

**LA SEGURIDAD SOCIAL (PENSIÓN Y SALUD) DE LOS
TRABAJADORES INFORMALES EN COLOMBIA**

CAMILO ANDRÉS PINEDA ROJAS

CÓD: 041101194

Trabajo de Grado para optar al Título de Abogado

UNIVERSIDAD LIBRE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Bogotá D.C.

2015

DIRECTIVAS ACADÉMICAS

PRESIDENTE NACIONAL: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

RECTOR NACIONAL: NICOLÁS ENRIQUE ZULETA HINCAPIÉ

PRESIDENTE SECCIONAL: EURÍPIDES DE JESUS CUEVAS CUEVAS

RECTOR SECCIONAL: RAÚL ENRIQUE CARO PORRAS

DECANO: JESÚS HERNANDO ALVAREZ MORA

SECRETARIO ACADÉMICO: ALVARO ALJURE MORENO

COORDINADOR ÁREA DE INVESTIGACIÓN: JOSUE OTTO DE QUESADA
VARONA

APROBACIÓN

Nota de aceptación:

Jurado

Jurado

gradecimientos y dedicatoria

A Dios por bendecirme cada día y siempre darme fuerza para continuar.

*A mis padres y hermana, quienes siempre me han impulsado a no desfallecer ante
las adversidades.*

A mi hijo, quien me enseñó el verdadero valor del amor y la dedicación.

*A la doctora Lilibeth García Henao, por aportar sus valiosos conocimientos en el
inicio y fin de este trabajo investigativo.*

*A la Facultad de Derecho por proporcionarnos grandes maestros en nuestra
amada profesión.*

**LA SEGURIDAD SOCIAL (PENSIÓN Y SALUD) DE LOS TRABAJADORES
INFORMALES EN COLOMBIA**

CONTENIDO

I.INTRODUCCIÓN

III.PROBLEMA, HIPÓTESIS Y OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN

Problema

Hipótesis

Justificación

Objetivos

Objetivo general

Objetivos específicos

III.MARCO REFERENCIAL

3.1 ESTADO DEL ARTE O ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.1 Evolución histórica de la seguridad social en el sector informal

Regímenes Del Sistema Pensional En Colombia

3.1.2. Trabajos investigativos sobre seguridad social en el sector informal

3.2 MARCO TEÓRICO

3.2.1. El trabajo informal

3.2.2. Estudios sobre informalidad

3.2.3. Población incluida: Causas y consecuencias

3.2.4. Marco Jurídico

IV CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

4.1. Conclusiones

4.2. Propuesta

V. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

VI.BIBLIOGRAFÍA

Libros:

Normatividad

Jurisprudencia

Publicaciones

I. INTRODUCCIÓN

En 1993 Colombia reformó su sistema de seguridad social por medio de la Ley 100, eliminando el sistema de monopolio público e introduciendo un modelo de participación privada con tres componentes: pensiones (aportes de retiro), salud y riesgos profesionales, en el presente trabajo investigativo únicamente se abordaran dos de esos tres componentes, representados de un lado, por el tema de las pensiones y por el otro dedicado al sector de la salud, por lo tanto tiene como fundamento estudiar las condiciones laborales que desde tiempos remotos ha incurrido la sociedad y que aún hoy en día se mantiene en gran parte de la población, la cual es lo que se conoce como trabajo informal o subempleo o el popular 'rebusque' del que hacen uso para lograr sobrevivir, sin importar que la economía del país aumente, disminuya o entre en crisis, esta práctica siempre estará presente.

En pronunciamientos anteriores del máximo Tribunal Constitucional colombiano, donde concretó que "... el trabajo es un derecho y una obligación social que goza de la especial protección del Estado, y la Carta Política señala que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas (...)"¹, se concluye entonces que es un elemento decisivo en cualquier Estado, ya que puede considerarse como el punto de partida de proyectos como: aumentar su productividad en la economía, el desarrollo de nuevas políticas públicas, o sencillamente fomentar un crecimiento benéfico significativo para la sociedad como por ejemplo la ampliación de nuevas perspectivas laborales al tiempo que reduce la pobreza a nivel nacional, ello sin contar con la importancia tan determinante que reviste para el bienestar individual de cada ser, debido al crecimiento personal o profesional que signifique esa nueva oportunidad.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-020 de 2000 (Referencia: expediente T-245137. Acción de tutela instaurada por Iván Mancera Prieto contra la Alcaldía Menor de Santafé, Localidad Tercera.), M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Lástima que a pesar de los crecimientos o avances que repercutan en la economía de un país, las oportunidades más importantes se repartan solo a unos pocos, mientras los demás, que suelen ser los más necesitados, deben conformarse con lo poco o nada que consigan, según lo demuestran los diversos estudios estadísticos realizados, para el presente trabajo presentaremos, además del caso colombiano, estadísticas de países como México y Chile, cuyos resultados se compararán con la situación existente de nuestro país.

Una precisión sobre la seguridad social tal y como está desarrolla en la Constitución Política, en las Leyes y en los diversos Decretos Reglamentarios sobre el tema, no compagina totalmente con la realidad observada en el país en cuanto a la informalidad laboral se refiere, pues la mayoría de sus presupuestos parecen difíciles de aplicar plenamente y peor aún más difíciles de exigir debido a las trabas o impedimentos llevados a cabo por la administración a cargo de proporcionar los servicios, aun cuando en la mayoría de los casos se presenta evidente violación a derechos tan intrínsecos de las personas, mismos reconocidos y otorgados por la Norma de Normas. Lo anterior obsta para realizar una apreciación un poco más objetiva que subjetiva, la cual es ignorar las necesidades humanas adquiridas por la sociedad con el transcurso del tiempo.

En el transcurso de este trabajo investigativo, se ampliará el tema de la realidad que viven algunos usuarios del sistema de seguridad social tanto para acceder como para hacer uso de los servicios que por derecho y mandato legal les corresponde, entonces se concluye que no basta con únicamente abrir instituciones y promulgar normas sobre garantías de derechos cuando vemos con preocupación que para conseguir calidad por parte de esos servicios prestados por las instituciones, a veces, es necesario acudir al aparato judicial con el medio más eficaz e idóneo llamado tutela, ya que la finalidad de las instituciones es la de

satisfacer las necesidades básicas de sus administrados dentro de un estado social de derecho, tal y como lo enseña la Constitución.

II. PROBLEMA, HIPÓTESIS Y OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN

Problema

El problema jurídico base para profundizar este estudio investigativo, es el siguiente: ¿Cuál es la consecuencia de la limitación al acceso al sistema de seguridad social, referido a pensión y salud, de los trabajadores informales en Colombia?

Hipótesis

Lo anterior, teniendo en cuenta que los mencionados sujetos cuentan con afiliación al sistema, ya sea en pensión o en salud. Aquellas personas que no cuentan con ningún tipo de afiliación o que teniendo dicha afiliación se encuentren en el estrato más bajo, por ejemplo nivel I del SISBEN, en el régimen subsidiado, el viacrucis que viven estas personas para el acceso a los servicios, quienes pueden ser de escasa educación o algunos que ni siquiera han pisado un colegio cómo pueden entender y controvertir a la administración que el servicio que se les está negando o dilatando, es un derecho que poseen, que existen unas leyes, unas normas, o en general una Constitución que contiene mecanismos como la tutela para defenderse.

El estudio de los casos reales que se plantearán, demostrarán como el problema jurídico propuesto está claramente justificado, pues describe a quienes se encuentran incluidos en el sector informal de alguna o u otra forma, afectando derechos tan intrínsecos de los seres humanos como la vida, en conexidad con la salud, el mínimo vital para vivir dignamente, afectación que va muy de la mano en las anomalías derivadas del sistema pensional, por ejemplo cuando insisten en la negación del derecho pensional aun cuando saben que realmente el usuario tiene derecho y por consiguiente que está retirado de la vida laboral, desea vivir de ese ahorro producto de sus años de trabajo, incurriendo la administración en

dilaciones injustificadas al negarlo o retrasarlo, dando como consecuencia que ese usuario tenga que acudir a medios legales para hacer valer, reconocer y aplicar ese derecho ya adquirido.

Justificación

Llama la atención este tema en especial, porque obedece a un impacto a gran escala que no únicamente se produce en Colombia sino a nivel mundial, en unos espacios más notorios que en otros, generando, para el caso colombiano, gran contradicción, pues se predica un deber del Estado garantizar el pleno empleo en condiciones dignas y justas, sin dejar de lado el sin número de normas cuyo eje primordial es atender las necesidades humanas, exaltando siempre el compromiso en el inicio y fin de cada prestación del servicio (por ejemplo en salud) por parte de las entidades competentes con la debida valoración, diligencia y acompañamiento debidos en cada caso.

En este punto surge la necesidad de recordar la teoría de Charles Darwin sobre la Supervivencia de los más aptos, definida como

“...aquella que preserva la diferencia y variación individual de todo ser vivo, que lo conduce al mejoramiento en sus condiciones de vida (...) Sin embargo, para que esto se lleve a cabo, deben transcurrir ciertos cambios o modificaciones en el ser vivo a lo largo de la historia, los cuales irán haciéndolo más fuerte y adaptable a cualquier ambiente...”²

Si bien es cierto existe una constante lucha de cambios en todos los sentidos, pero deben ser poco a poco y no para un sector reducido, pues a menudo, se observa pobreza extrema, indigencia, desempleo, falta de educación y todo ello debido principalmente a la falta de oportunidades, mismas que empujan a la población más marginada a ejercer prácticas en lo primero que se les ocurra para

² DARWIN, Charles, El origen de las especies, Editorial EDAF, S.L.U. Madrid (España), Primera edición en libro electrónico, 2010.

lograr mantenerse en la sociedad cubriendo necesidades básicas como alimentación y vestuario, entonces las políticas estatales pueden dar la impresión de ser solo un simple escrito para esta población tan afectada, ya que realmente están desamparados o eso es lo que puede percibirse de ellos.

Objetivos

Objetivo general

Determinar la limitación al acceso al sistema de seguridad social, referido a pensión y salud, de los trabajadores informales en Colombia, teniendo en cuenta los estudios realizados sobre el caso concreto.

Objetivos específicos

Analizar la desprotección a los trabajadores informales en Colombia a la luz de los presupuestos del sistema de seguridad social (pensión y salud) establecido en el ordenamiento jurídico interno.

Plantear los posibles mecanismos de protección encaminados a asegurarles el acceso a la seguridad social teniendo en cuenta sus modos de producción.

Dar a conocer la evidente desigualdad a la que se enfrentan con los trabajadores de otros sectores, con base a estudios estadísticos.

III. MARCO REFERENCIAL

3.3 ESTADO DEL ARTE O ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

El estado del arte en todo trabajo investigativo, debe necesariamente incluir dos elementos como son: la evolución histórica del tema objeto de estudio y la inclusión de trabajos investigativos sobre el particular, exaltando un resumen analítico de la investigación. A continuación se desarrollaran estos elementos mencionados.

3.1.1 Evolución histórica de la seguridad social en el sector informal

La seguridad social en Colombia, surge como la necesidad derivada de la civilización, pues a medida que avanzaba era menester que el Estado ejerciera un poder supremo en cuanto a la regulación de ciertas directrices para el socorro o ayuda requerida por los más vulnerables, es por ello que se crea la *asistencia*, de la cual se desprendían tres modalidades de ayuda, a saber: asistencia familiar, privada y pública.

En la *asistencia familiar*, como su nombre lo indica, es la familia la que va a socorrer al miembro que más lo necesite, pues además de la unión sanguínea, está deber impuesto por la sociedad.

En la *asistencia privada*, se trata de aquellos fondos o instituciones especializadas cuyo objeto social es la protección de sus afiliados.

Y, por último encontramos la *asistencia pública* o mejor conocida como beneficencia, en donde el Estado, a través de sus entidades, proporciona unos mecanismos exactos para la protección de las necesidades vitales de la comunidad.

En un avance más significativo del Estado, cuando ya empieza a tomar una importancia significativa el factor económico, es decir, cuando se empieza a vender la necesidad de tomar una protección acorde a la normativa imperante en ese momento, además de comenzar a propender por el desarrollo del país, es cuando se crean los *seguros sociales*, mismos que al principio eran de carácter obligatorio para el trabajador dependiente, el cual tenía que cotizar cierto monto dinerario para asegurarse y dependiendo de ese monto y del agente generador del daño, es decir, una accidente común o de trabajo, se le haría la respectiva indemnización. Para el caso de trabajadores independientes, el acceso al seguro social, era casi imposible, pues la afiliación y su respectiva cotización designaban un rango de inversión que la mayoría de las veces les superaba lo devengado.

Los anteriores son los antecedentes más destacados de la seguridad social, prácticas que se llevaron a cabo en distintas civilizaciones del mundo desde la romana, germanos y anglosajones, hasta en una América precolombina, por supuesto que las ayudas o asistencia mutua era muy arcaica, al igual que la cotización realizada debido a que todo estaba basada por normas superiores que eran de obligatorio cumplimiento so pena de llegar a ser sancionados o castigados. El sistema alemán de seguros sociales, es el antecedente más moderno de todos los anteriormente estudiados, ello sin olvidar que recopila cada una de esas prácticas y las moderniza conforme a la sociedad existente.

En tanto al análisis del tema que ocupa, el sector informal o independiente de trabajadores, es el que mayor afectado se ve, tomando en cuenta que los pocos o muchos beneficios desinados por las normas y/o costumbres de la época tienden a favorecer a aquellos trabajadores que son dependientes, es decir, que se encuentran vinculados formalmente mediante un contrato o acuerdo de trabajo, mientras que los informales a duras penas podían sobrevivir con lo devengado.

En la actualidad, esta práctica aún no ha sido abolida, por el contrario sigue muy marcada, por ejemplo en cuando a la afiliación al sistema se refiere, notamos que

efectivamente las entidades a cargo le generan más beneficios a aquellos trabajadores dependientes que a uno informal o independiente, a este último, los beneficios se le derivaran del monto y del tiempo aportado, como sucede en las pensiones en el régimen individual. Por supuesto que las ventajas y desventajas varían tomando en cuenta de la actividad, profesión u oficio al que se dedique el trabajador.

La organización de la seguridad social integral en Colombia, según la ley 100 de 1993, está conformado de la siguiente manera: (I) sistema general de pensiones, que abarca el régimen de prima media con prestación definida, régimen de ahorro individual con solidaridad, régimen de transición y régimen pensional especial; (II) sistema de riesgos profesionales, que protege: enfermedades laborales y accidentes de trabajo; (III) sistema de seguridad social en salud, comprendido por el régimen contributivo, en el que sus afiliados hacen sus respectivos aportes, y el régimen subsidiario, quienes se encuentran en éste, no pueden pagar parte o la totalidad de la cuota, son los beneficiarios; y, (IV) servicios sociales complementarios, para ancianos indigentes y en general para desempleados.

Definida como “una política global de protección del hombre, del hombre como ser humano, y no solamente como “trabajador” o “asalariado”. Abarca... a la totalidad de la población que sufre necesidades o carencias de cualquier orden, pero especialmente las referentes a la salud, al desempleo, la alimentación, la educación, la vivienda, etc.”³ En el país, el principal antecedente y fuente de inspiración directa en la implementación del sistema de seguridad social fue Chile⁴, cuyo régimen fue inspirado por las necesidades más sufridas por la clase trabajadora, aunque al momento de ponerlo en práctica, éste parece no haber sido concebido, por lo menos en cuanto al régimen pensional se refiere, consultando la capacidad adquisitiva real de los trabajadores ni las perspectivas de desarrollo del

³ CAMPOS RIVERA, Domingo, Diccionario de derecho laboral, Editorial Temis, Bogotá D.C., Colombia, 2012.

⁴ CORTÉS HERNÁNDEZ, Óscar Iván, Derecho de la Seguridad Social, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá D.C., Colombia, 2003.

país a mediano y largo plazo, pero dicho sistema no fue algo netamente original de los chilenos, pues ellos tuvieron muy en cuenta "... los criterios reprivatizadores de los economistas norteamericanos..."⁵, olvidando económicamente hablando que en los norteamericanos existe un nutrido avance en comparación con países como Chile o Colombia, sin embargo lo que se enfatizó en su momento fue alcanzar un derecho que fuera producto del aporte de capital al sistema durante cierto período de tiempo, sin contemplar el avance del crecimiento demográfico al tiempo que la obtención de ciertos beneficios, como la pensión, se avecinaría y el Estado debía responder.

En Colombia, al momento de poner en marcha el proyecto de seguridad social inspirado por Chile, no se tuvo en cuenta la realidad social del país, además que su economía era demasiado primitiva para soportar un sistema tan amplio y exigente como era el que traía inicialmente la Ley 100, lo que se observa es un total desprendimiento de nuestro poder legislativo de la realidad vivida en ese momento, es decir, se optó por la vía fácil, la cual era adoptar el mismo modelo, el cual se tuvo que cambiar poco a poco a través de numerosas reformas al sistema original implantado, acotándolo a lo contenido en la Constitución y en la ley. La seguridad social es un derecho irrenunciable, es decir, que todos lo poseen, siempre y cuando se cumpla una serie de requisitos tales como la afiliación y la contribución de los pagos, siendo el primero el más importante debido a que traduce el acceso, o de lo contrario pretender los servicios de las entidades encargadas en cada especialidad es muy difícil, casi que imposible.

La Ley 100 de 1993, sobre el acceso al sistema de salud, enseña que la afiliación para todos es obligatoria, cuyo propósito es lograr universalizar la cobertura del plan de salud en el que se estima la protección, información, promoción y prevención de salud, tratamiento y rehabilitación, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales bajo su denominación genérica, para los diferentes tipos

⁵ AFANADOR NUÑEZ, Fernando, EL SISTEMA PENSIONAL COLOMBIANO. Régimen general. Regímenes especiales y de transición, Editorial Legis, 1999.

de servicios y en todos los niveles de complejidad. En cuanto al sistema de pensiones, señala quienes son afiliados obligatorios (trabajadores dependientes del sector privado y público, contratistas de servicios y trabajadores independientes) y cuales voluntarios, que son aquellos que tienen capacidad de pago y que no estén vinculados laboralmente. En cuanto a riesgos laborales, obligatoriamente deben afiliarse los trabajadores dependientes (sector público y privado) e independientes. Por supuesto que cada afiliación es independiente, es decir, cada una se encarga de cubrir unas respectivas prestaciones, pero cada una requiere del pago que debe hacerse a la entidad escogida.

Regímenes Del Sistema Pensional En Colombia

Las pensiones (invalidez, vejez y sobrevivientes) tanto las contributivas como las no contributivas son derechos, según la teoría de la seguridad social, “el derecho al reconocimiento de la pensión es un derecho fundamental y no puede haber una demora para reconocerlo (...) cuando existe demora en el reconocimiento, lo que se ordena por el juez de tutela es que se tramite la petición de pensión de inmediato (no decreta el juez la pensión)...”⁶ El sistema general de pensiones a partir de la expedición de la ley 100 de 1993 quedó dividido de la siguiente manera: el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, ambos coexisten, pero son excluyentes, es decir, que una persona no puede encontrarse afiliada a los dos al mismo tiempo, ni dividir sus aportes o cotizaciones en cada uno de los regímenes.

En el primero, “... la entidad administradora calcula la cotización a pagar como una prima promedio aplicable al conjunto de la población asegurada, de manera que la cotización pueda cubrir efectivamente las erogaciones por concepto de pensiones...”⁷, lo que quiere decir es que se aporta al sistema el valor de

⁶ DUEÑAS RUÍZ, Oscar José, Las pensiones (Teoría, Normas y Jurisprudencia), quinta edición, Librería Ediciones del profesional Ltda.

⁷ ARENAS MONSALVE, Gerardo, El derecho colombiano de la seguridad social, tercera edición actualizada, Editorial Legis, 2011.

cotización exigido en la ley, pero la obtención de la pensión, no depende de la cantidad de dinero, sino del estricto cumplimiento de los requisitos previamente establecidos, de lo contrario el sistema no devuelve primas o cotizaciones.

En el segundo, "... financia las pensiones a través del mecanismo de una cuenta individual de ahorro, manejada por la entidad administradora, es decir, que las cotizaciones de cada afiliado están dirigidas a financiar su propia pensión..."⁸, es decir, contrario a lo que sucede con el primer régimen, en éste se garantiza el beneficio de pensión con base a las cotizaciones en dinero aportadas por el afiliado, sin tener en cuenta requisitos como la edad y el tiempo de cotización, además de contemplar la devolución de saldos en caso de no poder seguir cotizando.

Ambos regímenes brindan iguales prestaciones, es decir: pensión de vejez, invalidez y auxilio funerario, tal y como se extrae de la lectura de los mismos, pero ello no significa que sean perfectos y que por consiguiente también tengan una serie de desventajas.

Principales falencias

Entre las falencias o desventajas⁹ más destacables de los regímenes pensionales pueden destacarse las siguientes:

(I) el régimen solidario de prima media con prestación definida:

- Un mayor envejecimiento de la población altera la relación entre cotizantes y pensionados.
- No hay una relación directa entre la cotización y la pensión de cada uno. Por eso puede haber grupos con mayores privilegios en la legislación.
- No tiene ningún impacto sobre el ahorro.

⁸ *Ibíd.*, ARENAS MONSALVE, Gerardo.

⁹ *Ibíd.*, ARENAS MONSALVE, Gerardo.

- Existe la probabilidad que a largo plazo necesite aportes del presupuesto estatal, lo que puede generar o agravar el déficit.

(II) régimen de ahorro individual con solidaridad:

- Su efectividad depende de que se produzcan altas tasas de rendimiento.
- Los costos administrativos son necesariamente elevados.

Una vez desarrollados los dos regímenes pensionales habidos en Colombia, señalando su definición, características y sus principales falencias, es congruente las siguientes observaciones: ambos sistemas concuerdan en que sus afiliados, si bien por un lado, son trabajadores subordinados y por lo tanto vinculados formalmente mediante contrato laboral (cualquiera que sea su naturaleza), que pueden mensualmente consignar sus aportes mediante su empleador; y por otro, tenemos a trabajadores independientes, ya sea que devenguen altos ingresos, o por lo menos un salario mínimo y que pueden cotizar individualmente sobre éste, porque la base de cotización no puede ser inferior al salario mínimo (artículo 19 de la Ley 100 de 1993). Con los primeros, no tenemos problema alguno para la afiliación al sistema de pensiones. Con los segundos, tenemos que tampoco existe problema alguno siempre y cuando su cotización individual al sistema de pensiones está acorde con las exigencias legales, pero consideremos el caso de un trabajador independiente, perteneciente al sector informal y que devengue ya sea un salario mínimo o menos de éste, necesariamente es válido concluir la dificultad que tiene de acceder al sistema, pues sencillamente, está excluido o su acceso a él es casi imposible.

3.1.2. Trabajos investigativos sobre seguridad social en el sector informal

Reforma o sustitución de la Constitución por la transformación del sistema pensional – efectos jurídicos del Acto Legislativo 01 de 2005 y su antinomia constitucional – Autores: Luis Alberto Torres Tarazona y Jorge O. Alarcón Niño:

La seguridad social en el amplio sentido de la palabra ha sido inspiradora de numerosos análisis realizados por expertos que buscan ofrecer una explicación o entendimiento más sencillo, este es el caso de los autores arriba reseñados, quienes ponen especial atención en las contradicciones o antinomias presentadas entre principios o derechos contenidos en la Constitución y leyes reguladores de los mismos temas, cuya problemática principal es la expedición de norma tras norma, pues suele olvidársele al legislados, el orden y la coherencia que debe existir, en estos casos, según lo reconocido en diversas ocasiones, deben preferirse aquellas normas que versen sobre derechos humanos, pues estos son de reconocimiento mundial al paso que son necesariamente intrínsecos de cada ser humano.

En materia de seguridad social, se desprenden dos propósitos fundamentales, uno de tipo social y otro de tipo económico, teniendo en cuenta que el primero está basado en una protección especial dedicada a la persona como tal, es decir, asistirle en condiciones de enfermedad, ya sea física o mental y procurar por su recuperación, al paso que en el segundo, tenemos una devolución en dinero a aquella persona que duró gran parte de su vida en el mundo laboral, ahorrando o cotizando y que una vez perdida esa capacidad para desempeñarse como trabajador, dado el caso de cuando se llega a la tercera edad, merece la retribución económica de ese ahorro o inversión que le permita vivir dignamente, un ejemplo muy claro de este segundo tipo es la adjudicación de la pensión.

Haciendo un paralelo de lo planteado por los autores con el tema que nos ocupa, si bien es cierto que la Constitución Política es la Norma de Normas o Norma Superior, es de recibo considerar que sus presupuestos están destinados a manera general, es decir, en su cuerpo normativo designa la función al Congreso de crear las leyes, definitivamente corresponde a él regular los diversos temas presentes en nuestro país y para el caso de la seguridad social no es excepción, sin embargo, cabe resaltar que en cuanto a aquellos trabajadores hallados en el sector informal, siempre les toca la parte más difícil porque o no existe una norma

expresa para cada clase de trabajador informal o se parte de la idea ya aceptada que un trabajador no devenga menos de un salario mínimo y por lo tanto, se impone en las leyes referentes a seguridad social al igual que en la normativa de la entidad a cargo que la cotización mínima debe ser sobre un salario mínimo, el cual a veces no lo alcanza un trabajador de esta clase. En este punto se considera entonces que existe una marcada desigualdad, ya que por las reglas establecidas puede quedar por fuera del sistema alguien que no alcance a cumplir el requisito del monto salarial.

Entonces, lo que se despliega de las consideraciones hechas por los autores, es la falta de razones coherentes al momento de la expedición de una ley, debido a que tiende a basarse en meras formalidades por el hecho de tener la función ya establecida en la Constitución, olvidándose ésta que las otras ramas del poder público por la experiencia en el tema que nos ocupa, podría llegar a desarrollar un proyecto de ley que contribuya y a la vez que cobije a aquellos que palabras más, palabras menos, están por fuera del sistema, a sabiendas que el actual estatuto de seguridad social colombiano (ley 100 de 1993), prevé lo contrario, que todos deben estar amparados por el sistema.

Empleo informal y precariedad en el Chile actual. Autor: Pedro Benjamín Sáez Rubilar:

Según el título de la tesis del autor, en Chile, se encuentra la informalidad laboral descrita por el autor como aquellos asalariados que trabajen en empresas de menos de cinco trabajadores, sin contar con contrato de trabajo, en este caso, en comparación con el caso colombiano, además de esto en las calles de las principales de ciudades del país como Bogotá, Medellín y Cartagena, personas dedicadas al comercio informal como vendedores ambulantes. Concluye el autor diciendo que también están incluidos en el sector informal trabajadores dependientes que trabajan en hogares pero que no cuentan con contrato de trabajo.

De hecho, lo que se desprende del planteamiento del autor, en manera de seguridad social en Chile, es que prima el hecho de la suscripción formal de un contrato de trabajo, para considerar las condiciones laborales en que se encuentra aquel trabajador, es decir, se le ve como a un factor más de la empresa para contribuir a su crecimiento, sin importar el desarrollo personal o las necesidades que a medida que vaya pasando el tiempo, adquiera ese trabajador.

3.4 MARCO TEÓRICO

32.1. El trabajo informal

El trabajo informal también se conoce con el nombre de subempleo, del cual se predica su existencia cuando personas aptas para emplearse, no trabajan por una jornada normal pudiendo llevar a cabo dicha jornada, influyendo factores destacados como la falta en la provisión de salarios, o por el contrario la sobrecalificación por motivo de su profesión, o en últimas porque deben dedicarse a un oficio del cual no tienen un amplio conocimiento ni experiencia. El subempleo se manifiesta de diversas formas, algunas de las cuales puede medirse con razonable precisión por encuestas estadísticas¹⁰; está dividido en objetivo y subjetivo¹¹, perteneciendo al primero la agrupación de los trabajadores que desean mejorar sus ingresos, así como las horas trabajadas o tener una labor acorde a su preparación laboral, haciendo gestiones para materializar dicha aspiración y quieren efectuar el cambio; y, el segundo, se compone de aquellos cuya ocupación no concuerda con su nivel de formación profesional, o cuyos ingresos son insuficientes pero siguen esforzándose por conseguir un mejor puesto de trabajo.

¹⁰ NOVOA FUENZALIDA, Patricio, derecho de la Seguridad Social, Editorial Jurídica de Chile, página 373, 1977.

¹¹ ARANGO, Juan Pablo, Cartilla I: Trabajo decente y negociación colectiva, Publicación realizada por: Departamento de Educación de la Central Unitaria de Trabajadores CUT y Secretaria de Educación de la Confederación de Trabajadores de Colombia CTC, 2013.

Una vez entendido el concepto anterior, se desprende el análisis que el trabajo informal siempre está presente, lo que supone uno de los mayores problemas generados en la economía de un país, debido a que como gran parte de los trabajadores informales no están afiliados al sistema de seguridad social es al Estado a quien le corresponde asumir esas cargas, eso contando a quienes buscan afiliarse, a quienes no, el riesgo de exponerse a serios peligros como un accidente, les corresponde asumir su grado de responsabilidad, debido a que pocas veces el acceso a las entidades encargadas de prestar tales servicios, como el de salud, son diligentes y le atienden de manera oportuna; lo que se observa en la vida real es que lo primero que le preguntan al enfermo o al herido es si está afiliado, en caso de no estarlo lo ponen a recorrer todos los hospitales para ver si alguno se compadece y asume el rol que le ha designado la Ley, el cual es atender de manera oportuna las necesidades humanas.

Por otro lado el retroceso en el crecimiento social y educativo que genera la inmersión en este sector, pues estas personas rara vez se interesan en adquirir nuevos conocimientos a través de la asistencia a un centro educativo.

El impacto que genera la informalidad laboral en la productividad de un país, está determinada por los siguientes ejes¹²:

En primer lugar, los negocios informales se ven en la necesidad de limitar su crecimiento, grado de innovación y generación de empleo de calidad para mantenerse en una situación de imperceptibilidad frente a las autoridades encargadas de hacer cumplir la Ley, disminuyéndose así la productividad total de la economía nacional.

En segundo lugar, la informalidad empresarial se traduce en una competencia desleal para las empresas formales, la cual es generada por la evasión de obligaciones tributarias, laborales y regulatorias; dicha situación permite a las

¹² CONSEJO PRIVADO DE COMPETITIVIDAD COLOMBIA, Informe Nacional de Competitividad, 2010-2011.

informales establecer niveles de precio a los cuales las formales no pueden competir y, en consecuencia, las desincentiva a crecer, invertir e innovar.

En tercer lugar, la informalidad empresarial reduce el recaudo fiscal por parte del Estado e impulsa el alza de tarifas impositivas para los formales.

Por último, la informalidad produce desprotección en materia de salud y pensiones para gran parte de la población nacional, lo que conduce a elevar la carga del Sistema Subsidiado de Salud.

Puede concluirse entonces que si bien es cierto, el trabajo informal brinda un auxilio a aquellos que no pueden vincularse a una empresa por medio de un contrato, dicha actividad también contribuye a golpear la estabilidad económica del país, en tanto a seguridad social se refiere, irá en aumento las cotizaciones debidas, puesto que el aumento de la informalidad acarreará inconvenientes de índole fiscal en la medida en que a esos pocos que tienen que pagar lo concerniente a ellos, también se le desviará un poco por el total de la cobertura.

3.2.2. Estudios sobre informalidad

En Colombia

Proporción de población ocupada informal Total 13 áreas Trimestre móvil marzo - mayo (2007 – 2013)¹³:

INFORMALIDAD

- La proporción de ocupados informales en las trece áreas fue 49,5% para el trimestre móvil marzo – mayo de 2013.

¹³ DANE, Resumen ejecutivo, MEDICIÓN DEL EMPLEO INFORMAL Y SEGURIDAD SOCIAL Trimestre móvil marzo - mayo de 2013, Bogotá, D.C., 10 de julio de 2013.

- Según rama de actividad, la población ocupada informal en las trece áreas metropolitanas se encontró principalmente en comercio, hoteles y restaurantes (43,1%). Según posición ocupacional, trabajador por cuenta propia acumuló 59,4% de la población ocupada informal.
- El 51,9% de la población ocupada informal tenía nivel educativo secundaria.
- El principal lugar de trabajo de la población ocupada informal en el total de las trece áreas fue local fijo (32,7%), seguido de otras viviendas (18,4%) y en su vivienda (18,2%).

SEGURIDAD SOCIAL

- Para el trimestre móvil marzo – mayo de 2013, 89,2% de los ocupados en las 13 áreas estaba afiliado a seguridad social en salud. De dicho porcentaje, el 64,5% estaba afiliado al régimen contributivo, 22,0% al régimen subsidiado y 2,6% al régimen especial.
- Los cotizantes a pensiones representaron 44,8% de los ocupados en las 13 áreas metropolitanas.

En México

Siguiendo la metodología recomendada por la OIT, las estimaciones del empleo informal del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) informan que este alcanzó a un 60% de la ocupación total, tanto en el último trimestre de 2011 como en el tercer trimestre de 2012, y que registró un 59,1% en el segundo trimestre de 2013. Su reducción en el mediano plazo ha pasado a ser uno de los objetivos estratégicos de la actual administración, y el último registro disponible muestra que la tasa de informalidad laboral, en enero de 2014, fue de 58,79% del

empleo total, con lo que anotó una disminución de 1,69 puntos porcentuales respecto del mismo mes del año anterior¹⁴.

En Chile

En Chile¹⁵, 1,7 millones de trabajadores declaran ser emprendedores. Esta es la realidad que muestran los datos de la última encuesta de emprendimiento del Ministerio de Economía.

Todo parece indicar que en Chile ya hay suficientes emprendedores. ¿Quiénes son? ¿Cuáles son sus motivaciones para emprender? ¿Cuánto aportan a la economía y el empleo? Según la encuesta, el 90% de los emprendedores declara ser microempresarios y cerca de la mitad son emprendedores informales (850 mil), es decir no han iniciado actividades en SI, por lo tanto no pagan IVA, impuesto a la renta y juegan sin las reglas de los emprendedores formales. En su mayoría son hombres jefes de hogar (62%), entre 45 y 64 años (53%) y sólo el 41% de ellos tiene educación escolar completa.

Esta abundancia de microemprendimientos, en su mayoría informales y educación básica, nos lleva a la pregunta sobre sus motivaciones para emprender. ¿Son empresas pequeñas, con potencial de crecimiento o bien un refugio de autoempleo y subsistencia? Si es que tienen oportunidades de crecimiento podrían estar enfrentando dificultades de acceso al financiamiento u otras restricciones de mercado que nos los dejan avanzar. Pero si son personas con falta de oportunidades en el mercado laboral, nos encontramos con emprendedores que preferirían emplearse en el mercado formal a mantener su situación actual.

¹⁴ TINOCO, Elizabeth (ADG Directora Regional de la OIT para América Latina y el Caribe), El empleo informal en México: situación actual, políticas y desafíos. Programa de Promoción de la Formalización en América Latina y el Caribe, FORLAC, 2014.

¹⁵ Diario La Tercera (Chile), Emprendimiento en Chile y la trampa de la informalidad y subsistencia, Autor: Matías Acevedo, 2 de junio de 2014.

3.2.3. Población incluida: Causas y consecuencias

La población incluida en el trabajo informal o subempleo o el popular 'rebusque', es aquella que por causas ajenas a su voluntad no logran vincularse formalmente a una empresa a través de un contrato laboral o una resolución, para el caso de los empleados públicos.

Este sector acude generalmente a la práctica del comercio informal por la necesidad de sobrevivir y atender sus necesidades básicas, entonces las principales causas y consecuencias¹⁶, se deben a: la globalización, crecimiento del desempleo, evolución demográfica, flujos migratorios, deuda externa, inflación, entre otras.

Acudiendo generalmente a la práctica del comercio informal por la necesidad de sobrevivir y atender sus necesidades básicas, ya que al existir el avance necesario de la sociedad, se va ampliando la imaginación del ser humano para crear nuevas formas de trabajo implementando el libre movimiento de bienes y servicios, lo que para ellos puede significar una manera de supervivencia. En todos los casos señalados, el trabajador quiere cambiar su situación laboral y por ende su nivel económico de ingresos, pues también puede darse la situación de aquella persona que se encuentra sobra calificada para el empleo formal que le ofrece una empresa con sus debidas prestaciones sociales, y éste por el contrario tiende a rechazar el empleo, pues considera que trabajando de manera independiente puede conseguir satisfacer sus expectativas económicas.

Bajo la dirección, coordinación y control del Estado¹⁷ se efectúa la prestación de los servicios de seguridad social, es decir, él es el jefe supremo, quien además debe garantizar los derechos de sus asociados.

¹⁶ TORREGROZA SÁNCHEZ, Augusto Enrique, introducción al derecho de la seguridad social, Grupo Editorial Ibañez, 2009.

¹⁷ Ibid., artículo 48 de la Constitución Política.

Las soluciones que se han formado para la erradicación de aquellos que se encuentran fuera del sistema, en especial para aquellos que se encuentran en situaciones de pobreza, consistente en contribuir a crear el régimen subsidiado en salud y propender por su afiliación, tal es el caso del sistema de identificación de beneficios de subsidios, mejor conocido como SISBEN, dentro del cual se tiene como criterios de pertenencia a este régimen¹⁸: las personas pobres y vulnerables clasificadas en los niveles I y II del SISBEN. La ampliación de cobertura con subsidios parciales a nivel municipal se hará una vez se haya logrado una cobertura del 90% al régimen subsidiado de los niveles I y II del SISBEN y aplicará únicamente para personas clasificadas en el nivel III del SISBEN.

El Gobierno Nacional reglamenta los mecanismos e incentivos para promover la afiliación a esta modalidad planteando principalmente la exclusión de pagos de copagos o cuotas moderadoras. En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el Plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos.

Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el FOSYGA.

Otras de las estrategias del Estado para promover la erradicación de la desafiliación es afiliar a la población reclusa del país al Sistema General de Seguridad Social en Salud, procurando brindarles adecuadamente los servicios.

El SISBEN fue creado por la ya mencionada Ley 100 de 1993, con sus respectivas modificaciones de las Leyes 715 de 2001, 1122 de 2007 y 1438 de 2011, según interpretación, en pro de contribuir al bienestar de todas las personas susceptibles

¹⁸ Ley 1122 de 2007, CAPÍTULO IV, DEL ASEGURAMIENTO, Artículo 14, Organización del Aseguramiento, literales a, b, d, g, j y m.

de pertenecer a este régimen, respetando siempre el principio de calidad, mediante el cual se trata de manera adecuada al usuario según el caso que presente.

3.2.4. Marco Jurídico

Análisis legal y sustento jurisprudencial:

Al momento de interpretar la normativa constitucional de 1991 a la luz del tema que nos ocupa, encontramos que contiene diversos apartes dedicados a la seguridad social, como lo son: artículo 44, que refiere a los derechos fundamentales de los niños, menciona la salud y seguridad social como uno de ellos; artículo 48 definiendo la seguridad social y considerándola un derecho irrenunciable; artículo 49, sobre la prestación del servicio de salud; artículo 50, sobre la atención gratuita a niños menores de un (1) año que no estén amparados por algún tipo de protección o seguridad social; artículo 64, promoviendo el acceso a salud y seguridad social de los trabajadores agrarios; artículo 78, sobre la responsabilidad en la prestación de bienes y servicios; artículo 93, bloque de constitucionalidad, permitiendo la inclusión de convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, algunos en materia de seguridad social; artículo 95, haciendo mención del principio de solidaridad social en pro de salvaguardar los derechos a la vida y salud de las personas; artículo 300, sobre las funciones de las Asambleas Departamentales, en cuanto a la promoción del deporte y la salud; y, artículo 336, sobre el destino a los servicios de salud y educación de las rentas del ejercicio del monopolio de licores.

El artículo 48 de la Constitución Política de 1991, expresa

“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que

establezca la Ley...Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)"¹⁹

Cabe destacar entonces los principios fundamentales en los que hizo énfasis la Constitución, a saber: (I) eficiencia, (II) universalidad, y (III) solidaridad.

La eficiencia entendida como la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente²⁰, en otras palabras a lo que hace alusión es que los servicios que por derecho cobija a los asociados les sean prestado de manera adecuada y sin dilaciones injustificadas tendientes a menoscabar tan importante derecho fundamental.

La universalidad siendo la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida²¹, téngase en cuenta que universalidad viene de universo, es decir, el acceso al sistema lo tienen todos los habitantes del territorio exaltando la dignidad humana intrínseca de toda persona.

La solidaridad como la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil. Es deber del Estado intervenir en el régimen de Seguridad Social mediante²², sin duda, hay que entender este principio como aquella manifestación de dedicación a los sectores más vulnerables de la sociedad, sin tener en cuenta condiciones de índole social, económico o cultural influyentes para acceder al sistema, implicando así una cobertura total.

¹⁹ Constitución Política de Colombia, 1991, TÍTULO II. DE LOS DERECHOS, LAS GARANTIAS Y LOS DEBERES CAPITULO II. DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES, artículo 48, Editorial Leyer, 2014.

²⁰ Ley 100 de 1993, TÍTULO PRELIMINAR. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL, CAPÍTULO I, PRINCIPIOS GENERALES, Artículo 2, Principios, literal a.

²¹ *Ibíd.*, Ley 100 de 1993, literal b.

²² *Ibíd.*, Ley 100 de 1993, literal c.

Siguiendo el hilo conductor de lo que enseñan los principios arriba mencionados y aplicándolos a una situación en donde se encuentre inmerso un trabajador independiente o informal, se puede concluir que ellos haciendo uso de su derecho al trabajo, el cual goza de protección constitucional, es a penas justo que se les salvaguarde ese derecho, sobre el particular ha advertido la H. Corte Constitucional que:

Sentencia T-729 de 2006 (Referencia: Expediente T-1346745. Acción de tutela interpuesta por Luis Hernando Vargas Sierra contra la Secretaría de Gobierno del municipio de Ibagué), M.P. Jaime Córdoba Triviño:

“(…) ante la inequidad social que demuestra el ejercicio del comercio informal y la grave afectación de los derechos fundamentales de quienes se ven relegados a estas actividades, es imprescindible que el Estado ofrezca, previamente a la ejecución de un programa de recuperación del espacio público, medidas dirigidas a aminorar los efectos lesivos, en términos de derechos fundamentales, de la aplicación de dicho programa. En ese sentido, todo plan de restitución del espacio público debe estar acompañado de una política dirigida a impedir la afectación desproporcionada de los intereses de grupos marginados de la población.”.

Se puede deducir entonces que el trabajo de los informales coloca en conflicto el deber del Estado de preservar el espacio público y el derecho al trabajo, pero esto no quiere decir que quienes se desempeñen en dicha actividad laboral no gocen de protección constitucional, pues cuentan con la protección especial del mecanismo más idóneo que es la tutela. El avance constante de la sociedad, en especial el aumento de las necesidades humanas que hace cada vez más frecuente la actualización de normatividad fresca y adecuada en las distintas legislaciones del mundo, por lo tanto, no podía dejarse de lado la inclusión de la seguridad social en la normativa superior del ordenamiento jurídico interno, pues

es menester aumentar los estadios de protección de los derechos a la especie humana por parte del Estado, es por ello que la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia ha precisado que:

*“...todos los derechos constitucionales son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. (...)”*²³.

Conforme a lo plasmado anteriormente, la seguridad social ha obtenido mayor desarrollo con el paso del tiempo, posicionándose primero como un servicio público del Estado, y luego hasta la actualidad, como un derecho fundamental de carácter irrenunciable para toda persona en el que obligatoriamente debe intervenir el Estado a través de las entidades competentes para cada caso en concreto.

Ese avance a través del tiempo ha sido justificado por los pronunciamientos jurisprudenciales, dando a entender de una manera sencilla y abierta al público los considerandos para la interpretación de cada norma, en consonancia con todos los principios contribuyendo al disfrute efectivo de derechos en conexidad, tales como la vida, el mínimo vital, la dignidad humana, etc.

El estatuto de la seguridad social en Colombia es el contenido de la Ley 100 de 1993, teniendo por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana²⁴ desplegando de esta manera la función principal de las entidades estatales, privadas o mixtas señaladas por la ley como competentes para hacerse cargo de las soluciones de las contingencias que afecten tan importante derecho

²³ Corte Constitucional, sentencia T-164 de 2013 (Referencia: Expediente T-3.728.593, Acción de Tutela instaurada: Grigelio Rodríguez Gómez en contra de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali), M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁴ *Ibíd.*, Ley 100 de 1993, artículo 1, inc. 1.

fundamental, al igual que su protección y la garantía de su cumplimiento para con los asociados efectivizando los principios rectores de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, mismos que quiebran el punto de armonía cuando se presentan situaciones especiales entre un usuario y alguna entidad del Estado cuyo manual de funciones exalta que la prioridad debe ser esa persona o usuario que busca desesperadamente ayuda para solucionar lo que le aqueje.

Como ejemplo de lo anterior, de esa parte de la sociedad que acude al trabajo informal de donde obtiene medios de subsistencia dada la falta de oportunidades laborales, lo más normal es que la administración le resuelva la situación de manera directa, pero nótese que proponen el agotamiento de vías ordinarias cuando ellos mismos, de oficio pueden subsanar el yerro en que hayan incurrido, por su parte el juez de tutela, está en la obligación de adecuar esos medios con los cuales puede resolverse la controversia, esta solución cuando se trate de situaciones que no exigen mayor complejidad; en las que si requieren una consideración más profunda y de relevancia constitucional, es necesario que se evalúe la condición en estado de debilidad manifiesta, para salvaguardarle los derechos más importantes que en materia laboral es el mínimo vital, sin importar la modalidad o la condición contractual en la que esté inmerso.

Para ilustrar este punto, es necesario resaltar el siguiente caso encontrado en la siguiente sentencia de la H. Corte Constitucional: T-820 de 2013 (Referencia: Expediente T-3.966.027 Acción de tutela instaurada por María Idali Sandoval Arar., M.P. Mauricio González Cuervo:

“La accionante demostró que durante 15 años desarrolló un trabajo informal, de manera pacífica, como cuidadora de motos y vehículos en la bahía del Edificio; hasta el día en el cual la Secretaría de Transito decidió retirarla de su lugar de trabajo. La administración fundamentó su decisión en la defensa de los bienes públicos, ignorando la situación fáctica de la

accionante y sin ofrecerle alguna alternativa laboral para acomodarse a la nueva situación generada con el desalojo...”

De éste planteamiento, puede inferirse que efectivamente a esa persona le fueron violentados sus derechos fundamentales que como trabajador posee como el mínimo vital antes señalado y el principio de confianza legítima por parte de la administración, pues ésta solo se basó en meras formalidades, sin tener en cuenta que ese trabajador informal posee derechos, que tiene obligaciones de diversas índole y que además merecía una propuesta de alternativa laboral en reemplazo de la que le arrebataron sin tener en cuenta la situación fáctica y real.

Por los inconvenientes generados por las normas tan primitivas aun existentes, al sistema de seguridad social colombiano se le han hecho numerosos cambios motivados con el fin de subsanar los yerros en los que había incurrido el responsable de dar a conocer las leyes (el Congreso) en leyes anteriores, ya sea porque olvidó incluir alguna normativa o que por el contrario, incluyendo una normativa, ésta no concordaba con las demás contenidas en la misma ley o tal vez contrariaba la Constitución, o porque sencillamente necesitaba complementar o ampliar algunos temas, lo cierto es que en cada ley expedida el asunto principal era la protección de trabajadores dependientes o asalariados obviamente vinculados formalmente a una empresa, dejando a los independientes o informales con mínimos de posibilidades para acceder al sistema, para el caso concreto lo que salta a la vista es que:

“... la limitación de la seguridad social a asalariados y trabajadores independientes, éstos de forma relativa, es una grave falla. Está demostrado que las últimas, en muchísimos casos reciben menos proventos económicos que un asalariado...”²⁵

²⁵ GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo, Prestaciones y Nueva Seguridad Social (Antes Prestaciones Sociales del sector Privado), Volumen II, Tomo II, 6 Edición, Librería Doctrina y Ley.

Teniendo en cuenta el marco de la Ley 100 de 1993 en cuanto al tema de la salud, podemos deducir que los servicios médicos prestados por entidades ya sean públicas o privadas, deben estar encaminados a la protección del ser humano cubriéndolos a todos en cada etapa de la vida con el respectivo acompañamiento y apoyo que debe existir entre la entidad y los usuarios para acceder al servicio de salud y a cambio obtener el servicio requerido, y por supuesto que debe existir la adecuada administración de los recursos disponibles para propender por la calidad de vida de la población. Sin embargo, es de recibo señalar que ni la normatividad ni sus principios inspiradores, en el momento en que deben practicarse a plenitud realmente no se ven, pues, el acceso al servicio de salud, se convierte en meros trámites o negocios, porque lo primero que evalúan los centros médicos en el instante de atender es el rango o el nivel de cotización del paciente, antes de calificar el estado de salud en que se encuentra el solicitante.

Puede concluirse la configuración de un incumplimiento a los principios predicados por el estatuto de seguridad social implementado en Colombia por la Ley 100 de 1993, pues se evidencia el desamparo del que son objeto, en algunos casos, los trabajadores independientes o aquellos que no se encuentran vinculados formalmente al campo laboral.

Enseña la Ley 100, que algunos sectores están excluidos de la normativa por su complejidad y el riesgo al que se exponen a diario, es por ello que cuentan con su propio plan de seguridad social, de acuerdo al artículo 279 los sectores excluidos del sistema integral de seguridad social, los cuales son:

- Los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional
- Personal civil al servicio de las Fuerzas Militares y de Policía vinculado antes de la vigencia de la ley 100.
- Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio.

- Los servidores públicos y los pensionados de Ecopetrol, vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003.

Por otro lado, en su artículo 15, enuncia que los trabajadores dependientes tanto del sector público como privado, incluyendo trabajadores oficiales, trabajadores particulares, empleados y servidores públicos deben estar obligatoriamente afiliados al sistema, cuya afiliación está a cargo del empleador, las cotizaciones deben ser aportadas por éste y el trabajador o empleado, calculándose con base a los ingresos salariales, descontando del salario del afiliado su aporte obligatorio.

En lo referente a la responsabilidad, se ha contemplado una serie de sanciones patrimoniales para el empleador que no pague o que se encuentre en mora en el aporte de las cotizaciones al sistema de seguridad social de sus trabajadores o empleados. El control legal y fiscal sobre el cumplimiento y recaudos de los pagos de seguridad social están a cargo de entidades debidamente reconocidas, por lo tanto tenemos que el ejercicio estatal se encuentra activo en este punto, pues en caso de presentarse alguna falla en el servicio puede garantizársele a ese trabajador o empleado que tendrá a su favor los estados de cuentas en donde se registran los recaudos y así mismo las normas de sustento de su pedimento, entonces, es un deber legal y constitucional proteger al más débil de la relación laboral, el cual es el asalariado.

Casos donde la informalidad laboral va ligada a una desventaja en el sistema es lo que puede considerarse como un estado de debilidad manifiesta, al respecto la H. Corte Constitucional, plantea:

Sentencia T-703 de 2012 (Referencia: Expediente T-3432042. Acción de tutela instaurada por Berlin Arrieta Castilla contra la Alcaldía Mayor del Distrito de Cartagena de Indias y la Alcaldía de la Localidad Histórica y del Caribe Norte de Cartagena.), M.P. Luis Ernesto Vargas Silva:

“(…) Por su parte, frente a las personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta, como son las que por su condición de pobreza acuden al trabajo informal para así obtener los mínimos medios de subsistencia dada la falta de oportunidades laborales, el juez constitucional debe evaluar su condición particular para determinar la eficacia de los mecanismos ordinarios para reclamar sus derechos, los cuales, según las exigencias de sus ritualidades procesales y la conocida congestión en los despachos judiciales colombianos, pueden demorar la resolución del litigio(…)”.

Los trabajadores independientes o informales, también pueden acceder al sistema de seguridad social, pero en este caso, son ellos los responsables de hacer las respectivas cotizaciones según el monto que registren al momento de contratar con el Sistema, sin embargo, la falla en el pago, genera consecuencias adversas, como por ejemplo, el no adquirir una pensión en el tiempo y por el monto que se tenía planeado al momento del ingreso, por ello es necesario que estas situaciones, el juez realice un estudio juicioso del caso donde intervenga una persona con evidente desigualdad o la llamada debilidad manifiesta, él debe determinar si el conflicto planteado es meramente legal o trasciende a pura relevancia constitucional, es decir, debe establecer como consideración importante si se le están vulnerando derechos intrínsecos, tales como la vida, la salud, trabajo y a la asistencia o a la seguridad social, desarrollados en la Constitución Política con el ánimo de afirmar las condiciones económicas necesarias para la dignificación de la persona humana.

IV CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

4.1. Conclusiones

Los seres humanos, a pesar de ser poseedores de innumerables derechos, mismos que se encuentran reglados u otros que sencillamente se entienden adquiridos, por alguna causa interna o externa ajena a la voluntad esos mismos derechos siempre terminan afectándose a veces hasta el punto de acabar con el bien máspreciado que es la vida, en especial cuando se prefieren las formalidades, traducido en trámites que a veces es innecesario sobre la realidad que requiere una pronta atención, dispone el estatuto de seguridad social colombiano, Ley 100 de 1993, el sistema de salud tiene la finalidad de regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención, en concordancia con lo anterior, el artículo 49 superior establece la garantía a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud correspondiendo al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes, dedicar especial atención al enfermo dependiente o adicto, lo anterior hace enterder que para el acceso a las prestaciones del sistema de salud debe existir previamente una afiliación (ya sea como cotizante o beneficiario) y que además las entidades estatales encargadas de prestar el servicio de salud a la comunidad, están en la obligación de cumplir a cabalidad con las normas y requisitos designados en esta materia.

Con los avances y actualización de las leyes, que en principio fueron muy prematuras en especial para su aplicación en tiempos como los de ahora, la principal búsqueda de sus creadores es sin duda la promoción a la efectividad del cumplimiento de los derechos de todos los habitantes en el territorio nacional. Como ya se advirtió al principio de este escrito, tenemos que el empleo es uno de estos tantos derechos, el cual está debidamente reglado en la Constitución Política, leyes, decretos y demás normas relacionadas con la materia, incluso está

protegido internacionalmente. Echando un vistazo a las costumbres internas de nuestro país, se observa que el empleo informal se ha convertido en algo aceptable, en algo que cuenta como un empleo común y corriente, pero la realidad es que no es otra cosa que un velo puesto al desempleo, con el objeto de callar las necesidades que emerge tal sector dedicado a ello.

A medida que iba avanzando este estudio investigativo, quedó ampliamente demostrado que el trabajo informal o subempleo es uno de los principales problemas notados no solo en Colombia sino en otros países, en donde tienden a confundirlo con emprendimiento, palabra que genera gran halago a quien se la expresen, pero sinceramente hay que entender que esas prácticas no son otra cosa que retroceso, el cual inmiscuye violaciones a derechos fundamentales de las que muchas veces es consciente el Estado pero que por centrarse en el crecimiento de unos pocos sectores, sencillamente deja a la deriva a este sector, compuesto casi que por la mitad de los habitantes del territorio, que son quienes realmente piden a grito una solución para calmar sus necesidades y el cansancio tanto físico como mental al que conduce la práctica del comercio informal, sin contar los peligros a los que se exponen y la poca garantía que tienen al momento de enfrentarse a la administración, pues generalmente como es ella quien ostenta el poder, los demás deben agachar la cabeza y someterse a los designios de ésta, vemos en este punto un notorio ejemplo de desigualdad que en rara vez logran subsanar por cuenta propia sus autores.

El llamado de atención que se le hace al Estado es propender por la generación de empleo a este sector de tan baja estima, pues las condiciones para hacerse beneficiarios de seguridad social, para ellos es un costo muy elevado, claro está que se tiene el régimen subsidiado, pero en ocasiones, de nada sirve debido a las pésimas prácticas llevadas a cabo, mismas que acaban en denuncias o acciones de tutela por parte de los usuarios.

Se dejó al descubierto que el empleo formal constituye parte integral de las personas, pues colaboran con el crecimiento intelectual y económico de una persona, además del “fácil” acceso al sistema de seguridad social imperante en Colombia, mientras que para una persona en estado de pobreza e indigencia que se encuentra en evidente desigualdad, dedicarse a lo primero que se le ocurra o mejor dicho rebuscarse en lo que salga, con el fin de suplir necesidades básicas no solo de ella sino de su grupo familiar, es algo que conlleva a su retroceso, pues todo le será más difícil, inclusive para compartir tiempo con sus allegados.

4.2. Propuesta

Se dejó al descubierto que el empleo formal constituye parte integral de las personas, pues colaboran con el crecimiento intelectual y económico de una persona, además del “fácil” acceso al sistema de seguridad social imperante en Colombia, mientras que para una persona en estado de pobreza e indigencia que se encuentra en evidente desigualdad, dedicarse a lo primero que se le ocurra o mejor dicho rebuscarse en lo que salga, con el fin de suplir necesidades básicas no solo de ella sino de su grupo familiar, es algo que conlleva a su retroceso, pues todo le será más difícil, inclusive para compartir tiempo con sus allegados.

Como propuesta final, se espera que las reformas subsiguientes al sistema de seguridad social refuercen de manera equitativa, accesibles, sostenibles y de buena calidad para todos, en especial de los más afectados por las trabas que en ocasiones resultan del sistema, que la seguridad social no solo cobije a quienes están en los altos cargos, o mejor, quienes encabezan el poder en nuestro país, pues no solo ellos tienen la necesidad de vivir bien manteniendo su estilo de vida, también la población más dejada como los trabajadores informales que obligatoriamente deben ser incluidos en la seguridad social, debido a que son los más expuestos a peligros, como por ejemplo aquellos quienes ocupan el espacio público en horas no adecuadas para trabajar.

Esta propuesta lleva implícito un cambio en el sistema de afiliación, que se obvian algunos requisitos que evidentemente sirven de traba para el acceso y que por el contrario se agilicen las inclusiones, teniendo en cuenta la situación actual en aras de contribuir al cambio y no únicamente tomar la situación actual con el motivo de prometerles una inclusión al sistema imponiéndoles condiciones que humanamente se les sale de las manos ya sea por motivos económicos, sociales o laborales. Pues la idea es aplicar en forma los designios constitucionales en concordancia con los legales, todos ellos referidos a la inclusión al sistema de toda la población.

V. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

La presente investigación es de tipo descriptiva analítica, porque se partirá desde un plano general debidamente sustentado con hechos reales de casos sucedidos en nuestro país en lo referente a la seguridad social, dará una explicación extensa a la problemática planteada apoyándose en jurisprudencia, normativa constitucional y legal, extrayendo el análisis exacto para la ilustración descriptiva a la práctica.

Recordando que el problema jurídico planteado envuelve a gran parte del país sobrepasando fronteras como es el caso de Chile y México en donde gran parte de los trabajadores son informales, estrategias de que se valen para sobrevivir, para no dejarse morir así mismos ni a quienes dependan de ellos y aun así notamos que en ocasiones salen comunicados de prensa informando que se acabó el desempleo en Colombia, cuando la realidad social indica todo lo contrario.

Además de la observación de estadísticas, se estudiarán noticias y tutelas, con el debido análisis a la luz de los presupuestos legales y constitucionales habidos en nuestro sistema jurídico, área laboral, especialidad seguridad social.

Los referentes jurisprudenciales son de gran utilidad porque es indispensable acompañar la normatividad que regula el tema con una interpretación sólida además de entender los procedimientos a seguir, en caso de no estar descritos taxativamente en la ley, lo anterior complementado con estadísticas basadas en un estudio realizado por los profesionales competentes del tema objeto de estudio, todas en conjunto señalan el enfoque sociológico que debe abarcar la respectiva protección y apoyo para entender la clase de practica laboral aquí señalada.

I. BIBLIOGRAFÍA

Libros:

AFANADOR NUÑEZ, Fernando, EL SISTEMA PENSIONAL COLOMBIANO. Régimen general. Regímenes especiales y de transición, Editorial Legis, 1999.

ARANGO, Juan Pablo, Cartilla I: Trabajo decente y negociación colectiva, Publicación realizada por: Departamento de Educación de la Central Unitaria de Trabajadores CUT y Secretaria de Educación de la Confederación de Trabajadores de Colombia CTC, 2013.

ARENAS MONSALVE, Gerardo, El derecho colombiano de la seguridad social, tercera edición actualizada, Editorial Legis, 2011.

CAMPOS RIVERA, Domingo, Diccionario de derecho laboral, Editorial Temis, Bogotá D.C., Colombia, 2012.

CORTÉS HERNÁNDEZ, Óscar Iván, Derecho de la Seguridad Social, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá D.C., Colombia, 2003.

DARWIN, Charles, El origen de las especies, Editorial EDAF, S.L.U. Madrid (España), Primera edición en libro electrónico, 2010.

DUEÑAS RUÍZ, Oscar José, Las pensiones (Teoría, Normas y Jurisprudencia), quinta edición, Librería Ediciones del profesional Ltda.

GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo, Prestaciones y Nueva Seguridad Social (Antes Prestaciones Sociales del sector Privado), Volumen II, Tomo II, 6 Edición, Librería Doctrina y Ley.

NOVOA FUENZALIDA, Patricio, derecho de la Seguridad Social, Editorial Jurídica de Chile, página 373, 1977.

SÁEZ RUBILAR, Pedro Benjamín, Empleo informal y precariedad en el Chile actual (Tesis de grado para optar al Título Profesional de Sociólogo), 152 págs., Santiago de Chile, 2013.

TORREGROZA SÁNCHEZ, Augusto Enrique, introducción al derecho de la seguridad social, Grupo Editorial Ibañez, 2009.

TORRES TARAZONA, Luis Albert; ALARCÓN NIÑO, Jorge O. Reforma o sustitución de la Constitución por la transformación del sistema pensional. Efectos jurídicos del Acto legislativo 01 de 2005 y su antinomia constitucional. Universidad Libre. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá D.C. 2014

Normatividad

Constitución Política de Colombia, 1991, TÍTULO II. DE LOS DERECHOS, LAS GARANTIAS Y LOS DEBERES CAPITULO II. DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES, artículo 48, Editorial Leyer, 2014.

Ley 100 de 1993, TÍTULO PRELIMINAR. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL, CAPÍTULO I, PRINCIPIOS GENERALES, Artículo 2, Principios, literal a.

Ley 1122 de 2007, CAPÍTULO IV, DEL ASEGURAMIENTO, Artículo 14, Organización del Aseguramiento, literales a, b, d, g, j y m.

Jurisprudencia:

Corte Constitucional, Sentencia T-020 de 2000 (Referencia: expediente T-245137. Acción de tutela instaurada por Ivan Mancera Prieto contra la Alcaldía Menor de Santafé, Localidad Tercera.), M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, sentencia T-164 de 2013 (Referencia: Expediente T-3.728.593, Acción de Tutela instaurada: Grigelio Rodríguez Gómez en contra de la Sala Laboral

del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali), M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia T-729 de 2006 (Referencia: Expediente T-1346745. Acción de tutela interpuesta por Luis Hernando Vargas Sierra contra la Secretaría de Gobierno del municipio de Ibagué), M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia T-703 de 2012 (Referencia: Expediente T-3432042. Acción de tutela instaurada por Berlin Arrieta Castilla contra la Alcaldía Mayor del Distrito de Cartagena de Indias y la Alcaldía de la Localidad Histórica y del Caribe Norte de Cartagena.), M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia T-820 de 2013 (Referencia: Expediente T-3.966.027 Acción de tutela instaurada por María Idali Sandoval Arar.), M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

Publicaciones:

eltiempo.com, Autor: Juan Gossaín, fecha de publicación: 29 de enero de 2014.

CONSEJO PRIVADO DE COMPETITIVIDAD COLOMBIA, Informe Nacional de Competitividad, 2010-2011.

DANE, Resumen ejecutivo, MEDICIÓN DEL EMPLEO INFORMAL Y SEGURIDAD SOCIAL Trimestre móvil marzo - mayo de 2013, Bogotá, D.C., 10 de julio de 2013.

TINOCO, Elizabeth (ADG Directora Regional de la OIT para América Latina y el Caribe), El empleo informal en México: situación actual, políticas y desafíos. Programa de Promoción de la Formalización en América Latina y el Caribe, FORLAC, 2014.

Diario La Tercera (Chile), Emprendimiento en Chile y la trampa de la informalidad y subsistencia, Autor: Matías Acevedo, 2 de junio de 2014.

