

**EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES
INFORMALES**

Angélica Molina Higuera

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y RELACIONES INTERNACIONALES
MAESTRIA EN POLÍTICA SOCIAL
BOGOTÁ D.C.
2012**

**EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES
INFORMALES**

Angélica Molina Higuera

Trabajo de grado para obtener el título de Magíster en Política Social

**Director:
Dr. Juan Carlos Cortés González**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y RELACIONES INTERNACIONALES
MAESTRIA EN POLÍTICA SOCIAL
BOGOTÁ D.C.
2012**

Nota de aceptación:

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá D.C, 22 de Junio de 2012

Contenido

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN..... | 14 |
| CAPÍTULO I: MARCO CONCEPTUAL - LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL TRABAJADOR INFORMAL..... | 19 |
| 1.1. GENERALIDADES SOBRE EL CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL..... | 19 |
| 1.1.1 Breves antecedentes..... | 19 |
| 1.1.2 Concepto de seguridad social..... | 23 |
| 1.1.3 Consagración de la seguridad social en el ordenamiento normativo internacional y nacional..... | 32 |
| 1.1.4 La seguridad social como derecho..... | 38 |
| 1.1.5 La seguridad social como política pública..... | 41 |
| 1.1.6 Riesgos sociales cubiertos por la seguridad social y prestaciones..... | 45 |
| 1.1.7 La universalidad como principio de la seguridad social..... | 48 |
| 1.2 GENERALIDADES SOBRE EL CONCEPTO DE TRABAJADOR INFORMAL..... | 50 |
| 1.2.1 Sector informal de la economía..... | 51 |
| 1.2.2 Trabajador informal en el mercado de trabajo..... | 54 |
| 1.2.3 Definición estadística de trabajador informal..... | 56 |
| 1.2.4 El trabajo por cuenta propia o como independiente en la informalidad..... | 59 |
| CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO – NORMATIVIDAD Y POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSIÓN DEL TRABAJADOR INFORMAL AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL..... | 62 |
| 2.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA..... | 62 |
| 2.1.1 La seguridad social como derecho y como servicio..... | 62 |
| 2.1.2 Sistema de Beneficios Económicos Periódicos – BEP’s..... | 65 |
| 2.2. LEY 100 DE 1993..... | 69 |
| 2.2.1 Sistema General de Pensiones..... | 71 |
| 2.2.2 Sistema General de Salud..... | 79 |
| 2.3 LEY 1429 DE 2010..... | 83 |
| 2.4 LEY 1438 DE 2011..... | 85 |
| 2.5 LEY 1151 DE 2007- PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2006 – 2010..... | 88 |
| 2.6 LEY 1450 DE 2011 – PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2010 – 2014..... | 90 |
| CAPÍTULO III: IMPACTO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE INCLUSIÓN DEL TRABAJADOR INFORMAL AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL..... | 93 |

| | |
|---|-----|
| 3.1 Aclaraciones preliminares..... | 93 |
| 3.2 La informalidad en la Gran Encuesta Integrada de Hogares – GEIH..... | 95 |
| 3.3 Proporción de informalidad para el trimestre febrero – abril de 2012..... | 96 |
| 3.4 Los trabajadores informales y su cobertura en seguridad social para el trimestre febrero – abril de 2012 | 98 |
| CAPÍTULO IV: RECOMENDACIONES PARA BRINDAR COBERTURA EN SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL AL TRABAJADOR INFORMAL | 103 |
| CONCLUSIONES..... | 110 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 113 |

INTRODUCCIÓN

Se identifica como un problema social relevante de investigación la baja cobertura en el sistema de seguridad social colombiano de los trabajadores informales, particularmente en campo de la protección por vejez, muerte, incapacidad, riesgos del trabajo, cargas familiares y desocupación, considerando los avances en lo que respecta a la cobertura de asistencia sanitaria.

La deficiencia en la cobertura de los riesgos de los trabajadores informales es evidente en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, pues las cifras arrojadas por el Departamento Nacional de Estadística - DANE¹ para el trimestre diciembre 2011 - febrero 2012 indican que “[d]el total de la población ocupada informal, 84,6% estaba afiliado a seguridad social en salud. 12,0% estaba afiliado a seguridad social en pensión”².

Tal información estadística permite afirmar que un número importante de trabajadores informales colombianos no están asegurados en sus riesgos de vejez, invalidez y muerte, pues no están afiliados al sistema general de seguridad social en pensiones. No puede afirmarse lo mismo en cuanto a la cobertura en salud de este grupo poblacional trabajador, pues la cifra de cobertura de afiliación en salud es mucho más alta y esto es explicable, dada la existencia de un régimen subsidiado en el sistema de salud. La falta de cobertura de las prestaciones económicas en el régimen subsidiado de salud es un problema para los trabajadores informales, toda vez que se pueden ver desprotegidos por la falta de ingresos durante los períodos de incapacidad por enfermedad y licencias de maternidad y paternidad.

La meta trazada en cobertura por la Ley 100 de 1993, reiterada por la Ley 1122 de 2007 y por la Ley 1438 de 2011 es la universalidad en materia de seguridad social. Tal propósito se ha cristalizado en salud gracias al aumento de cobertura vía régimen subsidiado. En efecto, el porcentaje de población afiliada al régimen subsidiado de salud aumentó significativamente y para diciembre de 2010, las cifras arrojan una cifra de cobertura del

¹ Entidad encargada de suministrar en Colombia la información estadística oficial en materia de empleo. Véase en Internet www.dane.gov.co

² Departamento Nacional de Estadística – DANE. Resumen Ejecutivo Medición del Empleo Informal. Trimestre móvil diciembre 2011 - febrero 2012, Bogotá, D.C. 13 de abril de 2012.

47.63%³. No obstante aumentarse la cobertura, la misma no se da de la forma como se esperaba, pues con la Ley 100 se pretendía tener cerca del 70% de la población afiliada en el régimen contributivo y el 30% de población más pobre cubierta por los subsidios del Estado.

En resumen, los trabajadores informales, que son un colectivo representativo dentro del mercado de trabajo colombiano, toda vez que, como lo señala el DANE, la proporción de ocupados informales en las trece áreas urbanas del país para el trimestre diciembre 2011 – febrero 2012 fue de 50,5%.⁴, conforman un grupo social vulnerable por encontrarse sin completa protección de los riesgos que cubre el sistema de seguridad social en Colombia. Lo anterior provoca condiciones de inequidad en el ámbito laboral y genera desigualdad de trato, pues trabajadores que realizan actividad económica y producen renta, permanecen excluidos de la seguridad social, con la consecuente carga fiscal que al final se genera, pues en últimas la sociedad, el Estado o las familias tendrán que asumir costos que no se previeron ni soportaron en adecuados esquemas de aseguramiento social.

Además, es relevante estudiar el problema de la baja cobertura en seguridad social de los trabajadores informales porque desde las políticas públicas debería eliminarse la desigualdad en cuanto a la cobertura de riesgos sociales que se presenta entre trabajadores asalariados o subordinados y trabajadores independientes informales. La cobertura en seguridad social no debe ser únicamente para el trabajador subordinado o dependiente. El trabajador independiente informal también debe ser protegido de los riesgos sociales desde el derecho y la política social. Es ello tan evidente que inclusive algunos criterios de medición sobre la informalidad se basan en determinar si los trabajadores se encuentran o no afiliados al sistema de seguridad social.

³ Así vamos en Salud. Seguimiento al Sector Salud en Colombia [en línea], disponible en Internet: http://www.asivamosensalud.org/index.php?option=com_content&view=article&id=200:porcentaje-de-cobertura-por-afiliacion-al-regimen-subsidiado&catid=59:Indicadores&Itemid=73 Recuperado: 17 de Octubre de 2011.

⁴ Departamento Nacional de Estadística – DANE. Resumen Ejecutivo de Medición del Empleo Informal para el trimestre móvil diciembre 2011 – febrero 2012. Tal estadística quiere decir que más de la mitad de los ocupados en Colombia en las áreas urbanas, lo están bajo la categoría de trabajadores informales manejada por el DANE.

A lo que apunta esta problemática es al desconocimiento del derecho a la seguridad social. Y este es un aspecto fundamental que la sociedad no puede dejar pasar de lado. Es indispensable consolidar un sistema de seguridad social donde la cobertura ante las contingencias sociales sea un derecho humano para todos, sin ningún tipo de discriminación, y no dependa del tipo de inserción de las personas al mercado de trabajo.

En esta perspectiva, el propósito de este trabajo de grado es aclarar en qué medida las disposiciones adoptadas en Colombia han permitido la realización del derecho a la seguridad social de los trabajadores informales y han mejorado la cobertura de la seguridad social de este grupo poblacional vulnerable.

La respuesta a esta pregunta de investigación permitirá identificar las medidas adoptadas en Colombia con las que se ha tratado de incluir a los trabajadores informales en el Sistema de Seguridad Social implantado desde la Ley 100 de 1993, así como los efectos de dichas medidas y posibles hipótesis de trabajo para vislumbrar opciones de mejora en el cubrimiento de dicha población.

La investigación se propuso como objetivo determinar las medidas adoptadas en Colombia para afrontar el problema de la baja cobertura del sistema de seguridad social de los trabajadores informales, así como los efectos que tales medidas tienen hoy en día frente a la inclusión de estos trabajadores en el sistema de seguridad social en Colombia, y en últimas, en la realización efectiva de su derecho a la seguridad social.

Con el propósito de cumplir el objetivo y abordar integralmente el tema, este trabajo de grado presenta cuatro capítulos, así:

El primer capítulo precisa los conceptos fundamentales del trabajo: la seguridad social y el trabajador informal. En la primera parte, se abordan generalidades de la seguridad social; unos breves antecedentes; el concepto mismo; la consagración de la seguridad social en el ordenamiento normativo internacional y nacional; se precisa la naturaleza de derecho humano de la seguridad social y su entendimiento como política pública. Además, se

describen brevemente los riesgos cubiertos por la seguridad social y sus prestaciones y finalmente se hace énfasis en la universalidad como principio del sistema de seguridad social. En la segunda parte de este capítulo, se presentan aspectos generales sobre el trabajador informal; su diferencia con el sector informal de la economía; la definición estadística y se precisa la noción de trabajador en sentido amplio, que hace referencia también a la persona que labora por cuenta propia o de forma independiente.

El segundo capítulo expone el marco teórico – jurídico que permite identificar la normatividad y las políticas públicas de inclusión del trabajador informal al sistema de seguridad social. Se relacionan las normas desde la Constitución, así como leyes significativas para la seguridad social, como lo son la Ley 100 de 1993, la Ley 1429 de 2010, la Ley 1438 de 2011 y se hace mención de las normas pertinentes en los dos últimos planes nacionales de desarrollo adoptados por las Leyes 1151 de 2007 y 1450 de 2011.

Con el propósito de verificar el impacto de las políticas públicas en materia de inclusión del trabajador informal al Sistema de Seguridad Social Integral, el tercer capítulo presenta datos sobre la cobertura actual en acceso a la seguridad social de los trabajadores informales del país siguiendo los registros del Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE correspondientes al último informe de medición del empleo informal y seguridad social, resultado de la aplicación de la Gran Encuesta Integrada de Hogares – GEIH.

Finalmente, ante la existencia de medidas, imposibles de aplicar, y la baja cobertura de riesgos de la seguridad social de los trabajadores informales, particularmente en pensiones, en el cuarto capítulo se presentan algunas recomendaciones para brindar cobertura en seguridad social a los trabajadores informales, que permitan avanzar hacia la realización del derecho a la seguridad social para todas las personas.

Existe una realidad muy preocupante en torno a la informalidad, como fenómeno complejo que en este trabajo quiere pensarse a partir de un enfoque de derechos y no desde determinantes económicos; por esa razón, no se abordan en el trabajo las causas de la informalidad, que remiten a una serie de discusiones técnicas sobre el funcionamiento del mercado laboral en Colombia. Este trabajo combina un enfoque jurídico, social y político que se manifiesta en la precisión de conceptos fundamentales, la identificación de las normas que se aplican y la consulta de algunos datos estadísticos para sustentar la urgente necesidad de que el Gobierno nacional adopte y desarrolle medidas para la protección integral de la población trabajadora informal y se genere así un sistema de seguridad social que garantice plenamente el derecho a la seguridad social para todos y todas, sin ningún tipo de discriminación. Esta investigación espera aportar insumos para lograrlo.

CAPÍTULO I: MARCO CONCEPTUAL - LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL TRABAJADOR INFORMAL

1.1. GENERALIDADES SOBRE EL CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL

Los mecanismos a través de los cuales se ha buscado proteger a los seres humanos de los riesgos sociales han sido diferentes en cada momento histórico. El contexto político, económico, cultural y sobretodo social es el que ha determinado la forma como los pueblos, los gobiernos y los Estados han satisfecho las necesidades sociales, derivadas de riesgos como la enfermedad, la invalidez, la vejez y la muerte.

Por tal razón, la ruta para llegar a lo que hoy se conoce como seguridad social ha atravesado diferentes caminos de la mano de las concepciones del Estado y del modelo económico entre otros determinantes, que han llevado fundamentalmente a la asistencia, al mutualismo y al aseguramiento.

En Colombia, la seguridad social se ha desarrollado desde la asistencia y la previsión. La primera, a partir de la protección familiar, entes privados, el Estado y la sociedad en general; la segunda desde el ahorro personal, la mutualidad o asociación colectiva, el seguro social y la previsión social. Después de la Ley 100 de 1993, el paradigma dominante ha sido el modelo del aseguramiento, aunque también el modelo asistencialista ha orientado el sistema de seguridad social colombiano como una forma de lucha contra la pobreza extrema, y hoy en día los dos modelos son complementarios, particularmente en el campo de la salud.

Con el propósito de hacer claridad sobre los conceptos fundamentales a partir de los cuales se desarrolla este trabajo, en el presente capítulo se presentan generalidades sobre las nociones de seguridad social y trabajador informal.

1.1.1 Breves antecedentes

Las necesidades del hombre en sociedad han cambiado, hoy en día el desarrollo económico, los avances tecnológicos, los progresos políticos y las conquistas jurídicas, han permitido la creación de mecanismos de protección social para atender las necesidades de las personas.

Se han dado múltiples ajustes y transformaciones al sistema de seguridad social. Ha evolucionado el concepto y han evolucionado las instituciones.

En efecto, la evolución de la protección social ha avanzado de la mano de la evolución del Estado nacional⁵. Inicialmente en el Estado antiguo y en la Edad Media, las cargas sociales eran asumidas por la familia, en su mayoría extensa, y por la iglesia; las formas políticas representativas de lo que ahora se entiende por Estado sólo se encargaban de asumir unas funciones básicas de defensa nacional y seguridad ciudadana.

Con el Estado liberal del siglo XVIII, donde primaba la libertad de los individuos, la protección de las necesidades sociales se brindaba desde el asistencialismo, pues el Estado tenía como principal encargo la garantía de los derechos civiles y políticos.

Cuando surgió el capitalismo como sistema económico, la protección social brindada por la familia, la iglesia y la sociedad caritativa, es asumida por el Estado, que despertó a sus obligaciones de disminución de las desigualdades materiales a través de la igualdad jurídica y las políticas sociales. Nació entonces la asistencia social con “esquemas de beneficencia pública, operados por entes públicos o por organizaciones particulares sin fines de lucro y de carácter altruista, así como las políticas de atención a poblaciones en condición de indigencia”⁶.

Luego en el Estado moderno del siglo XIX y por la influencia de las corrientes sociales, la causa proletaria, los socialismos, entre otras circunstancias, se dio paso a una mayor intervención del Estado, pues surge la dimensión productiva del Estado porque el mercado

⁵ Cfr. GIRALDO GIRALDO César. *¿Protección o desprotección social?* Bogotá, Ediciones desde abajo, Fundación Cesde – Centro de Estudios Escuela para el Desarrollo – Universidad Nacional de Colombia, 2007, p. 39.

⁶ CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. *Derecho de la Protección Social*, primera edición, Bogotá, CIESS, CODESS, Legis Editores S.A., 2009, p. 19.

no es suficiente para la autorregulación de la acumulación de capital⁷, además de que “se fortalecen las posibilidades de realización de los fines estatales, entre los que está la superación de las necesidades sociales”⁸ con la imposición de medidas protectoras aun limitando la voluntad individual.

Así, el Estado que se conocía como Estado Bienestar o Providencia, toda vez que era proveedor de bienes sociales, construyó la infraestructura básica para que, además de la asistencia pública y la previsión de necesidades, tanto individual como colectiva mediante el ahorro y el mutualismo, existieran los seguros sociales que permitieran amparar los riesgos sociales desde el aseguramiento. Surgieron en esta perspectiva los seguros sociales en Alemania, liderados por Otto Von Bismarck (1815 - 1898), con los cuales se daba protección a los trabajadores en sus riesgos de enfermedad, invalidez, vejez, accidente de trabajo y muerte. Bajo este modelo bismarckiano la protección estaba limitada a las personas que tuvieran una relación salarial y el aseguramiento, que era obligatorio y eminentemente sectorial, fue asumido desde contribuciones de los trabajadores, los empleadores, los aseguradores y el Estado.

Más adelante cuando la segunda guerra mundial estaba en curso, William Beveridge (1879 – 1963) presentó en Inglaterra en el año 1942 el informe que lleva su apellido, en el que hizo un diagnóstico del sistema de seguros inglés y propuso notables reformas relacionadas con que el aseguramiento se diera para todas las personas de forma universal, sin limitarlo a la población trabajadora, sino a la protección de todos los ciudadanos como una responsabilidad del Estado y por lo mismo, con financiamiento público a través de impuestos y unificación del manejo de todos los seguros en una sola institución estatal, entre otras.

⁷ Cfr. GIRALDO GIRALDO César. *¿Protección o desprotección social?*, Bogotá, Ediciones desde abajo, Fundación Cesde – Centro de Estudios Escuela para el Desarrollo – Universidad Nacional de Colombia, 2007, p. 17.

⁸ ARENAS MONSALVE. Gerardo. *El derecho colombiano de la seguridad social*, tercera edición, Bogotá, Legis Editores S.A., 2011, p. 17.

De esta forma, de la noción de aseguramiento para los trabajadores se pasa a una noción de seguridad social para todos los individuos, como un derecho social ligado a la condición de ciudadanía.

Como se ha mencionado, los padres de la seguridad social moderna fueron Bismarck y Beveridge. Con el tiempo y dado que en cada época se han identificado diferentes formas de satisfacer las necesidades humanas, son distintas las variables que han determinado la concepción que cada sociedad ha tenido de la seguridad social.

Inclusive, hoy en día algunos tratadistas, como Juan Carlos Cortés (2009), mencionan que se ha dado un paso más allá de la seguridad social, al establecer sistemas de protección social que buscan “universalizar y homogenizar coberturas, para enfrentar la exclusión y la pobreza de amplios sectores de la población y asegurar unas condiciones de seguridad económica mínimas”⁹.

Es posible entonces hablar de un concepto más amplio que el de seguridad social, el de protección social, que como género permite incluir aspectos de política y de economía además de los jurídicos para, como lo señala Cortés González, abordar fenómenos contemporáneos como el crecimiento de la informalidad, la aplicación de esquemas de flexibilidad laboral y la pobreza, la inequidad y la exclusión, entre otros.¹⁰

Visto brevemente el proceso de evolución de la seguridad social, se plantean a continuación, a manera de síntesis, los diferentes mecanismos que ha asumido la satisfacción de las necesidades sociales, desde la visión de tres autores expertos en la materia: Gerardo Arenas Monsalve, Juan Carlos Cortés González y Cesar Giraldo Giraldo.

Para Gerardo Arenas (2011), el origen conceptual de la seguridad social, inicia con la satisfacción de las necesidades sociales a través de la asistencia, que dependiendo de quien la proveía podía ser familiar, pública o privada; como un nivel superior apareció la previsión, que podía ser de dos tipos, individual y colectiva, a través del ahorro, el mutualismo y el seguro privado. Luego aparecieron los seguros sociales, que siguen la

⁹ CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos, Ob. Cit., p. 20.

¹⁰ *Ibidem*, p. 41.

técnica del seguro, son obligatorios, protegen al trabajador y pueden ser intervenidos por el Estado. Finalmente, se dio paso a la seguridad social como un ideal de política social cuyo desarrollo se logra a través del sistema jurídico.¹¹

Para Juan Carlos Cortés (2009), el camino para llegar a la protección social ha atravesado diferentes estadios desde la caridad, siguiendo con la asistencia social, los seguros sociales, la seguridad social hasta llegar a la protección social.¹²

Para Cesar Giraldo (2007), la protección social ha asumido cuatro modelos, a saber, el asistencialismo, el aseguramiento, el universalista y el neoasistencialismo. Este último es explicado por Giraldo como una “combinación entre aseguramiento privado y asistencia pública focalizada”¹³.

Como se puede ver, la evolución histórica de la humanidad ha permitido diferentes figuras en materia de protección de riesgos sociales. De los seguros sociales se llega a la seguridad social, que como se verá a continuación, desde su concepto mismo deja ver que no es inmutable, que ha cambiado, así como lo ha hecho el Derecho, que como ordenamiento jurídico que impone reglas a la sociedad para alcanzar el bien común, se ha adaptado a las nuevas concepciones, ha revisado el concepto y desde las vías legales ha establecido sistemas para fortalecer su funcionamiento.

1.1.2 Concepto de seguridad social

La seguridad social es un concepto central de este trabajo; son múltiples las aproximaciones que de la misma hace la doctrina, unas más generales y otras más específicas, ya sea desde su origen, o desde la institucionalidad o visión de sistema. Podría decirse que todos los enfoques plantean un concepto desde el entendimiento de que se trata de un conjunto de mecanismos creados para atender las necesidades de las personas, que involucra diferentes elementos, unos psicológicos como la conciencia y necesidad de prever riesgos, y otros

¹¹ ARENAS MONSALVE, Gerardo, Ob. Cit., pp. 3 – 10.

¹² CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos, Ob. Cit., p. 18.

¹³ GIRALDO GIRALDO, Cesar, Ob. Cit., p. 18.

económicos como la provisión o disposición de recursos financieros, de infraestructura y de capital humano. Por lo mismo, es claro que la seguridad social es pluridisciplinaria, pues se nutre de diversas disciplinas como las ciencias jurídicas, la economía, la demografía, la sociología, las ciencias de la salud y la política social.

Como punto de partida para la precisión del concepto de seguridad social debe señalarse que la Constitución Política colombiana reconoce en su artículo 48 el derecho irrenunciable a la seguridad social de todos los habitantes del territorio nacional. Además de ser un derecho subjetivo, es decir del que es titular cada persona, la seguridad social es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, quien además debe aumentar su cobertura en relación con los servicios que la ley determine.

La Ley 100 de 1993 crea en Colombia el Sistema General de Seguridad Social, y lo define como:

“[e]l conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”¹⁴.

De este modo en Colombia, la seguridad social es un servicio público que se presta a través de un sistema, regulado a partir de normas jurídicas; organizado desde instituciones y procedimientos.

Para ilustrar el entendimiento de la seguridad social desde la doctrina y la evolución en la que está inmersa, se expondrán a continuación en estudio de síntesis, las nociones de diferentes autores, después de las cuales se adoptará una definición en sentido estricto, la que guiará esta investigación.

¹⁴ Preámbulo de la Ley 100 de 1993.

Para José Manuel Almansa Pastor (1984) la seguridad social, desde una perspectiva jurídica, es un “instrumento estatal específico, protector de necesidades sociales, individuales y colectivas, a cuya protección preventiva, reparadora y recuperadora, tienen derecho los individuos, en la extensión, límites y condiciones que las normas dispongan según permita su organización financiera”¹⁵.

De esta definición se destaca que la seguridad social es responsabilidad del Estado para atender integralmente las necesidades de los individuos, quienes tienen derecho desde el ordenamiento jurídico a demandar prestaciones para su protección, según lo permita la disponibilidad de recursos.

Gerardo Arenas Monsalve (2011) señala que la seguridad social no puede ser confundida con los seguros sociales, pues éstos tienen un carácter parcializado, sólo protegen a una parte de la población, que en mayor medida es la de trabajadores asalariados, y no cubren todos los riesgos. Para Arenas, “la seguridad social busca proporcionar una garantía de conjunto para todos los riesgos sociales”¹⁶ de toda la población, y por lo mismo, “supone una cobertura general de riesgos en beneficio de toda la población, mediante una solidaridad general que se realiza a través de la redistribución de la renta nacional”.¹⁷ Es ésta una definición amplia, toda vez que asume la cobertura de todos los riesgos para toda la población desde un entendimiento cabal del principio de solidaridad.

Juan Carlos Cortés González (2009) señala que la seguridad social es un concepto más que jurídico, por tener un contenido filosófico, médico, antropológico, político y sociológico.¹⁸ Cortés González cita para estos efectos, al doctrinante Ángel Guillermo Ruiz Moreno, quien en su libro *Nuevo Derecho de la Seguridad Social* señala: “El concepto de seguridad

¹⁵ ALMANSA PASTOR, José Manuel. *Derecho de la Seguridad Social*, Volumen I, cuarta edición, Editorial Tecnos S. A., Madrid, 1984, p.85.

¹⁶ ARENAS MONSALVE. Gerardo, Ob. Cit., p. 10.

¹⁷ *Ibidem*, p. 10.

¹⁸ CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. *Derecho de la Protección Social*, primera edición, Bogotá, CIESS, CODESS, Legis Editores S.A., 2009, p. 53.

social (...) más que jurídico es de índole filosófica ya que en él pueden englobarse prácticamente todas las aspiraciones humanas para alcanzar una vida justa, plena y feliz”¹⁹.

Desde esta visión, es claro que dado el carácter multidisciplinario de la seguridad social y sus múltiples manifestaciones, particularmente frente a la población más vulnerable y desprotegida, la seguridad social debe interactuar con otras áreas además del derecho, como la economía y la política para alcanzar su objetivo, y es un ámbito que se concreta en el ordenamiento jurídico colombiano en un sistema de protección a través de normatividad que regula cuatro subsistemas particulares: salud, pensiones, riesgos profesionales y subsidio familiar.

En efecto, para Cortés González (2009), se ha dado el paso de seguridad social a protección social, ésta última como “la etapa cualitativamente superior de la seguridad social”²⁰, es decir, que la incluye pero que va más allá, pues es entendida “como un sistema que persigue asegurar unas condiciones mínimas de seguridad económica para los individuos, con la cual promover su bienestar, facilitar la inclusión social y generar condiciones adecuadas de convivencia”²¹.

Así, la protección social al buscar alcanzar la seguridad económica de todas las personas, a través de la asistencia social y los servicios sociales, es un concepto más general que el de seguridad social, que supone un “Sistema público de provisión de bienes meritorios que atiende los requerimientos de financiación en cuanto a la gestión individual y familiar del bienestar, para suplir el estándar mínimo que asegure la dignidad humana, y que repercute directamente en el desarrollo social y mundial”.²²

Téngase en cuenta además, que se ha presentado una nueva propuesta para entender la protección social desde el “manejo social del riesgo”, la cual entiende a la “Protección Social como intervenciones públicas para (i) asistir a personas, hogares y comunidades a mejorar su manejo del riesgo y (ii) proporcionar apoyo a quienes se encuentran en la

¹⁹ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo, *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*, 8 edición, México, Editorial Porrúa, 2004, p.36.

²⁰ CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos, Ob. Cit., p. xxiii.

²¹ CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos, Ob. Cit., p. 3.

²² *Ibíd*em, pp. 55, 56.

extrema pobreza”²³. Aunque la protección social es para todos, esta definición entiende que las personas pobres son más vulnerables a los riesgos y que generalmente carecen de instrumentos para manejarlos, por lo que además de impedir excluir a los pobres, debe ayudárseles a salir de la pobreza, “evitando mecanismos informales poco eficientes y poco equitativos para compartir los riesgos”²⁴.

En Colombia el concepto de protección social aparece con la Ley 789 de 2002 por medio de la cual se establece el Sistema de Protección Social, el cual complementa el Sistema de Seguridad Social creado por la Ley 100 de 1993, y que se constituye según el artículo 1° de la Ley 789 de 2002 como:

El 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 el derecho a: la salud, la pensión y al trabajo.

El objeto fundamental, en el área de las pensiones, es crear un sistema viable que garantice unos ingresos aceptables a los presentes y futuros pensionados.

En salud, los programas están enfocados a permitir que los colombianos puedan acceder en condiciones de calidad y oportunidad, a los servicios básicos.

El sistema debe crear las condiciones para que los trabajadores puedan asumir las nuevas formas de trabajo, organización y jornada laboral y simultáneamente se socialicen los riesgos que implican los cambios económicos y sociales. Para esto, el sistema debe asegurar nuevas destrezas a sus ciudadanos para que puedan afrontar una economía dinámica según la demanda del nuevo mercado de trabajo bajo un panorama razonable de crecimiento económico.²⁵

De esta forma, podría señalarse que la seguridad social en Colombia se amplía a un sistema que se institucionaliza como protección social, con la finalidad central de atender las contingencias y mejorar la calidad de vida de los colombianos. No obstante, alguna parte de la doctrina considera que “no puede entenderse la protección social como una forma superior a la de la seguridad social; aquella no es sino una nueva presentación, bajo una perspectiva diferente, de la asistencia social, que plantea un dilema de justicia social; la

²³ HOLZMANN, Robert; JØRGENSEN, Steen. Manejo social del riesgo: Un nuevo marco conceptual para la protección social y más allá. Documento de trabajo No. 0006 sobre protección social. Banco Mundial, Washington, 2000, p.3.

²⁴ *Ibidem.*, p.3.

²⁵ Artículo 1 de la Ley 789 de 2002.

dimensión de las necesidades de los excluidos impele a buscar recursos donde los haya; la presión sobre el presupuesto se desfoga en los fondos donde se acopian los recursos de los regímenes contributivos”²⁶.

Para Cesar Giraldo (2007) el Sistema de Protección Social colombiano tiene dos componentes, uno de aseguramiento y otro gubernamental; el primero, en sus palabras, “está conformado por una combinación de instituciones gubernamentales (en descenso) con instituciones privadas (en aumento) en salud, pensiones y riesgos profesionales. Este componente va dirigido principalmente a los trabajadores formales y las clases altas.”²⁷ El segundo según Giraldo se refiere a “los programas asistenciales²⁸, que se caracterizan por estar definidos sobre ayudas focalizadas dirigidas a poblaciones específicas, determinadas por problemáticas precisas y ubicación geográfica”.

Indica Eduardo López Villegas (2011) en su obra *Seguridad Social – Teoría Crítica* que el entendimiento de la seguridad social frente a la protección social tiene una “trascendencia en la definición de la sociedad que se quiere, ordenada en torno a un núcleo de seguridad social contributivo, o el de un Estado asistencial”²⁹ y el autor plantea la crítica pues considera que el Estado y no la seguridad social, es quien debe asumir con su presupuesto las cargas asistenciales en la sociedad. Más allá de esta discusión, Lopez Villegas (2011) señala que “el concepto de seguridad social es hoy corriente y universal: hace referencia a un sistema de principios, instituciones, fondos y prestaciones con el que el Estado asume como propia la responsabilidad de proteger a la población de eventos generales y relevantes que afectan severamente su bienestar social”³⁰.

²⁶ LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo. *Seguridad Social – Teoría Crítica* Tomo I, primera edición, Medellín, Universidad de Medellín, 2011, p. 67.

²⁷ GIRALDO, Cesar, Ob. Cit., p.22.

²⁸ Cesar Giraldo (2007) señala que la asistencia pública es fraccionada y desarticulada, pues se reduce a unos programas puntuales para poblaciones problema. Menciona como los dos más importantes: el programa de Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF y el programa Familias en Acción.

²⁹ LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo, Ob. Cit., p.85.

³⁰ *Ibidem*, p.35.

Desde una óptica de administración, la Asociación Internacional de la Seguridad Social – AISS³¹ define la seguridad social “como todo programa de protección social establecido por una ley o por cualquier acuerdo obligatorio que ofrezca a las persona un cierto grado de seguridad de ingresos cuando afrontan las contingencias de la vejez, supervivencia incapacidad, invalidez, desempleo o educación de los hijos. También puede ofrecer acceso a cuidados médicos, curativos o preventivos.”³²

Esta es una definición general que incluye tanto programas de seguridad social contributivos, como programas de asistencia, ciñéndose a lo señalado por la normatividad que rige el sistema de seguridad social de cada país. Se trata, según lo señala la AISS, de un concepto de seguridad social dinámica para avanzar en el desarrollo, a través del fomento de políticas innovadoras, integrales y proactivas, con organizaciones eficientes de alto rendimiento. Para el efecto, la idea desde el mercado que debe desarrollarse según la AISS es “que se necesitan organizaciones eficaces y bien gestionadas para reforzar la credibilidad de la seguridad social y, en última instancia, su sostenibilidad.”³³

Por su parte la Organización Internacional del Trabajo – OIT, en su VI Informe *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa* en el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo 100ª reunión, 2011, ilustra afirmando que:

[l]os conceptos de *seguridad social* y *protección social* han ido cambiando con el tiempo y en la actualidad se emplean en todo el mundo con significados diversos. En razón de esta diversidad de sentidos, resulta muy difícil reformular una definición precisa de cada uno de estos conceptos, sobre todo porque ninguno se emplea de forma coherente sino que sus significados varían considerablemente según el país y las organizaciones internacionales de que se trate. Además, la terminología clásica se ha enriquecido con otras expresiones nuevas, como las de *transferencias sociales*, *transferencias monetarias*

³¹ “La AISS es una institución internacional que reúne organismos e instituciones de seguridad social. La misión de la AISS es promover una seguridad social dinámica como dimensión social de un mundo en proceso de globalización, a través del fomento de la excelencia en la administración de la seguridad social. Fundada en 1927, la Secretaría de la AISS tiene su sede en la Oficina Internacional del Trabajo en Ginebra.” Comprender la seguridad social [en línea], disponible en Internet: <http://www.issa.int/esl/Temas/Comprender-la-seguridad-social> Recuperado: 7 de Mayo de 2012.

³² Comprender la seguridad social [en línea], disponible en Internet: <http://www.issa.int/esl/Temas/Comprender-la-seguridad-social> Recuperado: 7 de Mayo de 2012.

³³ *Ibídem*.

*condicionadas o no condicionadas, y el Piso de Protección Social (régimen básico de protección social)*³⁴

Se comparte lo dicho por la OIT pues, como se ha visto, son múltiples los términos y conceptos alrededor de la seguridad social y la protección social. De hecho, en algunos casos se utilizan indistintamente como si fueran sinónimos, cuando no lo son. No obstante, la misma OIT en el documento antes mencionado, señala que para el informe emplearán “la expresión <<protección social>> con un criterio pragmático para referirse a la protección que proporcionan los sistemas de seguridad social en los casos en que existen riesgos y necesidades de índole social”³⁵, aunque en la mayoría de los casos, la OIT ha utilizado la expresión protección social para referirse a un sector que comprende programas relacionados con las condiciones dignas y justas en el trabajo, es decir, con una amplitud mayor a los programas tradicionales de seguridad social.

Resulta enriquecedor conocer las visiones sobre el concepto de seguridad social ya reseñadas, toda vez que permiten ver la importancia de la materia objeto de estudio y su evolución y constante transformación. No obstante, debe señalarse que para los efectos de este trabajo se adoptará la definición que el ordenamiento jurídico colombiano fija para la seguridad social. Esto por dos razones, la primera, porque desde el punto de vista jurídico, la seguridad social se entiende con una visión limitada al aseguramiento y a la asistencia para proteger a las personas de algunos riesgos en el marco de la organización de un sistema que combina las dos visiones, pues tiene seguros sociales para aquellos que tienen capacidad de pago y pueden contribuir con los servicios que demandan y a su vez, brinda ayuda a quienes no cuentan con recursos y requieren de mecanismos de asistencia. La segunda, porque la visión de seguridad social que aquí se sigue debe ser consecuente con la utilizada por parte del Departamento Nacional de Estadística – DANE en sus mediciones, particularmente en la Gran Encuesta Integrada de Hogares – GEIH.

³⁴ Organización Internacional del Trabajo – OIT Informe VI *Seguridad Social para la justicia social y una globalización equitativa*. Discusión recurrente sobre la protección social (seguridad social) en virtud de la Declaración de la OIT relativa a la justicia social para una globalización equitativa, 2011. Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra. ILC.100/VI, p.8.

³⁵ *Ibidem*, p.9.

Dado que se pretende revisar la cobertura en seguridad social para los trabajadores informales, y que para este propósito se siguen las estadísticas oficiales, debe asumirse, aunque no se comparta, el concepto limitado de seguridad social que en el escenario de la estadística se reduce a los subsistemas de pensiones y salud. Según aparece en el glosario de la Gran Encuesta Integrada de Hogares, “Seguridad Social: incluye salud y pensión”.

Este trabajo debe referirse entonces a la definición de seguridad social señalada por la Ley 100 de 1993, que aunque complementada por la Ley 789 de 2002 en la denominación de protección social, los componentes y las acciones que la integran, es uno de los componentes del sistema de protección social que es indagado en las encuestas y manejado en las estadísticas oficiales.

Como se ha dicho y al tener en cuenta los diferentes conceptos sobre seguridad social y protección social ya expuestos, no se considera que la definición de seguridad social adoptada por el DANE sea la más completa, pues se limita a indagar solo por dos subsistema: salud y pensiones, dejando por fuera asuntos como los riesgos profesionales y el subsidio familiar. Con todo, se entiende que esta visión estadística limitada permite determinar la cobertura en seguridad social, salud y pensiones para los trabajadores informales. Más adelante se precisará también quienes son considerados trabajadores informales.

Precisamente, como lo han asumido las nuevas tendencias, la seguridad social contemporánea impone la necesidad de adoptar políticas públicas para la protección de toda la población frente a los eventos que, aunque puedan parecer inciertos, amenazan a todos, como son la enfermedad, la invalidez, la vejez y la muerte. El Estado debe ser capaz de ofrecer la cobertura a estos riesgos para todos sus ciudadanos sin ningún tipo de discriminación.

En tal perspectiva este trabajo rescata, a pesar de la visión limitada de la seguridad social desde la estadística, aspectos que se consideran relevantes en la justificación de la necesidad de dar cobertura en materia de seguridad social a toda la población, propósito fundamental de los ordenamientos jurídicos que como el colombiano, consagran el derecho constitucional a la seguridad social y lo materializan a través de políticas públicas desde un sistema que presta el servicio y que se encuentra reglado desde lo jurídico.

Finalmente, al margen de los comentarios a las definiciones de seguridad social y teniendo en cuenta las consagraciones en los ordenamientos internacionales y nacionales que se muestran a continuación, más adelante se hace énfasis en dos dimensiones fundamentales de la seguridad social: su entendimiento como derecho y como servicio, cuya realización y funcionamiento implica políticas públicas y regulación normativa.

1.1.3 Consagración de la seguridad social en el ordenamiento normativo internacional y nacional

La importancia de la seguridad social se manifiesta, entre otras cosas, en su consagración en diferentes instrumentos jurídicos de carácter internacional y nacional. Además, se considera que como mínimo, un entendimiento moderno de la seguridad social debe involucrar los elementos señalados en tales ordenamientos que tienen validez universal.

A continuación se mencionan los principales instrumentos jurídicos internacionales con carácter vinculante que consagran el derecho a la seguridad social:

- **Declaración Universal de Derechos Humanos³⁶**

La Declaración Universal de Derechos Humanos es uno de los más importantes instrumentos de derechos humanos del sistema universal con carácter general. Esta Declaración en su artículo 22 reconoce que:

³⁶ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en Resolución 217 a (III), de 10 de Diciembre de 1948 (Nueva York, 1948).

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Y en el artículo 25 consagra el derecho a un nivel de vida adecuado que incluye la asistencia médica, los servicios sociales y seguros ante contingencias, así:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –**

PIDESC³⁷

El PIDESC consagra en su artículo 9 el derecho a la seguridad social bajo el entendido que “[l]os Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como órgano del sistema de Naciones Unidas que supervisa la vigilancia del PIDESC, emite observaciones generales sobre los derechos consagrados en el pacto. El 4 de febrero de 2008 emitió la Observación General No. 19³⁸ relativa a “El derecho a la seguridad social (artículo 9)”, documento en el que el Comité reitera su preocupación por la falta de acceso a una seguridad social

³⁷ Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigencia el 3 de enero de 1976. Fue ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969.

³⁸ Aprobada el 23 de noviembre de 2007 en el 39º período de sesiones en Ginebra. Véase, Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19 (2008), E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008.

adecuada, y aborda de manera sistemática el contenido normativo del derecho a la seguridad social.

Además, el Pacto establece en su artículo 12³⁹ el derecho a la salud en los siguientes términos:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

- **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Protocolo de San Salvador**

En el marco de los instrumentos del sistema regional de derechos humanos de carácter general, el llamado Protocolo de San Salvador desarrolla aún más los derechos consagrados en el PIDESC y establece en su artículo 9 el derecho a la seguridad social y en su artículo 10 el derecho a la salud en los siguientes términos:

Artículo 9 Derecho a la seguridad social:

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.
2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

³⁹Frente al artículo 12 del PIDESC, el Comité emitió la Observación General No. 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, donde desarrolla el contenido del derecho a la salud y describe las obligaciones de los Estados en la materia. Véase, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14 (2000), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

Artículo 10 Derecho a la salud:

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

- **Convenios de la Organización Internacional del Trabajo – OIT**

La OIT tiene por mandato fomentar programas que permitan ampliar la protección en seguridad social para todas aquellas personas que lo necesitan.⁴⁰ En desarrollo de este precepto, la OIT ha adoptado convenios y recomendaciones relacionados con la seguridad social, en el 2002 el Consejo de Administración de la OIT confirmó ocho convenios actualizados sobre seguridad social: Convenio 102 de 1952 sobre la seguridad social; Convenio 118 de 1962 sobre la igualdad de trato en materia de seguridad social; Convenio 121 de 1964 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; Convenio 128 de 1967 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes; Convenio 130 de 1969 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad; Convenio 157 de 1982 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social; Convenio 168 de 1988 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo; y, Convenio 183 de 2000 sobre la protección de la maternidad.⁴¹

Colombia no ha ratificado ninguno de estos convenios. Con todo, debe señalarse que de los convenios relacionados con la seguridad social antes señalados, el más destacado es el 102

⁴⁰ Cfr. OIT. Declaración de Filadelfia de 1944.

⁴¹ Organización Internacional del Trabajo – OIT Informe VI *Seguridad Social para la justicia social y una globalización equitativa*. Discusión recurrente sobre la protección social (seguridad social) en virtud de la Declaración de la OIT relativa a la justicia social para una globalización equitativa, 2011. Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra. ILC.100/VI, p.13.

de 1952, el cual es conocido como norma mínima en la materia, que diferencia entre nueve categorías o ramas de la seguridad social: asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez, prestaciones de sobrevivientes.

- **Código Iberoamericano de Seguridad Social – Ley 516 de 1999**

La Ley 516 de 1999 aprobó el Código Iberoamericano de Seguridad Social, “acordado por unanimidad en la "Reunión de Ministros - Máximos Responsables de Seguridad Social de los Países Iberoamericanos", celebrada en Madrid (España) los días dieciocho (18) y diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).”⁴² Este Código “reconoce a la Seguridad Social como un derecho inalienable del ser humano” necesario para alcanzar el bienestar, la integración, la estabilidad y el desarrollo de la sociedad.

En el artículo 4 del Código en mención, se dice que “los Estados se comprometen a elevar progresivamente el nivel mínimo de seguridad social inicialmente asumido”, y en el artículo 9 se establece que “[e]l derecho a la Seguridad Social debe extenderse de forma progresiva a toda la población, sin discriminaciones por razones personales o sociales.”⁴³

Además, en el Código Iberoamericano de Seguridad Social se desarrollan principios mínimos en la materia, así como prestaciones mínimas de alcance universal.

Se ha de indicar, después de señalar estas referencias a algunos instrumentos jurídicos internacionales, que se cuenta con mínimos normativos que buscan establecer derechos y fijar parámetros de funcionamiento para hacerlos realidad. Así mismo, debe decirse que no se trata sólo de aspiraciones o utopías toda vez que se fijan obligaciones para el Estado, como ente responsable de la realización de los derechos, que se constituyen en claros mandatos para los gobiernos los cuales pueden ser exigidos por los ciudadanos.

⁴² Véase Ley 516 de 1999.

⁴³ *Ibidem*.

En el ordenamiento colombiano también existen disposiciones normativas relativas a la seguridad social. El Estado social de derecho que se constituyó en Colombia con la Constitución de 1991 cambió de manera enfática el entendimiento de la seguridad social, pues al hacer una consagración amplia de derechos sociales, le confirió a los mismos una importancia tal que ha llevado al máximo tribunal en lo constitucional ha materializarlos en la vida cotidiana de los ciudadanos que así lo han demandado. En efecto, el reconocimiento no solo jurídico sino material de los derechos a la salud y al trabajo, junto con el derecho a la seguridad social en general, han permitido avanzar en la consolidación del Estado social de derecho colombiano.

En el capítulo II sobre los derechos sociales, económicos y culturales, la Constitución Política de 1991 consagra en su artículo 48 el derecho irrenunciable a la seguridad social, que a su vez es un servicio público obligatorio que el Estado debe dirigir, coordinar y controlar desde la óptica de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Este trabajo quiere llamar la atención y hacer énfasis en el principio de universalidad que como se sabe irradia el sistema de seguridad social colombiano desde su creación con base en la misma norma constitucional señalada, la que además llama a la ampliación progresiva de la cobertura en la materia.

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral que tiene por objeto “garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten⁴⁴”. Según lo dice la misma ley, el sistema abarca las obligaciones del Estado, las instituciones y los recursos con destino a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y de servicios complementarios.

En el artículo 2 de la Ley 100 de 1993 se identifican y explican 6 principios bases del sistema: la eficiencia, la universalidad, la solidaridad, la integralidad, la unidad y la participación. Estos principios que deben integrarse con los del Sistema de Protección

⁴⁴ Artículo 1 de la Ley 100 de 1993.

Social, han sido complementados con otros establecidos en la Ley 1438 de 2011 que reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre los que se tiene, además de la universalidad, el de la obligatoriedad de afiliación al sistema en salud para todos los residentes en Colombia.

Como se ha dicho, este trabajo quiere enfatizar en el principio de universalidad, el cual es entendido en la Ley 100 de 1993 como “la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida”⁴⁵.

1.1.4 La seguridad social como derecho

La seguridad social ha sido reconocida como un derecho humano en diferentes ordenamientos y escenarios. Es claro desde las perspectivas jurídica y política que la seguridad social implica la concepción de un derecho subjetivo, en cabeza de las personas, para demandar la protección de los riesgos sociales.

Dado que este trabajo quiere seguir un concepto de seguridad social desde un enfoque basado en los derechos, lo que alude a la finalidad de la realización efectiva de la seguridad social integral para todos los individuos, se tienen como referencia las disposiciones de los instrumentos jurídicos internacionales que ya se refirieron, entre los que se cuenta con el documento dentro del sistema de Naciones Unidas ya señalado, la Observación General No. 19 sobre el derecho a la seguridad social, que desarrolla el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁶. La Observación al reconocer la importancia del derecho a la seguridad social como medio para garantizar la dignidad humana y con el fin de colaborar a los Estados en la aplicación del PIDESC, desarrolla el contenido normativo del derecho a la seguridad social, las obligaciones de los Estados

⁴⁵ Artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

⁴⁶ Como lo indican Victor Abramovich y Christian Courtis, las Observaciones Generales dictadas por el Comité, como órgano de aplicación, contribuyen a esclarecer el sentido de los derechos, las correspondientes obligaciones para los Estados y equivalen a su jurisprudencia en relación con el contenido del Pacto, del cual es el único órgano de aplicación. Véase ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, S.A. Madrid, 2004, p.67, 68.

partes en el PIDESC, las violaciones, la aplicación en el plano nacional y las obligaciones de terceros.

Téngase en cuenta que para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “[e]l derecho a la seguridad social incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o el privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales.”⁴⁷

Repárese en que para facilitar la prestación real del derecho humano a la seguridad social y su materialización concreta, sin ninguna discriminación, se requiere la definición de un contenido mínimo del derecho. En el desarrollo de esta tarea, el Comité PIDESC ha señalado que son elementos fundamentales del derecho a la seguridad social⁴⁸:

1. La disponibilidad de un sistema de seguridad social; el cual debe funcionar al margen del tipo de enfoque o planes que se adopte y debe ser administrado o supervisado eficazmente por las autoridades públicas.
2. Los riesgos o imprevistos sociales que el sistema debe comprender. El Comité agrupa los riesgos en nueve ramas: 1. Atención de salud; 2. Prestaciones económicas por enfermedad; 3. Prestaciones por vejez; 4. Prestaciones por desempleo; 5. Prestaciones por accidentes laborales; 6. Prestaciones familiares; 7. Prestaciones por maternidad; 8. Apoyo a la discapacidad; 9. Prestaciones a sobrevivientes y huérfanos.
3. Un nivel suficiente en las prestaciones, tanto en importe como en duración; con una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones y la cuantía de la prestación.
4. La accesibilidad al sistema; lo que alude a: a) la cobertura de todas las personas, incluidos los más desfavorecidos o marginados, aunque sea a través de planes no contributivos; b) condiciones razonables, proporcionadas y transparentes para tener las prestaciones; c) asequibilidad al sistema a través de cotizaciones previamente definidas y

⁴⁷ Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19 (2008), E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, p.4.

⁴⁸ Véase Observación General No. 19 (2008), E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, p. 4 y ss.

que no comprometan el ejercicio de otros derechos; d) participación e información de los beneficiarios en la administración del sistema; y e) acceso físico a los servicios y las prestaciones que deben concederse oportunamente.

5. El reconocimiento de la relación del derecho a la seguridad social con otros derechos, particularmente frente a los derechos de las personas con discapacidad, los derechos de los niños, los adultos mayores y en general los grupos marginados y desfavorecidos como los campesinos y “las personas que trabajan por cuenta propia en el sector no estructurado.”⁴⁹

Todos los elementos señalados resultan esenciales para materializar el derecho a la seguridad social, fundamental para la dignidad humana y para ciertamente, desde una visión económica, asegurar el capital humano entendido como la capacidad de las personas para producir e interactuar en la sociedad. Estas razones justifican la presencia de elementos mínimos desde una concepción de derechos en la normatividad y en las políticas del Estado sobre la seguridad social.

En el terreno de relación entre derecho y política, un aspecto que conviene considerar es el de los costos de los derechos. Es innegable que la cobertura de los derechos sociales, en particular del derecho a la seguridad social, cuesta dinero y por lo tanto está determinada por el gasto social. Se requiere entonces de disposición de los gobiernos para decidir financiar con los dineros públicos la materialización del derecho a la seguridad social de todos los ciudadanos. En efecto, dado que la sociedad ha reconocido que este derecho sirve a propósitos colectivos, es decir, la seguridad social representa un interés público, para el bienestar de la comunidad en su conjunto, así como el tratamiento justo de sus distintos miembros, se requiere invertir en éste⁵⁰. No podrá desconocerse que la seguridad social mejora la calidad de vida individual y colectiva; y para lograrlo requiere de políticas de inclusión a quienes están por fuera de la cobertura del sistema de seguridad social.

⁴⁹ Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19 (2008), E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, p.10.

⁵⁰ HOLMES, Stephen. SUSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos – Por qué la libertad depende de los impuestos*, primera edición, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011, p. 138.

1.1.5 La seguridad social como política pública

Uno de los rasgos característicos de la seguridad social es contar con un alto contenido político, por lo que incluso puede ser confundida con la política social⁵¹, cuando en realidad forma parte de ésta. La seguridad social como *welfare* o bienestar⁵² es un objetivo de la política social, pues permite “reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social”⁵³ de todas las personas en la sociedad, protegiéndolas de eventos que pueden afectar negativamente sus vidas y su dignidad.

Como lo señala Amartya Sen (2000), al margen del sistema económico que se adopte, “[l]a *seguridad protectora* es necesaria para proporcionar una red de protección social que impida que la población afectada caiga en la mayor de las miserias y, en algunos casos, incluso en la inanición y la muerte. El aspecto de la seguridad protectora comprende mecanismos institucionales *fijos* como las prestaciones por desempleo y las ayudas económicas fijadas por la ley para los indigentes, así como mecanismos ad hoc como ayudas para aliviar las hambrunas o empleo público de emergencia para proporcionar unos ingresos a los pobres.”⁵⁴

Desde una noción amplia de desarrollo, Sen (2000) se refiere a las oportunidades sociales, como lo es el sistema de seguridad o protección social, como un presupuesto de la libertad, que a su vez es determinante de las capacidades de los individuos para fomentar el desarrollo económico y reducir las tasas de mortalidad, lo que a su vez puede contribuir en la reducción de las tasas de natalidad, reforzando la influencia en la educación.⁵⁵

⁵¹ Cesar Giraldo (2007) entiende la política social como aquella que se encarga de la “provisión de bienes y servicios sociales indispensables para la reproducción de la fuerza de trabajo, el mantenimiento de la armonía social, y la regulación de las relaciones sociales.” GIRALDO, Cesar, Ob. Cit., p.56.

⁵² El bienestar tiene varias dimensiones además del ingreso que permite el acceso a bienes y servicios, como la educación, la cultura, la salud y la seguridad social.

⁵³ Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19 (2008), E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, p.2.

⁵⁴ SEN, Amartya. *Desarrollo y Libertad*, primera edición, Barcelona, Editorial Planeta S.A., 2000, p. 59.

⁵⁵ Cfr. SEN, Amartya. *Desarrollo y Libertad*, primera edición, Barcelona, Editorial Planeta S.A., 2000, p. 60.

Se trata de una cadena, que refuerza la interrelación de derechos humanos, en donde la seguridad social como ideal de política social que materializa la justicia social, es una oportunidad para potencializar las capacidades de los individuos en aras de alcanzar el bienestar y la vida digna en una sociedad verdaderamente justa.

Así, la seguridad social es entonces un determinante de las capacidades de los individuos y por lo tanto, las acciones de política específica en seguridad social tienen efectos en la realización efectiva del derecho a la seguridad social. El desarrollo de la seguridad social se concibe y se logra a través de un sistema que, siguiendo el esquema jurídico y político, garantice y materialice los elementos fundamentales del derecho a la seguridad social.

Arenas Monsalve (2011) hace referencia a la distinción entre la política y el derecho de la seguridad social, en el entendido que la política “consiste en la búsqueda de ese ideal de protección social dentro de estos principios básicos: universalidad subjetiva (protección a todos los ciudadanos), universalidad objetiva (protección global de riesgos sociales), igualdad protectora (protección en igual cuantía sin distinciones según la causa), unidad de gestión y solidaridad financiera.”⁵⁶ De otro lado, el derecho de la seguridad social, es entendido por Arenas como “el medio o instrumento a través del cual se pretende conseguir una finalidad política.”⁵⁷

Ya se ha dicho, todas las personas tienen derecho a la seguridad social sin ningún tipo de discriminación, pero ¿sobre quien recae hoy la obligación de brindar seguridad y asistencia ante los riesgos? Para Cesar Giraldo (2007) la protección social, como política de Estado, nace con el modelo capitalista de producción, pues se rompen los vínculos tradicionales de protección desde la familia, la iglesia y para llenar ese vacío social y asumir las nuevas formas salariales generalizadas el Estado debe asumir la protección social de sus ciudadanos. Sin embargo ese papel del Estado cambia, como ya se señaló, a medida que se ha desarrollado la seguridad social.

⁵⁶ *Ibidem*, p.11.

⁵⁷ *Ibidem*, p.11.

El Estado social de derecho amplía los derechos humanos más allá de los civiles y políticos. Las políticas públicas, de conformidad con los principios rectores de la Constitución y del sistema legal deben materializar los derechos; a los gobiernos les corresponde un papel central en la creación de “auténticas políticas ligadas al cumplimiento de derechos.”⁵⁸

Téngase en cuenta que las políticas en materia de seguridad social no deben ser diseñadas en vacío, sin tener en cuenta las variables sociales y culturales, además de las políticas y económicas de la realidad colombiana. Siguiendo a Pisarello (2007) “[d]e lo que se trata, así, es de propiciar la creación de <<redes>> o <<círculos>> normativos e interpretativos <<virtuosos>> que conduzcan, a través de un diálogo bilateral y multilateral entre órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales de diferentes escalas, a la delimitación al alza tanto de los contenidos básicos, mínimos, como de los diferentes contenidos adicionales que puedan darse a los derechos sociales.”⁵⁹

Los referentes normativos referidos en aparte anterior establecen los mínimos, corresponde entonces a las políticas públicas materializarlos. Como lo señala López Villegas (2011) “para llegar a la seguridad social contemporánea es necesario que se formule y maduren políticas de Estado sobre la protección en los eventos que, de manera general, amenazan a todos, como la enfermedad, la invalidez, la vejez, pero ahora bajo una nueva perspectiva: que el Estado es el responsable de ofrecer dicha protección.”⁶⁰

No todos las personas pueden proveerse protección ante eventos ciertos pero indeterminados, si el ciudadano no puede asegurarse una vida digna porque no puede darse a sí mismo seguridad social, es deber del Estado garantizar este derecho a través de un sistema que satisfaga las necesidades sociales. Así, la seguridad social debe fortalecer su dimensión pública, sin dejar de lado la responsabilidad privada que cabe para la realización de la misma. Siguiendo a López Villegas (2011) es necesario vencer la resistencia a la

⁵⁸ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías – Elementos para una reconstrucción*. Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2007, p. 130.

⁵⁹ *Ibíd*em, p.131.

⁶⁰ LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo, *Ob. Cit.*, p.44.

beneficencia a cargo del Estado por el riesgo moral que se genera cuando la gente no se vale por sí misma⁶¹, lo que no significa que la seguridad social deba centrarse en políticas asistencialistas. Más bien, se comparte la idea de que las políticas públicas sobre seguridad social deben enfocarse en la universalidad para que todos los individuos, al margen de si son trabajadores con una vinculación jurídica contractual con un empleador, o son trabajadores independientes o por cuenta propia tengan protección social.

Como lo indica Cesar Giraldo (2007) el criterio de clasificación de las políticas sociales puede ser el de las políticas predominantes, pues un Estado puede tener elementos tanto de políticas asistencialistas como de aseguramiento o universales; “el avance de un modelo a otro está relacionado con el avance de los derechos sociales en cada país”.⁶²

La política social en materia de seguridad social es el producto de consagraciones normativas, desarrollos constitucionales, tendencias políticas y económicas y de gestión pública. Con todo, la lógica desde la que se quiere entender la política de seguridad social en este trabajo, es la de los derechos humanos, que permita la materialización de las garantías sociales y no solo la existencia de un mercado con visión tecnocrática de lo social.

Finalmente debe decirse que en Colombia, desde la política pública se hace referencia a la existencia de un Sistema de Protección Social, que comprende el aseguramiento y la asistencia, del primero hace parte en estricto sentido, el Sistema General de Seguridad Social con un régimen contributivo de salud, de pensiones y de riesgos profesionales, así como el Sistema de Subsidio Familiar administrado por las cajas de compensación familiar; y del segundo, los programas universales y focalizados de asistencia dirigidos a la población más pobre y vulnerable del país.

Existe un desafío: mejorar el sistema de seguridad social en particular y el de protección social en general con políticas públicas eficaces y eficientes en la inclusión de la población

⁶¹ Cfr. LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo, Ob. Cit., p.44.

⁶² Cfr. GIRALDO GIRALDO, Cesar Ob. Cit., p.60.

que aún no está cubierta en sus riesgos sociales por el sistema. Sin embargo, como lo indica la CEPAL en su documento *La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad*, “[I]a noción de protección social basada en derechos no se limita a respuestas asistenciales o paliativas, sino que se extiende a políticas de desarrollo del capital humano y prevención de riesgos.”⁶³

1.1.6 Riesgos sociales cubiertos por la seguridad social y prestaciones

El ser humano tiene necesidades permanentes, todos están expuestos a enfermarse, esperan llegar a la vejez, y la muerte sucederá en cualquier momento. Como lo señalan Holzmann y Jørgensen en su documento sobre el manejo social del riesgo, “todas las personas, hogares y comunidades son vulnerables a múltiples riesgos de diferentes orígenes, ya sean éstos naturales (como terremotos, inundaciones y enfermedades) o producidos por el hombre (como desempleo, deterioro ambiental y guerra). Estos eventos afectan a las personas, comunidades y regiones de una manera impredecible o no se pueden evitar, por lo tanto, generan y profundizan la pobreza.”⁶⁴

En efecto, existen riesgos de carácter individual, relacionados con la salud, la vejez y la muerte que afectan a todas las personas sin diferenciación; también existe riesgo al desempleo y a la quiebra económica. También existen riesgos de carácter colectivo que afectan a un mayor número de personas como los desastres naturales o los cambios climáticos. Tales riesgos pueden ser causados por el hombre, o pueden ser causados por la naturaleza. Igual, todos son riesgos que influyen en el bienestar y por lo mismo nadie quiere estar sometidos a ellos ni a sus efectos.

A partir del entendimiento que hace la OIT de la seguridad social como acceso a la asistencia médica y garantía de ingresos en caso de vejez, enfermedad, invalidez,

⁶³ NACIONES UNIDAS – CEPAL, *La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad*, Trigésimo primer período de sesiones de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), Montevideo, Uruguay, 20 al 24 de marzo de 2006, p. 37.

⁶⁴ HOLZMANN, Robert; JØRGENSEN, Steen. Ob. Cit., p.4.

accidentes en el trabajo o enfermedades profesionales, maternidad, o pérdida del principal generador de ingresos de una familia, se reseñarán a continuación los riesgos a los que el Sistema Integral de Seguridad Social Colombiano da cobertura.

El sistema de seguridad social colombiano establecido por la Ley 100 de 1993, fue creado con el objetivo de garantizar prestaciones económicas y asistenciales ante las contingencias económicas y de salud. Repárese en que tales garantías dentro del sistema se enfocan en “quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema.”⁶⁵ Aunque, también se tiene como objetivo “garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente como campesinos, indígenas y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral”⁶⁶.

Según el artículo 8 de la Ley 100 de 1993, el sistema de seguridad social integral está conformado por los regímenes establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios. Como ya se dijo, este trabajo abordará una visión estadística limitada de seguridad social, por lo que a continuación solo se expondrán las contingencias y prestaciones correspondientes para los subsistemas de salud y de pensiones⁶⁷.

Se trata de subsistemas autónomos, pues cada uno tiene normatividad propia que los regula, entidades que los administran, mecanismos de afiliación diferentes, regímenes de financiación y de cotización, entidades de control distintas y contingencias y prestaciones diferenciadas. A estas últimas se hará referencia a continuación.

⁶⁵ Artículo 6 de la Ley 100 de 1993.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ La Ley 100 de 1993 se ocupa fundamentalmente de la determinación de los subsistemas de salud y pensiones, hace una mera referencia al ámbito de los riesgos profesionales y de los servicios sociales complementarios al señalar que el Gobierno Nacional debe reglamentar estas materias.

En materia de salud, el riesgo amparado es la enfermedad o alteración de la salud; tanto desde la prevención como desde la asistencia. En el sistema de salud coexisten dos regímenes, el contributivo y el subsidiado. El primero funciona para quienes tienen capacidad de pago y efectúan cotizaciones⁶⁸ directamente o en concurrencia con su empleador. El segundo está dirigido a aquellas personas que no tienen recursos para hacer cotizaciones al subsistema.

De acuerdo con la Ley 100 de 1993 en el régimen contributivo de salud están las personas que tienen capacidad de pago, como los empleados que devenguen un salario mínimo o más, los pensionados y los trabajadores independientes que devenguen más de un salario mínimo. Si se efectúa una afiliación y se hacen las cotizaciones, se tendrá derecho al otorgamiento de las siguientes prestaciones:

- Prestaciones asistenciales: atención preventiva, médica, quirúrgica y suministro de medicamentos esenciales de acuerdo con el plan obligatorio de salud – POS (Art. 156 Ley 100 de 1993).
- Prestaciones económicas: subsidio económico por enfermedad durante la incapacidad médica, licencia de maternidad y licencia de paternidad.

En el régimen subsidiado están cubiertas aquellas personas pobres y vulnerables que sean identificadas a través del SISBEN – Sistema de identificación de beneficiarios de subsidios por parte del Estado y que no tengan capacidad de pago. El régimen se financia con recursos públicos, aportes de la nación y de los entes territoriales. Las prestaciones que ofrece son únicamente asistenciales, es decir las de atención médica, quirúrgica y de

⁶⁸ Hoy en día la cotización al régimen contributivo de salud está fijada en 12.5% del ingreso base de cotización – IBC. Si existe una relación jurídica contractual, es decir, se es un trabajador asalariado con un contrato de trabajo, la cotización al sistema de seguridad social es compartida entre el empleador y el trabajador, el primero asume el 8.5% y el segundo el 4% restante. Los independientes también deben cotizar a salud sobre el 12.5% del ingreso. Artículo 204 de la Ley 100 de 1993.

entrega de medicamentos esenciales, de acuerdo con el plan obligatorio de salud subsidiado⁶⁹. En este régimen no se otorgan prestaciones económicas.

En el sistema de pensiones, se amparan las contingencias de la vejez y específicamente el retiro de la actividad laboral; así como la invalidez y la muerte siempre que sean de origen común, es decir, que no tengan como causa u origen un accidente o enfermedad profesional. Las prestaciones que otorga el sistema, siempre que se cumplan con los requisitos señalados en la ley son: la pensión de vejez, la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes y el auxilio funerario.⁷⁰

Como ya se indicó, no se tendrá en cuenta en este trabajo ni el sistema de riesgos profesionales ni el de subsidio familiar, pues aunque también integran el sistema de seguridad social colombiano, no son medidos por el DANE respecto de los trabajadores informales.

1.1.7 La universalidad como principio de la seguridad social

Uno de los objetivos primordiales de la seguridad social es el dar cobertura universal, lo que hace referencia a proteger a todas las personas de las contingencias que puedan ser producto de la enfermedad, la vejez, la invalidez o la muerte. Ello supone, la protección para todas las personas, sin hacer ningún tipo de diferenciación o discriminación, durante toda su vida, al margen de que cuenten o no con la capacidad económica para financiar la totalidad de las cotizaciones o contribuciones al sistema.

Este principio se funda entonces en el entendimiento de Estado social de derecho que al conjugarse con los demás principios permite la cobertura de todas las personas, incluidas las más vulnerables, sin que sea relevante la actividad o tipo de trabajo que la persona

⁶⁹ La sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional ordenó al gobierno cumplir con su obligación de unificación de los planes obligatorios de salud de los regímenes contributivo y subsidiado. Inicialmente se equipararon los POS para los menores de edad, luego para los adultos mayores y se espera que dentro de poco tiempo sean iguales para todos los afiliados al sistema de salud.

⁷⁰ Artículo 10 Ley 100 de 1993.

desarrolle. Tampoco debe ser determinante para tener cobertura del sistema de seguridad social, si la persona es asalariada o tiene una relación jurídica de dependencia con un empleador, o si labora como trabajador independiente o por cuenta propia. La inserción de una persona en el mercado laboral o en el sector formal de la economía no debe ser un criterio de cobertura para el sistema, toda vez que esto contraría el principio de universalidad y la efectiva realización del derecho a la seguridad social de las personas.

La OIT en su *Informe Mundial sobre la Seguridad Social 2010-2011: Brindar cobertura en tiempos de crisis, y después de las crisis* señala que gran parte de la población mundial que está en edad de trabajar y sus familias carecen de cobertura en los sistemas de protección social. Razón por la cual ha promovido la cobertura universal de seguridad social basada en la noción de un “piso de protección social a nivel mundial”. Esta noción implica una estrategia bidimensional, que como su nombre lo indica, supone dos dimensiones, una horizontal y otra vertical. Con la dimensión “horizontal” se busca extender a todas las personas un nivel mínimo o “modesto de seguridad de los ingresos y acceso a los cuidados de salud”, y con la dimensión “vertical” se pretende proporcionar un mayor grado de “seguridad en los ingresos y la protección de la salud, con arreglo al correspondiente desarrollo económico y social”.⁷¹

En esta vía, debería hablarse de universalidad para dar cobertura al ciento por ciento de la población y de integralidad en cuanto a la cobertura del ciento por ciento de los riesgos.

Un tratamiento diferenciado en cuanto al acceso y la cobertura de los riesgos de la seguridad social de los colombianos, desconoce el principio de universalidad que irradia todo el sistema de seguridad social colombiano y desatiende uno de los principios fundantes del Estado social de derecho como lo es la igualdad material y no solo formal⁷².

⁷¹ Organización Internacional del Trabajo – OIT Informe VI *Seguridad Social para la justicia social y una globalización equitativa*. Discusión recurrente sobre la protección social (seguridad social) en virtud de la Declaración de la OIT relativa a la justicia social para una globalización equitativa, 2011. Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra. ILC.100/VI, p.2.

⁷² Son múltiples las sentencias de la Corte Constitucional en las que se desarrolla el principio de universalidad del sistema de seguridad social, véanse entre otras: C- 739 de 2002, C- 623 de 2004, C-11 de 2006, C-760 de 2004, C-823 de 2006, C- 543 de 2007, C- 336 de 2008, T-760 de 2008, C-663de 2009, C-936 de 2011.

Las cuestiones hasta aquí planteadas apuntan al establecimiento de una política social, que específicamente en materia de seguridad social, tenga un enfoque de derechos. Ello supone que se establezcan mecanismos que garanticen el derecho de todas las personas a la seguridad social integral y el cumplimiento de las obligaciones del Estado para materializar efectivamente este derecho a todos los miembros de su sociedad.

Como ya se mencionó en la introducción, uno de los grupos poblacionales que se ve más afectado por la falta de cobertura del sistema de seguridad social colombiano es el de los trabajadores informales. Para comprender su situación, a continuación se delimitarán aspectos básicos en torno al concepto de trabajador informal.

1.2 GENERALIDADES SOBRE EL CONCEPTO DE TRABAJADOR INFORMAL

La informalidad es un concepto muy complejo, que puede ser abordado desde diferentes enfoques. No obstante, su significación es fundamental para que las políticas públicas de seguridad social puedan ser eficaces, toda vez que como fenómeno económico y social afecta el bienestar de la población y la cohesión social, noción esta última entendida por la CEPAL, según lo señala Víctor Tokman, como “la interacción entre mecanismos de inclusión/exclusión sociales y las respuestas y percepciones de la ciudadanía frente al modo en que operan. La cohesión social vincula los mecanismos de integración y bienestar con la plena pertenencia de los individuos, incluyendo el análisis de las distancias que separan a los miembros de la sociedad”⁷³.

Es diferente referirse a la economía informal o al sector informal de la economía que a los trabajadores informales. En general se utilizan como sinónimos cuando en estricto sentido no lo son. La informalidad es el género, el trabajador informal es una especie que se ubica dentro del género entendido en términos económicos como mercado informal. También existe otro género dentro de la especie de informalidad: la informalidad empresarial.

⁷³ TOKMAN, Víctor. *Informalidad, inseguridad y cohesión social en América Latina*. CEPAL, Serie Políticas sociales No. 130. Santiago de Chile, Marzo de 2007, p. 5.

Ciertamente existen dos dimensiones de la economía informal, una empresarial y otra del mercado de trabajo y el trabajador informal. Esta investigación se concentrará en el trabajador informal como sujeto de derechos, uno de ellos el de la seguridad social.

Como ilustración debe decirse que la informalidad empresarial se refiere a la unidad productiva o empresa que no cumple con las formalidades señaladas en la ley ni para constituirse ni para funcionar. En efecto, son aquellas empresas que no tienen registro mercantil, no llevan contabilidad, no tienen un registro ante la entidad encargada de los impuestos, no pagan tributos, y tampoco pagan la seguridad social de sus trabajadores.

Como en este trabajo no se hará referencia a los motivos o razones que llevan a la informalidad, tampoco se abordará la informalidad desde el mundo empresarial, que aunque determinante, merece un estudio detallado que no es objeto de este trabajo; el énfasis se efectuará sobre el concepto mismo de trabajador informal como sujeto de derechos, como ya se ha dicho. No obstante, se verá más adelante que la definición que utiliza el DANE para medir la cobertura a la seguridad social involucra a las empresas con pocos trabajadores y debería por lo tanto abordarse el mundo empresarial, pero no se quiere hacer aquí un análisis desde la empresa considerada informal sino desde el mismo trabajador informal.

1.2.1 Sector informal de la economía

La economía informal es un fenómeno multidimensional, por lo mismo complejo, que fue introducido como término económico por Keith Hart hacia los años setenta⁷⁴, y que fue asociado fundamentalmente con pobreza. Inicialmente, la OIT introdujo este concepto en su informe sobre Kenya en 1972 destacando que “el problema de empleo en países en

⁷⁴ TOKMAN, Víctor E. El sector informal posreforma económica” en AAVV, Informalidad y Exclusión Social, compilado por Carpio, J; Klein, E; Novakovsky, I, Parte I: Panorama regional del fenómeno de la informalidad y la exclusión social, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica-SIEMPRE-OIT, 2000. p 65-73.

desarrollo no es de desempleo, sino principalmente uno de trabajar sin percibir ingresos suficientes para sobrevivir. En él se encuentran los “trabajadores pobres”⁷⁵.

Gran parte de la literatura, hace una interpretación conceptual inicial de la informalidad sobre la base de la imposibilidad de los trabajadores de acceder a los mercados y los recursos productivos. Se hace énfasis en la baja productividad, criterio que segmenta el mercado laboral y lo estructura entre la formalidad y la informalidad. La manera de producir del trabajador es la unidad de análisis del sector informal, así, si la persona desarrolla actividades “subterráneas” que no lo proveen de recursos suficientes para vivir, que afectan su productividad, está en la economía informal.

Enrique Ghersi (1997) define la economía informal como “aquellas actividades que, teniendo fines lícitos, se sirven de medios ilícitos para llevarse a cabo. Por ello la característica económica más notable de las actividades informales es que tanto la gente directamente involucrada en ellas como la sociedad en general se encuentran mejor si la ley es violada que si es cumplida.”⁷⁶

En este sentido, existe economía informal porque hay personas que quieren trabajar siguiendo la ley, pero que no pueden, porque el mercado de trabajo no se los permite. La disponibilidad de empleos formales es cada vez menor, el aparato productivo formal no genera los suficientes puestos de trabajo, con múltiples consecuencias para la eficiencia económica y para el bienestar.

Se complementa esta noción al entender el mercado informal como aquel que funciona por fuera del Estado, por fuera de los circuitos de la economía que están bajo la regulación del Estado, lo que lleva a la clandestinidad, pues no se hacen registros ni comerciales ni contables y no se pagan impuestos, entre otras inadvertencias, como ya se señaló frente a la dimensión empresarial de la informalidad.

⁷⁵ TOKMAN, Víctor. *Informalidad, inseguridad y cohesión social en América Latina*. CEPAL, Serie Políticas sociales No. 130. Santiago de Chile, Marzo de 2007, p. 5.

⁷⁶ GHERSI, Enrique. El papel de la informalidad: El otro sendero una década después. En: *Perfiles Liberales*, Edición 53, 1997, p.64.

En una vía distinta, otros, como Hernando de Soto (1987)⁷⁷ han entendido la informalidad como un exceso de reglamentación en las sociedades y las economías. En su interesante trabajo de investigación sobre la realidad de la informalidad en el Perú, De Soto señala que el problema no es la economía informal sino el mismo Estado, el que en lugar de ayudar a quienes laboran en el sector informal, generalmente trabajadores pobres sin poder económico ni político, los obstaculiza mediante exceso de burocracia y reglamentación para acceder al mercado formal.

De hecho, parte de la conclusión lapidaria de Hernando de Soto (1987) es que “[e]n parte las instituciones legales están en crisis como resultado de la pérdida gradual de vigencia social frente a las incursiones de la informalidad en todos los ámbitos de la vida diaria.”⁷⁸

Esta perspectiva de informalidad podría conducir a la instauración, inclusive, de políticas poco legítimas, que no son el resultado del análisis de la realidad ni del llamado “pacto social”. Se tolera que muchos de los trabajadores informales estén por fuera de la cobertura del sistema de seguridad social y se desconoce su situación frente a los riesgos que tienen que asumir como trabajadores no cubiertos, cuando ocurren contingencias.

Aunque este trabajo no se referirá a las causas de la informalidad, sí se resalta lo señalado por De Soto (1987) sobre la importancia del proceso de migración del campo a la ciudad en la consolidación de la informalidad, así como la consolidación de organizaciones, porque hoy la informalidad no puede verse solo desde esa perspectiva, es necesario también incorporar el cambio en el mundo del trabajo, donde la relación contractual laboral es cada vez menor.

Para otros, la informalidad no se identifica con ilegalidad ni precariedad sino con fallas del mercado, en donde las relaciones entre los agentes económicos y el Estado generan exclusión sí, pero inciden en la disminución de la tasa de desempleo ante la incapacidad del

⁷⁷ De Soto muestra un trabajo empírico ilustrativo en su obra *El otro sendero: la revolución informal*, donde examina el desarrollo de la informalidad en las áreas de vivienda, comercio y transporte, sus modalidades y evolución histórica en el Perú.

⁷⁸ DE SOTO, Hernando. *El otro sendero: la revolución informal*, Editorial Oveja Negra, Bogotá, 1987, p. 283.

mercado laboral de generar empleo. Así, la informalidad genera un valor agregado a la economía pero no sigue las reglas legales, ni las normas laborales, ni las normas comerciales, ni las leyes tributarias.

1.2.2 Trabajador informal en el mercado de trabajo

Es pertinente recoger la definición que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española tiene de “informal” como un adjetivo que hace referencia a “Que no guarda las formas y reglas prevenidas”⁷⁹. Desde esta perspectiva, tradicionalmente se ha entendido que el trabajador informal es aquel que tiene un trabajo⁸⁰ precario o empleo⁸¹ que no cumple con los mínimos legales establecidos en cuanto a salario, prestaciones sociales, seguridad social y pagos tributarios.

El trabajador informal es un sujeto que desarrolla actividades por cuenta propia o como asalariado dentro de la economía informal. Es decir, despliega acciones lícitas en la producción de bienes o prestación de servicios, por las cuales obtiene un ingreso, que en la mayoría de los casos es mínimo o insuficiente.

En este sentido, también son trabajadores informales aquellos que laboran para empresas informales, perciben salario o remuneración, pero frente a ellos su empleador no cumple con las obligaciones legales, particularmente en la afiliación y pago de cotizaciones al sistema de seguridad social.

⁷⁹ Real Academia de la Lengua Española [en línea], disponible en Internet: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=contingencia Recuperado: 25 de Septiembre de 2011.

⁸⁰ Trabajo entendido como toda actividad libre, material o intelectual, que le permite a las personas producir bienes o servicios para satisfacer necesidades personales y sociales. Al ser un concepto genérico, es una concepción que incluye no solamente a los trabajadores que tienen una relación de dependencia con un empleador, también a los trabajadores independientes que realizan actividades productivas por cuenta propia.

⁸¹ Empleo entendido como aquella relación laboral en donde existe un contrato de trabajo o una vinculación legal o reglamentaria. Lo que significa que se da una prestación personal de un servicio por parte de un trabajador en beneficio de un empleador que como contraprestación le paga una remuneración o salario y que ejerce sobre éste una subordinación jurídica que le permite señalar las condiciones de modo, tiempo y lugar bajo las cuales se debe realizar la labor.

Son trabajadores que por lo general, tienen trabajos precarios, sin condiciones dignas y justas, con un nivel bajo de ingresos y sin cobertura de sus contingencias personales, familiares y sociales.

No obstante, debe señalarse que para los efectos de la Ley 1429 de 2010, conocida como “ley de formalización y generación de empleo”, según su artículo 2º, los tipos de informalidad de empleo son dos:

- a) Informalidad por subsistencia: Es aquella que se caracteriza por el ejercicio de una actividad por fuera de los parámetros legalmente constituidos, por un individuo, familia o núcleo social para poder garantizar su mínimo vital.
- b) Informalidad con capacidad de acumulación: Es una manifestación de trabajo informal que no necesariamente representa baja productividad.

De esta forma, la legislación nacional entiende que no en todos los casos, los trabajadores informales tienen escasos recursos, o bajos niveles de ingresos y por lo mismo se debe distinguir si un trabajador es informal porque se ha visto obligado o no puede laborar dentro de la formalidad o lo es porque así lo quiere; aspecto éste último que tiene que ver con las causas de la informalidad que no se abordarán en este trabajo, pero para cerrar el tema refiérase lo señalado por Enrique Ghersi (1997): “Los latinoamericanos sólo medimos la ley cuando el costo de cumplirla es mayor que su beneficio. La gente cumple la ley cuando le conviene; y cuando no le conviene, no la cumple. Es racional que sea así.”⁸²

Para un sector entonces, la visión de trabajador informal no puede estar dada únicamente por el poco ingreso que percibe, es posible que algunos trabajadores voluntariamente decidan estar en el sector informal de la economía y no cumplan con la ley. Sin embargo, la variable ingresos sí es determinante para tener cobertura del sistema de seguridad social integral y por lo mismo, el concepto de trabajador informal de esta investigación tiene que tener una perspectiva de trabajador informal que percibe pocos ingresos, lo que no le permite cotizar a la seguridad social. El criterio de cotización o no a la seguridad social por

⁸² GHERSI, Enrique. El papel de la informalidad: El otro sendero una década después. En: Perfiles Liberales, Edición 53, 1997, p.67.

falta de recursos económicos debería ser el fundamental para entender si se es trabajador formal o informal.

Se precisa también que en este estudio se considera como trabajador informal a quien está dentro de la legalidad, por lo tanto no son trabajadores informales aquellos que desempeñan actividades ilícitas, como contrabando, producción y tráfico de drogas, hurtos, trata de personas, entre otros delitos. El trabajador informal puede no cumplir las normas o estar por fuera de la economía formal, lo que no significa directamente que cometa delitos.

Al margen de cualquier consideración, el trabajador informal es una persona, sujeto de derechos, a quien se le debe realizar efectivamente su derecho a la seguridad social, es decir, deben tener protección suficiente frente a las contingencias de la seguridad social, en aplicación del principio de universalidad que da base al sistema de seguridad social integral y que busca la cobertura de toda la población en todos los riesgos.

Además, no se puede desconocer, y ya se verá en las cifras que se mostrarán más adelante, que los trabajadores informales son un grupo poblacional importante que tiene un peso político y que no pueden ser asumidos únicamente desde una visión económica, como una variable que incide en la economía o en el mercado de trabajo. Los trabajadores informales deben ser asumidos como sujetos, con el derecho a tener cobertura en seguridad social en iguales condiciones que los demás trabajadores.

1.2.3 Definición estadística de trabajador informal

¿Quién es considerado un trabajador informal hoy en Colombia? Es una pregunta que requiere respuesta para delimitar el concepto esencial que identifica el objeto de estudio.

Como ya se ha visto, no resulta sencillo esbozar una definición concreta y universal sobre trabajador informal, de hecho, se encuentran diferentes conceptos, pero este trabajo debe seguir una definición concreta, y dado que se revisarán las cifras sobre informalidad

presentadas por el Departamento Nacional de Estadística de Colombia - DANE, debe seguirse en este trabajo, aunque no se comparta, la definición estadística.

El DANE hace medición del empleo informal desde preguntas planteadas a las personas y los hogares en la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) que se aplica desde el año 2006⁸³. Y su referente conceptual para la aplicación de indicadores sobre informalidad son las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, que distinguen entre empleo informal, el cual se refiere al enfoque laboral desde las características de los empleos, y el sector informal que clasifica las unidades productivas desde un enfoque empresarial.

En la Resolución sobre las estadísticas del empleo en el sector informal, adoptada en Ginebra por la decimoquinta Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, en Enero de 1993, se señaló el siguiente concepto de sector informal:

El sector informal puede describirse en términos generales como un conjunto de unidades dedicadas a la producción de bienes o la prestación de servicios con la finalidad primordial de crear empleos y generar ingresos para las personas que participan en esa actividad. Estas unidades funcionan típicamente en pequeña escala, con una organización rudimentaria, en la que hay muy poca o ninguna distinción entre el trabajo y el capital como factores de producción. Las relaciones de empleo - en los casos en que existan - se basan más bien en el empleo ocasional, el parentesco o las relaciones personales y sociales, y no en acuerdos contractuales que supongan garantías formales.

Así, el sector informal para los fines estadísticos está compuesto por las empresas familiares que no están constituidas como una sociedad, que se dedican a actividades económicas con sus propios recursos. Dentro de las familias u hogares el sector informal incluye las empresas informales de personas que trabajan por cuenta propia⁸⁴.

⁸³ La Encuesta Nacional de Hogares (ENH) aplicada desde 1976 y hasta el 2000, fue la primera encuesta que a partir de 1986 midió la informalidad en Colombia. En el 2001, la ENH es remplazada por la Encuesta Continua de Hogares (ECH) que mide la informalidad hasta el 2006 cuando se empieza a aplicar la Gran Encuesta Integrada de Hogares.

⁸⁴ Véase Resolución sobre las estadísticas del empleo en el sector informal, adoptada en Ginebra por la decimoquinta Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, Enero de 1993, [en línea], disponible en Internet: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms_087486.pdf Recuperado: 28 de Septiembre de 2011.

Además, la OIT ha entendido que los asalariados tienen un empleo informal si su relación de trabajo no está sujeta a la legislación laboral nacional, al impuesto sobre la renta, a la protección social o a específicas prestaciones relacionadas con el empleo⁸⁵.

Bajo esta perspectiva y acogiendo diversas recomendaciones (Programa Regional de Empleo para América Latina y El Caribe – PREALC, 1978 y Grupo de Expertos de DELHI, 2001) el DANE acoge las siguientes características para considerar a una persona trabajadora hoy en Colombia como informal:

1. Los empleados particulares y los obreros que laboran en establecimientos, negocios o empresas que ocupen hasta cinco personas en todas sus agencias y sucursales, incluyendo al patrono y/o socio;
2. Los trabajadores familiares sin remuneración;
3. Los trabajadores sin remuneración en empresas o negocios de otros hogares;
4. Los empleados domésticos;
5. Los jornaleros o peones;
6. Los trabajadores por cuenta propia que laboran en establecimientos hasta cinco personas, excepto los independientes profesionales;
7. Los patronos o empleadores en empresas de cinco trabajadores o menos;
8. Se excluyen los obreros o empleados del gobierno⁸⁶.

Se identifica un problema en torno al concepto que sobre la informalidad se maneja en el escenario estadístico, pues en estricto sentido, no es posible afirmar que frente a todas las categorías que integran el concepto se está frente a un trabajador informal, así por ejemplo, existen trabajadores que laboran para un empleador que no tiene más de cinco trabajadores y que están afiliados y cotizando al sistema de seguridad social de manera integral, por lo tanto no pueden ser considerados informales. Tampoco podría afirmarse que todos los empleados domésticos son trabajadores informales, pues son trabajadores dependientes y por lo mismo se entiende que la regla general de afiliación al sistema de seguridad social opera también para ellos.

⁸⁵ Organización Internacional del Trabajo, 17ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, Ginebra, diciembre de 2003.

⁸⁶ Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Metodología Informalidad Gran Encuesta Integrada de Hogares, diciembre de 2009, [en línea], disponible en Internet: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/metodologia_informalidad.pdf Recuperado: 28 de Septiembre de 2011.

De acuerdo con lo dicho, se deduce un necesario replanteamiento del concepto de trabajador informal que este trabajo de grado no tiene como propósito. Se cuestiona la definición de informalidad manejada en Colombia desde lo estadístico, de hecho, no ha servido de mucho la definición estadística más que para determinar ciertas cifras de la informalidad como fenómeno económico, pero no como realidad social que debe ser modificada, particularmente en la cobertura en seguridad social a la que tienen derecho los trabajadores informales.

En síntesis, la informalidad es un tema que genera discusión. Dados los distintos enfoques y las múltiples causas y consecuencias de la informalidad, son muchos los elementos que deben tenerse en cuenta para desarrollar este tema a cabalidad, lo cual escapa a las posibilidades de este trabajo, que para dar respuesta a su pregunta de investigación, seguirá la definición estadística asumida por el DANE para calcular la cobertura en seguridad social de los trabajadores que se entienden como informales. Con los datos disponibles y desde el marco conceptual y teórico referido en esta investigación se efectuará el análisis.

1.2.4 El trabajo por cuenta propia o como independiente en la informalidad

No puede dejar de hacerse referencia al cambio en el mundo del trabajo. La idea de trabajador asalariado con una relación contractual es menor cada vez más. Lo que no desdibuja, desde el enfoque que asume este trabajo, la noción misma de persona trabajadora cuya dignidad humana se ve materializada a través del trabajo mismo y del derecho a la seguridad social. A este respecto téngase en cuenta que independientemente de la posición económico-política que se siga en relación con el mercado de trabajo, el entendimiento que aquí se hace sobre trabajo no se circunscribe solamente al trabajo a sueldo o bajo una relación asalariada; también se concibe como trabajo, la actividad humana desarrollada para “ganarse la vida” sin relación de dependencia o subordinación respecto de otro.

En otras palabras, no se puede perder de vista la noción de trabajador en sentido amplio que hace referencia también a la persona que labora por cuenta propia o de forma

independiente. Dentro de esta categoría se ubican muchos de los trabajadores informales, sin desconocer que también los hay asalariados y con relación de dependencia. Respecto de todos, trabajadores informales asalariados y trabajadores informales independientes o por cuenta propia, quiere reivindicarse su condición de personas trabajadoras con derecho a la seguridad social integral, real y efectiva.

Una aproximación al trabajador informal desde los derechos requiere repensar su concepción desde la diferencia. La primera diferenciación se hace entre los empleadores del sector informal y los trabajadores en sí. La segunda diferenciación se hace dentro del mismo grupo de trabajadores informales. Aunque las cifras estadísticas no permiten, de acuerdo con la realidad imperante, diferenciar si existe un vínculo o relación laboral con un empleador, los trabajadores informales pueden agruparse en términos genéricos, en dos grandes grupos:

- Los trabajadores que tienen empleos informales, trabajan para empleadores informales o empleadores formales que no los formalizan y que por lo tanto tampoco tienen cobertura en los riesgos que protege la seguridad social.
- Los trabajadores por cuenta propia, entendidos aquí también como independientes que no tienen cobertura en los riesgos que ampara la seguridad social.

Como la visión de trabajador informal de este trabajo está en la persona misma y no en la unidad empresarial, aunque la definición estadística y las demás definiciones incluyan a los empleadores, se considera que frente al primer grupo que la "solución" para otorgar cobertura en los riesgos de seguridad social está en su formalización y para ellos es precisamente que se han dictado normas que buscan luchar contra la informalidad. En efecto, como empresa o unidad productiva se tiene el deber, la obligación de formalizarse y ello les implica pagar la seguridad social de sus trabajadores, es decir, que al formalizarse como empresa empleadora se formalizan también sus trabajadores, quienes obviamente no son informales por su voluntad. La seguridad social de los trabajadores informales asalariados es importante, claro que sí, pero la solución para darles cobertura está principalmente, a través de la formalización del empleador, pues hay una relación jurídica

contractual, cualquiera sea la denominación que se le de que impone obligaciones como las de asumir la cotización compartida al sistema de seguridad social. Y la referencia aquí es al grado de cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social, debiendo apuntar hacia la noción de trabajo decente para disminuir la informalidad tanto para el trabajador como para el empleador.

El segundo grupo de trabajadores informales, aquellos que son independientes o por cuenta propia también se puede subdividir, de acuerdo a los ingresos. Toda vez que existen personas que trabajan quienes a pesar de tener medios o altos ingresos, se autoexcluyen del sistema por su propia voluntad. Las razones pueden ser varias, podría hablarse de riesgo moral, porque prefiere no cotizar al concluir que de todas formas, tendrá cobertura de planes, como sucede por ejemplo en salud. También podría tratarse de ignorancia o desconocimiento del sistema, inclusive porque se tengan prejuicios frente al mismo, o preferencias diferentes. Al margen de estas consideraciones, es evidente que existe un grupo de trabajadores informales por cuenta propia o independientes que tiene unas características especiales, fundamentalmente atadas a los pocos ingresos, que no les permiten cotizar al sistema y que por lo mismo, son más vulnerables a los riesgos.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO – NORMATIVIDAD Y POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSIÓN DEL TRABAJADOR INFORMAL AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL

Como fundamento teórico de este trabajo, resulta crucial precisar si en el marco jurídico del Sistema de Seguridad Social Integral se propende por políticas de universalización, en particular, si existen normas y políticas que permitan materializar el derecho a la seguridad social de los trabajadores informales.

En la actualidad se cuenta con numerosa normatividad de todo orden, que regula el Sistema de Seguridad Social Integral colombiano. Con el objeto de precisar el marco jurídico del derecho a la seguridad social aplicable específicamente a los trabajadores informales y de verificar si existen políticas públicas que propendan por la cobertura en seguridad social para este grupo de trabajadores, a continuación se relacionan las normas que se considera guardan correspondencia con el principio de universalidad y con la cobertura para los trabajadores informales; así mismo lo relacionado con este asunto en los dos últimos Planes Nacionales de Desarrollo.

Consiste este espacio pues, en determinar cómo la normatividad que refleja decisiones de política pública vertidas en el ordenamiento jurídico, puede aplicarse para dar cobertura a los trabajadores informales en los riesgos cubiertos por el sistema de seguridad social en Colombia.

2.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Aunque no hay una norma específica sobre la afiliación y cotización al sistema de seguridad social de las personas trabajadoras informales, son múltiples las normas de la Constitución Política de 1991 que guardan relación con el derecho a la seguridad social y a su funcionamiento, las cuales a continuación se describen.

2.1.1 La seguridad social como derecho y como servicio

El artículo 48 de la Constitución Política de 1991 señala que en el Estado colombiano se “garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”. Es claro

entonces que desde la misma “norma de normas” se le da a la seguridad social la categoría de derecho irrenunciable y que se debe garantizar para todos, entiéndase que también para los trabajadores informales. A la vez, la seguridad social es un servicio público dirigido, coordinado y controlado por el Estado, quien debe dar aplicación a tres principios fundamentales: eficiencia, universalidad y solidaridad.

Según lo señala la misma Constitución, para la prestación del servicio de seguridad social y la garantía de ese derecho, el Estado, con la participación de entidades públicas o privadas, debe ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social.

La Corte Constitucional ha desarrollado el entendimiento de la seguridad social en estas dos perspectivas en los siguientes términos:

Se ha entendido que una actividad económica se convierte en un servicio público, cuando se dirige “(...) *a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o de simples personas privadas...*”⁸⁷. Desde esta perspectiva, la seguridad social admite dicha categorización constitucional, por cuanto pretende la satisfacción de necesidades de carácter general, consistentes en amparar a toda la población colombiana, sin discriminación de ninguna naturaleza, durante todas las etapas de su vida, contra los riesgos o contingencias que menoscaben sus derechos a la integridad, salud, dignidad humana y mínimo vital, circunstancias frente a las cuales, se requiere de una prestación o cobertura continua y obligatoria, en aras de hacer efectivos los mandatos superiores previstos en el Texto Constitucional (preámbulo y artículos 1º, 2º y 5º de la Carta fundamental).

Esto significa que la seguridad social cumple con los tres postulados básicos para categorizar a una actividad como de servicio público, ya que está encaminada a la satisfacción de necesidades de carácter general, exigiendo el acceso continuo, permanente y obligatorio de toda la colectividad a su prestación, y además, siendo necesario e indispensable para preservar la vigencia de las garantías fundamentales en el Estado Social de Derecho.

(...)

De igual manera, la seguridad social se encuentra prevista en el Texto Superior como un derecho económico y social, el cual según la jurisprudencia

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de agosto 18 de 1970. M.P. Eustorgio Sarria.

constitucional⁸⁸, es considerado como un *derecho prestacional y programático*, ya que le otorga, por una parte, a todas las personas el derecho de exigir una determinada *prestación*, es decir, la realización de un hecho positivo o negativo por parte del deudor consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa a favor del acreedor⁸⁹, y por otra, en la mayoría de los casos, requiere para su efectividad realización, la sujeción a normas presupuestales, procesales y de organización, que lo hagan viable y, además, permitan mantener el equilibrio del sistema.

Es entonces comprensible, razonable y coherente que la efectividad del derecho a la seguridad social como derecho prestacional requiera, entre otros aspectos, de una estructura básica que permita atenderlo y de una constante asignación de recursos provenientes, en primer término, del calculo actuarial del mismo sistema, a través de tasas de cotización, semanas mínimas de permanencia, períodos de fidelidad, plazos de carencia, etc, y en segundo término, del subsidio implícito del Estado, quien a través de sus propios recursos fiscales, debe asegurar el acceso de todos los habitantes del territorio colombiano a los derechos irrenunciables de la seguridad social (C.P. art. 48)⁹⁰.

Además, de la completa exposición hecha por la Corte Constitucional, deben referenciarse los artículos constitucionales 53 y 365. El artículo 53 que impone la obligación al Congreso de expedir el Estatuto del Trabajo, por cierto incumplida por más de 20 años, señala como un principio mínimo fundamental del y en el trabajo: la “garantía a la seguridad social”. Por su parte, el artículo 365 de la Constitución Política, en donde se hace referencia a la íntima relación existente entre los servicios públicos y la finalidad social del Estado, establece el deber para el mismo Estado de “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”⁹¹.

No puede dejar de mencionarse el artículo 49 de la Constitución Política, el cual establece que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, quien debe garantizar a todas las personas, el “acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”, de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

⁸⁸ Véase, entre otras, las sentencias: T-102 de 1998, T-560 de 1998, SU-819 de 1999, SU-111 de 1997 y SU-562 de 1999.

⁸⁹ Véase: Sentencia C-432 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-623 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹¹ Artículo 365 de la Constitución Política de 1991.

También debe el Estado, establecer políticas para la prestación de servicios de salud por parte de entes privados, y ejercer su vigilancia y control. Los servicios de salud están organizados en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La Constitución le da la orden al legislador de señalar los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Sobre el servicio y el derecho, ya no solo constitucional sino también fundamental, a la salud, la Corte Constitucional ha desarrollado amplia y nutrida doctrina. Solo por mencionar un aparte, en la muy “renombrada” Sentencia T-760 de 2008 el Alto Tribunal constitucional señaló:

El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su *tutelabilidad*; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna⁹².

Esta sentencia T-760 de 2008 es ilustrativa en varios aspectos. Más adelante se hará mención a la misma nuevamente, pues aborda las condiciones básicas, que a la luz de la Constitución Política, la Corte Constitucional considera debe observar toda política pública orientada a garantizar un derecho constitucional, y este trabajo tiene como eje el derecho constitucional a la seguridad social.

2.1.2 Sistema de Beneficios Económicos Periódicos – BEP’s

En materia de pensiones, el Acto Legislativo 1° de 2005 modificadorio del artículo 48 constitucional, introdujo la figura de los beneficios económicos periódicos – BEP’s para

⁹² Corte Constitucional. Sentencia T-750 de 2008.

personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones fijadas por la ley para tener derecho a una pensión, los cuales podrán ser inferiores al salario mínimo, a pesar que la misma norma señala que ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente⁹³.

Se trata de un mecanismo de ahorro para la vejez que es independiente del subsistema general de pensiones, aunque sí forma parte del Sistema de Protección Social, que consiste en la consolidación de un ahorro a largo plazo “para lo cual podrán utilizarse incentivos puntuales y aleatorios que estimulen a las personas a ingresar y a permanecer ahorrando bajo este esquema de ahorro para la vejez. Los BEP’s serán resultado de este ahorro y estos incentivos y la idea es que les permitan a las personas de bajos ingresos recibir un apoyo que posibilite atender sus necesidades de recursos en la vejez.”⁹⁴

Según el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia, los BEP’s deben tener un esquema que debe:

- Diseñarse como una alternativa que no puede sustituir los beneficios que se obtienen cuando se accede al Sistema General de Pensiones.
- Estimular el ahorro a largo plazo entre las personas que ganan menos de un salario mínimo en promedio.
- Estimular la disciplina en un plan de ahorro y la permanencia en el mismo.
- Ofrecer flexibilidad en cuantía y periodicidad de aportes.
- Estar disponible en los sectores rural y urbano.
- Ser un instrumento de fácil comprensión para los ahorradores, que permita su inserción en el sistema financiero formal.
- Contar con incentivos puntuales y/o aleatorios para quienes ahorren en los respectivos períodos.
- Contar con incentivos periódicos durante el período de acumulación que se hagan efectivos a la finalización del período de acumulación y que guarden relación con el ahorro individual (fidelidad al programa y al monto ahorrado).
- Que a la finalización del período de acumulación, con el fondo de ahorro, se puedan obtener Beneficios Económicos Periódicos para la vejez.
- A la edad de jubilación del Régimen de Prima Media si no se obtiene una Garantía de Pensión Mínima se podrá hacer efectivo el incentivo puntual y se

⁹³ Lo que es entendible, porque el constituyente no considera a los BEP’s pensión. No están contemplados dentro del sistema integral de seguridad social.

⁹⁴ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Comunicado de prensa – 034, Beneficios Económicos Periódicos (BEPS), 5 de junio de 2009. [en línea] disponible en Internet: http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/MinHacienda/elministerio/prensa/Historicos/2009/2009_1/COMUNICADO%20034%20BENEFICIOS%20ECONOMICOS%20PERIODICOS%202009-JUN.pdf
Recuperado: 14 de Mayo de 2012.

podrán sumar los ahorros efectuados mediante este instrumento con los que realizaron al Sistema General de Pensiones, para acceder a los BEPS.⁹⁵

Los BEP's se han diseñado como una alternativa para las personas que perciben bajos ingresos y que por lo tanto no pueden cotizar dentro del sistema de seguridad social en pensiones, o que habiendo cotizado no alcanzan a obtener una pensión. A esta figura podrían acceder los trabajadores informales que ganan menos de lo equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual. El instrumento se enfoca entonces en los trabajadores de escasos ingresos, pues no puede fomentar la evasión de las cotizaciones al sistema de pensiones obligatorio de aquellos trabajadores que perciben medios o altos ingresos.

La Ley 1328 de 2009 por medio de la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones regula en su artículo 87 los Beneficios Económicos Periódicos en los siguientes términos:

Las personas de escasos recursos que hayan realizado aportes o ahorros periódicos o esporádicos a través del medio o mecanismo de ahorro determinados por el Gobierno Nacional, incluidas aquellas de las que trata el artículo 40 de la Ley 1151 de 2007 podrán recibir beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, de los previstos en el Acto legislativo 01 de 2005, como parte de los servicios sociales complementarios, una vez cumplan con los siguientes requisitos:

1. Que hayan cumplido la edad de pensión prevista por el Régimen de Prima Media del Sistema General de Pensiones.
2. Que el monto de los recursos ahorrados más el valor de los aportes obligatorios, más los aportes voluntarios al Fondo de Pensiones Obligatorio y otros autorizados por el Gobierno Nacional para el mismo propósito, no sean suficientes para obtener una pensión mínima.
3. Que el monto anual del ahorro sea inferior al aporte mínimo anual señalado para el Sistema General de Pensiones.

PARÁGRAFO. Para estimular dicho ahorro a largo plazo el Gobierno Nacional, con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional y teniendo en cuenta las disponibilidades del mismo, podrá establecer incentivos que se hagan efectivos al finalizar el período de acumulación denominados periódicos que

⁹⁵ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Comunicado de prensa – 034, Beneficios Económicos Periódicos (BEPS), 5 de junio de 2009. [En línea] disponible en Internet: http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/MinHacienda/elministerio/prensa/Historicos/2009/2009_1/COMUNICADO%20034%20BENEFICIOS%20ECONOMICOS%20PERIODICOS%202009-JUN.pdf
Recuperado: 14 de Mayo de 2012.

guardarán relación con el ahorro individual, con la fidelidad al programa y con el monto ahorrado e incentivos denominados puntuales y/o aleatorios para quienes ahorren en los períodos respectivos.

En todo caso, el valor total de los incentivos periódicos más los denominados puntuales que se otorguen no podrán ser superiores al 50% de la totalidad de los recursos que se hayan acumulado en este programa, de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

Los incentivos que se definirán mediante los instructivos de operación del Programa Social Complementario, denominado Beneficios Económicos Periódicos, deben estar orientados a fomentar tanto la fidelidad como la cultura del ahorro para la vejez.

En todo caso, el ahorrador sólo se podrá beneficiar del incentivo periódico si cumple con los requisitos establecidos en los numerales anteriores y ha mantenido los recursos en el mecanismo a la fecha de obtener un Beneficio Económico Periódico, salvo el caso de los incentivos aleatorios.

Como mecanismo adicional para fomentar la fidelidad y la cultura del ahorro el Gobierno determinará las condiciones en las cuales los recursos ahorrados podrán ser utilizados como garantía para la obtención de créditos relacionados con la atención de imprevistos del ahorrador o de su grupo familiar, de conformidad con la reglamentación que se expida para tal efecto.

También se podrá crear como parte de los incentivos la contratación de seguros que cubran los riesgos de invalidez y muerte del ahorrador, cuya prima será asumida por el Fondo de Riesgos Profesionales. El pago del siniestro se hará efectivo mediante una suma única.

Los recursos acumulados por los ahorradores de este programa constituyen captaciones de recursos del público; por tanto el mecanismo de ahorro al que se hace referencia en este artículo será administrado por las entidades autorizadas y vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

El Gobierno Nacional podrá establecer el mecanismo de administración de este ahorro, teniendo en cuenta criterios de eficiencia, rentabilidad y los beneficios que podrían lograrse como resultado de un proceso competitivo que también incentive la fidelidad y la cultura de ahorro de las personas a las que hace referencia este artículo.

Con las sumas ahorradas, sus rendimientos, el monto del incentivo obtenido y la indemnización del Seguro, cuando a ella haya lugar, el ahorrador podrá contratar un seguro que le pague el Beneficio Económico Periódico o pagar total o parcialmente un inmueble de su propiedad.

Todo lo anterior de conformidad con el reglamento que para el efecto adopte el Gobierno Nacional, siguiendo las recomendaciones del Conpes Social.⁹⁶

Aunque los BEP's deberían haber entrado a operar hace algún tiempo, pues fueron creados desde el 2005 y contemplados también en la Ley 1151 de 2007 (Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010), hasta la fecha no se han implementado y no se conoce aún su

⁹⁶ Artículo 87 Ley 1328 de 2009.

reglamentación. En un comunicado de prensa del Ministerio del Trabajo, se dijo “El jefe de la cartera del Trabajo aseguró que el Gobierno trabaja en un decreto para que los empleadores puedan cotizar seguridad social de trabajadores por días y en la implementación de los Beneficios Económicos Periódicos, BEPS, para 8.8 millones de colombianos que ganan menos de un salario mínimo y hoy no pueden cotizar para pensión”⁹⁷

Se sabe que los BEP's son un tema sobre el que el Gobierno dice estar trabajando, pero sobre el que no hay más información que la descrita. Falta ver como se llevarán a la práctica y que impacto real tendrán frente a la cobertura de riesgos sociales. Lo que se sabe además, según el Decreto 4121 de 2011, por el cual se cambia la naturaleza jurídica de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, es que esta administradora tiene, además de la dirección estatal del régimen de prima media con prestación definida, la gestión del sistema de ahorro de beneficios económicos periódicos – BEPS, así como los incentivos otorgados por el Gobierno Nacional para el fomento de esta clase de ahorro.⁹⁸

Se espera entonces que los BEPS empiecen a operar prontamente. Será una figura a revisar. Sobre ella se hará referencia nuevamente más adelante, pues es la única salida conocida públicamente que se ha trabajado para dar cobertura a los trabajadores de bajos ingresos en sus riesgos de vejez y pobreza.

2.2. LEY 100 DE 1993

Tal y como se señaló en aparte anterior, se reitera que la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, dispone que “[e]l sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la

⁹⁷ Ministerio del Trabajo. [En línea] disponible en Internet: <http://www.mintrabajo.gov.co/index.php/marzo-2012/204-mintrabajo-anuncia-iniciativa-para-que-trabajadores-que-se-formalicen-no-pierdan-su-afiliacion-a-la-salud-subsidiada-sisben.html> Recuperado: 16 de Junio de 2012.

⁹⁸ Artículo 5 del Decreto 4121 de 2011.

comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten”⁹⁹.

De conformidad con lo señalado por la Constitución Política, la Ley 100 de 1993 reconoce el derecho irrenunciable a la seguridad social para todos los habitantes del territorio nacional, cuyo servicio será prestado por el Sistema de Seguridad Social Integral. Reza el artículo 4 de la ley en mención que “Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con respecto al Sistema General de Pensiones es esencial sólo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones”¹⁰⁰.

Según lo dice la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social debe ordenar las instituciones y los recursos necesarios para:

1. Garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema.
2. Garantizar la prestación de los servicios sociales complementarios en los términos de la presente ley.
3. Garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente como campesinos, indígenas y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral.¹⁰¹

Como se puede ver, la Ley 100 de 1993 tiene como objetivo principal garantizar la seguridad social de quienes tienen una relación laboral contractual, lo que alude a los trabajadores asalariados, así como de quienes tienen la capacidad económica suficiente para estar dentro del sistema, entendiéndose aquí a los independientes o trabajadores por cuenta propia con altos y medios ingresos. Repárese en que la misma norma aborda a los trabajadores sin capacidad de pago, pero en un nivel diferente, no de garantía de las

⁹⁹ Artículo 1 de la Ley 100 de 1993.

¹⁰⁰ Artículo 4 de la Ley 100 de 1993.

¹⁰¹ Artículo 6 de la Ley 100 de 1993.

prestaciones que otorga el sistema, sino desde el tercer objetivo que tiene el sistema: la ampliación de cobertura para toda la población.

Cabe preguntarse si el orden de los objetivos supone que en un primer momento, el sistema debía ocuparse de la cobertura de los trabajadores que contaran con capacidad de pago, para luego, si le era viable, preocuparse por la disponibilidad y accesibilidad al sistema de los trabajadores que no tienen recursos para funcionar dentro de él.

Ciertamente, la concepción del sistema de seguridad social colombiano, aunque tiene un campo de aplicación general, sigue especialmente una organización contributiva que, por abstracción, excluye a quienes no pueden contribuir.

2.2.1 Sistema General de Pensiones

Como ya se mencionó, el subsistema general de pensiones, que es regulado como Sistema General de Pensiones en el Libro I de la Ley 100 de 1993, busca garantizar el amparo frente a las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte a través de prestaciones específicas; así como “propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones”¹⁰².

2.2.1.1 Afiliación de los trabajadores independientes

El Sistema General de Pensiones se aplica a todos los habitantes del territorio nacional y son afiliados obligatorios según lo dispone el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003:

Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, *los trabajadores independientes* y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

¹⁰² Artículo 10 Ley 100 de 1993.

(...)

PARÁGRAFO 1o. En el caso de los trabajadores independientes se aplicarán los siguientes principios:

- a) El ingreso base de cotización no podrá ser inferior al salario mínimo y deberá guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado. De tal manera que aquellos que posean capacidad económica suficiente, efectúen los aportes de solidaridad previstos en esta ley;
- b) Podrán efectuarse pagos anticipados de aportes;
- c) El Gobierno Nacional establecerá un sistema de descuento directo de aportes para permitir el pago directo de los mismos;
- d) Las administradoras no podrán negar la afiliación de los trabajadores independientes ni exigir requisitos distintos a los expresamente previstos por las normas que las rigen;
- e) Los aportes podrán ser realizados por terceros a favor del afiliado sin que tal hecho implique por sí solo la existencia de una relación laboral;
- f) Para verificar los aportes, podrán efectuarse cruces con la información de las autoridades tributarias y, así mismo, solicitarse otras informaciones reservadas, pero en todo caso dicha información no podrá utilizarse para otros fines.

PARÁGRAFO <sic>. Las personas a que se refiere el presente artículo podrán afiliarse al régimen por intermedio de sus agremiaciones o asociaciones, de acuerdo con la reglamentación que para tal efecto se expida dentro de los tres meses siguientes a la vigencia de esta ley.

La Corte Constitucional en Sentencia C-1089 de 2003, al conocer de una demanda de constitucionalidad del numeral a) del parágrafo 1° de la norma antes transcrita, señaló que debe entenderse que la norma presupone la existencia de un ingreso efectivo por parte del trabajador independiente para hacer obligatoria su cotización. Su pronunciamiento sobre la cotización al sistema de pensiones de los trabajadores independientes se dio en los siguientes términos:

Para el caso de los trabajadores independientes necesariamente ha de entenderse que la obligatoriedad de los aportes a que aluden las expresiones acusadas por el actor surge de la percepción de un ingreso que permita efectuarlo, y que la exigencia de cotizar a partir de un ingreso base "que no podrá ser inferior al salario mínimo" y que "deberá guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado a que alude el literal a) del parágrafo 1° del numeral 1 del artículo 15 de la Ley 100, tal como quedó modificada por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003, parte del mismo supuesto.

Resultaría en efecto contrario al principio de igualdad que se pudieran entender dichas normas en el sentido de poder exigir a los trabajadores independientes la cotización al sistema independientemente de que perciban o no ingresos, mientras

que para quienes tienen una vinculación laboral o un contrato de prestación de servicios dicha cotización resulta obligatoria solamente en tanto dure la vigencia de la relación laboral y de contrato de prestación de servicios. Una interpretación en este sentido daría razón al actor en cuanto a la inequidad que se generaría para los trabajadores independientes que se verían obligados a contribuir al sistema sin que su participación en el mismo guardara relación alguna con la realidad de sus ingresos, mientras que dicha exigencia no se plantearía para quienes tienen una vinculación laboral o un contrato de prestación de servicios.

(...)

Así las cosas, la Corte declarará la exequibilidad de los aparte acusados, por los cargos planteados por el actor, en el entendido que la expresiones *"El ingreso base de cotización no podrá ser inferior al salario mínimo y deberá guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado"* contenidas en el literal a) del referido párrafo presuponen la existencia de un ingreso efectivo por parte del trabajador independiente para hacer obligatoria su cotización."¹⁰³

Téngase en cuenta entonces, según el entendimiento constitucional, que cuando la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 se refieren a trabajador independiente, lo hacen bajo el supuesto de que perciben recursos que les permiten hacer la cotización obligatoria. Así, se debe señalar que la obligatoriedad de afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social no es frente a todos los trabajadores informales sino en relación con aquellos independientes que tengan capacidad de pago.

La Ley 797 de 2003 modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 relativo a las características del Sistema General de Pensiones, específicamente en el literal a) que dice: "La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes". Esta norma también fue demandada por inconstitucionalidad¹⁰⁴; la Corte Constitucional la declaró exequible mediante la Sentencia C-259 de 2009, en la cual señaló:

¹⁰³ Corte Constitucional. Sentencia C-1089 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁰⁴ El actor presentó como argumento en su demanda de inconstitucionalidad que se estaba ante "una omisión legislativa relativa, toda vez que el legislador no fijó en el supuesto de hecho de la norma el tipo o clase de trabajadores independientes obligados a cotizar a pensión, pues existen trabajadores independientes que solo pueden cotizar para salud por falta de recursos para cotizar a pensión.(...) Además, señaló el demandante que "los diferentes trabajadores independientes no poseen iguales condiciones económicas para realizar la cotización obligatoria al sistema de pensiones, pues no es lo mismo un trabajador independiente que posee la calidad de comerciante y percibe ingresos superiores a diez o veinte salarios mínimos mensuales vigentes a

El impugnante hace residir la inconstitucionalidad del literal a) del artículo 2º y del numeral 1º del artículo 3º (parciales) de la Ley 797 de 2003¹⁰⁵, en que el legislador omitió regular la situación de cotización obligatoria a pensiones, de aquellos trabajadores independientes sin capacidad de pago - aquellos que devengan menos de un salario mínimo legal mensual vigente -.

La modificación establecida recientemente en el párrafo del artículo 2º de la Ley 1250 de 2008, que dispone que las personas cuyos ingresos mensuales sean inferiores o iguales a un (1) salario mínimo legal mensual no estarán obligadas a cotizar para el Sistema General de Pensiones - durante los próximos 3 años a partir de la vigencia de tal ley -, resuelve la queja del actor respecto de la obligación de cotizar para el sistema pensional por quien dispone tan solo de ingresos correspondientes a menos de un salario mínimo legal.

(...)

Para que la discusión constitucional planteada por el demandante tuviese lugar, sería indispensable que la aludida omisión legislativa relativa fuera efectivamente predicable de las normas acusadas. Para la Sala es claro que la incorporación al sistema normativo de la disposición citada, hace desaparecer el vacío legislativo que el demandante erigió en omisión relativa del legislador. Esto se sustenta, además, en los propios argumentos del demandante, quien asevera que no es la afiliación obligatoria en pensiones lo que genera la inconstitucionalidad sino el que el legislador haya omitido exceptuar de tal carga a los trabajadores independientes sin capacidad de pago.¹⁰⁶

A continuación se revisará lo relativo a la posibilidad de cotizar sólo a salud que tienen los trabajadores independientes que se hayan registrado con imposibilidad para cotizar a pensiones por percibir menos de un (1) salario mínimo.

2.2.1.2 Cotización de los trabajadores independientes

El artículo 19 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 6 de la Ley 797 de 2003 se refiere a la base de cotización de los trabajadores independientes al sistema de pensiones al señalar:

otros que no ostentan esa condición y perciben un ingreso mensual variable, inclusive por debajo del salario mínimo mensual vigente.”

¹⁰⁵ Reformatorios de los artículos 13 y 15 de la Ley 100 de 1993.

¹⁰⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-259 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

Los afiliados al sistema que no estén vinculados mediante contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios o como servidores públicos, cotizarán sobre los ingresos que declaren ante la entidad a la cual se afilien, guardando correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos.

Cuando se trate de personas que el Gobierno Nacional haya determinado que deban ser subsidiadas temporalmente en sus aportes, deberán cubrir la diferencia entre la totalidad del aporte y el subsidio recibido.

En ningún caso la base de cotización podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

La cotización al sistema debe hacerla el trabajador independiente sobre los ingresos que declare percibir, con la obligación de respetar como base mínima lo equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual.

No obstante, ante la imposibilidad de muchos cotizantes de cotizar conjuntamente para los subsistemas de salud y pensiones por falta de recursos que se impone como una apabullante realidad nacional y frente al funcionamiento de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes - PILA, se expidió la Ley 1250 de 2008 que adicionó un párrafo en el artículo 19 de la Ley 100 de 1993 en los siguientes términos:

Las personas a las que se refiere el presente artículo, cuyos ingresos mensuales sean inferiores o iguales a un (1) salario mínimo legal mensual, que registren dicho ingreso conforme al procedimiento que para el efecto determine el Gobierno Nacional, no estarán obligadas a cotizar para el Sistema General de Pensiones durante los próximos 3 años a partir de la vigencia de la presente ley, no obstante de lo dispuesto en este párrafo, quienes voluntariamente decidan cotizar al sistema general de pensiones podrán hacerlo.

Durante este lapso, el Gobierno Nacional evaluará los resultados de la aplicación del presente párrafo y presentará a consideración del Congreso las iniciativas que considere viables para facilitar el acceso a esquemas de protección 'Económica' para la vejez de esta franja poblacional.

Dado que esta norma fue expedida el 27 de noviembre de 2008, su vigencia, según lo dispuso la misma Ley 1250 de 2008, sería hasta el 27 de noviembre de 2011. Sin embargo, el “beneficio” de cotizar solamente a salud para los trabajadores independientes que devenguen un (1) salario mínimo o menos tuvo que ser prorrogado por el Gobierno nacional. En efecto, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió el Decreto 4465 de 2011 en el que amplía la posibilidad hasta el 30 de junio de 2012 para aquellos trabajadores que estuvieran inscritos en el Registro de Independientes de Bajos Ingresos, de seguir,

utilizando el tipo de cotizante 42, previsto en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes-PILA que solo cotiza para el régimen contributivo de salud.

El artículo 2 de la Ley 1250 de 2008 dispone que vencido el plazo previsto en la norma, “las personas podrán optar por mantener su afiliación en el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud o afiliarse al Régimen Subsidiado y afiliarse y pagar la cotización al Sistema General de Pensiones o ingresar al Sistema de Beneficios Económicos Periódicos -BEPS-, en los términos que establezca el Gobierno Nacional.”

Así las cosas, los trabajadores independientes que venían cotizando únicamente a salud y no a pensión, lo podrán seguir haciendo hasta el 30 de junio del 2012, cuando se espera que ya exista regulación sobre los BEP's y sobre la cotización de los trabajadores que laboran por días o por un término inferior a un (1) mes. Como se señaló, de acuerdo con la información disponible en la página web del Ministerio del Trabajo, el Gobierno se está ocupando de estos temas, que aunque rezagados, le imponen plazos perentorios. Se esperan las medidas para antes del próximo 30 de Junio.

2.2.1.3 El Fondo de Solidaridad Pensional

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 dispone en el literal i) la existencia de un Fondo de Solidaridad Pensional para ampliar la cobertura en pensiones, así:

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.

Inicialmente, la Ley 100 de 1993 en su artículo 25, creó el fondo de solidaridad para subsidiar la cotización de ciertos trabajadores de bajos ingresos que no contaban con los recursos para cotizar a pensiones. Hoy en día, también atiende la pobreza extrema mediante subsidios económicos. Para estos fines, se constituye un fondo con dos subcuentas: La subcuenta de solidaridad y la subcuenta de subsistencia, que se administran mediante fiducia.

El artículo 26 de la Ley 100 de 1993 cuando hace referencia al objeto del fondo señala que:

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

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

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

La subcuenta de solidaridad, tiene por finalidad subsidiar los aportes al régimen de pensiones de los trabajadores asalariados o independientes que carezcan de suficientes recursos para hacer la totalidad del aporte. Se nutre de los siguientes recursos:

- a) El cincuenta por ciento (50%) de la cotización adicional del 1% 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;
- b) Los recursos que aporten las entidades territoriales para planes de extensión de cobertura en sus respectivos territorios, o de agremiaciones o federaciones para sus afiliados;
- c) Las donaciones que reciba, los rendimientos financieros de sus recursos, y en general los demás recursos que reciba a cualquier título, y

d) Las multas a que se refieren los artículos 111 y 271 de la Ley 100 de 1993¹⁰⁷.

La subcuenta de subsistencia tiene por objeto proteger a las personas en estado de indigencia o pobreza extrema. Viene a suplir el “auxilio pensional para ancianos indigentes” previsto inicialmente en la Ley 100 de 1993 dentro de los servicios sociales complementarios. Esta subcuenta de subsistencia se financia así:

a) 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 de que trata la presente ley;

b) El cincuenta (50%) de la cotización adicional del 1% 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;

c) Los aportes del presupuesto nacional. Estos no podrán ser inferiores a los recaudados anualmente por los conceptos enumerados en los literales a) y b) anteriores, y se liquidarán con base en lo reportado por el fondo en la vigencia del año inmediatamente anterior, actualizados con base en la variación del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE;

d) Los pensionados que devenguen una mesada superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta veinte (20) contribuirán para el Fondo de Solidaridad Pensional para la subcuenta de subsistencia en un 1%, y los que devenguen más de veinte (20) salarios mínimos contribuirán en un 2% para la misma cuenta.

PARÁGRAFO 1o. Para 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.

PARÁGRAFO 2o. Cuando quiera que los recursos que se asignan a la subcuenta de solidaridad no sean suficientes para atender los subsidios que hayan sido otorgados a la entrada en vigencia de esta ley, se destinará el porcentaje adicional que sea necesario de la cotización del uno por ciento que deben realizar quienes tengan ingresos iguales o superiores a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales.

¹⁰⁷ Artículo 27 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 8 de la Ley 797 de 2003.

Claramente, el Fondo se financia en parte con recursos de los contribuyentes al sistema de seguridad social, en aplicación del principio de solidaridad que irradia todo el sistema.

Téngase en cuenta que es amplia la reglamentación del Fondo de Solidaridad Pensional, en particular debe revisarse el Decreto 3771 de 2007, y los Decretos 3550 de 2008, 4943 de 2009 y 4944 de 2009.

Debe decirse también que la Ley 1151 de 2007 – Plan Nacional de Desarrollo 2006 – 2010 amplió el acceso a los subsidios a las personas con discapacidad de niveles I y II del Sisben que hubieren cotizado por lo menos 500 semanas al sistema de pensiones. También, la Ley 1187 de 2008 dispuso el acceso de las madres comunitarias al subsidio a la cotización cuando hayan cumplido la edad pero no las semanas de cotización. Así mismo, la Ley 1368 de 2009 estableció que los concejales pertenecientes a municipios de 4a, 5a, y 6a categorías, que no demuestren otra fuente de ingreso adicional, diferente al percibido por concepto de honorarios, son beneficiarios del Fondo de Solidaridad Pensional.

Como se indica, la ley ha hecho énfasis en ciertos grupos poblacionales como personas con discapacidad, madres comunitarias y concejales de pequeños municipios, para ser beneficiarios de subsidios del Fondo de Solidaridad Pensional.

2.2.2 Sistema General de Salud

El subsistema general de salud que es regulado como Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Libro II de la Ley 100 de 1993, tiene por objeto “regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención.”¹⁰⁸

Los principios que guían el sistema de salud fueron enriquecidos por la Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre ellos se tiene el principio de universalidad, que busca dar cobertura a todos los residentes en

¹⁰⁸ Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

Colombia de todos los riesgos que afectan la salud, en todas las etapas de la vida, con solidaridad, igualdad, obligatoriedad, enfoque diferencial, equidad, eficiencia y calidad.

El Estado debe, entre otras obligaciones, garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en la ley; así como “asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia”; y también, “lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social en Salud permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país.”¹⁰⁹

Para conseguir estos propósitos, que como ya se vio, no son simples aspiraciones políticas, sino verdaderas obligaciones del Estado en aras de garantizar el derecho a la salud de todas las personas sin discriminación, la Ley 100 de 1993 implementó dos regímenes que coexisten: en primer lugar, el régimen contributivo, que se financia con las cotizaciones de los afiliados a este régimen; y en segundo lugar, el régimen subsidiado de seguridad social, que funciona con subsidios a la demanda, financiados con recursos fiscales, de solidaridad y los recursos propios aportados por los entes territoriales.

2.2.2.1 Trabajadores participantes vinculados al sistema de salud

Todos los colombianos deben estar cubiertos por el sistema de salud, bien sea en condición de afiliados al régimen contributivo o al subsidiado. No obstante, surge un problema frente a aquellas personas que no tienen capacidad de pago para cotizar al sistema ni son lo suficientemente pobres como para ser beneficiarias de los subsidios del Estado: los participantes vinculados¹¹⁰.

¹⁰⁹ Artículo 154 de la Ley 100 de 1993.

¹¹⁰ En términos de la Ley 715 de 2001 estas personas se denominan como “población pobre no cubierta con subsidios a la demanda.

La Ley 100 de 1993 señala que participan igual del sistema pero en forma temporal como vinculados:

Los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.

A partir del año 2.000, todo colombiano deberá estar vinculado al Sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado, en donde progresivamente se unificarán los planes de salud para que todos los habitantes del territorio nacional reciban el Plan Obligatorio de Salud¹¹¹

No obstante la norma, hoy en día no existen posibilidades reales de cobertura para este grupo “sándwich” que no puede tener cobertura de los riesgos derivados de la enfermedad porque no tiene recursos para cotizar y porque a la vez, no es lo suficientemente pobre para ser identificado como beneficiario de un subsidio del Estado. En este grupo, pueden encontrarse muchos de los trabajadores informales, que logran llevar una vida más o menos digna, pero cuyos ingresos son limitados como para efectuar mensualmente una cotización.

2.2.2.2 Régimen Subsidiado en Salud

Al describir las características básicas del sistema de seguridad social en salud, la Ley 100 de 1993 señala que “[c]on el objeto de asegurar el ingreso de toda la población al Sistema en condiciones equitativas, existirá un régimen subsidiado para los más pobres y vulnerables que se financiará con aportes fiscales de la Nación, de los departamentos, los distritos y los municipios, el Fondo de Solidaridad y Garantía y recursos de los afiliados en la medida de su capacidad”.¹¹²

¹¹¹ Literal B. Artículo 157 de la Ley 100 de 1993.

¹¹² Literal j) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993.

Son personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, a través del régimen subsidiado, las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Así, dispone la ley que:

Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago¹¹³.

Se utiliza como criterio de identificación y focalización de beneficiarios de subsidios del Estado el Sistema conocido como SISBÉN, el cual sigue una metodología específica diseñada por el Departamento Nacional de Planeación – DNP¹¹⁴.

Finalmente, como una medida para favorecer la formalidad laboral y la cotización al sistema de Seguridad Social en Salud, la Ley 1429 de 2010 garantiza la posibilidad de continuar con los beneficios derivados del SISBÉN así:

Los beneficios derivados de los programas que utilicen como criterio de identificación y focalización el Sisbén no podrán suspenderse dentro del año siguiente al que el beneficiario haya sido vinculado por un contrato de trabajo vigente. No obstante el cupo del beneficiario del Régimen Subsidiado en Salud se mantendrá hasta por los dos (2) años siguientes a la vinculación laboral.

Para lo anterior, el Ministerio de la Protección Social deberá diseñar un mecanismo de control que impida el doble pago al Sistema de Seguridad Social en Salud.

2.2.2.3 Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA

El Fondo de Solidaridad y Garantía, más conocido como FOSYGA es una cuenta sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social que tiene por objeto

¹¹³ Literal A del artículo 157 de la Ley 100 de 1993.

¹¹⁴ Para mayor información puede consultarse la página web <http://www.sisben.gov.co/>

“garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cubrir los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito y demás funciones complementarias”.¹¹⁵

El FOSYGA funciona con cuatro subcuentas independientes: Subcuenta de compensación interna del régimen contributivo, subcuenta de solidaridad, subcuenta de promoción de la salud y subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito. Para efectos de este trabajo, se quiere hacer especial mención de la subcuenta de solidaridad, la cual permite la cofinanciación del régimen subsidiado, que es finalmente, el que brinda mayor cobertura a los trabajadores informales.

La solidaridad del régimen contributivo para con el régimen subsidiado se concreta en hasta un punto de la cotización que hacen los trabajadores afiliados al régimen contributivo sobre el 12.5% de sus ingresos, a reglamentación del Gobierno.

2.3 LEY 1429 DE 2010

La Ley 1429 de 2010, por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo “tiene por objeto la formalización y la generación de empleo, con el fin de generar incentivos a la formalización en las etapas iniciales de la creación de empresas; de tal manera que aumenten los beneficios y disminuyan los costos de formalizarse.”¹¹⁶

Aunque esta norma no se dirige a los trabajadores informales directamente, sí incide indirectamente en este grupo poblacional, por lo menos en aquellos que son asalariados, al buscar la formalización de las unidades productivas o empresas, que si cumplen la normatividad en su constitución y funcionamiento, se entendería también que cumplirían con su obligación como empleadores de hacer los pagos de las cotizaciones a la seguridad social de sus trabajadores, los cuales por ese hecho, dejarían en principio, de ser informales.

¹¹⁵ Literal l) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993.

¹¹⁶ Artículo 1 de la Ley 1429 de 2010.

En este sentido, busca focalizar programas de desarrollo empresarial en pequeñas empresas¹¹⁷ del sector rural y urbano para que se formalicen y generen empleo decente, con beneficios en el pago del impuesto sobre la renta, progresividad en el pago de parafiscales y contribuciones de nómina; así como en el impuesto de industria y comercio. También estipula tarifas progresivas para la matrícula mercantil y su renovación de las pequeñas empresas.

Así mismo, la Ley 1429 de 2010 establece incentivos para la generación de empleo, particularmente para trabajadores de grupos vulnerables como los jóvenes menores de 28 años, las personas en situación de desplazamiento, en proceso de reintegración o en condición de discapacidad y las mujeres mayores de 40 años¹¹⁸.

Con la Ley 1429 de 2010 también se simplifican algunos trámites laborales y comerciales, todo en aras de facilitar la formalización y el cumplimiento de la normatividad.

Un incentivo para la formalización laboral y generación de empleo para personas de bajos ingresos que introduce la Ley 1429 de 2010, es el de la posibilidad de descontar en el impuesto sobre la renta y complementarios los aportes parafiscales y otras contribuciones de nómina que se hagan en relación a los trabajadores de bajos ingresos. En este sentido, el artículo 13 de la norma en mención dispone que:

Los empleadores que vinculen laboralmente a nuevos empleados que devenguen menos de 1.5 salarios mínimos mensuales legales vigentes podrán tomar los aportes al Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, así como el aporte en salud a la subcuenta de solidaridad del Fosyga y el aporte al Fondo de Garantía de Pensión Mínima correspondientes a los nuevos empleos, como descuento tributario para efectos de la determinación del Impuesto sobre la Renta y Complementarios, siempre que:

El empleador responsable del impuesto incremente el número de empleados con relación al número que cotizaban a diciembre del año anterior; e incremente el valor total de la nómina (la suma de los ingresos bases de cotización de todos sus empleados) con relación al valor de dicha nómina del mes de diciembre del año gravable inmediatamente anterior al que se va a realizar el correspondiente descuento.

¹¹⁷ Según la Ley 1429 de 2010 son pequeñas empresas: aquellas cuyo personal no sea superior a 50 trabajadores y cuyos activos totales no superen los 5.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

¹¹⁸ Véanse los artículos 9, 10 y 11 de la Ley 1429 de 2010.

PARÁGRAFO 1o. El beneficio de que trata este artículo sólo aplica para nuevos empleados, entendiendo como nuevos empleados aquellas personas que aparezcan por primera vez en la base de datos de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA), sin que puedan interpretarse como nuevos empleos aquellos que surgen luego de la fusión de empresas; sin embargo, se consideran como nuevos empleos las personas que apareciendo en la base de datos denominada PILA, lo hayan sido como trabajadores independientes.

PARÁGRAFO 2o. El beneficio de que trata este artículo en ningún caso podrá exceder de dos (2) años por empleado.

PARÁGRAFO 3o. Los valores solicitados como descuentos tributarios, por concepto de la aplicación del presente artículo, no podrán ser incluidos además como costo o deducción en la determinación del Impuesto sobre la Renta y Complementarios.

PARÁGRAFO 4o. Para efectos de que los aportes al SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar sean reconocidos como descuentos tributarios, dichos aportes deberán haber sido efectiva y oportunamente pagados.

PARÁGRAFO 5o. No podrán ser beneficiarios de este artículo las cooperativas de trabajo asociado en relación con sus asociados.

PARÁGRAFO 6o. En ningún caso el descuento previsto se podrá realizar sobre los aportes de personas con salarios inferiores a 1.5 salarios mínimos mensuales legales vigentes que se vinculen para reemplazar personal contratado con anterioridad.

Con esta norma se propende por la creación de empleo decente, lo que va de la mano de la cobertura en seguridad social para los trabajadores que perciben bajos ingresos. La finalidad se alcanzará si el empleador que es informal, encuentra en esta medida de descuento de impuestos, un beneficio tal, que lo lleve a formalizarse y aprovechar frente a la contratación formal de trabajadores que devenguen un salario hasta lo equivalente a un 1.5 de salario mínimo legal mensual.

2.4 LEY 1438 DE 2011

La Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud también incorpora medidas en aras de la universalización del aseguramiento en salud. En efecto, el artículo 32 de la ley en estudio reitera que todos los habitantes del país deben ser afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que el Gobierno nacional debe desarrollar mecanismos para garantizar la afiliación.

Si una persona no está afiliada al sistema de salud y requiere atención, la ley distingue el procedimiento de acuerdo con si tiene o no capacidad de pago, así:

32.1 Si tiene capacidad de pago cancelará el servicio y se le establecerá contacto con la Entidad Promotora de Salud del régimen contributivo de su preferencia.

32.2 Si la persona manifiesta no tener capacidad de pago, esta será atendida obligatoriamente. La afiliación inicial se hará a la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado mediante el mecanismo simplificado que se desarrolle para tal fin. Realizada la afiliación, la Entidad Promotora de Salud, verificará en un plazo no mayor a ocho (8) días hábiles si la persona es elegible para el subsidio en salud. De no serlo, se cancelará la afiliación y la Entidad Promotora de Salud procederá a realizar el cobro de los servicios prestados. Se podrá reactivar la afiliación al Régimen Subsidiado cuando se acredite las condiciones que dan derecho al subsidio. En todo caso el pago de los servicios de salud prestados será cancelado por la Entidad Promotora de Salud si efectivamente se afilió a ella; si no se afilió se pagarán con recursos de oferta a la institución prestadora de los servicios de salud, de conformidad con la normatividad general vigente para el pago de los servicios de salud.¹¹⁹

La misma norma señala también que los casos no establecidos para lograr la universalización del aseguramiento deberían ser reglamentados por el Ministerio de la Protección Social en un término no mayor a un (1) año. Infortunadamente, después de 17 meses no existe reglamentación al respecto.

Es claro que las personas frente a las cuales se presumen ingresos y por lo mismo se presumen con capacidad de pago, deben afiliarse al régimen contributivo de salud, inclusive, señala la norma, podrán ser afiliadas oficiosamente. Para estos efectos, el Gobierno nacional debe reglamentar un sistema de presunción de ingresos con base en la información sobre las actividades económicas y en caso de existir diferencias entre los valores declarados ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y los aportes al sistema estos últimos deberán ser ajustados.

Las personas que no tengan capacidad de pago y que no estén afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud podrán ser destinatarias de un subsidio parcial a la cotización, así:

¹¹⁹ Artículo 32 de la Ley 1438 de 2011.

[P]agarán sobre un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal vigente y un porcentaje de cotización del 10,5%, o aporte equivalente de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Estas personas tendrán derecho a un subsidio parcial de su cotización al Régimen Subsidiado o al Régimen Contributivo en cuyo caso no incluirá prestaciones económicas. Este subsidio será el 67% de la cotización o del aporte equivalente con cargo a los recursos de la subcuenta de Compensación del Fosyga en el caso de los afiliados al Régimen Contributivo y de la subcuenta de Solidaridad en el caso del Subsidiado. El 33% de la cotización o aporte equivalente deberá ser pagado previamente por el afiliado¹²⁰.

Finalmente, la Ley 1438 de 2011 permite la permanencia en el régimen subsidiado para los trabajadores que obtengan un contrato de trabajo. Este es un tema crucial, pues, como lo afirmó el Ministro de Trabajo Rafael Pardo “el miedo a perder el Sisbén es un obstáculo para la formalización”.¹²¹

Señala el artículo 35 de la Ley 1438 de 2011 que en estos casos:

[L]os empleadores o los afiliados pagarán los aportes que debería pagar en el Régimen Contributivo a la misma Entidad Promotora de Salud y será compensado mensualmente a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga). En este evento, el afiliado tendrá derecho a prestaciones económicas. Cuando un trabajador temporal o jornalero, cuya asignación mensual no alcance a un salario mínimo legal mensual vigente, no desee ser desvinculado del Régimen Subsidiado en razón de su relación laboral, el patrono deberá aportar al Régimen Subsidiado el equivalente al valor que en proporción al pago que por el trabajador debería aportar al Régimen Contributivo. En este caso no se tendrá derecho a prestaciones económicas. En caso que el empleador no cumpla con la obligación de pagar la cotización, al concluir la relación laboral el empleador deberá pagar los aportes que adeude al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Esta medida no se ha reglamentado, por lo que en la práctica no ha empezado a operar. Al parecer, según información disponible en la página web del Ministerio del Trabajo, el Gobierno está trabajando en el tema. Se está en mora y el Ministro del Trabajo reconoce la importancia cuando anuncia a la ciudadanía que el Gobierno se concentrará en facilitar la formalización del empleo. El comunicado de prensa del Ministerio del Trabajo dice:

¹²⁰ Artículo 34 de la Ley 1438 de 2011.

¹²¹ Ministerio del Trabajo. [En línea] disponible en Internet: <http://www.mintrabajo.gov.co/index.php/marzo-2012/204-mintrabajo-anuncia-iniciativa-para-que-trabajadores-que-se-formalicen-no-pierdan-su-afiliacion-a-la-salud-subsidiada-sisben.html> Recuperado: 16 de Junio de 2012.

Por esa razón, anunció que su cartera impulsará una iniciativa dentro de la Reforma Tributaria, para que trabajadores que se formalicen no pierdan su afiliación a la salud subsidiada, Sisbén.

El Ministro Pardo aseguró que parte de los incentivos a la informalidad la producen los mismos trabajadores, quienes tienen el temor de perder el acceso a la salud a través del Sisbén a la hora de conseguir un contrato formal. "Este temor se ha convertido en un obstáculo para la formalización laboral porque al no estar con contrato formal, no tienen la posibilidad de ir cotizando al sistema pensional.

La intención es desligar el acceso al Sisbén del tema de contrato laboral, y ese es un tema que queremos llevar a la Reforma Tributaria", afirmó el ministro.¹²²

2.5 LEY 1151 DE 2007- PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2006 – 2010

El Plan Nacional de Desarrollo para el período 2006 – 2010, denominado “Estado Comunitario: Desarrollo para todos” expedido para el segundo gobierno de Álvaro Uribe Vélez, mediante la Ley 1151 de 2007, hizo referencia a una figura especial de cotización al sistema de seguridad social para los trabajadores con vinculación laboral por períodos inferiores a un mes en los siguientes términos:

Los trabajadores clasificados en los niveles 1 y 2 del Sisbén, cuya vinculación laboral se pacte con una persona natural por días o por períodos inferiores a un mes, sólo estarán obligados a afiliarse y a cotizar al Sistema de la Protección Social, de acuerdo con las siguientes reglas:

Afiliación: La afiliación se surtirá a través del Formulario Único de Afiliación Electrónica que para el efecto diseñe y ponga en operación el Gobierno Nacional, en el cual, además de los datos generales del aportante y del trabajador se deberá incluir con precisión las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se prestará el servicio y la afiliación obligatoria al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y a un Sistema de Ahorro Programado.

1. Ingreso Base de Cotización: El pago de la cotización se realizará sobre el ingreso percibido por el trabajador, correspondiente al número de días por el que se le hubiere contratado, y que no podrá ser inferior a un salario mínimo legal diario.

2. Pago del aporte: El pago de los aportes sólo podrá realizarse mediante el procedimiento establecido por el Gobierno Nacional, para la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes. La cotización para todos los subsistemas se harán mes

¹²² *Ibídem.*

anticipado, utilizando para ello las mismas fechas establecidas para el pago de aportes parafiscales asociados a la nómina.

3. Informes de novedades: Las novedades que afecten la afiliación se registrarán también de manera electrónica y solo producirán efectos a partir del mes siguiente a aquel en que se hubieren registrado.

4. Valor de aportes: Los aportes se realizarán para cada subsistema de la Protección Social, por parte del empleador, sin que ello implique contribución del trabajador, así:

Sistema General de Seguridad Social en Salud: El trabajador podrá seleccionar libremente si se afilia al Régimen Contributivo de Salud o al Régimen Subsidiado. En el primer evento, deberá junto con su empleador realizar los aportes señalados en la ley para este régimen, cuyo ingreso base de cotización no podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual. Si opta por afiliarse al Régimen Subsidiado, en el cual contará con prioridad, el aporte será realizado, así:

a) Exclusivamente por el empleador, y equivaldrá al 8.5% del ingreso base de cotización, que no podrá ser inferior a un salario mínimo legal diario, con destino a la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga;

b) Ahorro programado: El empleador deberá efectuar un aporte equivalente al 12% del ingreso del trabajador, que no podrá ser inferior a un salario mínimo legal diario. Las Administradoras de Fondos de Cesantías están facultadas para administrar el fondo de ahorro programado obligatorio de que trata el presente artículo, constituido por las cuentas individuales de los trabajadores, que contarán con el mismo Régimen Tributario otorgado a los Fondos de Pensiones. El Gobierno Nacional definirá los mecanismos de afiliación al ahorro programado las características de las cuentas las causas, forma y periodicidad en las que se podrán realizar retiros, junto con los otros aspectos que se estimen necesarios.¹²³

Aunque esta norma nunca se reglamentó y por lo tanto en la práctica no operó, se trae a colación, como una figura que se contempló, dada la realidad apremiante de muchos trabajadores que laboran por días y perciben ingresos inferiores al salario mínimo mensual, para efectuar cotizaciones al sistema sobre valores inferiores al mínimo permitido.

Como se verá a continuación, esta misma figura fue plasmada en el Plan Nacional de Desarrollo vigente.

¹²³ Artículo 40 Ley 1151 de 2007.

2.6 LEY 1450 DE 2011 – PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2010 – 2014

El Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014 del Presidente Juan Manuel Santo Calderón, con el lema “Prosperidad para todos” contempla varias figuras, que se identifican con el propósito de dar cobertura a toda la población en materia de seguridad social, incluidos los trabajadores informales.

Según el artículo 151 de la Ley 1450 de 2011, las Cajas de Compensación Familiar hacen parte del Sistema de Protección Social del país y “[s]e integrarán al conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de sus afiliados, y armonizarán sus acciones con los lineamientos estipulados para el Sistema.” Lo anterior, sin que el Sistema de Compensación Familiar como prestación social siga funcionando según las normas que lo regulan.

De otro lado, el artículo 152 de la Ley en mención, dispone como materialización del principio de universalidad en salud que:

El Gobierno Nacional en cabeza del Ministerio de la Protección Social y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá los criterios y términos del Plan Plurianual Nacional de universalización y unificación que permita la unificación de planes de beneficios de manera progresiva y sostenible, teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

- a) Los planes financieros integrales del Régimen Subsidiario territoriales previstos en las Leyes 1393 de 2010 y 1438 de 2011;
- b) Las acciones, metas e indicadores requeridos año a año para el logro de los objetivos propuestos;
- c) La definición de la transformación de los recursos de las diferentes fuentes; y
- d) El efecto de las medidas contempladas en dicho plan sobre el financiamiento de la red pública de prestadores de servicio de salud y las obligaciones financieras de estas instituciones hospitalarias para el pago de sus pasivos prestacionales según lo ordenado por la Ley 60 de 1993 y 715 de 2001.

En relación con el subsidio de solidaridad pensional, el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011 señala que:

Tendrán acceso al subsidio de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional de que tratará la Ley 797 de 2003 las personas que dejen de

ser madres comunitarias y no reúnan los requisitos para acceder a la pensión, ni sean beneficiarias del programa de asignación de beneficios económicos periódicos (BEPS) del régimen subsidiado en pensiones y por tanto cumplan con las condiciones para acceder a la misma.

La identificación de las posibles beneficiarias a este subsidio la realizará el ICBF, entidad que complementará en una proporción que se defina el subsidio a otorgar por parte de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Como se señaló en acápite anterior, el Plan de Desarrollo 2010-2014 incorporó también una norma sobre la afiliación y cotización al sistema de seguridad social de los trabajadores con vinculación laboral por períodos inferiores a un (1) mes o por días, así:

La afiliación a la Seguridad Social Integral de los trabajadores dependientes que se encuentren vinculados laboralmente por periodos inferiores a un mes o por días, y que por dicha situación perciban un ingreso mensual inferior a un SMMLV, se realizará mediante su cotización de acuerdo con el número de días laborados y sobre un monto no inferior a un salario mínimo legal diario vigente, de conformidad con los límites mínimos que se establezcan por el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta los costos de administración y recaudo del Sistema de la siguiente manera:

a) Al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud: Si el trabajador es elegible para el subsidio en salud, el aporte será realizado exclusivamente por el empleador y equivaldrá al 8,5% del ingreso percibido, con destino a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, de conformidad con los límites mínimos que establezca el Gobierno Nacional. En caso de no ser elegible para el subsidio en salud por tener capacidad de pago, el trabajador deberá además realizar su aporte correspondiente al 4% del ingreso base de cotización sobre el cual esté realizando el empleador las cotizaciones;

b) Al Sistema de Beneficios Económicos Periódicos: El empleado y el empleador deberán cotizar a este Sistema, sobre el mismo ingreso base de cotización reportado para salud, en los porcentajes establecidos para realizar aportes al Sistema General de Pensiones. El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones para el traslado y reconocimientos entre el Sistema de Beneficios Económicos Periódicos y el Sistema General de Pensiones.

PARÁGRAFO. Cuando estos trabajadores quieran pertenecer al Sistema General de Pensiones o al Régimen Contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud (SGSSS), deberán cotizar sobre un monto no inferior a un salario mínimo legal mensual vigente¹²⁴.

¹²⁴ Artículo 171 de la Ley 1450 de 2011.

Ciertamente, si esta norma no es reglamentada, se quedará en letra muerta como lo fue la disposición sobre el particular en el Plan Nacional de Desarrollo anterior.

También, la Ley 1450 de 2011 dispone en su artículo 172 que “El Gobierno Nacional diseñará un esquema financiero y operativo que posibilite la vinculación de los trabajadores informales del sector primario a los sistemas generales de pensiones y de riesgos profesionales.”

Aunque este trabajo no se ha referido a los Riesgos Profesionales porque no es un subsistema contemplado dentro de la medición estadística del DANE para la cobertura en Seguridad Social de los trabajadores informales, sí se considera pertinente al terminar este aparte que en la página web del Ministerio del Trabajo consultada el 15 de Junio de 2012, se anuncia que el proyecto de ley “por medio del cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional” pasará a sanción presidencial y se presenta la siguiente información:

BOGOTÁ, JUN 15/12. El proyecto de ley que amplía y moderniza el sistema de riesgos profesionales que en adelante se llamará Sistema de Riesgos Laborales, fue conciliado en el Congreso de la República y ahora pasa a sanción presidencial

Con esta iniciativa aprobada por la Cámara de Representantes y el Senado de la República, miles de trabajadores en Colombia que a diario desempeñan trabajos en los que corren riesgos, contarán con mayores garantías de seguridad

*Esta nueva Ley también protegerá a trabajadores independientes con oficios riesgosos que tengan contratos formales de prestación de servicios y que tengan una duración mayor a un mes. Para el caso de las personas que desarrollen actividades catalogadas como de alto riesgo el pago estará a cargo del empleador”, dijo el viceministro de Relaciones Laborales, David Luna.*¹²⁵

¹²⁵ Ministerio del Trabajo. [En línea] disponible en Internet: <http://www.mintrabajo.gov.co/index.php/junio-2012/603-todos-los-trabajadores-colombianos-deberan-estar-protégidos-por-el-sistema-de-riesgos-laborales.html> _Recuperado: 16 de Junio de 2012.

CAPÍTULO III: IMPACTO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE INCLUSIÓN DEL TRABAJADOR INFORMAL AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL

Con el propósito de ilustrar sobre el panorama de cobertura en seguridad social para los trabajadores informales en Colombia y verificar si de alguna manera las medidas normativas y políticas antes descritas han tenido algún impacto en el cumplimiento del derecho a la seguridad social de este grupo poblacional, se presentan datos sobre la cobertura actual en acceso a la seguridad social de los trabajadores informales del país siguiendo los registros del DANE correspondientes a la Gran Encuesta Integrada de Hogares – GEIH.

3.1 Aclaraciones preliminares

El DANE hace medición de la informalidad desde la década de los ochenta. A partir de 1986 se aplicó el primer módulo para medir la informalidad en la Encuesta Nacional de Hogares – ENH en las siete principales ciudades y cada dos años. En el 2001 se sustituyó la ENH por la Encuesta Continua de Hogares – ECH, con un módulo de informalidad para las principales 13 ciudades y que se aplicó en los segundos trimestres de cada año. En el 2006 se empezó a aplicar la Gran Encuesta Integrada de Hogares – GEIH para 24 ciudades y con la aplicación del módulo de informalidad de forma continua.

La medición de informalidad es publicada desde el 2007 con informes trimestrales. A partir de diciembre de 2009, el DANE hace aplicación de la Resolución 1993 de la OIT la cual cambia el número de trabajadores para entender una unidad productiva informal de diez (10) a cinco (5) trabajadores. Según lo señala el mismo DANE, “realizó la actualización de parámetros con la revisión estadística correspondiente, sustentada a través de la encuesta de micro establecimientos, donde se encontró evidencia de que las empresas que ocupan entre 6 y 9 empleados generan empleo formal.”¹²⁶

¹²⁶ DANE. Dirección de Metodología y Producción Estadística – DIMPE. Metodología Informalidad Gran Encuesta Integrada de Hogares – GEIH, Diciembre 30 de 2009.

El DANE dice diferenciar el sector informal y el empleo informal. El empleo informal es medido a través del módulo de informalidad de la GEIH y el sector informal, aunque no es medido directamente, es referenciado desde la encuesta de micro establecimientos que indaga sobre las características de las empresas o unidades de producción. No obstante, a pesar de pretender diferenciar, el DANE sigue el concepto de informalidad estadístico que desde los parámetros internacionales mide el tamaño y la estructura de la población ocupada desde las empresas que vinculen hasta cinco (5) trabajadores.

Como ya se indicó en aparte anterior, desde 1993 el empleo informal es definido con un enfoque empresarial, de acuerdo con lo señalado por la Decimoquinta Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo; son entonces las características de las empresas o unidades productivas y no las características de los trabajadores los criterios para medir la informalidad. Ya se dijo también que no se compartía esta noción estadística de informalidad, pues a pesar de que el enfoque empresarial de informalidad, según lo señala la OIT, permite la inclusión del sector informal en el sistema de cuentas nacionales, así como medir su contribución al PIB de cada país, esta visión desconoce las características diversas de los mismos, lo que hace precisamente de los trabajadores informales un grupo heterogéneo con necesidades diferentes que no son atendidas, así como su condición de seres humanos con dignidad y derechos.

Dado que para el DANE el empleo informal engloba las características de los empleos de los trabajadores, las características que permiten precisar la definición de empleo informal son:

1. Los empleados particulares y los obreros que laboran en establecimientos, negocios o empresas que ocupen hasta cinco personas en todas sus agencias y sucursales, incluyendo al patrono y/o socio;
2. Los trabajadores familiares sin remuneración;
3. Los trabajadores sin remuneración en empresas o negocios de otros hogares;
4. Los empleados domésticos;

5. Los jornaleros o peones;
6. Los trabajadores por cuenta propia que laboran en establecimientos hasta cinco personas, excepto los independientes profesionales;
7. Los patronos o empleadores en empresas de cinco trabajadores o menos;
8. Se excluyen los obreros o empleados del gobierno.

Así, el cálculo de los empleos informales, se hace a partir de la población ocupada. Es decir, se estima la proporción de población ocupada en empleos informales sobre el total de la población ocupada. Se hace también una clasificación de la población ocupada en empleos informales según rama de actividad, ocupación u oficio, posición ocupacional, lugar de trabajo, nivel educativo. Así mismo, y esta es la medición que interesa principalmente a este trabajo, el DANE mide la población ocupada en empleos informales según el acceso al sistema de seguridad social. Se caracteriza la población informal según el acceso al sistema de seguridad social a partir de la rama de actividad, posición ocupacional, lugar de trabajo, nivel educativo.

3.2 La informalidad en la Gran Encuesta Integrada de Hogares – GEIH

Toda vez que los datos disponibles públicamente desde el DANE son los de la GEIH desde 2007, se presentarán a continuación datos en la cobertura de seguridad social de los trabajadores informales reportados la Gran Encuesta Integrada de Hogares, cuya cobertura es de trece (13) ciudades y áreas metropolitanas que comprenden: Bogotá D.C., Medellín – Valle de Aburrá, Cali – Yumbo, Barranquilla – Soledad, Bucaramanga – Girón – Piedecuesta – Floridablanca, Manizales – Villamaría, Pasto, Pereira – Dos quebradas – La Virginia, Cúcuta – Villa del Rosario – Los Patios – El Zulia, Ibagué, Montería, Cartagena y Villavicencio, lugares en los cuales se aplica encuesta por muestreo.

Con la medición que la GEIH hace de la informalidad se obtienen tres indicadores fundamentales:

- Proporción de informalidad (PI): Es la relación porcentual de la población ocupada

informal (I) y el número de personas que integran la población ocupada (PO):

—

- Proporción de ocupados con seguridad social (PCSS): Es la relación porcentual de la población ocupada afiliada a salud y pensiones (CSS) y el número de personas que integran la población ocupada (PO):

—

- Proporción de ocupados sin seguridad social (PSSS): Es la relación porcentual de la población ocupada que no está afiliada a salud o a pensiones (SSS) y el número de personas que integran la población ocupada (PO):

—

3.3 Proporción de informalidad para el trimestre febrero – abril de 2012

A continuación se muestran las cifras oficiales para la informalidad en el último trimestre disponible, febrero – abril de 2012. Se escogen estas cifras porque dejan ver la realidad nacional actual para el grupo poblacional objeto de estudio, además porque las cifras entre periodos de diferentes años en la materia son similares y el ejercicio no pretende hacer una comparación entre períodos sino poner de presente la situación actual para los trabajadores informales sin cobertura de seguridad social.

Tabla No.1

Población ocupada total, informal y formal para empresas hasta 5 trabajadores según sexo (en miles)

| | Ene-Mar 12 | Feb-Abr 12 |
|-----------------------|-------------------|-------------------|
| Total ocupados | 9.692 | 9.785 |
| Informales | 4.884 | 4.915 |
| Formales | 4.807 | 4.870 |
| Hombres | 5.303 | 5.326 |
| Informales | 2.506 | 2.529 |
| Formales | 2.797 | 2.798 |
| Mujeres | 4.389 | 4.459 |
| Informales | 2.379 | 2.386 |
| Formales | 2.011 | 2.073 |

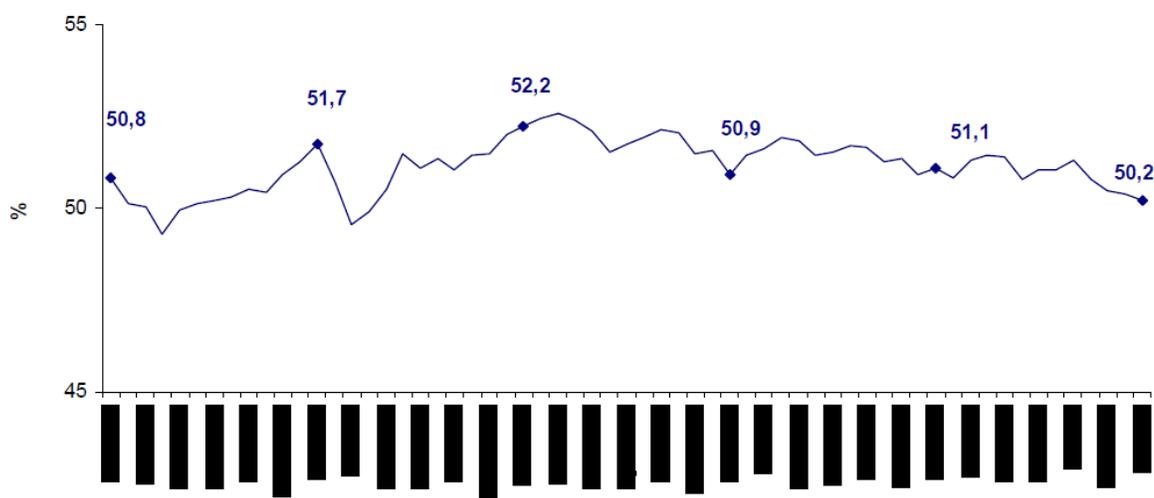
Fuente: DANE – Gran Encuesta Integrada de Hogares

La tabla No. 1 muestra que para el trimestre de febrero – abril de 2012, de la población total ocupada: 9.785.000, el 50.2% de la población lo es como trabajador informal. Al discriminar por género, del total de población ocupada el 47.4% son hombres que trabajan en la informalidad y el 53.5% son mujeres. Estas cifras permiten concluir que hay más mujeres que hombres en la informalidad, lo que concuerda con la mayor participación de la mujer en el mercado laboral en los últimos años.

La gráfica No.1 que se muestra a continuación, permite ver como la proporción de población ocupada informal se ha mantenido relativamente constante desde el 2007 y hasta lo corrido del 2012. Desde el 2007 la cantidad de trabajadores informales en el mercado laboral colombiano ha fluctuado entre el 50,8% y el 50,2%.

Gráfica No. 1

**Proporción de población ocupada informal
Total 13 áreas
Trimestre móvil febrero – abril (2007 – 2012)**



Fuente: DANE, Gran Encuesta Integrada de Hogares

3.4 Los trabajadores informales y su cobertura en seguridad social para el trimestre febrero – abril de 2012

Según la GEIH, la proporción de ocupados informales según el tamaño de la empresa hasta 5 trabajadores para el trimestre móvil febrero – abril de 2012, en 13 áreas del país, como se muestra en la tabla No. 2, es de 50,2%. De este porcentaje, el 43,6% se encuentra cubierto con seguridad social, mientras que el 56,4% está sin seguridad social.

Tabla No. 2

| Concepto | 2012 | |
|-------------------------------------|---------|---------|
| | Ene-Mar | Feb-Abr |
| Total 13 áreas | | |
| Ocupados Informales (Tamaño 5) | 50,4 | 50,2 |
| Total Ocupados CON Seguridad social | 44,4 | 43,6 |
| Total Ocupados SIN Seguridad social | 55,6 | 56,4 |

Fuente: DANE – Gran Encuesta Integrada de Hogares

Sobresale que del total de la población ocupada del país, (tasa de ocupación para el trimestre febrero – abril de 2012: 57.2%), más de la mitad lo es como trabajador informal. Y es más preocupante aún que, más de la mitad de estos ocupados informales no tiene cobertura de seguridad social.

La Tabla No. 3 que se muestra a continuación deja ver que tan solo un 10,7% de la proporción de trabajadores informales tiene seguridad social en salud y pensiones. De este porcentaje, el 83,5% tiene cobertura en salud, el 50,4% en el régimen contributivo y el 47,9% en régimen subsidiado. En cuanto a las pensiones, solo el 10,8 de los trabajadores informales tiene cobertura.

En síntesis, la mayoría de los trabajadores informales que tiene cobertura en seguridad social, la tiene específicamente en salud: el 72,8%, mientras que en pensiones solo el 0,1%.

Tabla No. 3

| Concepto | 2012 | |
|--|---------|---------|
| | Ene-Mar | Feb-Abr |
| Proporción informales con seguridad social* | 11,5 | 10,7 |
| Proporción en régimen contributivo | 94,4 | 94,3 |
| Proporción en régimen especial*** | 1,3 | 0,3 |
| Proporción en régimen subsidiado | 4,3 | 5,3 |
| Proporción informales con seguridad social en salud | 84,0 | 83,5 |
| Proporción en régimen contributivo | 50,3 | 50,4 |
| Proporción en régimen especial*** | 1,7 | 1,7 |
| Proporción en régimen subsidiado | 47,9 | 47,9 |
| Proporción informales con seguridad social en pensión | 11,6 | 10,8 |
| Proporción informales con seguridad social solo en salud | 72,5 | 72,8 |
| Proporción informales con seguridad social solo en pensión | | |

| | | |
|---|-------------|-------------|
| | 0,1 | 0,1 |
| Proporción informales sin seguridad social** | 15,9 | 16,4 |

Fuente: DANE - Gran Encuesta Integrada de Hogares

Nota: Resultados en miles Por efecto del redondeo en miles, los totales pueden diferir ligeramente

Nota: Datos expandidos con las proyecciones de población elaboradas, con base en los resultados del censo 2005

* Incluye Salud y Pensión

** No Incluye Salud NI / OPensión

***Régimen especial: Fuerzas Armadas, ECOPETROL y Universidades Públicas

Estas cifras son a todas luces preocupantes. Indican que la mayoría de la población trabajadora informal no tiene cobertura en seguridad social para salud y pensión. Para el caso de la salud, la situación no es tan dramática como en pensiones, pues la cobertura se da en gran medida desde el régimen subsidiado de salud y esto es inquietante desde la financiación y la viabilidad misma del modelo original de aseguramiento.

Tabla No. 4

| Concepto | 2012 | |
|--|---------|---------|
| | Ene-Mar | Feb-Abr |
| Empleo sin Seguridad Social | 5.386 | 5.522 |
| <i>Informales</i> | 4.323 | 4.389 |
| No informa | 1 | 1 |
| Agricultura, pesca, ganadería, caza y silvicultura | 39 | 43 |
| Explotación de minas y canteras | 3 | 4 |
| Industria Manufacturera | 581 | 597 |
| Suministro de electricidad, gas y agua | 0 | 0 |
| Construcción | 362 | 381 |
| Comercio, hoteles y restaurantes | 1.857 | 1.834 |
| Transporte, almacenamiento y comunicaciones | 502 | 526 |
| Intermediación financiera | 16 | 17 |
| Actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler | 278 | 266 |
| Servicios, comunales, sociales y personales | 684 | 720 |

Fuente: DANE - Gran Encuesta Integrada de Hogares

La tabla No. 4 muestra las ramas de actividad en las que los trabajadores informales sin seguridad social se desempeñan en el trimestre febrero – abril de 2012. Se puede apreciar que la mayor parte de la población informal sin cobertura a seguridad social está concentrada en el sector de comercio, hoteles y restaurantes, seguido de los servicios comunales, sociales y personales y la industria manufacturera.

Por su parte, la tabla No. 4 muestra el nivel educativo para los trabajadores informales sin seguridad social. Existe una mayor proporción de trabajadores informales sin seguridad social en el nivel educativo de secundaria. No obstante, también hay un alto nivel de personas trabajadoras informales en nivel de primaria.

Tabla No. 5

| Concepto | 2012 | |
|------------------------------------|---------|---------|
| | Ene-Mar | Feb-Abr |
| Empleo sin Seguridad Social | | |
| <i>Informales</i> | 4.323 | 4.389 |
| Ninguno | 121 | 123 |
| Primaria | 1.324 | 1.325 |
| Secundaria | 2.288 | 2.340 |
| Superior | 589 | 600 |
| No informa | 0 | 1 |

Fuente: DANE - Gran Encuesta Integrada de Hogares

En resumen, las cifras estadísticas oficiales señaladas en este aparte muestran que los trabajadores informales son gran parte de la población ocupada, en mayor medida mujeres, con nivel educativo de secundaria y en el sector del comercio.

En la información estadística se evidencia un serio problema en términos de cobertura en seguridad social¹²⁷ y por lo tanto de vulnerabilidad para los trabajadores informales,

¹²⁷ Aunque no existe una cifra oficial sobre la afiliación de los trabajadores informales al Sistema General de Riesgos Profesionales, es dable asumir que dada la voluntariedad en la afiliación de los trabajadores

especialmente en los riesgos cubiertos por las pensiones como la vejez, la invalidez y la muerte.

No puede afirmarse lo mismo en cuanto a la cobertura en salud de este grupo poblacional trabajador, pues la cifra de cobertura de afiliación en salud es mucho más alta y esto es explicable, dada la existencia de un régimen subsidiado en el sistema de salud, que como su nombre lo indica, mediante subsidios a la demanda brinda cobertura a la población pobre que no tiene capacidad de pago para cotizar en el régimen contributivo de salud. No obstante tal cobertura, la misma sólo se da en el régimen subsidiado para los riesgos en relación con la atención asistencial médica que la enfermedad y el accidente de origen común demandan, pero no en cuanto a las prestaciones económicas que el sistema de seguridad social asume desde el régimen contributivo para cubrir los riesgos económicos por la falta de ingresos durante la incapacidad, la licencia de maternidad y la licencia de paternidad. La falta de cobertura de las prestaciones económicas en el régimen subsidiado de salud es un problema para los trabajadores informales, toda vez que se pueden ver desprotegidos por la falta de ingresos durante los períodos de incapacidad por enfermedad y licencias de maternidad y paternidad.

Finalmente, se resalta que los datos plantean también el problema de la cobertura real en seguridad social, pues no diferencian entre afiliación y cotización al sistema, y la afiliación no refleja necesariamente la cobertura, dado que una persona puede afiliarse al sistema, pero no tener cobertura vigente por no ser cotizante activo.

independientes al Sistema de Riesgos Profesionales, la cobertura de los trabajadores informales, al igual que en el sistema de pensiones, es mínima.

CAPÍTULO IV: RECOMENDACIONES PARA BRINDAR COBERTURA EN SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL AL TRABAJADOR INFORMAL

Una vez vista la situación actual de los trabajadores informales, es indiscutible que no se aplica el principio de universalidad y que frente a este grupo poblacional vulnerable no se garantiza en Colombia el derecho a la seguridad social.

Existen grandes retos y desafíos para el Sistema de Seguridad Social Integral Colombiano: la evolución demográfica, con el creciente envejecimiento poblacional, el alto número de trabajadores informales, en ascenso constante en los últimos años y la dramática pobreza y exclusión, entre otros aspectos. Para hacerles frente y garantizar el derecho a la seguridad social para todos, se requiere de políticas públicas que no se limiten a respuestas asistenciales o paliativas de la pobreza, sino que desarrollen mecanismos reales y prácticos que permitan la prevención y cobertura de riesgos sociales.

En esta vía y tal como lo indica la CEPAL (2006):

“Un sistema de protección es más que una estructura institucional; es un acuerdo político al que concurre la sociedad para establecer las bases sobre las que desea construir y regular su convivencia. Determina qué derechos se aplican a todos, cómo se garantizan y cómo se hacen viables. Esto supone instituciones, normas, programas y recursos. Además, un pacto social para refundar la protección social sobre la base de derechos universalmente reconocidos no se restringe a las voluntades individuales en su aplicación ni a las meras dinámicas de mercado. Un pacto social de esa índole debe estar respaldado por una decisión de la sociedad.”¹²⁸

La consolidación de un sistema de seguridad social que sea incluyente con los trabajadores informales supone desmontar los obstáculos existentes que impiden la cobertura universal, y aunque se trata de variables relacionadas con la eficiencia del mercado laboral que muchos consideran ajenos al sistema, sí es claro que debe existir voluntad política para que se desarrollen integralmente mecanismos que permitan la cobertura más allá del asistencialismo y de la capacidad de pago. Además de formar ciudadanos con

¹²⁸ CEPAL. La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad”, *Informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, Trigésimo primer período de sesiones*, Montevideo, Uruguay, 2006, cap. I, p. 37.

conocimientos integrales en los riesgos a los que están expuestos como del sistema de seguridad social que les da cobertura, se deben consolidar estímulos que permitan facilidades para la afiliación y cotización de los trabajadores informales dentro del sistema de seguridad social existente.

Dado que la visión de trabajador informal de este trabajo está en la persona misma y no en la unidad empresarial, aunque la definición estadística y las demás definiciones incluyan a los empleadores, se considera que frente a éstos la solución está en su formalización y para ellos es precisamente que se han dictado normas como la Ley 1429 de 2010, pues como unidad productiva tienen el deber, la obligación de formalizarse y ello les implica pagar la seguridad social de sus trabajadores, es decir, que al formalizarse como empresa empleadora se formalizan también sus trabajadores, quienes obviamente no son informales por su voluntad. La seguridad social de los trabajadores informales asalariados es importante, claro que sí, pero la solución para darles cobertura está principalmente, a través de la formalización del empleador, pues hay una relación jurídica contractual, cualquiera sea la denominación que se le de. Y la referencia aquí es al grado de cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social, debiendo apuntar hacia la noción de trabajo decente para disminuir la informalidad tanto para el trabajador como para el empleador.

El grupo de trabajadores informales independientes o por cuenta propia también se puede subdividir, de acuerdo a los ingresos. Pues existen personas que trabajan quienes a pesar de tener medios o altos ingresos, se autoexcluyen del sistema por su propia voluntad. Y en este caso, las medidas a tomar deben partir de la suposición de desconocimiento o ignorancia de quienes no conocen el sistema o tienen prejuicios frente al mismo. Con todo, están incluidos en el grupo de trabajadores independientes informales porque no cumplen con las normas legales, toda vez que al tener recursos deberían cotizar a salud y a pensiones como mínimo.

El mayor problema y a donde quiere apuntar este trabajo es al grupo de trabajadores informales por cuenta propia o independientes que tiene unas características especiales,

fundamentalmente atadas a los pocos ingresos, que no les permiten cotizar al sistema y que por lo mismo, son más vulnerables a los riesgos. En ellos y no solamente en los trabajadores informales asalariados, deben concentrarse las políticas públicas en materia de seguridad social.

En armonía con la Constitución política, la jurisprudencia constitucional¹²⁹ ha señalado que toda política pública que garantice un derecho constitucional, como lo es la seguridad social, debe cumplir con tres condiciones básicas a saber:

1. La política efectivamente debe existir. Debe ser un programa de acción estructurado y no conjeturas o ideas sobre el aseguramiento de los riesgos de los trabajadores informales, con medidas específicas y adecuadas en el marco de un plan liderado por la autoridad competente. Para el caso de la seguridad social debería existir un documento CONPES que defina la política específica en la materia para grupos poblacionales vulnerables.
2. La finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho. No puede ser, como lo ha sido durante mucho tiempo una mera enunciación en los Planes Nacionales de Desarrollo de algunas medidas para dar cobertura, que finalmente terminan en letra muerta pues no se reglamentan por el gobierno nacional. La política pública termina siendo simbólica, toda vez que no está acompañada de acciones reales y concretas y esto se ha prolongado por un período de tiempo considerable.
3. Los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública deben permitir la participación democrática de la población objeto de la política. Para el diseño e implementación de una política de cobertura en seguridad social para los trabajadores informales, deben identificarse las principales problemáticas a las que se ven expuestos y esto se logra de mejor manera si se les identifica, caracteriza y pregunta directamente a ellos.

¹²⁹ Véanse las sentencias de la Corte Constitucional T-595 de 2002 y T-760 de 2008.

En el proceso de desarrollo de este trabajo, se sostuvieron conversaciones informales con algunos vendedores ambulantes, por considerarlos los trabajadores informales por antonomasia, es decir, son las personas que desarrollan actividades comerciales en la calle o vía pública, al margen del ordenamiento jurídico, que son las más reconocidas dentro del grupo de trabajadores informales, y se encontró que desconocen la existencia y el funcionamiento del sistema de seguridad social integral colombiano. Ninguno de los vendedores con quienes se conversó es afiliado cotizante al sistema. Algunos de ellos son beneficiarios del cónyuge o hijo en el régimen contributivo de salud; otros, la mayoría, tienen cobertura en salud vía régimen subsidiado. Ninguno de ellos tiene cobertura en pensiones y menos en riesgos profesionales. Desconocen su derecho a la seguridad social y es entendible, están preocupados por la inmediatez, por lo urgente y en el día a día no tienen presente ni ellos, ni sus gobernantes, lo importante: un trabajo digno que incluye cobertura en seguridad social integral.

Es claro entonces que el Gobierno nacional debe formular y desarrollar políticas de Estado sobre la protección en seguridad social de los trabajadores informales para materializar todos los principios inspiradores del Estado social de Derecho, en particular el de la universalidad. Se cuestiona si la cobertura para todos debe ser desde una perspectiva de mínimos, se considera que no necesariamente. Puede que inicialmente se requiera partir de una cobertura de riesgos mínimos para alcanzar la universalidad, pero siempre teniendo como referente que el derecho debe ser garantizado en los mismos términos para todos por igual. No puede reconocerse la condición de ciudadanos a unos y a otros no. Las razones políticas, además de las económicas también cuentan. Es importante tener presente, como señala Zygmunt Bauman cuando se refiere a la inclusión, que “el efecto último de reducir la acción del Estado a un sector pequeño – y, según la opinión general, inferior- es el empobrecimiento de la política y la desaparición del interés en la política por parte de la ciudadanía en general.”¹³⁰

¹³⁰ BAUMAN, Zygmunt. Trabajo, consumismo y nuevos pobres. Editorial Gedisa S.A., Barcelona, 2005, p. 81 y 82.

No obstante la aspiración a que la igualdad en la cobertura se materialice dentro del sistema, deben evitarse los incentivos perversos a no cotizar, pues el desincentivo a contribuir afecta el funcionamiento mismo del sistema, pero más allá de eso, la realización misma del derecho a la seguridad social, que implica no sólo prestaciones asistenciales, sino también económicas. La sostenibilidad del sistema se enfrenta a la universalidad. Es posible, como se vio al principio, que se integren las visiones de seguridad social y de asistencia social. El sistema de seguridad social colombiano trata de unificar estas dos naturalezas y en esa vía se constituyó el sistema de protección social. Sin duda para que se alcance la universalidad en una sociedad como la actual, con un coeficiente de Gini de los más altos del mundo, donde las políticas no han logrado desconcentrar los ingresos en manos de unos pocos, se requiere de la asistencia.

Los recursos son limitados y las necesidades de seguridad social muchas, así que el fenómeno de la falta de cobertura en seguridad social para los trabajadores informales debe abordarse desde la realidad económica, política y social que se vive, pero este supuesto, a pesar de la incertidumbre de tales circunstancias, supone también reconocer los contenidos mínimos del derecho a la seguridad social que se han identificado. Con todo, se trata de la armonización de la seguridad social como derecho humano y como servicio público que requieren de un desarrollo legal y una reglamentación para que pueda funcionar. Como señala María Cristina Ocampo, “sin bien las políticas públicas son en un sentido “normativas”, en cuanto formulan un deber ser, una orientación de la sociedad hacia unas metas deseables, son también un polo a tierra acerca de cuánto es posible alcanzar dadas las limitaciones económicas, políticas y organizacionales.”¹³¹

El principio de universalidad en la cobertura de seguridad social choca con varias dificultades reales a las que se ven enfrentados los trabajadores informales, como grupo

¹³¹ OCAMPO HERRÁN, María Cristina. Políticas sociales en el Estado social de derecho. En: Memorias II coloquio de profesores de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Pontificia Universidad Javeriana, 2007, p.249.

vulnerable, y las medidas adoptadas no han resuelto el problema y no son suficientes. Así entonces, se identifican algunas recomendaciones para buscar salidas a las dificultades:

- El costo de la cotización que debe ser asumida en su totalidad por el trabajador. En la mayoría de los casos de los trabajadores informales, no existe un empleador que aporte también en colaboración al sistema y esto se configura en un desincentivo a la cotización, pues el bajo nivel de ingresos obliga a escoger entre satisfacer necesidades básicas como la alimentación y la vivienda y la cotización al sistema de seguridad social. Debería revisarse la posibilidad de que el Estado asuma parte de la cotización o de que se manejen tarifas diferenciadas en la cotización. Algunos organismos internacionales como el Banco Mundial (2005), han sugerido para el manejo de un sistema de pensiones el modelo de pilares, a partir del cual se alcanza una protección eficaz de las contingencias al lograr contribuciones diferenciadas de acuerdo con las condiciones económicas de las personas. Así, ante los niveles diferenciados de ingresos se combinan cinco pilares, uno primero que provee un nivel mínimo de protección para todas las personas, es el llamado pilar cero, sin contribución con un beneficio universal. Luego, en el siguiente pilar ya contributivo, varían las contribuciones según el ingreso de la persona, que trata de sustituir alguna parte del ingreso. En tercer lugar, se encuentra un segundo pilar obligatorio que es una cuenta de ahorro individual. Inmediatamente, en cuarto lugar, un tercer pilar con esquemas voluntarios que pueden tomar muchas formas, que son flexibles y discrecionales. Finalmente, un último pilar con “fuentes intrafamiliares o intergeneracionales informales de apoyo, tanto financiero como no financiero, para los ancianos, incluyendo acceso a atención sanitaria y vivienda¹³². Este enfoque multipilar diversifica la estructura, el financiamiento y la administración.¹³³
- La debilidad en la gestión y administración del sistema de seguridad social. Se manifiesta a partir de la falta de reglamentación por parte del Gobierno para garantizar la afiliación y la cotización de los trabajadores informales. La gestión es

¹³² HOLZMANN, Robert; HINZ, Richard. Soporte del ingreso en la vejez en el siglo veintiuno: Una perspectiva internacional de los sistemas de pensiones y de sus reformas. Banco Mundial, Julio de 2005, p.76.

¹³³ *Ibíd.*, p.132.

un factor muy importante que bien direccionada permitirá organización, agilidad, eficiencia y eficacia, particularmente en la materialización de incentivos a la cotización.

- Desatención y rigidez en un sistema de registro que no reconoce la diferencia de grupos poblacionales vulnerables, como los trabajadores informales que no tienen ingresos fijos y que además son escasos. La Planilla Integrada de Liquidación de Aportes – PILA no permite hoy en día hacer cotizaciones por debajo del salario mínimo por ejemplo. Como ya se vio, no está reglamentado el tema y por lo tanto las pocas figuras creadas son inoperantes en la práctica.
- El desconocimiento por parte de los trabajadores informales del sistema y la falta de conciencia de los riesgos requiere educación y cultura de ahorro para afrontar los riesgos y sus consecuencias. Debería crearse conciencia en toda la población de la necesidad de protección ante contingencias futuras y no solo las presentes.

CONCLUSIONES

El entendimiento del concepto de seguridad social desde una perspectiva de derechos es fundamental para el diseño y ejecución de políticas de inclusión de los trabajadores informales al sistema de seguridad social. El diseño y construcción de una política de cobertura para este grupo de trabajadores vulnerables, debe estructurarse a partir de un pacto social que entienda la seguridad social como un derecho fundamental para proteger a las personas de las contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica, y que por lo mismo, tiene incidencia en el bienestar y el desarrollo humano.

Las discusiones acerca de lo que debe entenderse por seguridad social y protección social son ilustrativas de la evolución de las sociedades, pero no pueden convertirse en obstáculos para comprender que existe un derecho subjetivo, en cabeza de todas las personas, para demandar la protección de los riesgos sociales. Este derecho ha sido reconocido tanto nacional como internacionalmente no solamente como aspiración política sino también desde la perspectiva de cumplimiento de las obligaciones que tiene el Estado frente a planes y programas que debe desarrollar para proporcionar la cobertura integral de las contingencias a las que están sujetos todos los trabajadores, incluidos los informales que trabajan por cuenta propia o como independientes, con el fin de lograr el bienestar individual, la integración de la comunidad y el desarrollo social.

Entre los factores trascendentales para construir políticas de inclusión en el sistema de seguridad social de los trabajadores informales, está su misma concepción estadística, que presenta problemas al desconocer la realidad en la caracterización de los mismos. La informalidad es un fenómeno muy complejo que involucra diversas variables; no obstante, no es útil una definición que no vincula la falta de recursos económicos de los trabajadores que laboran de forma independiente o por cuenta propia, como criterio determinante para no estar afiliado ni cotizar al sistema de seguridad social. Debería vincularse la concepción estadística de trabajador informal con la imposibilidad de cotizar a la seguridad social. La cobertura en seguridad social es un criterio fundamental para saber si una persona es o no

trabajador informal. Así, se identificaría a la población que requiere de políticas específicas para tener cobertura y se avanzaría en forma certera para la superación de los obstáculos que impiden la realización efectiva del derecho a la seguridad social.

Se evidencia también un tema crítico y es la falta de operatividad y materialización de las medidas adoptadas para permitir la cotización de los trabajadores informales al sistema de seguridad social. No han sido muchos los mecanismos creados para garantizar la cobertura del sistema de seguridad social en igualdad de condiciones para todas las personas, dentro del sistema implementado en Colombia. Sin embargo, las pocas medidas que existen tampoco han funcionado por falta de reglamentación. Existen varias normas que se quedan en letra muerta y que no permiten avanzar en la protección social. El Gobierno nacional está en mora, desde hace mucho tiempo, de poner en funcionamiento medidas efectivas para garantizar la protección en seguridad social de los trabajadores informales. Está pendiente la creación de una estrategia que permita la cobertura universal de la población dentro del sistema de seguridad social. Se sabe que se debe adoptar tal estrategia, se anuncian medidas, pero ninguna se materializa.

El escenario de baja cobertura en seguridad social desde regímenes contributivos a la seguridad social para los trabajadores informales se contrapone al principio de universalidad que propende por la cobertura integral de toda la población. El marco regulatorio del sistema de seguridad social debe avanzar en términos de facilitar el ingreso de los trabajadores informales al mismo. Persisten los cuestionamientos en relación con la arquitectura regulatoria necesaria para hacer efectivo el derecho a la seguridad social independientemente de la capacidad adquisitiva de los individuos, el área geográfica en que se ubiquen o su pertenencia a un determinado grupo de trabajadores.

El problema de la baja cobertura en seguridad social de los trabajadores informales no debería enfocarse solo desde políticas de formalización de las empresas. Las políticas deben ser amplias y diferenciadas, también coordinadas y permanentes, con incentivos y estímulos en cobertura de seguridad social para los trabajadores informales como grupo vulnerable; particularmente, debería eliminarse la desigualdad en cuanto al acceso al

sistema de seguridad social que se presenta entre trabajadores asalariados o subordinados y trabajadores independientes informales.

De hecho, es dable cuestionar por qué las políticas públicas implementadas en Colombia han buscado llevar a la formalidad a los trabajadores principalmente a través del trabajo dependiente para así dar cobertura a los riesgos de la seguridad social, una muestra palpable de ello, es la expedición de la Ley 1429 de 2010. Así mismo, es importante preguntarse por qué existe una tendencia a dejar al trabajador independiente o por cuenta propia en la informalidad y por qué en muchos casos no se llega desde el trabajo independiente a la formalidad, que permita una cobertura de los riesgos sociales amparados por la seguridad social.

En síntesis, el principio de universalidad que irradia el derecho a la seguridad social, obliga a que las políticas públicas de inclusión al sistema de seguridad social no sean únicamente para la empresa o el trabajador subordinado o dependiente. El trabajador independiente informal o que labora por cuenta propia en el sector informal de la economía, también debe ser protegido de los riesgos sociales desde el derecho y la política social.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, S.A. Madrid, 2004.

ALMANSA PASTOR, José Manuel. Derecho de la Seguridad Social, Volumen I, cuarta edición, Editorial Tecnos S. A., Madrid, 1984.

ARENAS MONSALVE. Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social, tercera edición, Bogotá, Legis Editores S.A., 2011.

ASÍ VAMOS EN SALUD. Seguimiento al Sector Salud en Colombia [en línea], disponible en Internet http://www.asivamosensalud.org/index.php?option=com_content&view=article&id=200:porcentaje-de-cobertura-por-afiliacion-al-regimen-subsidiado&catid=59:Indicadores&Itemid=73

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL – AISS. Comprender la seguridad social [en línea], disponible en Internet: <http://www.issa.int/esl/Temas/Comprender-la-seguridad-social>

BAUMAN, Zygmunt. Trabajo, consumismo y nuevos pobres. Editorial Gedisa S.A., Barcelona, 2005,

CAÑÓN ORTEGON, Leonardo. Una visión integral de la seguridad social. Volumen I, segunda edición actualizada, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

CEPAL. La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad”, Informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, Trigésimo primer período de sesiones, Montevideo, Uruguay, 2006.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Relatoría providencias [en línea], disponible en Internet: www.corteconstitucional.gov.co

COLOMBIA. Secretaría Senado. Leyes [en línea], disponible en Internet: www.secretariasenado.gov.co

COLOMBIA. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA – DANE. Resumen Ejecutivo Medición del Empleo Informal. Trimestre móvil diciembre 2011 - febrero 2012, Bogotá, D.C. 13 de abril de 2012.

_____ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA – DANE. Metodología Informalidad Gran Encuesta Integrada de Hogares, diciembre de 2009, [en línea], disponible en: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/metodologia_informalidad.pdf

COLOMBIA. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Comunicado de prensa – 034, Beneficios Económicos Periódicos (BEPS), 5 de junio de 2009. [en línea] disponible en Internet: http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/MinHacienda/elministerio/prensa/Historicos/2009/2009_1/COMUNICADO%20034%20BENEFICIOS%20ECONOMICOS%20PERIODICOS%202009-JUN.pdf

_____ Ministerio del Trabajo. [En línea] disponible en Internet: <http://www.mintrabajo.gov.co/index.php/marzo-2012/204-mintrabajo-anuncia-iniciativa-para-que-trabajadores-que-se-formalicen-no-pierdan-su-afiliacion-a-la-salud-subsidiada-sisben.html>

_____ Ministerio del Trabajo. [En línea] disponible en Internet: <http://www.mintrabajo.gov.co/index.php/junio-2012/603-todos-los-trabajadores-colombianos-deberan-estar-protegidos-por-el-sistema-de-riesgos-laborales.html>

COLOMBIA. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Trabajo digno y decente en Colombia: Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas, Bogotá, 2012.

CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. Derecho de la Protección Social, primera edición, Bogotá, CIESS, CODESS, Legis Editores S.A., 2009.

DE SOTO, Hernando. El otro sendero: la revolución informal, Editorial Oveja Negra, Bogotá, 1987.

FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO DE LA SALUD Y LA SEGURIDAD SOCIAL –FEDESALUD. La protección social: Entre el aseguramiento y la asistencia. Universidad Santo Tomás, Posgrados de Economía, Grupo de Protección Social, Bogotá, 2008.

GARCÍA JIMÉNEZ, Jesús. Seguridad Social, pobreza y sector informal en América Latina. Ponencia para trabajo doctoral Universidad Complutense de Madrid, [en línea] disponible en Internet: <http://www.ucm.es/info/ec/jec8/Datos/documentos/comunicaciones/Bienestar/Garcia%20Jesus%201.PDF>

GHERSI, Enrique. El papel de la informalidad: El otro sendero una década después. En: Perfiles Liberales, Edición 53, 1997.

GIRALDO GIRALDO César. ¿Protección o desprotección social? Bogotá, Ediciones desde abajo, Fundación Cesde – Centro de Estudios Escuela para el Desarrollo – Universidad Nacional de Colombia, 2007.

HOLMES, Stephen. SUSTEIN, Cass R. El costo de los derechos – Por qué la libertad depende de los impuestos, primera edición, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011.

HOLZMANN, Robert; JØRGENSEN, Steen. Manejo social del riesgo: Un nuevo marco conceptual para la protección social y más allá. Documento de trabajo No. 0006 sobre protección social. Banco Mundial, Washington, 2000.

HOLZMANN, Robert; HINZ, Richard. Soporte del ingreso en la vejez en el siglo veintiuno: Una perspectiva internacional de los sistemas de pensiones y de sus reformas. Banco Mundial, Julio de 2005.

LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo. Seguridad Social – Teoría Crítica Tomo I, primera edición, Medellín, Universidad de Medellín, 2011.

MORENO PADILLA, Javier. Seguridad Social para trabajadores informales. En: Revista Latinoamericana de Derecho Social, N°. 2, 2006.

OCAMPO HERRÁN, María Cristina. Políticas sociales en el Estado social de derecho. En: Memorias II coloquio de profesores de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO – OIT Informe VI Seguridad Social para la justicia social y una globalización equitativa. Discusión recurrente sobre la protección social (seguridad social) en virtud de la Declaración de la OIT relativa a la

justicia social para una globalización equitativa, 2011. Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra. ILC.100/VI.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO - OIT. Resolución sobre las estadísticas del empleo en el sector informal, adoptada en Ginebra por la decimoquinta Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, Enero de 1993, [en línea], disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms_087486.pdf

_____ OIT, 17ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, Ginebra, diciembre de 2003.

_____ OIT, SANCHEZ, Fabio. Evolución reciente del empleo informal en Colombia. En: Mercado laboral colombiano: Cuatro estudios comparativos. OIT, Oficina Subregional para los países andinos – OSRA, Serie Documentos de Trabajo, 216. Programa Fortalecimiento del diálogo social; los derechos fundamentales en el trabajo, y la inspección vigilancia y control del trabajo en Colombia, Bogotá, septiembre de 2009.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19 (2008), E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008.

_____ Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14 (2000), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

_____ – CEPAL, La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad , Trigésimo primer período de sesiones de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), Montevideo, Uruguay, 20 al 24 de marzo de 2006, p. 37.

PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías – Elementos para una reconstrucción. Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2007.

RUIZ MORENO, Ángel Guillermo, Nuevo Derecho de la Seguridad Social, 8 edición, México, Editorial Porrúa, 2004.

RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Seguridad Social para los migrantes y trabajadores informales. Su eventual inclusión en el régimen obligatorio del seguro social. México, Universidad de Guadalajara, 2006.

SALGADO JIMÉNEZ, Ayda Rocío. El trabajo informal y sus efectos en el sistema pensional colombiano. Trabajo de grado para optar al título de Magister en Política Social. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009.

SEN, Amartya. Desarrollo y Libertad, primera edición, Barcelona, Editorial Planeta S.A., 2000.

TOBACIA FORERO, Luz Jancey. Formalización laboral como estrategia de desarrollo y contribución a los procesos de cohesión social en Bogotá. Trabajo de grado para optar al título de Magister en Política Social. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2011.

TOKMAN, Víctor. El sector informal posreforma económica” en AAVV, Informalidad y Exclusión Social, compilado por Carpio, J; Klein, E; Novakovsky, I, Parte I: Panorama regional del fenómeno de la informalidad y la exclusión social, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica-SIEMPRE-OIT, 2000

TOKMAN, Víctor. Informalidad, inseguridad y cohesión social en América Latina. CEPAL, Serie Políticas sociales No. 130. Santiago de Chile, Marzo de 2007, p. 5.

URIBE, José Ignacio; ORTIZ, Carlos Humberto y GARCIA, Gustavo Adolfo. Informalidad y subempleo en Colombia: dos caras de la misma moneda. En: Documento de Trabajo no. 113. CIDSE, Centro de Investigaciones y Documentación Socioeconómica. Facultad de Ciencias Sociales y Económicas. Universidad del Valle. Cali: Colombia. Marzo, 2008.

VEGA VARGAS, William Javier. La afiliación del trabajador por cuenta propia al sistema general de seguridad social integral en Colombia. Trabajo de grado para optar al título Master en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social. Universidad de Alcalá, Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Madrid, 2006.