Para argumentar su posición, el Ministerio explica la evolución del régimen de aportes a la seguridad social desde 1988 e ilustra cómo un sistema que permitía cotizar por debajo del salario mínimo ha sido modificado para autorizar la cotización únicamente sobre dicho salario; ésto como respuesta a la necesidad de unificar el régimen y de evitar las cotizaciones fraudulentas realizadas por debajo del límite del salario mínimo. Advierte que tal procedimiento lo hizo el legislador en ejercicio de su autonomía y que a pesar de las condiciones en que se desenvuelve el servicio doméstico, no existe razón suficiente que justifique el que dicho sector se someta a un régimen especial. Dice que tal posición fue asumida por la Corte en la Sentencia C-007 de 02, y cita gran parte del fallo en comento.

En relación con cada uno de los cargos, el interviniente afirma en primer lugar que la norma no quebranta el artículo 1º constitucional, que reconoce la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas como fundamento de la organización política, porque la afiliación al sistema de seguridad social de los trabajadores domésticos es una obligación a la que están sujetos todos los empleadores del país y que busca precisamente hacer efectivos estos valores superiores; que tal norma no afecta el artículo 2º de la Constitución porque el legislador es autónomo para definir el monto mínimo sobre el cual se liquida la cotización en seguridad social, sin que el actual quebrante el fin esencial del Estado de servir a la comunidad, pues es de suponerse que los empleados domésticos tienen derecho a recibir la remuneración mínima establecida en la ley y por lo tanto están en capacidad de cotizar con base en ella; y que la norma tampoco atenta contra el principio de igualdad, pues la base de cotización se entiende como una cifra progresiva que consulta la capacidad económica del trabajador, capacidad que en caso de ser insuficiente cuenta con la salvaguardia del fondo de seguridad social.

El Ministerio interviniente tampoco considera que la norma atente contra el artículo 44 de la Constitución, ya que el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra integrado por

disposiciones que protegen los derechos de los menores trabajadores, normas a las cuales deben acoplarse los empleadores sin que les sea permitido abusar de la mano de obra infantil. Del mismo modo, por aplicación de dichas normas, se garantiza que los menores que trabajan reciban los beneficios del sistema de seguridad social, asegurándose el cumplimiento del artículo 48 de la Carta Política.

Finalmente, dice que no se vulneran los derechos adquiridos porque sobre este punto no puede hablarse de situaciones jurídicas consolidadas, ya que el legislador conserva la facultad de modificar los elementos de la obligación de cotizar al sistema, que es una obligación parafiscal.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En el proceso de la referencia, intervino el señor Procurador General de la Nación (E), Carlos Arturo Gómez Pavajeau, para solicitar la declaratoria de exequibilidad de la norma acusada.

Para el Ministerio Público, la norma acusada antes que perjudicar a los trabajadores del servicio doméstico los favorece, porque busca que ninguno sea remunerado por debajo del salario mínimo legal mensual. Por tanto, a pesar de recibir una parte de la remuneración en especie, el trabajador doméstico nunca puede recibir menos del salario mínimo, salario sobre el cual sólo debe pagar el 25% de la cotización, ya que el otro 75% le corresponde al empleador. En este sentido, antes que ir en contravía de la realidad nacional, el legislador persigue que en el futuro nadie sea remunerado por debajo de la cifra considerada mínima.

La supresión de la distinción contenida en el texto anterior del artículo 18 de las Ley 100 pretende entonces equiparar los derechos de los trabajadores del servicio doméstico con los de los demás empleados, en procura de garantizarles una subsistencia digna. Por ello, contrario a lo sostenido por el demandante, la norma no afecta derechos de los trabajadores, sino que los protege.

Advierte que sobre la base de la remuneración equitativa para los empleados del servicio doméstico, no es posible afirmar que la norma introduzca un trato desigual, ya que también éstos tienen derecho a recibir un salario mínimo. Por iguales razones, si se supone que dichos empleados reciben la remuneración mínima permitida por la ley, es legítimo que se les obligue a contribuir en dicha proporción con el financiamiento de los gastos del Estado.

La norma tampoco quebranta los derechos y garantías de los niños, ya que sus disposiciones no patrocinan el trabajo de los menores. Simplemente se limitan a establecer una situación frente a la cotización para la seguridad social, sin hacer referencia a los niños.

No obstante lo anterior, la Procuraduría advierte que, a pesar de no haber sido demandada, la regulación atinente a la posibilidad de recibir los subsidios del Fondo de Solidaridad Pensional puede resultar cuestionable porque establece requisitos de difícil consecución para los empleados del servicio doméstico que trabajan por horas o por días.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A. Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para resolver sobre la constitucionalidad del artículo demandado, ya que éste hace parte de una ley de la República.

B. Alcance jurídico de la disposición acusada.

2. La norma parcialmente acusada en esta oportunidad pretende modificar el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, referente al salario que debe servir como base de cotización para el sistema de seguridad social en pensiones.

El artículo 18 de la Ley 100 de 1993, en sus primeros tres incisos -que no resultan modificados por el artículo que ahora se examina- dispone que la base para calcular las cotizaciones a pensiones es el salario mensual, que para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar las normas del Código Sustantivo del Trabajo y para los servidores del sector público el que se señale de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992.

El inciso cuarto de este artículo 18, cuya modificación se produce por obra de la expresión parcialmente acusada, disponía que en ningún caso la base de cotización podría ser inferior al monto del salario mínimo legal mensual vigente, “salvo lo dispuesto para los trabajadores del servicio doméstico conforme a la Ley 11 de 1988”. La modificación consiste en la derogatoria de esta última expresión.

“Artículo 1o. A partir de la vigencia de la presente Ley, el trabajador del servicio doméstico que devengue una remuneración en dinero inferior al salario mínimo legal vigente, cotizará

para el Seguro Social sobre la base de dicha remuneración.

“Parágrafo. En ningún caso el porcentaje de cotización podrá aplicarse sobre una cuantía inferior al 50% del salario mínimo legal vigente.

“Artículo 2o. El reconocimiento de las prestaciones de salud y la liquidación y reconocimiento de las prestaciones económicas para los trabajadores del servicio doméstico que tengan que cotizar en los términos señalados en el artículo 1o de esta Ley, se efectuará de conformidad con lo establecido en los reglamentos generales del Seguro Social obligatorio. Ninguna pensión que por razón de esta Ley se reconozca, podrá ser inferior al salario mínimo legal más alto vigente.

“Artículo 3o. Los trabajadores del servicio doméstico que laboren por días con distintos patronos, cotizarán por intermedio de todos ellos sobre el salario en dinero devengado con cada patrono, sin que los aportes que deben cancelarse con base en las distintas remuneraciones, puedan ser inferiores a los previstos en el artículo 1o. de esta Ley.

...

“Artículo 4o. El Gobierno Nacional transferirá del Presupuesto de la Nación anualmente al Instituto Colombiano de Seguros Sociales aportes que cubran el subsidio necesario para garantizar el derecho a pensión de los trabajadores del servicio doméstico cuyas cotizaciones se liquiden por debajo del salario mínimo vigente.”

Como puede apreciarse, las normas transcritas establecían una excepción a la regla general según la cual la base de cotización a pensiones no podría ser inferior al monto del salario mínimo legal mensual vigente; excepción aplicable a los trabajadores del servicio doméstico, quienes en caso de que percibieran una remuneración inferior a dicho salario mínimo cotizarían sobre la base de dicha menor remuneración, no obstante lo cual en ningún caso el porcentaje de cotización podría aplicarse sobre una cuantía inferior al 50% del salario mínimo legal vigente. Para garantizar a esta categoría de trabajadores una pensión que no fuera inferior al salario mínimo mensual, la norma transcrita indicaba que el Gobierno Nacional transferiría anualmente del Presupuesto de la Nación al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, los aportes que cubrieran el subsidio necesario para garantizar tal derecho.

Frente a la anterior regulación, como se dijo, el último inciso del artículo 5° de la Ley 797 de 2003, en la parte acusada, modifica el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 para indicar que en ningún caso el ingreso base de la cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. Así, aunque hoy en día el artículo 18 de la Ley 100 no se refiere concretamente a los trabajadores del servicio doméstico, el alcance del último inciso del artículo 5° de la Ley 797, en el aparte acusado, sí es el del derogar la excepción arriba comentada, que favorecía a dichos trabajadores.

3. Ahora bien, el último inciso del artículo 5° en la parte que no ha sido acusada indica que “(l)as personas que perciban ingresos inferiores al salario mínimo legal mensual vigente, podrán ser beneficiarias del Fondo de Solidaridad Pensional, a efectos de que éste le complete la cotización que les haga falta y hasta un salario mínimo legal mensual vigente, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.” Esta expresión pareciera dar a entender que, a pesar de que fue derogada la excepción que favorecía a los trabajadores del servicio doméstico cuyo salario mensual fuera inferior al mínimo mensual legal vigente, tal categoría de trabajadores continúa favorecida de un beneficio que consiste en que del Fondo de Solidaridad Pensional se complete “la cotización que les haga falta”. Así, aunque de todas maneras tendría que cotizar con base en el salario mínimo, una parte de esta cotización, proporcional a lo que les faltara para ganar el referido salario mínimo, no sería de su cargo sino del mencionado Fondo.

Sin embargo, esta parte final del último inciso del artículo 5° de la Ley 797 de 2003 no puede ser interpretada de la anterior manera, pues la misma Ley prevé en el parágrafo 1° de su artículo 8° que “(p)ara ser beneficiario del subsidio a los aportes, los afiliado al ISS, deberán ser mayores de 55 años y los vinculados a los fondos de pensiones deberán ser mayores de 58, siempre y cuando no tengan un capital suficiente para financiar una pensión mínima.”¹ Por eso, este beneficio de subsidio a los aportes sólo se hace efectivo para las personas que hayan completado esas edades y no para la generalidad de los trabajadores, entre ellos los del servicio doméstico que ganen menos del salario mínimo.

Así, la interpretación integral del artículo 5° de la Ley 797 de 2003 en armonía con el comentado artículo 8° lleva a concluir que se derogó la excepción que permitía a los trabajadores del servicio doméstico que ganaran menos de un salario mínimo mensual legal vigente cotizar sobre lo efectivamente devengado, sin que esta base de cotización pudiera

ser inferior al 50% de dicho salario mínimo; y que de manera general el subsidio a los aportes de bajos ingresos se encuentra hoy en día restringido, reservándose exclusivamente para aquellos que sean mayores de 55 años, si se trata de personas afiliadas al ISS, o de 58 si son vinculados a alguno de los fondos de pensiones.

Empero, la Corte aclara que sobre esta última reforma legal no recae la demanda, por lo cual la presente sentencia no se extenderá a considerar lo dispuesto por parágrafo primero del artículo 8° de la Ley 797 de 2003, no acusado en la presente oportunidad.

Dilucidado el verdadero alcance del aparte normativo demandado, al interpretarlo dentro del contexto legislativo en que se encuentra ubicado, es posible entender a cabalidad los cargos aducidos en la demanda.

C. Lo que se debate.

4. Dice el actor que resulta contraria a la Constitución la derogatoria de la excepción que permitía a los trabajadores del servicio doméstico cotizar al sistema de seguridad social en pensiones con base en un salario por debajo del mínimo mensual, conforme a lo establecido en la Ley 11 de 1988. Es decir, a su parecer de la Constitución emana la obligación de que el legislador dé un trato preferencial a los empleados del servicio doméstico que ganan menos del salario mínimo, permitiéndoles cotizar sobre lo que efectivamente devengan y subsidiando en lo faltante sus aportes a seguridad social en pensiones, de manera que quede asegurado su derecho a obtener una pensión equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

Los argumentos en los cuales sustenta su acusación se orientan en el sentido de indicar que el principio superior de solidaridad obliga a dar una especial protección a los trabajadores que ganen menos del salario mínimo, especialmente a las mujeres que trabajan en estas condiciones como empleadas domésticas y a los niños que dependen de ellas, o a otros menores que igualmente se desempeñen como esta clase de trabajadores. No hacerlo, dice, quebranta las normas superiores que disponen la defensa de los niños contra toda forma de explotación laboral (C.P Art. 44), además de las relativas al derecho irrenunciable a la seguridad social (C.P Art. 48) y a la protección de las garantías laborales mínimas (C.P Art. 53). De otro lado, no dar esta protección, estableciendo que todos los trabajadores deben cotizar a pensiones tomando como base de cotización el salario mínimo mensual legal

vigente, sin consultar su verdadera capacidad económica, desconoce el derecho a la igualdad a que se refiere el artículo 13 de la Constitución.

Los intervinientes y la vista fiscal rechazan las acusaciones del demandante, arguyendo que hoy en día la ley ordena de manera general que todo trabajador colombiano mensualmente reciba, al menos, una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente; incluso los trabajadores del servicio doméstico que reciben parte del salario en especie tienen derecho a ese mínimo, y que esta es la razón por la cual se eliminó el beneficio consagrado en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993. Agregan que la norma no patrocina el desconocimiento de los derechos de los menores, puesto que no se refiere a ellos en modo alguno, existiendo en el ordenamiento jurídico numerosas disposiciones que tienden a protegerlos de cualquier forma de explotación laboral.

Algunas de las intervenciones ponen de presente que la derogatoria del privilegio que se concedía a los trabajadores del servicio doméstico con salarios por debajo del mínimo legal pretendió combatir una práctica de elusión constante, que consistía en cotizar fraudulentamente por debajo del ingreso real percibido, bajo el pretexto de tratarse de empleados de esta categoría, lo cual implicaba un grave detrimento para la financiación y cobertura del sistema de seguridad social.

Finalmente, el señor Procurador hace ver que aunque no fue demandado, el segmento normativo final del inciso acusado, en armonía con el parágrafo 1° del artículo 8° de la misma ley, establece requisitos de difícil consecución para acceder al beneficio de subsidio a la cotización en pensiones de los empleados del servicio doméstico que trabajan por horas o por días.

Conforme a lo anterior, debe la Corte establecer si la libertad de configuración del legislador respecto del sistema de seguridad social en pensiones facultaba al legislador para derogar la norma que permitía a los trabajadores del servicio doméstico que no obtuvieran el salario mínimo mensual cotizar con base en lo realmente devengado, sin que esta base pudiera ser inferior al 50% del salario mínimo legal mensual vigente, o si la situación de debilidad en que presuntamente se encuentran dichos empleados lo obligaba a adoptar normas que representaran un real subsidio a su capacidad de cotización.

D. El derecho a la seguridad social en pensiones según la Constitución.

5. En reiterada jurisprudencia la Corte ha señalado que la seguridad social en general tiene una doble naturaleza: es un servicio público de carácter obligatorio y esencial², prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado; y es, además, un derecho garantizado a todos los habitantes del Estado (art. 48). Considerada como derecho, la seguridad social implica que su prestación constituye una obligación exigible, hasta tal punto que, en los términos del artículo 48, no es posible renunciar a él.³

El derecho irrenunciable a la seguridad social a que se refiere de forma genérica en el artículo 48 de la Constitución no está consagrado expresamente en las normas superiores como un derecho fundamental. Sin embargo, adquiere tal carácter cuando según las circunstancias del caso su no reconocimiento puede poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad. En relación concreta con el derecho a la seguridad social en pensiones, esta Corporación ha sido enfática al establecer que adquiere la mencionada categoría de fundamental por conexidad, cuando su desconocimiento afecta derechos fundamentales.⁴ Así por ejemplo, refiriéndose al carácter fundamental que tiene para las personas de la tercera edad el derecho al pago de una pensión de jubilación reconocida, la Corte manifestó:

“La pensión de jubilación, en cuanto tiene que ver, con la protección a las personas de la tercera edad (artículo 46), con el respeto a la dignidad (artículo 1º), con el derecho a la seguridad social (artículo 48) y, especialmente, con el derecho a la vida (artículo 11), tiene el carácter de fundamental. Y, la pensión de jubilación tiene sentido en cuanto se traduce en unas mesadas que recibe el beneficiario.”⁵

Ahora bien, el artículo 48 de la Constitución establece que este servicio estará sujeto a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, por lo cual es indispensable que su prestación sea regulada mediante un proceso legislativo. Así, la seguridad social en pensiones, en cuanto es un servicio público, está sujeta a que el legislador regule lo atinente a su prestación. ¿Se desprende de esta hecho que sea un derecho de rango legal y no fundamental? Al respecto la jurisprudencia ha aceptado que la necesidad de regulación legal de un servicio público no implica que su prestación no sea un verdadero derecho fundamental cuando aparece inescindiblemente ligada a la efectividad del derecho a la vida en condiciones dignas o de otro derecho fundamental. Lo anterior por cuanto de conformidad

con lo dispuesto por el artículo 94 de la Carta, la falta de enunciación constitucional expresa de determinados derechos como de categoría fundamental no significa un desconocimiento de aquellos que, en los términos de dicho artículo “siendo inherentes a la persona humana”, sean fundamentales.

No obstante, la organización del aparato de la seguridad social integral, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado, es, como se dijo, de competencia del Congreso; por lo tanto, los mecanismos de acceso al sistema, el conjunto de beneficios y los requisitos para acceder a los mismos están condicionados en los términos que establezca el legislador.

6. Profundizando en lo anterior, en reiterada jurisprudencia se ha hecho ver cómo tratándose de definir el régimen de los derechos que conforman la noción de seguridad social, la Constitución no ha optado por modelos concretos y ha dejado librado a la ley el determinar los elementos estructurales del sistema, atendiendo a las circunstancias de cada momento histórico. Por ello, le asiste al legislador un amplio margen de competencia en la definición del régimen de esta clase de derechos como la vivienda, la salud, la educación o el régimen de pensiones⁶. En este sentido la Corte ha dicho que una simple lectura de los artículos 48, 49 y 365 de la Carta demuestra que en materia de seguridad social corresponde a la ley (i) concretar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, (ii) regular los servicios, (iii) autorizar o no la administración del sistema por particulares, (iv) determinar el monto de los aportes, etc.⁷

Ahora bien, precisando los límites de la libertad de configuración legislativa en materia de los derechos que constituyen la noción de seguridad social en pensiones, la Corte ha vertido una extensa jurisprudencia que en líneas generales le reconoce al Congreso facultades para modificar los regímenes existentes, con respeto de los derechos adquiridos. Así por ejemplo, recientemente indicó que la amplitud de estas facultades obedece a la necesidad de garantizar la viabilidad económica del sistema y la eficacia de los principios que lo gobiernan, pudiendo modificar las expectativas de los sujetos a fin de que el Estado cumpla con sus obligaciones en materia de seguridad social:

“La Constitución delega al legislador la función de configurar el sistema de pensiones, y le da un amplio margen de discrecionalidad para hacerlo, precisamente para garantizar que el

sistema cuente con los “medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante,” y para darle eficacia a los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, conforme al artículo 48 de la Carta. De tal modo, es necesario que el legislador pueda transformar las expectativas respecto de la edad y tiempo de servicios necesarios para adquirir la pensión, de tal forma que el Estado pueda cumplir sus obligaciones en relación con la seguridad social, a pesar de las dificultades que planteen los cambios en las circunstancias sociales.”⁸

En similar sentido, la Corporación explicó que la relación que se da entre el Estado y los usuarios del sistema no se asimila a una relación contractual, en donde el equilibrio de las obligaciones y derechos de las partes debe mantenerse inmutable, sino que se trata de un régimen legal que en principio no confiere derechos subjetivos, especialmente sobre la cuantía de las pensiones futuras:

“Descritas las anteriores características, para la Corte es claro que el sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota – prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino, todo lo contrario, se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo en el que los empleadores y el mismo Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión. De ahí que los afiliados a la seguridad social no ostenten un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa.”⁹

En cuanto a la posibilidad de variar legalmente los diversos factores que originan el derecho a pensión, la Corte ha estimado que las fórmulas con base en las cuales se liquida una pensión o la cuantía misma de una pensión futura pueden ser objeto de la actividad modificadora del legislador, sin que ello se erija en un desconocimiento de la irrenunciabilidad de los derechos laborales:

“Al afirmarse que quienes no han adquirido la pensión no tienen derecho a una cuantía determinada, ello presupone que no tienen derecho a que se les mantenga indefinidamente la fórmula con base en la cual se calcula la pensión. En esa medida, no puede afirmarse que

el cambio de condiciones respecto del monto de la pensión (del régimen anterior al de la Ley 100/93) constituye una renuncia a un beneficio laboral mínimo.”¹⁰

Ha estimado igualmente la jurisprudencia que de manera general puede el Congreso mutar las condiciones propias del régimen legal vigente en pensiones. En especial ha considerado que requisitos como el tiempo de servicio y la edad necesarios para adquirir el derecho a pensionarse pueden ser objeto de reforma sin que por ello se desconozcan derechos adquiridos, toda vez que, en materia pensional, solamente las pensiones reconocidas adquieren tal carácter:

“...

“En tal medida, en relación con las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, la protección constitucional a favor del trabajador, que le impide al legislador expedir normas que les permitan renunciar a ciertos beneficios considerados como mínimos no se refiere a las expectativas legítimas, sino a aquellos derechos que hayan sido adquiridos por sus titulares o a aquellas situaciones que se hayan consolidado definitivamente en cabeza de sus titulares.¹¹ ”¹²

Con base en lo anterior, en esta oportunidad la Corte encuentra que, en principio, la facultad de modificar la base salarial con fundamento en la cual deben efectuarse las cotizaciones al régimen de seguridad social en pensiones cae dentro de la orbita de las prerrogativas legislativas. Por tal razón, puede el Congreso modificar el salario base de cotización. No obstante, la libertad de configuración del legislador en este punto se encuentra limitada por los valores y principios que soportan la noción de Estado Social, y por aquellos que el mismo constituyente ha entendido que deben presidir la organización del referido sistema, enunciados en el artículo 48 superior. Entre ellos están el principio de universalidad que implica la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación y en todas las etapas de la vida¹³, y el de solidaridad que impone la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.¹⁴ Por eso, aunque en principio el legislador tenía competencia para reformar el salario base de cotización de los empleados del servicio doméstico, debe la Corte examinar si con dicho proceder no desconoció de manera absoluta el principio de solidaridad, el derecho a la igualdad, o la

protección especial de las mujeres y los niños trabajadores, como lo afirma el demandante.

E. Régimen de la seguridad social en materia de pensiones. Aplicación del principio de solidaridad.

7. El régimen de seguridad social en materia de pensiones tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez o la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones y prestaciones que se determinan en la ley, previo el lleno de ciertos requisitos que en ella misma se determinan para acceder a tales beneficios. En aplicación del principio de universalidad, pretende extenderse a todos los habitantes del territorio nacional. En tal virtud la afiliación al régimen hoy en día es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes¹⁵.

Ahora bien, dentro del régimen legal vigente contenido en la Ley 100 de 1993, modificada por la ley bajo examen, la afiliación de los trabajadores al Sistema de Seguridad Social en pensiones impone la obligación de hacer los aportes que en ella misma se establecen, destinados al financiamiento de las pensiones y prestaciones futuras, bien sea mediante el régimen de prima media con prestación definida que administra el ISS, o mediante el de ahorro individual con solidaridad que administran los fondos privados de pensiones. De esta manera, el reconocimiento de tales pensiones y prestaciones se logra previo el cumplimiento de la referida obligación de cotizar durante el tiempo y en las condiciones fijadas por el legislador. En relación con los trabajadores dependiente o independientes, la ley dispone que durante toda la vigencia de la relación laboral o del contrato de prestación de servicios deberán efectuarse cotizaciones con base en el salario o ingresos que devenguen.¹⁶ De conformidad con lo prescrito por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, que modifica el 20 de la Ley 100 de 1993, los empleadores cubren el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante. La tasa de cotización, como regla general, actualmente es del 13.5% del ingreso base de cotización.

8. Como ha hecho ver esta Corporación, en materia de seguridad social el principio de solidaridad implica que todos los partícipes del sistema contribuyan a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto.¹⁷ Por ello, el sistema legal vigente prevé la existencia de fondos de solidaridad

pensional y de garantía de pensión mínima que permiten de una parte asegurar a los afiliados el reconocimiento de una pensión mínima, y de otra ampliar la cobertura mediante el subsidio a los grupos de población que por sus características socio económicas carecen de capacidad contributiva.¹⁸ Así, para alimentar el Fondo de Solidaridad Pensional, en la Ley 797 de 2003 se prevé que los afiliados que tengan un ingreso mensual igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán a su cargo un aporte adicional de un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización, y los afiliados con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán un aporte adicional sobre su ingreso base de cotización, así: de 16 a 17 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv), de un 0.2%; de 17 a 18 smlmv de un 0.4%; de 18 a 19 smlmv, de un 0.6%, de 19 a 20 smlmv; de un 0.8% y superiores a 20 smlmv de 1% , destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia del mencionado Fondo de Solidaridad Pensional. ¹⁹ Adicionalmente, en el régimen de ahorro individual parte de las cotizaciones se destinan a alimentar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima.²⁰

Gracias a la existencia de los anteriores mecanismos de solidaridad es posible asegurar a quienes cotizan con base en el salario mínimo mensual legal vigente, que al cumplir con los requisitos legales tendrán derecho a una pensión equivalente a este mismo mínimo. En efecto, según lo explica la intervención del Ministerio de Hacienda, “los análisis financieros realizados sobre el financiamiento de las pensiones evidencian que las cotizaciones realizadas sobre la base mínima²¹ involucran en todo caso un subsidio importante a favor de estos cotizantes.” El valor porcentual de este subsidio a la cotización mínima, dice el Ministerio interviniente, fue de un 85.3% bajo el esquema de la Ley 11 de 1988, de un 70.5% bajo el régimen de la Ley 100 de 1993 y de un 49.1%. en la Ley 797 de 2003, que ahora se examina parcialmente.²²

De lo anterior se desprende que el legislador ha hecho efectivo el mandato superior de dar aplicación al principio de solidaridad y que éste es el fundamento del régimen legal de seguridad social en pensiones vigente. No obstante, no debe olvidarse que el Congreso goza de un considerable margen de libertad para escoger y modificar las opciones legislativas que desarrollan el mencionado principio y los límites que el mismo tendrá, derivados principalmente de razones socio económicas y políticas presentes en cada circunstancia histórica. Es decir, la ley puede determinar de manera diferente, en distintos momentos históricos, la forma en que los agentes del régimen de seguridad social deben cumplir con el

deber de solidaridad.

F. Los trabajadores del servicio doméstico en el sistema de seguridad social en pensiones. Salario base de cotización.

9. Comúnmente se entiende por trabajador del servicio doméstico a aquella persona natural que a cambio de una remuneración presta su servicio personal a una o varias personas naturales en forma directa, de manera habitual, bajo continuada subordinación o dependencia, residiendo o no en el lugar de trabajo, en la ejecución de tareas de aseo, cocina, lavado, planchado, cuidado de niños y demás tareas propias del hogar. Los trabajadores que residen en el lugar o sitio de trabajo se denominan “internos”. Los demás, es decir los que no residen allí y reciben salario por cada jornada, se denominan “por días”.

Es usual que su salario se convenga sólo en dinero, o parte en dinero y parte en especie. Es salario en especie “toda aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, tales como la alimentación, habitación o vestuario que el empleador suministra al trabajador o a su familia...”²³. De conformidad con lo prescrito por la ley laboral, el salario en especie debe valorarse expresamente en todo contrato de trabajo, y a falta de estipulación o de acuerdo sobre su valor real se estimará pericialmente, sin que pueda llegar a constituir y conformar más del cincuenta por ciento (50%) de la totalidad del salario.²⁴ Ahora bien, las prescripciones legales sobre salario mínimo no excluyen a los trabajadores de servicio doméstico, por lo cual su remuneración total, es decir la parte en dinero sumada al valor de la parte en especie, no puede ser inferior al salario mínimo legal vigente.

10. Como se explicó arriba, hasta antes de la expedición de la Ley 797 de 2003 los trabajadores del servicio doméstico estaban cubiertos por una excepción según la cual no estaban obligados a cotizar para el sistema de seguridad social en pensiones con base en el salario mínimo mensual legal, como todos los trabajadores, sino que podían hacerlo con base en el salario realmente devengado, sobre una base mínima del 50 % del tal salario mínimo. Excepción que fue derogada por la parte acusada del artículo 5° de la Ley 797 de 2003, ahora bajo examen.

El aparte normativo parcialmente acusado parece partir de la base de que todos los trabajadores del servicio doméstico devengan en la actualidad un salario mensual mínimo

legal vigente, con base en el cual debe liquidarse la cotización obligatoria al sistema de seguridad en pensiones. La excepción derogada, por el contrario, partía del supuesto de que no todos los trabajadores del servicio doméstico ganaban tal salario y por ello autorizaba que quienes no lo obtuvieran cotizaran sobre sus ingresos reales. Por lo anterior es necesario indagar si es legalmente posible que un trabajador de esta categoría gane menos del salario mínimo mensual o no, pues si todos, sin excepción, devengaran esta remuneración, carecerían de sustento las acusaciones de la demanda.

A partir del texto del artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo que en este punto desarrolla el artículo 53 de la Constitución, debe concluirse que todos los trabajadores colombianos deben obtener una remuneración equivalente al salario mínimo legal vigente. En efecto, de conformidad con esa norma el salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural. Ahora bien, dice el artículo 132 del mismo estatuto laboral que el empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., “pero siempre respetando el salario mínimo legal”; y el artículo siguiente agrega que “se denomina jornal el salario estipulado por días y sueldo el estipulado por períodos mayores”.

De lo anterior se concluye que es posible contratar un trabajador por días, estipulando un jornal diario, pero que en todo caso la remuneración de cada día de trabajo debe respetar la noción de salario mínimo. Para esos efectos, el salario mínimo legal diario, para los trabajadores que laboran la jornada máxima legal, se debe determinar proporcionalmente a partir de la suma establecida como mínimo legal mensual; además, para quienes trabajan jornadas diarias inferiores a la máxima legal, debe calcularse también el salario mínimo en proporción al número de horas laboradas.²⁵

En tal virtud, debe concluirse que ningún trabajador colombiano puede, según la ley, ser remunerado con un salario inferior al mínimo legal, pero que sí es posible que, por efecto de la remuneración por jornal, cuando no trabaje todos los días laborales de la semana, el monto total acumulado de lo que recibe durante un mes sea inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Así las cosas, forzoso es concluir que puede darse el caso de empleados del servicio

doméstico que, por trabajar (para uno o varios empleadores) sólo durante algunos días de la semana, no devengan mensualmente el salario mínimo mensual legal vigente, a pesar de ser remunerados conforme a la ley con el salario mínimo legal diario vigente. No obstante, el artículo 5° de la Ley 797 de 2003, en el aparte acusado, los obliga a cotizar a salud como si recibieran efectivamente el salario mínimo mensual legal diario vigente.^{26 27}

Debe resaltarse que la situación descrita en las líneas anteriores, en la que se encuentran los trabajadores del servicio doméstico que laboran por días sólo algunos días de la semana, puede darse también respecto de otra clase de trabajadores cuya remuneración se haya convenido por jornal. No obstante, estos últimos no estaban cobijados anteriormente por la excepción que se ha hecho referencia, que fue derogada por la norma bajo examen. Se pregunta entonces la Corte si esta disposición desconoce el principio de solidaridad o el de igualdad, el derecho irrenunciable a la seguridad social, o la protección especial a las mujeres o a los niños, como lo afirma la demanda, o si por el contrario el legislador, en uso de libertad de configuración, podía eliminar la excepción comentada.

G. Examen concreto de constitucionalidad.

1. Presunto desconocimiento del principio de solidaridad y del derecho a la igualdad.

11. No cabe duda de que la Ley 11 de 1988 y la Ley 100 de 1993 consagraban un tratamiento especial en materia de cotizaciones para el servicio doméstico, tratamiento que el legislador de 2003 derogó para someter a esta clase de trabajadores al régimen general que impone cotizar sobre una base igual al salario mínimo legal mensual vigente. ¿Representa este proceder legislativo el desconocimiento del principio de solidaridad que preside la organización del sistema general de pensiones?

Resulta innegable que la reforma introducida por la Ley bajo examen exige a esta categoría de trabajadores ya sus empleadores una contribución económica al sistema de seguridad social en pensiones mayor que la que venían haciendo. Empero, no estima la Corte que esta circunstancia tenga el alcance de limitar irrazonable y desproporcionadamente el principio de solidaridad, produciendo una vulneración de la Constitución. A la anterior conclusión llega a partir de las siguientes consideraciones:

Si bien el principio de solidaridad en materia de seguridad social impone la práctica de la

mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades, bajo el principio del más fuerte hacia el más débil, no exige el subsidio sin límites dentro de situaciones de subdesarrollo o de crisis. Por razones relativas a la escasez de recursos, el legislador puede establecer límites razonables a la operatividad de tal principio y revisar el equilibrio económico del sistema cuando ha detectado su insostenibilidad, fijando nuevos requisitos o condiciones que permitan su viabilidad futura o impidan su eventual colapso.

En la presente coyuntura el legislador detectó un desequilibrio económico estructural del sistema general de seguridad social en pensiones, motivado entre otros factores por el elevado porcentaje de subsidios que soportaba, por la regresividad de los mismos, por la existencia de privilegios injustificados y porque las normas legales toleraban en alto porcentaje prácticas elusivas. Sobre el punto, en los antecedentes legislativos del proyecto que devino en la Ley 797 de 2003 se leen, entre otras, las siguientes consideraciones que sirvieron de fundamento para la reforma introducida por la referida ley:

“A pesar de los avances logrados por la Ley 100 de 1993, el país, ha experimentado importantes cambios demográficos, económicos, sociales y laborales, lo cual exige implementar nuevas modificaciones al sistema pensional para asegurar una mayor equidad social, solidaridad y responsabilidad fiscal.

“En el sistema actual, 8 de cada 10 colombianos con edad para pensionarse no están cubiertos por el sistema. En el año 2001, sólo el 23% de los adultos mayores, con igual o mayor edad para pensionarse, están cubiertos por el sistema.

“En el régimen de prima media con prestación definida de manera regresiva²⁸, se subsidia, con recursos públicos, entre el 42 y el 72% de cada pensión reconocida actualmente. Quiere esto decir, en cifras del año 1999, que el Gobierno Nacional dedicó 2,04 puntos del PIB (cerca de cuatro billones de pesos), para que dos personas de cada diez, con edad superior a la de jubilación, pudiera recibir el subsidio a la pensión.

“De seguir la tendencia actual, el Gobierno central debería destinar, en el año 2019, cinco punto cinco (5.5) puntos del PIB para que esa gran minoría siga recibiendo subsidio a su pensión.

“ ...

“El sistema no es solidario ni equitativo, por la presencia de regímenes especiales y exceptuados que permiten que una gran minoría disfrute de uno derechos pensionales diferentes que los que tiene el resto de la población colombiana

“ ...

“El sistema pensional tiene un pasivo muy alto (valor presente de las obligaciones futuras por pensiones de jubilación) que no está financiado, incidiendo en el aumento del déficit fiscal de la Nación. Actualmente el pasivo equivale al 206% del PIB del año 2000. Según el modelo DNP pensión (para 2001), el déficit alcanzó en el año 2000, el 192,4% del PIB. El desfinanciamiento existente, para asegurar que una minoría goce de su pensión, tendrá que ser cubierto con recursos de la Nación en caso de seguir con las mismas condiciones.

“En el mundo la tasa de cotización promedio, oscila entre el 18 y el 20% del ingreso. En Colombia es del 13,5%, generando un gran desbalance entre los beneficios que reciben los pensionados y el esfuerzo que realizan para poder obtener su pensión.

“ ...

“Para pagar la obligaciones pensionales ya causadas y aquellas que deberán ser reconocidas en los próximos 18 años, el país tendría que generar un flujo de caja equivalente al 33% del déficit fiscal de la Nación.

“Con el sistema actual, el ISS no tendría viabilidad. Entre el año 2000 y el año 2001, el ISS debió cancelar 700 mil millones adicionales a los ingresos (recaudos por cotización + rendimientos financieros). De continuar esta tendencia, el ISS no tendrá dinero para responder por los beneficios pensionales del año 2005.”²⁹

Sobre el exagerado monto del subsidio a las pensiones que se mantuvo bajo el esquema de la Ley 100 de 1993, en la ponencia para primer debate al proyecto que se transformó en la Ley 797 de 2003 se dijo lo siguiente:

“...los subsidios en cada una de las pensiones que se otorgaran bajo el régimen mencionado (el anterior a la Ley 100 de 1993) ascendían al 57.65% en promedio. Además, el subsidio

mayor se otorgaba a las pensiones de los afiliados con ingresos superiores. La ley 100 de 1993 disminuyó los subsidios del sistema al 41% de cada pensión en promedio...”³⁰ (Paréntesis fuera del original)

12. Para tratar de remediar la situación descrita, la propuesta legislativa que se concretó en la Ley 797 de 2003 incorporó una serie de medidas que constituyen una respuesta integral a la situación de desequilibrio e inequidad detectada. Entre estas se encuentran algunas que interesan especialmente para el asunto de que se ocupa ahora la Corte, cuales fueron las que modificaron la operatividad del principio de solidaridad al reformar de manera general la base salarial de cotización, el régimen de los subsidios y la destinación de los mismos; entre estas medidas están principalmente las siguientes:

- Se mantuvo el fondo de solidaridad pensional, destinado a ampliar la cobertura del sistema mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, tales como trabajadores independientes o desempleados, artistas, deportistas, madres comunitarias y discapacitados. Se creó una subcuenta de subsistencia de dicho fondo, destinada a la protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema, mediante un subsidio económico³¹. ³²

- Se focalizó el subsidio a la cotización reservándolo a los trabajadores con ingresos inferiores a un salario mínimo que sean mayores de 55 años y a los vinculados a los fondos de pensiones mayores de 58.³³

- Para alimentar el Fondo de Solidariad Pensional se dispuso un aumento del uno por ciento sobre la base de cotización a cargo de los afiliados al sistema general de pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes.³⁴ Con el mismo propósito se estableció también que los afiliados con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes tendrán un aporte adicional sobre su ingreso base de cotización, así: de 16 a 17 smlmv de un 0.2%, de 17 a 18 smlmv de un 0.4%, de 18 a 19 smlmv, de un 0.6%, de 19 a 20 smlmv, de un 0.8% y superiores a 20 smlmv de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia, del Fondo de Solidaridad Pensional.³⁵

- El límite máximo de la base de cotización se amplió a 25 salarios mínimos. (antes 20). Se

agregó que cuando se devenguen mensualmente más de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la base de cotización será reglamentada por el Gobierno Nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales.³⁶

- Se estableció, en la norma que ahora se examina, que en ningún caso el ingreso base de cotización podría ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, derogándose la excepción que permitía al servicio doméstico cotizar sobre bases salariales inferiores.³⁷

- Se dispuso, a partir de 2004, un incremento general en la tasa de cotización.³⁸ Este incremento pretende capitalizar las reservas del ISS y de los fondos de pensiones privados, en especial el de garantía de pensión mínima del sistema de ahorro individual.

Además de estas medidas referentes concretamente a la reforma de los mecanismos de operatividad del principio de solidaridad dentro del régimen general de seguridad social en pensiones, la Ley 797 de 2003 pretendió eliminar hacia futuro ciertos privilegios concedidos a una mínima parte de los servidores públicos cobijados por regímenes exceptuados o especiales y aumentó las semanas de cotización requeridas para acceder a la pensión, así como la edad para adquirir el derecho, en ciertos casos³⁹.

13. Además de las anteriores reflexiones, relativas a la situación de crisis e inequidad por la que atravesaba el sistema de seguridad social en pensiones y a las medidas legales que se adoptaron para tratar de remediarla, otra serie de consideraciones resultan importantes a la hora de examinar la constitucionalidad de la norma acusada, especialmente frente a la operatividad práctica del principio de solidaridad: En primer lugar, no puede perderse de vista que como causa de la expedición de la norma acusada está el hecho de que el legislador detectó la presencia de una reiterada práctica social contraria al principio de buena fe, consistente en cotizar con fundamento en la excepción legal que permitía al servicio doméstico hacerlo con base en ingresos menores al salario mínimo legal mensual, a pesar de no ser el cotizante empleado de esta categoría, ni estar percibiendo una remuneración inferior a dicho salario mínimo; lo que lo llevó a concluir que resultaba necesario cerrar esta posibilidad elusiva, que contribuía a la inviabilidad financiera del sistema general de pensiones y a su inequidad práctica.

La mencionada práctica elusiva significaba un menoscabo de los principios de solidaridad y eficiencia del sistema de seguridad social en pensiones, en la medida en que impedía que los

recursos destinados a subsidiar a las clases económicamente más débiles efectivamente las beneficiara a ellas, y en cuanto no facilitaba la razonable utilización social y económica de los recursos financieros disponibles. Ante esta situación generalizada se estimó menos lesivo de dichos principios el restringir el subsidio a la cotización del servicio doméstico con ingresos inferiores al salario mínimo, reservándolo para los que fueran mayores de 55 años, si se trata de personas afiliadas al ISS, o de 58 si son vinculados a alguno de los fondos de pensiones.

De otro lado, tampoco pierde de vista la Corte que la eliminación de la excepción que permitía a los trabajadores del servicio doméstico cotizar con base en ingresos inferiores al salario mínimo legal mensual, si bien significa para ellos elevar el monto de su cotización, grava de manera especial a sus empleadores, habida cuenta de que la nueva ley mantiene la regla conforme a la cual los empleadores pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante. En esta forma, a pesar del mayor sacrificio exigido a los empleados domésticos, se mantiene en cierta medida el principio de solidaridad, pues el sacrificio total será asumido en un 75% por dicho empleador.

En el mismo sentido resalta la Corte que la reforma introducida, si bien exige el sacrificio adicional comentado, no elimina de manera absoluta el principio de solidaridad, toda vez que las pensiones futuras de quienes cotizan con base en el salario mínimo se verán subsidiadas en aproximadamente un 49.1%.⁴⁰

Todo lo anterior lleva a pensar que a la raíz de la decisión legislativa que se analiza hubo una ponderación de principios, en donde, a pesar del mayor sacrificio exigido a cierta categoría de empleadores y trabajadores, este esfuerzo adicional se estableció -dadas las circunstancias de crisis económica, inviabilidad financiera y de altos índices de elusión-, como el único medio posible de hacer vigentes los principios de la eficiencia, equidad y solidaridad del sistema pensional. Como se dijo, el principio de solidaridad en seguridad social no es absolutamente ilimitado, ni obliga al Estado a diseñar esquemas de subsidio completo e irrestricto para ningún sector laboral en particular, sino que admite recortes derivados de las circunstancias de escasez, de crisis o de falta de operatividad del sistema, con miras a preservar un mínimo de beneficios para toda la población de usuarios. En tal virtud, no estima la Corte que el aparte normativo acusado signifique una limitación

desproporcionada e injusta del mencionado principio, que haga la norma inconstitucional por este concepto.

2. Presunto desconocimiento del derecho a la igualdad.

14. Dice la demanda que la derogatoria implícita contenida en el aparte normativo acusado, que tiene como efecto que los empleados del servicio doméstico con ingresos inferiores al salario mínimo legal mensual deban cotizar con base en dicho salario mínimo, desconoce el principio de igualdad pues los obliga a hacer aportes para pensiones sin consultar su verdadera capacidad económica, en los mismo términos en que lo hacen las personas que sí obtienen esta remuneración mínima.

Al respecto la Corte observa lo siguiente:

-Si bien es cierto que la norma acusada tiene los efectos descritos de obligar a esta categoría de empleados a cotizar para pensiones como si obtuvieran un mínimo mensual salarial que no obtienen, y por ende a hacer una cotización porcentualmente mayor a la que hacen los que sí obtienen el salario mínimo mensual, también debe tenerse en cuenta que los empleados del servicio doméstico no son los únicos trabajadores que, por encontrarse en la situación de ser remunerados mediante jornal y no trabajar todos los días de la semana, perciben un salario mensual inferior al mínimo legal. Desde este punto de vista, la derogatoria de la excepción comentada pone en pie de igualdad a todos los trabajadores que se encuentran en esa situación, derogando lo que en realidad constituía un privilegio únicamente para cierta categoría de empleados remunerados por jornal mínimo sólo durante algunos días de la semana.

- El mayor sacrificio exigido a esta categoría de empleados domésticos y a sus empleadores se lleva a cabo con el objeto de dar viabilidad financiera al derecho de aquellos a obtener en el futuro la pensión mínima, y de hacer, por este aspecto, que se equiparen a los demás trabajadores que sí obtienen el salario mínimo mensual legal vigente; es decir, la reforma pretende hacer factible la igualdad en el derecho a obtener la pensión mínima; viabilidad que con la reforma legal no se logra solamente mediante el aludido sacrificio individual de los trabajadores domésticos y de sus patronos, sino que también es fruto del mayor esfuerzo colectivo llevado a cabo mediante el mecanismo de ampliación del principio de solidaridad, que ahora exige a quienes más devengan hacer aportes adicionales a los antes vigentes,

para alimentar los fondos de solidaridad pensional y de garantía de pensión mínima.

- El mayor sacrificio exigido a esta clase de trabajadores domésticos, que significa el tener que cotizar con base en un salario superior al efectivamente devengado, tiene su fundamento en una realidad innegable que es la diferente situación de hecho en que se encuentran quienes obtienen un salario mínimo mensual legal vigente y quienes no lo obtienen, diferencia determinada por la mayor cantidad de trabajo remunerado que los primeros llevan a cabo frente a los segundos.

Así las cosas, no estima la Corte que el mayor sacrificio porcentual ahora exigido a los trabajadores domésticos que devengan menos del salario mínimo signifique un desconocimiento del derecho a la igualdad, ya que toma pie en la diferente situación fáctica en que se encuentran esta clase de trabajadores frente a los demás. Persigue además un objetivo constitucionalmente valioso, que es asegurar la pensión mínima de vejez para esta categoría de empleados, y con ello la seguridad de su mínimo vital de subsistencia cuando mengue definitivamente su capacidad laboral. Objetivo que, amen de realizar en esta etapa de la vida su igualdad fáctica frente a quienes sí obtenían salarios mensuales iguales al mínimo legal, les permitirá vivir en mínimas condiciones de dignidad personal.

Adicionalmente, el mayor sacrificio porcentual exigido a los trabajadores domésticos que ganan menos del mínimo no resulta desproporcionado, si se atiende a que, para hacer efectivo el derecho a la pensión mínima que con el se busca obtener, tanto sus empleadores como en general el sistema de seguridad social aportarán también en proporciones adicionales a aquellas en que venían haciéndolo en el esquema de la Ley 100 de 1993, como anteriormente se describió.

3. Presunto desconocimiento del derecho irrenunciable a la seguridad social, a la protección especial que merecen los niños trabajadores y a las mujeres que laboran como empleadas domésticas.

15. A juicio de la Corte la reforma introducida por la norma que ahora se examina, lejos de producir el desconocimiento del derecho irrenunciable a la seguridad social pretende garantizar su eficacia, vistas las circunstancias de crisis por las que atravesaba el modelo legal anterior, crisis determinada en parte por la vigencia de la excepción que disposición demandada derogó. En efecto, conocidos los antecedentes legislativos de la ley en general

se tiene que no iba a ser posible asegurar a los afiliados al sistema de seguridad social la garantía de pensión mínima, y que los correctivos introducidos de manera general pretendieron remediar esa situación. Dentro de tales correctivos, se observa que la excepción que permitía a los trabajadores del servicio doméstico cotizar con base en salarios mensuales inferiores al mínimo legal mensual vigente, por el uso contrario a derecho de que venía siendo objeto, resultaba ser un factor de distorsión del equilibrio económico del sistema que hacía imperiosa su revisión. Conjurada esta posibilidad elusiva, se asegura una mayor transparencia y eficiencia en la utilización social y económica de los recursos financieros disponibles, para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente. Así pues, como se dijo, la reforma al régimen de los empleados del servicio doméstico contribuye a la eficacia de su derecho a la seguridad social, y de los derechos de los demás afiliados al sistema en general.

El artículo bajo examen no discrimina a los menores trabajadores ni tolera su explotación, pues lo que hace es establecer una norma general, aplicable también a ellos cuando se desempeñan como empleados domésticos o en cualquier otra actividad, norma que pretende regular las condiciones en que se debe cotizar para seguridad social en pensiones a fin de garantizar en el futuro el derecho correlativo. No existe pues una regulación específica que propicie o tolere respecto de ellos un trato legal diferencial.

Por las mismas razones la Corte no estima que la norma que ocupa su atención desproteja particularmente a las mujeres que se emplean como trabajadoras domésticas, ni a los niños quede ellas dependen. Su objeto no es regular el trabajo doméstico femenino, sino una obligación derivada de éste, cuando es desempeñado por cualquier persona. En tal virtud no puede desproteger específicamente a la mujer empleada como trabajadora doméstica.

18. Finalmente la Corte aclara que toda vez que la expresión parcialmente acusada contenida en el último inciso del artículo 5° de la Ley 797 de 2003 fue examinada exclusivamente en relación con su aplicación a los empleados del servicio doméstico que obtienen una remuneración mensual inferior al salario mínimo legal mensual vigente, los efectos de esta sentencia se limitan al a dicho cargo.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en

nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E

Declarar EXEQUIBLE, únicamente respecto de los cargos analizados en el presente proceso, la expresión “En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente”, contenida en el artículo 5º de la Ley 797 de 2003, que modificó el inciso 4º y parágrafo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993

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

CLARAINÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Presidenta

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET

Magistrado

ALVARO TAFUR GÁLVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

1 Para garantizar la pensión mínima a los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad la Ley 797 de 2003 en su artículo 14 prevé lo siguiente: Artículo 14. El artículo 65 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 65. Garantía de Pensión Mínima de Vejez. En desarrollo de los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, créase el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, como un patrimonio autónomo con cargo al cual se pagará, en primera instancia, la garantía de que trata este artículo. El Gobierno Nacional definirá el régimen de organización y administración de este fondo, así como la entidad o entidades que lo administrarán.

Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad, si son hombres, y cincuenta y siete (57), si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta (1.150) semanas tendrán derecho a que el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.

A partir del 1° de enero de 2009 el número de semanas se incrementarán en veinticinco (25) semanas cada año hasta alcanzar 1.325 semanas de cotización en el 2015.

Parágrafo. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta lo previsto en los parágrafos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

2 Ver Sentencia SU-819 de 1999 (M.P. Alvaro Tafur Galvis).

3 Ver Sentencias C-548 de 1995 (M.P. Hernando Herrera Vergara), T-827 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

4 Ver, entre otras, las sentencias T-1752 de 2000

5 Sentencia T-456 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero

6 Ver, entre muchas otras, las Sentencias C-130 de 2002, C-616 de 2001, C-1489 de 2001, C-542 de 1998 y C-111 de 1997.

7 Cf. Sentencia C- 791 de 2002, M.P Eduardo Montealegre Lynett

8 Sentencia C-789 de 2002, M.P Rodrigo Escobar Gil.

9 C-086/02 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

10 Sentencia C-789 de 2002, M.P Rodrigo Escobar Gil.

11 Al respecto, en la Sentencia C-596/97 previamente mencionada, que declaró exequible la exclusión del régimen de transición de quienes no estaban afiliados a un sistema de pensiones al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, sostuvo en relación con los derechos de seguridad social, consagrados en el artículo 48 de la Constitución, que “los derechos que corresponden a esta categoría, como anteriormente se explicara, se adquieren en los términos que la ley señala”, agregando posteriormente, en relación con la irrenunciabilidad a los beneficios laborales mínimos, que “los beneficios que son irrenunciables son aquellos que se erigen como derechos ciertos o adquiridos, y, como se vio, la mera posibilidad de pensionarse con el cumplimiento de ciertos requisitos y en determinadas condiciones, no constituye un derecho adquirido sino una simple expectativa de derecho.”

12 Ibidem

13 Cf. Ley 100 de 1993, art. 1°.

14 Cf. Ibidem

15 Cf. Ley 797 de 2003, artículo 2°

16 Ley 797 de 2003, art. 17.

17 Cf. Sentencia C-126 de 2002, M.P. Alejandro Martínez Caballero

18 De conformidad con lo prescrito por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el fondo de solidaridad pensional estará destinado a ampliar la cobertura mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, tales como trabajadores independientes o desempleados, artistas, deportistas, madres comunitarias y discapacitados. Créase una subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, destinado a la protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema, mediante un subsidio económico, cuyo origen, monto y regulación se establece en esta ley. La edad para acceder a esta protección será en todo caso tres (3) años inferior a la que rija en el sistema general de pensiones para los afiliados.

19 Cf. Ley 100 de 1993, arts. 25 y siguientes y Ley 797 de 2003, art. 20.

20 Cf. Ley 797 de 2003, art. 7.

21 Debe entenderse que esta base mínima es el salario mínimo legal mensual vigente.

22 Explicando las razones de esta disminución, el Ministerio explicó que “se buscó que el subsidio se redujera en alguna proporción, teniendo en cuenta que utilizando la categoría de servicio doméstico, se estaba evidenciando mucha evasión al sistema.”

23 Código Sustantivo del Trabajo, art. 129.

24 Ibidem

26 La Corte no considera que el presente examen de constitucionalidad deba llevarse a cabo sobre la base de situaciones francamente ileales, como aquella en que los empleados domésticos son remunerados desconociendo las normas vigentes sobre salario mínimo, ya sea mensual o diario.

27 La Corte recuerda que, de conformidad con lo preceptuado por el párrafo primero del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, no modificado por la Ley 797 de 2003, en aquellos casos

en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario devengado de cada uno de ellos, y dichos salarios se acumularán para efectos de determinar el salario base de cotización.

28 La regresividad del sistema consiste en el subsidio a personas que tienen una mayor capacidad de pago.

29 Juan Luis Londoño de la Cuesta. Exposición de motivos al proyecto de ley número 56 de 2002 Senado. Gaceta del congreso Número 350 del 23 de agosto de 2002.

30 Ponencia para primer debate al proyecto de ley 056 de 2002 Senado, 055 de 2002 Cámara. Gaceta del Congreso 508 de noviembre de 2002.

31 La edad para acceder a esta protección es de tres (3) años inferior a la que rige en el sistema general de pensiones para los afiliados.

32 (Ley 797 de 2003, art. 2°).

33 Ley 797 de 2003 art. 8.

34 Ibidem

35 Ibidem art. 7°

36 Ibidem art.2°

37 Ibidem, art. 18 inciso 4° y párrafo. Norma ahora bajo examen.

38 Ley797 de 2003, art. 7°:

...

A partir del 1° de enero del año 2004 la cotización se incrementará en un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización. Adicionalmente, a partir del 1° de enero del año 2005 la cotización se incrementará en medio por ciento (0.5%) y otro medio punto (0.5%) en el año 2006. A partir del 1° de enero del año 2008, el Gobierno Nacional podrá incrementar en un

(1%) punto adicional la cotización por una sola vez, siempre y cuando el crecimiento del producto interno bruto sea igual o superior al 4% en promedio durante los dos (2) años anteriores.

El incremento de la cotización se destinará en el régimen de prima media al pago de pensiones y a la capitalización de reservas pensionales.

En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el incremento que se realice en el año 2004 se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del régimen de ahorro individual. Los incrementos que se realicen a partir del 2005 se destinarán a las cuentas individuales de ahorro pensional. Quinquenalmente y con base en los estudios financieros y actuariales que se realicen para tal fin, el gobierno redistribuirá los incrementos de cotización previstos en este artículo entre el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual y las cuentas de ahorro pensional.

39 Se mantuvo la edad para adquirir el derecho a pensión en el régimen de transición.

40 Este Dato es tomado de la intervención del Ministerio de Hacienda dentro del presente proceso.

41 La Corte destaca las siguientes normas del Código del Menor destinadas específicamente a proteger al menor trabajador:

Artículo 238: “Los menores de dieciocho (18) años necesitan para trabajar autorización escrita del inspector del trabajo o, en su defecto, de la primera autoridad local, a solicitud de los padres y, a falta de éstos, del defensor de familia.

“Prohíbese el trabajo de los menores de catorce (14) años y es obligación de sus padres disponer que acudan a los centros de enseñanza. Excepcionalmente y en atención a circunstancias especiales calificadas por el defensor de familia, los mayores de doce (12) años podrán ser autorizados para trabajar por las autoridades señaladas en este artículo, con las limitaciones previstas en el presente código.”

...

“Artículo 240. Si durante las diligencias previas a la autorización para trabajar o en desarrollo

de su labor de vigilancia, los funcionarios competentes del trabajo, o los jueces de menores o de familia establecen que el menor se encuentra en situación de peligro o de abandono, lo reportarán de inmediato al defensor de familia con el objeto de que se tomen las medidas de protección pertinentes.

...

Artículo 242. La duración máxima de la jornada de trabajo del menor se sujetará a las siguientes reglas:

1. El menor entre doce (12) y catorce (14) años sólo podrá trabajar en una jornada máxima de cuatro (4) horas diarias, en trabajos ligeros.
2. Los mayores de catorce (14) y menores de dieciséis (16) años sólo podrán trabajar en una jornada máxima de seis (6) horas diarias.
3. La jornada de trabajo del menor entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años, no podrá exceder de ocho (8) horas diarias.
4. Queda prohibido el trabajo nocturno para los trabajadores menores. No obstante, los mayores de dieciséis (16) años y menores de dieciocho (18) años podrán ser autorizados para trabajar hasta las ocho (8) de la noche siempre que no se afecte su asistencia regular a un centro docente, ni implique perjuicio para su salud física o moral.

...

Artículo. 243 El menor trabajador tendrá derecho al salario, prestaciones sociales y demás garantías que la ley concede a los trabajadores mayores de dieciocho (18) años.

El salario del menor trabajador será proporcional a las horas trabajadas.