

## **Conferencia Interamericana de Seguridad Social**



**Centro Interamericano de  
Estudios de Seguridad Social**

Este documento forma parte de la producción editorial del Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS), órgano de docencia, capacitación e investigación de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS)

Se permite su reproducción total o parcial, en copia digital o impresa; siempre y cuando se cite la fuente y se reconozca la autoría.

Primera Edición

# Derecho de la protección social

Juan Carlos Cortés González





## JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Es abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, donde fue distinguido como monitor académico y con tesis laureada. Es especialista en Derecho Administrativo de la misma universidad y en Justicia y Procesos Constitucionales de la Universidad Castilla La Mancha (España); actualmente cursa una Maestría en Administración de la Seguridad Social en la Universidad Nacional Autónoma de México UNAM. Por ocho años ejerció cargos de dirección en entidades del Estado, entre ellas el Ministerio de Justicia, la Dirección Nacional de Estupeficientes y la Fiscalía General de la Nación. Por siete años estuvo vinculado como asesor y directivo en Compensar, en donde desarrolló su conocimiento y experiencia en el campo del sistema de subsidio familiar y de salud. Actualmente dirige la Corporación para el Desarrollo de la Seguridad Social (CODESS) y el

# DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

**JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ**

---



BOGOTÁ • MÉXICO D.F. • BUENOS AIRES • CARACAS • LIMA • SANTIAGO

PRIMERA EDICIÓN 2009

© Juan Carlos Cortés González

© CIESS

© CODESS

© Legis Editores S.A., 2009

Queda prohibida la reproducción total o parcial de este libro,  
por cualquier proceso reprográfico o fónico, por fotocopia, microfilme,  
offset o mimeógrafo, sin previa autorización del editor.

**LEGIS**

**Presidente:** *Alfredo Motta Venegas*

**Gerente Editorial:** *Édgar Humberto Gómez Quiñones*

**Directora Editorial:** *Martha Penen Lastra*

**Diseño de Carátula:** *Juan Felipe Ulloa*

**Diagramación:** *Preprensa Editorial*

**Impresión:** LEGIS S.A.

**ISBN:** 978-958-653-794-0

Impreso en Colombia / Printed in Colombia

## ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN .....	xix
INTRODUCCIÓN .....	xxiii

### CAPÍTULO I

#### **Fundamentos, naturaleza y alcances de la protección social**

1. SEGURIDAD HUMANA INTEGRAL .....	1
2. CAUSAS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.....	6
2.1. Causa material.....	6
2.2. Causa formal.....	9
2.3. Causa eficiente.....	10
2.4. Causa final.....	13
2.5. Visión integral de la protección social .....	15
3. NECESIDAD DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.....	15
4. ANTECEDENTES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL .....	18
5. TESIS SOBRE EL ORIGEN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL .....	23
5.1. Tesis amplia.....	23
5.2. Tesis moderada: surge la seguridad social a finales del siglo XIX.....	23
5.3. Tesis restringida: surge la seguridad social bajo el modelo inglés, a mitad del siglo XX.....	24
5.4. Tesis fundacional de la protección social contemporánea .....	24
5.5. Orígenes geográficos.....	25
5.5.1. Orígenes europeos.....	25
5.5.2. Orígenes americanos .....	25

6.	HISTORIA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL .....	26
6.1.	Antecedentes históricos .....	26
6.2.	Antecedentes ideológicos .....	31
6.2.1.	Socialistas utópicos .....	31
6.2.2.	Socialismo científico .....	31
6.2.3.	Liberalismo revisionista .....	31
6.2.4.	Doctrina social católica.....	32
6.3.	Antecedentes jurídicos próximos .....	32
7.	MODELOS HISTÓRICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	33
7.1.	Modelo contributivo, de los seguros sociales o alemán (Otto von Bismarck) .....	33
7.2.	Modelo universalista o de la seguridad social o inglés (William Beveridge).....	36
8.	EL TRÁNSITO DE LOS SEGUROS SOCIALES HACIA LA SEGURIDAD SOCIAL .....	39
9.	TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS: MODELO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL .....	41
10.	UTILIDAD DE LA PROTECCIÓN SOCIAL .....	45
11.	CONCEPTOS DE DOCTRINA SOBRE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN SOCIAL .....	46
12.	ANTECEDENTES NORMATIVOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.....	48
13.	CONCEPTOS RELACIONADOS CON LA PROTECCIÓN Y LA SEGURIDAD SOCIAL...	52
14.	UNA PROPUESTA CONCEPTUAL SOBRE LA PROTECCIÓN SOCIAL .....	55

## CAPÍTULO II

### **Derecho de la protección social**

1.	EL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL: AUTONOMÍA .....	59
2.	EL DERECHO LABORAL COMO ANTECEDENTE.....	60
3.	RAZONES PARA LA AUTONOMÍA.....	62
4.	DERECHO OBJETIVO Y DERECHOS SUBJETIVOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL .....	65
5.	UBICACIÓN DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL COMO DERECHO SOCIAL .....	66

6. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.....	67
7. FINALIDADES DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL .....	68
8. FUENTES DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.....	68
9. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS DERECHOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL .....	71
9.1. Naturaleza .....	71
9.2. Expectativas vs. derechos .....	76
9.3. Beneficios/subsidios vs. derechos .....	77
9.4. Formas para su reconocimiento.....	79
10. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.....	80
11. RETOS DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL .....	81
12. JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL .....	82

### CAPÍTULO III

#### **Sistemas de protección social**

1. COMPONENTES DE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN SOCIAL.....	87
1.1. Componente subjetivo: ¿a quién cubre el sistema de protección social?.....	87
1.2. Componente material: ¿qué cubre la protección social? .....	93
1.2.1. Concepciones amplias.....	94
1.2.2. Concepciones restringidas.....	97
1.3. Componente programático: ¿cómo se realiza la protección social?.....	106
1.4. Componente económico: ¿cómo se financia la protección social?.....	110
2. UN VISTAZO AL ORDEN INTERNACIONAL .....	119
2.1. Europa.....	120
2.2. América.....	122
2.2.1. México.....	124
2.2.2. Argentina .....	126
2.2.3. Chile.....	128



## CAPÍTULO IV

### **Antecedentes y desarrollo constitucional del sistema de protección social en Colombia**

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS.....	133
2. IMPACTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 .....	142
3. GENERALIDADES JURÍDICAS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL EN COLOMBIA.....	149

## CAPÍTULO V

### **Protección social y el nuevo ámbito de la seguridad social en Colombia: el camino a la inclusión**

1. LA REFORMA DE 2002.....	153
2. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL.....	163
3. CONSIDERACIONES SOBRE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL .....	168
4. CARACTERÍSTICAS Y TENDENCIAS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL EN COLOMBIA.....	173
5. PERSPECTIVAS Y RETOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN COLOMBIA.....	181
6. EPÍLOGO .....	183

## CAPÍTULO VI

### **La protección social como servicio público**

1. NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO.....	185
2. CARACTERÍSTICAS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL COMO SERVICIO PÚBLICO.....	186
3. MODOS DE GESTIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL COMO SERVICIO PÚBLICO.....	187
4. PRINCIPIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y SU APLICACIÓN A LA PROTECCIÓN SOCIAL.....	192
4.1. Principio de continuidad.....	192
4.2. Principio finalista .....	193

4.3.	Principio de igualdad.....	193
4.4.	Principio de buena fe.....	194
4.5.	Principio del equilibrio financiero .....	195
4.6.	Principio de autonomía para la configuración legislativa del servicio .....	196
4.7.	Principio de responsabilidad estatal .....	197
5.	CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE CONSIDERAR LA PROTECCIÓN SOCIAL COMO SERVICIO PÚBLICO .....	198
5.1.	Actos del servicio .....	199
5.2.	Contratos .....	202
5.3.	Personal .....	203
5.4.	Recursos y bienes.....	204
5.5.	Responsabilidad .....	209
5.5.1.	Responsabilidad política.....	209
5.5.2.	Responsabilidad estatal.....	210
5.5.3.	Responsabilidad por los servicios de la protección social.....	211
5.5.4.	Responsabilidad fiscal y disciplinaria.....	214
5.5.5.	Responsabilidad de los beneficiarios .....	216
6.	SERVICIO DE PROTECCIÓN SOCIAL Y FUNCIÓN PÚBLICA .....	217
7.	IMPACTO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO .....	218

## CAPÍTULO VII

### **Principios generales del derecho y protección social**

1.	PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL .....	222
1.1.	Principios generales como elemento esencial en la nueva teoría de la interpretación .....	222
1.2.	Principios generales y Preámbulo de la Constitución.....	222
1.3.	Principios generales como fuente principal y auxiliar de derecho.....	222
1.4.	Principios generales y Estado social de derecho .....	223
1.5.	Clases de principios constitucionales .....	223
1.6.	La teoría del bloque de constitucionalidad como argumento a favor del carácter normativo de los principios generales del derecho.....	224
1.7.	Conclusiones de doctrina sobre los principios del derecho .....	224

2.	PRINCIPIOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO.....	226
3.	PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	227
4.	CONSIDERACIONES BÁSICAS SOBRE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL .....	231
4.1.	Principio de eficiencia .....	231
4.2.	Principio de universalidad.....	232
4.3.	Principio de solidaridad.....	233
4.4.	Principio de irrenunciabilidad .....	234
4.5.	Principio del equilibrio financiero .....	240
4.6.	Principios de progresividad y de no regresividad .....	241
5.	APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL	246
6.	PRINCIPIOS LEGALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL .....	247
6.1.	Integralidad.....	248
6.2.	Unidad.....	251
6.3.	Participación .....	251
6.4.	Progresividad.....	251

## CAPÍTULO VIII

### **Estructura del sistema de protección social en Colombia**

1.	ANTECEDENTES .....	253
2.	RÉGIMEN DE PENSIONES EN COLOMBIA.....	264
2.1.	Antecedentes .....	264
2.2.	Sujetos .....	268
2.3.	Regímenes .....	269
2.4.	Modelo.....	271
2.5.	Financiación.....	273
2.6.	Fondo de solidaridad pensional.....	274
2.7.	Plan de beneficios.....	275
2.8.	Operadoras.....	276
2.9.	Dirección, inspección y vigilancia .....	276
2.10.	Retos del régimen de pensiones.....	277
3.	RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA.....	280
3.1.	Antecedentes .....	280
3.2.	Fundamentos legales .....	282

3.3.	Sujetos .....	283
3.4.	Regímenes.....	285
3.5.	Modelo.....	285
3.6.	Financiación.....	287
3.7.	Compensación .....	288
3.8.	Fondo de Solidaridad y Garantía.....	288
3.9.	Planes de beneficios .....	289
3.10.	Condiciones del aseguramiento .....	290
3.11.	Condiciones de operación del régimen subsidiado.....	291
3.12.	Dirección y vigilancia.....	292
3.13.	Retos en el régimen de salud .....	293
4.	RÉGIMEN DE RIESGOS PROFESIONALES EN COLOMBIA .....	296
4.1.	Fundamentos legales.....	296
4.2.	Modelo.....	297
4.3.	Antecedentes.....	298
4.3.1.	Etapa fundacional.....	300
4.3.2.	Etapa del seguro público .....	301
4.3.3.	Etapa moderna .....	302
4.3.4.	Etapa contemporánea .....	303
4.4.	Sujetos .....	306
4.5.	Régimen.....	307
4.6.	Financiación.....	312
4.7.	Plan de beneficios .....	313
4.7.1.	Coberturas en riesgos del trabajo .....	313
4.7.2.	Coberturas en salud ocupacional y prevención .....	315
4.8.	Operadoras.....	319
4.9.	Dirección, inspección y vigilancia .....	320
4.10.	Retos del régimen de riesgos profesionales .....	320
5.	RÉGIMEN DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN COLOMBIA .....	323
5.1.	Antecedentes .....	323
5.1.1.	Es producto de un pacto social.....	323
5.1.2.	Es operado por entidades privadas con compromiso público .....	324
5.1.3.	Realiza un modelo de capitalización social .....	325
5.1.4.	Aplica un gobierno con dirección cogestionada .....	326

5.2.	Historia del régimen del subsidio familiar en Colombia .....	328
5.2.1.	Década de 1950: compensación para alivio de las cargas familiares.....	328
5.2.2.	Década de 1960: prestación de servicios sociales.....	328
5.2.3.	Década de 1970: ampliación de servicios.....	329
5.2.4.	Década de 1980: fundación moderna .....	329
5.2.5.	Década de 1990: programas sociales del Estado con recursos del 4%, extensión de la solidaridad.....	330
5.2.6.	Año 2002: eje de la protección social.....	331
5.3.	Modelo.....	332
5.4.	Régimen.....	333
5.5.	Prestaciones a cargo del sistema de subsidio familiar.....	336
5.5.1.	Prestaciones clásicas de la seguridad social .....	337
5.5.2.	Prestaciones por servicios sociales .....	338
5.5.3.	Prestaciones de vivienda .....	341
5.5.4.	Prestaciones de la protección social por delegación del Estado.....	342
5.5.5.	Prestaciones sociales acordadas con el Estado .....	343
5.6.	Financiación y aportes parafiscales.....	345
5.7.	Operadoras: cajas de compensación familiar .....	352
6.	RÉGIMEN DE PROTECCIÓN A LOS DESEMPLEADOS .....	363
6.1.	Fundamentos legales.....	363
6.2.	Sujetos .....	364
6.3.	Regímenes.....	366
6.4.	Operadoras.....	368
6.5.	Modelo.....	369
6.6.	Financiación.....	370
6.7.	Plan de beneficios.....	372
6.8.	Dirección, inspección y vigilancia.....	375
6.9.	Retos del sistema de protección a desempleados.....	376
7.	RÉGIMEN DE LA PLANILLA INTEGRADA DE LIQUIDACIÓN DE APORTES (PILA) .....	377
7.1.	Antecedentes .....	377
7.2.	Sujetos .....	385
7.3.	Modelo .....	386
7.4.	Regímenes.....	387

7.5. Operadoras.....	388
7.6. Dirección .....	390
7.7. Retos del régimen de planilla integrada de liquidación de aportes.....	390
8. REGÍMENES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL: FORMACIÓN PARA EL EMPLEO, PROTECCIÓN FAMILIAR Y PROMOCIÓN SOCIAL.....	392
8.1. Antecedentes y organización.....	393
8.2. Modelo.....	397
8.3. Financiación.....	397

## CAPÍTULO IX

### **Actualización sobre las principales reformas normativas en los últimos años**

1. EL ENTORNO DE LAS REFORMAS.....	399
2. REFORMAS EN EL RÉGIMEN DE PENSIONES .....	407
2.1. Ley 797 de 2003 .....	407
2.1.1. Universalización de la afiliación .....	407
2.1.2. Permanencia en un régimen y en una entidad. Inamovilidad .....	409
2.1.3. Improcedencia de sustituir las semanas de cotización o el tiempo de servicios .....	409
2.1.4. Límite base de cotización .....	409
2.1.5. Reajuste en el monto de las cotizaciones.....	410
2.1.6. Incremento en la edad jubilatoria en el régimen de prima media.....	410
2.1.7. Incremento gradual en el requisito de semanas de cotización en el régimen de prima media.....	411
2.1.8. Ajuste en la tasa de reemplazo .....	411
2.1.9. Creación del Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad .....	412
2.1.10. Establecimiento de revocatoria directa para pensiones reconocidas irregularmente .....	412
2.1.11. Creación de las acciones de revisión de reconocimiento de pensiones .....	413
2.2. Ley 860 de 2003.....	413
2.3. Referendo constitucional .....	415

2.4.	Reforma constitucional: Acto Legislativo 01 de 2005 .....	417
2.5.	Normas de protección para adultos mayores.....	419
2.5.1.	Ley 1091 de 2006: colombianos de oro .....	420
2.5.2.	Ley 1171 de 2007: beneficios para adultos mayores.....	421
2.5.3.	Ley 1251 de 2008: protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores .....	422
2.5.4.	Ley 1276 de 2009: criterios para la atención integral del adulto mayor en los Centros Vida .....	428
2.5.5.	Servicios sociales complementarios.....	429
2.6.	Ley 1112 de 2006: Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España .....	431
2.7.	Ley 1204 de 2008: simplificación del trámite de sustitución pensional.....	432
2.8.	Ley 1223 de 2008: pensión por exposición a riesgo de los miembros del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación .....	434
2.9.	Ley 1250 de 2008: cotización en salud para pensionados y voluntariedad en la afiliación para independientes con ingresos de un salario mínimo legal .....	435
2.10.	Decreto 3995 de 2008: multifiliación pensional .....	436
2.11.	Proyecto de reforma financiera: esquema de multifondos para el régimen de ahorro individual con solidaridad y otros ajustes .....	437
2.12.	Decreto 1800 de 2009: ahorro programado de largo plazo no pensional.....	440
2.13.	Relación de sentencias de la Corte Constitucional que impactan al régimen de pensiones.....	441
3.	REFORMAS EN EL RÉGIMEN DE SALUD.....	444
3.1.	Ley 755 de 2002: licencia de paternidad.....	446
3.2.	Decreto 1750 de 2003: escisión del Instituto de Seguros Sociales (ISS).....	448
3.3.	Decreto 515 de 2004 y su modificadorio el Decreto 506 de 2005 .....	448
3.4.	Acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS).....	449
3.5.	Ley 972 de 2005: protección a enfermos de VIH/sida y de enfermedades catastróficas .....	449
3.6.	Ley 1023 de 2006: protección en salud al núcleo familiar de las madres comunitarias.....	451

3.7.	Ley 1098 de 2006: Código de la Infancia y la Adolescencia .....	451
3.8.	Ley 1122 de 2007 y su interpretación constitucional: reforma al sistema de salud en Colombia.....	453
3.8.1.	Ajustes a la organización sistema de seguridad social en salud .....	454
3.8.2.	Medidas de impacto directo sobre los empleadores .....	457
3.8.3.	Medidas que impactan a los usuarios (afiliados/beneficiarios) .....	458
3.8.4.	Medidas que impactan a las entidades promotoras de salud.....	459
3.8.5.	Medidas que impactan a las instituciones prestadoras de salud .....	464
3.8.6.	Medidas que impactan al Gobierno Nacional .....	466
3.8.7.	Medidas que impactan a las entidades territoriales.....	472
3.9.	Ley 1164 de 2007: ley del talento humano en salud.....	474
3.10.	Ley 1220 de 2008: aumento de penas para delitos contra la salud pública.....	478
3.11.	Ley 1250 de 2008: cotización en salud para pensionados.....	478
3.12.	Ley 1280 de 2009: licencia por luto.....	479
3.13.	Decreto 055 de 2007: continuidad en el aseguramiento de salud y mecanismos de traslado excepcional de afiliados .....	479
3.14.	Decreto 3974 de 2007: regulación sobre enfermedades de alto costo para cubrir desviaciones de frecuencia en el caso de afiliación excepcional de asegurados .....	480
3.15.	Decreto 3990 de 2007: reglamentación subcuenta del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito del FOSYGA. ....	480
3.16.	Decreto 4248 de 2007: prestación del servicio de salud para pensionados .....	481
3.17.	Decreto 4747 de 2007: nueva regulación para el acceso de los usuarios a los servicios de salud y para las relaciones entre prestadores y entidades responsables de pago .....	481
3.17.1.	Antecedentes.....	481
3.17.2.	Problemáticas del sistema .....	482
3.17.3.	Principales instituciones reguladas por el Decreto 4747.....	483
3.17.4.	Vigencia y alcances.....	483
3.17.5.	Eliminación de barreras para los usuarios .....	485
3.17.6.	Regulación de la contratación de servicios de salud....	492



3.17.7.	Trámite de facturas, glosas, pagos y registro individual de prestaciones de salud .....	494
3.17.8.	Consideraciones sobre la aplicación del Decreto 4747 de 2007.....	495
3.18.	Sentencia T-760 de la Corte Constitucional: ¿revolución en salud?.....	496
3.18.1.	Antecedentes .....	497
3.18.2.	Estructura y naturaleza del fallo .....	500
3.18.3.	Referencias a los contenidos del fallo.....	503
3.18.4.	Alcances de la decisión.....	506
4.	REFORMAS EN EL RÉGIMEN DE RIESGOS PROFESIONALES.....	513
4.1.	Ley 1010 de 2006: acoso laboral.....	513
4.1.1.	Antecedentes .....	514
4.1.2.	Violencia en el trabajo .....	515
4.1.3.	¿Qué se entiende por acoso laboral?.....	516
4.1.4.	¿Qué no es acoso laboral? .....	519
4.1.5.	Diferencias con el estrés laboral .....	519
4.1.6.	Diferencias con el acoso sexual .....	520
4.1.7.	Diferencias con el conflicto laboral.....	521
4.1.8.	Comentarios sobre instituciones comparadas .....	522
4.1.9.	Antecedentes específicos en Colombia.....	523
4.1.10.	Ámbito de la Ley 1010 de 2006 .....	524
4.1.11.	Tipos de acoso laboral.....	527
4.1.12.	Sujeto activo o autor .....	527
4.1.13.	Sujeto partícipe del acoso.....	527
4.1.14.	Sujetos pasivos o víctimas.....	527
4.1.15.	Modalidades del acoso laboral en Colombia .....	528
4.1.16.	Conductas atenuantes.....	528
4.1.17.	Circunstancias agravantes .....	529
4.1.18.	Presunción de acoso laboral .....	529
4.1.19.	Conductas que no constituyen acoso laboral .....	530
4.1.20.	Respuesta al acoso laboral en Colombia .....	531
4.1.21.	Competencia para la imposición de sanciones.....	534
4.1.22.	Procedimientos para la imposición de las sanciones ..	534
4.1.23.	Garantías contra actitudes retaliatorias .....	535
4.1.24.	Excepciones a la vigencia de dichas medidas de garantía .....	535

4.1.25.	Sanción por temeridad en la formulación de la queja ..	536
4.1.26.	Caducidad .....	536
4.1.27.	Llamamiento en garantía.....	536
4.2.	Ley 731 de 2002: afiliación de trabajadoras rurales al sistema general de riesgos profesionales.....	536
4.3.	Decreto 2800 de 2003: afiliación de contratistas independientes .....	537
4.4.	Decreto 600 de 2008: cesión entre ARP públicas .....	538
4.5.	Resolución 1401 de 2007 del Ministerio de la Protección Social: investigación sobre incidentes y accidentes de trabajo ..	539
4.6.	Resolución 2346 de 2007 del Ministerio de la Protección Social: evaluaciones médicas ocupacionales y contenido de las historias clínicas .....	542
4.7.	Resolución 2646 de 2008 del Ministerio de la Protección Social: riesgos psicosociales .....	543
4.8.	Resolución 3673 de 2008 del Ministerio de la Protección Social: trabajo seguro en alturas.....	545
5.	REFORMAS EN EL RÉGIMEN DE SUBSIDIO FAMILIAR.....	545
5.1.	Ley 920 de 2004: actividad financiera a cargo de las cajas de compensación familiar .....	545
5.1.1.	Antecedentes .....	547
5.1.2.	Elementos de la Ley 920 de 2004.....	549
5.1.3.	Alcance material de la actividad autorizada .....	554
5.1.4.	Alcance personal de la actividad autorizada.....	555
5.1.5.	Naturaleza jurídica de la sección especializada .....	556
5.1.6.	Prohibiciones y operaciones autorizadas .....	557
5.1.7.	Utilización de excedentes.....	559
5.1.8.	Inspección, vigilancia y control .....	560
5.2.	Ley 1233 de 2008: aportes parafiscales especiales a cargo de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado.....	561
5.3.	Decreto 2581 de 2007: participación de las cajas de compensación familiar en la educación superior .....	565
5.4.	Decreto 525 de 2009: régimen especial de aportes parafiscales para micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES) .....	565
5.4.1.	Requisitos para la procedibilidad del beneficio .....	567
5.4.2.	Régimen del Decreto 525 de 2009.....	568
5.4.3.	Otros alcances del Decreto 525 de 2009.....	570

6.	REFORMAS ORGÁNICAS EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL .....	571
6.1.	Adormecimiento del ISS y creación o transformación de operadores .....	573
6.1.1.	Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).....	574
6.1.2.	Nueva EPS .....	574
6.1.3.	Positiva S.A.....	575
6.2.	Creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).....	576
6.3.	Operadores de información.....	579
6.4.	Creación de la Comisión de Regulación en Salud.....	580
6.5.	Fortalecimiento de la Superintendencia Nacional de Salud.....	581
7.	NORMAS GENERALES QUE IMPACTAN A L SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL.....	581
7.1.	Ley 828 de 2003: control a la evasión.....	581
7.2.	Ley 986 de 2005: protección a secuestrados .....	582
7.3.	Ley 1086 de 2006: servicio de judicatura en entidades vigiladas por las superintendencias.....	585
7.4.	Ley 1151 de 2007: Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 .....	585
7.5.	Ley 1221 de 2008: Teletrabajo.....	590
7.6.	Decreto 2060 de 2008: protección social para trabajadores que laboran por períodos inferiores a un mes .....	591
	BIBLIOGRAFÍA .....	593

## **PRESENTACIÓN**

La seguridad social es el camino necesario hacia la inclusión, el reconocimiento de la dignidad humana y el desarrollo económico.

Con independencia de los modelos, las denominaciones y los esquemas, las sociedades tienen el ineludible compromiso de proveer las condiciones mínimas y necesarias para resguardar al individuo, a las familias y a los colectivos de riesgos o contingencias que de ocurrir, impactan su estabilidad económica y deterioran sus posibilidades de desarrollo, afectando las condiciones de equidad imperativas para la convivencia armónica.

La preocupación constante de las sociedades decentes, en los términos de Rawls, y particularmente en épocas de crisis, debe orientarse al fortalecimiento de la democracia y de los esquemas de seguridad social, pues a través de ella se abre camino la superación de la pobreza y se permite anticipar un futuro de desarrollo humano, justicia social y progreso material.

Justamente cuando las distorsiones del modelo capitalista global colocan a las sociedades en momentos de preocupación frente al futuro del empleo, la riqueza y la paz, las miradas deben volverse a la seguridad social. Centrar la expectativa de desarrollo exclusivamente en el estímulo al capital y pensar que la globalización se consolida con la mera posibilidad de circulación de éste, es una mirada recortada y peligrosa, que desatiende la importancia del hombre y el papel de la inteligencia, la creatividad y el factor humano en la consolidación del mañana.

No se olvide que fue en época de terrible tormenta para la humanidad –en medio de la Segunda Guerra Mundial– cuando Beveridge levantó la bandera por el aseguramiento universal y propuso combatir colectivamente los enemigos de la humanidad, avizorando un horizonte de mayor justicia, que aún permanece irrealizado.

Por ello y consecuente con su compromiso misional, el Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS), órgano de docencia, capacitación e investigación de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS), estimula los esfuerzos de análisis, divulgación y construcción de pensamiento en torno a la seguridad social y de los sistemas que la desarrollan en el continente, y promueve a través de sus actividades académicas y editoriales la generación de espacios para la reflexión, la controversia y la creación de los fundamentos teóricos y prácticos que animen las mejoras institucionales para dichos sistemas.

En esa virtud, presenta ahora el CIESS el libro de Juan Carlos Cortés González, *Derecho de la Protección Social*, como aporte a la divulgación de ideas en torno a la estructuración de tal derecho como rama autónoma de estudio y como elemento para la reflexión en torno al sistema de seguridad social, especialmente, a través del análisis sobre la institucionalidad de un país que como Colombia ha perseverado en el diseño y operación de un modelo, rebautizado recientemente como de la protección social.

La oleada reformista que imperó en los años de 1990 en América y que ya muestra claros pasos atrás y reajustes, determinó entre otros elementos la incorporación de criterios de mercado, libre competencia y participación de particulares en la operación de los sistemas de seguridad social.

Colombia se ha mantenido fiel a esos principios que se incorporaron a la Constitución Política de 1991, alcanzando importantes logros en materia de institucionalidad, manejo eficiente de recursos y cobertura, esto último, principalmente en el campo de la salud.

No cabe duda que la realidad actual de la seguridad social en ese país ha cambiado sustancialmente, respecto a la que se tenía en la última década del siglo pasado y que se han incorporado interesantes esquemas de aseguramiento, provisión de servicios, manejo de la información y mecanismos de control, que ameritan una revisión detallada.

Persigue el autor mostrar ese camino de transición en Colombia durante los últimos años, evidenciando en forma sistemática las principales reformas que se han sucedido luego de 1993, con específica referencia al

paso dado en cuanto a la integración del sistema de protección social, a partir de la Ley 789 de 2002.

Cortés González ya ha producido obras para la casa del CIESS, destacándose el texto sobre “El Sistema de Subsidio Familiar en Colombia: hacia la protección social”, en el que anticipa su preocupación por entender con mayor profundidad el concepto de la protección social y su relacionamiento con el de seguridad social. También ha participado en obras y otras publicaciones del CIESS, fungiendo en la actualidad como Coordinador de la Subregión I Andina de la Conferencia y activo docente en las actividades académicas que impulsa por el continente este centro.

La lectura de la obra permite de una parte, profundizar en la reflexión sobre antecedentes, modelos y esquemas aplicables a los sistemas de seguridad social y de la otra, reflexionar sobre la pertinencia de identificar en el ámbito del derecho social, una rama autónoma objeto de estudio: el derecho de la seguridad social.

Grandes son los esfuerzos del autor por mostrar las causas de dicho derecho, la naturaleza del mismo, su relación y distancia con el derecho laboral y la evolución histórica de sus instituciones. Tales esfuerzos serán recompensados por el interés que su obra despierte y, particularmente, por la retroalimentación académica que sus conceptos, en algunos aspectos polémicos, pueda generar.

Se trata de un escrito sugestivo para la reflexión conceptual. Nos acostumbramos a emplear términos y a aplicarlos, mas en pocas ocasiones nos detenemos a indagar por sus contenidos y alcances. A ello nos invita la obra.

¿Cuál es el sustrato de los sistemas de protección social y cuál la naturaleza de las instituciones jurídicas que los rigen? Así mismo y desde una perspectiva de derechos, se aproxima a la revisión sobre el alcance de las prestaciones de los sistemas de protección social, revisando los contenidos subjetivo, material, formal y financiero de los sistemas.

Entra luego a revisar la historia del caso colombiano, con referencias preliminares de derecho comparado, en las que se propone ahondar

posteriormente, para incorporar de lleno el texto en la revisión de la organización y las principales instituciones jurídicas colombianas del sistema de protección social, con referencia explicativa a sus más recientes reformas.

Para esto último consulta concienzudamente los cambios normativos, pero también da alcance a las decisiones jurisprudenciales y de doctrina que más impactan al sistema y al derecho social.

La consulta del texto la apreciamos como pertinente para los estudios del sistema colombiano, pero además como elemento de referencia obligado para quienes desde otras latitudes quieran aproximarse a la realidad institucional y jurídica del país en materia de seguridad social.

La invitación al autor a que persevere en su empeño por aportar a la doctrina de este campo esencial del derecho social y con ello, a que contribuya a las deliberaciones públicas que tendrán que darse constantemente en nuestro continente sobre la consolidación de los sistemas de aseguramiento y previsión sociales.

Al lector nuestro reconocimiento por su interés y compromiso con la seguridad social y la invitación a que se incorpore a las actividades y proyectos del CIESS, como ámbito propicio para el fortalecimiento y la innovación de la seguridad social, que tanto anhelan los pueblos de América.

*Miguel Ángel Fernández Pastor*

Director del CIESS

## INTRODUCCIÓN

El país transita inadvertidamente hacia la consideración de la seguridad social desde la perspectiva de la protección social. Ese trascendente pero poco analizado cambio operado a partir de la Ley 789 de 2002, con el aval de la Corte Constitucional<sup>(1)</sup>, obliga a reconsiderar desde sus fundamentos el tema del aseguramiento en las coberturas de las contingencias que la sociedad debe prever como mínimos a sus asociados.

Tal antecedente evidencia la consideración de la seguridad social como derecho, servicio público, función pública y realidad de contenido cambiante, en sus circunstancias históricas.

En efecto, desde la provisión privada de servicios, pasando por la asistencia pública, la caridad, la organización de los seguros sociales de orientación bismarckiana y la estructuración de los modelos universalistas de seguridad social con tendencia Beveridgeana, se aprecian los recientes ajustes en el esquema de previsión social, enfocados bajo el rótulo de la protección social.

Para algunos esta nueva denominación es contraria a la seguridad social e impone restricciones que hacen que los sistemas de aseguramiento se vuelvan hacia estadios meramente asistenciales, con rasgos de inequidad. Para otros, la protección social constituye el camino de la inclusión y la igualdad progresiva.

Seguramente será lo segundo, siempre y cuando se entienda *la protección social* como la etapa cualitativamente superior de la seguri-

---

(1) Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



dad social, que sin negarla, como en la síntesis dialéctica del proceso, la comprenda y haga surgir efectivamente una dimensión nueva universal, la del aseguramiento para todos, frente al acceso a beneficios universales que permitan la realización de la dignidad humana y el desarrollo social.

Lo cierto es que independientemente de las denominaciones, los derechos de la seguridad social en el ámbito del Estado constitucional y de justicia, con régimen democrático, representan hoy el nuevo rostro de los derechos humanos.

En ese orden de ideas, puede sostenerse que ha sido preferentemente a través de las instituciones de la protección social como han cobrado vida las normas constitucionales, que superaron su estadio como indicadores de propósitos, para convertirse en fuentes directas de derechos y obligaciones, lo que representa un avance de innegables consecuencias, en particular, en la formación de una cultura de derechos y en la materialización del constitucionalismo social y humanista. Por supuesto el camino que queda por recorrer es muy largo, en aspectos tales como la aplicación de la realidad económica del derecho, la consolidación de una cultura correlativa de deberes, y en la adecuación institucional requerida para hacer frente a los retos de una población demandante de justicia, de cara a una sociedad con recursos limitados.

Si las revoluciones liberales decimonónicas se consolidaron gracias a las pretensiones de libertad, los movimientos actuales que sitúan en primer plano el problema de la desigualdad y la exclusión requieren de combatir esos fenómenos y, particularmente, atacar la pobreza como lo determinan los Compromisos del Milenio de Naciones Unidas, a través de la protección social.

Apropiamos el concepto de protección social que la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, expone al referirse a la necesidad de establecer un pacto social para su cumplimiento, en estos términos:

“La conformación de los Estados de bienestar que surgieron en el mundo desarrollado entre los años treinta y sesenta del siglo XX, res-

pondió a la búsqueda de sistemas de protección social ante los riesgos propios de la época, vinculados al papel central del trabajo en la definición y satisfacción de los derechos de las personas. Pero desde los años setenta del siglo XX en adelante, con los cambios que se fueron dando en la producción y en el trabajo, en los perfiles epidemiológicos y demográficos, en las familias y en los roles de género, quedaron cuestionados los tradicionales Estados de bienestar, construidos en torno del trabajo (modelo bismarckiano). Esto llevó a plantear con fuerza la necesidad de reformas con vistas a proteger los derechos ciudadanos ante los nuevos riesgos sociales derivados de esos cambios, reformas que deben concebirse con gran cuidado para evitar la exclusión en la protección social” (Titelman y Uthoff, 2005).

“En este contexto, el concepto de seguridad abarca nuevos ámbitos sociales que superan los clásicos y se extiende a la edad y a categorías adscriptivas como género y minoría étnica. El concepto se vincula cada vez más a la ciudadanía, los derechos humanos y la profundización de la democracia. Y entra en conflicto con las nuevas construcciones económicas provenientes del reordenamiento global y la volatilidad financiera.

(...)

“La 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. Si bien los cambios de las políticas sociales se han traducido en una población más escolarizada y con mejores indicadores de salud, esta se enfrenta a mercados laborales que no controla, volátiles y cambiantes, segmentados y precarios (...)

Un sistema de protección social 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 metas de mercado. Un pacto social de esa índole debe estar respaldado por una decisión de la sociedad<sup>(2)</sup>.

A partir de esta definición hemos de reconocer que es Colombia uno de los primeros países en el continente que asume un compromiso conceptual y político sobre el tema, al estructurar el sistema de protección social desde el año 2002.

Tal condición ubica al país, *mutatis mutandis*, en la situación paradigmática de Chile en los albores de los ochenta, por lo que debemos reconocer el compromiso que como nación asume Colombia en la búsqueda de condiciones de fortalecimiento de su esquema de aseguramiento colectivo, independientemente de las debilidades y vacíos que puedan persistir.

La dinámica evolutiva de los esquemas de seguridad social se dinamiza en las últimas décadas por la recurrencia de fenómenos tales como:

1. *La pobreza*, principalmente. En efecto, si el actor social de los orígenes de los seguros sociales era el proletariado, frente al cual la reacción política prefirió costear seguridad social ante las probabilidades de una revolución –como en el caso alemán–, al finalizar el milenio pasado y durante el presente, el actor de las políticas públicas sociales es la pobreza: las poblaciones vulnerables y desposeídas, los desempleados, en todas las latitudes y con las particularidades propias de cada área geográfica del globo.

El excluido –para emplear la orientación conceptual de la social democracia renovada, respecto de la cual la igualdad implica inclusión– evidencia uno de los principales retos del Estado democrático y constitucional de hoy: articular la igualdad con la libertad y promover las condiciones de inclusión de sectores débiles y marginados de la sociedad plural.

---

(2) “La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad”, Documento Informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, Trigésimo primer período de sesiones, Montevideo, Uruguay, 2006, Capítulo I, pp. 30 y ss.

Desempleados, jóvenes con vocación a su primer empleo, jefes de hogar, madres que integran hogares uniparentales, desplazados por la violencia o por fenómenos naturales, migrantes, adultos mayores con capacidad de trabajo, campesinos desarraigados, trabajadores rurales estacionarios, informales, comerciantes de la calle, disminuidos físicos, entre otros, son actores sociales que demandan la aplicación de políticas prioritarias de afirmación social, en reclamo de la discriminación positiva que ordenan los preceptos constitucionales.

Así las cosas, es predecible pero no justificable que los trabajadores formales aparezcan como privilegiados y que sea al sector formal de la economía al cual se le atribuyan responsabilidades de financiación y apoyo otrora impensables.

La vinculación de los pobres y excluidos hace tambalear el esquema tradicional de la seguridad social e impone nuevos retos en el rediseño de los sistemas públicos de aseguramiento.

No es fortuito que el propósito central de la reforma al sistema de salud de 2007 en Colombia haya consistido precisamente en permitir el acceso por el régimen subsidiado de cerca de ocho millones de personas, o que sobre la mesa se planteen esquemas de aseguramiento familiar en pensiones –pensión compartida–, o que se amplíen las prestaciones por servicios sociales complementarios, subsidios y pensiones no contributivas.

2. *La informalidad.* El aseguramiento social ha venido estructurándose a partir de la relación formal de trabajo. En las últimas décadas, el incremento progresivo de la participación que en la economía tienen los independientes e informales ha determinado una profunda revisión de ese esquema conceptual.

Es imperioso estructurar un sistema de protección social capaz de incorporar plenamente a los trabajadores por cuenta propia, independientes e informales; lograr su aportación real a los sistemas, como también las coberturas requeridas, bajo una reinterpretación de las ideas de trabajo y productividad, no circunscritas al concepto de empleo subordinado y remunerado.

Baste tener en cuenta aquí el debate al interior de las instituciones del derecho laboral en torno al tema de la subordinación y al futuro de la disciplina jurídica del derecho del trabajo, frente a las realidades socioeconómicas de una economía laboral cambiante.

3. *La globalización.* La fase posmoderna de la internacionalización de las relaciones humanas, sociales y económicas plantea sin duda grandes retos en cuanto tiene que ver con los sistemas de aseguramiento; considerando los flujos de capitales, las relaciones y responsabilidades entre países con distintos niveles de desarrollo, y la aplicación práctica de los derechos sociales en los países, como la movilidad de personas, las migraciones y las nuevas formas de trabajo que plantean una protección social también global, con sus normas internacionales y sus propios tribunales.

4. *La fundamentalización de los derechos sociales.* Independientemente del debate ideológico que se dé sobre el particular y de las concepciones constitucionales que se asuman, los derechos de la segunda generación y, en particular, entre ellos, los de la seguridad social en salud han sido reconocidos por conexidad, en forma directa, frente a ciertas poblaciones o en circunstancias especiales, derechos fundamentales y, en todo caso, materia de protección preferente por los sistemas jurídicos.

En el terreno jurídico este fenómeno puede identificarse como el de la constitucionalización de la seguridad social. Paralelo a este se da el proceso de la internacionalización de la misma, en sinergia que exige una redefinición sintética sobre lo que viene considerándose como tal en las diferentes sociedades.

5. *Los avances tecnológicos y las exigencias del posmodernismo.* De particular incidencia en el ámbito de los sistemas de protección en salud –con efectos en al ámbito de las pensiones, en cuanto las ciencias y las tecnologías ponen al servicio de la humanidad innumerables, progresivas y cambiantes herramientas para la generación de condiciones de bienestar. También plantean disyuntivas éticas de particular importancia en lo que se refiere al uso de procedimientos y métodos de control sobre fenómenos asociados a la vida humana y que, inadecuadamente empleados, hacen surgir medios de posible destrucción o afectación a la vida y a la salud.

La transición sociológica, además, plantea el surgimiento de grupos y colectivos con crecientes e insaciables necesidades. Más allá de la atención de requerimientos físicos, se aprecia dentro del ámbito de la posmodernidad la consideración sobre las necesidades inmateriales o de bienes de tal condición, culturales y artísticos, que hacen crecer las demandas de provisión pública, particularmente en cuanto atañe a los denominados derechos sociales, económicos y culturales. Piénsese en la necesidad de garantizar al individuo el ocio, el adecuado uso de su tiempo libre y la práctica del deporte, como derechos que terminarán constituyendo, en forma progresiva, como núcleo representativo del mínimo vital en condiciones de dignidad para las personas.

6. *Los cambios demográficos y poblaciones.* Sobrediagnosticada se encuentra la denominada inversión de la pirámide poblacional, con el consecuente fenómeno del envejecimiento de las sociedades. Más personas viven más y demandan nuevos servicios y bienes meritorios, de mayor amplitud y siempre escasos. En aspectos puntuales del derecho a la salud, aparecen en este contexto temas de tanta importancia como los relacionados con los cuidados de largo plazo; aquellos que se deben a las personas adultas mayores para hacer llevadera, digna y productiva su ancianidad, frente a mayores expectativas de vida y más calificadas y eficientes tecnologías de provisión de servicios médicos.

La realidad histórica de la provisión de servicios o bienes públicos para los individuos y grupos poblacionales es de por sí cambiante y ha de ajustarse a la evolución de las distintas variables que la impactan, bien de orden económico, social, demográfico, jurídico o político. Los sistemas de aseguramiento y protección, como decisiones de política a partir de exigencias humanas constantes, están sometidos a ajustes permanentes.

Tanto los conceptos como los mecanismos habrán de demostrarse permeables al cambio, según el ritmo de las transiciones históricas, seguramente con la permanencia del propósito en cuanto a promover, garantizar y asegurar los mayores niveles de aseguramiento de satisfactores de bienestar para todos los seres humanos.

La provisión de estos satisfactores corresponderá a los propios individuos, a sus familias, a colectivos de diversa naturaleza y, en buena parte,

al colectivo político encargado de garantizar la provisión del servicio público de la seguridad social.

Las anteriores consideraciones sirven para encuadrar la reflexión sobre el modelo de protección social y, en particular, sobre las reformas al sistema de seguridad social en Colombia.

En primer término, para resaltar el tránsito que, en silencio pero con especial impacto, ha experimentado Colombia en la estructuración de su sistema de aseguramiento y provisión de bienes meritorios de seguridad social, a partir de la Ley 789 de 2002 y mediante la creación del sistema de protección social.

Aún en el país se alude indiscriminadamente a la Ley 100 de 1993 como base del sistema de aseguramiento, sin reconocer de manera expresa la trascendencia conceptual de la reformulación de aquel, que se complementa así mismo con la expedición de normas como las leyes 1122 y 1151 de 2007, entre otras, así como con la formulación de una prolija doctrina constitucional.

Y no se trata de un simple cambio de nombre, que ya de por sí generaría importantes consecuencias, sino del reconocimiento de un tránsito de mayores proporciones, vale decir, del ajuste estructural de un sistema de seguridad social a uno de protección social, que indica la proyección que requieren los cambios y adaptaciones del aseguramiento en el país, frente a los requerimientos de los tiempos presentes y por venir.

Tránsito que especialmente en Colombia compromete en forma importante los esfuerzos del sector privado, pues de esta manera mantiene el país en plena vigencia el esquema de participación de particulares en la operación del sistema, mismo que está siendo objeto de evaluación o ajuste en otras latitudes, como en el caso de Argentina.

Con ese ánimo, asumimos la consideración sobre algunas de las más recientes reformas e instituciones en el sistema de protección social, empezando por intentar una revisión conceptual e histórica, así como una definición sobre el mapa conceptual del mismo, teniendo en cuenta que se trata de una herramienta del Estado social de derecho para hacer efectivo,

en forma universal y progresiva, el derecho al bienestar de las personas, a través de decisiones políticas, de un marco regulatorio y de criterios jurisprudenciales que realicen los mandatos de la Constitución Política.

Este escrito se concreta, pues, en poner a disposición de los interesados, de los operadores de la protección social, de sus autoridades públicas, así como de los estudiosos en la materia y de los expertos que desde otros países contemplan los pasos dados por Colombia en cuanto a su sistema de protección social, algunas reflexiones sobre la organización básica y la orientación del mismo, con una revisión de sus antecedentes, generales y particulares, la referencia a la proyección de la protección social, el impacto de las recientes reformas y la referencia a las concordancias normativas y jurisprudenciales más necesarias.

Se pretende, así mismo, realizar una presentación esquemática sobre las últimas reformas estructurales y de operación, con referencia específica al sistema de subsidio familiar, el cual, en razón de los últimos procesos de cambio, se constituye en un mecanismo idóneo para la realización de los propósitos de la protección social, en particular en lo que atañe a la atención a los desempleados y a la provisión de beneficios para poblaciones en especiales condiciones de riesgo.

No faltan, además, comentarios del autor expresados con el fin de aportar algunas consideraciones sobre una materia de tanta trascendencia real y conceptual, que coadyuven a construir colectiva y democráticamente el Estado de justicia, a partir de la inclusión de todas las personas en el efectivo goce de los satisfactores que les permitan, en libertad, el disfrute de las condiciones dignas necesarias para su bienestar y para el desarrollo social, económico y político.





## CAPÍTULO I

### **Fundamentos, naturaleza y alcances de la protección social**

Para considerar los servicios de la protección social, es oportuno traer a colación una síntesis académica ligera acerca de los orígenes, la naturaleza y los alcances de la seguridad social, de orden nacional e internacional, con especial referencia a los fundamentos constitucionales aplicables en el caso nacional, a fin de lograr que el análisis sobre las recientes reformas en Colombia, se aprecie a partir de una visión panorámica, dentro del universo de posibilidades, retos y proyecciones de la protección social, como condición esencial para la promoción humana y la realización de las aspiraciones políticas de justicia.

#### **1. SEGURIDAD HUMANA INTEGRAL**

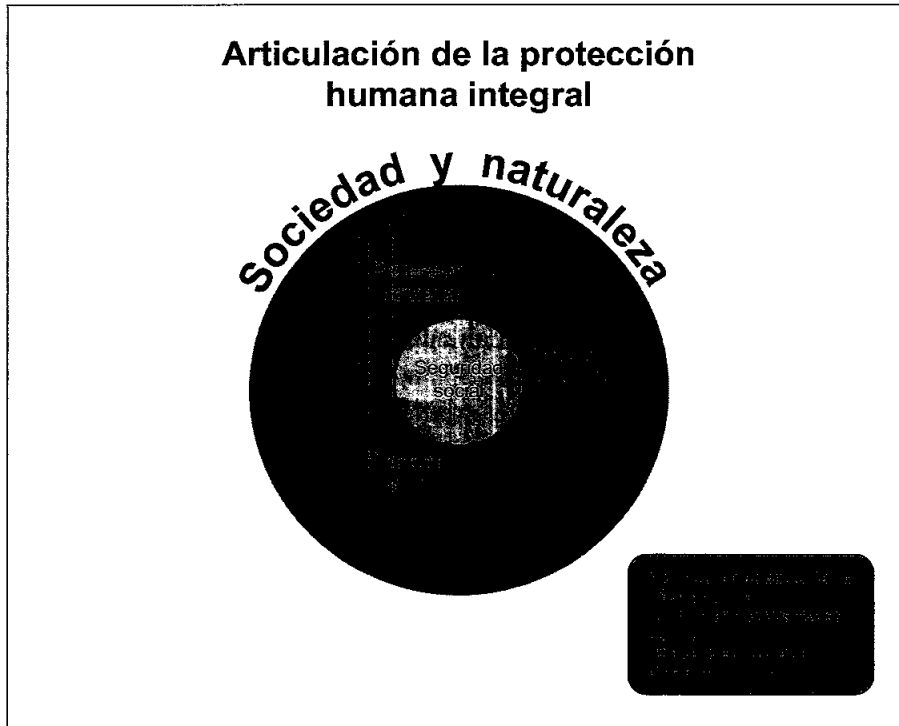
Los conceptos de seguridad y protección entrañan la noción de cuidado, preservación, resguardo, así como la anticipación o prevención de peligros que pueden impactar al individuo.

En efecto, según el diccionario de la Real Academia Española, por seguridad entendemos *cualidad de seguro*, lo libre o exento de todo peligro, daño o riesgo, en tanto por protección, la *acción y efecto de proteger*, esto es, amparar, favorecer, defender, resguardar de un perjuicio o peligro.

Ello sugiere que es preciso aplicar un concepto genérico dentro del cual habrá de ubicarse la protección social, a partir de la noción de seguridad humana.

La integralidad y la generalidad de esa aproximación nos permiten apreciar diversas manifestaciones que concurren a la preservación del in-

dividuo en su entorno, bajo distintos pero relacionados conceptos, cuales son: (i) la protección personal, (ii) la protección social y (iii) la protección ambiental.



De una parte, apreciamos la protección personal, frente a lo que podemos identificar como el fuero individual e inviolable en el respeto a los derechos fundamentales del sujeto. Se trata del espacio para la preservación de la vida, la libertad, la propiedad y la integridad del individuo, a partir de acciones, instituciones y medidas orientadas a la seguridad humana y a la conservación del orden social.

En los diferentes estadios de la evolución, los individuos y las sociedades han pretendido dar respuesta a esta necesidad. Modernamente, el Estado ha apropiado el poder de policía y asumido la responsabilidad en cuanto a la garantía de la seguridad humana y la protección a los bienes y derechos de las personas, como árbitro y gestor de la convivencia.

Se trata entonces de un servicio público, por el cual se proveen los bienes de la tranquilidad y de la paz social, que entraña una noción básica de seguridad. De alguna manera, esta faceta de la protección busca asegurar la vigencia de los derechos que algunos identifican como de primera generación o de carácter fundamental, los que son eficaces *per se* y se constituyen en prerequisites para el ejercicio de los demás, pues es evidente que sin seguridad para la vida, la propiedad o la libertad, no podrá hacerse uso de derechos sociales o colectivos.

De otro lado, aparece el concepto de protección social, esto ante las necesidades que experimentan los individuos “de concreción individual y con independencia de la situación de la sociedad en que vivan” –para asumir el criterio de Beveridge–, que impactan el disfrute de derechos sociales o de segunda generación (los cuales pueden afectar derechos fundamentales o reconocerse como tales en forma directa) y que se refieren a la cobertura de contingencias originadas en hechos o actos que afectan la seguridad económica y el bienestar de los individuos y sus familias, definidas socialmente.

La protección social, faceta de la seguridad humana integral, se evidencia 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. También se le reconocerá como un servicio público.

La protección social ha estado ligada a la previsión respecto de las condiciones económicas de los individuos y las sociedades; en un comienzo, estuvo fuertemente vinculada a los requerimientos de las clases trabajadoras, extendiendo luego sus efectos a los ciudadanos y a la universalidad de la población. Hoy puede afirmarse que, en términos amplios, la contingencia a la cual pretende combatir la protección social es la pobreza, mediante un haz de servicios con los cuales asegurar a los individuos niveles mínimos de ingresos y de capital humano, que les permitan su inclusión social y desarrollo social<sup>(1)</sup>.

---

(1) Apréciase al respecto lo establecido por el Decreto 205 de 2003 sobre los objetivos del sistema y del Ministerio creado para ejercer la regencia sobre el mismo en Colombia, cuando se señala: *Las políticas públicas del Sistema de la Protec-*

Como lo expresara magistralmente el Plan Beveridge: “El seguro social en la plenitud de su desarrollo debe proporcionar la seguridad de un ingreso suficiente para vivir: representa la lucha contra la Necesidad”.

Pero es preciso así mismo acotar el alcance de sus pretensiones, en cuanto a que se articula a la generalidad de la política social del Estado, que implica un espectro más amplio. A este respecto agrega Beveridge: “El segundo principio es que la organización del seguro social debe ser considerada tan sólo como parte de toda una política de progreso social (...) Pero la Necesidad es solo uno de los cinco gigantes que obstruyen el camino de la reconstrucción. Los otros se llaman: Enfermedad, Ignorancia, Miseria y Ocio”<sup>(2)</sup>.

Por último, emerge la protección ambiental respecto de las preocupaciones de los individuos por el relacionamiento con el entorno natural.

Se trata de considerar todas las manifestaciones en cuanto a la manera en que el ser humano se integra con el mundo y asume los riesgos de su desarrollo en el ámbito natural.

Esta faceta de la protección se refiere especialmente a lo que consideran algunos como los derechos colectivos o de tercera generación, y guarda relación con el concepto de la *ecosofía*, por el relacionamiento del hombre con el mundo.

La protección ambiental tendrá que ver con la prevención y el manejo de los riesgos naturales, así como con el desarrollo de las formas de convivencia, el asentamiento de las poblaciones en el mundo, el desarrollo sustentable y el cuidado de la tierra; pero también se relacionará con los

---

(Cont. nota 1)

*ción Social se concretan mediante la identificación e implementación, de ser necesario, de estrategias de reducción, mitigación y superación de los riesgos que puedan provenir de fuentes naturales y ambientales, sociales, económicas y relacionadas con el mercado de trabajo, ciclo vital y la salud, en el marco de las competencias asignadas al Ministerio.*

- (2) *Plan Beveridge*. “El Seguro Social en Inglaterra”, traducción del texto oficial en inglés por Vicente Peris, Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS), México D.F., 2008, p. 10.

derechos de los consumidores, la salud pública, la prevención de la contaminación y la inocuidad de los alimentos, entre otros factores.

En las sociedades actuales existe un afán importante por generar esquemas de aseguramiento que cubran a los individuos contra contingencias que puedan afectarlo; se busca la seguridad, en medio de la convulsión y la incertidumbre de la existencia misma. Emergen riesgos creados por el propio hombre y otros producto de circunstancias o hechos de la naturaleza, pero en uno y otro caso los seres humanos persiguen cubrirse, bien mediante esquemas de seguros privados o recurriendo a seguros públicos o colectivos.

Es indudable así mismo que, como acontece con los derechos humanos que hoy entendemos ya no como de diversas generaciones, sino como expresiones equiparables de distinto objeto frente a un mismo titular, la protección humana reviste fases diferentes pero interrelacionadas.

Las sociedades están obligadas a brindar condiciones de seguridad individual, pero además económica y de bienestar, así como a facilitar la preservación del ambiente y prevenir la ocurrencia de riesgos ambientales. La protección entraña un concepto de integralidad natural. Por perfecto que haya sido diseñado un sistema de seguridad social, poco impacto práctico tendrá si la sociedad no es capaz de generar una adecuada protección a la integridad personal, así como la seguridad individual se ve afectada por los riesgos ambientales y colectivos, tanto por hechos naturales –terremotos, tsunamis, cambios climáticos– como por acciones humanas, en el campo de la contaminación ambiental y alimenticia, para citar algunos ejemplos.

La protección, pues, implica las necesarias condiciones para que el individuo se desarrolle como persona, en un ambiente de seguridad económica mínima y en un entorno natural sustentable.

Prever, afrontar y superar los riesgos y contingencias que puedan surgir en la existencia humana es tarea permanente de los seres y de las sociedades, que comprometerá así mismo la responsabilidad de la forma de organización política que aquellos se den.

Algunas de las circunstancias que afectan la cotidianidad son producidas naturalmente y su acaecer es aleatorio; es el típico caso de los fenómenos naturales. Otras tienen origen en actos y decisiones de los propios seres humanos, como los actos de agresión y de guerra, los delitos, la contaminación del ambiente y el no ahorro. Así mismo, se dan circunstancias que necesariamente ocurrirán —como la muerte (que no puede ser asumida como riesgo, al no ser hecho futuro e incierto, y que por tanto se denominará contingencia)—, y otras que probablemente ocurrirán pero sin certeza al respecto —como la invalidez o un terremoto—.

Lo común es que todas estas circunstancias, riesgos y contingencias impacten en el bienestar de los individuos y de las sociedades, y que tanto éstos como aquellas deban prevenir su ocurrencia y establecer esquemas que les permitan ampararse frente a sus posibles efectos.

Se trata de la previsión para asegurar la existencia de los individuos y de las sociedades, que se expresa en la protección integral, una de cuyas manifestaciones es la protección social.

## 2. CAUSAS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Conviene que, para iniciar el recorrido histórico que habrá de ubicarnos en el contexto más reciente, compartamos reflexiones sobre la naturaleza de los esquemas de protección social y sus causas.

### 2.1. Causa material

Los sistemas de aseguramiento o provisión social tienen por causa material al ser humano, pues ellos persiguen dotar al individuo y su familia de recursos, bienes o servicios, que les permitan suplir necesidades definidas socialmente, para promover en una u otra forma su bienestar, lo cual se traduce en la aspiración de hacer que su existencia sea digna.

Es sobre el ser humano que actúa todo sistema de protección social. Las políticas, las normas, los medios y los sistemas aplicados a lo largo de

la historia no pueden perder de vista que existen en razón de la causa material que les da origen, esto es, el ser humano.

El individuo, socio por naturaleza, ser sociable o con aptitud a lo social, según el enfoque que se asuma, existe y actúa en colectivos de diversa índole. Por ello, tienen que ver con la protección social, necesariamente, dichos colectivos, entre ellos: la familia, la empresa, la agrupación económica, el partido, la iglesia, la sociedad, la comunidad.

Ellos son materia de la protección social, pero a su turno la causa que les da origen es el individuo.

La consideración sobre la causa material de la protección social debe asumirse con especial cuidado, pues puede conducir a equívocas conclusiones en cuanto a señalar que aquella tendría que hacer valer una noción individualista atomista, puesto que su razón de ser material es el hombre.

Por el contrario, reconocer que la causa material de la protección social es el ser humano permite identificar que la materia sobre la que trabaja todo sistema tal es el individuo, con su naturaleza y con sus aspiraciones, ser que en toda circunstancia está contenido en una realidad social.

Esta es la razón para afirmar que por más que apliquemos a la consideración de los sistemas de protección social pautas propias de los seguros privados, y que reconozcamos que el ahorro y el esfuerzo individual permitirán consolidar esquemas de aseguramiento social, no es posible desligar la protección social y los sistemas que le sirven de una variable colectiva.

Se trata de proveer beneficios para el ser humano, pero implícito éste en su familia, en los colectivos menores y en la sociedad general. Esto apunta a indicar que por más que consideremos al ser humano como la materia de la seguridad social, debemos indicar que esta causa material entraña al hombre como realidad social. Lo contrario nos apartaría del norte conceptual pretendido y nos dejaría en un escenario diverso, probablemente el de la protección privada, de alta necesidad y conveniencia pero de materia diferente a la protección social, que se erige sobre el cubrimiento de necesidades del individuo en sociedad (entiéndase, hoy, en el contexto de la comunidad global).



Es sobre el ser que actúan los sistemas para proveer servicios de salud, tasas de reemplazo a los ingresos laborales, coberturas asistenciales, cuotas por personas a cargo, entre otros, y los mismos se aplican al cubrimiento de necesidades del individuo que tienen un necesario impacto colectivo, pues repercuten en la subsistencia familiar y en el ahorro social.

La materia, además de la protección social, se concreta en la persona natural. Se trata de sistemas y de derechos que de ellos se derivan, que son reconocidos para los seres humanos, y no para los seres (sociales) inmateriales o personas jurídicas; ellos serán objeto de protección por las sociedades, pero en aspectos diversos, en la medida en que la materialidad de la seguridad social se proyecta exclusivamente en el individuo, como persona, ser único e irrepetible, titular de dignidad.

En la base de toda reflexión sobre los beneficios y alcances que debe proveer un sistema de protección social está la reflexión sobre la causa material del sistema de que se trate.

En efecto, la postura que se asuma sobre la dignidad y los derechos del ser humano cubierto habrá de concluir en una interpretación más o menos amplia de los alcances de la seguridad social aplicable. Este análisis filosófico conceptual tendrá que nutrir toda discusión en torno a la materialización de la protección social.

Por ello, la jurisprudencia en Colombia es rica en reflexiones sobre los alcances de la seguridad social, de cara a la realidad del individuo y a su relacionamiento social.

La pensión que se otorgue por un sistema se reconoce como derecho a un ser humano, titular de dignidad, para la satisfacción de necesidades personales y familiares, en el ámbito de la sociedad. Ella deberá responder a unos estándares mínimos y contará con una naturaleza jurídica esencial: la de ser un derecho, y no una dádiva. Reducir esos estándares por precariedades económicas de la sociedad implica afectar la posibilidad de que la pensión sirva al fin buscado, pues puede terminar negando la causa material de la protección social, al desconocer la condición del ser humano que es su titular. Es decir, siempre que estemos en presencia de un debate sobre beneficios de la protección social, hemos de tener presente que la

materialidad del sistema parte del ser humano en sociedad, y que ello entraña una postura sobre la naturaleza y condición de aquel.

¿Tendrán derecho los adultos mayores, dentro de los sistemas de aseguramiento social, a que se les provean cuidados de largo plazo y atención de personal especializado de cuidadores –más allá de la provisión de medicamentos y de servicios hospitalarios–; ¿tendrán derecho los niños a disfrutar de servicios de recreación, pues como personas y para su pleno desarrollo los requieren, y qué decir del derecho a una alimentación sana, vía necesaria para prevenir la enfermedad y asegurar la salud de la población? Por su parte, como el trabajador es un ser humano que demanda protección social, la prevención de la violencia en el trabajo se constituye en componente esencial de la salud ocupacional y demanda un esfuerzo prioritario de la sociedad.

La protección social, en síntesis, sirve al ser humano en su dimensión social, y se explica por esa realidad.

## 2.2. Causa formal

Dicha causa está representada por el derecho, esto es, por las instituciones político jurídicas que dan forma a los sistemas de protección social.

La forma de la protección en una sociedad corresponderá a la definición del sistema de aseguramiento y provisión de bienes que ella se dé, a partir de decisiones políticas que se expresan en normas.

La causa formal de la protección social se entiende pues como el sistema que adopte una sociedad para cubrir los beneficios que estime meritorios para los seres humanos cubiertos, y tal sistema será el resultado de una decisión política que se vierte en el derecho.

Importante es resaltar que la protección social se define a partir de decisiones colectivas, conforme al régimen de gobierno vigente en una sociedad. No es el resultado de fórmulas técnicas o la trasposición de esquemas de otras latitudes; con las imperfecciones propias de los sistemas políticos, en todos los eventos, la protección social obedecerá a decisiones de conte-

nido político que entrañan aplicación mayor o menor de recursos, en función de la prioridad que se asigne en la sociedad al cubrimiento de necesidades individuales de impacto social.

Conviene tener en cuenta la pertinencia de fundar los sistemas de protección social en adecuados consensos colectivos y, en todo caso, aplicar a los sistemas necesarios mecanismos de participación, y ello tanto en el diseño como en la ejecución y en el control a los servicios.

Esa decisión política colectiva tendrá que expresarse en normas, las cuales definen el sistema mismo, por lo que la protección social tiene por causa formal una decisión traducida en la regulación que informa el sistema, entendiendo por tal causa aquello que le da forma e identidad a un ente.

### 2.3. **Causa eficiente**

Si por tal consideramos el artífice o responsable de la protección social, en cuanto ser el ente que la provee y a cuyo cargo está aquella, podemos afirmar que la causa eficiente de un sistema tal es la sociedad políticamente organizada.

Entiéndase por ésta el Estado o la estructura política en que se organiza la colectividad, por lo que es preciso abrir el espacio tanto a las formas subestatales, en el caso de las organizaciones federativas o asimilables, como a aquellas supraestatales, particularmente en el evento de las comunidades de naciones, como también en lo que hace al señalamiento de las responsabilidades que en materia de protección social competen a la comunidad internacional.

Varios aspectos surgen de la reflexión inicial en torno a identificar la causa eficiente de la protección social.

En primer término, señálese que si bien corresponden a la forma política colectiva las responsabilidades de aquella respecto a los individuos bajo su cuidado, esto no excluye el ámbito de competencia que en la materia tienen la sociedad, los individuos y los colectivos menores que integran el Estado.

Es de especial importancia señalar que tanto las familias como las comunidades empresariales y la sociedad civil tienen responsabilidades en lo que atañe a la provisión de la protección social, esto es, concurren como concausas de la misma.

Si bien políticamente será siempre el Estado el responsable final de los beneficios de la protección social, hay concurrencia necesaria en su satisfacción y prestación por parte de los individuos y de los colectivos sociales. Admitir que la protección social es exclusiva del Estado implica desnaturalizar tanto el concepto de lo político como la esencia misma de la provisión de los bienes meritorios de la seguridad social, los cuales requieren la participación de la sociedad y de los individuos.

Si bien no resulta admisible señalar que los individuos son los responsables y por tanto la causa eficiente de la protección social, tampoco es pertinente señalar que exclusivamente es el Estado el encargado de su provisión como causa eficiente única.

Prevalece en el punto la concurrencia efectiva de causas, bajo el señalamiento según el cual será el Estado el responsable final de la protección.

La articulación a este respecto juega un papel de alto impacto en el diseño de los sistemas de aseguramiento, pues de ella dependen la naturaleza y los alcances de las coberturas mismas.

La persona que se abstuvo de manera consciente de ahorrar para la provisión de su futuro o que incurrió en conductas que la situaron frente a la ocurrencia de un riesgo del trabajo, o que culposamente generó afectaciones a su salud, no puede estar en igualdad de condiciones respecto de otra expuesta al azar de una contingencia. Por supuesto, con independencia de su pasado, el sistema de protección social habrá de dispensar ciertos beneficios y coberturas a todos, mas no serán necesariamente los mismos, precisamente porque en ellos concurren como causa eficiente las personas, la sociedad y el Estado, siendo en últimas éste el titular de la obligación de aseguramiento; asumirá entonces el mismo, el papel de dispensador de una pensión no contributiva o asistencial, de un subsidio o de servicios asistenciales que requiera la persona, con independencia de su conducta anterior, para continuar con el ejemplo planteado.

Esta concausalidad debe ser estudiada con particular atención, pues permite identificar los diferentes niveles de concurrencia de responsabilidad en la provisión de beneficios asociados a la protección social, que se vuelven complementarios o sustitutivos; ejemplos: el empleador que no afilia a sus trabajadores a un sistema de seguridad social asume los efectos de las contingencias que pueden acontecerles a éstos, como también debe cubrir todos los perjuicios que se causen al trabajador cuando por culpa ha permitido la ocurrencia de un accidente de trabajo. Sin perjuicio, se reitera, del rol de asegurador final de la protección social que corresponde al Estado, intervienen en el asunto otros entes como corresponsables, para el caso citado los empleadores. Pero también serán los propios beneficiarios, y esto cuando, por ejemplo, hacen uso constante de los servicios de salud y deben cancelar pagos compartidos (copagos o cuotas moderadoras) para concurrir a su financiación, o incumplen las obligaciones para con el sistema y son sujetos de multas (inclusive los sistemas deberían estructurar más frecuentemente estímulos y sanciones para motivar el cumplimiento efectivo de las responsabilidades a cargo de los beneficiarios del mismo). Y qué decir de las obligaciones de alimentos que tienen unas personas para con otras por su vínculo de parentesco, o de las obligaciones morales que subsisten entre individuos, no obstante se cuente con sistemas de provisión pública de servicios sociales.

Lo segundo que corresponde es advertir que así se apliquen modelos de protección con amplia concurrencia de los particulares, la responsabilidad estatal al respecto es insustituible, pues es consustancial al Estado actuar como causa eficiente de la protección social, en cuanto a éste es a quien corresponde la garantía última de la provisión de los servicios públicos.

De otro lado, es menester tener en cuenta que, en la medida en que se actualiza la forma de organización política y se abre camino la responsabilidad de la comunidad internacional en la prestación de ciertos servicios con vocación universal –tal como acontece en la protección del medio ambiente, por ejemplo–, puede afirmarse que la protección social habrá de ser asumida en el futuro como responsabilidad de esa comunidad internacional, en tanto la razón de la cobertura no estará determinada por la nacionalidad o por el vínculo político o cívico del sujeto protegido, sino que dependerá de criterios de residencia y necesidad, bajo el postulado del *in dubio pro homine*.

## 2.4. Causa final

Está determinada la misma por la respuesta al “para qué” del sistema de protección social. Se identifica con su razón de ser, su objetivo esencial. Esto es, la realización de la seguridad económica mínima para el bienestar del ser humano, bienestar entendido como la manifestación tangible de su dignidad en el ámbito de la sociedad.

Pese al hecho de existir apreciaciones particulares y subjetivas en cuanto a la forma de alcanzar dicho bienestar, las cuales dependerán del criterio individual, la causa final de los sistemas de protección social, precisamente por tener la connotación pública a la que se ha hecho referencia, estará determinada por la referencia a los mínimos aceptables que una sociedad asume, mínimos que no pueden desconocer, de otro lado, parámetros ordenados en el ámbito internacional.

De alguna manera, entramos así en el terreno de lo que el constitucionalismo tradicional norteamericano sabiamente definió como el derecho a la felicidad, que hoy las constituciones de tradición hispánica en América asumen bajo los conceptos de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad.

Los sistemas de protección social surgen y se desarrollan para hacer tangible el disfrute de la dignidad humana, mediante la realización de mínimos que aseguran unas condiciones esenciales para el bienestar individual. De este bienestar se desprende el bienestar social y, por ende, a partir de aquel se logran estadios de armonía y paz.

Los sistemas de protección social no surgen para garantizar los fines de sus operadores, ni para convertirse en herramientas de la política macroeconómica de los Estados, ni para asegurar la felicidad de unos individuos y la satisfacción de sus intereses. Son emanaciones sociales para realizar el bienestar de todos y asegurar el orden social.

Es evidente que a la causa final de realizar el bienestar individual y social concurren otros sistemas y estructuras, que en general podríamos conceptualizar a través de la noción de los servicios públicos. No obstante, de manera particular los sistemas de protección social tienen a su cuidado

en forma muy directa la realización de ese bienestar, en la medida en que las prestaciones que les competen tocan directamente con condiciones íntimas del individuo y sus familias: niveles de ingreso, asistencia sanitaria, vivienda, servicios sociales, etc.

Es decir, en cierta forma la esencialidad del servicio público de la seguridad social se manifiesta en su inmediatez y necesidad condicionante para la permanencia de la vida. Si bien un ciudadano en el mundo de hoy tiene derecho a un servicio público domiciliario y es obligación del Estado proveérselo, bien en forma directa o con la concurrencia de particulares, la falta del mismo no entraña de manera directa un efecto de la misma entidad que para la vida y dignidad de esa persona implica la desatención médica o la suspensión de la mesada pensional a cargo de los esquemas de protección social.

Conviene entonces que toda reflexión que realicemos en cuanto al sistema de protección social tenga en cuenta la razón por la cual aquel existe. Los medios del sistema no pueden confundirse con sus fines; las formas de financiación y los esquemas operativos son importantes, pero no determinantes en cuanto a la razón de ser de la protección social.

Que participen administradoras de fondos de pensiones o que el rol previsional lo asuma una agencia estatal es una decisión política de gran impacto, pero ella no supera ni puede hacer perder de vista el fin último de la protección social. Es más, toda decisión que se adopte en la estructuración de los sistemas de protección social debe consultar la causa final de los mismos, y no referirse solamente a un análisis sobre medios.

Por importante que sea el tema de las fuentes de financiamiento, la protección social no se define por el origen o el monto de los recursos, sino que tiene por mira la satisfacción del bienestar individual y colectivo, con la dimensión y alcances que cada sociedad defina.

Tales consideraciones, si bien resultan evidentes, no sobran en la medida en que en oportunidades las discusiones sobre la necesidad y viabilidad de las reformas a los sistemas de seguridad social parecen estancarse en análisis sobre la viabilidad de las instituciones que operan los sistemas o en consideraciones sobre el ahorro de recursos, reflexiones estas que pueden desenfocar la mira final de la protección social.

## 2.5. Visión integral de la protección social

Se tiene entonces que los sistemas de protección social, que proveen estándares mínimos para cubrir servicios apreciados socialmente, habrán de estructurarse para los seres humanos, como sus destinatarios materiales, a partir de decisiones políticas que se expresan en reglas sociales, por las cuales se formalizan, bajo responsabilidad de la sociedad y del Estado, siendo este último su garante y ejecutor final, y cuya finalidad se concreta en la realización de condiciones de bienestar individual y social, que hagan efectiva la dignidad del ser humano en la colectividad.

## 3. NECESIDAD DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

En razón de que la ejecución de las políticas de protección social, a través de los sistemas que al efecto se instrumenten, implica un efecto redistributivo y un serio compromiso de recursos, tendremos siempre la discusión sobre si la protección social solamente podrá consolidarse como punto de llegada del desarrollo económico o si la misma es condición necesaria para lograr el aludido desarrollo.

Diversas concepciones y teorías se exponen en esta materia. Como punto de partida para la reflexión, queremos anunciar nuestro acuerdo con las posturas que al respecto podemos aplicar a partir de dos pensadores económicos de especial impacto en el mundo contemporáneo.

Así, con Amartya Sen, planteamos que los derechos y las libertades no son el resultado del desarrollo, sino que se entienden como condiciones esenciales para alcanzar el desarrollo, por lo que nuestra orientación habrá de propender a reconocer en la protección social y sus beneficios el camino más expedito para combatir la pobreza y asegurar el desarrollo humano y social.

Y con Jeffrey Sachs, asumimos que la protección social extiende, con vocación universal, los servicios de la seguridad social y posibilita la consolidación de las sociedades que han dejado atrás las condiciones de pobreza extrema.



La cobertura que brinden las sociedades para garantizar la seguridad económica de mínimos para sus asociados es insustituible como estrategia para hacer efectivo el constitucionalismo humanista, pero además para asegurar el desarrollo económico y social. No se trata de la aplicación de medidas de asistencia que logren paliar los efectos del desarrollo económico voraz del capital, sino de políticas estructurales que aseguren el desarrollo equilibrado y sean capaces precisamente de cubrir los riesgos propios del desarrollo económico y de las crisis cíclicas que aquel presenta, en particular en cuanto respecta al mercado de trabajo y sus fluctuaciones.

“El desarrollo puede concebirse (...) como un proceso de expansión de las libertades reales de que disfrutaban los individuos (...) Si lo que promueve el desarrollo es la libertad, existen poderosos argumentos para concentrar los esfuerzos en ese objetivo general y no en algunos medios o en una lista de instrumentos especialmente elegida. La concepción del desarrollo como un proceso de expansión de las libertades fundamentales lleva a centrar la atención en los fines por los que cobra importancia el desarrollo y no sólo en algunos de los medios que desempeñan, entre otras cosas, un destacado papel en el proceso.

“El desarrollo exige la eliminación de las principales fuentes de privación de libertad: la pobreza y la tiranía, la escasez de oportunidades económicas y las privaciones sociales sistémicas, el abandono en que pueden encontrarse los servicios públicos y la intolerancia o el exceso de intervención de los Estados represivos”<sup>(3)</sup>.

Y la protección social, diríamos, es el camino por excelencia a la seguridad económica, que previene la pobreza y la escasez de las oportunidades, permitiendo la inclusión social, necesaria para el desarrollo.

“Cuando los países luchan por liberarse de la pobreza extrema, el papel del Estado está claro: consiste en contribuir a que la población satisfaga sus necesidades básicas (alimento, agua potable, vivienda, servicios sanitarios, nutrición) y en invertir en agricultura y en infra-

---

(3) Sen, Amartya. *Desarrollo y Libertad*, Barcelona, Editorial Planeta, 2000, p. 19.

estructuras esenciales (carreteras, ferrocarriles, electricidad, telecomunicaciones, Internet, puertos) para sentar las bases para un crecimiento económico liderado por el sector privado. Cuando los países escapan de la pobreza extrema y empiezan a adquirir riqueza, aflora otra función del sector público: la seguridad social. La seguridad social extiende el concepto de protección social más allá de las necesidades básicas para incluir la universalización de un amplio abanico de servicios sanitarios, la universalización de los servicios educativos además de la enseñanza primaria, los subsidios de desempleo, las pensiones de vejez, los seguros frente a diferentes tipos de riesgos naturales y otras prestaciones económicas familiares en el caso de pérdida del empleo, discapacidad o pobreza extrema por otros motivos.

“Los gastos sociales en los países de renta alta han pasado de ser prácticamente inexistentes a mediados del siglo XIX a representar hoy día un porcentaje superior a la cuarta parte del PNB”<sup>(4)</sup>.

Para la legitimación de los Estados es imprescindible la consolidación de sus sistemas de protección social, a partir de consistentes esquemas de seguridad social, y la comprensión de amplios servicios sociales que favorezcan la construcción de capital humano y permitan afrontar las crisis y transiciones del desarrollo económico.

De otra parte, la nueva condicionalidad para los intercambios entre los países desarrollados y aquellos con menores niveles, está determinada por lo que en la agenda Europa-América Latina, se ha denominado la *cohesión social*. Este concepto se originó en Europa y ha sido promovido en particular por el BID, tomando como base la problemática asociada a la desigualdad y a la exclusión presentes en las sociedades, especialmente en las latinoamericanas.

El Comisario de Relaciones Exteriores de la Comisión Europea, Chris Patten, manifestó “la cohesión significa compartir los frutos del progreso más ampliamente y proveer a aquellos que ahora están marginados o ex-

---

(4) Sachs, Jeffrey, *Economía para un planeta abarrotado*, Barcelona, Editorial Debate, 2008.

cluidos un acceso a servicios públicos decentes, a una protección social adecuada y a justicia<sup>(5)</sup>.

Un adecuado sistema de protección social y los derechos que de él emanan, son pues el camino expedito para alcanzar la cohesión social que demandan las sociedades más inequitativas del planeta, como son las del continente americano.

#### 4. ANTECEDENTES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

El camino que recorre la protección social transita por los siguientes estadios principales a lo largo de la historia:

Caridad > Asistencia social > Seguros sociales > Seguridad social > Protección social.

Esta evolución no implica la sustitución radical de cada uno de los escenarios por el siguiente, sino que entraña la coexistencia de modelos y esquemas de provisión de bienes para asegurar económicamente a los individuos.

En un comienzo, y aún hoy por supuesto, la fraternidad humana, motivada además por consideraciones espirituales y religiosas, ha hecho que la provisión de bienes a los menos afortunados se dé por razones caritativas.

Se trata en este ámbito de esquemas de caridad caracterizados especialmente por:

Su voluntariedad, en la medida en que se ejecutan por buena voluntad, sin que sean eficaces por obligatoriedad social o jurídica.

Su dispersión, en tanto obedecen a esfuerzos aislados y no generales que benefician a algunos sectores o personas de la comunidad.

---

(5) Tomado de Carrillo Flórez, Fernando (editor). *La lucha contra la exclusión social en América Latina – Una mirada desde Europa*. BID, Comisión Europea, primera edición, 2009, p. 85.

Su no sistematicidad, en tanto los beneficios que por ellos se generan carecen de la naturaleza de derechos y se constituyen en prestaciones asistenciales, gratuitas y rescindibles.

Su finalidad altruista, en la medida en que se estructuran sobre la provisión de bienes para satisfacer un ánimo solidario y el reconocimiento de la gestión bondadosa de quienes los otorgan, sin pretender asegurar condiciones económicas para sus beneficiarios.

En un comienzo la atención de riesgos correspondía exclusivamente a la familia, la cual debía proveer los medios necesarios para cubrir a quien padecía enfermedad o a los deudos de quien fallecía. Se trataba de una respuesta caritativa a partir de las obligaciones morales que se dan en el entorno familiar, la cual, se resalta, aún hoy tiene plena vigencia y no puede ser desconocida al reflexionar sobre un sistema de protección social moderno.

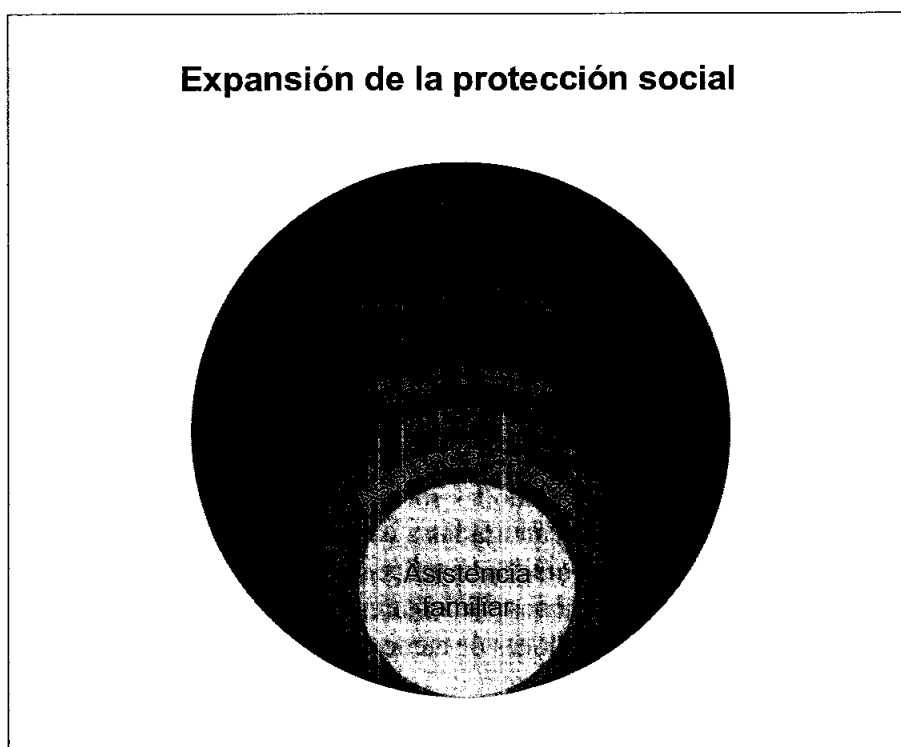
Ya en la Edad Media la respuesta a dichos riesgos implicaba una reacción social a partir de esquemas de caridad y provisión gratuita de bienes, principalmente a cargo de comunidades y sectores religiosos. Como se verá más adelante, algunos países, como Inglaterra, ya en el siglo XVI adoptaron normas en materia de protección a los pobres y, en general, desarrollaron esquemas de provisión de bienes para los necesitados, sin carácter sistémico ni obligatorio.

Progresivamente se transita hacia esquemas de lo que podemos denominar la asistencia social, cuando las sociedades organizadas comienzan a brindar respuestas más estructuradas a contingencias tales como la enfermedad. Surgen los 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.

Sólo a finales del siglo XIX puede empezar a hablarse de los primeros esquemas de seguro social, a partir del modelo alemán, mediante la creación de entes que asumen los riesgos derivados de la relación laboral, de modo particular en los ámbitos de la salud, la pensión y los accidentes y enfermedades del trabajo; simultáneamente se estructuran en Francia las primeras formas de pago de asignaciones familiares, en tanto a comienzos del siglo XX se dan en Europa los primeros subsidios por paro forzoso.

La mitad del siglo XX, con el modelo inglés, verá consolidarse el estadio de la denominada seguridad social, como respuesta a las necesidades de aseguramiento de toda la población, no solamente la trabajadora, y con financiación exclusivamente a partir de recursos fiscales, no de aportaciones de los beneficiarios.

El siglo XXI apreciará la consolidación de sistemas de protección social, los cuales, sin desconocer los anteriores estadios, buscarán universalizar y homogeneizar coberturas, para enfrentar la exclusión y la pobreza de amplios sectores de la población y asegurar unas condiciones de seguridad económica mínimas.



En todo caso y a lo largo de la evolución histórica, es posible determinar que la protección social entraña el relacionamiento entre el individuo y la sociedad para la atención de ciertas necesidades que le son propias y las cuales son definidas colectivamente, en la articulación de aspiraciones particulares y posibilidades de respuesta social a las mismas.

En la base de tal relacionamiento está el *trabajo*, como condición del *homo faber*, que le permite al ser humano, en cualquier tiempo, desplegar su energía sobre la naturaleza, para cubrir sus necesidades personales y familiares y adquirir propiedad, por medio de satisfactores que varían con la evolución humana y social.

De otro lado, es preciso tener en cuenta que en el ser humano, por naturaleza, por convicción racional o por interés egoísta, según la postura que se asuma, emerge una noción de *solidaridad* o interés social por la mutua asistencia.

Encontramos entonces dos condicionantes esenciales históricos y propios de la naturaleza humana, sobre los que se basa todo sistema de provisión de bienes para la seguridad individual, familiar y social: (a) el trabajo y (b) la solidaridad:

a) *El trabajo*, que legitima la propiedad privada, a la vez que explica la forma en que racionalmente el ser humano, al apropiarse de los bienes de la naturaleza y dominarla, pretende la satisfacción de sus necesidades. Tal consideración nos permite reiterar la postura de Mesa Lago, en cuanto a que en la base de cualquier sistema de protección social habrá de considerarse la ocupación como pilar insustituible: la mejor política de protección social es aquella que hace efectivo el trabajo decente en la sociedad.

No se olvide, de otra parte, que la noción de trabajo sirve de soporte tanto a la filosofía liberal como a la socialista.

“Dios ha dado el mundo a los hombres en común: pero puesto que se lo dio para beneficio suyo y para que sacasen del mismo la mayor cantidad posible de ventajas para su vida, no es posible suponer que Dios se propusiese que ese mundo permaneciera siempre como una propiedad común y sin cultivar. Dios lo dio para que el hombre trabajador y racional se sirviese del mismo, y su trabajo habría de ser su título de posesión; no lo dio para el capricho de la avaricia de los individuos peleadores y disputadores”<sup>(6)</sup>.

---

(6) Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil, Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Capítulo V., Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 1999.

Este condicionante entraña la racionalidad individual por la satisfacción de los intereses particulares; el individuo busca esa satisfacción a través del trabajo o debe hacerlo conforme su naturaleza, por lo que esencialmente la protección social reconoce y se estructura sobre el desenvolvimiento individual y la racionalidad particular.

Con independencia del sistema político en que se aplique, la protección social comprenderá un componente individual o “individualista”, a partir del trabajo humano y del quehacer del sujeto tendiente a satisfacer sus necesidades y las de los suyos.

Sea esta la ocasión además para afirmar que un sistema de protección social no está llamado empero, a sustituir las responsabilidades de la sociedad en cuanto a la estructuración y el funcionamiento de un mercado de trabajo que permita la satisfacción de las necesidades de sus asociados. Este sistema no puede asumirse como el remedio a la injusticia del mercado laboral y pretender que el mismo solucione las deficiencias del ámbito del trabajo. Por el contrario, el buen funcionamiento del mercado laboral, la adecuada intervención del Estado en él, la aplicación de estándares internacionales de trabajo decente, la inclusión laboral y la capacitación para el trabajo, son elementos necesarios para que un buen funcionamiento de la dinámica de trabajo, asegure el mejor desarrollo social y económico y, de contera, la eficiencia y sostenibilidad del sistema de protección social que se adopte.

b) *La solidaridad*, como valor que representa, para emplear la terminología de la teoría de la justicia, la razonabilidad de la conducta humana.

No obstante que el trabajo y la satisfacción del interés particular mueven al individuo, su convivencia en colectivo implica para éste, por querer o por deber y como consecuencia de la racionalidad misma, actuar de tal forma que se beneficie la sociedad.

Así como la propiedad pública representada en los impuestos posibilita el funcionamiento del Estado, la estructuración de sistemas de protección social justifica por la solidaridad, la convivencia, en la medida en que lo que le ocurra al otro interesa a todos y genera una respuesta económica y de conveniente inclusión.

La protección social, y ello en cualquier sistema político, comprenderá esencialmente un componente solidario o “solidarista”, por ende será un instrumento de redistribución de riqueza y participación social.

## 5. TESIS SOBRE EL ORIGEN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Al argumentar sobre el origen de los sistemas de protección social es posible identificar cuatro tipos de tendencias o explicaciones históricas al respecto.

### 5.1. Tesis amplia

La seguridad social existe desde la Antigüedad, tal como se concluye al considerar ejemplos como los de Egipto y ciertos sistemas de previsión para épocas de escasez. En América existían así mismo desde tiempos prehispánicos esquemas de provisión para los necesitados, que posteriormente se fundieron con instituciones españolas, en formas como las encomiendas, los hospitales, la acción de la Iglesia Católica, entre otras.

Siempre que existan mecanismos sociales para responder a riesgos o contingencias que ocurran a individuos, podemos aludir a un sistema de protección social, precario o desarrollado, por lo que prácticamente desde que el hombre es tal, se aplican sistemas de aseguramiento, de diferente naturaleza.

### 5.2. Tesis moderada: surge la seguridad social a finales del siglo XIX

La seguridad social solamente puede ser considerada como tal a partir de la estructuración moderna de un sistema público que asume los riesgos de la vejez, la enfermedad y la muerte, por lo que se trata de un fenómeno europeo que apenas hacia 1880 da inicio, con el esfuerzo alemán. Antecedentes históricos previos muestran iniciativas aisladas de provisión de servicios para los necesitados, pero carecen de la sistematicidad y de la aplicación del concepto de traslado de riesgos y del aseguramiento como tal, que es propio de un esquema de seguro social ya estructurado.



### 5.3. **Tesis restringida: surge la seguridad social bajo el modelo inglés, a mitad del siglo XX**

El origen moderno de la seguridad social se acompaña con el tránsito del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho (*Welfare State*, a partir de la Constitución de Weimar). Esta evolución solamente permite identificar un origen preciso para el sistema de seguridad social a partir de las reformas introducidas en Inglaterra, con base en los estudios de la Comisión Beveridge.

Antes puede hablarse de esquemas de seguro social, con carácter restringido y con aplicación exclusiva para la población formal trabajadora. Cuando se alude a seguridad social, nos referimos a esquemas de provisión de bienes sociales para la universalidad de los ciudadanos, y ello solamente será posible apreciarlo con la gestación del esquema inglés, a partir de 1942, hito histórico que marca el origen efectivo de la seguridad social.

### 5.4. **Tesis fundacional de la protección social contemporánea**

A más de lo anterior, consideramos pertinente expresar que la gestación de los sistemas de “protección social” propiamente dichos corresponde a una tendencia de finales del siglo XX, que encuentra su expresión culminante en la Declaración de Naciones Unidas en cuanto a los Objetivos del Nuevo Milenio y que traduce el compromiso de los Estados por combatir la pobreza.

En refuerzo a la postura universalizante de la seguridad social, se adoptan reformas en los sistemas para garantizar coberturas mínimas de inclusión, en especial en países americanos, mediante estrategias como las pensiones no contributivas, el subsidio universal a los servicios de salud y la protección a los desempleados, a la vez que se articulan políticas sociales en cuanto a discriminación positiva para sectores vulnerables de la sociedad (adultos mayores, jefes cabeza de hogar, discapacitados o personas con capacidades especiales, niños en estado de pobreza, minorías étnicas).

Estas acciones refuerzan la noción de universalidad y aplican criterios de protección social, mediante la estructuración de esquemas integra-

dos que articulan acciones sociales a un esquema de provisión pública de servicios, a efecto de extender la seguridad social bajo diversas modalidades (algunas de las cuales pueden poner en riesgo el concepto de aseguramiento y aplicar nociones de asistencialismo), a poblaciones excluidas y en forma progresiva.

Es el caso típico de Colombia, país cuyo desarrollo conceptual al respecto se resalta y debe ser considerado como referente de esta última etapa en la evolución de las instituciones de la protección social.

### 5.5. Orígenes geográficos

De otra parte, al hacer referencia a los antecedentes de la protección social debe distinguirse su origen geográfico, considerando que en su noción moderna los sistemas de seguridad social son europeos. No obstante ello, conviene poner de relieve las aportaciones actuales que hace América en la estructuración de los sistemas de protección social y, por supuesto, dejar abierto el estudio posterior comparado de los esquemas asiáticos.

Por ende, es pertinente señalar que los antecedentes de las instituciones de la protección social tienen los siguientes orígenes.

#### 5.5.1. *Orígenes europeos*

— Alemanes

— Ingleses

#### 5.5.2. *Orígenes americanos*

Entre ellos, las formas de propiedad comunitaria indígena, los defensores coloniales de los derechos humanos (Bartolomé de las Casas, Cristóbal de Torres, Pedro Claver), las obras pías, los resguardos y las cajas de bienes de la comunidad, los hospitales, los hospicios y, más recientemente, la revolución mexicana y la revolución cubana. En términos actuales, convie-

ne tener presente el especial influjo que ejerció la reforma de Chile de los años 1980 a su sistema de seguridad social, y la estructuración del modelo de participación de los particulares en los sistemas de protección social y de capitalización individual, que fue impulsado desde entonces.

## 6. HISTORIA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Podemos encontrar al menos tres antecedentes para explicar el origen de la protección social, a saber<sup>(7)</sup>:

—Históricos

—Ideológicos

—Jurídico próximos

### 6.1. Antecedentes históricos

En la Edad Antigua se resaltan los esquemas de propiedad comunal, ayuda mutua familiar y los incipientes modelos de previsión en Judea, Egipto, Cartago y Fenicia. También se mencionan, en los estudios históricos sobre el particular, los *hetaires* de Grecia y los *collegia* en Roma, como formas de organización y apoyo mutuo entre miembros de un mismo oficio.

En la Edad Media figuran como antecedentes las organizaciones privadas, religiosas y estatales que proporcionaban ayuda a personas carentes de recursos: casas de caridad, asilos, conventos, hospicios y hospitales.

Surgen así mismo las incipientes formas del mutualismo. Bajo el modelo económico del feudalismo, la asistencia social la asume la Iglesia Ca-

---

(7) Cortés González, Juan Carlos, *El sistema de subsidio familiar en Colombia: hacia la protección social*, Biblioteca CIESS, 1, Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS), México D.F., 2004.

tólica, a través de hermandades de socorro, comunidades religiosas, cajas de ahorro y posteriormente se crean los montepíos. Nacen además las cofradías por gremios, como antecedentes de la previsión social.

Se escuchan las primeras voces sobre los defectos sociales, entre otras, las de Tomás Moro con su *Utopía*.

En 1561 se dicta en Inglaterra la primera Ley de Pobres.

En Francia, el Reglamento de Colbert, ministro de Luis XIV, al regular el tráfico comercial auspiciaba el tránsito del concepto de beneficencia y caridad al de previsión social. Se estableció entonces un descuento a la retribución o salario percibido por los trabajadores, a su costo, para atender gastos de hospitalización.

En 1709 se fija un descuento con destinación específica para cubrir riesgos de las actividades productivas mismas, como antecedente del régimen de riesgos profesionales.

Sobrevienen luego los procesos revolucionarios liberales en Inglaterra (1688) y Francia (1789) y, posteriormente, la independencia de las colonias inglesas en América del Norte (1776).

Ya en el siglo XIX, toma vida el liberalismo en lo económico, denominado clásico u optimista, a partir de los planteamientos de David Ricardo y Adam Smith. Se postula la prevalencia de la iniciativa particular y la intervención controlada y menor del Estado.

Se consolida más adelante el proceso de la Revolución Industrial, y con él, el surgimiento de la clase social del proletariado en Europa, misma que será la razón de ser de la adopción de las políticas sociales y, finalmente, de la estructuración del seguro social.

El proletariado es la causa eficiente inmediata del seguro social, en tanto fueron sus necesidades y reclamos los que generaron la sistematización de políticas, que se verterán en normas y se realizarán en las instituciones de los seguros sociales en Europa, trasladados con sesenta años de retraso a América.

Sobreviene consecuentemente el marxismo y aparecen los episodios de la lucha obrera, frente a los cuales los institutos de seguros sociales surgen como la reacción de los Estados para prevenir la revolución.

Nace entonces el modelo bismarckiano de seguros sociales, a partir de 1880, y, posteriormente, hacia 1942, el modelo inglés de los sistemas de seguridad social, como evolución de aquel.

A inicios del siglo XX se promulga en Alemania el Código de Seguros Sociales, y en 1919 la Constitución de Weimar.

Inglaterra, por su parte, promulga en 1907 la Ley de Reparación de Accidentes de Trabajo y un sistema de asistencia para ancianos.

En 1911 el Parlamento inglés profiere otra ley, conocida como “*National Insurance Act*”, que abarcaba diversos ramos de seguros (enfermedad, paro voluntario, invalidez y desempleo).

Mientras tanto, en América, en 1917 la revolución mexicana incorpora al texto constitucional (art. 123, fracc. XXIX) aprobado en Querétaro el derecho al seguro social, declarando la seguridad social como de interés público<sup>(8)</sup>. Solamente en la década de 1940 se instaurará el Instituto Mexicano del Seguro Social.

Acaece en 1918 la revolución rusa, con la implementación del modelo socialista según la filosofía del marxismo-leninismo.

---

(8) ART. 123—*Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley.*

*El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:*

(...)

XXIX. *Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicio de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).*

Simultáneamente (1919) y a través de la Declaración XIII del Tratado de Versalles, se crea la Organización Internacional del Trabajo-OIT.

En 1927 se constituye la Asociación Internacional de la Seguridad Social AISS en Bélgica.

Se crean los primeros sistemas jurídicos de protección a la salud en la Unión Soviética (1922), Nueva Zelanda (1938) y Chile (1936)

En 1935 se promulga en Estados Unidos de Norteamérica la Social Security Act (protección para vejez, desempleo y muerte). Por primera vez se utiliza el término seguridad social.

Para entonces, se consolida el Estado benefactor o de bienestar (*Welfare State*) como respuesta a la crisis de 1929, el cual implica:

*Intervención directa de los órganos de gobierno, en el ejercicio de su poder soberano, para imponer como política prioritaria el establecimiento de medidas económicas jurídicamente diferenciadas tendientes a favorecer a los sectores sociales menos privilegiados<sup>(9)</sup>.*

En Santiago de Chile, en 1942, se señala por los ministros de Trabajo y Previsión:

*...cada país debe crear, mantener y acrecentar el valor intelectual, moral y físico de sus generaciones activas, preparar el camino a las generaciones venideras y sostener a las generaciones eliminadas de la vida productiva. Este es el sentido de la seguridad social: una economía auténtica y racional de los recursos y valores humanos<sup>(10)</sup>.*

---

(9) Archaga, Lilia, Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS), Documento ponencia, encuentro internacional sobre protección social y asamblea CISS 2007, Bogotá, Colombia, noviembre 2007.

(10) Declaración Ministerial de Santiago de Chile que sirve de sustento a la creación de la CISS. Tomada de los anales de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social, Secretaría General, México D.F.

A partir de allí se crea la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS), con sede en México<sup>(11)</sup>.

En 1951, de otra parte, se constituye la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), y en 1952 la OIT acuerda el Convenio 102 o norma mínima para la descripción de las coberturas esenciales que en forma progresiva han de asumir los Estados en materia de seguridad social.

En Inglaterra, se asume la revisión de su sistema de seguridad social y se crea la Comisión Revisora presidida por William Beveridge, esto en 1942. Se expide el Informe Beveridge sobre los seguros sociales y en 1942 se promulga la Ley del Seguro Nacional. El Informe plantea la necesidad de combatir los cinco gigantes enemigos del hombre, a saber:

- Miseria
- Enfermedad
- Ignorancia
- Ociosidad
- Insalubridad

Se pasa del concepto de riesgo protegido al de estado de necesidad.

La seguridad social, entonces a juicio de Beveridge, se entiende como el “conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra aquellos riesgos de concreción individual que nunca deja-

---

(11) Se trata de un organismo internacional que agrupa a cerca de 80 instituciones de la seguridad social de todos los países del continente americano, cuya función es estudiar, difundir y orientar los sistemas de protección social, como ente de referencia a nivel mundial. Cuenta con el apoyo del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS); es dirigido por la Presidencia y la Secretaría General. Actúa además a través del Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS), órgano de docencia, capacitación e investigación de la Conferencia. Se organiza en cámaras temáticas y en 5 subregiones. Celebra anualmente su asamblea y publica de manera permanente estudios y documentos, de necesaria consulta, sobre el desarrollo de las instituciones de la protección social en América (<[www.ciss.org.mx](http://www.ciss.org.mx)>).

rán de presentarse, por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad en que vivan”.

## 6.2. Antecedentes ideológicos

Entre los principales antecedentes podemos citar las corrientes y escuelas de pensamiento siguientes:

### 6.2.1. *Socialistas utópicos*

Están representados por los autores que en el siglo XIX anteceden en Europa al socialismo científico y encaran la consideración del problema relacionado con la causa proletaria, abogando por su superación mediante medidas voluntarias y reformas institucionales: entre ellos figuran Saint-Simon, Fourier, Blanc y Proudhon. De manera particular, las obras de estos autores servirán para fundamentar las escuelas cooperativas y mutualistas y se referirán a mejores formas de organización del trabajo y a la prestación de servicios para los trabajadores y sus familias, sin que promuevan la revolución.

### 6.2.2. *Socialismo científico*

Se estructura a partir de las consideraciones materialistas históricas y científicas de Marx y Engels, como filosofía revolucionaria que consideraba en las sociedades la existencia de relaciones antagónicas entre clases, en razón de la apropiación privada de los medios de producción. Se encargará de expresar el pensamiento revolucionario de la clase proletaria, poniéndola en el centro de las discusiones políticas, a la vez que será la nutriente ideológica de los partidos, sindicatos, organizaciones y movimientos que procurarán cambios especialmente en las relaciones de trabajo y la protección social.

### 6.2.3. *Liberalismo revisionista*

A partir de la filosofía liberal clásica, en el plano económico, social y político, la segunda mitad del siglo XIX verá surgir posturas ideológi-



cas que ajustan y complementan la estirpe de dicho pensamiento, haciendo propia la preocupación por la causa del proletariado y requiriendo una mayor presencia e intervención del Estado. Desde el radicalismo filosófico liberal del utilitarismo, encontraremos autores como John Stuart Mill y posteriormente los orígenes del fabianismo, que propugnarán por el establecimiento de condiciones sociales mínimas para los asociados, especialmente en el ámbito de la educación y la salud. Más adelante surgirán las corrientes del solidarismo y las propias del intervencionismo keynesiano, frente a la preocupación precisamente de generar pleno empleo y aliviar las cargas de los sectores de trabajadores.

#### 6.2.4. *Doctrina social católica*

Hará sentir su influjo en la gestación de los seguros sociales, en particular por la identificación de la cuestión social a través del magisterio de la Iglesia expresado en encíclicas y documentos pontificios. Conceptos y valores como los de caridad y justicia, que deben reinar en el ámbito de las relaciones laborales y en el reconocimiento de las condiciones de los trabajadores, promovidos desde la Iglesia, serán alimento para corrientes y propuestas políticas modernizadoras, que culminarán con la adopción de leyes y la implementación de sistemas de protección social. Se cita de particular modo la Encíclica *Rerum Novarum* del papa León XIII como antecedente ideológico documental respecto a la creación de los seguros sociales y a instituciones tales como las asignaciones familiares.

### 6.3. **Antecedentes jurídicos próximos**

Se reconocen en los casos de Alemania y de Inglaterra, y posteriormente con el surgimiento del Derecho de la Seguridad Social como tal –aún no autónomo, en la medida en que se dictan ordenamientos jurídicos para regular la estructura y operación de los servicios de la protección social–.

Los antecedentes jurídicos los encontramos en las normas e instituciones que se crearon por los Estados para hacer operativa la seguridad social, y que se enlistan, según cada sociedad, en las regulaciones constitucionales, legales y administrativas que dieron soporte a dichas instituciones.

## 7. MODELOS HISTÓRICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

### 7.1. Modelo contributivo, de los seguros sociales o alemán (Otto von Bismarck)

*“Por caro que resulte el seguro social, resulta menos gravoso que los costos de una revolución”.*

Otto von Bismarck

Entre los antecedentes históricos de dicho modelo pueden citarse el auge del socialismo científico, los hechos relacionados con la Comuna de París, el proceso de la unificación alemana, el poder político ejercido por el “Canciller de Hierro” Bismarck, el fortalecimiento del sector laboral y de los partidos socialistas.

Surge como respuesta al socialismo científico revolucionario, a la vez que su implementación sirvió para el impulso del socialismo de Estado, aplicando criterios ideológicos a partir de la prevalencia en la filosofía de los valores colectivos, que se expresan en pensadores como Hegel, Savigny y Listz.

Entre los principales hechos que dieron origen a las reformas implementadas en Alemania, podemos citar los siguientes:

- 1860: se crea una comisión para el estudio de las pensiones.
- 1881: se establecen créditos estatales para crear cooperativas de trabajadores.
- 1883: se dicta la Ley del Seguro de Enfermedad para obreros.
- 1884: se dicta la Ley de Accidentes del Trabajo (con financiación a través de aportes de las empresas).
- 1889: se dicta la Ley sobre Seguro de Invalidez y Vejez, reformada en 1899.

— 1911: se dictan la Ley sobre Seguro de Viudedad y Orfandad y el Código de los Seguros Sociales.

El modelo se extiende rápidamente a Australia y Nueva Zelanda, en tanto España lo recoge desde comienzos del siglo XX, con base en estos hechos históricos:

— En 1883 se crea una comisión de reformas sociales para la clase obrera.

— En 1900 se dicta la ley de accidentes de trabajo.

— En 1908 se establece el Instituto Nacional de Previsión.

— En 1918 se crea el seguro de retiro obrero.

— En 1929 se crea el seguro de maternidad, con carácter obligatorio.

— En 1931 se crea la Caja contra el Paro Forzado.

— En 1938 se establece la institución del subsidio familiar.

De manera simultánea a estos procesos, hacia 1884 se crean en Francia las primeras cajas de asignaciones familiares, las cuales cobran fuerza en la segunda década del siglo XX. El modelo bismarckiano será acogido posteriormente por Noruega, Austria, Hungría y Suecia.

Las características principales del modelo alemán pueden resumirse así:

*Cubre a quienes cuentan con contrato de trabajo.* Se trata de un esquema de aseguramiento exclusivamente para quienes ejercen relación laboral, mediante contrato de trabajo.

*No se orienta a la universalidad, no emplea subsidios públicos.* Por cubrir a quienes tienen contrato de trabajo, el modelo no persigue una cobertura universal y directa, dejando por fuera poblaciones que hoy denominaríamos de trabajadores independientes, desempleados, por *cuenta-*

*propia*, amas de casa y similares; por ello, no implica el empleo de recursos fiscales para financiar el aseguramiento de poblaciones diversas a la de los trabajadores.

*Se basa en un esquema de seguro privado.* Conceptualmente la estructuración de los seguros sociales se anima por la orientación privatista del contrato de seguro, pues implica la traslación de un riesgo, inicialmente a cargo del empleador, en cabeza de una institución especializada, esto contra el pago de un aporte o prima, liberando a aquel de los efectos que pudieren presentarse en razón de la muerte o la enfermedad del trabajador.

*Financiación a partir de contribuciones.* Los riesgos se cubren mediante la realización de un aporte o contribución, única a cargo del empleador, o compartida con el trabajador y el Estado.

*Las cotizaciones al sistema se diferencian según el nivel de rentas.* Por los trabajadores que perciben remuneraciones superiores se cancelarán aportaciones más altas, pues la contribución está en función del nivel de ingresos en la etapa activa del trabajador.

*Las prestaciones que cubre el sistema dependen proporcionalmente del nivel de rentas y de cotización en los períodos activos.* Teniendo en cuenta las contribuciones, los beneficios del seguro social irán en proporción a lo cotizado, esto es, en armonía con el nivel de ingresos durante la etapa activa. Quien más contribuyó por contar con ingresos superiores, tendrá derecho a beneficios mayores una vez entre en la etapa pasiva o cuando requiera de las atenciones. El nivel de vida futuro de los asegurados estará directamente relacionado con el nivel de vida laboral activa.

*El sistema es obligatorio.* Ello en cuanto por imposición estatal no es optativo o voluntario y debe ser adoptado en relación con los empleadores que cuenten con trabajadores bajo contrato de trabajo, de manera automática o en forma progresiva, como terminó ocurriendo en la práctica, según se fueron trasladando los riesgos cubiertos. No contempla modalidades de aseguramiento adicional o voluntario.

*Posibilita la administración privada de las coberturas y servicios.* En tanto aplica, bajo la noción privatista del seguro, la alternativa de estruc-

turar instituciones públicas y/o privadas que asuman los riesgos que trasladan los empleadores.

*Posibilita esquemas de administración diferenciados por riesgos cubiertos y por grupos poblacionales.* En efecto, permite y estimula el surgimiento de esquemas de aseguramiento por sectores de la producción y por instituciones que asuman de manera independiente los riesgos cubiertos, sin necesidad de recurrir a administraciones centrales. Esto es, entraña la opción de los regímenes especiales, con poblaciones y coberturas diferenciadas, así como el surgimiento de instituciones aseguradoras por riesgos: si los docentes o los notarios o los empleados públicos contaban con un régimen laboral propio y con características peculiares, era lógico pensar que ellos tuvieran su propio régimen de seguridad social.

## **7.2. Modelo universalista o de la seguridad social o inglés (William Beveridge)**

Se plantea a partir del informe rendido por William Beveridge el 20 de noviembre de 1942 al gobierno británico. Implica un sistema no contributivo, financiado prioritariamente con impuestos. El Partido Laborista lo ejecutará a partir de 1945.

Como se resalta en el documento del Plan Beveridge, divulgado recientemente en los países de habla hispana gracias a la traducción al español hecha por el Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS)<sup>(12)</sup>, un aspecto de valor incalculable es que el mismo fue escrito en medio de la guerra, como plan esencial para lograr la recuperación posterior. Esto es, la seguridad social fue vista y entendida como estrategia insustituible para reorganizar la sociedad y garantizar el desarrollo y la paz.

En los siguientes tres pilares básicos se estructura el Plan: a) Es revolucionario; sin desconocer la experiencia, debe adoptarse superando intereses particulares, por lo que implica una modificación del orden actual;

---

(12) Plan Beveridge, “El Seguro Social en Inglaterra” publicación y traducción: Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS), traducción del texto oficial en inglés por Vicente Peris, México D.F., 2008.

b) La seguridad social es parte de una política de progreso social; y, c) La seguridad social debe ser lograda por la cooperación entre el Estado y el individuo

El Plan de Beveridge “...incluye como método principal el seguro social obligatorio, con asistencia pública nacional y seguros voluntarios como sistemas subsidiarios. Comprende bonificaciones infantiles como parte de sus perspectivas. El Plan prevé, igualmente, el establecimiento de servicios completos de salubridad, atención médica y servicios de convalecencia o restablecimiento, y continuidad de trabajo –es decir, lo que tienda a evitar el paro obrero colectivo o en masa– como condiciones necesarias para asegurar el éxito de los seguros sociales”<sup>(13)</sup>.

No desconoce el Plan que algunas de las prestaciones se interrelacionan o dependen de otros frentes de política social, lo que ahora denominaríamos de la protección social, y de su articulación con la acción de inclusión y lucha contra la pobreza a cargo del Estado y con la colaboración de los particulares.

Es pertinente referir las principales características del modelo inglés, a saber:

*Cubre a los ciudadanos.* Esto en la medida en que los titulares de la protección no son solamente los trabajadores, sino la generalidad de la población a cargo del Estado.

*Tiende a la universalización y aplica subsidios públicos.* Por ello se alude a que el modelo de la seguridad social persigue la universalización, en cuanto busca que los beneficios del sistema lleguen tanto a trabajadores formales como a desempleados, informales e independientes, recurriendo también a financiación mediante subsidios públicos.

*Se basa en un esquema de aseguramiento social.* Sin desconocer los fundamentos del seguro privado, reconoce en el sistema de seguridad social un mecanismo de intervención colectiva para la provisión de bienes

---

(13) *Ibidem.*

que aseguran condiciones de subsistencia para los ciudadanos, por lo que entraña componentes públicos, propios de un servicio de tal naturaleza.

*Financiación a través de impuestos.* El servicio público de la seguridad social se financia con los ingresos ordinarios del Estado, esto es, los impuestos; los beneficios de la seguridad social se cubrirán contra recursos del presupuesto estatal y no necesariamente con recursos de contribuciones o aportes provenientes directamente de los asegurados o beneficiarios.

*Nivel uniforme de las cotizaciones - única cotización.* Se procura que las contribuciones que se realicen con destino a la financiación de la seguridad social sean homogéneas.

*Las prestaciones en dinero tienen nivel uniforme.* En atención a que se persigue la universalidad de la cobertura y que las contribuciones son uniformes, así como que se aplica la financiación de los beneficios por medio de impuestos, las prestaciones en la etapa pasiva o de necesidad tenderán a ser uniformes entre los asegurados. Se pretende que el nivel de vida futura de los asegurados sea uniforme, para que no dependa del nivel de ingresos ni de las contribuciones efectuadas en la etapa activa.

*Plantea esquemas de seguridad social adicionales y voluntarios.* Ello en la medida en que, una vez realizadas las coberturas obligatorias mínimas, se contempla la posibilidad de ejecutar beneficios adicionales, financiados por los asegurados o beneficiarios, mediante planes complementarios o esquemas de seguros privados.

*Administración pública del sistema.* Se privilegia la intervención estatal para la prestación del servicio de la seguridad social, particularmente en cuanto atañe al aseguramiento, orientación que ha prevalecido en la instrumentación de los modelos europeos.

*Tiende a una administración unificada y homogénea de los riesgos cubiertos.* Considerando que el modelo busca la homogeneidad, se aparta de opciones que promueven el establecimiento de regímenes especiales para sectores o grupos de la población, y procura que la provisión del servicio se centralice en instituciones públicas que asuman la integralidad de los riesgos; se propone además que los diferentes procesos asocia-

dos al mismo sean asumidos por administraciones centrales, por ejemplo, lo concerniente a la recaudación y pagos, a través de la tesorería de la seguridad social.

## 8. EL TRÁNSITO DE LOS SEGUROS SOCIALES HACIA LA SEGURIDAD SOCIAL

*“La seguridad social emplea los mismos métodos del seguro social, pero su campo de acción es mucho más vasto”.*

José González Gales, *Previsión social*

La evolución histórica de los sistemas de protección nos lleva de los seguros sociales a la seguridad social:

“La seguridad social es el instrumento jurídico y económico que establece el Estado para abolir la necesidad y garantizar a todo ciudadano el derecho a un ingreso para vivir y a la salud, a través del reparto equitativo de la renta nacional y por medio de prestaciones del seguro social, al que contribuyen los patronos, los obreros y el Estado, o alguno de éstos, como subsidios, pensiones y atención facultativa, y de servicios sociales, que otorgan de los impuestos las dependencias de aquel, quedando amparados contra los riesgos profesionales y sociales, principalmente de las contingencias de la falta o insuficiencia de ganancia para su sostenimiento y el de su familia”<sup>(14)</sup>.

La OIT, en su Guía de Educación Obrera, de 1995, define la seguridad social como:

“...la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas contra las privaciones económicas y sociales que de no ser así ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, ac-

---

(14) Arce Cano, Gustavo, *De los seguros sociales a la seguridad social*, México D.F., Editorial Porrúa, 1972, pp. 15 y ss.



cidente de trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos<sup>(15)</sup>.

Según Alfredo Manes, la seguridad social es aquel sistema o recurso por medio del cual un gran número de existencias económicas amenazadas por peligros análogos se organizan para atender mutuamente a posibles necesidades tasables fortuitas de dinero.

Con base en estas reflexiones, podemos afirmar que el seguro social es un medio de la seguridad social, como componente de la protección social.

Las principales diferencias entre seguro social y seguridad social pueden evidenciarse así:

- a) La seguridad social constituye un fin, el seguro social es un medio.
- b) El seguro social apunta a cubrir al trabajador y a su familia, la seguridad social provee prestaciones a no trabajadores.
- c) El seguro social depende, en el cubrimiento de las prestaciones, de los aportes; la seguridad social depende de las necesidades y recurre a otras fuentes de financiación, como los impuestos.
- d) El seguro social cubre riesgos preestablecidos, la seguridad social tiende a cubrir prestaciones más amplias.

El tránsito de la caridad a la previsión social y a los seguros sociales nos ubica en un amplio espectro de la seguridad social, que recorre un camino equivalente al que se da de los riesgos protegidos a las contingencias y, de allí, a las prestaciones amparadas.

---

(15) Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Seguridad Social: "Guía de educación obrera"*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995.

El “riesgo” supone una alta influencia de los seguros privados, como concepto basado en la incertidumbre de un hecho futuro, que al producirse genera la ocurrencia del siniestro y el efecto reparador. La contingencia se distingue conceptualmente del riesgo, principalmente, por el acaecimiento cierto de ella, como en el caso de la vejez o de la muerte.

## 9. TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS: MODELO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Surge este modelo en el tránsito del Estado social de derecho al Estado constitucional de justicia, en el que prevalecen la aplicación de los principios del derecho y la acción de los jueces para realizar condiciones de inclusión para todas las personas, con especial referencia a aquellas en condición de vulnerabilidad. Implica la consideración de fenómenos que impactan la realidad sociológica contemporánea; entre ellos:

- a) El crecimiento de la informalidad laboral y la recurrencia del desempleo, que afecta a sectores de la población como los jóvenes que pretenden ingresar al mercado de trabajo.
- b) La aplicación de esquemas de flexibilización laboral y la reevaluación del concepto de subordinación laboral.
- c) La internacionalización de las relaciones económicas, incluidas las que se refieren al mercado laboral.
- d) El envejecimiento poblacional y la inversión de la pirámide social, en cuanto a la existencia de una proporción mayor de personas adultas mayores, en relación con los trabajadores activos y los niños.
- e) El auge de las tecnologías y su aplicación para asegurar mejores condiciones de vida y existencias más largas.
- f) La recurrencia de fenómenos de pobreza y exclusión, así como de concentración de la riqueza e inequidad en amplias zonas del planeta.
- g) La afectación en las condiciones ambientales del mundo.

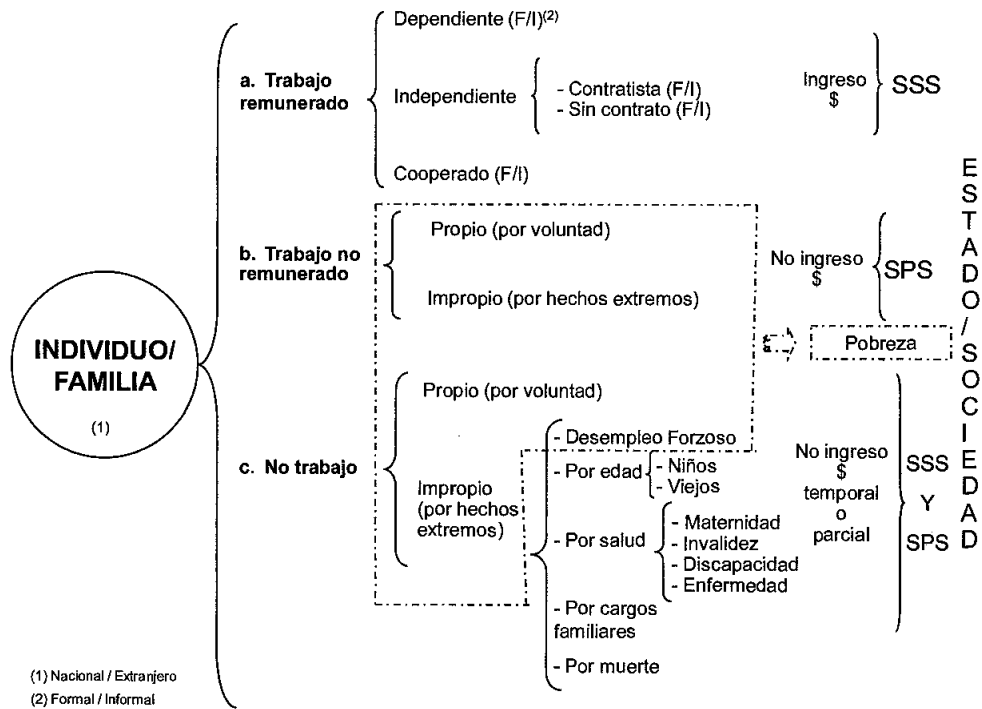
h) La constitucionalización de las instituciones de la protección social y la incidencia de los fallos judiciales en la definición de los beneficios de la seguridad social.

En este contexto, los sistemas se orientan a integrar prestaciones de la seguridad social con acciones de política social e inclusión, esto con miras a realizar la meta de la universalidad y a disponer de la capacidad para afrontar los ciclos económicos, de tal suerte que se provean bienes meritorios a todas las personas, y con prelación a aquellas que experimenten condiciones de vulnerabilidad. Se trata de ampliar la noción de los sistemas de seguridad social y de las coberturas clásicas, para incluirlos en un concepto omnicomprendivo que promueva el reconocimiento de beneficios mínimos para todos, sin perjuicio del alcance tradicional de dichas coberturas.

De igual manera, se implementan esquemas de microseguros por medio de los cuales se busca generar fuentes financieras que permitan suplir las necesidades individuales y familiares, descargando las responsabilidades de los sistemas clásicos de seguridad social. Así acontece con alternativas de ahorro que permiten subsidios de vejez o pensiones alimentarias, diferentes a las prestaciones pensionales de un régimen de seguridad social clásico, o a modalidades de cubrimiento en riesgos del trabajo bajo esquemas de seguros tradicionales.

Téngase presente el surgimiento en Europa de conceptos tales como los de la “flexiseguridad”, mediante los cuales se busca actualizar la noción de protección a las cambiantes dinámicas del mercado laboral, para hacer prevalecer las coberturas del sistema de aseguramiento aun en el caso de esquemas de contratación laboral flexibilizados.

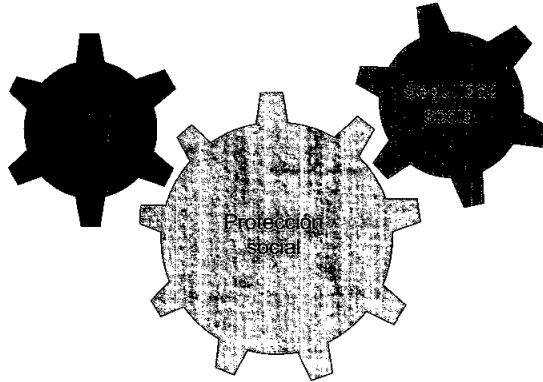
## Condiciones del trabajo humano, sus necesidades y la protección social



(1) Nacional / Extranjero

(2) Formal / Informal

## Articulación de la protección social



Como se apreciará en capítulo posterior, en el que nos concentraremos en estudiar a fondo el concepto, la protección social no niega ni reduce el sistema de seguridad social, por el contrario, persigue dotar a todas las personas de bienes mínimos que les aseguren condiciones básicas de seguridad económica, comprendiendo dentro de su ámbito las prestaciones clásicas de la seguridad social, así como beneficios adicionales y prestaciones para la población en condición de pobreza.

De alguna forma, en la medida en que se logren las metas de trabajo y generación colectiva de riqueza, los ramos de la seguridad social tenderán a crecer, de tal suerte que la mayoría de las personas puedan acceder a ella directamente; en tanto esto ocurre o mientras se superan las crisis socioeconómicas y se salvan los efectos de los ciclos y las transiciones, la protección social proveerá mecanismos adicionales para la generación de capital humano, que prevengan situaciones de pobreza, tanto estacional como crónica.

## 10. UTILIDAD DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

En cuanto sirve como un sistema por medio del cual las sociedades satisfacen necesidades individuales y colectivas, la protección social cumple varias funciones, entre las que podemos señalar las siguientes:

—*Garantía de derechos laborales.* Los trabajadores son titulares de derechos de la seguridad social y titulares de las coberturas de la protección social.

—*Manejo poblacional.* Las sociedades enfocan sus esfuerzos en la atención de los grupos poblacionales y generan estímulos para la residencia, la natalidad, la nupcialidad y demás condiciones relacionadas con el componente sociológico del Estado.

—*Redistribución de recursos.* Las sociedades aplican en la protección social políticas públicas que inciden en la economía y, particularmente, en la redistribución de la riqueza.

—*Garantía de derechos humanos.* En tanto los sistemas de protección social cubren a todas las personas e inciden directa o indirectamente en la satisfacción de derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana, el mínimo vital, la salud, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

—*Combate a la pobreza.* Por cuanto a través del sistema de protección social las sociedades definen mecanismos para erradicar y prevenir la pobreza de la población y construyen capital humano y social, enfrentándose a las crisis que a aquellas aquejan.

—*Provisión de bienes meritorios.* Para la generación de mínimos de solvencia económica que promuevan condiciones de bienestar individual y social. Se trata de la función específica de un sistema tal, la que corresponde a la ejecución de un servicio público obligatorio, mediante el reconocimiento de prestaciones o beneficios para la población.

## 11. CONCEPTOS DE DOCTRINA SOBRE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN SOCIAL

*“La mejor forma de gobierno es la que puede dar al pueblo el máximo de seguridad política, de seguridad económica y de seguridad social”.*

Simón Bolívar<sup>(16)</sup>

Múltiples y diversos son los conceptos sobre la seguridad social. Apropiemos algunas de las definiciones estructuradas por la doctrina internacional en torno al tema:

—La seguridad social, en cuanto al hombre es un derecho; en cuanto al Estado, una política; en cuanto a la ciencia jurídica, ya es una disciplina; en cuanto a la filosofía, es una expresión de justicia; en cuanto a la sociedad, un factor de solidaridad; en cuanto a la administración, un servicio público; en cuanto al desarrollo, un factor integrante de la política general; en cuanto a la economía, un factor de redistribución de riqueza, y así podríamos seguir con numerosos ángulos desde los que enfocamos la seguridad social (Marti Bufill)<sup>(17)</sup>.

—La seguridad social en sentido amplio ha sido definida en gran parte como equivalente al término *Welfare*, que significa bienestar, pero que suele traducirse como previsión dentro de un sentido dinámico que implica un sistema organizado de servicios e instituciones sociales, destinado a ayudar a los individuos y grupos para alcanzar niveles de vida y de salud satisfactorios, así como relaciones personales y sociales que les permitan desarrollar plenamente sus capacidades y promover su bienestar en armonía con las necesidades de las familias y de la comunidad (Friedbänder)<sup>(18)</sup>.

---

(16) Discurso ante el Congreso de Angostura, 1819.

(17) Marti Bufill, Carlos, *La seguridad social y la salud pública*, Serie de Estudios de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Madrid, noviembre de 1974; tomado de Franky G., Pablo, *Compendio sobre el sistema de subsidio familiar*, Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar, Tomo I, p. 2.

(18) Friedbänder, W. A., *Introduction to Social Welfare*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, 1961, p. 4, tomado de Franky G., ob. cit., p. 2.

—La seguridad social forma una pirámide, que tiene por base la ocupación (entrada al sistema), que debe ser plena, y es uno de los objetivos de la seguridad social. A cada uno de los costados tenemos, respectivamente, la protección laboral (seguridad social preventiva) y los seguros sociales y la asistencia social (seguridad social reparadora). Finalmente en el ápice, la culminación del sistema: el bienestar social (seguridad social complementaria) (Carmelo Mesa Lago).

—Es la acción pública que tiene por objeto proporcionar una renta sustitutiva a las personas cuyas rentas privadas normales han desaparecido temporal o permanentemente, para aliviar a individuos y familias de la carga representada por gastos excesivos, muy generalmente experimentados, sobre sus rentas (Evelina Burns).

—La seguridad social busca la seguridad de la existencia y la garantía contra la miseria, estableciendo las medidas que pongan a disposición de los individuos los medios necesarios para la satisfacción de sus necesidades en una medida tal que ellos puedan llevar una existencia humanamente digna, al abrigo de la necesidad (Walter Leen).

—La seguridad social consiste en el conjunto de medidas adoptadas por el Estado a favor de los ciudadanos contra aquellas contingencias de concreción individual que siempre se presentan en la vida de los hombres, sean cual fueren las medidas adoptadas y por inmejorable que sea la situación de la sociedad. De esta manera se concluye que los fines de la seguridad social son prevenir y poner remedio a todas las contingencias que de alguna manera inciden o afectan la vida de las personas, como muertes, nacimientos, enfermedades, matrimonios, desempleo, etc. (Alfredo J. Ruprecht).

—El concepto debe fundarse considerando que la seguridad social es un sistema de protección social o institución de carácter jurídico político, orientado a la tutela de la sociedad y, por tanto, ha de relacionarse con las normas que la estatuyen, reconocen y reglamentan; con sus campos de operación y aplicación; con una organización que la administra y ejecuta con los instrumentos o elementos de los cuales se realiza y, como es obvio, fines y objetivos. Esto presupone una definición con base en sus medios o técnicas y por sus fines y objetivos. Estas técnicas se clasifican según sus



causas históricas, económicas, colectivas, profesionales, sanitarias, higiénicas, etc. (Doublet y Lavau)<sup>(19)</sup>.

—La seguridad social es el conjunto de medios técnicos, regulado por normas jurídicas, con fundamento en la solidaridad y en la responsabilidad personal y social, tendiente a liberar al hombre de la opresión y la miseria, mediante el otorgamiento de prestaciones, cada vez que se configuren contingencias sociales que afecten desfavorablemente el nivel de vida de las personas protegidas, sus familias y quienes están a su cargo (Podetti)<sup>(20)</sup>.

—Es la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas, contra las privaciones económicas y sociales, cuando de no ser así éstas ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos (OIT)<sup>(21)</sup>.

—Corresponde a la enumeración que hace la OIT en el Convenio 102 o norma mínima, siendo la garantía de asistencia médica e indemnización económica en caso de enfermedad y maternidad, protección al desempleo, pensiones de vejez, invalidez y supervivencia, reparación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y la protección por cargas familiares (OIT).

## 12. ANTECEDENTES NORMATIVOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Entre los instrumentos internacionales de mayor significado citamos los siguientes:

---

(19) Doublet, Jacques y Lavau, George, *Lecciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Palacé, 1975, p. 307.

(20) Podetti, Humberto A., *Política social*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1982, p. 180.

(21) Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Seguridad Social: "Guía de educación obrera"*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995, p. 6.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) se reconocen como derechos naturales del hombre tanto la libertad como la igualdad, la propiedad y la seguridad. Esta última se concreta en “la protección que la sociedad da a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de su propiedad”.

En la Declaración de Filadelfia de la Conferencia de la OIT (1944) se reconoce que una de las obligaciones de los Estados americanos es “extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesitan y prestar asistencia médica completa”.

En la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (1948) se afirma que todo hombre “tiene derecho a la seguridad social que le protege contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilita física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), artículo 22, se dispone que “toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, para la satisfacción de los derechos económicos y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de la personalidad”.

La OIT profiere los convenios 12 y 13 sobre accidentes de trabajo, 24 y 25 sobre seguro de enfermedad, 97 y 143 sobre protección a emigrantes, 102 sobre norma mínima, 103 sobre protección a la maternidad, 157 sobre conservación de los derechos en seguridad social, 159 sobre readaptación de minusválido, entre otros.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que entre las medidas que deberán adoptar los Estados parte “figurarán las necesarias para: a) la reducción 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 tra-

tamiento 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 casos de enfermedad”.

La Carta Social Europea (1961) estatuyó la obligación de los Estados en cuanto a “asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social”. En 1972 se promulga el Convenio Europeo de Seguridad Social.

El artículo 12 de la Carta Social Europea establece el compromiso de las partes para mantener un régimen de seguridad social, en un nivel satisfactorio, equivalente como mínimo al exigido en el Convenio 102 OIT. También compromete a los Estados a realizar los esfuerzos por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social, a celebrar acuerdos en pos de la igualdad de trato entre nacionales de aquellos, y a la conservación y restablecimiento de derechos de nacionales de los miembros de la Comunidad.

En la Conferencia de Estocolmo de 1998, promovida por la AISS, se acordó un documento denominado “El futuro de la seguridad social”, con compromisos básicos en estos puntos<sup>(22)</sup>:

- a) La protección social brindada a través de los esquemas de seguridad social es una responsabilidad ineludible del Estado.
- b) El objetivo básico de la protección social es aliviar la pobreza.
- c) Un bien diseñado sistema de seguridad social impacta en el bienestar de las personas como sobre el desarrollo de la economía<sup>(23)</sup>.

---

(22) Ver AISS-CISS, *El futuro de la Seguridad Social*, Secretaría General de Gobierno de Suecia, Federación de las Oficinas del Seguro Social, Estocolmo, 1998.

(23) Ver la postura de Amartya Sen en su consideración sobre las libertades y los derechos sociales.

d) Las soluciones en seguridad social no son fáciles y deben equilibrar intereses.

e) Los sistemas de seguridad social dependen de cada sociedad y deben aprovechar las experiencias de otras comunidades.

f) Para generar confianza en los nuevos sistemas de seguridad social estos deben adaptarse al nuevo entorno de las sociedades: mundialización, nuevas tecnologías, nuevas estructuras familiares y sociales, nuevo mercado del trabajo y nueva actitud crítica del ser humano.

En la Declaración del Milenio, suscrita en desarrollo de la Asamblea del Milenio que celebró la Organización de las Naciones Unidas, en septiembre de 2000, se describen los ocho objetivos que se comprometen a lograr los pueblos del mundo, y que Sachs describe como “*compromisos audaces para alcanzar un desarrollo sostenible para las gentes más pobres de la Tierra*”<sup>(24)</sup>. Dichos objetivos son:

- a) Erradicar la pobreza extrema y el hambre
- b) Universalizar la enseñanza primaria
- c) Promover la igualdad entre los sexos y la autonomía de la mujer
- d) Reducir la mortalidad infantil
- e) Mejorar la salud materna
- f) Combatir el sida, el paludismo y otras enfermedades
- g) Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente
- h) Fomentar una asociación mundial para el desarrollo

---

(24) Sachs, Jeffrey, *El fin de la pobreza. Cómo conseguirlo en nuestro tiempo*. Debate, Bogotá, Random House, 2006, p. 301.

### 13. CONCEPTOS RELACIONADOS CON LA PROTECCIÓN Y LA SEGURIDAD SOCIAL

Como se ha indicado, seguridad social, *en sentido amplio*, equivale a *Welfare*, que puede traducirse por bienestar. Algunos tratadistas la definen como previsión, en tanto implica la adopción de medidas para anticiparse a hechos futuros.

Por previsión se entiende el “sistema organizado de servicios e instituciones sociales, destinado a ayudar a los individuos y grupos para alcanzar niveles de vida y de salud satisfactorios, así como relaciones personales y sociales que les permitan desarrollar plenamente sus capacidades y promover su bienestar en armonía a las necesidades de las familias y de la comunidad” (Beveridge).

Bufill<sup>(25)</sup> sostiene que el concepto de la seguridad social es multifacético, esto por cuanto:

- Frente al hombre es un derecho
- Frente al Estado es una política
- Frente al derecho es una disciplina jurídica
- Frente a la filosofía es una expresión de justicia
- Frente a la sociedad es un factor de solidaridad
- Frente a la administración es un servicio público
- Frente al desarrollo es un factor de la política general
- Frente a la economía es un factor de redistribución de la riqueza

---

(25) Marti Bufill, ob. cit.

La seguridad social *en sentido estricto* corresponde a la enumeración que hace la OIT en el Convenio 102 o norma mínima.



Para definir la *seguridad social* es preciso establecer distinciones conceptuales en torno a contenidos relacionados pero diferentes, entre los cuales se mencionan: sistemas, derecho y regímenes de seguridad social, previsión social, asistencia social y política social. La protección social aparece como género. Supone, la seguridad social, un concepto más que jurídico, por comprender un alto contenido filosófico, así como implicaciones de orden económico, médico, antropológico, político y sociológico. Compartimos plenamente el pensamiento de Ruiz Moreno<sup>(27)</sup>, para quien: “El concepto de seguridad 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”.

La *protección social* es un ámbito por esencia interdisciplinario, que exige el concurso de muy diversas ciencias, así como se constituye en el escenario social propicio para la interacción entre el derecho, la política y la economía. Es, además, un servicio público que se presta por conducto de un sistema, el cual implica políticas, normas, instituciones, recursos

(26) Visión de Carmelo Mesa Lago, en *Planificación de la seguridad social*, Madrid, 1959.

(27) Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*, 8ª edición, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 36.

y procedimientos. Por ende, el derecho de la seguridad social es la manifestación jurídica que comprende el sistemático ordenamiento del servicio de la protección social.

Los *regímenes* dentro del sistema de seguridad social corresponden a los ámbitos de cobertura adoptados por el Estado, que generalmente son los de pensiones, salud, riesgos del trabajo, desempleo y asignaciones familiares.

La *asistencia social* se comprende como el conjunto de acciones que despliega el Estado para hacer efectiva la política social y atender las necesidades de las personas en condición de vulnerabilidad; dentro del sistema de protección social, precisamente se comprende un capítulo para la asistencia social (promoción social, en la terminología del ordenamiento colombiano).

La *previsión* como término genérico, por su parte, implica la adopción de medidas encaminadas a la anticipación y preparación frente a la ocurrencia de contingencias que afecten la estabilidad económica del sujeto protegido. Jurídicamente a los sistemas de seguridad social les anteceden los regímenes de previsión social, que comprenden las acciones de disponer lo conveniente para atender a contingencias o necesidades previsibles de la sociedad.

Con frecuencia la *previsión social* se confunde con el concepto de *protección pensional*, pues por esencia el régimen de pensiones se refiere a las coberturas económicas frente a la vejez, la invalidez o la muerte, con las que se suple la disminución o ausencia de ingresos del trabajador activo. De tal suerte que cuando se habla de regímenes o sistemas de previsión, se hace referencia a regímenes de pensiones.

De otro lado, la política de protección social se confunde con la política social, por lo que es preciso delimitar el concepto, en la idea de lo que puede entenderse como sistema de seguridad social en sentido estricto<sup>(28)</sup> y de protección social; ello puesto que los fines sociales de los Estados son

---

(28) Romero Montes, Francisco J., "Concepto, evolución y principios de la seguridad social", en revista *Análisis Laboral*, Lima, 2002.

más amplios y comprenden tanto las prestaciones de un sistema tal como, además, los servicios públicos domiciliarios y otras finalidades que cada ordenamiento define, por ejemplo, el saneamiento básico, el agua potable y la educación en el caso de Colombia, a más de la solución a las necesidades insatisfechas de salud, conforme lo preceptuado por el artículo 366 de la Constitución Política<sup>(29)</sup>.

#### 14. UNA PROPUESTA CONCEPTUAL SOBRE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Interesa profundizar en la consideración de la naturaleza y alcances de la protección social, como realidad sociológica e institucionalidad colectiva, llamada a justificar el sistema político y a hacer viable la sociabilidad entre los individuos.

Vistas las reflexiones que anteceden, planteamos para estudio de síntesis conceptos que a nuestro juicio evidencian en forma compendiada lo que es la protección social en el mundo de hoy.

La Corte Constitucional de la República de Colombia define el concepto así: “Conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”<sup>(30)</sup>.

Por nuestra parte, consideramos que la protección social puede conceptualizarse así: Sistema público de provisión de bienes meritorios que

---

(29) ART. 366 de la Constitución Política: *El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.*

(30) Corte Constitucional, sentencias C-655 de 2003, T-471 de 1992, T-116 de 1993 y SU-039 de 1998.



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.

Como elementos de esta definición señalamos los siguientes:

*Naturaleza:* la protección social es un sistema público o colectivo, no necesariamente estatal, en tanto implica un esfuerzo sinérgico desde la sociedad para responder a unos fines, con los medios determinados por la deliberación pública. Se trata no de un esquema de aseguramiento privado o particular, sino de un modelo de cobertura de seguro público, que afecta intereses particulares pero que entraña en toda circunstancia la realización del interés general. Dicho sistema opera por medio de regímenes, subsistemas o mecanismos diversos de acuerdo con las decisiones de cada sociedad, encontrándose dentro de ellos los esquemas de seguros sociales, seguridad social, asistencia social, mercado de empleo, responsabilidad social y seguros privados.

*Objeto:* lo es la seguridad económica de las personas, por lo que implica la satisfacción de unos requerimientos de financiación, bien mediante la aplicación de recursos dinerarios o mediante la provisión de servicios o bienes.

*Medios:* la protección social se ejecuta a través de la provisión de bienes meritorios, escasos y de valor público, con los que se cubre el objeto del sistema. La extensión de dichos medios dependerá de las condiciones políticas, sociales y económicas de cada sociedad, aplicándose al efecto posturas amplias o restringidas sobre el alcance de la cobertura de la protección: desde la de entender la provisión de bienes que corresponden a las ramas clásicas de la seguridad social (pensiones, salud y riesgos del trabajo), hasta la de considerar como medios de aquellos servicios de recreación, deporte, crédito, vivienda o el cubrimiento de necesidades inmateriales.

*Sujetos:* lo son la persona y la familia en forma directa, pues son ellos los beneficiarios de los aludidos bienes y quienes gestionan el bienestar por la seguridad económica que persigue la protección social. De manera indirecta, son sujetos del sistema la sociedad, el Estado y la comunidad

internacional, en tanto aquel impacta en el desarrollo de cada una de estas realidades.

*Alcance:* es el nivel necesario mínimo de bienes que defina la deliberación pública y se exprese en el derecho, con el cual en todo caso se provea la seguridad económica básica para alcanzar el fin del sistema. Se trata de reconocer que el alcance de un sistema tal dependerá en últimas de la definición política que una colectividad determine; ésta tendrá así mismo que respetar los principios generales del derecho y abogar porque dicho estándar sea suficiente para el logro del fin del sistema. Lo anterior, sin perjuicio de extender los satisfactores a niveles superiores, según las posibilidades individuales y sociales lo permitan y las decisiones políticas lo acuerden.

*Fin:* es el posibilitar el goce del bienestar de los sujetos cubiertos, para la realización de las aspiraciones humanas, de manera que se permita el desarrollo de la vida de la persona y la realización familiar, en condiciones de respeto a su dignidad.

*Impacto:* la protección social es necesaria tanto para el desarrollo de las sociedades como para alcanzar las expectativas de desarrollo sustentable a nivel mundial, por lo cual la adecuada aplicación de sistemas tales resulta esencial para realizar las expectativas políticas, jurídicas y económicas de la convivencia humana, a nivel local e internacional.



## CAPÍTULO II

### **Derecho de la protección social**

#### 1. EL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL: AUTONOMÍA

Surge el derecho de la seguridad social, según algunos, como el “conjunto de normas jurídicas vigentes que deben ser observadas por el Estado, patronos y operarios, dado su obligatoriedad manifiesta al ser derecho positivo vigente”<sup>(1)</sup>. Otros lo definen como “el conjunto de normas, principios y técnicas que tienen el objeto de satisfacer necesidades individuales derivadas de la producción de determinadas contingencias valoradas como socialmente protegidas”<sup>(2)</sup>. Es, pues, un instrumento de la protección social para lograr sus cometidos.

Uno de los aspectos que debe motivar la reflexión en estas materias tiene que ver con la identificación del derecho de la protección social como una rama autónoma de la ciencia jurídica, con las implicaciones conceptuales y prácticas que ello entraña, y que determina paralelamente la identificación del objeto de tal regulación, a partir de precisar el concepto mismo de la protección social.

La doctrina internacional, en particular desde México, ha suscitado el debate, resaltándose las propuestas de autores como el ya citado Ruiz Moreno con su *Tratado de derecho de la seguridad social*, provocador en cuanto a la identificación de esta nueva rama jurídica. A propósito, algunas

---

(1) Ruiz Moreno, *Nuevo derecho de la seguridad social*, cit., p. 46.

(2) Rodríguez Mancini, Jorge, *Curso de derecho del trabajo y la seguridad social*, 3ª edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, p. 706.

voces en Colombia han abierto la reflexión sobre la conveniencia de analizar la estructuración de una jurisdicción especializada, a partir de reconocer la autonomía del derecho de la seguridad social<sup>(3)</sup>. El tema está en todo caso por abordarse con el rigor que demanda propósito de tal magnitud.

Expondremos a continuación algunas ideas que en nuestro concepto son esenciales para promover el reconocimiento del derecho de la protección social como rama autónoma del derecho, y la consecuente necesidad de avanzar en la estructuración de una jurisdicción especializada.

## 2. EL DERECHO LABORAL COMO ANTECEDENTE

La regulación de las instituciones de la protección social surge históricamente a partir del derecho del trabajo, bajo el entendido según el cual dicha protección se originó desde las instituciones laborales, inicialmente mediante esquemas de seguros sociales para los trabajadores, por el traslado de riesgos hecho por los empleadores.

Es decir, la fuente en la que bebe la regulación de la protección social es el derecho laboral.

La rama del derecho del trabajo ha experimentado cambios en los últimos tiempos que inclusive han hecho pensar a algunos en su reducción o eliminación, en lo que pretende considerarse como la privatización de las relaciones de trabajo. Estas consideraciones, extremistas en nuestro concepto, han pretendido señalar que el derecho laboral estaría llamado a desaparecer por cuanto se dan fuertes tendencias a la sustitución de los contratos de trabajo y a la generación de formas flexibles de contratación, que recurren al derecho privado para regular la prestación de los servicios.

En concurrencia con estas posiciones se presentan evidencias prácticas de la cotidianidad relacionadas con la alta participación de trabajado-

---

(3) Ver resultados del Seminario Internacional sobre autonomía del derecho de la seguridad social, organizado por la Universidad Externado de Colombia y la Corporación para el Desarrollo de la Seguridad Social (CODESS).

res independientes en el mercado de trabajo, vinculados por contratos civiles o comerciales, así como el recurrente uso de figuras tales como la contratación de servicios personales a través de empresas de servicios temporales, o la contratación de cooperativas o precooperativas de trabajo asociado o las firmas de *outsourcing*, para que aporten personal asociado que desempeñe las labores requeridas por las empresas. Ingresamos con ello a esquemas de “empresas sin trabajadores”.

No obstante los fenómenos sociales y económicos asociados al mercado del trabajo, pensar en la eliminación del derecho laboral resulta absurdo, si se considera que precisamente la necesidad que dio origen a su surgimiento ahora tiene mayor latencia, siendo la de preservar la justicia en el relacionamiento entre el capital y el trabajo, para la defensa del trabajador y a la vez garantizar las condiciones de prestación de los servicios personales subordinados, precisamente en lo que la OIT hoy denomina la lucha por el “trabajo decente”.

Ahora, así se presentase una reducción en el campo de cobertura del derecho laboral, la misma sería inversamente proporcional en todo caso a las instituciones de la protección social, pues se ha señalado cómo precisamente ésta se establece para cubrir a la universalidad de la población, con independencia de su condición laboral.

Una sociedad que vea acortado su espacio formal de trabajo, por ejemplo, no puede darse el lujo de reducir la cobertura de su sistema de protección social; por el contrario, en caso de ocurrir aquello, deberá dedicar especial preocupación a efecto de que la protección social cobije temporalmente a los desocupados y afectados por la crisis, y de que las instituciones de seguridad social sean capaces de asumir las contingencias de la población cubierta.

Con todo, es evidente que el derecho de la protección social tiene su causa material en las instituciones jurídicas laborales. La reflexión autónoma pretendida no implica bajo circunstancia alguna desconocer esa realidad, como tampoco entrafña la idea de desaparecer el nexo esencial que existe entre los dos ordenamientos. Siempre se contará en el derecho de la protección social con la influencia y la complementación del dere-

cho del trabajo, tratándose de dos ramas esencialmente vinculadas en el espacio del derecho social, al cual constituyen.

La anterior reflexión tiene particular importancia en lo que respecta a la principalística común en buena medida a las mencionadas ramas del derecho; esto es, los principios y garantías serán comunes a las áreas del derecho social, el cual se fundamenta a partir de las regulaciones tanto del derecho laboral como del derecho de la protección social.

### 3. RAZONES PARA LA AUTONOMÍA

El reconocimiento de un campo autónomo dentro del derecho para la protección social responde, a nuestro juicio, a la necesidad de evidenciar la integralidad sistémica con la que ya operan las instituciones de aquella. Esto es, puede identificarse claramente un objeto propio del derecho de la protección social, así como encuadrarse en el ámbito del derecho social –tercera categoría de instituciones jurídicas, entre las propias del derecho público y las del derecho privado–, a partir de fuentes específicas y con principios especiales.

Esta consideración se refuerza en la práctica, si se tiene en cuenta la alta participación de los asuntos relacionados directamente con la seguridad social, respecto del universo de cuestiones litigiosas.

La causa principal por la que se considera necesario distinguir las dos áreas del derecho, tiene que ver con la diferencia en cuanto a la naturaleza esencial de cada uno de los ordenamientos.

En efecto, mientras que las instituciones del derecho del trabajo surgieron para proteger a los trabajadores y regular relaciones de desigualdad (capital/trabajo), la protección social y su regulación pretenden alcanzar a todos los seres humanos, para realizar condiciones de igualdad.

Entre las razones de mayor peso para sostener la pretendida autonomía del derecho de la protección social podemos señalar las siguientes:

*Identificación y diferenciación de los titulares de la protección social.*  
Así las instituciones de la protección social tienden a la universalidad, a

partir del reconocimiento de su cobertura para todas las personas y no solamente para aquellas titulares de una relación laboral. El derecho de la protección social se establece para cubrir a todos, no solamente para regular las relaciones que se causen entre empleadores y trabajadores.

*Identificación y diferenciación del objeto del derecho de la protección social.* Esto en la medida en que es posible establecer el contenido material de esta nueva rama jurídica, a partir de la identificación de las coberturas propias, algunas de las cuales tienen por causa la relación laboral, pero en todo caso se expresan con autonomía respecto de aquella en cuanto a su disfrute. A la luz del ordenamiento colombiano, por ejemplo, estas coberturas y materias se refieren a los ámbitos de la seguridad social (salud, pensiones, riesgos profesionales, subsidio familiar, protección a los desempleados), de la promoción social y de la formación para el empleo, implicando las relaciones, procesos y actividades de soporte, administración y control sobre las mismas.

*Identificación y diferenciación de fuentes propias para el derecho de la protección social.* Puesto que el aludido derecho cuenta con fuentes normativas especializadas, que día a día crecen en particularidad y ámbito regulatorio, así como en órganos productores especializados. Juegan en este ámbito y en el caso colombiano un rol preponderante la fuente jurisprudencial y la doctrina constitucional, así como se resalta el papel de los principios del derecho y la ocurrencia de un fenómeno de constitucionalización particular en el ordenamiento aplicable<sup>(4)</sup>. Surgen igualmente organismos técnicos reguladores, tales como la Comisión de Regulación en Salud, antes Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, y la participación en la definición de coberturas de particulares dotados de autoridad, como los comités técnico científicos, también en el ámbito del subsistema de salud.

*Identificación y diferenciación del fin de la protección social.* Entendido este como el logro de las condiciones mínimas de seguridad económi-

---

(4) Véase al respecto la evolución en cuanto a la aplicación del postulado *in dubio pro operario*, propio del derecho laboral, frente al principio *in dubio pro homine*, de aplicación en el ámbito de las instituciones de la seguridad social.



ca que permitan a todas las personas el disfrute de un estadio de bienestar, necesario para el orden social, más allá de las finalidades de las instituciones del derecho laboral, que se expresan en el logro de la justicia en el relacionamiento entre empleadores y trabajadores y en la protección a éste, como parte débil del contrato.

La consideración autonómica del derecho de la protección social se fundamenta, en la práctica, además, en las siguientes razones:

*Especificidad en la regulación de las instituciones de la protección social.* Esto en cuanto el ordenamiento dispone procedimientos, requisitos, condiciones y demás aspectos especiales, en tratándose de aspectos de la seguridad social. Surgen regímenes propios de inhabilidades e incompatibilidades, así como tienen vigencia regulaciones en cuanto a la capacidad contractual, a más de la fuerte intervención del Estado, que se expresa en la regulación pormenorizada de la forma en que debe prestarse el servicio público de la seguridad social.

*Alta conflictividad en el ámbito de la seguridad social.* En la medida en que se recurre a procedimientos administrativos y procesos judiciales para determinar los derechos de la protección social, lo cual impacta fuertemente en la congestión de despachos judiciales y simultáneamente genera en los derechohabientes y en la comunidad en general, un concepto de litigiosidad, que es preciso controlar.

*Especificidad de procedimientos.* Por cuanto, a la par con la especialización del derecho sustantivo, puede afirmarse la generación de un derecho procesal con particularidades que le dan independencia, tanto en lo que se refiere a las actuaciones administrativas como en el desarrollo de procesos judiciales. Aspectos tales como la obtención de pruebas y la exigencia de soporte técnico para la decisión de las controversias en protección social se muestran esenciales en la actualidad; en efecto, demandan los tribunales progresivamente la participación de expertos o peritos en ciencias contables, económicas y actuariales, para no mencionar la necesidad de incluir el sustento de las ciencias de la salud.

*Dinámica de innovación y reconocimiento de nuevos derechos.* Pues en el campo de la protección social impacta altamente la aplicación de nue-

vas tecnologías, así como la exigibilidad de derechos que van descubriéndose en la medida del avance de la nueva rama. Al respecto, basta tener en cuenta la definición de derechos y coberturas por la doctrina constitucional y la fuente jurisprudencial, así como los debates futuros que habrán de abordarse en lo que respecta al carácter de los beneficios del subsistema de promoción social, por ejemplo, y la naturaleza y las vías para su reconocimiento como derechos (subsidios y beneficios económicos periódicos vs. las prestaciones de la seguridad social clásica, como las pensiones).

*Creación judicial de derechos.* Ello considerando el papel de los jueces en la definición de las coberturas y de los beneficios derivados del sistema de protección social.

*Importancia política de la lucha contra la pobreza y la búsqueda de la inclusión.* Objetivos estatales, éstos, frente a los cuales el sistema de protección social se muestra como el camino expedito para su realización articulada y progresiva.

*Necesidad de responder a exigencias relacionadas con la internacionalización de la protección.* Lo anterior implicará instituciones, normas, nacionales e internacionales, y procedimientos apropiados.

#### 4. DERECHO OBJETIVO Y DERECHOS SUBJETIVOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Resulta pertinente clarificar la naturaleza de la protección social como derecho, en el sentido de especificar si el objeto jurídico se concreta en un derecho único e integrado a la protección o en derechos subjetivos particulares que derivan de la aludida protección.

Sea lo primero evidenciar que, como acontece en general con las áreas del derecho, la primera acepción corresponde al concepto de derecho objetivo, esto es, el ordenamiento que regula el ámbito de la protección social. En ese orden de ideas, hablamos de un derecho de la protección social, como área de estudio y aplicación integrada; se trata de la institucionalidad jurídica que regula el servicio público de la seguridad social y que opera bajo el sistema de protección social, definido por el Estado.

De ese derecho objetivo, normativo y fuente, se desprenden derechos subjetivos particulares, que se concretan a través del reconocimiento de los beneficios —derechos— de que son titulares los sujetos de protección, en los diferentes subsistemas.

Hablamos entonces de derechos de la protección social, materializados en las coberturas que cada subsistema provee a partir de la regulación objetiva. La pensión, la atención en salud, el pago de las licencias, la cuota monetaria de subsidio, el subsidio por desempleo, las coberturas sociales, se considerarán entonces derechos subjetivos de la protección social, reconocidos por las vías de que se trate (procedimientos administrativos, procesos judiciales —ordinarios o extraordinarios—).

No obstante, resulta necesario señalar que si bien la protección social se concreta subjetivamente en derechos particulares, es necesario afirmar que los sujetos tienen un derecho a la protección social, bajo un entendimiento integral del concepto, amparado por la Constitución Política, en particular en el caso colombiano, por lo dispuesto en su artículo 48. Esto es, si bien el individuo concretará los derechos según corresponda a las prestaciones a las que pretenda acceder (pensión, atención en salud, etc.), jurídica y políticamente es pertinente indicar que la persona es titular de un derecho al servicio público de la seguridad social, el cual se presta por conducto del sistema de protección social.

Como lo ha expresado la Corte Constitucional, el correlato del deber de solidaridad es el derecho a la seguridad social, que corresponde a todas las personas y que se cumple mediante el sistema de protección social. En Colombia, pues, las personas son titulares del derecho a la protección social, el que se expresará en derechos subjetivos según corresponda en cada subsistema.

## 5. UBICACIÓN DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL COMO DERECHO SOCIAL

El derecho de la protección social se ubica en el ámbito del denominado derecho social. Se trata de un ordenamiento que integra disposiciones y principios de los derechos público y privado, sin confundirse con uno de ellos, pues en su desarrollo confluyen aspectos de ambos tipos de ordenamientos.

La protección social implica la participación de particulares en la provisión de los servicios, pero además relaciones y actos de naturaleza privada, que deben ser respetados; pero al mismo tiempo, por su finalidad y por la naturaleza del servicio de que se trata, corresponde de otro lado, a la clasificación tradicional de derecho público.

En todo caso, la intervención del Estado en la protección social, que se manifiesta en la regulación y definición del sistema —rol clásico y comúnmente aceptado—, así como en la prestación y en el control sobre el mismo, asegura que la realización del fin público pretendido por la protección social se cumpla.

Es derecho social, así mismo, por cuanto puede reconocerse la titularidad del derecho en cabeza de la sociedad, lo anterior en la medida en que, si bien se identifican beneficiarios particulares de las coberturas, es la sociedad la beneficiaria indirecta con la eficacia del sistema y de los derechos que de él emanan.

## 6. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL<sup>(5)</sup>

Entre las principales características de este ordenamiento podemos identificar las de ser:

- Reciente
- Autónomo
- Derecho social

---

(5) Bernabé Chirinos identifica como caracteres del derecho de la seguridad social los siguientes:

- Autonomía
- Orden público
- Naturaleza tuitiva
- Internacionalidad
- Derecho evolutivo
- Carácter federal de las normas.

Ver CHIRINOS, Bernabé, Tratado teórico práctico de la seguridad social, Editorial Quorum, Buenos Aires, 2005.

- Tendiente a la internacionalización
- Complejo en sus fuentes (normas, principios y doctrina)
- Tendiente a la desconcentración y diversificación (servicios sociales y protección social)

## 7. FINALIDADES DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Las principales finalidades del derecho de la protección social se identifican como las de:

- Realizar el bienestar individual y familiar
- Realizar la justicia social
- Realizar el Estado social de derecho (Estado constitucional de justicia)

Ellas corresponden a los sujetos principales de la protección social: (i) la persona, (ii) la familia, (iii) la sociedad y (iv) el Estado.

## 8. FUENTES DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Las principales fuentes del derecho de la protección social son:

1. Principios del derecho
2. Normas supranacionales
  - 2.1. Normas y convenios de la OIT
  - 2.2. Regulaciones de las comunidades internacionales
3. Normas de derecho internacional
  - 3.1. Tratados multilaterales
  - 3.2. Tratados bilaterales

#### 4. Normas constitucionales

##### 4.1. Estatales

###### 4.1.1. Pétreas o inmodificables

###### 4.1.2. Modificables

##### 4.2. Subestatales

#### 5. Normas de rango legal federales

#### 6. Normas de rango legal estatales

#### 7. Decisiones judiciales

##### 7.1. Con efectos generales

##### 7.2. Con efectos particulares

#### 8. Normas administrativas reglamentarias

##### 8.1. De la rama ejecutiva: gobierno, agencias especializadas

##### 8.2. De los organismos de la protección social

##### 8.3. De los operadores particulares de la protección social

#### 9. Contratos

##### 9.1. Estatales

##### 9.2. Particulares

#### 10. Doctrina

Un tema que es preciso abordar al considerar las fuentes del derecho de la protección social es el relacionado con el carácter que tienen las causas eficientes de las mismas, esto es, si la producción normativa al respecto debe ser eminentemente política, o reservarse, en todo o en parte, a decisiones de carácter técnico científico.

Tal es una particularidad propia de esta rama del derecho, por cuanto en ella confluyen saberes y realidades que se refieren a ciencias tales como la salud y la economía, que deben ser reguladas jurídicamente.

En el caso colombiano, el legislador cuenta con la potestad de regular libremente el servicio público de la seguridad social –sin desconocer, claro está, los principios constitucionales del sistema–, no obstante lo cual confluyen, como titulares de fuentes complementarias o de nivel jerárquico inferior, organismos de carácter técnico como la Comisión de Regulación en Salud (antes Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud) o los comités técnico científicos de las entidades promotoras de salud, encargados de definir las coberturas particulares de los beneficios del plan obligatorio de salud. La maduración, por su parte, del régimen pensional de ahorro individual implicará la concurrencia de operaciones a cargo de compañías de seguros, así como la definición en materia de incapacidades corresponde a instancias especializadas, como las juntas calificadoras de invalidez, regionales y nacional, en cuanto se refiere a la materialización de las prestaciones.

Estas reflexiones permiten concluir que tanto en la regulación como en la definición de los beneficios-derechos de la protección social concurren instancias políticas deliberativas y organismos de carácter técnico, por cuanto la precisión de los planes de beneficios dependerá de la aplicación de conocimientos técnico científicos que concreten los derechos.

En todo caso, queda abierto el debate sobre la amplitud que debe tener la deliberación pública al respecto y el alcance de las decisiones políticas que se adopten en materia de protección social.

En Chile, por ejemplo, la facultad para la presentación de proyectos de ley en materia de seguridad social se reserva al Gobierno Nacional<sup>(6)</sup>,

---

(6) ART. 62 de la Constitución Política de la República de Chile: *...Corresponderá, así mismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para:*

(...)

6. *Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado.*

*El Congreso Nacional sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República.*

en tanto en países como Uruguay opera un directorio que regula, con participación de voceros elegidos democráticamente, el sistema de seguridad social, por medio del Banco de Previsión Social.

Por su parte, la pandemia de influenza vivida en 2009 deja ver muy en claro, en lo que respecta al manejo de la atención en salud, la necesidad por identificar adecuadamente las fuentes y procedimientos regulatorios en cuanto al manejo de la salud pública y la atención de los beneficiarios. Quién debe adoptar las medidas de control, cuál es el órgano estatal encargado de hacer frente a estas contingencias, hasta dónde el espacio de la deliberación pública cede frente a requerimientos de la ciencia médica y de los salubristas, en cuanto las definiciones deben ser adoptadas por órganos eminentemente técnico científicos?

## 9. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS DERECHOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

### 9.1. Naturaleza

- Derechos prestacionales: de segunda generación
- Derechos naturales o fundamentales
- Derechos humanos
- Interpretaciones mixtas: conexidad

Amplia ha sido la deliberación sobre la naturaleza de los derechos que emanan del sistema de protección social. Ella se ha dado a partir de la distinción entre derechos fundamentales y aquellos de orden prestacional —derechos sociales, económicos y culturales—.

En cuanto requieren consolidación y dependen de la provisión de recursos para su satisfacción, se ha dado en reconocer generalmente a tales derechos el carácter de prestacionales. En su ubicación dentro del texto constitucional en el caso colombiano, se encuentran por fuera del título que corresponde a los derechos fundamentales.



Al estudiar la constitucionalidad de la Ley 100 de 1993, frente al reparo de no haberse dictado como ley estatutaria pese a referirse a materias referidas a derechos fundamentales, la Corte Constitucional de Colombia la halló exequible, considerando que no toda norma que de alguna manera se refiera a dicha categoría de derechos debe asumir la forma estatutaria.

En su interpretación sobre la materia, la Corte acogió inicialmente la teoría de los derechos humanos, que los clasifica en de primera, segunda y tercera generación, según correspondan a la evolución del constitucionalismo liberal y se refieran a materias de eficacia inmediata respecto al sujeto directamente considerado, o tengan que ver con derechos prestacionales de impacto social y económico, o se refieran a intereses colectivos. Hoy esa perspectiva ya no tiene igual acogida en la doctrina constitucional, refiriéndose con carácter histórico<sup>(7)</sup>.

En Sentencia T-357 de 1994 (M.P. Fabio Morón Díaz) afirmó esa corporación: "...el derecho constitucional a la seguridad social es de aquellos que la doctrina ha considerado como derechos humanos de segunda generación, en tanto que su eficacia depende de una decisión política y de factores como el económico, pues tiene carácter eminentemente prestacional".

No se trata, pues, de un derecho de eficacia directa, sino de carácter prestacional.

De otra parte, en Sentencia T-406 de 1992 la Corte Constitucional señaló que para que un derecho sea fundamental debe reunir los siguientes requisitos:

- Conexión directa con los principios constitucionales
- Eficacia directa (sin necesidad de intermediación normativa)
- Contenido esencial (núcleo básico)

---

(7) "Para la jurisprudencia constitucional, la clasificación de derechos fundamentales constitucionales agrupándolos por generaciones debe tener una relevancia académica, mas no jurídica o conceptual" (Sent. T-760/2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Desde esa perspectiva, no se reconocía por la doctrina constitucional el carácter fundamental inmediato y directo de los derechos de la seguridad y la protección social.

Se entendía, bajo esa noción, que aquellos no se causan por el simple hecho de ser persona humana, sino que para ser titular de ellos es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos que la ley establece<sup>(8)</sup>.

No obstante, desde esa interpretación inicial la doctrina ha avanzado hacia el reconocimiento de la fundamentalidad de las prestaciones de la protección social, y termina aceptando ese carácter al admitir la protección tutelar (art. 86 C.P.) para, finalmente, asumir el carácter fundamental directo, al menos en tratándose del derecho a la salud (art. 49 C.P.).

El primer expediente empleado al efecto tuvo que ver con el reconocimiento del carácter fundamental de derechos de la protección social en frente a poblaciones con especial amparo constitucional.

Por disposición expresa de la Constitución, se entendió que reviste la seguridad social el carácter de derecho fundamental en tratándose de la protección a los niños (art. 44 C.P.). El mismo efecto se extendió a las personas de la tercera edad o adultos mayores, pues frente a ellos ha reconocido la Corte Constitucional el carácter de fundamental del derecho a la seguridad social, vinculado al derecho a la subsistencia en condiciones dignas<sup>(9)</sup>.

Respecto de estas poblaciones, los derechos de la protección social asumen la naturaleza de fundamentales, con lo cual se abre un campo amplio de posibilidades para asegurar la garantía efectiva de prestaciones a estos sectores poblacionales a los que mucho impacta la protección, tanto en el ámbito de salud como en los de pensiones y asignaciones familiares.

---

(8) Corte Constitucional, Sentencia C-596 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

(9) Corte Constitucional, sentencias C-177 de 1998, T-426 de 1992, T-287 de 1995 y T-931 de 1999.

La segunda vía para posibilitar la tutela de los derechos derivados de la protección social se reconoció a partir de la tesis de la conexidad, en virtud de la cual, cuando la realización de un derecho prestacional o de segunda generación sea necesaria para garantizar la efectividad de un derecho fundamental, aquel resulta tutelable como si se tratase de un derecho fundamental<sup>(10)</sup>: “...de ahí que el derecho a la salud sea protegido constitucionalmente, en los eventos en que por su conexidad, su perturbación pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas”.

Por otro lado, la Corte Constitucional reconoció casos en los cuales el derecho a la seguridad social en salud tenía naturaleza de derecho fundamental de manera autónoma, respecto a los beneficios definidos en el plan obligatorio de salud, considerando que en estos eventos se ha precisado el objeto del derecho, convirtiéndose de prestacional en fundamental, pues su eficacia será directa: “Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas”<sup>(11)</sup>, sin perjuicio de analizar si existen otros medios de defensa judicial efectivos.

El concepto de derechos fundamentales ha sido precisado en múltiples sentencias de la Corte Constitucional, para concluir que se está ante tales cuando se cumple una de dos condiciones: (i) cuando se trata de aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental o (ii) cuando se está frente a cualquier derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo.

A partir de tal interpretación, en varios pronunciamientos había la Corte procedido a reconocer la condición fundamental autónoma del derecho a la salud<sup>(12)</sup>.

---

(10) Corte Constitucional, sentencias T-1036 de 2000, T-395 de 1998, T-076 de 1999 y SU-111 de 1997.

(11) Corte Constitucional, sentencias T-859 de 2003 y T-860 de 2003.

(12) Corte Constitucional, Sentencia T-859 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Esta tendencia se expresa finalmente en la Sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), en la que se lee:

“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 digna”.

En todo caso, la consideración de la salud como un derecho constitucional fundamental *per se*, no implica que todos los aspectos cobijados por este sean tutelables. Las razones que concurren a este aserto las expresa la Corte en la sentencia antes señalada, así:

“Primero, porque los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, pueden ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia constitucional. Segundo, porque la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por medio de la acción de tutela, son cuestiones diferentes y separables<sup>(13)</sup>”.

Así las cosas, se tiene que la doctrina constitucional ha reconocido el carácter fundamental directo del derecho a la salud, mediante tesis que

---

(13) Al respecto la Sentencia T-016 de 2007 (M.P. Humberto Sierra Porto) expresó: “una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra –muy distinta– la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin”.

aplica en nuestro concepto en relación con los demás derechos derivados del sistema de protección social, lo cual no entraña que los mismos sean absolutos o tutelables siempre o que su realización sea cuestión automática.

Lo importante es reconocer de manera integral que las prestaciones de la protección social, no solamente las de salud, al apuntar a que se realice la dignidad humana y la justicia, tienen ese carácter, como ya en diversas oportunidades lo ha señalado la propia Corte Constitucional en el ámbito de las pensiones cuando su no reconocimiento afecta la dignidad y el mínimo vital de los adultos mayores en condición de pobreza o de invalidez, por ejemplo, o en el caso del subsidio familiar, entendiéndose que esta prestación se reconoce en función de personas a cargo, entre ellas los niños, sujetos de protección constitucional especial<sup>(14)</sup>.

## 9.2. Expectativas vs. derechos

La consolidación en el tiempo de los derechos derivados de la protección social implica el cumplimiento de requisitos normativos que informan el sistema mismo; esto es, el acceso a los beneficios de la protección social demanda cumplir ciertos requisitos, tales como la edad o el tiempo de cotización o un período mínimo de residencia, no obstante por su naturaleza fundamental, en algunos eventos como en el del acceso a servicios de salud para garantizar la vida, el mismo se da en forma inmediata. En general, en tanto los supuestos de ley no se den, nos hallamos frente a expectativas de derechos y no frente a derechos adquiridos.

Sin embargo, el entendimiento de algunos de estos derechos como fundamentales o la afectación posible que puede derivarse de su no reconocimiento hace que se abra camino el reconocimiento de los mismos aún sin el cumplimiento de los requisitos normativos.

Es lo que acontece, por ejemplo, en el campo de la salud cuando, en tratándose de un tratamiento esencialmente necesario para la conserva-

---

(14) Ver sentencias de la Corte Constitucional T-586 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo y T-712 de 2003, M.P. Jaime Córdoba

ción de la vida que demande un período mínimo de cotización al sistema, no acreditado, termina disponiéndose su prestación más allá del cumplimiento del requisito legal, por existir principios y preceptos constitucionales que lo imponen, relacionados con la conservación de la vida. Se trata la protección social de un sistema público colectivo, no se olvide. Así mismo acontece en el caso de la atención de urgencias en salud, la cual no puede obstruirse ni condicionarse al cumplimiento de requisitos, entendiéndose como un derecho de naturaleza universal y fundamental.

En el caso del sistema pensional, la consolidación de derechos de la seguridad social tiene una particular relevancia, pues en aquel juegan criterios de edad y períodos de cotización, especialmente en lo que respecta a los regímenes de beneficios definidos. En tanto no se cumplan los requisitos del régimen, no se cuenta con el derecho a la pensión, no obstante lo cual los titulares de la protección tienen un derecho a que el Estado, como regulador del sistema, no altere sustancialmente sus condiciones para la consolidación del derecho.

De modo particular en el caso de Colombia, se ha reconocido por los jueces constitucionales el derecho a los regímenes de transición, y a que en éstos se apliquen criterios razonables y ponderados que aseguren la materialización del derecho a la pensión, pues si bien este no se ha consolidado, existe una expectativa razonable y jurídica para quienes están causándolo y van en tránsito de cumplir los requisitos del caso.

Lo anterior para resaltar cómo a partir de tendencias europeas, reflejadas así mismo en la doctrina colombiana, si bien el sistema de protección social no cubre expectativas sino derechos causados, aquellas son objeto de especial protección, resaltándose la consolidación de una forma de propiedad subjetiva sobre la protección social, que amerita mayor ahondamiento. De otro lado, en el caso de la atención de necesidades que afectan derechos fundamentales y por la naturaleza de los derechos en juego, la protección social se impone con eficacia inmediata.

### 9.3. Beneficios/subsidios vs. derechos

Es materia de interés la que consiste en diferenciar las prestaciones que derivan del sistema de protección social de dádivas o beneficios sin ca-

rácter de derechos, para reconocer en aquellas emanaciones jurídicas que en toda circunstancia gozan de la materialidad de derechos exigibles por las vías que cada sistema adopte.

Las prestaciones de la protección social son derechos, y como tal gozan de las prerrogativas de eficacia y obligatoriedad propias de los mismos.

Esta reflexión es clara en cuanto hablamos de las prestaciones de los sistemas de seguridad social clásicos, léase en materia de pensiones, servicios de salud, prestaciones de riesgos profesionales, protección al desempleo y asignaciones familiares, pues en estos eventos nos encontramos frente a los ramos tradicionalmente reconocidos como obligatorios en su cubrimiento por los Estados a partir de criterios internacionales, tales como el Convenio 102 de la OIT sobre normas mínimas.

Pese a ello, aún las prestaciones por desempleo son consideradas por algunos beneficios de protección social, con criterios de exigibilidad restringidos por parte de sus titulares, en noción que es preciso superar y que en el caso de Colombia ha sido revaluada por la propia Corte Constitucional, al considerar que cuando se agoten los recursos del fondo bajo administración de las cajas de compensación familiar contra el cual corresponde pagar los subsidios a desempleados, éstos deberán ser cubiertos con recursos fiscales del fondo que al efecto debe poner en funcionamiento el Ministerio de la Protección Social<sup>(15)</sup>.

Pero, a más de lo comentado, en el caso de las prestaciones de subsistemas diferentes a los de seguridad social, como en Colombia el de promoción social, y en general, en frente a beneficios que trascienden las ramas clásicas de la seguridad social, surge la polémica en torno a la naturaleza de aquellos y su efectividad como derechos.

Un ejemplo al respecto. En el caso colombiano, el no acceso material al derecho pensional por un sector mayoritario de los adultos mayores ha hecho que, mediante reforma constitucional del año 2005, se contemple la

---

(15) Corte Constitucional, Sentencia C-393 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

opción de definir un régimen de beneficios económicos periódicos –pensiones no contributivas– mediante el cual otorgar, a quienes cumplan unas condiciones particulares y no accedan a pensión, sumas de dinero inferiores al salario mínimo (base mínima para la tasa de reemplazo pensional en el país), sin que éstas tengan el carácter de pensión.

Se trata de una prestación de la protección social para atender a la población de adultos mayores que no acceda a la pensión del sistema de seguridad social clásico, respecto de la cual se pregunta sobre su naturaleza jurídica. ¿Es un derecho o un mero beneficio, restringible y acotable a la existencia de recursos que permitan su financiación? Es decir, si, por efectos de contracciones presupuestales, los adultos mayores beneficiarios de esta prestación de la protección social ven recortado su monto o suspendido su pago, ¿tendrán acciones jurídicas para demandar su satisfacción plena o se trata de un subsidio, revocable por el Estado y, en todo caso, dependiente de la suficiencia de recursos?

A nuestro juicio, tanto las prestaciones de la seguridad social clásica como las de los demás subsistemas de la protección social tienen el carácter pleno de derechos, y como tal gozan del amparo jurídico para su reclamación, siendo el Estado responsable de su disfrute, en tanto se cumplan las exigencias legales y constitucionales aplicables en cada caso.

Las prestaciones de la protección social son derechos y no beneficios o dádivas o subsidios revocables, pues más allá de servicios emanados de la política social del Estado, hacen parte del haz de beneficios que socialmente se han definido como mínimos para asegurar las condiciones económicas de digna subsistencia, dentro de un sistema público obligatorio.

Otra cosa es que a las aludidas prestaciones pueda denominárseles genéricamente “beneficios”, terminología que se emplea en la presente obra, para ser consecuentes con la idea según la cual la materialidad de la protección social se concreta en planes de beneficios por subsistema.

#### 9.4. Formas para su reconocimiento

- Administrativas
- Judiciales ordinarias



— Judiciales extraordinarias o constitucionales

— Judiciales en ejercicio de función jurisdiccional por autoridades administrativas (p. ej., funciones de la Superintendencia Nacional de Salud)

— Acciones judiciales colectivas o populares

— Acciones ordinarias complementarias (p. ej., responsabilidad civil extracontractual a cargo del empleador en el caso de accidentes de trabajo)

— Judiciales penales: *ultima ratio*

## 10. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Mencionamos a continuación algunos de los principios constitucionales comúnmente reconocidos en los sistemas de protección social:

— Solidaridad

— Universalidad

— Eficiencia

— Progresividad

— No regresividad

— Equilibrio financiero

— Destinación específica de recursos e intangibilidad

— Estado social de derecho

— Dignidad humana

— Igualdad

## 11. RETOS DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Entre los principales e inmediatos retos de esta rama del derecho social encontramos los siguientes:

- a) Consolidar su autonomía.
- b) Lograr la extensión de las coberturas: universalización.
- c) Materializar la especialización de una jurisdicción propia.
- d) Aplicar adecuadamente la constitucionalización, para garantizar la equidad y evitar el reconocimiento privilegiado de derechos a quienes acceden a ellos por vías constitucionales extraordinarias (ej.: reconocimiento de beneficios en salud por medio de acciones de tutela en el caso de Colombia).
- e) Garantizar la plena portabilidad de derechos, tanto al interior de los Estados como en el orden internacional, en lo que respecta a la causación de derechos de la protección social en el tiempo y no obstante la vigencia de los diferentes regímenes.
- f) Tener eficacia nacional, en cuanto a lograr su efectividad en todas las regiones y frente a toda la población, así como en lo que respecta a articular las regulaciones federales y subestatales, en el caso de Estados con organización federativa.
- g) Fortalecer la regulación internacional mediante la celebración de convenios y la adopción de tratados internacionales.
- h) Buscar la eficacia internacional del derecho a través de la creación de tribunales internacionales en materia de seguridad social.
- i) Perseguir la aplicación de fórmulas creativas en cuanto al diseño de las fuentes de financiación de los sistemas de protección social.
- j) Reducir los niveles de conflictividad y litigiosidad para el reconocimiento de los derechos.
- k) Fomentar una cultura cívica de los derechos de la seguridad y la protección social.

## 12. JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Reconocer la autonomía del derecho de la protección social motiva una reflexión sobre la necesidad de especializar jueces para la resolución de los conflictos que se generan en la materia.

De hecho, existe un antecedente en Colombia, relacionado con la iniciativa contenida en el proyecto de ley 06 de 2006 que presentó el Gobierno Nacional a consideración del Congreso de la República y que contenía la propuesta de crear una jurisdicción especializada, de cara específicamente al procedimiento de revisión judicial de pensiones reconocidas de manera ilegal<sup>(16)</sup>.

En el contexto americano, Argentina representa el referente más próximo en cuanto se refiere a la creación de jueces especializados en ma-

---

(16) ART. 8°—**Jueces Laborales de Seguridad Social.** *Habrá en cada Distrito Judicial, Jueces del Circuito especializados en Seguridad Social, que serán competentes para conocer en primera instancia de los juicios de la seguridad social. El número de Juzgados en cada Distrito Judicial lo determinará el Consejo Superior de la Judicatura. El Consejo evaluará la necesidad de crear nuevos juzgados o de redistribuir las competencias entre los existentes. El Consejo Superior de la Judicatura también evaluará la necesidad de crear Salas Especializadas en Seguridad Social en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial o de redistribuir las competencias entre las Salas existentes, que serán competentes para conocer en segunda instancia de los juicios de la Seguridad Social cuando la competencia corresponda a la jurisdicción ordinaria. En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa el Consejo evaluará la necesidad de crear juzgados administrativos y Salas especializadas en Seguridad Social, en cada uno de los Tribunales Administrativos, que serán competentes para conocer en primera instancia de los juicios de la Seguridad Social, cuando la competencia corresponda a la jurisdicción contencioso administrativa. El Consejo Superior de la Judicatura podrá suprimir estos Juzgados Administrativos y estas Salas cuando el volumen de los procesos así lo aconseje y en tal caso el conocimiento de los procesos que se encuentren en curso, se trasladará a quienes corresponda decidir los asuntos laborales. En los procesos en que se discutan prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones, la cuantía se determinará por el valor actuarial de la pensión y/o por el valor actuarial del exceso discutido, cuando la pretensión recaiga sobre un mayor valor. La estimación de la cuantía siempre corresponderá a la entidad responsable del pago de la pensión.*

teria de seguridad social, en particular y considerando esfuerzos anteriores, por la expedición de la Ley 24655 de 1996 por la cual se crean los juzgados de primera instancia y el Ministerio Público también de la primera instancia. La Ley 24463 de 1995 transforma por su parte la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social en Cámara Federal de la Seguridad Social, mientras que la Ley 24655 crea la Justicia Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social en el ámbito de la Capital Federal, constituida por 10 juzgados.

Sobre el particular y los avances en la materia, dice Chirinos<sup>(17)</sup>:

*Autonomía jurisdiccional. Es la organización tribunalicia especializada encargada de atender, con procedimientos propios, los conflictos individuales o institucionales emergentes de la aplicación de la Ley de Seguridad Social y con su imperio les da solución. Es la consecuencia lógica de la autonomía legislativa.*

*Encontramos la justificación del tribunal especializado, en primer lugar, en la necesidad de contar con jueces que sean versados en el Derecho de la Seguridad Social, su principio-  
logía, su teleología (...)*

*De esta manera, la autonomía jurisdiccional de la Seguridad Social está compuesta por una Cámara Federal, juzgados federales de Primera Instancia de Seguridad Social en la Capital Federal y juzgados federales en el interior del país.*

*El fuero autónomo federal de la Seguridad Social, con rami-  
ficación en todo el país y con una sola Alzada con asiento en  
la Capital Federal, responde a la caracterización del Dere-  
cho de la Seguridad Social, como Derecho Federal.*

*En este orden de cosas, la tarea ya iniciada debe ser com-  
pletada por la sanción de procedimientos propios que res-  
pondan a la naturaleza de las cuestiones debatidas (negri-  
lla fuera del texto).*

---

(17) Chirinos, ob. cit., pp. 71 y ss.

Varias son las razones conceptuales y prácticas que animan una propuesta tal.

Entre ellas, conviene considerar la importante participación de causas referidas específicamente a la seguridad social, a las cuales se irán sumando las relacionadas con las nuevas coberturas y alcances en materia de protección social y las generadas por la maduración del régimen pensional de ahorro individual, que provocarán congestión en los despachos judiciales de los jueces laborales.

No obstante que en Colombia con la Ley 712 de 2003 se instrumentó la jurisdicción especializada del trabajo y la seguridad social, la litigiosidad que se evidencia en materia de protección social, así como la necesidad de contar con jueces especializados en este ramo del derecho, que además apliquen procedimientos y medios técnicos expeditos para la satisfacción de la justicia en este ámbito, impulsan considerar la opción de distinguir despachos competentes para la gestión de asuntos por derechos de la protección social, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la contencioso administrativa.

Otros argumentos al respecto pueden resumirse de la siguiente manera:

La naturaleza fundamental de los derechos en juego, particularmente en el ámbito de la salud.

La aplicación de principios propios en el ámbito de la protección social, entre ellos el de *in dubio pro homine*.

La especificidad material de los asuntos, que demanda conocimientos, experiencia y soporte especializado.

Las relaciones jurídicas de base que se regulan por un ordenamiento especializado.

La naturaleza de las partes.

La condición de subordinación de los beneficiarios frente a los operadores del sistema.

El especial papel del juez en la definición de los derechos (activismo judicial).

La necesidad de aplicar procedimientos especiales (peritazgos, informes científicos, análisis actuariales, etc.).

La carga judicial que representan los litigios en razón de la protección social.

El previsible incremento de litigios en la medida en que el sistema logre los compromisos de universalidad, especialmente en salud.

Las exigencias que surgirán ante la maduración del régimen pensional de ahorro individual.

La necesidad de contar en la materia con decisiones prontas.

La necesidad de encauzar la resolución de conflictos a través de vías y procedimientos ordinarios, para redimensionar el empleo de las acciones constitucionales, en especial la tutela.

El reconocimiento progresivo de nuevos derechos en materia de protección social y la generación de futuros conflictos en el sistema.

El impacto de procesos relacionados con la responsabilidad médica.

El impacto de procesos relacionados con la responsabilidad de los empleadores por culpa.



## CAPÍTULO III

### **Sistemas de protección social**

#### **1. COMPONENTES DE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN SOCIAL**

Analizar un sistema de protección social implica por lo menos la consideración de los siguientes elementos:

- El quién, o contenido subjetivo de la protección social
- El qué, o contenido material de la protección social
- El cómo, o contenido programático de la protección social
- El con qué, o contenido económico de la protección social

Desarrollemos el alcance de dichos componentes en forma sintética.

##### **1.1. Componente subjetivo: ¿a quién cubre el sistema de protección social?**

Se trata de determinar los titulares de los beneficios ofrecidos por los sistemas de protección social y la manera en que se materializan las coberturas.

La materia puede ser definida bajo la denominación conceptual de cobertura subjetiva de la protección social y ha recorrido una permanente evolución, que está distante de terminar.



Se ha señalado cómo el titular último de la protección es la persona, no obstante que la sociedad como tal sea beneficiaria indirecta –pero necesaria– del cubrimiento. Sin embargo, a lo largo de la historia y dependiendo de los criterios políticos que fundan los sistemas, no todos los sujetos han sido titulares de protección.

Los seguros sociales cubren inicialmente en forma exclusiva a los trabajadores. En una segunda fase, la protección se extiende al núcleo familiar de aquellos, según la definición de ley. Con la adopción del modelo inglés, posteriormente, el criterio de la universalidad pretende la cobertura a todos los ciudadanos.

En sistemas avanzados la cobertura se determina por el hecho de la residencia, trascendiendo el criterio de ciudadanía, por lo cual la protección la deberá el Estado a las personas que se encuentren en su territorio.

Prevalece una óptica amplificadora de la protección, que de la cobertura del trabajador se extiende a su familia, surgiendo el concepto de afiliación o protección familiar, generalmente determinada por la cercanía en los grados de consanguinidad y la dependencia económica respecto del titular del aseguramiento.

Tal razón permite afirmar que los sistemas de protección social entrañan el cubrimiento de las familias antes que del individuo, nociones que consideramos esencialmente vinculadas, sobre la base de apreciar cómo estos sistemas proveen beneficios a partir de la titularidad personal, si bien su alcance protector esencialmente busca las coberturas del grupo familiar que depende de aquel.

La evolución hacia la seguridad social y la estructuración de los sistemas de protección social hacen que la cobertura aplique no solamente a quienes cuentan con relación formal de trabajo sino que se extienda a los ciudadanos y, en general, a las personas, alcanzando a los trabajadores independientes y a los informales –a lo menos como aspiración–.

Las coberturas se extienden así mismo a los desempleados. También se persigue que aquellas alcancen a grupos poblacionales desprotegidos o minoritarios o cuya actividad productiva no sea laboral, como en el caso de amos/as de casa, que despliegan su acción en el ámbito doméstico.

El reto que consiste en alcanzar cobertura subjetiva universal es uno de los propósitos centrales de los sistemas de protección social. Se trata de extender la acción real de los sistemas de protección social a todos, aplicando diferentes mecanismos y procedimientos, así como fuentes de financiación, según las condiciones socioeconómicas de las sociedades.

El trabajador informal, quien desarrolla su actividad lucrativa en la calle, el profesional independiente, el trabajador del campo, el trabajador creativo y en casa, el migrante y las personas ocupadas en el servicio del hogar (no trabajadores del servicio doméstico sino amos/as de casa), así como los desempleados involuntarios, son algunos de los grupos poblacionales a los que los sistemas deben dar respuesta, para garantizar la provisión de servicios que permitan unas condiciones mínimas de estabilidad económica.

Es importante mencionar que los sistemas pueden aplicar criterios de (i) obligatoriedad o (ii) voluntariedad en la afiliación a los mismos, y por ende respecto a las coberturas. Se trata de las definiciones en cuanto a la puerta de entrada a la protección social.

En efecto, hay modelos aplicados que establecen la obligatoriedad universal de la vinculación a la seguridad social, equiparando el concepto de persona/ciudadano al de sujeto de la protección social. Bajo esta noción la condición de persona la ubica bajo la titularidad de una vinculación al sistema: coberturas de la cuna a la tumba (y podríamos decir que más allá, en tanto se contemplan coberturas que buscan asegurar a los familiares supérstites).

Todo individuo debe estar afiliado al sistema y debe contribuir al mismo; este criterio está generalmente moderado por el concepto de los ingresos. Es decir, la obligación de afiliación o de pago —según se establezca en el diseño del modelo— dependerá de la capacidad de contribución del sujeto o de su condición de ser productor de renta. En algunos eventos, se discrimina si el origen de la renta es laboral o por actividad independiente, permitiendo que en el caso de los trabajadores por cuenta propia, por ejemplo, la afiliación a los subsistemas de la seguridad social sea voluntaria, lo cual acontecía hasta 2008 en Chile y hasta 2003 en Colombia, por ejemplo.

Al respecto surge además una reflexión que debe considerarse, y es la relacionada con los servicios adicionales o las coberturas voluntarias y su adscripción o no al campo de la protección social. Se trata, verbigracia, de la toma de seguros adicionales de carácter comercial privado, para amparar contingencias como la muerte, o para determinar pensiones voluntarias, o para permitir la provisión de asistencia médica y hospitalaria más allá de los beneficios del sistema obligatorio.

Estamos en presencia de una franja adicional a la obligatoria, que se registrará por las previsiones propias del régimen privado pero que deberá respetar en todo caso la estructura del sistema público de protección social; esto es, un sujeto por principio no podrá renunciar al sistema de protección social argumentando su capacidad de financiar el aseguramiento para sus propias coberturas o pretender imponer éstas sobre las propias del régimen público.

La obligatoriedad del sistema de protección social se reconoce a partir de considerar precisamente la noción de servicio público propia de aquel, y se relaciona con la irrenunciabilidad de derechos, así como con la imperatividad respecto a las obligaciones que emanan del sistema.

En la medida en que dicha obligatoriedad se extienda efectivamente a todas las personas, se fortalecerá el sistema, así la contribución sea fluctuante y dependa en todo caso de los ingresos, pues en estricto sentido la capacidad de pago no afecta la noción de persona ni la inclusión necesaria de aquella en el sistema público de provisión de bienes de la protección social.

La voluntariedad se enfrenta a la noción solidaria y al carácter público que ostenta todo sistema de protección social, y debe reducirse al campo de coberturas selectivas o adicionales, el cual representa un importante sector que, a su turno, debe ser desarrollado, pues implica poner de relieve la importancia del ahorro para la previsión social y abrir las puertas a que, contando en todo caso con garantías mínimas, quienes tengan la opción de contribuir mayormente al aseguramiento puedan derivar beneficios adicionales, si bien sin desvirtuar la naturaleza colectiva del seguro.

Los sistemas de protección social pueden ser clasificados, según promuevan o realicen la universalidad o se limiten a brindar coberturas a ciertos sectores, criterio que es determinante en la calificación de un sistema efectivo de protección social.

Podemos anotar que, en nuestro concepto, un genuino sistema de seguridad social, para ser tal, debe realizar o aspirar a realizar progresivamente la universalidad en la cobertura subjetiva, pues de lo contrario cambia su naturaleza, para convertirse en una forma de seguro o de cubrimiento de necesidades de grupos o sectores, mas sin el alcance propio de aquellos esquemas que pretendan ser protección social.

De otro lado, téngase en cuenta que las coberturas en seguridad social para los grupos poblacionales pueden ser manejadas con criterios (i) de generalidad o (ii) de particularidad, en tanto se definan administradoras y sistemas según grupos productivos o humanos. Se trata de estructurar esquemas de provisión especiales conforme se trate de personas o grupos con condiciones y beneficios particulares, o de aplicar criterios de generalidad y uniformidad para las personas cubiertas, materia que será propia de las definiciones que adopten los sistemas en cuanto al contenido programático de los mismos.

En el caso de Colombia apréciase cómo la afiliación al sistema de seguridad social es obligatoria para quienes tengan capacidad de pago y se da tanto en el sistema de salud (régimen contributivo), como en el de pensiones. A partir de la Ley 797 de 2003, los contratistas independientes fueron obligados a vincularse al sistema de pensiones; por su parte, la afiliación al sistema de riesgos profesionales y de subsidio familiar es obligatoria para quienes estén vinculados mediante contrato de trabajo; los contratistas independientes son afiliados voluntarios al sistema de riesgos profesionales.

Los asociados a cooperativas de trabajo asociado obligatoriamente harán parte de los subsistemas de la seguridad social, y a partir de 2009 también deberán afiliarse al sistema de subsidio familiar, si la facturación de la cooperativa en el año anterior supera un monto definido por la ley.

Los trabajadores independientes, los informales y los desempleados podrán ser afiliados voluntarios del sistema de subsidio familiar, según lo preceptuado por la Ley 789 de 2002.

El alcance de la protección social se expresa en relación con los colombianos sometidos al imperio del orden jurídico nacional; lo anterior considerando que la Corte Constitucional dio vía libre a la definición que al efecto trae el artículo 1º de la Ley 789 aludida, no obstante que se había demandado por inconstitucionalidad la expresión, al pretender que la cobertura se definiera no en relación con la nacionalidad, sino por la condición de persona natural.

Vale señalar así mismo que los extranjeros sometidos a la legislación nacional deberán cumplir con las obligaciones del sistema.

Las personas sin capacidad de pago se vincularán al sistema de salud por medio del régimen subsidiado, aplicándoseles el modelo de aseguramiento, con la particularidad de que la prima correspondiente será pagada por el Estado, a través de subsidios a la demanda.

Recientemente se excluyó de la obligación de afiliarse y contribuir al sistema de pensiones a quienes declaren, como trabajadores independientes, percibir ingresos hasta por un salario mínimo legal mensual, los cuales recuperan la opcionalidad en cuanto al aludido pago.

En lo que respecta a las prestaciones más allá de la seguridad social clásica y ya en el contexto de la protección social, conviene señalar que las mismas se orientan a favor de los desempleados y de sectores de la población en condición de vulnerabilidad. Al respecto, como se detallará en capítulo posterior, debe tenerse en cuenta la adopción de múltiples instrumentos normativos mediante los cuales se pretende cubrir a poblaciones especiales, bien por efectos de la enfermedad (enfermos de sida, p. ej.) o por condiciones de edad (niños y adultos mayores) o por razón de capacidades especiales (discapacitados) o por efectos sociales (reinsertados, desplazados, secuestrados, jefes de hogar), respecto de los cuales se aplican condiciones particulares en materia de protección social. Pese a que se estructure un sistema único e integrado, tienden a surgir esquemas especiales de protección como los atrás mencionados y también, en el caso del sistema prevalente para la protección en salud para los niños.

## 1.2. Componente material: ¿qué cubre la protección social?

Se trata de identificar los contenidos, prestaciones o beneficios a cargo del sistema de protección social, esto es, precisar las necesidades que se cubren con el mismo y el ámbito material de la protección. En efecto, es preciso establecer cuáles son las coberturas que colectivamente se definen como necesarias para proveer los mínimos de aseguramiento en frente a los distintos riesgos o contingencias, lo cual supone, en esencia, definir el concepto mismo de protección social, en tanto exige un acuerdo sociopolítico, con manifestaciones jurídicas, sobre lo que se pretende proteger.

Si bien la pensión que cubre las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte se asume como cobertura propia de todo sistema de seguridad social, ¿será la vivienda mínima esencialmente una prestación de la protección social? Y el crédito como servicio social, ¿podrá ser apreciado como prestación tal? Y la provisión de alimentos básicos, ¿deberá ser considerada como servicio que cubre una necesidad de la protección social, particularmente en la atención de niños?<sup>(1)</sup>

En fin, se trata de una materia tan rica y extensa como controvertida y provocadora de conceptos, debates, propuestas y realizaciones políticas, para bien de la justicia y de la convivencia en paz, que tendrá mucho que ver con el diseño institucional estatal de la política social y con el logro de las finalidades sociales del Estado.

Como lo expresa la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS), "...la seguridad social es un concepto amplio y también es funcional distinguir entre los programas, las agencias y los sistemas. En lo que sigue, todas las discusiones deben entenderse para referir el entorno de la seguridad social, que incluye los tres conceptos. Sin embargo, las aplicaciones pueden variar significativamente dependiendo (de) si se va a evaluar una agencia, un programa o un sistema".

---

(1) Como ejemplo apréciase el artículo 45 de la Constitución Política de Bolivia, promulgada el 7 de febrero de 2009, para la cual integran la seguridad social la atención por epidemias, los riesgos por labores de campo, la vivienda y otras previsiones sociales.

Más adelante, la citada Conferencia orienta sobre el contenido de los programas de seguro social, señalando que los mismos se comprenden en tres grandes grupos:

*...pensiones, salud y servicios sociales, separando entre los últimos el cuidado de largo plazo y los programas de cuidado infantil. La 'visión' de la seguridad social en la mayoría de los países sigue esta clasificación. Pero cada clase tiene complejidades internas como sabemos, un sistema de pensiones es en realidad, una mezcla de jubilación, invalidez general y de programas de compensación de los trabajadores; y un sistema de salud es también una combinación de programas para trabajadores activos, jubilados, niños, personas con discapacidad y otros grupos. Los programas de cuidados de largo plazo reúnen elementos de las pensiones y sistema de salud, mientras que en el cuidado para los niños se mezcla la financiación proveniente de la seguridad social con las características del sistema general educativo. Con frecuencia, los programas tienen traslape operativo y son complementarios<sup>(2)</sup>.*

Sobre la definición del componente material de los sistemas de protección social, podemos encontrar dos grandes concepciones: (i) las teorías amplias y (ii) las teorías de carácter restringido.

### 1.2.1. *Concepciones amplias*

En virtud de ellas la protección social emerge como mecanismo para eliminar todos los estados de necesidad de la población y establecer una justa distribución de ingresos.

Comprende entonces:

---

(2) Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS), "Informe sobre la seguridad social en América 2009: Evaluación en los Sistemas de Seguridad Social", México, D.F., 2008, p. 10.

- Los seguros sociales
- Las prestaciones familiares
- La asistencia social
- La política social y de empleo con la redistribución de ingresos

Las tesis amplias resaltan que el sistema de protección social cumple varias tareas fundamentales en el Estado, entre ellas:

- Previsión social a través de los seguros sociales
- Regulación de la economía
- Impacto en la política de empleo
- Redistribución del ingreso
- Mejoramiento de la calidad de vida y cumplimiento de los cometidos sociales del Estado
- Control poblacional
- Atención de contingencias y prestaciones individuales y sociales

La Corte Constitucional, en Colombia, ha reconocido un criterio amplio sobre los alcances de la seguridad social, consultando los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente, si bien ha terminado por señalar que por razones de la realidad económica y de la aplicación de la progresividad, la definición normativa del sistema se concreta en una apreciación restringida.

Revisando los antecedentes de la Carta Política de 1991, se tiene que la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente en su Informe-Ponencia para primer debate en plenaria señaló:

*Un principio fundamental orienta esta exposición: la concepción de los ciudadanos como iguales ante la vida y no únicamente ante la ley.*



(...)

*Nuestra concepción de la finalidad social del Estado debe ir necesariamente más allá de la retórica. La seguridad social constituye un elemento indispensable para posibilitar unas condiciones de vida dignas; tal vez no haya instrumento más eficaz para el cumplimiento de la finalidad social del Estado.*

*Desde el punto de vista de la cobertura de la seguridad social una concepción amplia permite el derecho a toda la población, una más estrecha únicamente a los trabajadores.*

*Con respecto a las contingencias previstas, la concepción amplia involucra aspectos como recreación, vivienda, desempleo y otros derechos indispensables a la dignidad del ser humano. Una visión más restringida protege únicamente la salud y los riesgos de invalidez, vejez, sobrevivencia, enfermedad profesional y accidente de trabajo<sup>(3)</sup>.*

Como lo resalta el catedrático Hernández Henríquez<sup>(4)</sup>, la seguridad social en sentido amplio comprende:

- Los seguros sociales
- La previsión social
- La asistencia social
- El pleno empleo
- La política de salarios
- La sanidad pública

---

(3) Tomado de *Gaceta Constitucional* N° 78, 21 de mayo de 1991, pp. 2 y ss.

(4) Hernández Henríquez, Fabián Ignacio, *Apuntes de clase. Introducción a la Seguridad Social - Pensiones*, Barrera & Hernández Abogados, Universidad Católica, 2006.

- La política de educación
- La política de vivienda
- La beneficencia

### 1.2.2. *Concepciones restringidas*

Señalan una diferenciación entre la política social y la protección social. En particular, la seguridad social cubre las contingencias generadas por la enfermedad, la disminución, terminación o suspensión de la capacidad de trabajo, la muerte del jefe de la familia y las asignaciones familiares.

Para quienes así opinan, la definición de las coberturas de la seguridad social –en la base de los sistemas de protección social– depende de coberturas mínimas que han sido recogidas por la doctrina clásica y corresponden a instrumentos internacionales que se imponen a los Estados, y que éstos desarrollarán en forma progresiva conforme a sus posibilidades, sin desconocer unos principios de inmediato impacto.

En efecto, el Código Iberoamericano de Seguridad Social adoptado en 1995 en Madrid (España), e incorporado al ordenamiento colombiano por la Ley 516 de 1999, reconoce las siguientes ramas básicas de la seguridad social:

- “a) Asistencia sanitaria, como prestaciones universales que cubren la prevención y la asistencia de la enfermedad y la rehabilitación.
- b) Vejez, prestación a quienes superen una edad determinada con un pago periódico.
- c) Prestaciones por enfermedad, prestaciones monetarias por enfermedad o accidente no de trabajo.
- d) Desempleo, auxilios a quienes de manera involuntaria han perdido el empleo, son personas aptas para trabajar y están disponibles para el trabajo (pagos periódicos o únicos).

e) Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que cubren incapacidades y prestaciones económicas.

f) Prestaciones familiares, que cubren la contingencia de tener hijos o personas a cargo.

g) Maternidad, que cubre la contingencia del embarazo, el parto y sus consecuencias.

h) Invalidez, cuando la incapacidad subsiste y cesa el pago de las prestaciones monetarias por enfermedad.

i) Muerte y supervivencia, que cubre la pérdida de medios de subsistencia por la persona en viudez o por los hijos que tienen a su cargo el cuidado de la familia.

j) Servicios sociales, con programas para sectores vulnerables de la población que necesitan atención específica”.

Tal listado de coberturas para definir materialmente los sistemas de seguridad social se contiene así mismo en el Convenio 102 de 1952 de la OIT o norma mínima.

En relación con el caso de Colombia, téngase en cuenta que la Ley 100 de 1993 reconoce la cobertura de los siguientes regímenes, con base en la descripción de los libros que la integran:

- Sistema de pensiones
- Sistema de salud
- Sistema de riesgos profesionales
- Servicios sociales complementarios

La Ley 789 de 2002, por su parte, creó el sistema de protección social, a partir del cual se ha dado inicio a una nueva etapa en la conceptualización y definición del sistema en el país.

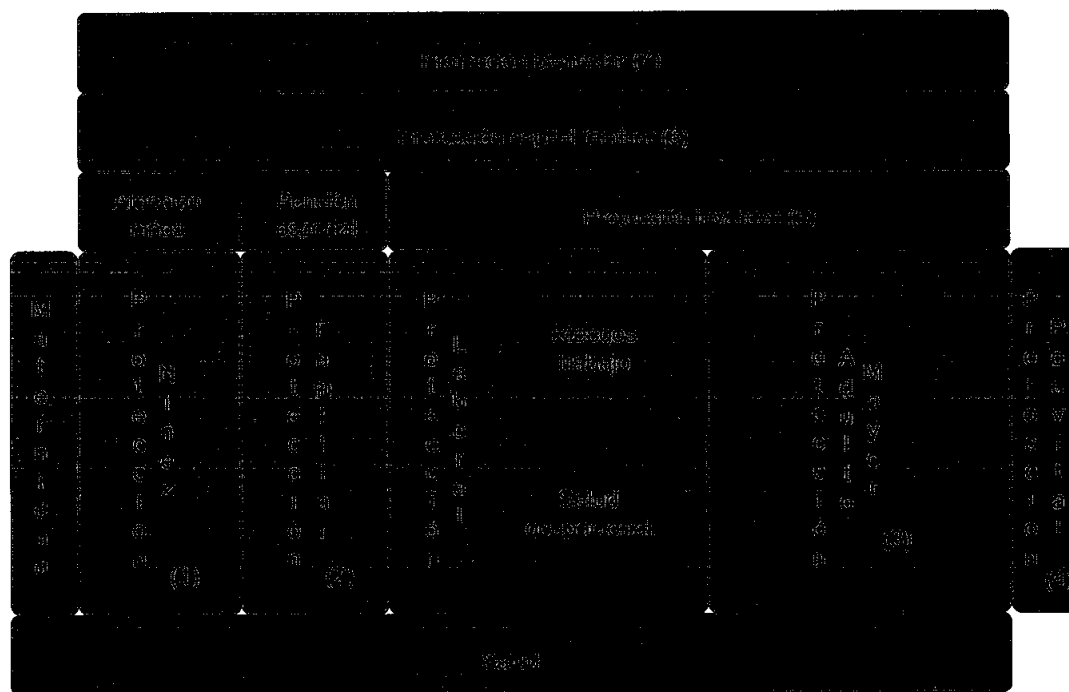
Debe mencionarse igualmente que si bien no encuentra mención en la Ley 100 de 1993, desde la década de 1950 opera en Colombia el sistema de subsidio familiar, bajo administración de las cajas de compensación familiar.

Vale la pena tener en cuenta que la identificación de las coberturas de un sistema de seguridad social, componente de la protección social genéricamente considerada, se refiere por el criterio de la integralidad al ciclo de la vida humana, en cuanto los sistemas de aseguramiento persiguen acompañar a la persona en su desarrollo por las diferentes etapas de la vida.

Si bien la titularidad de la protección social, como se ha dicho, se radica en el individuo, es factible apreciar una relación conceptual entre los diferentes componentes del aseguramiento social y las diversas etapas del hombre, para identificar cómo los regímenes o subsistemas de la protección, se refieren directamente a algunas de ellas.

Se trata de aplicar una visión antropomorfa a la consideración de las coberturas del sistema, en virtud de la cual podríamos apreciar lo siguiente:

## Ciclo de vida y protección social



- (1) Asignaciones familiares, alimentación, estimulación e inclusión social; (2) Asignaciones familiares, jornada escolar complementaria, educación; (3) Pensión de jubilación; (4) Pensión sobrevivientes, auxilio funerario; (5) Pensión asistencia social; (6) Subsidios vivienda; (7) Servicios sociales

—*Acceso a los servicios de salud*

Las coberturas por enfermedad general se extienden durante toda la vida del ser humano, por lo que, podemos apreciar, estas son la base de la protección, desde la concepción hasta la muerte biológica.

En la base se ubica el componente de la salud pública, que incide en la salud colectiva y es el fundamento de las condiciones apropiadas para la sanidad individual.

En cada etapa de la vida se presenta un relacionamiento particular de los servicios de salud con el beneficiario, presentándose necesidades diferentes, así como diversos satisfactores para aquellas.

Así por ejemplo, en la etapa final del ser se demandan ordinariamente beneficios de salud con costos importantes, al igual que se pueden requerir atenciones o cuidados de largo plazo, en la órbita del acompañamiento personal (cuidadores de adultos mayores<sup>(5)</sup>).

—*Acceso a servicios para niños y para la familia*

Clasificar las prestaciones de la seguridad y la protección social a partir de las etapas del individuo permite identificar los énfasis del aseguramiento de cara a las condiciones de los sujetos protegidos.

De manera particular, la consideración sobre las necesidades de los niños y el reconocimiento por los ordenamientos jurídicos, de derechos prevalentes a su favor, implican admitir que un eje prioritario de todo sistema de protección social hoy, ha de enfocarse en la atención y cuidado de los menores de edad<sup>(6)</sup>.

---

(5) Ver al respecto, por ejemplo, los alcances de la Ley de Dependencia adoptada en España el 14 de diciembre de 2006, bajo el número 39, para la “promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”.

(6) Ver al respecto ponencia de Gabriel Martínez González, Secretario General de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS), sobre servicios sociales y retos de la seguridad social, pronunciada el 30 de octubre en el Congreso de Servicios Sociales organizado en Santiago de Chile por la Asociación Gremial de Cajas de Asignaciones Familiares (<[www.ciss.org.mx](http://www.ciss.org.mx)>).

Esta puerta para la protección coincide esencialmente con el enfoque de política social de los Estados y con la orientación de la Declaración de Objetivos del Milenio de la ONU.

Las coberturas que ordinariamente se requieren para esta población se dan en los campos de (i) la salud, (ii) la atención intrauterina y posparto, el cuidado inicial al recién nacido, (iii) la nutrición, (iv) el afecto y (v) la educación y estimulación temprana, para el desarrollo de habilidades cognitivas y de relación.

Acá concebimos como esencialmente adscrita a esta categoría, la tarea a cargo de los sistemas de subsidio familiar, pues ellos proveen recursos y/o servicios por el hecho de contar los asegurados con personas a cargo, especialmente niños. Las asignaciones familiares tienen por razón de ser, pues, la protección de los menores.

Junto a los servicios del subsidio familiar se aprecian en este ámbito las labores que desarrollan las agencias públicas en materia de cuidado de menores; para el caso de Colombia, lo que compete al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

Se suman a este frente las acciones en materia de nutrición infantil y provisión de servicios de formación, educación y desarrollo de habilidades de los menores. Muchas de ellas corresponden a los entes estatales y territoriales, si bien algunas han sido asignadas así mismo, en el caso colombiano, a las cajas de compensación familiar a través del programa de atención a niños pobres y del desarrollo de proyectos de nutrición materno infantil.

Bajo una interpretación diferente, a nuestro juicio, la pensión de sustitución entraña una naturaleza relacionada más con la protección de la familia que con la cobertura al inactivo, razón por la cual la ubicamos, para los efectos de la presente clasificación, en el ramo de prestaciones que cubren a la niñez y a la familia.

*— Acceso a servicios para el trabajador*

Corresponde al aseguramiento de la persona en su etapa productiva y a la provisión de servicios que le son propios en su condición de trabaja-

dor activo, tanto para que su desenvolvimiento laboral sea el mejor y asegure sus condiciones de salud y vida, como también para que disfrute de servicios que permitan su desarrollo personal, en armonía con su desenvolvimiento humano.

Comprenden tales servicios todas las coberturas relacionadas con la prevención y la atención de los riesgos del trabajo (accidentes de trabajo y enfermedades laborales) y el desarrollo de la salud ocupacional. Igualmente, corresponde a la provisión de servicios sociales para los trabajadores y sus familias.

Se trata de un campo en estrecha relación con el sistema de salud, si bien cuenta con la particularidad del enfoque en lo que respecta al diseño y ejecución de prestaciones para las personas durante su vida laboral productiva, sea formal o informal, bajo formas de contratación laboral, en convenios de trabajo asociado, por servicios u otras formas que se desarrollen.

Para Colombia, este frente correspondería a la actuación de las administradoras de riesgos profesionales, de las cajas de compensación familiar y del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), pues entraña así mismo el concepto de la capacitación para el empleo y el derecho al perfeccionamiento de habilidades técnicas y profesionales para el desempeño de la actividad productiva.

— *Acceso a servicios para personas en condición de inactividad laboral*

Comprende dos grandes focos subjetivos de atención: (i) los cesantes o parados forzosos y (ii) los incapacitados o las personas que por edad no ejercen actividad económica.

En este ámbito se desarrollan las prestaciones de subsidio al desempleo, seguro al desempleo, capacitación y servicios para los desempleados, y las políticas de promoción de empleo. Igualmente corresponde a la materia previsional en sentido estricto, esto es, al reconocimiento de pensiones por vejez y por invalidez.

Esta categoría de prestaciones se caracteriza por el hecho de que los servicios que la integran buscan proveer recursos sustitutivos a los obte-



nidos por el ingreso productivo ordinario, el cual cesa o se disminuye, por uno u otro motivo, orientándose a favor de personas en condición de inactividad involuntaria.

Repárese en la necesidad de afrontar mediante política pública, así mismo, la inactividad voluntaria de las personas. En gran medida, la respuesta al efecto corresponde al ámbito de la asistencia social; piénsese, por ejemplo, en el caso de individuos que voluntariamente no laboran o que se someten a la caridad para obtener ingresos de subsistencia o que realizan actividades ilícitas para obtener ingresos.

Frente a éstos, la respuesta no será necesariamente desde la protección social o la seguridad social. No obstante ello, habrá de buscarse encauzar las acciones de cobertura también a estos grupos poblacionales, como también en el caso de personas que voluntariamente desarrollan actividades económicas, pero no productivas desde la perspectiva del mercado laboral. Se trata, verbigracia, de las amas y amos de casa o de los miembros de comunidades religiosas o de voluntarios en fraternidades o grupos asimilables.

Entre las prestaciones propias de esta categoría están también los auxilios, subsidios o seguros funerarios.

Así mismo, se ubican en esta categoría las prestaciones de protección social consistentes en pensiones no contributivas o pensiones de subsistencia, orientadas a proveer recursos o especies que cumplan con la satisfacción de la necesidad alimentaria de personas en condición de inactividad laboral productiva.

Téngase en cuenta, finalmente, que una persona en una etapa de su vida podrá combinar el ser trabajador productivo con el disfrute de una pensión; en estos eventos se tiene que la prestación pensional se concibe más como retribución a servicios ejecutados, constituyéndose en un ingreso ganado adicional. Los ordenamientos, por ello, persiguen extender la edad jubilatoria o adoptan medidas para restringir las posibilidades de realizar actividad laboral productiva en forma simultánea con el disfrute del derecho pensional, particularmente en los sectores oficiales, en los que se aplican esquemas de retiro forzoso por edad. De la misma manera se es-

tablece en el sector privado la posibilidad de dar por terminado el contrato de trabajo cuando se accede a la pensión.

Cuando esto último ocurre, nótese que la persona pensionada, en tanto ejerza actividad laboral, seguirá siendo sujeta de las prestaciones de salud, tanto por riesgo común como en lo que respecta a los servicios de sistema de riesgos del trabajo.

—*Acceso a servicios sociales*

Se refiere este componente a la provisión de servicios que proceden sin consideración a una etapa particular de la vida y que se entienden como adicionales a los clásicos de la seguridad social, reconocidos por las posibilidades y exigencias de la convivencia en sociedad.

Entre ellos se citan: (i) el acceso a vivienda, (ii) la capacitación y formación, (iii) la recreación, el deporte y el uso del tiempo libre, y (iv) el crédito.

Como se aprecia, se trata de coberturas que se desprenden de la coexistencia de la persona en sociedad y de la atención de necesidades personales y familiares de inclusión. La gama es muy amplia y cubre así mismo servicios de mercadeo, alimentación, cultura, entre otros.

Algunos de estos servicios los incluyen los sistemas dentro de las ramas de la seguridad o protección social; en otros casos se manejan con criterio de independencia, pero en toda circunstancia están estrechamente relacionados con la provisión de bienes de aseguramiento social, para el logro del bienestar.

En algunos de ellos apenas se avanza en la conceptualización sobre su categoría como derechos sociales y económicos, tal como acontece con el tema del crédito<sup>(7)</sup>.

---

(7) Ver al respecto la interesante evolución que tiene la materia en el sistema de seguridad social en Chile y el papel que cumplen las cajas de compensación de asignaciones familiares en la provisión de crédito social, como derecho de los afiliados a ellas.

### 1.3. **Componente programático: ¿cómo se realiza la protección social?**

El componente en examen se encuentra definido por cada sociedad en su normatividad y a partir de las decisiones políticas correspondientes. Se trata de resolver cuáles son los satisfactores que se reconocen en un sistema político para atender las necesidades básicas del individuo en el campo de la protección social y cómo instrumentarlos.

Cada sociedad es autónoma en la identificación y aplicación de los modelos y técnicas de gestión para su sistema de protección social, encontrándose combinaciones y adaptaciones según las condiciones y necesidades de cada Estado, por lo que no es posible hablar de un modelo o técnica puro, sirviéndonos aquellos de referencia conceptual.

El componente programático implica (i) las técnicas de la seguridad social y (ii) la definición en torno al modelo de gestión.

Las técnicas varían según las coberturas y las poblaciones cubiertas se manejen de manera separada o conjunta (contingencia/administrador), y según el papel desarrollado por cada operador: asegurador, administrador, recaudador, prestador y controlador.

Esto es, las contingencias o riesgos o servicios a cargo del sistema pueden ser prestados por un solo operador para la universalidad de la población cubierta, caso atípico pues de entrada, aun en los modelos de seguros sociales, se diferenció entre los asegurados del sector privado y los del sector público, aplicando por lo menos la existencia de dos operadores.

Igualmente pueden ser asumidos por distintos operadores, según sectores o grupos poblacionales cubiertos, al punto de permitirse la prestación del servicio por seguros corporativos o entidades administradoras de regímenes especiales, en el número que se ajuste a las condiciones históricas y sociales de la colectividad de que se trate.

Los operadores, por su parte, pueden ser los encargados de cubrir todas las prestaciones del sistema, esto es, atender las coberturas de la población a su cargo en los ramos que constituyen el contenido material de la protección social, o asumir exclusivamente y con criterio de especialidad alguno o algunos de ellos.

Apréciase en Colombia, por ejemplo, cómo el ICSS primero y luego el ISS asumió, progresivamente, la prestación de las coberturas en pensiones, salud y riesgos profesionales de los trabajadores del sector privado en el país. Con la reforma de 1993, si bien se mantuvo un mismo operador como razón jurídica, se dio inicio a un proceso interno de especialización que hizo que se diferenciaron los servicios de prestación médica (escisión de las unidades prestadoras de salud, que terminaron convirtiéndose en empresas sociales del Estado, con autonomía) y, posteriormente, que se dotara de autonomía a las unidades de cubrimiento en pensiones, salud y riesgos profesionales, al punto de generarse la sustitución en la operación de cada una de ellas por instituciones diferentes al ISS; proceso este que en 2008 concluyó con la creación de entidades como la NUEVA EPS, POSITIVA ARP y COLPENSIONES de tránsito más lento, para asumir con plena independencia la provisión del aseguramiento en cada uno de los ramos de la seguridad social.

Nótese igualmente, en el caso de Colombia, la operación independiente de las cajas de compensación familiar como administradoras del servicio de subsidio familiar en el país y de las prestaciones por desempleo, conforme lo mandado por las leyes 21 de 1982 y 789 de 2002. A su turno, las aludidas cajas pueden participar en la prestación de otros servicios de la seguridad social en Colombia, bien operando algunos de sus ramos en forma directa o concurriendo en la constitución de entidades especializadas. En otros países, por el contrario, las asignaciones familiares son asumidas como prestaciones de la seguridad social por el instituto encargado de la provisión de prestaciones pensionales y médicas, o se administran centralmente desde el Estado.

La materia programática amerita particular análisis, además por cuanto implica considerar la estructura de los sistemas de protección social y las posibilidades de participación en ellos de los particulares.

¿Conviene que el asegurador y prestador de los servicios de la protección social sea uno, o es preciso individualizarlos por riesgos, contingencias o servicios? ¿Y aquel deberá ser el Estado? ¿Y cuál el papel de operadores privados? ¿Es pertinente mantener esquemas de aseguramiento especiales por grupos o sectores, o debe tenderse a la homogenización?

Las respuestas a estas inquietudes no son exactas ni se puede pretender aplicarlas con validez universal, pues dependerán de las variables sociales, políticas, económicas y jurídicas de cada sociedad. Igualmente variarán conforme los Estados adopten reformas en la materia.

Apréciense al respecto, por ejemplo, las constantes reformas en Colombia a la estructura del sistema de protección social, que se observarán en sección diferente de esta obra, como también la reciente reforma en Chile<sup>(8)</sup> que consolidó un pilar solidario para su esquema previsional, o las reformas experimentadas en Argentina, que a partir de propuestas en 2008 conducen a la eliminación de las administradoras de fondos de pensiones para retornar a una administración estatal sobre los recursos del subsistema, como también la aplicación en países del norte europeo de esquemas de técnica mixta, en cuanto combinan la administración estatal con la definición de cuentas individuales para el retiro.

El otro aspecto que debe tenerse en cuenta en lo que respecta a las técnicas organizativas del servicio de protección social es el referido al rol a cargo de cada uno de sus operadores y a la determinación en cuanto a si este debe ser especializado y único o puede ser combinado o mixto.

¿Un mismo operador debe cubrir todos los riesgos, contingencias o servicios, o debe tratarse de actores diferenciados y autónomos? Pero así mismo, ¿cuál es el papel que cumple ese operador de cara al servicio?

Esta materia entraña una reflexión de fondo sobre el concepto mismo de la protección social, en cuanto a (i) si esta implica el aseguramiento de contingencias por un tomador, que se trasladan a un asegurador contra el pago de una prima, para atender los efectos que se causen en un beneficiario, o (ii) se trata de un esquema de administración de recursos públicos, para la satisfacción de servicios sociales.

---

(8) Ver Ley 20255 de 2008: ART. 1°—*Créase un sistema de pensiones solidarias de vejez e invalidez, en adelante, “sistema solidario”, complementario del sistema de pensiones a que se refiere el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, en la forma y condiciones que el presente Título establece, el que será financiado con recursos del Estado. Este sistema solidario otorgará beneficios de pensiones básicas solidarias de vejez e invalidez y aportes previsionales solidarios de vejez e invalidez.*

Las técnicas aplicadas en los sistemas juegan entonces con el reconocimiento bien de un rol asegurador o de un rol administrador, con las consecuencias jurídicas y políticas que ello entraña, en especial en cuanto a los efectos por la traslación del riesgo y las responsabilidades del operador.

El otro aspecto a considerar en este punto tiene que ver con las definiciones técnicas organizativas que se adopten respecto de quién debe asumir los diferentes procesos que se dan en un sistema de protección social.

En efecto, con independencia del carácter público o privado de la administración y de la técnica de aseguramiento o administración, se darán procesos necesarios en todo sistema, tales como la recaudación de recursos, el pago de beneficios y el control. Debe entonces definirse quiénes atenderán esos procesos, y si los mismos deben concentrarse o no en el operador (es) del sistema, o si es menester crear organismos especializados.

La doctrina del pluralismo estructurado que de manera particular ha impulsado las reformas al sistema en Colombia, a partir de orientaciones de organismos internacionales desde el Consenso de Washington, aboga por la necesaria especialización en la atención y en los procesos asociados a la protección social, bajo el argumento según el cual el que cada actor realice una función le permite especializarse y brindar un servicio de calidad, bajo la perspectiva de su racionalidad. Como en una orquesta, el pluralismo pretende explicar la armonía melódica a partir de que cada operador haga lo suyo y exista una autoridad de dirección que regule y ordene la integralidad del sistema, bajo la aplicación razonable de las expectativas comunes del mismo.

Desde esta óptica es plenamente lógico, por ejemplo, que se creen los operadores de información, como entidades independientes encargadas de administrar la información y canalizar los pagos que por recaudos se realizan en el sistema de protección social en Colombia, función que antes estaba dispersa y que correspondía a cada actor por subsistema. En el mismo sentido se persigue especializar en un proceso todo lo atinente a la afiliación, movilidad y retiro dentro del sistema.

En términos generales, los modelos de gestión para los sistemas de protección social son típicamente de cuatro clases:

- Públicos
- Privados
- Solidarios
- Mixtos

La aplicación de las categorías propuestas dependerá del grado de intervención de la administración estatal y/o de la privada en la provisión del servicio de protección social, así como de la asignación de responsabilidades en la materia a organizaciones del tercer sector o de la economía solidaria, o a instituciones con participación de capital público y capital privado; en relación con esto último, consideramos que es el colombiano un buen referente en lo que atañe a la sinergia entre el sector público y el sector privado para la provisión del aseguramiento.

#### **1.4. Componente económico: ¿cómo se financia la protección social?**

Al considerar el componente financiero de los sistemas de protección social, se trata de resolver dos preguntas fundamentales: ¿Quién tiene a cargo la financiación?, y, ¿Bajo qué esquema se administran los recursos?

La financiación de la seguridad social ha estado a cargo de las familias, de la caridad pública o institucional y, modernamente, de los trabajadores, de los empleadores y del Estado.

La financiación de los servicios de la protección social puede hacerse a través de aportes y/o de impuestos, sin perjuicio de explorarse el empleo de otras fuentes, entre las que modernamente apreciamos como opciones las que derivan de la cooperación internacional y de las remesas de nacionales residenciados en otro país, con las cuales es posible asegurar las coberturas para los miembros de la familia que permanecen en el país de origen.

El punto sobre la causa de la financiación de los sistemas de aseguramiento social es de especial impacto y distingue dos grandes categorías de operación: (i) de un lado, la de aquellos sistemas que fundamentan los

recursos para el sistema de protección social en impuestos, (ii) de otro, la de aquellos que hacen lo propio en aportes de los tomadores y/o beneficiarios.

La mixtura en cuanto a la financiación es indudable, por cuanto, pese a estructurarse esquemas de aportación universal, se requerirán recursos fiscales para la satisfacción de ciertos beneficios o coberturas, en particular en lo que se refiere al ámbito de las coberturas de la promoción social.

En efecto, los servicios más cercanos a la política social, tales como la nutrición, la provisión de elementos para los desempleados, la atención de crisis sociales y económicas o la provisión de salud para personas sin capacidad de pago, corresponderán en su financiación a recursos que gire el Estado a partir de ingresos de origen general, esto es, de impuestos

Lo anterior, además, para el caso de satisfacer las prestaciones mínimas que los sistemas acogen como garantías a los titulares de la protección, llámense pensiones mínimas o servicios de urgencias en salud, por ejemplo, y en el evento de no ser suficientes los recursos aportados para su financiación o de no cumplirse los requisitos de ley para su otorgamiento.

Así mismo, entran los Estados a soportar financieramente a los sistemas de protección y seguridad social cuando, por razones de administración o de inadecuados cálculos actuariales o de variables macroeconómicas, los fondos arbitrados para la atención de las coberturas (véase el caso de los fondos pensionales de reparto o el de las cuentas para la satisfacción de necesidades de salud, como el FOSYGA en Colombia) no son suficientes, requiriéndose entonces suplir los faltantes con giros que provienen del tesoro público.

No obstante lo mencionado, téngase en cuenta que en todo caso la financiación de la seguridad social provendrá de recursos originados por el esfuerzo “privado”, esto es, que tanto en el evento de los aportes como en el caso de la aplicación de impuestos los recursos tienen origen en la generación privada de riqueza, la cual se convierte en propiedad pública, sea como impuestos o mediante aportaciones específicas al sistema de protección social.

La diferenciación entraña en todo caso aspectos de importancia, entre ellos:



—La administración de los recursos, por cuanto si engrosan el presupuesto público, se someterán a las reglas de la presupuestación estatal, favoreciendo que la operación del sistema se radique principalmente en agencias estatales.

—La disponibilidad de los mismos, pues si entran al presupuesto público se someterán a los trámites presupuestales y de aprobaciones, en cuanto a salidas, haciendo más dispendioso el camino que cuando los recursos ingresan y se afectan de manera directa en cabeza del operador u operadores de los subsistemas de la protección social.

—La conceptualización en cuanto al origen y el destino, pues, en la medida en que se trate de aportes, tanto los responsables y beneficiarios como los operadores y el Estado asumirán que aquellos están destinados a la satisfacción del servicio para los destinatarios del mismo, nexo que se desdibuja en tratándose de impuestos, pues éstos por esencia no tienen destinación específica y están llamados a engrosar las arcas públicas, para que posteriormente se identifique la aplicación de los mismos a las necesidades que se definan socialmente.

El esquema de aportes a la seguridad social nos conduce a la noción de cotizaciones. Estas puede ser (i) de un responsable, (ii) bipartitas o (iii) tripartitas. Los aportes al sistema de seguridad social han sido definidos como de naturaleza parafiscal, con las consecuencias que ello comporta. Duverger hablaba de tales aportes como “impuestos corporativos”.

Téngase en cuenta que el artículo 338 de la Constitución Política en Colombia alude a los ingresos fiscales y parafiscales. Las cotizaciones a seguridad social se encuadran dentro del concepto de recursos públicos como *contribuciones especiales*. En algunas latitudes se les denomina “contribuciones de seguridad social”.

No se olvide que las contribuciones pueden ser de tres clases: (i) por servicios impuestos, (ii) por mejoras y (iii) parafiscales, y en todo caso implican una exacción de origen público y de carácter obligatorio, destinada a cubrir una necesidad de orden general, no obstante puedan satisfacer así mismo expectativas particulares.

Surge en este aspecto el interés por revisar con detalle la naturaleza de tales aportes y su clasificación especial en el ámbito del derecho de la Ha-

cienda Pública, habiendo reconocido ya la Corte Constitucional el carácter atípico de los aportes a seguridad social, como parafiscales<sup>(9)</sup>.

En referencia a los aportes con destino al subsistema de subsidio familiar, la Corte ha indicado en la mencionada sentencia:

“No obstante, habría que precisar que estas contribuciones son rentas parafiscales atípicas si se repara en el elemento de la destinación sectorial, toda vez que han sido impuestas directamente por el legislador en cabeza de determinado grupo socio-económico –los empleadores–, pero con el objeto de beneficiar a los trabajadores. Al respecto debe anotarse que para la jurisprudencia constitucional el concepto de grupo socio-económico supera la noción de sector, y debe entenderse en un sentido amplio, en tanto y en cuanto el beneficio que reporta la contribución no sólo es susceptible de cobijar a quienes directa o exclusivamente la han pagado, sino que también puede extenderse a quienes en razón de los vínculos jurídicos, económicos o sociales que los ligan para con el respectivo grupo pueden válidamente hacer uso y aprovechar los bienes y servicios suministrados por las entidades responsables de la administración y ejecución de tales contribuciones.

“En su condición de rentas parafiscales los recursos del subsidio familiar no generan una contraprestación individual para sus destinatarios sino, todo lo contrario, para el sector o grupo económico al que ellos pertenecen”.

Respecto a la misma materia, ha señalado ese alto tribunal:

“La aclaración de la Corte acerca de que los recursos del subsidio familiar eran rentas parafiscales atípicas apunta a destacar las particulares condiciones de esos recursos. Ciertamente, a diferencia de lo que ocurre con las rentas parafiscales ordinarias, el pago del subsidio familiar obliga a todos los empleadores, sin diferenciar si son públicos o privados e independientemente del sector económico en el que se desempeñan. Además, en armonía con lo anterior, los dineros que se recaudan por este concepto no benefician a un sector económico es-

---

(9) Corte Constitucional, Sentencia C-1173 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

pecífico sino a todos los trabajadores de bajos y medianos ingresos en general. Y, finalmente, los beneficiarios del subsidio no son las personas que pagan la contribución, es decir los empleadores, sino los trabajadores<sup>(10)</sup>”.

Aportes de un solo responsable son, por ejemplo, en Colombia, los que nutren los subsistemas de riesgos profesionales y de subsidio familiar, siendo el titular obligado a los mismos el empleador.

Contribuciones bipartitas se aplican en el campo de las pensiones y la salud, en las que la cotización se distribuye entre empleadores y trabajadores.

Nótese que en el caso de los trabajadores independientes la cotización se convierte en de único responsable, cargándosele al cotizante la obligación plena en la totalidad del aporte, por lo que convendría en el futuro establecer esquemas compartidos con los contratantes o modalidades que pudieran implicar la aportación del Estado, por medio de subsidios, que flexibilicen y hagan posible el cumplimiento de esta carga para quienes devengan recursos por fuera de la relación laboral subordinada.

Históricamente el esquema tripartito de cotización fue el asumido para la estructuración del sistema de seguros sociales en Colombia, como aconteció en la generalidad de los países. Implicaba el mismo que, a más de los empleadores y de los trabajadores, el Estado aportara una porción de la cotización al fondo común. De ordinario esta obligación no se cumplió, con la consecuente desfinanciación de los regímenes.

Ahora bien, se reitera, así el Estado no aporte en la cotización con un porcentaje de la misma o mediante subsidios para su financiación plena, finalmente como responsable del sistema de protección social tendrá que asumir la carga financiera de la prestación de los beneficios que no sean financiados.

Detrás de este análisis se encuentra implícito el debate sobre la seguridad social como servicio público de carácter esencialmente no retributi-

---

(10) Corte Constitucional, Sentencia C-393 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

vo. Para algunos, considerar el “negocio” de la protección social y las visiones económicas y de intereses particulares en su prestación implica la necesidad de reservar exclusivamente su prestación al Estado, también en su manifestación de aseguramiento, o a organizaciones sin interés de lucro. Así por ejemplo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley del Seguro Social en ese país definen este servicio como no lucrativo<sup>(11)</sup>. De igual manera, las cajas de compensación familiar en Colombia, como operadoras de la protección social, están definidas por ley como corporaciones privadas sin ánimo de lucro.

La compatibilización de las legítimas aspiraciones empresariales de quienes como particulares presten servicios en el ámbito de la protección social, con el interés final en la satisfacción del servicio público, se convierte en uno de los aspectos de mayor cuidado en el diseño y aplicación de los modelos mixtos de protección social.

También a este respecto nos parece que el sistema colombiano debe ser considerado, pues a partir de 1993 se posibilitó la participación de particulares en todos los ramos y roles de la seguridad social, evidenciándose circunstancias dignas de considerar.

Entre ellas: las condiciones patrimoniales y financieras deficitarias del sector del aseguramiento en salud; la poca inversión extranjera en el ámbito de los servicios de protección social, especialmente en el aseguramiento en salud; la alta conflictividad entre los actores del sistema, particularmente entre aseguradores y prestadores/farmacéuticos en salud; las dificultades en el flujo de recursos para la financiación del servicio de salud; la alta regulación e intervención del Estado en el servicio, en particular expresada en una hipertrofia normativa; la obligación judicialmente impuesta para los operadores de asumir prestaciones por fuera de los planes de beneficios; la retención de recursos en fondos públicos que afecta el buen funcionamiento del sistema y otras particularidades, que hacen pensar en la necesidad de revisar permanentemente el diseño estructural, para que la presencia de particulares en el desempeño de los

---

(11) Ver artículo 1º de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* Ordinaria No. 37.6000 del 30 de diciembre de 2002.

sistemas de protección social se justifique y genere beneficios a los mismos y, por ellos, al sistema en su conjunto o repensar en la necesidad de asignar ciertas responsabilidades a instituciones públicas o a entes con especiales condiciones (mixtos o solidarios).

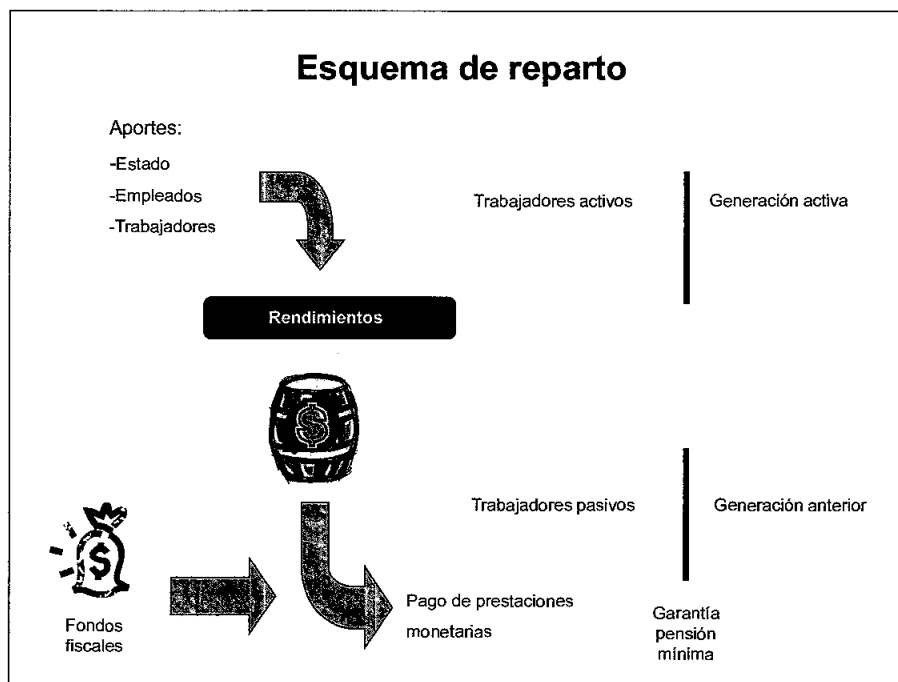
La administración de los recursos recaudados puede darse principalmente a través de esquemas de (i) reparto, (ii) de capitalización y (iii) mixtos.

Los regímenes de reparto pueden ser:

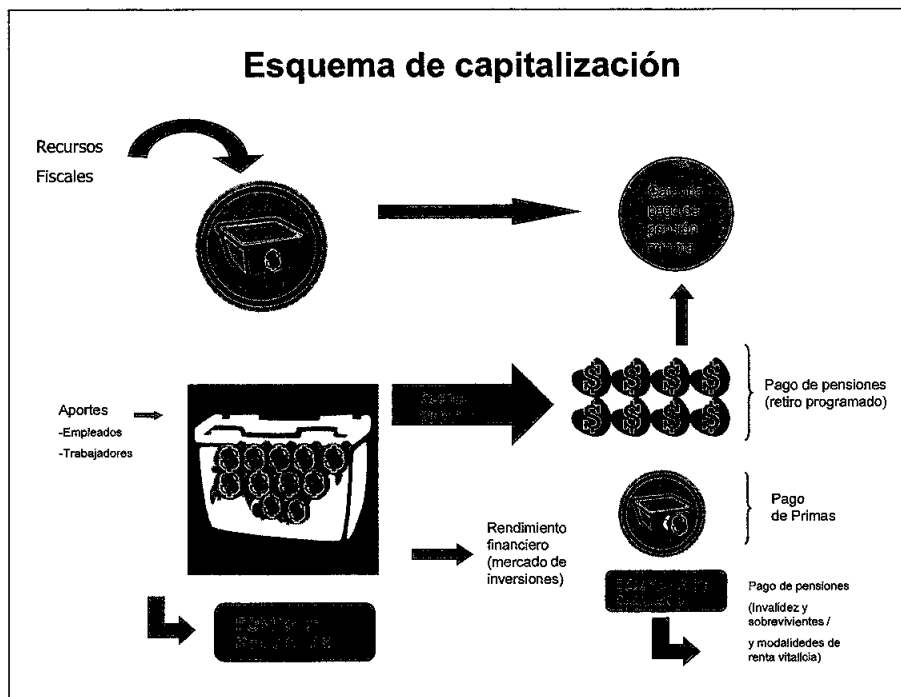
— De reparto simple (se divide periódicamente el valor de las prestaciones a pagar entre el número de cotizantes para definir su cuota).

— De reparto con capitales de cobertura (a más de lo anterior, se constituye una reserva para pensiones en curso de pago, con base en la estimación actuarial de las pensiones decretadas en el período y en el cálculo de la capitalización de la reserva, así como de las contingencias).

— De prima media, bien estable o escalonada progresiva.



Los regímenes de capitalización implican la consolidación de los aportes en una cuenta con titularidad por parte del afiliado, sometida a la administración colectiva de un operador general pero no necesariamente privado y no disponible para aquel, en tanto está destinada exclusivamente al efecto de protección social de que se trate.



Los regímenes mixtos pueden estructurarse ordinariamente de acuerdo con las siguientes modalidades:

—De concurrencia, cuando, como en el caso de Colombia, se permite la coexistencia de regímenes de reparto con esquemas de capitalización, bajo un modelo de competencia y libre escogencia por parte del afiliado.

—De pilares, cuando se complementan las dos opciones y parte de los aportes financian un fondo público, con destino a cubrir prestaciones mínimas o solidarias, en tanto otra parte se destina a la financiación de

cuentas individuales para prestaciones adicionales o más allá de las mínimas universales.

—De sustitución, cuando un modelo sustituye al otro, generalmente el de capitalización respecto al de reparto, sobreviviendo éste último pero exclusivamente para quienes venían cotizando al sistema anteriormente, como aconteció en el caso de la reforma chilena. También puede ocurrir a la inversa, como en el caso argentino, en el que se retorna al sistema pleno de reparto, eliminándose el componente de capitalización.

Los aportes o cotizaciones a los sistemas de protección social pueden consistir, por su parte, en:

- Sumas fijas iguales.
- Sumas diferenciales según niveles de ingreso.
- Porcentajes sobre niveles de ingreso, con techos y bases, es decir con límites mínimos para definir la base de cotización (ej.: la cotización en Colombia al sistema de salud no podrá hacerse por debajo de un salario mínimo legal mensual vigente) o con topes máximos sobre los cuales no es menester cotizar (en el ejemplo, la cotización se hará tomando como base máxima una suma de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes).

Se pueden establecer, así mismo, pagos o aportes adicionales, bien obligatorios o voluntarios.

Un aspecto que no puede perderse de vista en lo que corresponde a la financiación del sistema es el que tiene que ver con las condiciones de gratuidad en que deben brindarse los servicios de la protección y la seguridad social y el alcance de la misma.

Para algunos, por tratarse de un servicio público, la seguridad social y sus prestaciones deberían otorgarse sin cargo directo del beneficiario, como responsabilidad del Estado, el cual las asumiría contra sus recursos. En últimas, téngase en cuenta que las prestaciones terminarán siendo financiadas en todo caso mediante aportes que realicen los ciudadanos, bien por la vía de los impuestos —aplicación indirecta—, bien por la vía de las cotizaciones o de los pagos adicionales o específicos.

Gratuidad, de otra parte, no significa necesariamente que el beneficiario no deba aportar a la financiación del sistema ni al cubrimiento de las prestaciones a las que tiene derecho<sup>(12)</sup>.

## 2. UN VISTAZO AL ORDEN INTERNACIONAL

Después de la Segunda Guerra Mundial se consolidó el Estado de bienestar con impacto en los sistemas de seguridad social especialmente por:

- La ampliación de la cobertura
- La ampliación de las contingencias cubiertas
- La mayor eficacia en la protección

Un modelo de referencia al respecto es el aplicado por el sistema de Nueva Zelanda, el cual se estableció a partir de 1938 bajo el criterio según el cual “todo individuo cuyo nivel de vida descienda de un mínimo objetivo posee un derecho frente a la sociedad a restablecer el nivel mínimo”.

El Convenio 102 de la OIT o norma mínima se estableció en 1952 y cubre en el espectro de la seguridad social nueve normas o ramas clásicas:

1. Asistencia médica (preventiva o curativa)
  - Estado mórbido
  - Embarazo, parto y sus consecuencias
2. Prestaciones monetarias de enfermedad
  - Incapacidad para trabajar
  - Pago periódico

---

(12) Como ejemplo se refiere el artículo 45, numeral 1, de la Nueva Constitución Política del Estado para la República de Bolivia, en el cual se establece: *Todas las bolivianas y los bolivianos tienen derecho a la seguridad social con carácter gratuito.*



3. Prestaciones de desempleo
4. Prestaciones de vejez (edad que no exceda 65 años)
5. Prestaciones en caso de accidente de trabajo o de enfermedad profesional
6. Prestaciones familiares (por hijos a cargo de la persona protegida)
7. Prestaciones de maternidad
8. Prestaciones de invalidez
9. Prestaciones de sobrevivientes

Las tendencias marcan la extensión de la cobertura hacia la generalidad, por diferentes niveles según los países. En algunas sociedades se incluyen los estudiantes y todos los residentes en la condición de cubiertos.

Se ha procurado mantener el nivel de los ingresos, adaptando las prestaciones a los ajustes en los niveles del costo de vida (evolución del salario medio como en Francia y Bélgica, o por el IPC como en Suecia y Estados Unidos, o según el salario mínimo como en Grecia, o por revisión en períodos cortos como en Canadá).

También se ha evidenciado una preocupación por mejorar las tasas de reemplazo y el nivel de las prestaciones económicas de corto plazo respecto a los ingresos laborales.

## 2.1. Europa

La legislación en seguridad social comenzó en los años de 1880. En desempleo, la regulación surgió a principios del siglo XX; en asignaciones familiares, a partir de la tercera década del siglo XX.

Todos los países industrializados de la Unión Europea cubren los rubros de la seguridad social.

El denominador común en edad jubilatoria es 65 años (7 países de 17, según la muestra de González Roaro<sup>(13)</sup>). Irlanda y Dinamarca exigen 67 años, mientras que Italia exige 57.

En lo que hace a la cuantía de las pensiones, España y Francia señalan un porcentaje sobre ingresos del 50% promedio, mientras que en Suecia el porcentaje es del 96%.

En materia de pensión de invalidez hay diversidad de criterios que tienen en cuenta la pérdida de capacidad laboral, la edad y las cotizaciones.

En el ítem de pensión por muerte, 11 países exigen tiempo de cotización (entre 48 semanas para Luxemburgo y 720 semanas para España y Portugal), y seis países exigen requisito de edad (45 años la mínima).

Todos los países reconocen prestaciones por concepto de enfermedad y maternidad, accidentes de trabajo, desempleo y asignaciones familiares.

Fijan tiempos de cotización para enfermedad y maternidad nueve países (12 semanas en Finlandia y Francia y 39 semanas en Irlanda).

En accidentes de trabajo no se señalan períodos mínimos de cotización.

Se especifica tiempo de cotización mínimo para coberturas en desempleo en 14 países (18 semanas en Grecia y 77 semanas en Portugal). Se establece la duración de la prestación, igualmente, en 14 países (12 semanas en Luxemburgo y 72 semanas en Finlandia).

En materia de asignaciones familiares, por lo general se establece como requisito la edad de los hijos (entre 16 años en Irlanda, Portugal y Reino Unido y 20 en Francia). Italia las reconoce aun frente a sobrinos y huérfanos dependientes. Bélgica cobija a cónyuges dependientes.

---

(13) González Roaro, Benjamín, *La Seguridad Social en el mundo*, Parte II, México D.F., Siglo XXI Editores, 2003.

Entre los retos más sobresalientes en el caso europeo se mencionan:

— La baja en el índice de natalidad frente a una mayor longevidad.

— Los mecanismos de financiación deficitarios para mantener los niveles de bienestar de una población más longeva.

— La crisis económica y los ciclos con altos niveles de desempleo.

## 2.2. América

Se parte en el análisis, de la consideración de 38 países al año 2000, también en el análisis del profesor mexicano González Roaro<sup>(14)</sup>.

En cobertura de invalidez, vejez y muerte, 17 países dictaron leyes entre 1923 (Brasil) y 1947 (República Dominicana).

Por enfermedad y maternidad, 17 países legislaron entre 1923 (Brasil) y 1949 (Bolivia), y 20 países entre 1965 (Estados Unidos) y 1986 (San Vincent). Uruguay dictó leyes en la materia a partir de 1929.

En accidentes del trabajo, 25 países legislaron en la primera mitad del siglo, a partir de 1908 (Estados Unidos y Canadá) y hasta 1949 (El Salvador).

Solamente 13 países cubren prestaciones por desempleo con leyes entre 1934 (Uruguay) y 1942 (Bolivia). De ellos, tres recogen históricamente esta cobertura en la legislación laboral como suma por el despido (Colombia, México y Bolivia).

En asignaciones familiares, solamente 15 países las reconocen; seis entre 1937 (Chile) y 1944 (Canadá) y 9 entre 1953 (Bolivia, Colombia) y 1993 (Paraguay).

Las reformas a los sistemas de seguridad social se precipitaron en el decenio de 1990, con tendencia privatista particularmente en el régi-

---

(14) González Roaro, ob. cit., Parte I.

men de pensiones. En Chile el cambio estructural se planteó a partir de 1981. Luego, en Perú en 1993, en Colombia y Argentina en 1994, en Costa Rica en 1995, en Uruguay en 1996, en Bolivia, México y El Salvador en 1997.

En Chile y Perú el trabajador es el único aportante a pensiones. La aportación tripartita se mantiene en Argentina, Costa Rica y México.

En Chile el nuevo sistema sustituyó al anterior, siendo obligatoria desde el inicio la afiliación de los trabajadores dependientes y voluntaria, inicialmente, para los independientes. Las administradoras de fondos de pensiones (AFP) se encargan de la capitalización individual; las pensiones del antiguo sistema las cubre el Estado.

Bolivia adoptó un modelo igual al chileno, surtiendo luego varias reformas que ahora son objeto de reajuste institucional a partir de la Carta Política de 2009; el resto de los países (7) optó por sistemas mixtos en la oleada de los años 1990.

Los principales retos en América son:

- El incremento en la esperanza de vida.
- La disminución de la población activa y cotizante.
- Los cambios en la economía y el creciente desempleo.
- Las condiciones de pobreza y marginación.
- La baja cobertura de la fuerza laboral, inferior al 50% de la población económicamente activa.

Las reformas jurídicas introducidas en estos sistemas tienden a ampliar la cobertura obligatoria, a aumentar la edad de jubilación y las cotizaciones, a definir la pensión según el nivel del salario y reducirla en los niveles mayores de ingreso, así como a la eliminación de los regímenes especiales; procuran igualmente medidas para lograr la equidad de género, una mayor protección a la discapacidad y a la maternidad.

### 2.2.1. *México*

En México la base de las reformas se estructura a partir de la orientación revolucionaria de principios del siglo XX y que se expresa en los artículos 3, 27 y 123 de la Constitución: educación laica y gratuita, nuevo derecho agrario y nuevo derecho laboral.

La fracción XXIX del artículo 123 de la Carta Mexicana disponía originalmente:

*Se considera de utilidad social el establecimiento de cajas de seguros populares, de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de accidente y de otros fines análogos, por lo cual, tanto el Gobierno Federal como el de cada Estado, deberán fomentar la organización de instituciones de esta índole para infundir e inculcar la previsión popular.*

Y en 1929 la nueva redacción constitucional prescribió:

*Se considera de utilidad pública la expedición de la Ley del Seguro Social y ella comprenderá seguros de invalidez, de vida, de cesantía involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, y otras con fines análogos.*

La Ley del Seguro Social se adoptará sólo en 1942: “El seguro social constituye un servicio público nacional establecido con carácter obligatorio”. La organización del sistema se encomendó a un organismo público descentralizado, el primero en México, el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).

En 1959 se dictó la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE)<sup>(15)</sup>.

En 1973 se reformó la Ley del Seguro hacia una cobertura más integral y bajo los rubros de:

---

(15) Mediante ley expedida el 28 de marzo de 2007 se produjo la más reciente reforma a la Ley del ISSSTE.

—Un sistema de salud

—Un sistema de pensiones

—Un sistema de prestaciones sociales, incluidas las guarderías y la vivienda popular (INFONAVIT)

Por reforma constitucional se indicó, además, que la ley fijaría las normas en materia de seguridad social para los trabajadores, campesinos, no asalariados y de otros sectores sociales y de sus familias.

La reforma producida en el año 1995, con vigencia en 1997, dio la apertura al esquema de capitalización y al desmonte del sistema de reparto. En 1996 se completó la reforma con la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.

Elementos básicos del nuevo sistema<sup>(16)</sup>:

—Cada trabajador tiene una cuenta individual.

—El trabajador elige a voluntad la AFORE que administre su cuenta individual, como entidad financiera.

—Se crean las sociedades de inversión especializadas en fondos para el retiro (SIEFORE) como encargadas de la inversión de los recursos financieros de las cuentas individuales

—Al retiro, el trabajador dispone de sus ahorros y puede optar por pensión mediante retiros programados en la AFORE o por una renta vitalicia con una aseguradora.

En el nuevo esquema de pensiones se integran dos rubros: (i) invalidez y vida y gastos médicos para pensionados a cargo del IMSS, y (ii) el retiro, la cesantía en edad avanzada y la vejez, junto con la aportación para vivienda.

---

(16) Ver Ruezga Barba, Antonio, *Desafíos de la reforma del seguro social en México*, Biblioteca CIESS, 2, Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS), México D.F., 2005.

La cuenta individual se integra por tres componentes:

a) Subcuenta de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez (4,5% del sueldo del trabajador, 2% sobre el sueldo a cargo del patrono y cuota social adicional del Gobierno equivalente al 5,5% del salario mínimo general del Distrito Federal).

b) Subcuenta de vivienda, con el 5% del sueldo del trabajador a cargo del patrono.

c) Subcuenta de aportaciones voluntarias.

La pensión se otorgará cuando se cumplan los requisitos de ley: 60 años por cesantía, 65 por vejez y 1.250 semanas de cotización. Tiene derecho el trabajador a un retiro para ayuda en gastos de matrimonio y como subsidio al desempleo.

### 2.2.2. *Argentina*

La legislación se dicta a partir de 1853, orientada a la cobertura de la contingencia vejez y por compensación a servicios prestados, especialmente en el ejército.

La Constitución de 1853, en el preámbulo, consagra como objeto de la Carta “promover el bienestar general (...) para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”.

En 1957 se incorpora el artículo 14 bis, que en su apartado tercero señala:

*El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales, con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes, jubilaciones y pensiones móviles, la protección in-*

*tegral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.*

Las principales etapas del proceso histórico son<sup>(17)</sup>:

- Período anárquico (concesión de beneficios)
- Período institucional sectorial (se crean cajas de jubilaciones, de accidentes de trabajo, de asignaciones familiares)
- Período de síntesis (hacia la unidad de gestión y síntesis para los sectores asalariados y autónomos)

En 1991 se crea el Sistema Único de Seguridad Social con el Decreto 2284 del 31 de octubre. Se mantienen en todo caso regímenes especiales. La administración corresponde al ANSES que reemplazó al Instituto Nacional de Previsión Social, el cual a su turno había concentrado las funciones de las anteriores cajas nacionales de previsión social.

En 1993 se dicta la Ley 24.241 sobre los principios de la universalidad y la unidad para traspasar del ámbito provincial al nacional los sistemas provisionales creados en las provincias.

Se establece mediante la Ley 24.655 una jurisdicción especializada de la seguridad social a través de la Justicia Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social, y una Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social.

El ANSES frente al Sistema Único y con un esquema unificado de contribución, administra los servicios de previsión social, las asignaciones familiares (se disolvieron las cajas) y lo referente a las prestaciones para trabajadores desempleados (L. 24.013/1991).

Por la Ley 23.661 de 1988 se crea el Sistema Nacional del Seguro de Salud, que integra los esfuerzos a cargo de las obras sociales y asume la administración del servicio público de salud.

---

(17) Ver Chirinos, ob. cit.



Por su parte, las administradoras de riesgos del trabajo (ART) son entidades de derecho privado que tienen a su cargo, la gestión de las prestaciones y demás acciones para la cobertura de las contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Cambios de alta repercusión se han dado recientemente en la historia de la seguridad social argentina.

Interesantes procesos de inclusión se han precipitado, en procura de reanimar la concepción solidaria y reactivar el esquema de reparto pensional particularmente. Las leyes 25.994 y 26.222 reformaron la Ley 24.241, promoviendo la incorporación de miles de personas que estaban por fuera del sistema y que recientemente se integran al mismo, mediante el reconocimiento de su derecho, efectuando de manera previa la admisión del adeudo que por cotizaciones debieran a la Nación, para cuya satisfacción se harán los descuentos del caso sobre las prestaciones<sup>(18)</sup>.

Finalmente, con la reforma auspiciada a partir de 2008 se extingue el esquema de capitalización, volviéndose a un régimen de reparto universal, el cual deberá ser objeto de especial seguimiento por las repercusiones que como modelo pueda tener en el futuro de otros países en el Continente.

### 2.2.3. *Chile*

Es uno de los primeros países latinoamericanos en implementar un sistema general y obligatorio de seguridad social<sup>(19)</sup>. Transitó en su historia por las etapas de la beneficencia y de la asistencia social. En 1832 se creó la Junta Central de Beneficencia y Salud Pública.

---

(18) Para una ilustración completa sobre este proceso, véase Massa, Sergio Tomás y Fernández Pastor, Miguel Ángel, *De la exclusión a la inclusión social. Reformas de la reforma de la seguridad social en la República Argentina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, Telam, 2007.

(19) Ver “Modernización de la Seguridad Social en Chile: Resultados y Tendencias”, Documento de la Corporación para la Investigación, el Estudio y Desarrollo de la Seguridad Social (CIEDESS), CIEDESS, Santiago de Chile, 2002.

Más tarde dio el paso al régimen de los seguros sociales, con base en la relación laboral y el aporte del patrono y el trabajador y, en algunos casos, del Estado.

En la década de 1920 se dictaron las leyes sociales para alcanzar una mayor protección a los trabajadores (seguro obrero obligatorio, accidentes de trabajo y régimen de retiro para empleados particulares).

La Constitución Política de 1925 estableció en su artículo 10:

*La protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refiere a la habitación sana y a las condiciones de un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia (...) Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país.*

Hasta 1950 se crean las organizaciones de la medicina preventiva, el servicio nacional de salud, el servicio de seguro social y el régimen de asignaciones familiares, este último en 1953.

Con el Informe Prat de 1964 y a instancia del presidente Alessandri se dictamina sobre el sistema de seguridad social, el cual, según el diagnóstico del aludido Informe, estaba “condenado a desplomarse por injusto, por oligárquico, por discriminatorio y por ser ineficazmente oneroso, tanto para los ganadores de sueldos o salarios como para la producción nacional”.

La seguridad social entonces cubría al 70% de la población nacional. Existía una compleja red administrativa pública vinculada al sistema.

En 1980 se producen los profundos cambios a los regímenes de pensiones y salud; con el Decreto Ley 3.500 nace el nuevo sistema de pensiones y con el Decreto con fuerza de ley 3 se posibilita que instituciones privadas administren el régimen de medicina preventiva y curativa.

El artículo 19, numeral 18, de la Constitución Política en Chile se ajusta así: “La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso a todos

los habitantes al goce de prestaciones básicas y uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas”.

Dispone además que la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias y consagra “el derecho a la protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”. Toda persona tiene derecho a elegir el sistema de salud al cual acogerse, estatal o privado.

—*Principios de la reforma en Chile*

- a) Universalidad subjetiva
- b) Universalidad objetiva
- c) Suficiencia (nivel básico)
- d) Solidaridad
- e) Unidad

—*Fundamentos de la reforma en Chile*

- a) Administración privada
- b) Libertad de elección
- c) Descentralización de los programas
- d) Rol subsidiario del Estado

—*Estructura de la seguridad social*

La reforma implicó en el sistema previsional el establecimiento de un régimen obligatorio de pensiones basado en la capitalización individual de contribuciones definidas, con administración privada competitiva y libertad de elección para el afiliado, el cual reemplaza el sistema de

pensiones con financiamiento de reparto, administración estatal y beneficios definidos.

La incorporación de los independientes se estableció inicialmente como voluntaria. El Estado garantiza un nivel de pensiones mínimas. Para acceder a la pensión, la ley exige el cumplimiento de 65 años para los hombres y de 60 para las mujeres.

En salud, a partir de la Ley 18.469 de 1985 el Sistema Nacional de Servicios de Salud se administra y opera por el FONASA y por el régimen de las instituciones de salud previsual (ISAPRES).

En el ámbito de los riesgos del trabajo el esquema opera a partir de aporte exclusivo del empleador, a través de mutualidades, el Instituto Nacional Provisional-INP o por administración delegada.

Son los retos fundamentales del sistema chileno:

- a) Una mayor universalización (vinculación de los independientes).
- b) El mayor control a la evasión.
- c) La revisión de los criterios de otorgamiento de las pensiones mínimas
- d) La mayor flexibilidad en el manejo de los fondos de inversión.
- e) La revisión del sistema de comisiones para las administradoras.
- f) El aumento de la cobertura privada en el sistema de salud (que apenas es del 20%) con subsidios complementarios al aporte de trabajadores con menores ingresos.
- g) La extensión de los beneficios de la cobertura en accidentes de trabajo por las mutualidades.

En buena parte, la reforma al sistema adoptada en 2008<sup>(20)</sup> pretende responder a estos retos para asegurar la inclusión de la población pobre, bien mediante subsidios a la cotización o con el reconocimiento de pensiones asistenciales, bajo el concepto de un pilar solidario; igualmente procura acciones afirmativas respecto a la mujer e involucra obligatoriamente a los trabajadores independientes, así como estimula su participación en el ámbito de las cajas de compensación de asignaciones familiares, las que además recientemente se incorporan al mercado del crédito hipotecario.

---

(20) Ley 20.255, publicada el 17 de marzo de 2008, por la cual se establecen, entre otros aspectos, la pensión básica solidaria de vejez e invalidez, el aporte previsional solidario de vejez e invalidez, el bono por hijo nacido vivo, los subsidios previsionales para trabajadores jóvenes, un nuevo régimen para trabajadores independientes, el régimen de fomento del ahorro previsional voluntario y ajustes al régimen de competencia, costos y rentabilidad de los fondos de pensiones.

## CAPÍTULO IV

### **Antecedentes y desarrollo constitucional del sistema de protección social en Colombia**

#### 1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Entre los principales antecedentes de la evolución institucional en Colombia podemos citar los siguientes<sup>(1)</sup>.

La adopción de la Legislación de Indias y la regulación respecto a las condiciones de trabajo con vigencia desde 1541. En 1601 se establecen normas sobre curación de indios por hechos ocurridos en el trabajo. Más tarde, se dicta la legislación sobre la esclavitud: en 1814 en la Constitución de Antioquia, luego en 1821 en la de la Nueva Granada, y finalmente se procede a la abolición plena de la esclavitud, en 1851. También se encuentra la legislación sobre los montepíos financiados con aportes pagados sobre los sueldos de los miembros del ejército. Aquellos se suprimieron en 1827 y se restablecieron en 1843, para desaparecer en 1855.

Las primeras pensiones se reconocen como premios a miembros del ejército libertador, guardando armonía con lo acontecido en otros países en cuanto a que el origen de la previsión social está ligado al desarrollo de prestaciones para los miembros de los ejércitos.

Por primera vez se establecen pensiones de jubilación con financiación pública, a favor de trabajadores públicos, mediante las leyes 14 de 1882 y 50 de 1886. Se exigían entonces como requisitos:

---

(1) Ver Dueñas Ruiz, Óscar José, *Las pensiones: Teoría, normas y jurisprudencia*, Tema II, Bogotá D.C., Librería Ediciones del Profesional, 2003; y, Hernández Henríquez, ob. cit.

- Acreditar trabajo por 20 años
- La calificación de la labor (inteligencia y pureza)
- La no remoción del cargo por mal manejo
- El no ser rebelde ni prevaricador

En 1890 se crea el montepío militar y se le permite que opere como caja de ahorros, y también como acreedora hipotecaria.

La Constitución de 1886 hace referencia a la beneficencia, con preocupación preferente por los servicios de salud. El artículo 19 de dicho ordenamiento regula el derecho a la asistencia pública. En su artículo 62, por su parte, se menciona tangencialmente el término “pensión del tesoro público”, al tratar el tema de la carrera administrativa, judicial y militar.

Por la Ley 29 de 1905 se crea el derecho de pensión para magistrados de la Corte Suprema. La Ley 82 de 1912 establece, por su parte, la Caja de Previsión Social del sector de las comunicaciones (CAPRECOM), y mediante la Ley 57 de 1915 se implanta un primer esquema de sistema de seguridad social, con referencia a los accidentes de trabajo.

La Ley 15 de 1925 se refiere a la higiene social y a la asistencia pública. La Ley 75 de 1925 establece la creación de la Caja de Sueldos de las Fuerzas Militares y la Caja de Sueldos de la Policía Nacional.

Por otro lado, la Ley 114 de 1913 dispone el derecho de una pensión de jubilación para maestros de escuelas primarias oficiales que hubieran laborado 20 años, consistente en mesadas de la mitad del sueldo devengado en los dos últimos años de servicio o el promedio de los salarios recibidos. Se exigían requisitos adicionales, entre ellos, en el caso de las mujeres, ser solteras o viudas y haber tenido un buen desempeño. Este instituto dio lugar a la denominada posteriormente “pensión de gracia” (L. 43/1975).

Sobrevino en 1936 la reforma constitucional de stirpe solidarista. Mediante el Acto Legislativo 01 de 1940 se creó la jurisdicción ordinaria laboral, y a través de los decretos 2663 y 3743 de 1950, adoptados como le-

gislación permanente por la Ley 141 de 1961, se promulgó el Código Sustantivo del Trabajo.

Solamente a partir de la Ley 6 de 1945 o ley general del trabajo puede hablarse de la adopción de un sistema de seguridad social en Colombia. Es entonces cuando se procede a la creación de cajas departamentales y municipales de previsión social, también por sectores de la producción.

La Ley 6 estableció dos regímenes separados, uno para trabajadores particulares y otro para empleados y obreros públicos del orden nacional. Dispuso que mientras se organizaba el seguro social obligatorio eran de cargo del empleador las prestaciones e indemnizaciones previstas en la norma, a saber:

— Indemnizaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

— Auxilio por enfermedad no profesional hasta por 180 días: dos tercias partes del salario.

— Vacaciones.

— Un mes de salario por cada año laborado (prima).

— Educación para los hijos y para los trabajadores.

— Pensión para trabajadores con 50 años de edad y 20 años de servicios: dos tercios del salario devengado

Con la Ley 90 de 1946 se crearon en Colombia el seguro social obligatorio y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS).

Los riesgos cubiertos eran los de enfermedades no profesionales y maternidad; invalidez y vejez; accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; y muerte.

No obstante que la norma posibilitaba la adopción por el Instituto del ramo de las asignaciones familiares (subsidio familiar), el mismo no fue



desarrollado, sino en forma autónoma a través de la organización de los empleadores y con la creación hacia 1954 de la primera caja de compensación familiar.

Por los seguros sociales se pretendía cubrir a los trabajadores dependientes, excluyendo a quienes gozaran de previsión especial particular. La financiación se diseñó a partir de contribución forzosa tripartita variable (prima media escalonada).

La adopción de las responsabilidades del ICSS sería gradual, manteniéndose hasta que ello ocurriera, la responsabilidad de los patronos en las prestaciones que venían causándose. Podían los patronos asumir directamente todos o algunos de los riesgos cubiertos por la ley.

En 1954 la UTC propuso la creación de un servicio estatal de formación obrera. En 1955 se estableció, por el Ministerio de Trabajo, el Instituto Colombiano de Calificación Obrera (ICCO).

Luego, con la Misión Economía y Humanismo, según el modelo brasileño del SENAI, se estructuró el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), mediante el Decreto 118 de 1957. En el mismo momento se estableció normativamente el sistema de subsidio familiar.

A partir de 1949 el ICSS atendió la enfermedad general y posteriormente la maternidad. En 1965 asumió los riesgos por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Más adelante, en 1967, asumió los riesgos por pensiones de invalidez, vejez y muerte (Acuerdo 224/1966 y D. 3041/1966).

En lo concerniente a las cotizaciones, se inicia con un aporte del 6% (3% patronal, 1.5% de los trabajadores y 1.5% estatal); en el año 6 debía subir el aporte al 9%, en el 11 al 12%, en el 16 al 15%, en el 21 al 18% y en el 26 al 22%. El incremento de las aportaciones no se hizo efectivo, pese a haber soportado los cálculos actuariales que dieron origen a la creación de los seguros sociales en el país.

Se presentaron dificultades desde el inicio de la operación del Instituto. Entre ellas, algunas relacionadas con el manejo administrativo, el in-

cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado en cuanto al giro del 1,5% como aporte, el incumplimiento en la aplicación progresiva del monto de las cotizaciones y problemas en el servicio asistencial para los trabajadores.

La Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI) criticó para entonces las altas tasas de cotización y el desequilibrio entre las regiones; se planteó al respecto el debate sobre la autonomía y la libertad de empresa. También hubo déficit hospitalario y oposición de la Federación Médica. Frente a los problemas de capitalización del Instituto, se inició en los años 1960 un proceso de adquisición de bonos de valor constante en el Instituto de Fomento Industrial (IFI) y en el Banco Central Hipotecario (BCH).

Como se ha señalado, las tasas de cotización al seguro social eran bajas. En CAJANAL correspondían inicialmente al 3% y luego al 5% de aporte por parte de los afiliados, con lo cual difícilmente se cubrían los gastos generados por los riesgos de enfermedad no profesional y maternidad, y de ninguna manera los económicos y de largo plazo.

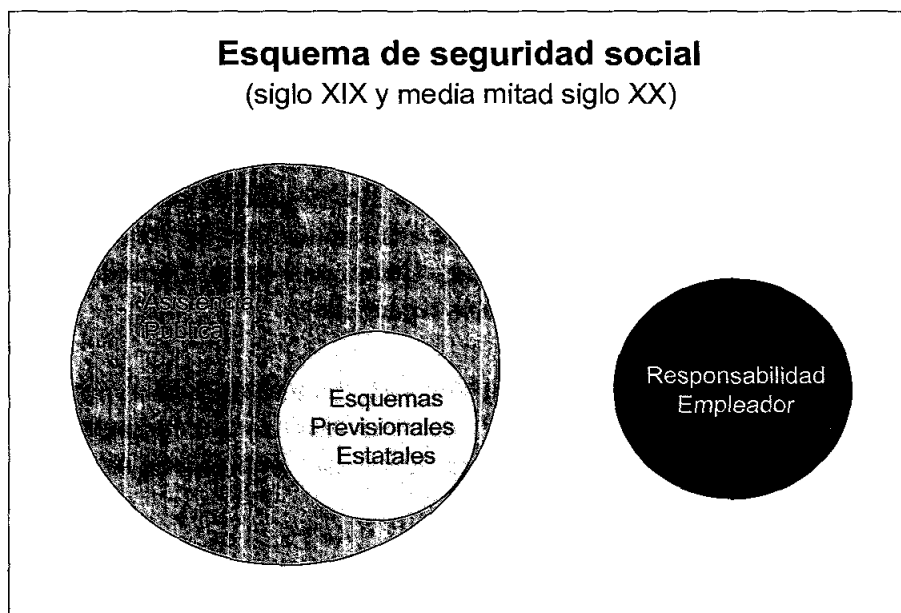
En 1959 el Ministro de Trabajo expresó que la situación de las cajas de previsión era difícil financieramente y que su quiebra sería insuperable. Lo anterior teniendo en cuenta que a la financiación del fondo para el pago de las prestaciones de largo plazo (pensiones) solamente se aplicaba para entonces un 20% de los recursos recaudados.

El Decreto 3135 de 1968 incrementó la edad de jubilación a 55 años para los hombres. La Ley 71 de 1988 dispuso que las pensiones no podían ser inferiores al salario mínimo, así como ordenó su reajuste anual.

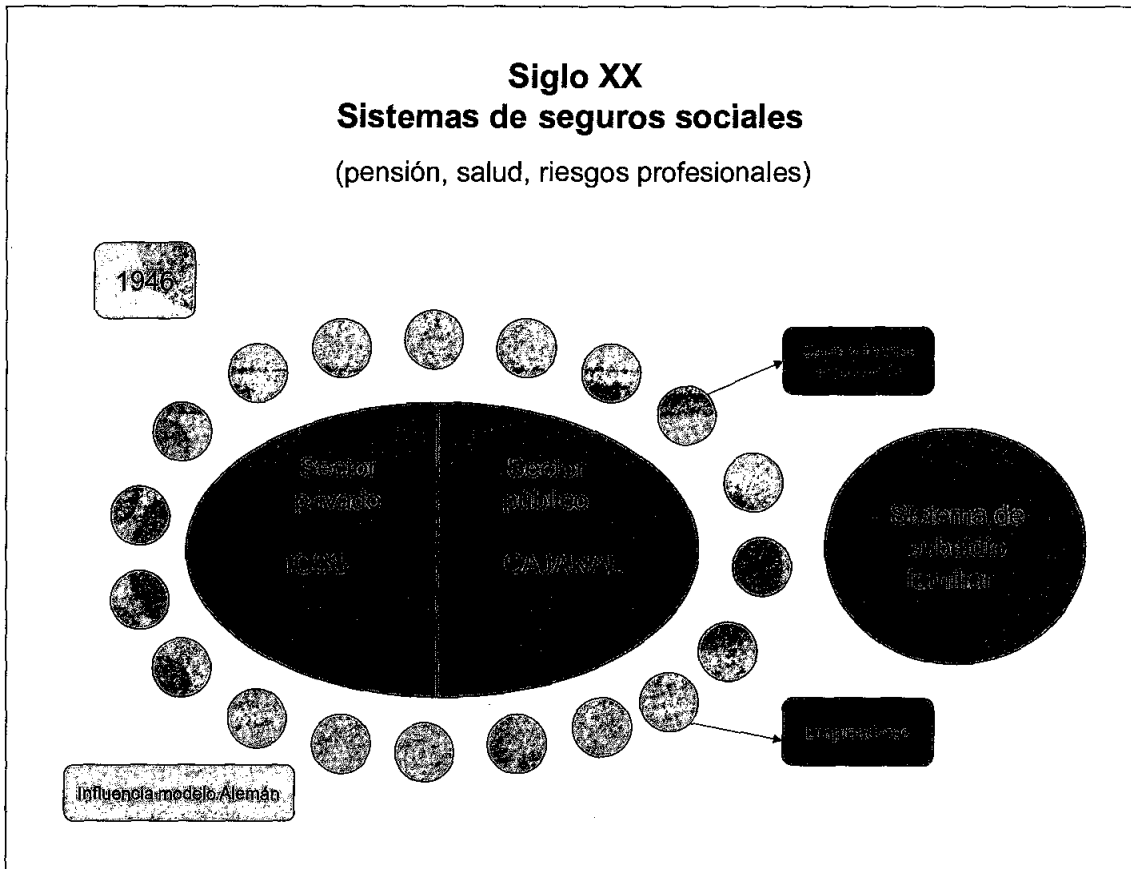
Con la Ley 21 de 1982 se dicta la regulación general aplicable al sistema de subsidio familiar, complementando las disposiciones contenidas en la Ley 25 de 1981, por la cual se había creado la Superintendencia del Subsidio Familiar y el Decreto 2463 de 1981, por el cual se había adoptado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para el funcionamiento de dicho sistema.

Para el inicio de la década de 1990 la situación en materia de seguridad social presentaba signos preocupantes, entre ellos: desfinanciación de las prestaciones de largo plazo y anuncio de compromisos muy altos por parte del Estado en cuanto a la financiación de las pensiones; baja cobertura, particularmente en pensiones y en salud; alto impacto en los gastos de bolsillo en materia de atención en salud y dispersión del servicio; en general, se apreciaba un mercado segregado y una seguridad social concentrada en algunos sectores económicos, que dejaba por fuera, en promedio, al 80% de la población.

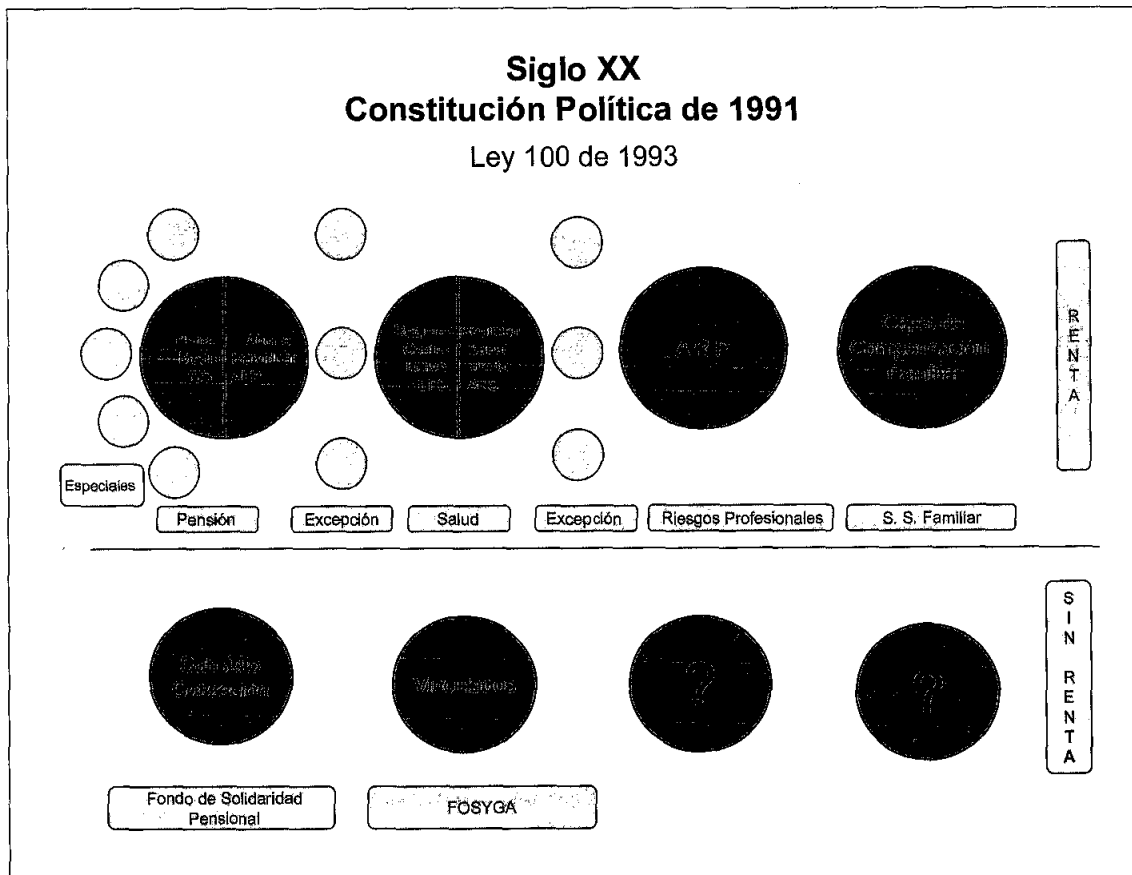
Simultáneamente, Colombia experimentaba fuertes embates de violencia a los que respondería mediante la adopción de un pacto expresado en la Constitución Política de 1991, luego de un proceso constituyente que se dio dentro del marco jurídico vigente y que determinó la transición hacia una nueva etapa histórica de la vida nacional.



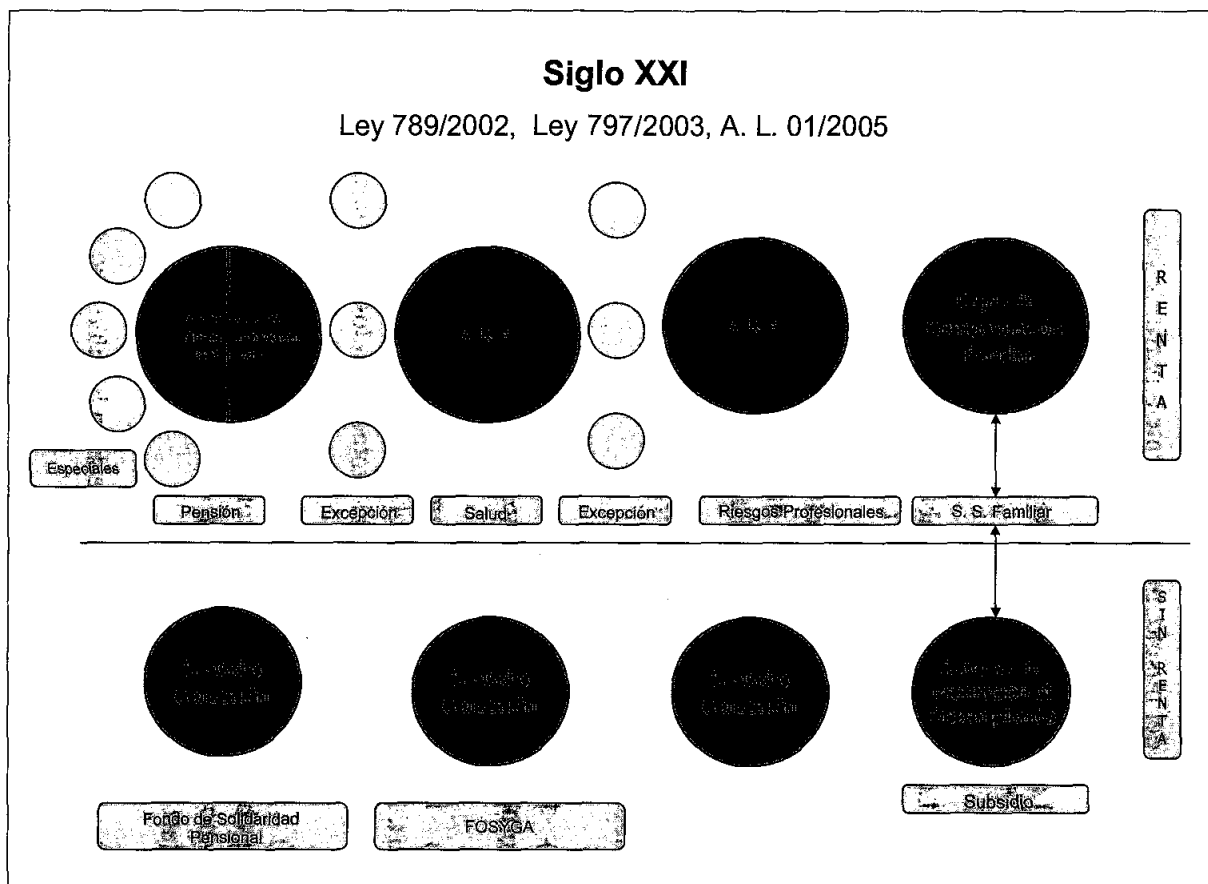
Esquema inicial de la seguridad social en Colombia (secuencia).



Esquema de la evolución del sistema de seguridad social en Colombia, segunda etapa (secuencia).



Esquema de la evolución del sistema de seguridad social en Colombia, tercera etapa (secuencia).



Esquema de la evolución del sistema de seguridad social en Colombia, cuarta etapa (secuencia).

## 2. IMPACTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

El impacto de la nueva Carta Política en el sistema de seguridad social es alto, en cuanto reformula a través de sus normas y principios la fundamentación del mismo, principalmente a partir de los siguientes postulados<sup>(2)</sup>:

a) La organización de la República como un Estado social de derecho (art. 1º C.P.).

b) La consagración del trabajo como fundamento del Estado social de derecho (Preámbulo y art. 1º C.P.).

c) La consagración de la solidaridad entre las personas que integran el Estado como fundamento del mismo. El principio de solidaridad es básico para la estructuración del sistema de protección social.

d) El reconocimiento del tríptico constitutivo del Estado: persona-familia-sociedad.

e) El reconocimiento del tríptico económico en que se funda el Estado: propiedad-trabajo-libre empresa.

f) La consagración de la familia como institución básica de la sociedad (art. 5º C.P.), frente a la cual el Estado se encuentra obligado a prestarle amparo (art. 42 C.P.) y la especial protección a los niños (art. 44 C.P.).

g) El reconocimiento del derecho a la seguridad social, como servicio público de carácter obligatorio, y el señalamiento de sus principios, así como la indicación de que en el mismo pueden concurrir los particulares (art. 48 C.P.).

h) El reconocimiento del derecho a la salud (art. 49 C.P.).

---

(2) Cortés González, Juan Carlos, *El Sistema de Subsidio Familiar: Hacia la Protección Social*, Biblioteca CIESS, 1, Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social-CIESS, México D.F., 2004, p. 25.

i) El reconocimiento de los principios mínimos fundamentales del derecho laboral (art. 53 C.P.). Dentro de ellos se reconoce la remuneración mínima vital y móvil, la garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario, la protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

j) El reconocimiento del derecho a vivienda digna (art. 51 C.P.).

k) El reconocimiento del derecho a la recreación, la práctica del deporte y el aprovechamiento del tiempo libre (art. 52 C.P.).

l) La instauración de la acción de tutela, que terminará cobijando derechos sociales por conexidad con derechos fundamentales, y la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir de dicho instituto, como doctrina que da realidad efectiva a los principios del derecho aplicables en Colombia (arts. 86 y 241 C.P.).

m) El reconocimiento del bloque de constitucionalidad y del carácter no taxativo de los derechos reconocidos por la Constitución Política (arts. 93 y 94 C.P.).

n) El reconocimiento del deber de solidaridad social a cargo de las personas (art. 95 C.P.).

o) El reconocimiento de la autonomía de las organizaciones no gubernamentales (art. 103 C.P.).

p) La consagración de la finalidad social del Estado y de los servicios públicos (arts. 365 y 366 C.P.).

Con la Constitución de 1991 opera un efecto de inmensas repercusiones en el ámbito de la protección social, cual es el relacionado con la constitucionalización de la seguridad social. Será el artículo 48 de la Carta Política la primera consagración directa que hace el constitucionalismo nacional sobre el derecho de la seguridad social y sobre la forma en que el Estado habrá de cubrir dicho servicio público, por medio del sistema de seguridad social.

La Constitución de 1991 se ocupa en forma expresa de la seguridad social, a diferencia del régimen anterior, y esto constituye un avance de gran



trascendencia, avance que, complementado con otros institutos constitucionales, genera a nuestro modo de ver una genuina revolución en cuanto a la apropiación ciudadana de los derechos y a la efectividad de la Carta Política.

Conviene repasar de manera breve el panorama que en los años 1990 sirvió como antecedente a las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente. Entre sus principales rasgos tenemos los que siguen.

Colombia contaba con un 45% de la población en condición de pobreza y con un 22% en situación de miseria. El 30% de la población más pobre recibía el 7% del total del ingreso de los hogares.

En particular, el sector salud se componía de los subsectores oficial, de la seguridad social y privado. Cubría el 20% de la población; la medicina privada atendía a un 15% de la población. Para el 25% de la población la imposibilidad de acudir a la salud se presentaba por motivos económicos.

En pensiones se cubría al 20% de la población (2.700.000 afiliados y 220.000 pensionados en el ISS). Operaban 1.040 cajas de previsión en el país, para un total en cobertura del 35% de la población económicamente activa. Faltaban reservas para cubrir las pensiones y se evidenciaban regímenes especiales altamente inequitativos frente al grueso de la población trabajadora.

La Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente trató el tema de la seguridad social en sus subcomisiones I y III, concluyendo: "... las condiciones actuales del país no permiten realmente un Sistema de Seguridad Social amplio en ambos sentidos. Propugnamos por un sistema de cobertura universal pero inicialmente limitado a la protección de la salud y a la previsión social"<sup>(3)</sup>.

La subcomisión I concluyó por su parte que la "seguridad social es un servicio público y solidario e irrenunciable, descentralizado y con participación ciudadana".

---

(3) "Informe-ponencia para primer debate en Plenaria", *Gaceta Constitucional* N° 78, 21 de mayo de 1991, p. 2.

El Ministro de Salud sustentó la reforma ante la Asamblea básicamente a partir de los principios (i) del aseguramiento universal y (ii) de la necesaria unificación de los sistemas de salud. Por su parte, algunos constituyentes plantearon incorporar en la seguridad social el concepto del seguro de desempleo (*Gaceta Constitucional*, 18 de abril de 1991).

Como antecedente comparado constitucional especialmente atendido en la materia puede citarse el caso español, que en el Capítulo Tercero de la Constitución de 1978, “De los principios rectores de la política social y económica”, contiene el artículo 41 que a la letra reza: “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

El debate constituyente se centró especialmente en la consideración de las reformas necesarias frente al sistema de salud, a partir de las cuales se introdujeron los ajustes que terminarán afectando integralmente al sistema de seguridad social.

Con posterioridad a la Constitución de 1991 se expide la Ley 100 de 1993, reformada principalmente por las leyes 797 de 2003 y 1122 de 2007 y adicionada por la Ley 789 de 2002.

La Ley 100 se constituye en el referente normativo que introduce el ajuste estructural al sistema de seguridad social en Colombia, a partir de los mandatos de la Constitución Política.

Si bien se trata de una ley de carácter ordinario, pues no requería ser adoptada por la vía de las leyes estatutarias, como lo sentenció la propia Corte Constitucional<sup>(4)</sup>, sus alcances precisan las disposiciones constitucionales y fijan el marco general para el desarrollo del sistema de seguri-

---

(4) Corte Constitucional, Sentencia C-408 de 1994: “Tal como lo entendieron el Constituyente y el Legislador, la Corte considera en principio, el derecho a la seguridad social como un derecho asistencial o prestacional que la Carta sitúa en su Capítulo 2 del Título II de los derechos sociales, económicos y culturales”.

dad social en Colombia, a partir del modelo conceptual del pluralismo estructurado.

Entre las principales características de este ordenamiento podemos señalar las siguientes:

Se trata de una norma fundante, pues por ella se estructura el sistema de seguridad social en Colombia, a partir de la implementación de un nuevo modelo.

Se trata de una norma estructuradora del nuevo sistema, pues en ella se trazan los rasgos básicos del mismo, disponiéndose la forma de organización general de la seguridad social en Colombia. La Ley 100 es la norma reguladora base del servicio público de seguridad social en el país.

Se trata de una reforma que promueve la prestación del servicio de la seguridad social por medio de particulares, al abrir la cobertura del mismo a la acción de entidades privadas.

Se trata de una reforma basada en principios propios del Estado liberal, tanto en lo político como en lo económico, por lo cual, entre otros asuntos, incorpora como ejes transversales en sus disposiciones, los postulados de la libre elección y de la libre competencia<sup>(5)</sup>.

Se trata de una ley fundamentadora y de principios que deja abiertos amplios espacios para la complementación normativa por medio de actos administrativos del Gobierno Nacional y del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, hoy Comisión de Regulación en Salud. En efecto, no constituye un código del servicio público de seguridad social, sino que al señalar las bases del mismo requiere de normas adicionales de inferior jerarquía que la desarrollen, lo que ha hecho que el sistema esté regula-

---

(5) Al respecto apréciase el traslado de funciones en cuanto a vigilancia sobre la libre competencia entre operadores de la seguridad social que ha operado en Colombia hacia la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante disposiciones tales como la Ley 789 de 2002 y el Decreto 2221 de 2008. Particularmente, se debate en el país lo atinente a temas como el abuso de posición dominante y las prácticas restrictivas de competencia en el ámbito del sistema de seguridad social en salud.

do por un sinnúmero de ordenaciones, en ocasiones contradictorias y, en todo caso, de difícil interpretación.

Se trata de una norma de mera referencia en cuanto toca con el ámbito de los riesgos profesionales y de los servicios sociales complementarios (libros tercero y cuarto), pues o bien remite a la aplicación de disposiciones anteriores o bien faculta al Gobierno Nacional para la adopción de disposiciones integradoras en estas materias.

Se trata de una norma parcial en cuanto se refiere a la seguridad social, pues ella no cubre al sistema de subsidio familiar ni desarrolla prestaciones en el ámbito de la protección a los desempleados (art. 263).

La Ley 100 acoge la tendencia principal del modelo chileno de seguridad social y estructura el sistema, como ya se ha mencionado, a partir de la conceptualización del pluralismo estructurado<sup>(6)</sup>.

Por ello, compromete la participación de particulares en la prestación del servicio público de seguridad social y fija condiciones para que los derechohabientes del mismo elijan en cada subsistema los regímenes y operadores que consideren mejores para la prestación del servicio. Inicialmente el sistema era obligatorio solamente para los trabajadores dependientes, pero en el año 2003 se extiende su obligatoriedad a los independientes contratistas, régimen que para 2008 sufre un ajuste en el caso de quienes devenguen mensualmente hasta un salario mínimo, respecto de los cuales se conserva el carácter voluntario de la afiliación y pago, en el ámbito pensional.

De otro lado, el sistema se organiza en términos generales bajo un esquema de aseguramiento de la población y de ordenación del esquema de subsidios públicos, para que los mismos se materialicen a partir de la identificación de los beneficiarios –subsidios a la demanda– y no bajo el esque-

---

(6) Téngase en cuenta el acogimiento reciente de las tesis de Holzman y de estudios del BID que aluden al concepto del manejo social del riesgo, a partir de un pilar universal de protección, que se relacionan con la noción del universalismo básico, la cual se estructura sobre el reconocimiento de asignaciones universales a partir del núcleo familiar, con prestaciones complementarias o adicionales.

ma anterior de aportes estatales para la provisión de los servicios, bien en pensiones, bien en salud –subsidios a la oferta–.

La Ley 100 fundamenta la financiación del sistema de seguridad social en la aportación de los afiliados, y se dicta apreciando unas variables económicas esperadas para Colombia en la década siguiente, que no se cumplirían, de manera particular en cuanto atañe a la generación de empleo formal y a la reclasificación de salarios.

En efecto, si la financiación central del sistema depende de las aportaciones, entonces el fortalecimiento del mismo estará condicionado por el incremento del empleo formal y por el crecimiento de los salarios, situaciones que no se dieron en los años posteriores a la creación del sistema de seguridad social.

La noción del pluralismo estructurado implica por su parte una presencia importante del Estado en lo atinente a la regulación, la definición de políticas y el control sobre el sistema.

Al respecto ha habido falencias aún pendientes de ser superadas; la creación por la Ley 1122 de 2007 de la Comisión de Regulación en Salud evidencia debilidades del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y de su capacidad reguladora y de arbitraje entre los encontrados intereses de los actores de la salud. Así mismo, la Corte Constitucional ha dejado ver su claro criterio en cuanto a la ausencia de políticas públicas, en especial en el campo de la salud<sup>(7)</sup>, en tanto otros frentes han quedado evidentemente descuidados por ausencia de políticas, como acontece en el caso de las pensiones no contributivas (beneficios económicos periódicos) o en el desarrollo del fondo de protección al desempleado como cuenta del Ministerio de la Protección Social, o en lo concerniente a la definición de la enfermedad profesional y del accidente de trabajo, cuyos conceptos fueron declarados inconstitucionales por decisiones de la Corte Constitucional, en revisión de algunas de las disposiciones del Decreto 1295 de 1994.

---

(7) Corte Constitucional, Sentencia T-760 de agosto de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Más adelante se realizará un recuento sobre las principales reformas introducidas al marco regulatorio de la Ley 100, debiendo sí dejar en evidencia por lo pronto que en lo sustancial el modelo se ha preservado, característica esta que interesa al realizar un análisis comparado en relación con otros Estados. Colombia, en efecto, ha mantenido la orientación de su sistema de protección social, ahondando en el desarrollo de técnicas y propuestas propias del modelo del pluralismo estructurado y garantizando la participación de particulares en la gestión del mismo; no obstante, debe tenerse en cuenta que esta presencia de operadores del sector privado ha venido acompañada de una traslación de responsabilidades públicas en diferentes aspectos, que habrá de ser analizada con detenimiento cuando se realice un balance integral sobre el sistema y que deberá ser considerada cuando éste se compare con el de otras latitudes<sup>(8)</sup>.

Posteriormente, el Acto Legislativo 01 incorporó una reforma al artículo 48 de la Carta Política y estableció el principio constitucional del equilibrio financiero.

### 3. GENERALIDADES JURÍDICAS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL EN COLOMBIA

La naturaleza jurídica constitucional de la seguridad social se concreta en *“ser un derecho irrenunciable de la persona que se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio”*<sup>(9)</sup>.

---

(8) Entre los múltiples temas para abordar a este respecto se sugieren: responsabilidad política de los operadores privados (¿deben rendir cuentas por su gestión ante el Congreso de la República?), responsabilidad fiscal (en razón a la administración de recursos fiscales), responsabilidad disciplinaria por su gestión (¿pero cuál es la fuente precisa de aquella?), responsabilidad penal y su alcance, naturaleza del relacionamiento entre dichos particulares y el Estado (¿son contratistas, son concesionarios del Estado, su rol proviene de una definición legal y reglamentaria?), alcance y efectos del relacionamiento entre los privados y el Estado (responsabilidades del Estado por las dificultades de flujo de recursos), multiplicidad de controles ejercidos sobre los privados, insostenibilidad financiera y “derecho” empresarial a no perder.

(9) Corte Constitucional, Sentencia C-408 de 1994, en relación con el artículo 3° de la Ley 100 de 1993.

La seguridad social es un *servicio público* prestado por entidades públicas o privadas.

La seguridad social es un *servicio público esencial* en salud y en aquellas actividades vinculadas directamente con el reconocimiento y pago de las pensiones.

La vinculación de la persona a la protección social es al sistema, en cada uno de los subsistemas de que se trate, y no a uno u otro de sus operadores, esto es, se trata de una noción integral institucional. Refiriéndose al subsistema de salud, la Corte Constitucional ya tuvo ocasión de expresar: “*La persona se afilia al sistema, no a una de las entidades integrantes del mismo*”<sup>(10)</sup>.

El legislador, en virtud de la Constitución, dispone de la habilitación para regular los contenidos de la seguridad social y, en síntesis, para estructurar el sistema, de conformidad con el principio de la libertad de configuración legislativa del servicio público de la seguridad social, en tanto respete los postulados de la Carta Política.

La Ley 100, a través de su artículo 5°, crea el sistema de seguridad social integral en Colombia, “*cuya dirección, coordinación y control estará a cargo del Estado*”. Este artículo es modificado y complementado por las leyes 789 de 2002 y 1122 de 2007.

El objeto del sistema de seguridad social integral (SSSI), en los términos de la Ley 100, se concreta en:

- a) Garantizar el derecho irrenunciable a la seguridad social de:
  - La persona, y
  - La comunidad
- b) Con el *fin* de lograr una calidad de vida acorde con la *dignidad humana*

---

(10) Corte Constitucional, sentencias C-112 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-250 de 1997 y T-437 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

c) A través de unos medios que se concretan en la protección de las *contingencias económicas y de salud* y la prestación de los *servicios sociales complementarios*

El sistema de seguridad social integral comprende (arts. 1° y 8° L. 100/1993):

- Obligaciones del Estado y la sociedad
- Instituciones (públicas y privadas)
- Normas y procedimientos
- Regímenes
- Recursos

Los objetivos del sistema son:

- Garantizar las prestaciones a quienes tienen capacidad de pago
- Garantizar la prestación de los servicios sociales complementarios
- Garantizar la ampliación de cobertura por solidaridad hasta la universalidad

Los *recursos* de la seguridad social tienen destinación específica y no pueden emplearse para fines o propósitos diferentes (principio de intangibilidad de los recursos del sistema de seguridad social, que se deriva del art. 48 C.P.).

Con la Ley 789 de 2002 se estructura en Colombia el *sistema de protección social*, ajustándose integralmente el sistema de seguridad social anterior, para implicar los siguientes elementos básicos:

a) Objetivos del sistema de protección social (implican una modificación esencial a los objetivos iniciales de la Ley 100):



- Disminuir la vulnerabilidad
- Mejorar la calidad de vida de los colombianos
- Realizar acción afirmativa en cuanto a la cobertura de los desprotegidos

- b) Medios del sistema de protección social: políticas públicas
- c) Fin del sistema de protección social: obtener como *mínimos* derecho a salud, pensión y trabajo

El sistema de protección social asume las siguientes definiciones mínimas en relación con los regímenes de cobertura:

Pensiones = sistema viable que garantice ingresos aceptables

Salud = acceso en condiciones de calidad y oportunidad a los servicios básicos

Trabajo = nuevas formas de trabajo, cambios, capacitación y socialización de riesgos

## CAPÍTULO V

### **Protección social y el nuevo ámbito de la seguridad social en Colombia: el camino a la inclusión**

#### 1. LA REFORMA DE 2002

La adopción de la Ley 789 de 2002 marcó un derrotero conceptual que aún no ha sido asimilado ni analizado en sus efectivos alcances, y que generó el surgimiento de una nueva etapa en la historia del aseguramiento social en Colombia.

Este proceso se inicia desde la fusión de las carteras ministeriales de Trabajo y Seguridad Social y de Salud, formalizada mediante la adopción del Decreto 205 de 2003, que fundamenta la organización y el funcionamiento del Ministerio de la Protección Social, precisamente.

Para algunos, el acogimiento del sistema de protección social se trata de la alternativa viable que permite garantizar la inclusión de todos los colombianos y colombianas (nos parecería más preciso hablar de personas residentes, si bien la Corte Constitucional avaló el empleo de dicha terminología<sup>(1)</sup>) en esquemas de previsión y provisión de servicios sociales; en tanto otros reclaman que su implementación determinó el demérito de los derechos de la seguridad social y se constituyó en la puerta para la minimización de sus coberturas, con el desprendimiento por el Estado de buena parte de sus responsabilidades en la materia<sup>(2)</sup>.

---

(1) Corte Constitucional, Sentencia C-834 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

(2) Ver al respecto la completa obra de Giraldo, César, *¿Protección o desprotección social?*, Bogotá, Ediciones Desde Abajo, Fundación CESDE, 2007.

No puede perderse de vista, en todo caso, que en este evento, como quizá en todos los ámbitos, el derecho llega tarde a regular y cubrir aspectos que la realidad socioeconómica ha visto consolidar. En la materia y como acontece en el panorama mundial, los sistemas de seguridad social han tenido que enfrentarse: al deterioro de las relaciones laborales; a su sustitución –válida o no– por sistemas diferentes de contratación de servicios personales; a la afectación a los derechos de los empleados, al punto de corresponder a la OIT liderar la cruzada por el trabajo decente; al crecimiento de la informalidad; al mantenimiento de condiciones elevadas de desempleo; al estancamiento real de los salarios en medio de los debates macroeconómicos por el control a la inflación; a las deficiencias de productividad y eficiencia en el contexto de la globalización; y en general, a la recurrencia y la agudización de los problemas asociados con la inequidad y la pobreza.

Lo cierto es que a partir de la mencionada ley la seguridad social pasó, de ser el concepto matriz, avalado constitucionalmente por el artículo 48 de la Carta Política, a convertirse en uno de los subcomponentes de un sistema reconstituido, respecto del cual poco se habla y se estudia.

Continuamos refiriéndonos indistintamente en la materia a la seguridad social, cuando las decisiones normativas internas, tanto como las tendencias internacionales reveladas en los propios estudios de la OIT y de la AISS, enrután sus esfuerzos a la comprensión de la protección social como el nuevo rótulo aplicable a los sistemas de provisión de servicios meritorios, asociados al aseguramiento de contingencias y a la atención de prestaciones de interés individual pero de impacto colectivo.

Los programas de estudio apenas asimilan la complejidad y la necesidad de abordar las temáticas de la seguridad social y sus subespecializaciones, no obstante la estructura del sistema, la definición de las políticas estratégicas y la realidad socioeconómica nos sitúan en la senda de la protección social.

La adopción de dicha terminología entraña un cambio conceptual y no meramente referencial, como pasará a comprobarse, generando nuevos e interesantes retos tanto para el estudio como para la práctica de la política pública en el país.

La misma fue avalada ya por la Corte Constitucional, cuando sin mayores honduras en la reflexión, mediante Sentencia C-038 del 27 de enero de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), determinó ese tribunal de cierre que correspondía al legislador, en ejercicio de sus atribuciones y de la potestad de libre configuración legislativa, diseñar el sistema de aseguramiento que considerase pertinente para el país, sin que entrañase la nueva definición una afrenta a los postulados de la Carta Política.

No se olvide que ya desde el debate parlamentario del proyecto que se convirtiera en Ley 789 de 2002 se oían voces en cuanto a lo inapropiado de recurrir al concepto de protección social, existiendo una definición constitucional en torno a la seguridad social, por lo que correspondía en el punto precisar y extender los efectos del sistema de seguridad social, que no sustituirlo por otro, con nuevos nombre y objetivos.

El sistema de protección social reinstalado en Colombia desde diciembre de 2002, redefinió así mismo los objetivos que la Ley 100 había señalado en 1993. Ello, complementado con el reajuste de principios hecho por el Acto Legislativo 01 de 2005 y por la Ley 1122 de 2007, y con las precisiones de la doctrina constitucional contenidas en la Sentencia T-760 de 2008, permite concluir como hipótesis de trabajo que los recientes ajustes normativos en el país han provocado una reforma estructural al sistema de seguridad social, respecto de la cual apenas hemos sentido algunos de sus efectos. Reforma que deberá exteriorizarse y profundizarse prontamente cuando se consideren instituciones tales como la protección por pensiones no contributivas o el seguro por desempleo, y cuando se presente el ajuste al sistema de salud, para asegurar prestaciones universales y uniformes.

No estamos frente a cambios paramétricos, por cuanto se han fijado políticamente nuevos derroteros que impactan de manera esencial en el sistema de seguridad social, aspecto que debe ser considerado y analizado con la sindéresis y profundidad que ello amerita y que, sin pretender calificaciones o descalificaciones a priori, sí obliga a una reflexión detenida que se considera aún ausente en los escenarios relacionados y principalmente en el de la discusión pública.

En efecto, los objetivos del sistema de protección social se orientan a la consecución de mínimos aceptables que reconozcan así mismo las

nuevas condiciones del trabajo y que permitan socializar los riesgos; ello, por supuesto, entraña un impacto directo en la efectividad de los beneficios del sistema para cada persona y en la forma de financiar las coberturas<sup>(3)</sup>.

Cuando se comparan los artículos fundantes de la Ley 100 de 1993 con las normas iniciales de la Ley 789 de 2002 se aprecian las grandes diferencias.

En aquella se parte de las coberturas para la población con capacidad de pago, las cuales en principio tendrían que ser financiadas íntegramente con aportes, y se refiere la progresividad en cuanto a la extensión del sistema a la población sin capacidad de pago y en condición de vulnerabilidad. Al paso que la Ley 789 privilegia la publicación en cuanto al papel del sistema, el cual habrá de orientarse a la generalidad de la población para asegurarle unos mínimos, mediante la socialización de los riesgos; pero ello, dentro del mismo esquema de la ley anterior, esto es, con una alta y progresiva participación de los particulares y una financiación centrada en la aportación de empleadores y trabajadores –la cual se reafirma con el incremento en las cotizaciones para pensiones y salud ordenadas por las leyes 797 de 2003 y 1122 de 2007.

Se trata de enfrentar la pobreza y generar coberturas mayores, pero con una fuente de financiación por aportes y con la operación preferente de particulares. Es explicable entonces la permanente tensión entre el Estado y los operadores de la seguridad social, en especial con los más sensibles hasta el momento, esto es, las entidades promotoras de salud, a quienes se exigen más coberturas con recursos iguales. La racionalidad económica de la actividad del aseguramiento se enfrenta a la racionalidad de la protección social incluyente y a la racionalidad política del Estado, sin que exis-

---

(3) Respecto a los objetivos del sistema, téngase en cuenta lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 205 de 2003: *Las políticas públicas del Sistema de la Protección Social se concretan mediante la identificación e implementación, de ser necesario, de estrategias de reducción, mitigación y superación de los riesgos que puedan provenir de fuentes naturales y ambientales, sociales, económicas y relacionadas con el mercado de trabajo, ciclo vital y la salud, en el marco de las competencias asignadas al Ministerio.*

tan adecuados y eficaces mecanismos para la solución de las tensiones generadas entre los distintos actores.

Pero si quedaba alguna duda en cuanto al rebautizo del sistema de provisión de servicios sociales y de seguridad social en Colombia, la Ley 1151 de 2007, contentiva del Plan Nacional de Desarrollo, en el artículo 6° del Capítulo III la despejó plenamente al reiterar el establecimiento del sistema de protección social, el cual comprende los siguientes componentes o subsistemas<sup>(4)</sup>:

*El sistema de seguridad social*, que comprende las ramas clásicas y los subsistemas de previsión o de pensiones, de seguridad social en salud, de riesgos profesionales, de servicios sociales y de subsidio familiar y de protección al desempleado. Dentro de él figuran como actores, en la actualidad, los operadores de información.

*El sistema de formación para el empleo*, que comprende la gestión realizada por el Estado para la calificación del talento humano en el ámbito laboral y se materializa a través de la actividad a cargo del SENA.

*El sistema de promoción social*, que comprende la protección brindada por el Estado a partir de las funciones a cargo del ICBF, así como las políticas y acciones orientadas a combatir y reducir la pobreza a través de la Red de Solidaridad y los recursos de cooperación internacional que se comprometan en ese propósito.

Se trata de una redefinición integradora, que evidencia la necesidad de articular efectiva, más que jurídicamente, la operación del sistema clá-

---

(4) No se olvide que la integración básica del aludido sistema estaba diseñada desde la Ley 790 de 2002 y, en particular, a través de las previsiones del Decreto 205 de 2003, en especial conforme a lo reglado en el artículo 1° de dicha disposición, en virtud del cual la estructura de la protección social se conformaba así: *El Sistema de la Protección Social integra en su operación el conjunto de obligaciones; instituciones públicas, privadas y mixtas; normas; procedimientos y recursos públicos y privados destinados a prevenir, mitigar y superar los riesgos que afectan la calidad de vida de la población e incorpora el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, el Sistema General de Seguridad Social Integral y los específicamente asignados al Ministerio.*

sico de seguridad social con el sistema de formación para el trabajo y el de asistencia o promoción social, orientando este último, de modo fundamental, a la lucha contra la pobreza y a la atención de necesidades de poblaciones con condiciones especiales de vulnerabilidad.

Es claro que bajo este esquema la seguridad social y sus instituciones pasan a ser un componente, esencial sí, pero particular, de una política pública integral de provisión de bienes meritorios, lo que plantea dificultades, retos y posibilidades grandes que están por explorar.

Entre los principales efectos que se aprecian a partir de esta conceptualización normativa e institucional se encuentran los siguientes:

a) La seguridad social debe reinterpretarse como componente del sistema de protección social en Colombia.

b) No pueden plantearse reformas o iniciativas desarticuladas, ni entre los capítulos de la seguridad social, ni entre ésta y los demás componentes del sistema de protección social.

c) Si bien se avanza en la comunicación e información integrada entre los componentes del sistema de seguridad social, es precaria la comunicación e integración entre dicho subsistema y los de formación para el trabajo y promoción social, por lo cual es preciso avanzar rápidamente en la efectiva operación del SISPRO, articulando los tres subcomponentes de la protección social.

d) Las acciones de la formación para el trabajo son parte de la protección social, mas no componentes de la seguridad social.

e) La política asistencialista para la promoción social se debe articular a la seguridad social, sin que ésta se confunda con aquella.

f) Componentes o estrategias del sistema de seguridad social se cruzan e interactúan en el ámbito de la promoción social, pero en tanto operen se considerarán prestaciones de la seguridad social y no acciones de promoción social, esto es, generan derechos de la seguridad social: ello es lo que acontece con las coberturas en salud, por ejemplo, bajo el régimen subsidiado (cubren a poblaciones vulnerables, se financian con recursos

fiscales y parafiscales, siendo en todo caso no contributivas, pero generan derechos de la seguridad social y no meras coberturas asistenciales —esto es reafirmado por L. 1122/2007 al reconocer, entre otros aspectos, que la afiliación al sistema de seguridad social en salud es integral, pues toma en cuenta tanto el tiempo de permanencia en el régimen contributivo como el de vinculación al régimen subsidiado—).

g) El estudio de la materia debe enfocarse desde lo conceptual y principalístico a partir de la consideración del género, esto es, la protección social, y especificarse luego en lo particular, en cada uno de sus componentes y sus especialidades.

h) En cada uno de los componentes de la protección social habrá de considerarse la naturaleza de las prestaciones y coberturas generadas, para discurrir en particular sobre la condición jurídica de aquellas y determinar si se trata de derechos o de prestaciones de diferente condición —auxilios o apoyos—. Este es uno de los aspectos en los que mayormente habrán de trabajar la doctrina y la jurisprudencia en los próximos años, resaltando en todos los casos el carácter de derechos que procede reconocer a las coberturas de la protección integral<sup>(5)</sup>.

i) Un elemento adicional por trabajar tiene que ver con la articulación del sistema de protección social y la ejecución de otras políticas pú-

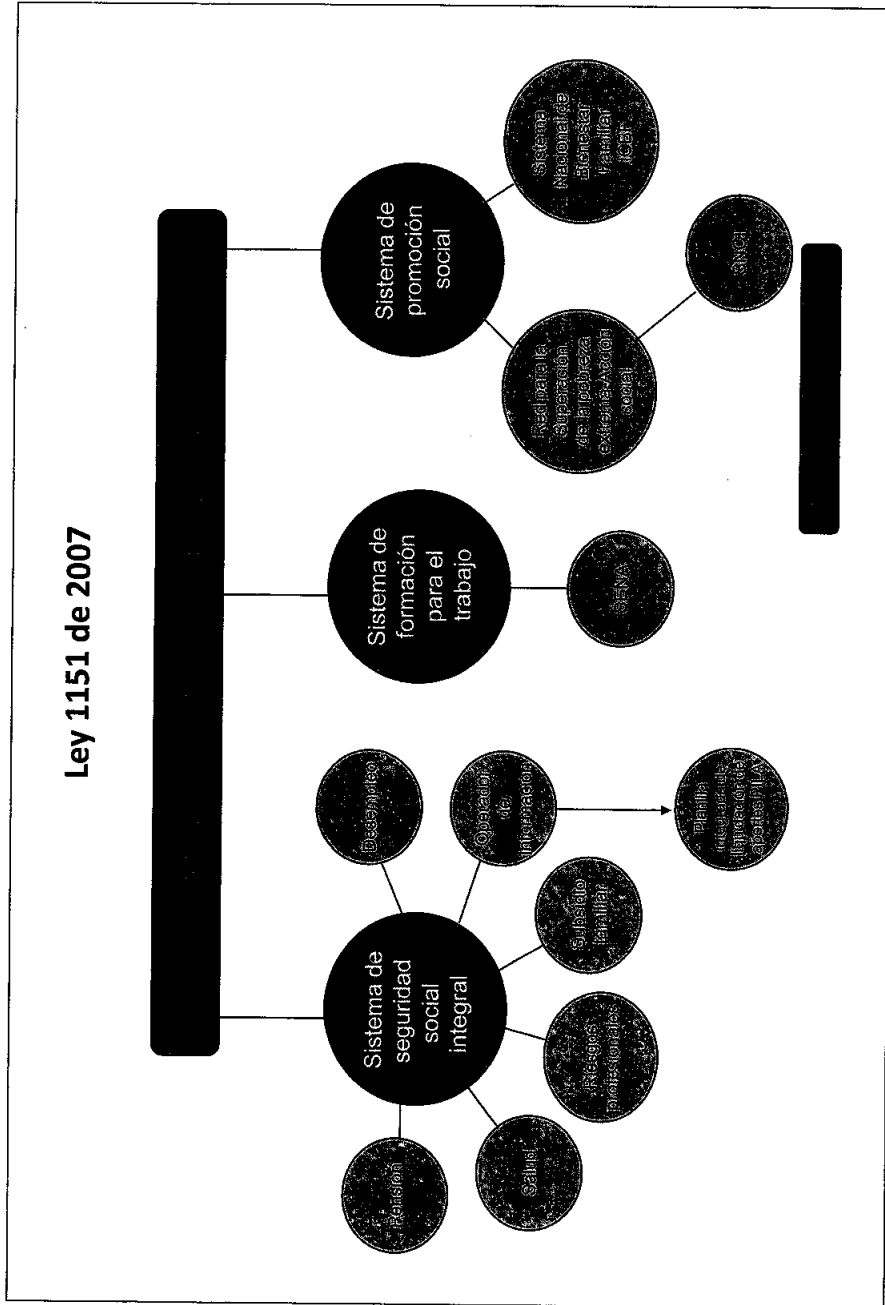
---

(5) Al respecto, el artículo 10 de la Ley 1151 de 2007 contenía una interesante precisión sobre la definición de los subsidios aplicados en Colombia, la cual fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional: *Apoyos económicos. Para todos los efectos, se entiende que los apoyos económicos directos o indirectos, así como los incentivos, constituyen una ayuda que ofrece el Estado sin contraprestación alguna por parte del beneficiario y se otorgan de manera selectiva y temporal en el marco de una política pública. Es potestad del Gobierno Nacional establecer el sector beneficiario y el valor del apoyo o incentivo económico, así como determinar, los requisitos y condiciones que sean del caso. Por consiguiente, sólo se considerará beneficiario y titular del derecho al apoyo o incentivo quien haya sido seleccionado mediante acto administrativo en firme por haber cumplido los requisitos y condiciones establecidos por el Gobierno para tal efecto.*  
*PAR. Mientras ello no ocurra los potenciales beneficiarios solo tendrán meras expectativas y NO derechos (resaltado fuera del texto).*  
 La Corte Constitucional declaró inexecutable dicha disposición por medio de la Sentencia C-507 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.



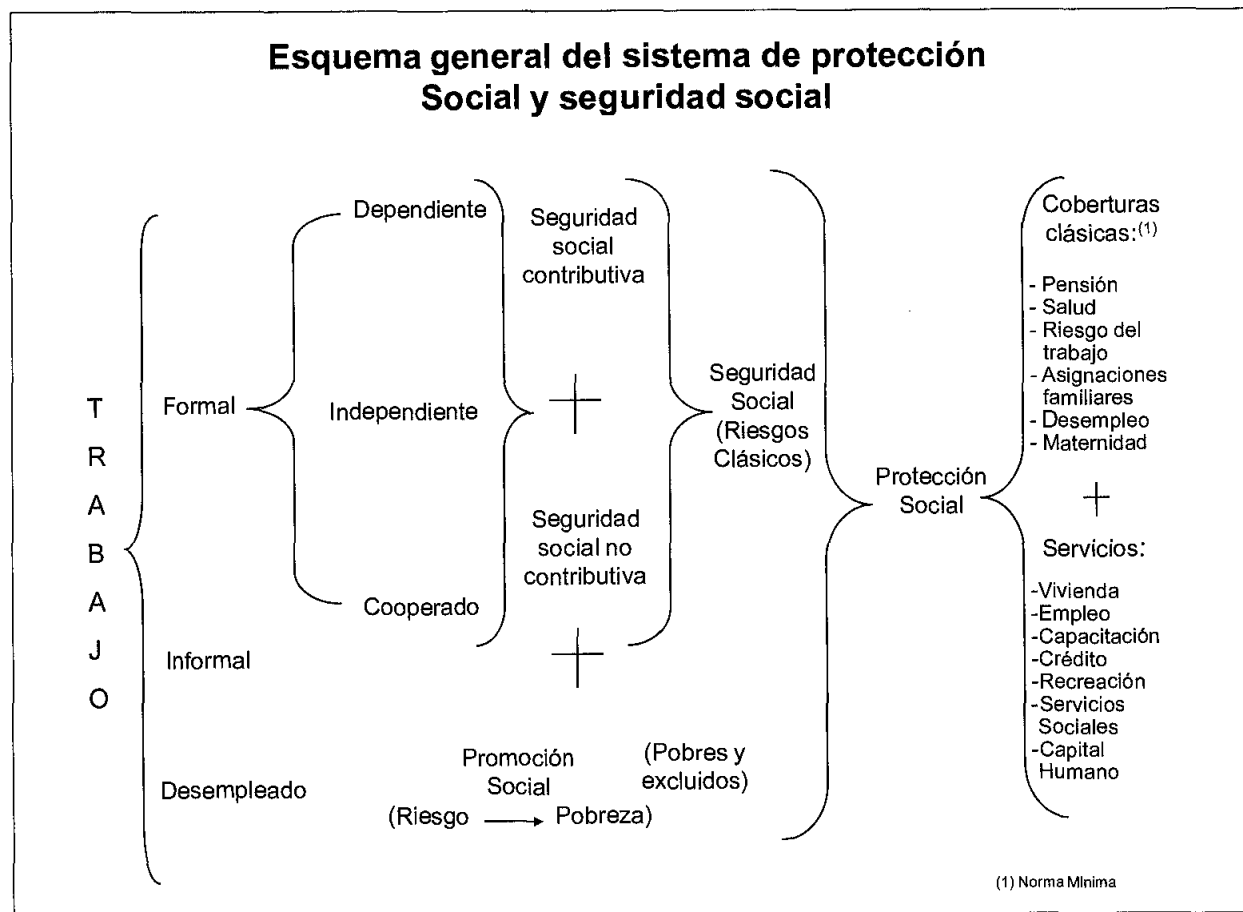
blicas del Estado, en especial las de contenido social; ejemplo de ello es el otorgamiento de subsidios nacionales o territoriales, los cuales en principio se articularían bajo el componente de la promoción social, pero deben considerarse integralmente en todo caso para que no se ejecuten en forma aislada. Una manifestación de esto, y precisamente aplicando los postulados de los subsidios condicionados tan en boga en nuestra América, es que la familia beneficiaria del régimen subsidiado de salud, que además sea titular de un subsidio por programas tales como Familias en Acción, habrá de perder sus derechos si estimula la mendicidad o el trabajo infantil; la seguridad y la promoción social se articulan a estrategias de lucha contra la pobreza y reducción de la población de calle, generándose esfuerzos concertados y exigentes que permitan impactar de manera más contundente en la reducción de la pobreza, a la vez que generar medios de control más efectivos.

Conviene que se tenga una visión panorámica del sistema de protección social en Colombia a partir de la definición de la Ley 1151 de 2007, Plan Nacional de Desarrollo:



Esquema legal del sistema de protección social en Colombia.

## Esquema general del sistema de protección Social y seguridad social



## 2. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL

Es pertinente en estas reflexiones conceptuales tener en cuenta además los alcances integrales del sistema de seguridad social, de manera particular en lo que atañe al sistema de subsidio familiar y de protección al desempleo, ramas que ordinariamente se consideran excluidas de la provisión social, pero que hacen parte esencial de la seguridad social.

Una primera reflexión debe realizarse a este respecto, la cual consiste en señalar que dentro de las prestaciones clásicas cubiertas por los sistemas de seguridad social se encuentran las relacionadas con las denominadas asignaciones familiares o coberturas por personas a cargo.

En efecto, la norma mínima de seguridad social contenida en el Convenio 102 de la OIT contempla, dentro de las nueve ramas de la seguridad social, tanto las asignaciones familiares como las prestaciones por paro forzoso o desempleo.

Por su parte, el Código Iberoamericano de Seguridad, aprobado por la reunión de ministros del ramo en Madrid en 1995 e incorporado a la legislación en Colombia mediante la Ley 516 de 1999, también incorpora dentro de las prestaciones propias de los sistemas de seguridad social tales coberturas.

Su razón de ser, cubrir la contingencia relacionada con las cargas familiares que surgen en razón de hijos o personas a cargo del amparado, que desequilibran la utilización de las fuentes tradicionales de ingreso. En cuanto al desempleo, su objeto se concreta en la sustitución de rentas o la provisión de ingresos esenciales y temporales, para el caso del cese involuntario de trabajo por parte del asegurado.

La circunstancia relacionada con el surgimiento espontáneo del sistema de subsidio familiar en Colombia, aparte de la normatividad que a mediados del siglo pasado dio lugar al seguro social, da cuenta histórica de una equivocada percepción en cuanto a que las prestaciones del subsidio familiar y por desempleo son de naturaleza diferente a las propias del sistema de seguridad social.

No obstante que la Ley 90 de 1946, estructuradora de los seguros sociales en Colombia, instaba a la creación del subsidio por desempleo y permitía al Instituto cubrir el ramo de las asignaciones familiares, fue años más adelante que, por iniciativa particular, se instauraron los primeros pagos por hijos, y posteriormente se dio surgimiento a las primeras cajas de compensación familiar en el país.

Ello ha hecho olvidar la naturaleza del sistema como componente de la seguridad social, al punto que no en pocas normas se alude al sistema de seguridad social y a sus instituciones sin considerar o tomar en cuenta a las cajas de compensación familiar.

Recientemente se produjo sentencia de la Corte Constitucional, mediante la cual ese tribunal consideró por demanda ciudadana la materia, sin entrar en los pormenores del asunto<sup>(6)</sup>.

Por su parte, la Ley 1151 de 2007, contentiva del Plan Nacional de Desarrollo (Cap. II, art. 6º, numeral 3, final), reafirmó normativamente la adscripción de las cajas al sistema de seguridad social.

A partir de estas precisiones es necesario considerar que las funciones que corresponden a las cajas de compensación familiar en cuanto a reconocimiento de los subsidios familiares por personas a cargo y por desempleo, corresponden al cumplimiento de prestaciones de la seguridad social.

Las demás funciones y actividades desempeñadas por las cajas como operadoras del sistema de subsidio familiar se regirán por las normas propias de cada actividad y corresponderán a la provisión de servicios de interés general que les asigna la ley (otorgamiento de subsidios familiares de vivienda, atención a niños y jóvenes pobres, destinación de recursos para educación y cubrimiento del aseguramiento para población sin capacidad de pago –en este evento, nótese que actúan dentro del ámbito del sistema de seguridad social en salud–), o a la prestación de servicios sociales para

---

(6) Corte Constitucional, Sentencia C-341 del 9 de mayo de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

los afiliados y sus familias (cultura, educación, bibliotecas, recreación, turismo social, turismo, crédito, vivienda, deporte, atención a niños, a madres y a adultos mayores), o a la prestación de servicios de bienestar para particulares (prestación de los mencionados servicios en condiciones de mercado).

Otro aspecto que debe considerarse es el relacionado con los servicios sociales complementarios.

En los términos de la definición acogida tímidamente por el Libro IV de la Ley 100 de 1993, dichos servicios sociales son parte del sistema de seguridad social en Colombia y se refieren de manera específica a la provisión de bienes para la subsistencia de los adultos mayores en condición de indigencia.

Considérese que tal expresión en Colombia tiene otros alcances si se aprecia precisamente la labor del sistema de subsidio familiar y la prestación de servicios sociales para su población afiliada (al respecto cfr. arts. 62 y 63 L. 21/1982, y su modificación mediante art. 16 L. 789/2002, así como lo atinente al reconocimiento del subsidio familiar para trabajadores beneficiarios, en la modalidad de servicios). En un sentido amplio entonces, la denominación “servicios sociales” alude al portafolio de prestaciones complementarias de bienestar cuyo fin se concreta en generar condiciones adecuadas para la promoción individual y familiar de los trabajadores (bajo la progresividad, deberá extenderse esa consideración a todas las personas).

Recientemente, el artículo 7° del Decreto 1800 de 2009 al regular el ahorro de largo plazo para trabajadores por períodos inferiores a un mes y para independientes que reciben como ingreso hasta un salario mínimo, se refiere expresamente al concepto de servicios sociales, señalando que tal institución de ahorro no corresponde a un esquema de previsión pensional, sino a una modalidad de dichos servicios al que califica como programa social complementario.

En el sentido lato, se reitera, el concepto de servicios sociales complementarios como subcomponente del sistema de seguridad social en Colombia se regula a partir de la Ley 100 de 1993, Libro IV, y en la actualidad

se desarrolla conforme lo previsto por el Decreto 3771 de 2007, encontrando su financiación principalmente en la cuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional.

La atención que constitucionalmente se demanda frente a los adultos mayores, se anota, ha generado la adopción de variada normatividad, cuyos alcances han sido infortunadamente más nominativos que efectivos. Baste tener en cuenta la adopción de la Ley 1091 de 2006, por la cual se crea la figura del colombiano y de la colombiana de oro, y más recientemente la expedición de la Ley 1171 de 2007, por la que se establecen estímulos y mecanismos de protección para las personas con edad superior a los 62 años.

Una inquietud anticipada a este respecto: los mecanismos sustitutivos de pensión consistentes en subsidios o beneficios periódicos voluntarios para quienes no accedan al derecho previsional clásico, mismos que tienen fundamento constitucional directo según lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, ¿deberán ser considerados prestaciones de la seguridad social o de otro carácter? Seguramente la respuesta es afirmativa, pues si bien, como la propia Carta Política lo señala, no tienen la condición de pensiones de vejez, constituyen prestaciones económicas de subsistencia, las cuales han sido definidas por la Ley 100 de 1993 como constitutivas de servicios sociales complementarios y, por ende, como emanaciones del sistema de seguridad social en la forma en que ha sido definido legislativamente en Colombia.

Considérese así mismo otra de las recientes modificaciones a la estructura del sistema de seguridad social, la cual consiste en el establecimiento de la planilla integrada de liquidación de aportes y la función a cargo de una nueva categoría de actores, los operadores de información.

Si bien dichos operadores de información no prestan servicios materialmente considerados como de la seguridad social, sí tienen a su cargo uno de los procesos más relevantes en cuanto se refiere a la efectividad de los derechos de la seguridad social, esto es, el manejo de la información, la liquidación y el procedimiento de pago de aportes.

La profundización sobre la tarea de estos operadores es indispensable como responsables que son de un rol que se ha especializado dentro del ámbito del sistema de la protección social en Colombia.

De la misma manera, la Ley 1151 de 2007, Plan Nacional de Desarrollo, en su artículo 156, especializó otro proceso de la seguridad social, aún bajo el desconocimiento de muchos. Se trata de la tarea de determinación y cobro de las contribuciones de la protección social, la cual corresponderá en sus aspectos regulatorios a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

A cargo de dicha entidad estarán las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la protección social; esto es, las entidades operadoras-aseguradoras de la seguridad social que carecen de competencia para el cobro coactivo trasladarán a esa Unidad los hallazgos y obligaciones pendientes por concepto de aportes a la seguridad social. No obstante que en la Ley 1151 se establecía que sería la Unidad la encargada en estos eventos de proceder a la fijación de la obligación y al cobro coactivo, el Decreto 169 del 23 de enero de 2008, por el cual se reguló con fuerza de ley la materia, se abstuvo de reconocerle a la Unidad esa atribución, por lo cual continuarán en cabeza de las operadoras las funciones de cobro judicial, específicamente para el caso de aquellas que no cuentan con la facultad de cobro coactivo (que son la mayoría, al primar en Colombia la operación del sistema en cabeza de entes sometidos al régimen de derecho privado, en cuanto a su organización).

Se trata de un nuevo operador dentro del sistema de protección social en Colombia, responsable del seguimiento al proceso de recuperación de los recursos adeudados por concepto de pago de aportes, que impactará la estructura y la operación del mismo, así como el relacionamiento con los responsables de la liquidación y el pago de aportes. Estaba llamado en nuestro concepto este componente a constituirse en el homólogo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) en materia fiscal, si bien su desarrollo normativo no le permitió asumir esa dimensión, como se ha expresado.



### 3. CONSIDERACIONES SOBRE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Una de las materias de mayor relevancia jurídica en cuanto toca con la distinción conceptual de los subsistemas de la protección social y, en particular, de la identificación de las prestaciones que se derivan de la seguridad social, tiene que ver con la consideración sobre la naturaleza de los beneficios y, en últimas, sobre la condición de los beneficiarios: asegurados/derecho-habientes o destinatarios de promoción y política social.

Las prestaciones de la seguridad social se expresan en derechos, que ingresan al patrimonio de sus titulares beneficiarios y se causan una vez se acrediten los requisitos correspondientes.

Ello a diferencia de las acciones asistenciales del Estado, que no consolidan en principio derechos para sus beneficiarios y que se expresan en subsidios, cuya efectividad depende de la provisión y suficiencia de recursos públicos.

Por ende, se abre el debate sobre la condición jurídica de las prestaciones derivadas en particular de los servicios sociales complementarios, clasificados como un componente del sistema de seguridad social, y de las prestaciones de los subsistemas de formación para el empleo, promoción social y lucha contra la pobreza.

Si se trata de prestaciones de la seguridad social, entonces, ¿qué condición asumen?, ¿podrán ser revocadas?, ¿hasta dónde serán temporales si las necesidades del beneficiario titular del derecho se extienden en el tiempo?, ¿cuál la obligación del Estado de proveer los recursos necesarios para la satisfacción de tales prestaciones, y cuál la responsabilidad de los operadores particulares de los subsistemas de la protección social? Esta discusión cabe también con respecto a los subsidios otorgados a los desempleados, pues por razones prácticas los mismos están limitados a la disponibilidad de recursos.

Las anteriores son algunas de las inquietudes que emergen de la consideración inicial de la nueva problemática jurídica.

En lo que hace al reconocimiento de subsidios a desempleados, una de las materias más ampliamente debatidas ha tenido que ver con la limitación de la cobertura efectiva del programa, frente al número total de desempleados en el país.

Es sabido además que la Ley 789 de 2002 determinó el surgimiento dentro del sistema de subsidio familiar del Fondo de Apoyo al Empleo y Protección al Desempleado (FONEDE), constituido con parte de los aportes patronales del 4% sobre la nómina, y que con cargo a dicho Fondo se dispuso el pago de los subsidios a desempleados.

Se estableció así mismo una diferenciación de trato entre desempleados con vinculación anterior al sistema de subsidio familiar (esto es, que hubieren tenido vinculación formal de trabajo en forma previa) y desempleados sin dicha vinculación, medida en su afiliación por un año dentro de los tres años anteriores al momento de la postulación para acceder al subsidio.

El porcentaje destinado del FONEDE para cubrir subsidios para aquellos se fijó como superior (30%) respecto del rubro especificado para estos, por cuanto para pagar los subsidios a desempleados sin vinculación anterior al sistema de subsidio familiar solamente se arbitró el 5% del Fondo.

Mediante fallo de tutela<sup>(7)</sup>, la Corte Constitucional reconoció la impertinencia de dicha categorización, obligando a una caja de compensación familiar a cubrir el pago de subsidio para un desempleado sin vinculación anterior al sistema, sin tomar en cuenta la clasificación en las partidas atrás aludida y sin aplicación de la preferencia para artistas, escritores o deportistas, dispuesta por la misma ley.

No obstante, planteado el caso en sede de constitucionalidad, la Corte determinó que dicha diferenciación en cuanto a la fuente de recursos para la atención de los subsidios y la preferencia frente a artistas, escritores y deportistas era razonable y se ajustaba a los postulados constitucionales, sin que con ella se violara el principio ni el derecho a la igualdad.

---

(7) Corte Constitucional, Sentencia T-232 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.

Lo que interesa fundamentalmente para la presente reflexión tiene que ver con el mandato que impartió la Corte Constitucional en esa sentencia (C-393/2007) al Gobierno Nacional, en cuanto a la estructuración y puesta en funcionamiento del Fondo de Protección al Desempleado, que a su cargo debe operar por mandato de la Ley 789 de 2002 y que se nutrirá con recursos de orden fiscal, por medio del cual se tienen que cubrir los subsidios para los desempleados sin vinculación anterior al sistema de compensación familiar.

Dispuso la Corte que las cajas de compensación familiar que reciban postulaciones de este tipo de desempleados y carezcan de los recursos necesarios para su cubrimiento remitan esas postulaciones al Gobierno para que a través del aludido fondo se paguen los subsidios.

Se genera a partir de este mandato, aún no cumplido, un expediente para la universalización y extensión de la cobertura en cuanto a subsidio al desempleo en Colombia. ¿Cuál será en todo caso el monto máximo de recursos para dicho fondo?, ¿será válido oponer al desempleado postulante la insuficiencia de recursos fiscales para la atención de la prestación?

Y ello se considera como la expresión inicial de los debates que podrán surgir en torno a la materia planteada.

¿Se trata de prestaciones de la seguridad social, derechos que se adquieren con el cumplimiento de requisitos, o son coberturas de asistencia, reversibles y revocables, que pueden desconocerse frente a la carencia de recursos para su financiación?

Este antecedente habrá de relacionarse con materias tales como la estructuración de las pensiones no contributivas o asistenciales (que funcionan con criterios de universalidad en ciudades como México D.F.) o con la próxima creación que en Colombia habrá de realizarse de los beneficios económicos periódicos, sustitutivos de la pensión de vejez para poblaciones pobres, regulados por el Acto Legislativo 01 de 2005.

En efecto, el artículo 142 de la Ley 1151 de 2007 obligó al Gobierno a presentar dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la norma el proyecto de ley que reglamente dichos beneficios, iniciativa que ya había

sido presentada en la anterior legislatura por los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social.

El análisis de este tipo de figura amerita un estudio particular. En todo caso considérese, en los términos del anterior proyecto de ley sobre el particular, que el programa de beneficios económicos periódicos voluntarios tiene por objeto:

*...otorgar un subsidio de carácter personal e intransferible a quienes no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión, bien porque cumplida la edad no reúnen el número de semanas o el capital necesario ni los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima y para aquellas personas que perciban un ingreso inferior al salario mínimo legal mensual vigente lo que les impide acceder al Sistema General de Pensiones.*

Como se aprecia, estamos frente a nuevas estrategias de la protección social para estructurar mecanismos de cobertura diversos al pensional clásico, que se complementa con esquemas tales como (i) los regulados por el artículo 40 de la Ley 1151 de 2007 en cuanto a la vinculación laboral por períodos inferiores a un mes, respecto de la cual se establece un sistema de ahorro programado bajo administración de los Fondos de Cesantías –alternativo al sistema general de pensiones–, y (ii) los de la recientemente aprobada reforma legal, mediante la cual se vuelve facultativa la afiliación a dicho sistema de trabajadores independientes con ingreso igual o inferior a un salario mínimo legal mensual vigente.

Pero entonces, ¿qué naturaleza tendrán esas prestaciones y a qué subsistema de la protección social corresponden? ¿Generarán derechos para sus beneficiarios y, en caso afirmativo, de cuál naturaleza, además considerando la prevalencia de derechos fundamentales con protección constitucional directa, como acontece con los adultos mayores? ¿La insuficiencia de recursos será título suficiente para alegar la no efectividad de estas prestaciones?

En el caso de los adultos mayores indigentes, este tipo de prestaciones, al complementar o sustituir el esquema de cobertura en servicios sociales complementarios (Libro IV L. 100/1993), ¿se considerará parte del siste-

ma de seguridad social?, ¿o se trata de subsidios asistenciales revocables, como derechos prestacionales? Nosotros creemos lo primero.

En la misma dirección, la necesidad de garantizar coberturas universales, ¿qué impacto generará sobre los sistemas de pensiones, riesgos profesionales, subsidio familiar y protección al desempleo en el país? Nótese que en materia de salud el compromiso estatal por la universalidad, refrendado por la aplicación de la Ley 1122 de 2007 y por los criterios de la doctrina constitucional, habrá de materializarse finalizando el año 2009.

Empero, en cuanto respecta a los restantes subsistemas de la seguridad social, las dificultades de cobertura y de acceso se mantienen, motivando desde ya la preocupación por la respuesta que el Estado habrá de dar al respecto.

Pero entonces, ¿esas respuestas se expresarán desde la promoción social, como subsidios o como derechos para los titulares? ¿Se trata de ampliar la seguridad social o de establecer prestaciones de protección social, en detrimento de la cobertura de aquella y, en últimas, bajo esquemas de desprotección bajo la óptica del derecho social?, ¿o hemos de entender que las prestaciones en general del sistema de protección social revisten igual carácter jurídico como derechos, por medio de los cuales se realiza la dignidad humana y se brinda una seguridad económica a las personas, con miras a facilitar su bienestar y propender por la armonía social? Esta es la interpretación que consideramos debe imperar, a partir de los principios constitucionales y de la naturaleza propia de las prestaciones del aseguramiento social.

Por el momento, el interés con estas reflexiones se concreta en generar espacios de análisis, profundización y debate. Las opiniones de los expertos, la participación de los interesados y, en especial, la concertación democrática de los intereses habrán de determinar en el futuro la vía que se adopte, la cual se espera fortalezca la inclusión en derechos efectivos y equitativos para los destinatarios del sistema de protección social en Colombia.

Las precisiones que en este texto se contienen están animadas por ese propósito y buscan contribuir al inicio del debate público al respecto.

#### 4. CARACTERÍSTICAS Y TENDENCIAS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL EN COLOMBIA

Conforme la historia y las orientaciones de las reformas recientes, respecto de las cuales se entrará en detalles más adelante, podemos extraer algunas consideraciones generales en torno a las principales peculiaridades del sistema de protección social en Colombia que lo identifican, así:

a) *Se basa en la gestión privada*, en tanto la operación de los diferentes roles del sistema ha sido entregada a particulares o entidades mixtas o solidarias. El Estado se ha reservado las funciones de dirección e inspección. El traslado de responsabilidades al sector privado se ha concretado especialmente en el campo del subsistema de seguridad social (pensiones, salud, riesgos profesionales, subsidio familiar y subsidio al desempleo), pues la operación de las demás prestaciones de la protección social continúa mayoritariamente en cabeza de entidades públicas.

Esta característica se relaciona con la expresión cotidiana en cuanto a la privatización del sistema de seguridad social en Colombia, tendencia que obedece tanto al modelo estructural de base, a partir del denominado Consenso de Washington<sup>(8)</sup>, como a la facultad constitucional contenida en el artículo 48 específicamente y en otras disposiciones, en cuanto concierne a la posibilidad de que particulares participen en la gestión de los servicios públicos.

Debe resaltarse la ortodoxia con la cual el país ha apropiado la aplicación del aludido modelo, considerando que las recientes reformas se han orientado a profundizar su desarrollo; esta tendencia sitúa a Colombia como referente especial en el contexto americano, quizá solamente al lado de Chile y, con todo, considerando que en ese país modelo han acontecido reformas que tienden a una mayor participación pública en la operación del sistema: estructuración del pilar solidario pensional mediante financiación estatal y propuestas para la creación de una administradora pública de fondos de pensiones.

---

(8) Ver Giraldo, *¿Protección o desprotección social?*, ob. cit.

Algunas de las medidas que evidencian en Colombia esa tendencia por la gestión privada del sistema pueden enunciarse así:

- Estructuración del régimen de ahorro individual con solidaridad.
- Concesión del servicio de seguridad social a operadores privados.
- Traslado de responsabilidades sociales estatales a las cajas de compensación familiar.
- Adormecimiento del ISS y sustitución por operadores mixtos.
- Control sobre el crecimiento de la red pública hospitalaria.
- Aplicación de conceptos de gestión particular a la red pública hospitalaria.
- Sometimiento a la competencia del mercado a las instituciones públicas de la seguridad social (en ocasiones se han adoptado medidas de distorsión, pero es mayor la tendencia a la competencia, a nuestro modo de ver).
- Participación en el sistema de instituciones financieras en cuanto al ciclo del flujo de recursos (ej., participación como operadores de información).
- Búsqueda de alternativas de provisión de servicios de la protección social mediante esquemas de microseguros (ej., beneficios económicos periódicos para adultos mayores sin pensión).

La participación del sector privado en el sistema de protección social no puede calificarse *per se* como adecuada o inadecuada, pues obedece a la aplicación de un modelo y de unas técnicas mediante las cuales se persiguen los fines de aquel. Los resultados de la gestión serán los merecedores de calificación al respecto.

Una circunstancia particular sí llama nuestra atención en el caso de Colombia, y es la relacionada con el “desprendimiento” de la responsabi-

lidad política del Estado en cuanto toca con la materia de la protección social.

El traslado de roles a los particulares en el ámbito de la seguridad social ha estado acompañado de una tendencia a trasladar igualmente la responsabilidad política a aquellos, surgiendo una cierta “privatización” conceptual que consideramos debe superarse. De alguna manera, en el imaginario colectivo las fallas que pueda tener, por ejemplo, el sistema de salud son causadas por las operadoras privadas, mas no obedecen a deficiencias de estructura o a falencias de política pública. Pareciese confundirse la responsabilidad en la ejecución de los roles dentro de los subsistemas, con la responsabilidad política final de la protección social, la cual será siempre pública. Esto es, dicha responsabilidad es estatal, tanto del Gobierno como de la sociedad y de todos los asociados, además.

Ya se ha dicho, así mismo, que la gestión pública en el ámbito de la protección social se ha reservado para las áreas de la formación para el empleo, la promoción social y la lucha contra la pobreza. A su cargo están instituciones como el SENA, el ICBF y la antes denominada Red de Solidaridad (Consejería Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional).

No sobra mencionar que en algunos momentos se han escuchado voces orientadas a proponer traslados de responsabilidades en estos ámbitos a la gestión particular. Por el momento, la estructura del sistema apunta al mantenimiento de dichas instituciones, pudiendo afirmarse que en grandes líneas el componente de seguridad social cuenta con gestión particular preferente, en tanto el componente de protección social específicamente considerado cuenta con gestión pública preferente.

b) *Se enfoca de modo prioritario sobre la provisión de aseguramiento y servicios en salud*, en tanto los mayores esfuerzos del Estado se reflejan en realizar la cobertura universal en este ramo, apuntando hacia allí las más recientes y profundas reformas del sistema.

En efecto, el único ramo de los diferentes componentes de la protección social en Colombia con proyección real hacia la cobertura universal es el de salud. Áreas clásicas de la seguridad social como las pensiones



y los riesgos profesionales distan en mucho de esa pretensión y, lo que es más evidente, no se expresan intencionalidades institucionales por su acercamiento a metas tales.

Por el contrario, en el campo pensional, por ejemplo, la proyección de medidas como el establecimiento de beneficios económicos periódicos para quienes no tengan derecho a la pensión implica la renuncia a reconocerles la condición de pensionados, mediante la provisión de bienes diferentes (pensiones no contributivas o subsidios de subsistencia). La no aplicación de subsidios en el ámbito de los riesgos profesionales, a su turno, muestra las pocas posibilidades de lograr la universalización también en este campo.

De alguna forma, el componente de seguridad social en Colombia se materializa efectivamente a través del régimen de salud, con precariedades de cobertura estructurales en pensiones, riesgos profesionales, subsidio familiar y protección a los desempleados. Por su parte, se anuncia un fortalecimiento en el componente específico de la protección social (promoción social), pues coberturas que no se ejecuten por la seguridad social terminarán siendo acogidas por aquel (pensiones no contributivas, subsidios públicos, programas sociales, etc.).

Se trata en últimas de formas de aseguramiento social, válidas y adecuadas a las realidades sociales; sin embargo, es preciso prestar especial atención a este fenómeno, para hacer que se dé un adecuado equilibrio entre las prestaciones de la seguridad social y las prestaciones de la promoción social: en la medida en que sea posible fortalecer la seguridad social, como es deseable, el ámbito de la protección en sentido estricto, se reducirá para poblaciones vulnerables, para temporalidades o para enfrentar situaciones de crisis. Esto dependerá del mayor empleo, de la mejor redistribución de riqueza por el mercado de trabajo (incrementos efectivos y justos de salarios, participación salarial en las utilidades de las empresas y figuras similares) y de la mayor integración del mercado informal a la seguridad social.

c) *Se aplica una fuerte gestión judicial en la operación del sistema*, en tanto las decisiones, generales y particulares, adoptadas por autoridades de la rama judicial inciden de manera cotidiana en la provisión de los

servicios por parte de los diferentes ramos de la protección, en particular, de las áreas propias del componente de seguridad social.

La deliberación pública sobre las materias de la protección social se ha trasladado, en lo esencial, del seno del Congreso de la República a la sede de los estrados judiciales.

Es factible hablar en Colombia de una tendencia fuerte hacia la judicialización del sistema de protección social, por los siguientes factores:

La jurisprudencia de la Corte Constitucional constituye fuente del derecho objetivo de la protección social, en razón de que fija la constitucionalidad de las normas y, además, determina la interpretación de aquellas y condiciona su vigencia al criterio que ella adopte (fallos de constitucionalidad condicionados o con efectos especiales en el tiempo o que someta a un determinado criterio de interpretación).

La jurisprudencia de los jueces constitucionales (control constitucional disperso por aplicación de acciones de tutela y otras) determina el alcance de las coberturas y de los planes de beneficios de los regímenes de la seguridad social; esta tendencia se dio muy fuerte en el ámbito de la salud, pero con iguales proporciones se anuncia ya en el campo de las pensiones, los riesgos profesionales y el subsidio familiar. Ello hizo que se pasara, por ejemplo, en el ámbito de la salud, de un modelo basado en la aplicación de planes de beneficios explícitos a uno fundado en la aplicación de planes de beneficios implícitos.

La jurisprudencia de los jueces laborales y de seguridad social que incide en la definición de las controversias y en la interpretación de las normas del sistema.

Se ha presentado, de otro lado, una corriente equilibradora de lo mencionado en los acápites anteriores en cuanto a la privatización del servicio, a cargo de los jueces de la República, que consiste en lo siguiente.

La participación de particulares en la gestión del servicio público de protección social implica la aplicación de una racionalidad económica privada, que parte de buscar legítimamente la obtención de ganancias,

a partir del cumplimiento de las obligaciones adquiridas para con el sistema.

Las operadoras de la seguridad social, por ejemplo, están condicionadas a reconocer las prestaciones que procedan siempre y cuando se cumplan los requisitos de ley, tanto por aplicación del principio de legalidad como porque lo contrario implicaría asumir obligaciones para las cuales no fueron contratadas o delegadas o concesionadas, afectando así sus resultados económicos.

La fuerte intervención judicial en la gestión de la protección social, especialmente de la seguridad social, ha hecho que corresponda a las operadoras, por mandato de juez, reconocer prestaciones y beneficios más allá de lo ordenado legalmente; esto ha acontecido a partir de la aplicación directa de la Constitución y de los principios generales del derecho, generando dificultades financieras para aquellas.

Tal corriente implica lo que podemos denominar la “segurosocialización” de prestaciones por orden judicial. En su virtud y por la aplicación de los principios constitucionales, prestaciones que tradicionalmente serían del resorte de la asistencia social o de la caridad, por la intervención de los jueces—razonable en la mayoría de los casos—son consideradas materias de la seguridad social.

Es decir, los jueces traen de la asistencia o de la protección social en sentido estricto, beneficios y los vuelven prestaciones de la seguridad social.

El ejemplo más ilustrativo al respecto lo apreciamos al considerar la orden de reconocer pensiones de invalidez a favor de personas en condición de vulnerabilidad que no alcanzaron a reunir los requisitos de la nueva normatividad, la cual les resultaba aplicable. La provisión de bienes para esa persona, que antes procedería a cargo de la caridad o de la asistencia social del Estado, ahora se vuelve responsabilidad de una administradora de fondos de pensiones privada, la cual resulta obligada por mandato de un juez.

Si bien hay una tendencia privatista en la gestión y organización del sistema, los jueces de la República han publicado el sistema en cuanto a

los beneficios, generándose así una tensión que en buena medida equilibra el sistema, pero que no deja de ser preocupante en cuanto a la sostenibilidad futura del mismo.

Conviene que tanto la teoría política como la jurídica profundicen en estas tensiones y, en particular, en la forma en que se han atribuido responsabilidades a los particulares, por medio de fuentes financieras que no satisfacen las condiciones de prestación de los servicios a su cargo, en lo que podría identificarse preliminarmente como un esquema “comunitario de protección social”, pues en él hay un traslado fuerte de la gestión pública a particulares, con alto riesgo para estos en cuanto a la viabilidad misma de su función y un importante nivel de intervención gubernamental en su operación.

d) *Se desarrolla en forma asistemática y con ausencia de dirección equilibradora*, esto en la medida en que, pese a existir una definición normativa integradora del sistema (desde la L. 100/1993, y particularmente con las leyes 789/2002, 1122/2007 y 1151/2007), el desarrollo del mismo sigue dándose en forma aislada por régimen o componente, sin que operen mecanismos de coordinación y con debilidades en la dirección y regulación.

Prevalece el criterio de dispersión en el diseño y ejecución de políticas públicas en el ámbito de la protección social, lo que favorece el surgimiento y la agudización de conflictos. Las reformas se adoptan mediante instrumentos jurídicos que permanentemente se consideran y adoptan, con carencia de visión de conjunto. Hay fallas en la adopción de políticas y en la actualización de los beneficios, así como grandes ausencias de comunicación e interacción entre los operadores de los diferentes regímenes y componentes.

Se echa de menos en este texto la existencia de un Consejo Nacional de Protección Social, con funciones similares a las del CONPES.

Un solo ejemplo en la materia: por decisiones de la Corte Constitucional, artículos del Decreto 1295 de 1994 que regulan los fundamentos del sistema de riesgos profesionales en Colombia han sido declarados inexe-

quibles, sin que se hayan producido decisiones normativas que den cumplimiento a lo ordenado por los fallos y que solucionen el vacío jurídico que dichas declaraciones han dejado.

e) *Se soporta financieramente en contribuciones*, pese a las realidades económicas que desde tiempo atrás han anticipado las dificultades en la materia, pues el crecimiento del empleo formal y de los salarios no hace tolerable el esfuerzo por sostener el sistema.

Esa tendencia se refleja prioritariamente en la Ley 1122 de 2007, de estirpe eminentemente fiscalista en cuanto determinó un incremento en la cotización al régimen de salud con el fin de financiar la ampliación de cobertura en el régimen subsidiado (sin tratar siquiera la extensión de beneficios en el contributivo –integralidad–). Al año de producida la norma, el Congreso aprobó una nueva ley por medio de la cual se exonera del incremento en la cotización a los pensionados.

Hay acá también un campo fuerte de tensiones. Mayores cotizaciones pero menos formalidad de empleo y presiones por las cargas parafiscales en lo que respecta a productividad, generación de empleo y formalización laboral.

La búsqueda de nuevas fuentes de financiación se antoja como esencial, así como la deliberación pública sobre la posibilidad de emplear recursos de origen fiscal para la financiación de la protección social, por ejemplo, el IVA social o impuestos al gran capital con destinación a fines de seguridad y protección social.

f) *Se estructura con visión moderna y tecnológica*, pues, pese a las dificultades de implementación, el sistema se ha comprometido en el desarrollo de procesos y en la modernización institucional, lo que contribuirá finalmente en forma impactante a la consolidación del mismo. El ejemplo de la planilla integrada de liquidación de aportes (PILA) es relevante en esta materia, así como los esfuerzos por estructurar sistemas de información y la proyección en cuanto a poner en funcionamiento un sistema integrado de afiliación y novedades en el sistema de protección social.

## 5. PERSPECTIVAS Y RETOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN COLOMBIA

Entre los principales aspectos que sobre el particular pueden considerarse, proponemos tener en cuenta los siguientes:

### a) Impactar en la universalización subjetiva:

A través del mercado del trabajo y por la definición social y deliberativa de políticas de pleno empleo.

Mediante la flexibilización laboral a partir del trabajo decente y el respeto a los derechos de la protección social.

Con la reducción del desempleo y la atención integral al desempleado.

A través del manejo de la informalidad y la consideración de ella como realidad socioeconómica de transición hacia el empleo formal.

Mediante la atención a poblaciones excluidas de la protección social, como las amas de casa.

Con una política para la atención de los migrantes y de sus familias en Colombia.

Mediante el impulso efectivo de formas colectivas de vinculación al sistema, empresariales y de organización social: grupos económicos o de trabajadores independientes o informales.

### b) Impactar en la cobertura objetiva:

Lograr niveles adecuados y razonables de prestaciones que sirvan como piso y cubran a todos.

Preservar la equidad en los niveles de atención.

Con el empleo de niveles científicos adecuados en la atención médica y la actualización periódica de los planes de beneficios, así como con la aplicación de recursos fiscales y parafiscales para su provisión.

Impactando con eficacia en la medicina preventiva y en los programas de promoción de la salud.

Fortaleciendo la operación de la salud pública y midiendo sus resultados.

Con la ampliación progresiva de las coberturas y su consideración sistemática.

Haciendo efectiva la institución de las pensiones no contributivas (beneficios económicos periódicos).

Incorporando efectivamente a la seguridad social el concepto de protección social y el esquema de subsidios públicos.

Mediante la creación de un seguro de desempleo, complementario al esquema de subsidio existente.

- c) Atender el fenómeno del envejecimiento poblacional.
- d) Prepararse para el manejo de las pandemias.
- e) Incorporar la variable de protección social en el nuevo ámbito de la economía y la globalización: ética de la globalización y lucha contra la pobreza (suscripción de tratados y condicionamiento frente a los tratados de libre comercio para la aplicación de estándares mínimos de aseguramiento social).
- f) Promover la autonomía del nuevo derecho social y su internacionalización.
- g) Estimular la creación de una jurisdicción especializada de la protección social y de procedimientos y acciones particulares.
- h) Atender las nuevas y dinámicas realidades sociológicas, en especial por los efectos en el régimen de familias y vínculos asimilados (monoparentales, parejas homosexuales).

i) Desideologizar el concepto de la protección social para que se trate como condición esencial para la promoción de la dignidad del hombre (derechos humanos). Las ideologías servirán para el desarrollo de los modelos y de las técnicas, pero no para la identificación de los principios y los fines.

j) Estructurar nuevas fuentes de financiación para la protección social, de orden nacional e internacional.

## 6. EPÍLOGO

A título de reflexiones finales en esta materia se comenta lo siguiente.

Que la seguridad social deba ser considerada como un servicio prestado mediante procesos técnicos y que deba soportarse en adecuados estudios actuariales y económicos no significa que la misma renuncie a su condición política.

Esto es, la desideologización de la seguridad social es conveniente en cuanto permite apreciar los procesos asociados a ella con independencia de variables exógenas. Mantener instituciones públicas o regímenes por preservar intereses particulares o teorías que en algún momento fueron válidos no se aprecia ni como razonable ni como posible en los momentos actuales.

No obstante lo anterior, la mencionada desideologización se considera altamente negativa cuando priva a los actores y estudiosos de la materia de la posibilidad de debatir y construir colectivamente los fines y la razón de ser de los sistemas —meros mecanismos para la satisfacción de derechos necesarios para las personas y las sociedades—.

Qué es la protección social, cuáles sus alcances y efectos, cuál su norte y cómo su relación con la seguridad social clásica, son preguntas para el debate ideológico necesario de la seguridad social, que deben darse en forma articulada e integral, en relación además con la orientación de política social.



Y ello no solamente como esfuerzo de las autoridades estatales, sino como tarea que compromete la labor del Estado y de la sociedad en su conjunto, por lo que en la materia se anuncia como esencialmente necesaria la apertura de un espacio de deliberación, que enrute el diálogo constructivo para la construcción de un pacto social por la protección social, como mecanismo esencial para la consolidación efectiva del Estado constitucional de justicia en Colombia y en los demás países del orbe.

## CAPÍTULO VI

### **La protección social como servicio público**

#### 1. NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

El artículo 48 de la Constitución Política en Colombia define la seguridad social como un servicio público, entendiéndose que a partir de la estructuración del sistema de protección social como comprensivo de aquel, de conformidad con las prescripciones de las leyes 790, 789 de 2002 y 1151 de 2007, tal categorización corresponde así mismo a este.

El régimen constitucional de dichos servicios se contiene particularmente en el artículo 365 *ibídem*, en virtud del cual:

*Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*

*Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.*

El carácter de servicio público de la protección social entraña implicaciones particularmente en cuanto corresponde a la aplicación de instituciones de derecho administrativo. En efecto, la noción de aquel ha representado un tema de especial incidencia, en el ámbito administrativo al punto de haber explicado en algunos momentos el alcance mismo de esa rama del derecho público.

Según una noción tradicional, por servicio público se entiende “toda actividad de una colectividad tendiente a satisfacer una necesidad de interés general”<sup>(1)</sup>.

Libardo Rodríguez<sup>(2)</sup> explica detenidamente en su obra la evolución de dicho concepto y la crisis por éste experimentada, en particular por la disociación entre las nociones material o funcional y la orgánica o formal, que al mismo pueden aplicársele. En la actualidad prevalece la visión material o funcional para definir el servicio público, la cual implica que no necesariamente aquel sea prestado a través de organismos públicos, con la consecuencia de que, no en todos los casos se aplique el derecho administrativo.

Tomaremos para el análisis los elementos de la noción de servicio público que expresa dicho autor, a saber:

—Interés general: los servicios públicos se orientan a satisfacer necesidades colectivas.

—Participación de la administración: en cuanto la administración pública debe participar de alguna forma en la ejecución del servicio.

## 2. CARACTERÍSTICAS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL COMO SERVICIO PÚBLICO

La protección social como servicio público presenta tres características básicas en Colombia:

- 
- (1) Palacios Mejía, Hugo, *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999, pp. 4 y ss.
- (2) Rodríguez, Libardo, *Derecho administrativo, general y colombiano*, 13ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2002, pp. 478 y ss.

— Por un lado, se define directamente por la Constitución como tal (art. 48), sin que requiera ley al respecto. Se trata de un servicio público de rango constitucional.

— De otra parte, se le entiende como servicio público social, en cuanto tiene “por objeto suministrar a sus beneficiarios prestaciones sociales, es decir, prestaciones que tienden a beneficiar a categorías de ciudadanos considerados más o menos desprotegidos contra los riesgos inherentes a su condición social”<sup>(3)</sup>.

— Igualmente, se trata de un servicio público esencial por definición legal en lo relacionado con el sistema general de seguridad social en salud y con respecto al sistema general de pensiones, en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones (art. 4° L. 100/1993), casos en los cuales está prohibida la huelga (art. 56 C.P.).

### 3. MODOS DE GESTIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL COMO SERVICIO PÚBLICO

Si apreciamos en la teoría administrativa los diferentes modos de gestión en que pueden desplegarse los servicios públicos, diremos que el servicio de la protección social en Colombia se ejecuta a través de todos ellos, esto es, (i) con gestión por la administración, (ii) con gestión por los particulares y (iii) a través de gestión mixta.

Esta precisión soporta la tesis en cuanto al régimen jurídico mixto que terminará aplicándose a la organización y al funcionamiento del servicio de la protección social, teniendo en cuenta principalmente el carácter del ente que tiene a su cargo la actividad de interés general de que se trate, y refuerza la postura en cuanto a reconocer la autonomía del derecho de la protección social, en un camino intermedio entre el derecho privado y el derecho público.

En efecto, la gestión a cargo de la administración se preveía en el diseño de la Ley 100 de 1993 y a través del mantenimiento del rol asegura-

---

(3) Véase a André de Laudabere, citado por Rodríguez, ob. cit., p. 486.

dor del Estado por medio de entidades públicas prestadoras del servicio de seguridad social, entre ellas el ISS y CAJANAL.

Si bien la tendencia reflejada en los cambios organizativos más recientes dentro del sistema apunta a la liquidación de entidades tales, es preciso tener en cuenta que la administración del régimen de prima media continuará en cabeza de una entidad pública y, fundamentalmente, que la provisión de bienes dentro de los subsistemas de formación para el empleo y promoción social seguirá en cabeza de instituciones como el SENA y el ICBF, además del papel de la Consejería para la Acción Social y del propio Ministerio de la Protección Social, a través de fondos cuentas adscritas a él, sin personería jurídica, como en el caso del FOSYGA y del fondo de protección para los desempleados, como también en lo que respecta al régimen de las empresas sociales del Estado que prestan servicios de salud e integran la red pública.

Así mismo, parte muy significativa de la gestión en el ámbito del servicio de protección social ha sido asignada a entidades particulares, entre las cuales se mencionan las administradoras de fondos de pensiones, las entidades promotoras de salud, las instituciones prestadoras de servicios de salud, las administradoras de riesgos profesionales, las cajas de compensación familiar y los operadores de información. En el campo de la prestación de servicios de salud, conviene mencionar la tendencia a transformar la operación de algunas empresas sociales del Estado –en particular las que provenían del ISS– para que su rol sea asumido por gestores privados.

De otro lado, opera en Colombia una forma de gestión mixta, para el evento en el cual una persona pública se une con particulares para desarrollar en forma conjunta la actividad de servicio público. Al respecto, apréciase lo acontecido con la creación de NUEVA EPS y de la Compañía de Seguros POSITIVA ARP, instituciones que al sustituir el rol desarrollado en salud y riesgos profesionales por el ISS se han encargado de la provisión de estos servicios, con el concurso compartido del sector público y del sector privado, por lo menos en el caso de la primera.

Una circunstancia relacionada con los modos de gestión de los servicios públicos tiene particular relevancia en lo que respecta al diseño de la

estructura de la protección social en Colombia, y es la forma en que el Estado ha dispuesto la traslación de responsabilidades a los particulares en ese ámbito.

Se trata a nuestro juicio de la manifestación del principio de descentralización funcional por colaboración de los particulares.

Varias son las formas típicas en que procesos tales ocurren. En algunos casos, se trata de actividades que vienen prestando los particulares, las cuales por medio de ley se vuelven servicios públicos y quedan sometidas a un régimen especial. En otros eventos, se recurre a la figura administrativa de la concesión de servicios públicos, en virtud de la cual se encarga por un convenio o contrato a un particular, de la gestión de un servicio público.

No obstante, ninguna de las modalidades mencionadas corresponde en estricto sentido a lo que ha acontecido en Colombia respecto al servicio de la protección social.

En efecto, la aplicación de la tendencia privatista a partir del pluralismo estructurado como orientación ideológica del modelo de protección social ha hecho que el servicio que antes correspondía a organismos públicos sea atribuido a particulares, encargados ahora de su provisión.

La colaboración prestada por los particulares proviene directamente del mandato de la ley, de ahí que en nuestro concepto se trate de una modalidad atípica de descentralización por colaboración, que corresponde a una figura de adscripción de funciones.

En efecto, nótese cómo ni se trata de actividades antes desarrolladas por particulares, ni se ha previsto la celebración de contratos escritos de concesión.

La asunción de las funciones en materia de protección social por los particulares se ha causado por mandato de la ley y se constituye en una situación legal y reglamentaria, que entraña una delegación por parte de la administración.

Esta particularidad juega un papel determinante en lo que respecta a la definición y al origen de las responsabilidades tanto del Estado como de los particulares, en cuanto al servicio público de que se trata.

Si bien no existe norma ni documento alguno que así lo señale, la Corte Constitucional ha considerado, específicamente en el caso de las entidades promotoras de salud que asumen el aseguramiento de la población colombiana, que se trata de una operación por concesión mediante un contrato existente entre el Estado y aquellas, contrato en el que debe respetarse el postulado del equilibrio financiero<sup>(4)</sup>.

Ha sostenido ese alto tribunal al respecto:

“Como se trata de una relación contractual, la EPS sólo tiene obligación de lo especificado, el Estado le delegó dentro de reglas puntuales, luego, si se va más allá de lo reglado, es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición, por el Estado. Además, tratándose del sida, la Ley 100 de 1993 la incluye dentro del plan de atención básico. ¿Pero de dónde saldrá el dinero? Ya se dijo que hay un Fondo de Solidaridad y Garantía, inspirado previamente en el principio constitucional de la solidaridad, luego a él habrá que acudir. Pero como ese Fondo tiene varias subcuentas, lo más prudente es que sea la subcuenta de ‘promoción de la salud’. Además, la repetición se debe tramitar con base en el principio de celeridad, ya que la información debe estar computarizada, luego, si hay cruce de cuentas, éste no constituye razón para la demora, sino que, por el contrario, la acreencia debe cancelarse lo más rápido<sup>(5)</sup>”.

Y en otro pronunciamiento se refiere al mismo punto argumentando:

- 
- (4) Téngase en cuenta que la operación del régimen subsidiado de salud supone la celebración de contratos entre las entidades aseguradoras y los entes territoriales.
  - (5) Corte Constitucional, Sentencia SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

“El contrato de seguridad social al comportar una forma mixta de relación contractual y reglamentaria conlleva por un lado como presupuesto el principio de continuidad. Esto surge del deber del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, para el caso concreto específicamente el de la salud. Y además bajo la óptica contractual contiene el principio de la excepción del contrato no cumplido por el carácter sinalagmático de la relación jurídica<sup>(6)</sup>”.

Si bien los contratos estatales deben ser escritos, apréciase cómo la doctrina constitucional ha hecho propia la tesis en virtud de la cual la relación que existe entre el Estado y las EPS es de naturaleza contractual, entendiéndose que se trata de un vínculo concesional por medio del cual se atribuye a particulares la prestación del servicio público de la seguridad social en salud.

Esta argumentación cabría con idénticas consecuencias en lo que respecta a la ejecución de los diferentes ramos y servicios de la protección social que han sido concedidos a particulares: pensiones en el régimen de ahorro individual con solidaridad, riesgos profesionales, subsidio familiar, y protección al desempleado.

De aplicarse íntegramente el alcance de esta noción, entenderíamos que la fuente de responsabilidad entre las partes sería contractual, derivándose de allí consecuencias en materia de vías procesales y competencias para la solución de las diferencias que puedan surgir entre el Estado y los particulares que concurren a la ejecución de los servicios, así como se allanaría la opción del arbitramento para que se ventilen y resuelvan aspectos de conflicto en la ejecución de la protección social otorgada a particulares.

Se reitera, algunos de los ramos y servicios de la protección social continúan en cabeza directa de organismos públicos, tal como acontece en el caso del régimen pensional de prima media, la atención de la familia, los niños y los jóvenes, la formación para el empleo y la lucha contra la pobreza.

---

(6) Corte Constitucional, Sentencia T-059 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.



#### 4. PRINCIPIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y SU APLICACIÓN A LA PROTECCIÓN SOCIAL

La doctrina del derecho administrativo reconoce los siguientes principios como rectores u orientadores en el campo de los servicios públicos<sup>(7)</sup>:

— Principio de continuidad

— Principio de adaptabilidad

— Principio de neutralidad

— Principio de igualdad

— Principio de obligación de la administración en cuanto al funcionamiento correcto de los servicios públicos

A partir de dichos postulados y de la interpretación doctrinal de la Corte Constitucional, puede afirmarse la aplicación de los siguientes principios específicos en lo que respecta a la protección social como servicio público.

##### 4.1. Principio de continuidad

“Uno de los caracteres esenciales de la noción de servicio público es su continuidad. Esto significa que la prestación respectiva no debe ser interrumpida siempre y cuando se den los presupuestos de razonabilidad para que el servicio se preste. Pero, la noción de continuidad no conlleva una definición absoluta, pues puede ser relativa, esta condición dependerá de cada caso concreto. Resulta claro que quien presta o realiza el servicio no debe efectuar acto alguno que pueda comprometer la continuidad del servicio público de salud y, en consecuencia la eficiencia del mismo. Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar su continuidad”<sup>(8)</sup>.

(7) Rodríguez, ob. cit., pp. 487 y 488.

(8) Corte Constitucional, Sentencia T-059 de 1997, ob. cit.

“4.4.6.4. El principio de continuidad; el acceso a un servicio de salud debe ser continuo, y no puede ser interrumpido súbitamente.

“Desde el inicio de su jurisprudencia la Corte Constitucional ha defendido el derecho que a toda persona se le garantice la continuidad del servicio de salud, una vez éste haya sido iniciado. Se garantiza pues, que el servicio de salud no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente”<sup>(9)</sup>.

## 4.2. Principio finalista

La interpretación de las normas que regulan el sistema de protección social y por ende el servicio público correspondiente, debe hacerse a partir del derrotero axiológico de la Constitución Política, tendiendo a que con su aplicación se dé efectivo cumplimiento al fin del sistema y a la realización de los derechos que de él emanan.

“Como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional las inclusiones y exclusiones del POS deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista, relacionado con la recuperación de la salud del interesado y el principio de integralidad”<sup>(10)</sup>.

## 4.3. Principio de igualdad

Como emanación del postulado general que fundamenta el constitucionalismo y que sirve de base a la resolución de conflictos al interior del sistema de protección social, como argumento de amplio uso en lo que respecta a las decisiones judiciales.

---

(9) Corte Constitucional, Sentencia T-60 de 2008, ob. cit.; y sentencias T-597 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-059 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-841 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y T-467 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

(10) Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, ob. cit.

De manera particular, en el sistema de protección social se abre camino la aplicación de la noción de igualdad material amparada por el artículo 13, incisos segundo y tercero, de la Carta Política<sup>(11)</sup>, de suerte que puede sostenerse la existencia de una tendencia a reconocer en aquel una exigencia especial en cuanto a la aplicación de medidas de discriminación positiva e inclusión, en beneficio de la efectividad de los derechos para personas en condición de vulnerabilidad.

En términos generales, se aprecia cómo en Colombia el servicio público de protección social a partir de las decisiones judiciales ha ido asumiendo prestaciones y beneficios que otrora corresponderían a la asistencia social, por medio de las instituciones de la seguridad social. Lo acontecido en el caso de personas inválidas que no alcanzan legalmente a reunir los requisitos para la pensión de invalidez, pero que se encuentran en condición de especial desprotección, y que por mandato del juez pasan a ser titulares de aquel derecho, es la mejor evidencia de esa tendencia, como también la reiteración normativa y jurisprudencial en cuanto a la obligación para el Estado de homologar los planes obligatorios de salud, tanto del régimen contributivo como del subsidiado.

De alguna manera, desde la asistencia social, el sistema ha empezado a vincular mediante la seguridad social a personas excluidas, aplicando criterios de justicia mediante los cuales, en últimas, se busca la realización del principio de igualdad material.

#### 4.4. Principio de buena fe

La ejecución del servicio público de la protección social demanda la efectividad del postulado de la buena fe, tanto en la relación entre el Estado y los operadores –postulado de la confianza legítima– como entre éstos y los beneficiarios de los servicios.

---

(11) (...)

*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.*

*El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.*

“La buena fe, en cuanto incorpora el valor ético de la confianza en las relaciones jurídicas que establecen los individuos, se constituye para el caso en concreto en un elemento exonerativo sustancial, para que al usuario que actuó bajo los postulados de la buena fe, se le dé el servicio médico requerido. El principio de buena fe, no sólo califica la excepción de contrato no cumplido, sino toda la prestación del servicio. Porque, el beneficiario tiene la conciencia de haber adquirido el derecho por medios legítimos exentos de fraude, salvo que se demuestre lo contrario. Si además, el beneficiario no es el encargado de hacer los descuentos para pagar a la entidad prestataria de salud, queda cobijado por la teoría de la apariencia o creencia de estar obrando conforme a derecho. Un segundo sentido de la buena fe es la probidad. Estos aspectos del principio de buena fe, buena fe probidad, buena fe creencia y función creadora de la buena fe operan en la relación jurídica que surge al prestarse el servicio público de salud<sup>(12)</sup>”.

#### 4.5. Principio del equilibrio financiero

La ejecución del servicio público de protección social por parte de particulares implica el respeto a los postulados constitucionales de la libre empresa, la competencia y la propiedad privada, sin perjuicio de la intervención y la regulación del servicio por parte del Estado. Por ello, se demanda que se preserve el interés legítimo de aquellos en la obtención de lucro, garantizándose el mantenimiento de las condiciones sinalagmáticas del contrato o la concesión de que se trata.

“Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema. Pero, lo principal es que se tenga conciencia de que lo que se recauda no pertenece a las EPS, ni mucho menos entra al presupuesto nacional ni a los presupuestos de las entidades territoriales, sino que pertenece al sistema general de seguridad social en salud, es, pues, una contribución parafiscal. Por tal razón, la Corte

---

(12) Corte Constitucional, Sentencia T-059 de 1997, ob. cit.

no puede ser indiferente al equilibrio estructural del Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, al plan obligatorio de salud del régimen subsidiario y a los principios de universalidad y solidaridad que deben ir paralelos. La vigilancia de estos preceptos forma parte de uno de los objetivos del Estado social de derecho: la solución de las necesidades insatisfechas de salud.

“En la relación Estado-EPS, el co-contratante (EPS) busca que aquello que está abiertamente más allá de lo previsto implique un derecho a que se asegure el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera si ésta se altera. Esta ecuación, equivalencia o igualdad de la relación, no puede ser alterada en el momento de la ejecución, y de allí nace el deber de la administración de colocar al co-contratante, concesionario, en condiciones de cumplir el servicio, obra, prestación, amenazados por hechos ajenos a la voluntad de las partes<sup>(13)</sup>”.

#### **4.6. Principio de autonomía para la configuración legislativa del servicio**

Corresponde a uno de los postulados que expresa recurrentemente la doctrina constitucional, puesto que, por correspondencia con el régimen general de los servicios públicos en Colombia, compete al legislador definir la forma en que ha de organizarse y ejecutarse el servicio de la protección social.

Es pues el Congreso o el Presidente, en caso de ejercer éste funciones de naturaleza legislativa, autónomo para precisar la forma del sistema, como ocurre en el ámbito de los servicios públicos.

No obstante, esta autonomía debe ejercerse a partir del respeto por las normas y principios constitucionales que específicamente regulan la seguridad social.

---

(13) Corte Constitucional, Sentencia SU-480 de 1997, ob. cit.

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

(...)

*“Con base en estas dos normas, la Corte ha considerado que, dado que el subsidio familiar es uno de los instrumentos de la seguridad social y que ésta es regulada por la Ley, el Legislador cuenta con un margen de configuración en lo relacionado con la ampliación de la cobertura de los servicios preventivos del subsidio familiar. Ello ha conducido a que la Corte haya declarado la constitucionalidad de distintas normas en las que se han extendido los servicios de las cajas a personas no afiliadas a ellas”<sup>(14)</sup> (resaltado fuera del texto).*

#### 4.7. Principio de responsabilidad estatal

En cuanto corresponde al Estado ser el garante final de la prestación del servicio público, por lo cual se reconocen a la administración y a las diferentes agencias estatales competencias suficientes en materia de regulación, intervención y control sobre la ejecución de las actividades que se derivan del servicio público correspondiente, así como obligaciones para satisfacer el criterio finalista en la prestación del servicio, entre ellas, el reconocimiento de garantías mínimas a los beneficiarios (caso de la pensión mínima o del pago estatal de subsidios a desempleados cuando se agoten los recursos del fondo parafiscal creado al efecto) y el cubrimiento de la

---

(14) Corte Constitucional, Sentencia C-393 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

responsabilidad en el servicio en caso de que fallen los operadores habilitados al respecto. La responsabilidad estatal se expresa de manera particular en lo que hace a la dirección del sistema.

## 5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE CONSIDERAR LA PROTECCIÓN SOCIAL COMO SERVICIO PÚBLICO

La connotación que se reconoce a la protección social como un servicio público social, esencial respecto de algunas actividades, se refleja en varios aspectos que es preciso considerar.

Desde el comienzo conviene tener en cuenta que por dicha naturaleza se aplicarán a las instituciones de la protección social los principios propios de los servicios públicos, con las particularidades del régimen especial que les resulta aplicable.

En tal carácter, la protección social se entiende como un servicio por medio del cual el Estado realiza los fines sociales a su cargo y es objeto de actuación por parte de aquel, que se manifiesta en los siguientes frentes:

—Regulación, tanto en la estructura como en el diseño del modelo y la aplicación de las técnicas del sistema, a partir del postulado de libre configuración legislativa.

—Intervención, mediante normas y actuaciones administrativas, así como a través de la participación de agencias públicas en la provisión de los servicios y como expresión de la facultad estatal de garantizar la efectiva prestación de aquellos.

—Control, mediante el ejercicio de actividades de inspección y vigilancia sobre la operación del sistema. El ejercicio del control implica así mismo la garantía en el adecuado uso de los recursos destinados por la sociedad para la provisión del servicio, por lo cual implica la supervisión sobre la gestión fiscal que se realiza en la materia.

— Decisión, por conducto de las autoridades dotadas de atribuciones judiciales, las cuales resuelven las controversias originadas en el servicio.

En caso de que por política pública se considere reservar alguna de las actividades de la protección social hoy a cargo de entidades particulares, a favor del Estado, por tratarse de un servicio público, deberá adoptarse la medida por ley, con aprobación calificada y previa indemnización a los operadores de la actividad legítima de que se trate, conforme lo previsto por el artículo 365 de la Constitución Política.

La principal consecuencia en la materia se refleja en el *régimen jurídico* aplicable en el ámbito de la protección social. Este comprenderá en particular los aspectos relativos a (i) los actos del servicio, (ii) los contratos, (iii) el personal vinculado al mismo, (iv) los recursos y (v) la responsabilidad en la prestación del servicio.

### 5.1. Actos del servicio

Según provengan de autoridades públicas o de particulares dotados de tal condición o sean expedidos por particulares en condición de tales, y en cada caso, sean emanación o no de función administrativa, se les reconocerá el carácter de actos administrativos o se les dará el tratamiento de actos sometidos al régimen privado.

Ha hecho carrera en el ámbito de la protección social la tesis sobre la existencia de los denominados “actos de la seguridad social”, para expresar una categoría especial de decisiones adoptadas por los responsables del servicio. En la medida en que se estructure la autonomía del derecho de la protección social, seguramente esta distinción habrá de ser asumida, en tanto la misma tenga en cuenta el carácter subordinante, respecto a los beneficiarios-administrados, de algunas de las decisiones adoptadas en el servicio de protección social.

Entre tanto, será preciso reconocer que cuando en el ejercicio del mismo se adopten decisiones que implican ejercicio de función administrativa, sea por servidores públicos o por particulares investidos de tal con-



dición, a éstas habrán de aplicarse los principios y normas de la primera parte del Código Contencioso Administrativo.

Téngase en cuenta que así se desarrolle el concepto de los denominados actos de la seguridad social, la doctrina tendrá que reconocer la vigencia de estos postulados, pues el ejercicio de las actividades propias del servicio por parte de sus operadores pone a quien lo cumple en condición de superioridad administrativa respecto al beneficiario o titular de la protección. Tendrá que repensarse a fondo lo concerniente a la jurisdicción ante la cual ventilar las controversias que puedan surgir por dichos actos, dilucidando si el pleito debe plantearse ante la justicia contencioso administrativa o ante la justicia laboral y de seguridad social, motivo adicional para pregonar la conveniencia de instituir una jurisdicción especializada<sup>(15)</sup>.

En efecto, el punto se concreta en determinar la naturaleza de los actos ordinariamente producidos en el servicio. La resolución sobre una petición de pensión, el reconocimiento de una autorización por un servicio médico o la decisión adoptada al respecto por el comité técnico científico de una EPS, la calificación de una invalidez, la negación de una cuota de subsidio familiar o de un subsidio familiar de vivienda de interés social o de un subsidio de desempleo, la liquidación de una tarifa de un servicio social, o la inclusión en un programa social de capacitación o de subsidios por política social, tendrán que ser considerados caso a caso, para dilucidar la naturaleza de la función ejercida y del acto producido.

Cuando dicho acto es emanación de una autoridad pública y expresa función administrativa no cabría duda sobre su condición de administrativo, como en el evento de la decisión del ISS o de COLPENSIONES sobre el reconocimiento de una pensión en el régimen de prima media con prestación definida. De igual manera, cuando se trata de actuaciones de insti-

---

(15) En la actualidad y a partir de lo regulado por el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, en la forma en que fue modificado por el artículo 30 de la Ley 446 y por los artículos 1° y 2° de la Ley 1107 de 2006, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en aplicación del criterio orgánico, conocer de las controversias que se originen en la actividad de las entidades públicas. Ver Consejo de Estado, Sentencia del 8 de febrero de 2007, Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

tuciones como el SENA o el ICBF. Aplica en estos casos tanto el criterio orgánico como el material.

Sin embargo, hay actuaciones de particulares a nombre del Estado dentro del sistema que aún no han sido consideradas actos administrativos, pese a que en nuestro concepto comportan las condiciones propias de tales. Es el caso de las decisiones adoptadas por el concesionario del Estado para la administración del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social y que está representado por una unión temporal de compañías fiduciarias.

Sistemáticamente ese ente sin personería jurídica y como operador de una función eminentemente administrativa, ha desconocido el carácter administrativo de los actos que emite cuando glosa, rechaza o devuelve una solicitud de recobro por parte de las entidades promotoras de salud; tales actuaciones quedan sin recursos y se notifican de manera informal, contrariando así los postulados del Código Contencioso Administrativo, bajo el entendido de que se trata de actuaciones regidas por el orden privado.

La tesis sobre los actos de la seguridad social ha pretendido así mismo hacer a un lado la consideración de algunas de las actuaciones adoptadas por particulares, en lo que respecta a los servicios de la seguridad social, como de carácter administrativo, no obstante, se reitera, será preciso retomar a fondo la consideración sobre sus efectos.

A nuestro juicio, el reconocimiento o no de una prestación médica o económica dentro del sistema de seguridad social en salud, comporta una actuación de tal naturaleza, particularmente las que a partir de la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional y de la Resolución 3099 de 2008 del Ministerio de Protección Social, competen a los comités técnico científicos de las EPS. En el mismo sentido, las decisiones sobre aspectos de fondo del servicio a cargo de las administradoras de fondos de pensiones (AFP) o de las administradoras de riesgos profesionales (ARP) o de las cajas de compensación familiar (CCF), implican actuaciones que deben someterse a las previsiones del Código Contencioso Administrativo, en garantía de los derechos de los administrados, en este caso, beneficiarios de las prestaciones del servicio de protección social.

Por supuesto, no todas las actuaciones de dichos operadores tendrán ese carácter, debiendo analizarse en cada caso la materialidad del acto de que se trate; el reconocimiento de un servicio social, por ejemplo, por parte de una caja de compensación familiar, en principio carecería de la materialidad necesaria al respecto, así como las actuaciones preparatorias o de orden interno por parte de los diferentes operadores del sistema.

## 5.2. Contratos

El régimen al respecto dependerá de la naturaleza de la persona que presta el servicio, entendiéndose que si se trata de entidad estatal sus contratos se registrarán por las normas de la contratación pública, en tanto si es una persona privada, sus contratos serán de tal carácter, y si es entidad mixta el régimen de la contratación dependerá de la participación estatal en el ente (si esta es superior al 50%, los contratos serán estatales, sometiéndose al régimen de la contratación pública con sus diferentes implicaciones y particularidades dependiendo del tipo de entidad y de la función que se cumple con el contrato).

En todo caso, los contratos que se celebren para la prestación del servicio por los operadores con el Estado (expresos o fictos, según se ha comentado) o con las entidades territoriales –en el caso de la operación del régimen subsidiado de salud– se someten al régimen de derecho público.

También, es preciso considerar que no obstante tratarse de contratación sometida al régimen de derecho privado, en el caso de los operadores de tal naturaleza o de los mixtos con participación inferior del Estado, se aplican a la misma normas particulares que reflejan la intervención regulatoria estatal, en el caso de regímenes de inhabilidades e incompatibilidades, conflictos de interés y capacidad contractual (ej.: régimen de regulación de la denominada integración vertical, esto es, la contratación de servicios de salud entre EPS e IPS propias, previsto mediante L. 1122/2007).

No sobra señalar, así mismo, que la contratación de servicios adicionales o por fuera de los planes de beneficios, en esquemas de aseguramiento complementario, se rige por normas de derecho privado, como aconte-

ce en el evento de las pólizas pensionales o de los planes adicionales de salud.

### 5.3. Personal

El régimen de personal corresponderá igualmente a la naturaleza de la entidad encargada de la prestación del servicio, siendo de orden privado si se trata de instituciones de tal condición. No obstante, deben tenerse en cuenta algunas precisiones.

La ley puede definir condiciones particulares para ciertos funcionarios que integran instituciones privadas de la seguridad social. Tal es el caso, por ejemplo, del régimen de inhabilidad política señalado para los directores y subdirectores de las cajas de compensación familiar por la Ley 789 de 2002. De la misma manera, conviene tener en cuenta la particularidad que existe respecto del régimen de la Caja de Compensación Familiar Campesina (COMCAJA), regulado por la Ley 101 de 1993 y la cual se encuentra vinculada, como entidad privada, al Ministerio de Agricultura, incorporándose a su consejo directivo el ministro del ramo.

De otro lado, la gestión de los trabajadores bajo el régimen laboral ordinario en entidades de la seguridad social estará sometida al ejercicio del control fiscal por la Contraloría General de la República, como también la de empleados de instituciones estatales, y al control disciplinario, en tanto se den los supuestos que al respecto consagra el Código Disciplinario Único en materia de extensión del poder disciplinario a particulares que desarrollen funciones públicas, en especial en los casos de servicios contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política.

El régimen de personal de estos trabajadores se complementa con la existencia de códigos de ética y de buen gobierno que se les aplican a los mismos, considerando que es obligación para las entidades del sector contar con dichos instrumentos de autorregulación, en particular en virtud de lo establecido por normas tales como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Resolución 275 del 23 de mayo de 2001 y Circular 028/2007, Código País, de la Superintendencia Financiera de Colombia) y las leyes 789 de 2002 y 1122 de 2007 (Circular 045/2007 de la Superintendencia Nacional de Salud).

#### 5.4. Recursos y bienes

Los recursos y bienes de las instituciones que administran el régimen pensional de prima media con prestación definida y los servicios de la protección social en el campo de la niñez, la formación para el empleo y la superación de la pobreza, se someten al régimen propio de las entidades públicas, bajo el concepto de bienes fiscales, con la salvedad hecha en cuanto a los ingresos que por concepto de cotizaciones o aportes parafiscales perciban COLPENSIONES, el SENA y el ICBF; respecto de estos últimos se aplican las consideraciones en cuanto a la parafiscalidad. Es decir, excepto los ingresos por aportes de estas entidades, que tienen unas particularidades propias, las instituciones públicas que prestan servicios de la protección social se someten en cuanto a sus bienes y recursos al régimen de las entidades estatales.

Las demás operadoras de los subsistemas de la seguridad social se nutren con recursos por aportes, de naturaleza parafiscal, a cargo de los empleadores y de los trabajadores, exclusivamente de aquellos o de los cotizantes independientes.

Los mismos no integran el patrimonio de las operadoras y constituyen recursos públicos, que no ingresan al presupuesto de la Nación ni se rigen por las normas de la presupuestación estatal, no obstante aplicárseles disposiciones de la contaduría pública. La destinación constitucional es específica y excluyente para la financiación de los servicios de la protección social, sin que puedan ser usados en finalidad diferente (art. 48 C.P.).

En el régimen pensional de ahorro individual, no se olvide, los recursos aportados ingresan a las cuentas individuales bajo administración colectiva y están afectos al fin pensional correspondiente, gozando de autonomía y especial protección, y sin que puedan trasladarse a fondos comunes o a las arcas estatales, pues medida tal implicaría una acción expropiatoria, que demandaría ley e indemnización a los titulares.

El Estado, por su parte, responde por los recursos bajo administración de las administradoras de fondos de pensiones, respecto de las cuales los aportes no integran su patrimonio.

En el caso del régimen pensional de prima media con prestación definida, las cotizaciones ingresan al fondo público, siendo el Estado el responsable de pagar las pensiones a los titulares cuando se cause el derecho correspondiente.

En el régimen contributivo de salud, las cotizaciones se recaudan por las EPS pero no se incorporan a su patrimonio, considerando que aquellas ingresan al ciclo financiero del sistema de salud, que implica el proceso de compensación y el traslado de las unidades de pago por capitación (UPC) a las EPS por el FOSYGA, como valor unitario de la prima de aseguramiento por cada cotizante o beneficiario.

*“El sistema de seguridad social en Colombia es, pudiéramos decir, mixto. Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. **Recursos que tienen el carácter de parafiscal.** Las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado. Si los aportes del presupuesto nacional y las cuotas de los afiliados al sistema de seguridad social son recursos parafiscales, su manejo estará al margen de las normas presupuestales y administrativas que rigen los recursos fiscales provenientes de impuestos y tasas, a menos que el ordenamiento jurídico específicamente lo ordene. Por lo tanto no les son aplicables las normas orgánicas del presupuesto ya que el Estado es un mero recaudador de esos recursos que tienen una finalidad específica: atender las necesidades de salud. En consecuencia las Entidades nacionales o territoriales que participen en el proceso de gestión de estos recursos no pueden confundirlos con los propios y deben acelerar su entrega a sus destinatarios. Ni mucho menos las EPS*

*pueden considerar esos recursos parafiscales como parte de su patrimonio*”(16).

Frente a las administradoras de riesgos profesionales (ARP) se tiene que la cotización, pagada exclusivamente por el empleador, se asume como la prima de seguro para las coberturas del sistema. Con los aportes, las administradoras aplican recursos a diferentes finalidades, entre ellas, la principal, cubrir las prestaciones asistenciales y económicas, así como, financiar las actividades de promoción y prevención, contribuir al fondo de riesgos profesionales y constituir las reservas del sistema.

En el caso de las cajas de compensación familiar el aporte patronal del 4% sobre la nómina total mensual no constituye ingreso patrimonial de aquellas, ni sumas bajo titularidad de los empleadores o de los trabajadores individualmente considerados, sino que se entienden, en términos de lo expresado por la Corte Constitucional, como recursos del sector de los trabajadores, afectados al cumplimiento de los fines del sistema y de los objetivos que por ley les correspondan.

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

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

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

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

---

(16) Corte Constitucional, Sentencia SU-480 de 1997, ob. cit.

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

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

“20. Mucho menos constituyen salario porque no son una contraprestación laboral directamente derivada del trabajo y como retribución del servicio”<sup>(17)</sup>.

La aplicación del principio de intangibilidad de los recursos del sistema ha determinado a su turno la exclusión en cuanto a la causación de impuestos o de contribuciones públicas para sus operadoras.

Al respecto, téngase en cuenta, por ejemplo, lo indicado por la Corte Constitucional en materia de IVA frente a las instituciones prestadoras de Servicios de salud (IPS), y lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 1111 de 2006, en pronunciamiento en el cual se:

“...reiteró la diferencia que existe entre los recursos del sistema de seguridad social y aquellos que generan renta para las entidades que hacen parte del sistema integral de seguridad social en salud, los cuales pueden ser gravados por no estar destinados de manera específica a la seguridad social. Se trata en este caso, de los recursos propios de las EPS y ARS producto de sus utilidades, de los contratos de medicina prepagada, publicidad y demás actividades que pueden ser gravados ya que específicamente esos dineros no son de la seguridad social. En el caso del artículo 75 de la Ley 1111 de 2006, la Corte encontró que establece un porcentaje de retención en la fuente a determinados servicios prestados por las IPS, considerando que se trata de actividades que generan utilidades económicas para esas entidades, de modo que

---

(17) Corte Constitucional, Sentencia C-575 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.



autoriza a las EPS para retener el 2% sobre el monto de las facturas cobradas por las IPS, por los servicios descritos en la norma demandada, esto es, los dineros cobrados por las IPS por una actividad que genera lucro y por lo mismo, genera el pago del impuesto sobre la renta y complementarios. En este caso, los ingresos gravados no provienen exclusivamente del sistema de seguridad social, cuando las IPS han sido autorizadas para atender una gama amplia de servicios, que el legislador ha considerado de naturaleza mercantil. Por consiguiente la norma acusada no desconoce las previsiones de los artículos 48 y 49 de la Carta Política”<sup>(18)</sup>.

Igualmente conviene registrar un reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional mediante el cual hizo referencia al alcance del artículo 476, numeral 8, del Estatuto Tributario, y en general se refirió a la materia relacionada con los recursos del sistema y los alcances del mismo, en particular trata a las funciones que desarrollan algunas de sus operadoras y que pueden ser consideradas más allá de la protección del artículo 48, específicamente para el evento de las cajas de compensación familiar, tomando en cuenta la multiplicidad de roles a su cargo.

“En tal sentido, el legislador puede optar por diversas modalidades de exclusión: subjetiva, objetiva o mixta. La primera se presenta cuando determinado grupo de personas son excluidas del pago de tributo, como es el caso de ciertos bienes de los diplomáticos; la segunda, tiene lugar cuando determinados bienes o servicios quedan exentos del pago del impuesto, con independencia de la persona que lo adquiera; la última, tiene lugar cuando la exclusión se presenta por la calidad del bien o servicio y de la persona que lo adquiere o lo presta.

“Así las cosas, las exclusiones del pago del IVA a las cuales aluden los numerales 3 y 8 del artículo 36 de la Ley 788 de 2002, son de carácter objetivo, es decir, toman en consideración la naturaleza del servicio prestado y no la persona o entidad que lo realiza. En otras palabras, el legislador simplemente estructuró una exclusión a un gravamen re-

---

(18) Corte Constitucional, Sentencia C-064 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

mitiendo a unos servicios que aparecen consignados en la Ley 100 de 1993, algunos de ellos, como se ha visto, prestados por las Cajas de Compensación Familiar”<sup>(19)</sup>.

## 5.5. Responsabilidad

Existen distintas facetas de las responsabilidades aplicables en el caso del servicio público de la protección social. Examinémoslas.

### 5.5.1. *Responsabilidad política*

A cargo del Estado y de las autoridades públicas encargadas de la dirección, coordinación, vigilancia y regulación del sistema, que se expresa en la necesidad de adoptar, controlar y ajustar las políticas aplicables al respecto, para la realización de los fines del servicio.

Esta forma de responsabilidad se concreta en el ejercicio de control político ejercido por el Congreso de la República frente al Gobierno Nacional, así como en el control ciudadano expresado democráticamente.

La responsabilidad en cuanto al sistema de protección social, cabe indicar, está centralizada en las autoridades del orden nacional; si bien las autoridades de los entes territoriales colaboran en la ejecución de la política social y desarrollan a partir de su autonomía políticas en la materia, lo concerniente al régimen de la seguridad social ha sido reservado a la definición legal y a la decisión política central, en la Nación y sus autoridades.

Téngase en cuenta, en todo caso, que manifestaciones de la responsabilidad política pretenden extenderse directamente a los particulares que prestan los servicios de la protección social, a través de medidas tales como la conminación a sus responsables para que den cuenta ante el Congreso de la República y se les obligue a concurrir cuando se les cite.

---

(19) Corte Constitucional, Sentencia C-341 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

### 5.5.2. *Responsabilidad estatal*

En cuanto respecta a la prestación del servicio y a las relaciones con sus operadoras. Se manifiesta en la responsabilidad administrativa que cabe a la Nación y a sus diferentes unidades administrativas en cuanto a actos, hechos, operaciones y contratos en razón del sistema de protección social.

Surgirá en relación con las operadoras del sistema, así como respecto de los titulares de la protección. Las vías para su efectividad están representadas en las acciones contencioso administrativas ordinarias, pero también en las acciones constitucionales que se pretendan, en particular la acción de tutela.

En efecto, nótese que en el caso de acciones de tutela por cobertura de beneficios de salud no incluidos en el plan obligatorio, si bien aquellas comprometen a las entidades promotoras de salud, el responsable final es el Estado, en cuanto es a éste a quien corresponde asumir coberturas constitucionales, más allá del plan concesionado a las entidades aseguradoras. Por esa razón se genera el derecho constitucional al recobro a favor de las EPS<sup>(20)</sup>.

Esa misma argumentación deberá aplicarse en el caso de beneficios pensionales o de riesgos profesionales o de prestaciones de desempleo o de subsidio familiar, que se caucen por decisiones judiciales en sede de tutela, pues la cobertura de dichas prestaciones “constitucionales” corresponde al Estado como asegurador último y responsable final del sistema y de su eficacia a la luz de la Carta Política.

La responsabilidad estatal se expresará, igualmente, en lo que respecta a daños que pueda causar aquel a las operadoras de los diferentes subsistemas, como también por la ilegalidad de los actos que profiera. En principio, la misma corresponderá a la Nación-Rama Ejecutiva-Ministerio de la Protección Social o Comisión de Regulación en Salud (antes Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud), sin perjuicio de que puedan sur-

---

(20) Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, ob. cit.

gir imputaciones a operadores privados que actúen a nombre de aquella (ej., actuaciones del operador fiduciario del FOSYGA) o de la Rama Judicial en el caso de daños que puedan llegar a producir las autoridades de la misma.

Con mayor dificultad, pero sin que se escape a esa alternativa, la Rama Legislativa será responsable así mismo por sus actuaciones respecto al sistema de protección social. Piénsese, por ejemplo, en la adopción de medidas expropiatorias o en la definición de regímenes que contraríen los principios constitucionales o que afecten las expectativas jurídicas de los beneficiarios en regímenes de transición<sup>(21)</sup>.

### 5.5.3. *Responsabilidad por los servicios de la protección social*

De acuerdo con el contenido material de las prestaciones que a cada subsistema corresponden, el Estado y las operadoras del caso serán responsables por la actuación que desarrollen y que cause perjuicios a los sujetos de protección.

La realización de esta responsabilidad podrá ventilarse tanto en sede administrativa como en sede judicial.

La primera dará lugar al ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de las superintendencias comprometidas (Financiera, de Industria y Comercio<sup>(22)</sup>, Nacional de Salud y de Subsidio Familiar), y a la generación de efectos de índole administrativa, consistentes en la imposición de sanciones, en la intervención de las operadoras, con la posibilidad de llegar a su liquidación.

---

(21) Para ahondar en el tema de la responsabilidad del Estado por actos del legislador, véase Botero Aristizábal, Luis Felipe, *Responsabilidad patrimonial del legislador*, Bogotá, Legis, 2007.

(22) Apréciase al respecto la asunción de funciones por la Superintendencia de Industria y Comercio en lo que respecta a la competencia entre entidades del sistema de protección social. Un ejemplo de ello es el adelantamiento de investigación administrativa por presuntas violaciones al régimen de libre competencia y al empleo aparente de prácticas restrictivas por parte de las EPS.

Ya en el ámbito judicial se dará curso a la definición de la responsabilidad que pueda caber a cada operadora, por la insuficiente o inadecuada prestación del servicio público a su cargo y por la causación de perjuicios que de aquella se puedan derivar.

Lo primero, está relacionado con acciones de responsabilidad civil extracontractual o de reparación directa, según la naturaleza del ente prestador, por medio de las cuales se pretende obtener la reparación de los perjuicios generados por la falla en el servicio, frente a daños imputables a las operadoras y/o al Estado.

En el ámbito de las prestaciones asistenciales (sistema de salud y de riesgos profesionales) emerge una responsabilidad particular en lo que respecta al tema médico. Se trata de dilucidar la responsabilidad por la falla médica que pueda ocurrir en lo concerniente a la prestación de los servicios, la cual se extiende tanto al ejecutor o prestador médico directo como a la institución prestadora y a la entidad aseguradora de que se trate, la cual asume participación en el asunto, a partir de la culpa en que pueda incurrir por elección o vigilancia.

Se trata de una responsabilidad por culpa frente al acto médico como tal, diferenciada de la responsabilidad que pueda surgir por razones de índole administrativa.

Es factible además que emerjan responsabilidades de orden penal causadas con ocasión del servicio de la protección social, frente a la comisión de delitos, bien en la operación interna, bien en la actuación frente a los beneficiarios de las coberturas.

Se aplican así mismo responsabilidades de orden contractual en cuanto hace referencia al relacionamiento de las operadoras de la protección social con terceros o proveedores de servicios y frente a los propios beneficiarios, en el evento de planes adicionales.

Conviene hacer referencia a un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, mediante el cual se reconoció la ocurrencia de un vicio del consentimiento en el acto de afiliación de un cotizante por responsabilidad de una administradora de fondos de pensiones,

materializada a través de la acción de uno de sus promotores comerciales, que transmitió información inexacta a aquel, para lograr su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, con violación del principio de la buena fe y de las obligaciones a su cargo<sup>(23)</sup>.

En trascendental decisión el máximo fallador de la justicia ordinaria expresó:

“...las administradoras de pensiones son en esencia fiduciarias del servicio público de pensiones, razón por la cual su comportamiento y determinación deben estar orientadas no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona (...), [y] que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura. Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna (...) por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos (...)

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la simetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Es una información (...) [que] trasciende el simple deber de información (...) [ya

---

(23) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 31.989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Eduardo López Villegas. En ella se declaró la nulidad de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual y se dispuso: “la administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos e intereses (...) Como la nulidad fue [por una] conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio”.

que] la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica”.

Este criterio evidencia el amplio margen de responsabilidades a que están sometidas las operadoras de los subsistemas de la protección social, a la vez por su gestión comercial y contractual y por la prestación misma de los servicios a su cargo; responsabilidades que se expresan tanto como consecuencia de la naturaleza del servicio público que prestan, como en razón de su actuación sometida también a reglas del derecho privado, por la mixtura a que se ha hecho referencia y que reclama el reconocimiento de la autonomía del derecho social, en el cual se combinan instituciones de derecho público y de derecho privado.

#### 5.5.4. *Responsabilidad fiscal y disciplinaria*

En lo que respecta a la gestión fiscal y al cumplimiento de los deberes y obligaciones de los servidores públicos o de los particulares a los cuales se extiendan aquellos, en el ámbito de la protección social. Estas responsabilidades se ventilarán ante la Contraloría General de la República y ante la Procuraduría General de la Nación.

La extensión del control fiscal ha quedado clara, tanto por mandato legal como por decisión jurisprudencial y se soporta en la gestión sobre los recursos parafiscales a cargo de las operadoras de la seguridad social, los cuales se entienden como recursos públicos, sobre los que se impone la auditoría del Estado, mediante la labor constitucional a cargo de la Contraloría General de la República.

No obstante esta definición de principio, surgen discusiones en torno al alcance del aludido control, en la medida de determinar qué actos y qué composición patrimonial serán objetos del mismo, considerando la posibilidad de obtención de ingresos por parte de las operadoras, que no necesariamente son de origen parafiscal.

De otra parte no se olvide que los particulares son destinatarios de la ley disciplinaria solamente en el caso de que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria<sup>(24)</sup>, o cuando administren recursos de los que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

*El derecho disciplinario, como lo ha señalado la Corte, comprende el conjunto de normas sustanciales y procesales en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a cargo de aquel.*

*La potestad punitiva disciplinaria del Estado contra los servidores públicos o los particulares que ejerzan funciones públicas, se ejerce y se hace efectiva por sus ramas y órganos, cuando dichos sujetos desconocen, sin justificación, dichos principios y las normas que rigen las formas de su comportamiento e incurrir, en consecuencia, en infracciones disciplinarias, que se estructuran y juzgan con arreglo a las normas sustanciales y procedimentales contempladas en el respectivo régimen disciplinario<sup>(25)</sup>.*

El artículo 53 del Código Disciplinario Único se refiere a la extensión de dicho régimen a los particulares, la cual aplica (i) cuando éstos ejerzan labores de interventoría en los contratos estatales, (ii) cuando ejerzan funciones públicas, en lo que tiene que ver con estas, y (iii) cuando presten servicios públicos a cargo del Estado de los consagrados en el artículo 366 de la Constitución y administren recursos de éste.

Por ende, la aplicación del régimen disciplinario a particulares en el ámbito del servicio de la protección social, tendrá que analizarse deteni-

---

(24) Corte Constitucional, Sentencia C-286 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

(25) Corte Constitucional, Sentencia C-430 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbo-nell.



damente, pues no es universal y dependerá del ejercicio de función pública por parte de aquellos<sup>(26)</sup>.

En efecto, la propia Corte Constitucional ha precisado:

“En el caso de un particular que presta un servicio público la Corte ha precisado que éste se encuentra sometido al régimen especial fijado por el legislador para la prestación del servicio público de que se trate, así como al control y vigilancia del Estado. Ello no implica, sin embargo, que ese particular por el simple hecho de la prestación del servicio público se encuentre sometido al régimen disciplinario.

(...)

“El particular que presta dicho servicio si bien se encuentra sometido a la regulación y control del Estado para asegurar el cumplimiento de los fines que en este campo ha señalado el Constituyente, no cumple una función pública objeto de control disciplinario”<sup>(27)</sup>.

#### 5.5.5. *Responsabilidad de los beneficiarios*

Los beneficiarios de las coberturas del sistema de protección social son responsables por su comportamiento ante el mismo, en lo atinente al cumplimiento de las exigencias normativas y a la actuación de buena fe ante sus operadoras.

El incumplimiento de los deberes a cargo de los beneficiarios los hace responsables con efectos frente al sistema mismo (ej., la desafiliación por suministro de información fraudulenta) y ante el Estado, en el evento de que ejecuten comportamientos ilícitos sancionados penalmente (entre ellos: falsedades, suplantación personal).

---

(26) Ver *Código Disciplinario Único*, concordado y comentado por Herman Arias, 2ª ed., Bogotá D.C., Editorial Gustavo Ibáñez, Jurisprudencia y Doctrina, 2004.

(27) Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

A propósito, el desarrollo de un régimen de responsabilidades y sanciones para los beneficiarios se aprecia como un elemento que debe ser considerado por el sistema de protección social, en la medida en que solamente una concepción integral e integradora del sistema, que fortalezca derechos, pero además haga efectivas las obligaciones de todos los actores, permitirá la consolidación de aquel.

## 6. SERVICIO DE PROTECCIÓN SOCIAL Y FUNCIÓN PÚBLICA

En un sentido amplio, por función pública puede entenderse “el conjunto de regímenes aplicables a la generalidad del personal de la administración”<sup>(28)</sup>.

No obstante, en sentido estricto, este concepto se refiere al ejercicio de actividades que suponen el desempeño de poder subordinante para el cumplimiento de roles de interés general.

La noción de función pública no es equivalente a la de servicio público. No toda actividad de servicio público entraña el ejercicio de función pública, a menos que para su desarrollo se requiera tal desempeño de poder público, el cual es propio de los servidores públicos, pero puede extenderse en forma permanente o temporal a particulares.

Las funciones públicas se entienden pues como “la exteriorización de las potestades inherentes al Estado –que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción...”, como lo ha expresado la Corte Constitucional<sup>(29)</sup>.

En el ámbito de la protección social, la misma en sus diferentes componentes implica la ejecución de un servicio público, esto es, de una actividad de interés general, que compromete el bienestar de la colectividad y que debe ser ininterrumpida. En ciertos eventos, se trata de un servicio público esencial.

---

(28) Rodríguez, ob cit., p. 185.

(29) Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2003, ob. cit.

No obstante, no es necesariamente emanación de una función pública, pues no implica en todos los casos la exteriorización de poder estatal subordinante. Con todo, debe analizarse cuidadosamente el punto, pues en la actividad material de la protección social sus operadores en ciertas ocasiones actúan amparados en esa facultad subordinante y decisoria, propia de la actuación administrativa, y por ende ha de entenderse que entonces sí cabe la aplicación de función pública (ej.: reconocimiento o no de un beneficio por un comité técnico científico, negativa de un subsidio).

## 7. IMPACTO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La naturaleza de la protección social como servicio público implica efectos relacionados con el derecho administrativo, tanto en lo que de él se aplique a la operación del sistema como en asuntos de interés para los especialistas en esa disciplina jurídica, que puedan contribuir al mejoramiento de éste.

En relación específica con el caso colombiano, podemos señalar algunas materias que deberán ser objeto de desarrollo al respecto y que constituyen problemas o dilemas por considerar y resolver prontamente:

- a) Prestaciones y beneficios de la protección social, su naturaleza y alcances: derechos, subsidios, auxilios, beneficios económicos periódicos (BEP): ¿cuál es la naturaleza de las diferentes prestaciones de la protección social y cuáles las vías para su efectividad? ¿Cuál el alcance de la responsabilidad estatal al efecto?
- b) Impacto del Plan Nacional de Desarrollo y de la política pública en el desarrollo del sistema de protección social: ¿puede una ley del plan, por ejemplo, definir la estructura del sistema de protección social en Colombia, como aconteció con la Ley 1151 de 2007?
- c) Ajustes organizacionales en el sistema de protección social que implican la creación, transformación y fusión de entidades públicas y la participación de entes privados: ¿qué formas organizativas asumen estas nuevas entidades y qué régimen jurídico se les aplica?

d) Descentralización por colaboración: operación de las entidades de seguridad social: ¿cuál es el alcance de sus funciones, ejercen función pública y en qué casos cumplen función pública/administrativa? Consideración sobre el caso de las cajas de compensación familiar y de las posibilidades de su transformación en caso de eliminarse o reducirse el aporte patronal del 4% destinado a la financiación del sistema de subsidio familiar.

e) Relación existente entre las operadoras de la seguridad social y el Estado: ¿existe una relación contractual por concesión? Análisis particular sobre el caso de las EPS.

f) Aplicación de los postulados contractuales del equilibrio financiero a la operación de las entidades de la seguridad social. Alcances de la responsabilidad del Estado cuando se ordenan prestaciones por fuera de los planes de beneficios. Responsabilidades estatales por decisiones judiciales.

g) Alcance de los fallos de constitucionalidad y tutela en el ámbito de la seguridad social. Responsabilidad estatal y responsabilidad de los jueces.

h) Competencia para conocer controversias de la seguridad social: derecho médico; acto de la seguridad social vs. acto administrativo.

i) Naturaleza parafiscal de las contribuciones a la seguridad social. Su condición atípica y el desarrollo conceptual al respecto. La relación de dichas contribuciones con fuentes de origen fiscal. ¿Parte de los aportes pueden tener la condición de impuestos (los que se destinan por solidaridad a fines generales) no obstante su denominación?

j) Naturaleza y alcances de los procesos de cobro respecto a obligaciones de la seguridad social. Actuación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales (UGPP).

k) Análisis sobre el caso específico de los recobros de las EPS al FOSYGA, responsabilidad del Estado al respecto, causación de intereses. Vías para obtener la satisfacción de los derechos de las aseguradoras.

- l) Alcance de la intervención y de la regulación del Estado en la organización y el funcionamiento de las entidades de la seguridad social y su relacionamiento y comparación con lo acontecido en otros servicios públicos.
- m) Funciones, organización y financiación del SENA.
- n) Funciones, organización y financiación del ICBF.
- o) Funciones, organización y financiación de la Consejería para la Acción Social y de los programas presidenciales en materia de lucha contra la pobreza.
- p) Necesidad de crear procedimientos administrativos especiales para la solución de controversias dentro del sistema de protección social.
- q) Manejo de la revocatoria de beneficios concedidos en forma ilegal (particularmente en el campo de pensiones), frente a los conceptos de derechos adquiridos, meras expectativas y expectativas objeto de protección jurídica.

## CAPÍTULO VII

### **Principios generales del derecho y protección social**

Las recientes teorías del derecho, el auge del neocontractualismo con la influencia constitucional en las instituciones jurídicas<sup>(1)</sup> y la presencia activa de las autoridades judiciales a través de la figura del “juez Hércules”<sup>(2)</sup> marcan una tendencia contemporánea en la concepción y aplicación normativa.

En el ámbito de la política, apreciamos que la misma puede expresarse en la transición del Estado social del derecho hacia un Estado constitucional de justicia, caracterizado entre otras cosas por:

—La gran influencia del derecho constitucional y el entendimiento de la Constitución Política como un contrato refundacional de la sociedad política, con aplicación inmediata y directa sobre las controversias.

—La búsqueda social por realizar la justicia y la igualdad material.

—La lucha contra la pobreza y la búsqueda del crecimiento con desarrollo social.

—La acción de los jueces como creadores de derecho y el nuevo papel de la fuente jurisprudencial.

Dentro de este contexto cobra fuerza la principialística jurídica. Particularmente, en una materia como la protección social, la influencia de los

---

(1) Ver Rawls, John, *Teoría de la Justicia y Justicia como equidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

(2) Para profundizar en estos temas ver Plazas Vega, Mauricio Alfredo, *Ideas políticas y teoría del derecho*, Bogotá, Editorial Temis, 2003.

principios generales y constitucionales del derecho se muestra de alto impacto, por lo que dedicaremos ahora los esfuerzos a profundizar en el análisis de ella y a considerar su aplicación en el funcionamiento del sistema de protección social en Colombia.

## 1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL

Los principios generales del derecho son normas jurídicas fundamentales, imperativas, universales, tópicas, axiológicas e implícita o explícitamente positivas, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento, según enseña el maestro Valencia Restrepo<sup>(3)</sup>.

### 1.1. Principios generales como elemento esencial en la nueva teoría de la interpretación

Ordena la Corte que la interpretación de las normas constitucionales “*debe estar orientada por un criterio de razonabilidad, por cuanto las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. Esto significa entonces que no puede el intérprete constitucional atenerse al tenor literal de una norma cuando esta produce consecuencias absurdas*” (S. C-055/1995, 16 de febrero, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

### 1.2. Principios generales y Preámbulo de la Constitución

Para que pueda predicarse que una norma resulta válida su enunciación debe corresponder a la letra (juicio de validez formal) y al espíritu (juicio de validez material) de la Constitución.

### 1.3. Principios generales como fuente principal y auxiliar de derecho

La Corte define como fuentes formales “*los cauces por los que se expresa el derecho*” y como fuentes materiales “*los hechos sociales que su-*

---

(3) Valencia Restrepo, Hernán, *Nomoárquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho*, 2ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 1999, p. 495.

*ministran el contenido del derecho*” (Sent. C-131/1993, 1º de abril de, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Constitucionalmente las fuentes se clasifican en obligatorias (ley en sentido material, y se entenderá en ella los principios) y auxiliares, como la equidad, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho (cuando cumplen función interpretativa).

No se olvide que los principios generales son norma jurídica “pues consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata” (Sent. T-406/1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

#### 1.4. Principios generales y Estado social de derecho

“En el suelo axiológico de la Constitución se encuentra un conjunto de valores y principios materiales inscritos en el Estado social de derecho, cuyo objetivo último es la *dignidad de la persona humana*” (Sent. C-544/1994, 1º de diciembre, M.P. Jorge Arango Mejía, resaltado fuera del texto). Apréciense la esencial vinculación entre la razón de ser del fundamento valorativo del Estado y el objetivo del sistema de protección social, el cual persigue igualmente la realización de la dignidad humana, mediante la provisión de la seguridad económica que permita la inclusión.

En todo caso debe tenerse en cuenta que “el Estado social de derecho es la fórmula constitucional que articula de manera armoniosa la Constitución orgánica y la Constitución material y que demuestra la primacía del elemento material” (Sent. T-006/1994, 17 de enero, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

#### 1.5. Clases de principios constitucionales

Del mismo contenido dogmático y orgánico de la Constitución se derivan principios de aplicación procedimental y otros de contenido material. Los primeros “señalan las tareas que el Estado debe cumplir, configuran



las competencias e instituyen los órganos que las realizan”. Los segundos consagran las metas del Estado, los principios y valores máximos de la sociedad y los ámbitos de la libertad y derechos de los individuos y grupos (Sent. T-006/1992, 12 de mayo, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

### **1.6. La teoría del bloque de constitucionalidad como argumento a favor del carácter normativo de los principios generales del derecho**

“El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son, pues, verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*” (Sent. C-225/1995, 18 de mayo, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

La Carta de 1991 constitucionalizó la seguridad social en los artículos 48 y 49, luego de numerosos debates en la Asamblea Nacional Constituyente.

“...evidentes razones de justicia material llevaron al constituyente a vincular al Estado con la garantía de la dignidad de quienes, al término de su vida laboral, luego de contribuir con su trabajo a la construcción de la riqueza nacional, merecen de la sociedad, no sólo un justo reconocimiento sino una pensión” (Sent. T-323/1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

### **1.7. Conclusiones de doctrina sobre los principios del derecho**

Entre las conclusiones que se extraen a partir de considerar los principales criterios aplicados por la Corte Constitucional en materia de principios generales del derecho (principios constitucionales), encontramos las siguientes:

- a) Los principios integran el sistema jurídico.
- b) Los principios, pese a su generalidad, tienen eficacia normativa.
- c) Los principios desarrollan valores –catálogo axiológico finalista del Estado– y se desarrollan en normas positivas, menos generales.
- d) El Preámbulo de la Constitución tiene carácter vinculante, pero no eficacia directa.
- e) Los principios cumplen funciones de interpretación, integración y creación del derecho.
- f) En el Estado social de derecho se actualiza el criterio de legalidad bajo su interpretación del derecho como conjunto de normas.
- g) Es trascendente el papel del juez en el Estado social de derecho.
- h) En ese sistema político prevalece el principio de la efectividad del orden social justo.
- i) Un principio constitucional prevalece sobre ley contraria.
- j) Existen principios explícitos e implícitos constitucionales. La doctrina hace referencia ejemplificativa y no taxativa de ellos.
- k) La teoría del bloque de constitucionalidad integra principios aceptados por el derecho internacional y los hace explícitos.
- l) Los derechos individuales se fundan en principios constitucionales.
- m) La aplicación de principios en los casos judiciales demanda emplear los criterios de reconocimiento y ponderación (vigencia y validez).
- n) La interpretación constitucional debe recurrir además a la aplicación del criterio de la razonabilidad.

## 2. PRINCIPIOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

Como propuesta de reflexión presentamos los principios constitucionales generales que, a nuestro juicio, engloban los postulados contenidos en la Carta Política y que han sido desarrollados especialmente por la Corte Constitucional:

1. Principio humanista (humanismo constitucional)
  - 1.1. Vida (*in dubio pro homine*)
  - 1.2. Prevalencia de la dignidad humana
  - 1.3. Reconocimiento de la familia
2. Principio libertario (de libertad)
3. Principio igualitario (de igualdad)
4. Principio solidario (de solidaridad)
  - 4.1. Prevalencia del interés general
5. Principio constitutivo organizador (de organización política/Estado)
  - 5.1. Naturaleza del Estado colombiano
  - 5.2. Forma del Estado colombiano
  - 5.3. Elementos del Estado colombiano
  - 5.4. Principio de territorialidad
6. Principio de gobierno
  - 6.1. Principio de democracia participativa
  - 6.2. Principio de pluralismo (social y político)

7. Principio normativo o de derecho

7.1. Congruencia del derecho

7.2. Principio de supremacía de la Constitución

7.3. Principio de legalidad

7.4. Principio de la buena fe

8. Principio orgánico (de organización de los operadores públicos y la sociedad)

9. Principios funcionales (de funcionamiento o de gestión)

10. Principio relacional (de derecho internacional e internacionalista)

11. Principio teleológico (o finalista o de justicia o del orden social justo)

3. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

A partir de las consideraciones de la Corte Constitucional podemos identificar dos pilares en que se estructura el sistema de seguridad social en Colombia y que se extienden a la protección social, a los que podríamos identificar como *principios genéricos*:

—La definición de Colombia como Estado social de derecho<sup>(4)</sup>, y

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

—La solidaridad

Cabría mencionar además cómo, por efectos de algunas líneas jurisprudenciales, se integra a este fundamento principal básico de la protección social el principio de igualdad, el que podría ser considerado como el tercer sustento genérico de la concepción estructural del sistema, pues el mismo entraña el concepto de justicia material y la realización de contenidos mínimos para garantizar la inclusión, la protección al débil y la lucha contra la pobreza, de manera referencial.

La aplicación así mismo de las normas que regulan el sistema se funda, desde la noción de Estado social de derecho, en el humanismo constitucional que reconoce a la persona como centro y razón de ser de las instituciones. Por tanto, la aplicación en el ámbito de la protección social del principio derivado de la dignidad humana (*in dubio pro homine*) se constituye en factor transversal y presente en todos los regímenes. Sin desconocer la fundamentación constitucional de las instituciones del derecho del trabajo, frente a las cuales la duda se resuelve a favor del trabajador, en este ámbito de la protección social las instituciones y la interpretación del derecho se ordenan para responder a las expectativas de la persona, por lo cual las dudas deben resolverse mediante la aplicación de un criterio finalista, de protección al ser humano.

---

(Cont. nota 4)

“Sobre los deberes del Estado en materia de derechos sociales es esclarecedor el numeral 1° del artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el cual dispone que cada uno de los Estados Partes de ese Pacto ‘se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos’.

“Esta norma del PIDESC, que forma parte del bloque de constitucionalidad, ha sido interpretada por el Comité del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su Observación General N° 3, en el sentido de que ‘aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de las limitaciones de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato’. Entre ellas está la de ‘adoptar medidas’, las cuales ‘deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto’” (Sent. C-393/2007, ob. cit.).

Los *contenidos constitucionales específicos* de la protección social se detallan en varios artículos del Capítulo 2 del Título II de la Carta Política en Colombia, a saber:

- Protección integral a la familia (42)
- Protección a la mujer durante el embarazo y después del parto (43)
- Derechos de los niños de carácter fundamental (44)
- Atención gratuita en instituciones de salud con aporte del Estado para niños menores de un año (50)
- Protección a la adolescencia (45)
- Protección y asistencia a la tercera edad, su seguridad social y el subsidio alimentario en caso de indigencia (46)
- Atención especializada a discapacitados (47)
- Derecho a la salud y el ambiente (49)
- Derecho a la vivienda digna (51)
- Derecho a la recreación, el deporte y el uso del tiempo libre (52)

También se reconoce una robusta línea jurisprudencial que integra el derecho a la seguridad social con las instituciones constitucionales del derecho del trabajo y sus normas mínimas contenidas en el artículo 53 de la Constitución Política, particularmente cuando se trata de la protección en el caso de trabajadores dependientes.

De otro lado, existen aquellos que podemos denominar *principios específicos* de la protección social, expresados en el artículo 48 de la Constitución Política y desarrollados por la legislación y por la doctrina constitucional, a saber:

- Eficiencia
- Universalidad
- Solidaridad

- Equilibrio financiero
- Irrenunciabilidad
- Progresividad y no regresividad

Estos principios son desplegados por la Ley 100 de 1993 y su definición es integrada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

No se olvide que dicho tribunal ha aplicado en la noción de la seguridad social una visión ampliada, así como reconocido el postulado de la libertad en la configuración legislativa y la autonomía del Legislador, cuyo ejercicio está condicionado al respeto de los principios y normas de la Constitución (Sent. C-451/2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Sent. C-086/2002 y C-107/2002).

El desarrollo de la protección social por parte del Legislador se enfrenta a las siguientes limitaciones:

- Las de carácter formal (competencia, procedimiento y forma)
- Las de carácter sustancial (valores y principios del Estado social de derecho)
- Las del modelo económico
- El respeto al derecho a la *igualdad*

“Al ejercer la potestad de configuración, el Legislador debe respetar el principio de igualdad, el cual exige que las personas colocadas en igual situación sean tratadas de la misma forma, prohíbe dentro de un mismo régimen pensional una desigualdad de trato que no esté basada en criterios objetivos y razonables e impide que existan entre prestaciones separables y autónomas de diversos regímenes diferencias de trato que sean manifiestamente desproporcionadas sin que exista un beneficio compensatorio evidente que justifique tal desproporción” (Sent. SU-975/2003).

Para determinar los alcances del sistema, la jurisprudencia constitucional ha recurrido al análisis de la realidad sociológica e histórica nacio-

nal, haciendo de sus fallos no meros cotejos normativos (ej.: criterios para acoger la diferencia de edad pensional entre hombres y mujeres, así como para avalar participación de las ARSs –hoy EPS del régimen subsidiado– en el sistema de salud, según Sentencia C-1489/2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

#### 4. CONSIDERACIONES BÁSICAS SOBRE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

##### 4.1. Principio de eficiencia

Tiene como destinatario a los organismos responsables de la prestación del servicio (Estado y particulares). Se expresa en el artículo 209 de la Carta Política. Implica la *eficacia* en la realización del control de resultados acerca del servicio (Sent. C-575/1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Se entiende 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 suficiente.

La eficiencia implica la correcta utilización de los recursos para que se cubran las contingencias:

- Según lo demande cada necesidad
- En el tiempo apropiado de respuesta
- Con el empleo de todos los medios para cubrir la necesidad

La eficiencia es un principio de cualquier servicio público, no sólo de la protección social (Sent. T-631/2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

La Corte Constitucional ha reconocido que los postulados del Estado social de derecho en materia de seguridad social no pueden realizarse cuando las propias entidades públicas obstaculizan el derecho pleno del trabajador o extrabajador de acceder a la pensión, por ejemplo.



Responder pronta e íntegramente a las peticiones en el ámbito de la protección social constituye efecto del principio de eficiencia.

“Lograr el orden justo es pues el objetivo y el principio de la eficiencia tiene que contribuir a ello” (Sent. T-235/2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

#### 4.2. Principio de universalidad

Principio relacionado con la cobertura: “...la seguridad social es un requisito de la dignidad y la dignidad es un atributo esencial de la persona” (Sent. C-575/1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Se concreta en la garantía de la protección (i) para todas las personas, (ii) sin ninguna discriminación, (iii) en todas las etapas de la vida.

“Pero el principio de universalidad no se puede entender racionalmente como una regulación igual o común para todas las personas, sino en el sentido de que éstas se encuentren protegidas sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida, aceptando sus especiales condiciones materiales de existencia” (Sent. C-408/1994).

No es incompatible con el establecimiento de planes complementarios de salud, a los que tienen acceso en forma libre todos pero que sólo amparan a quienes los hayan contratado (Sent. C-112/1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Este principio comporta tres elementos esenciales (de orden individual y colectivo):

— Cobertura para todos

— Eliminación de cualquier discriminación (sin perjuicio de las acciones afirmativas en respuesta al derecho constitucional de la igualdad material)

— Cobertura a la persona durante toda su vida

Atendiendo a este principio le corresponde al Legislador determinar los mecanismos con los cuales garantizar a la población los amparos de vejez, invalidez y muerte (Sent. C-451/2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

El Legislador debe optar por fórmulas que garanticen la ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social y la eficacia de ese derecho irrenunciable (Sent. T-760/2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). Esta facultad es compatible con la consagrada por el artículo 150, numeral 23, de la Carta, en cuanto a la regulación de los servicios públicos.

#### 4.3. Principio de solidaridad

Este principio aspira a realizar el valor justicia que bebe en las fuentes de la dignidad humana. La Corte predica la compatibilidad entre justicia-solidaridad y dignidad-solidaridad.

“La solidaridad como deber (art. 95-2 C.P.) tiene como contrapartida el concepto de solidaridad como derecho, que se expresa en la seguridad social” (Sent. C-575/1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Consiste en la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el postulado de protección del más fuerte hacia el más débil.

Se materializa este principio constitucional a través de la intervención del Estado y de la ejecución de los recursos del tesoro público –y parte de los provistos– de aportes en la atención de los grupos más vulnerables.

Se funda en el concepto ontológico del Estado colombiano como Estado social de derecho.

“El principio de solidaridad permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de una prestación adicional por parte de entidades que han cumplido con todas las obligaciones previstas en la legislación (...)”

“...es un principio que no puede ser entendido a cabalidad con independencia del concepto de efectividad de los derechos fundamentales (...)

“En el Estado social de derecho no basta con que las normas se cumplan (...) sino que su cumplimiento coincida con la realización de principios y valores constitucionales” (Sent. T-005/1995).

Este principio, según la Corte Constitucional, implica un compromiso sustancial del Estado y de los empleadores y, agregaríamos, también de los propios trabajadores, respecto de las personas con menores ingresos, de los desempleados y de los informales.

#### 4.4. Principio de irrenunciabilidad

Se predica de los elementos integrantes del derecho a la protección social (arts. 48 y 53 C.P., en concordancia con arts. 3° L. 100/1993 y 1° L. 789/2002).

Las prestaciones consolidadas que se derivan del sistema de protección social no pueden ser renunciadas o cedidas por sus titulares, pues se trata de derechos que comprometen el orden social y público, sobre los cuales no es viable jurídicamente la transacción ni la conciliación.

No se olvide que la afiliación al sistema de seguridad social tiene carácter obligatorio para quienes el ordenamiento jurídico señala, sin que pueda pactarse en contrario, como tampoco es optativo el pago de los aportes ni su monto. Puede afirmarse, de otro lado, que aun en el régimen pensional de ahorro individual con solidaridad los beneficios derivados del sistema tienen causa legal y dependen, de la consolidación de un monto de recursos en la cuenta individual, debiendo respetarse en todas las circunstancias unas condiciones mínimas de reconocimiento.

Los derechos pensionales no caducan, prescriben las acciones sobre mesadas pensionales particulares; en el mismo sentido, los beneficiarios del sistema de salud ejercerán sus derechos a los beneficios del plan obligatorio de que se trate, en el momento en que lo requiera la atención de

su salud y cumplidos los requisitos de cotización (los que se reducen en cuanto a períodos mínimos a 26 semanas). Frente al sistema de subsidio familiar, las acciones para demandar las cuotas debidas prescriben en el término de la prescripción de las acciones laborales (considerando que se trata igualmente de prestaciones sociales) y caducan al mes subsiguiente de aquel causado si el trabajador beneficiario no acreditó los requisitos ante la caja de compensación familiar, siempre y cuando el empleador haya pagado oportunamente el aporte; no obstante, apréciase que igualmente el trabajador podrá hacer efectivo su derecho a la cuota monetaria de subsidio cuando acredite los requisitos de ley. El subsidio al desempleo no caduca, pudiendo solicitarse por una sola vez respecto a cada beneficiario.

En frente a la causación de los beneficios de los restantes subsistemas de la protección social (formación para el empleo y promoción social), debe aplicarse el mismo criterio de irrenunciabilidad, considerando, como se ha expuesto, el carácter de derechos propio de aquellos.

La irrenunciabilidad entraña, así mismo, el efecto de la obligación de satisfacer los derechos por parte de los operadores y del Estado. Es decir, la no disposición de los derechos de la protección social aplica tanto para los beneficiarios como para el Estado, el cual no puede negar la efectividad de aquellos, una vez causados.

Ejemplo controversial de este aspecto lo representa el reconocimiento de los beneficios para desempleados que se establecieron a partir de la Ley 789 de 2002 y cuya administración corresponde, en principio, a las cajas de compensación familiar.

El pago de los mismos se hará contra recursos de origen parafiscal; una vez se agoten aquellos, es obligación del Estado, a través del Ministerio de la Protección Social, proceder a su reconocimiento contra recursos de origen fiscal, decisión ya comentada de la Corte Constitucional que deja en claro el carácter de derechos de los subsidios para desempleados y evidencia cómo las prestaciones de la protección social revisten auténticamente la condición de tales y no de meras prerrogativas opcionales o condicionadas a la existencia de recursos (es decir, no son meros derechos prestacionales).

Nos detenemos un momento en la consideración de los aspectos esenciales de dicho fallo, por lo que el mismo representa para la materia analizada<sup>(5)</sup>.

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

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

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

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

---

(5) Corte Constitucional, Sentencia C-393 de 2007, ob. cit.

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

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

“Precisamente, el rezago en la atención a las solicitudes de subsidio de las personas sin vinculación anterior a una caja de compensación familiar explica el alto número de peticiones que se encuentran pendientes de asignación efectiva. De acuerdo con lo indicado en la resolución N° 0036 del 5 de febrero de 2007 de la Superintendencia del Subsidio Familiar, ‘por la cual se ordena el traslado entre cajas de los recursos del Fondo para el Fomento del Empleo y Protección al Desempleo-FONEDE, correspondiente al cierre del segundo semestre de 2006’<sup>(6)</sup>, para diciembre 31 de 2006 la lista de postulantes al subsidio ascendía a 130.556 personas. Ello significaba un costo pendiente de

---

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

\$ 84.933.205.800, que se contraponía a la suma de \$ 1.977.014.000 que estaban en caja en ese momento.

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

“Pues bien, lo cierto es que, más de cuatro años después de haber entrado en vigencia la Ley 789 de 2002, el fondo de subsidio al desempleo a cargo del Gobierno Nacional todavía no ha entrado en funcionamiento, a pesar de lo dispuesto en la Ley. Esto indica que, en la práctica, la carga de la política de atención al desempleo ha sido trasladada por el Estado a las cajas de compensación familiar<sup>(7)</sup>.

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

---

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

tante aspecto específico de la política social desarrollado en la ley que creó el subsidio temporal al desempleo.

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

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

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

Sobre la materia de la irrenunciabilidad conviene tener en cuenta que el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos afirma que las personas tienen derecho de propiedad sobre la seguridad social, criterio que se orienta a la preservación de los derechos en vía de adquisición (régimen de transición).

“Si la entidad encargada del reconocimiento de una pensión no lo hace por lo que legalmente corresponde, el afectado no puede renunciar a



reclamar lo debido. Sería atentar contra los derechos fundamentales que se considerara que no puede reclamar el pensionado a quien se le ha efectuado una incorrecta liquidación de su mesada, en detrimento del debido proceso y del mínimo vital” (Sent. T-631/2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

También se refieren a la materia las sentencias T-049 de 2002 y T-202 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz).

#### **4.5. Principio del equilibrio financiero**

Este principio fue incorporado a partir del Acto Legislativo 01 de 2005 como resultado de las angustias de financiación que aquejan al sistema de seguridad social.

Se concretó particularmente al ámbito del subsistema de pensiones, no obstante lo cual el tema central que a nuestro modo de ver impacta la viabilidad actual del modelo de seguridad social en salud tiene que ver precisamente con la sostenibilidad financiera del mismo, en razón primordialmente de: (i) las exigencias constitucionales en cuanto a la equiparación de los planes obligatorios de salud para los regímenes contributivo y subsidiado, y (ii) las obligaciones de coberturas integrales más allá de los planes de beneficios explícitos, por la garantía del constitucionalismo humanista que informa nuestro sistema político, y que carecen de financiación.

Ya se anticipaba en pronunciamientos de la propia Corte Constitucional: “...pero ello no significa que el derecho a la seguridad social, pueda ser exigido por los usuarios del sistema más allá de las posibilidades económicas propias de su organización y funcionamiento, esto es, que puedan demandarse prestaciones que excedan su capacidad y que naturalmente no estén amparadas en las cotizaciones que se les exige a los beneficiarios” (Sent. C-112/1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

El principio se expresa en el reconocimiento de la sostenibilidad como criterio que debe orientar las políticas públicas a través de las cuales asume realidad la protección social, e implica conceptualmente reconocer la responsabilidad intergeneracional en cuanto al establecimiento y ajuste del

sistema, en sus diferentes componentes, en la medida en que las decisiones que se adopten en la actualidad impactarán a quienes harán parte de generaciones futuras.

La vigencia de este postulado plantea la permanente tensión entre el derecho y la economía, en cuanto las aspiraciones de justicia se enfrentan a la disponibilidad de recursos socialmente existentes para su atención, y entraña el objeto de las decisiones políticas, respecto del establecimiento de prioridades y de criterios de selección frente a las prestaciones y los mecanismos que habrán de adoptarse para realizar los derechos, mediante la aplicación de los medios económicos de los que se disponga.

Dicha tensión propia del sistema colombiano, se presenta y tiende a agudizarse en otros contextos internacionales (cfr. los casos de Argentina y Costa Rica) por cuanto el activismo judicial a partir de los mandatos constitucionales cobra inusitada fuerza, demandando respuestas sociales y económicas para hacer efectivos los mandatos del derecho constitucional.

#### **4.6. Principios de progresividad y de no regresividad**

Implica este postulado la obligación del Estado y la sociedad por lograr la universalidad subjetiva (cobertura universal) y objetiva (integralidad de prestaciones) en el tiempo, conforme a las posibilidades materiales, pero en todo caso respetando los mínimos necesarios para la realización de la dignidad humana.

Ello significa que las prestaciones de la protección social no tendrán que materializarse en forma automática y plena, pero que el Estado está obligado a proveer aquellas a los beneficiarios, mediante el sistema que adopte, paulatina y progresivamente.

Citando al Comité del Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, la doctrina constitucional ha expresado al respecto:

*“En la misma Observación, el Comité del Pacto anotó que cuando la norma citada habla de adoptar medidas ‘para lo-*

*grar progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto] se está admitiendo que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general 'no podrá lograrse en un breve período de tiempo'. Empero, al mismo tiempo observa que el hecho de que se plantee en el Pacto la progresiva efectividad de los derechos sociales 'no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo' (...) La frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad, la razón de ser del Pacto que es establecer claras obligaciones para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo'<sup>(8)</sup>.*

El principio de progresividad entraña la vigencia del postulado de la no regresividad, en virtud del cual las medidas que se adopten en materia de protección social deben orientarse a la realización material, sistemática y gradual de las prestaciones para todas las personas cubiertas. Toda acción o decisión que implique echar atrás en la extensión de los beneficios del sistema se presume inconstitucional, y para ser validada deberá acreditarse que se adoptó de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, con miras a alcanzar un fin constitucional mayor, siendo el medio necesario para ello.

En relación con la aplicación del mismo en el ámbito de los regímenes pensionales, la Corte se ha referido al principio de progresividad y de no regresividad, señalando<sup>(9)</sup>: “En efecto, dicho principio de progresividad puede extraerse del contenido del artículo 48 de la Carta, cuando refiere que ‘El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social’, que resulta concordante con el principio de universalidad”.

---

(8) Corte Constitucional, Sentencia C-393 de 2007, ob. cit.

(9) Corte Constitucional, Sentencia T-1064 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Y más adelante, refiriéndose al fundamento internacional en la materia, con cita de los informes del Relator del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de los Principios de Limburgo, establece<sup>(10)</sup>:

*“De dichas decisiones puede extraerse principalmente que i) existe un contenido esencial de los derechos sociales y económicos que se materializa en los derechos mínimos de subsistencia para todos, ii) para hacer efectivos esos derechos podrá acudir a ‘medidas de otro carácter’ como las decisiones judiciales, iii) la existencia de unos contenidos mínimos de los derechos sociales que el Estado debe garantizar a todas las personas, y finalmente la Corte ha referido iv) a la prohibición prima facie de retrocesos constitucionales frente al nivel de protección alcanzado en seguridad social consistente en que una vez alcanzado un determinado nivel de protección constitucional el amplio margen de configuración por el legislador sobre los derechos sociales se reduce al menos en un aspecto: ‘todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de la progresividad’.*

*“Y atendiendo (a) la conexión íntima que guarda dicho principio de progresividad con el derecho a la igualdad, esta corporación ha manifestado que ‘cualquier disminución o exclusión respecto de sujetos de especial protección, es inadmisibles’. Prohibición de retrocesos que no por sí misma resulta ser absoluta ya que puede en un momento determinado resultar justificable al existir ‘imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social’”.*

La progresividad se entiende pues como el camino necesario y obligatorio hacia la universalidad, sin que pueda convertirse en la excusa jurídica para la inacción y el estancamiento de la protección.

---

(10) Sentencia T -1064, ob. cit.

En el campo de la salud, por ejemplo, en Colombia debe considerarse el establecimiento de los dos regímenes que integran el subsistema de aseguramiento, dependiendo de la capacidad o no de pago de los afiliados. A cada uno de dichos regímenes corresponde un plan obligatorio de beneficios, que desde la orientación de la Ley 100 de 1993 debían actualizarse y unificarse por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (art. 162 L. 100/1993). Antes del año 2001 los planes de beneficios de los regímenes contributivo y subsidiado debían ser homologados, mandato que no se cumplió y que fue derogado por la Ley 715 de 2001. Posteriormente, la Ley 122 de 2007 estableció nuevamente el mandato para que se realice progresivamente dicha unificación y se proceda, además, a la actualización periódica de los planes.

Pese a ello, no se ha realizado ni la actualización debida a los planes de beneficios ni la homogeneización entre los POS del régimen contributivo y del régimen subsidiado, lo que ha provocado la reacción de la Corte Constitucional, a través de un mandato de actuación a las autoridades estatales<sup>(11)</sup>.

La obligación de unificación de dichos POS ha sido admitida como emanación precisamente del principio de progresividad.

*“De acuerdo con esta Corporación, ‘es deber del Congreso y del Gobierno adoptar todas las medidas económicas, políticas y administrativas para alcanzar en un término breve la cobertura total de los servicios de salud para toda la población colombiana, destinan-*

---

(11) “A pesar de estas intenciones, derivadas de claros mandatos legales y avaladas explícitamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, hasta la fecha no se ha realizado n programa que defina metas específicas para el acercamiento progresivo de los dos planes ni un cronograma que lo respalde, estableciendo plazos precisos para el cumplimiento de cada meta. En otras palabras, actualmente existe una violación a la obligación constitucional de cumplimiento progresivo a cargo del Estado consistente en unificar los planes obligatorios de beneficios, para garantizar el derecho a la salud en condiciones de equidad. Si bien se trata de una obligación de cumplimiento progresivo, actualmente el Estado desconoce el mínimo grado de cumplimiento de la misma puesto que no ha adoptado un programa, con su respectivo cronograma, para avanzar en la unificación de los planes de beneficios” (Corte Constitucional, Sent. T-760 de 2008, ob. cit.).

do cada año mayores recursos para hacer efectivo el derecho irrenunciable a la salud, avanzando en forma gradual pero rápida y eficaz para lograr en un tiempo razonable el bienestar social de todos'. *La obligación de unificar los contenidos de los planes de salud a los cuales tienen acceso los ciudadanos es pues, de carácter progresivo. Su cumplimiento no puede ser exigido inmediatamente, pues supone la realización de una serie de acciones complejas en las que intervienen diversos actores. Ahora bien, la progresividad justifica que se avance por partes, de forma gradual, pero no es una excusa para la inacción*<sup>(12)</sup>.

Para ahondar en la reflexión en cuanto a los principios de progresividad y no regresividad de las prestaciones en este ámbito, apréciense las propuestas que periódicamente se hacen en Colombia respecto a la eliminación o reducción de aportes parafiscales con destino a la financiación del sistema de subsidio familiar, de formación para el empleo y de promoción social (CCF, SENA e ICBF), con lo cual podría verse puesta en entredicho la continuidad de prestaciones y servicios a cargo de la protección social.

Toda medida que al respecto se adopte tendrá en su contra la presunción de inconstitucionalidad a que se ha hecho referencia, debiendo acreditarse que su adopción es razonable, proporcionada y necesaria para el logro de fines constitucionales de mayor rango.

En todo caso, ya se evidencian antecedentes que no han sido objeto de reflexión constitucional y que tienen que ver, por ejemplo, con la eliminación de una de las categorías de personas a cargo de los trabajadores beneficiarios del subsidio familiar, la de los hijos mayores de 18 pero menores de 23 años que estuvieren estudiando y dependieren económicamente de aquellos; esta medida fue adoptada por la Ley 789 de 2002 y con su ejecución se buscó financiar el fondo de apoyo al empleo y protección al desempleado, con el cual las cajas de compensación familiar reconocen las prestaciones por desempleo vigentes en Colombia.

---

(12) Corte Constitucional, sentencias T-760 de 2008, ob. cit., y C-130 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.

El fin constitucional era adecuado, pero la necesidad de la medida queda en entredicho, así como la sustentación constitucional de la misma, en cuanto a recortar el alcance de una prestación social y de la seguridad social, cual es el subsidio familiar por personas a cargo. El tema ha permanecido sin revisión específica por parte de la Corte Constitucional y entraña un antecedente de cuidado en lo que tiene que ver con la adopción de medidas públicas que puedan resultar regresivas y por ende contrarias al orden constitucional.

De otro lado, la aplicación del principio de progresividad tendrá que motivar la pronta acción del Gobierno para poner en funcionamiento el fondo de protección al desempleado que tiene a su cargo, como cuenta del Ministerio de la Protección Social y contra el cual habrán de pagarse los subsidios, cuando se agoten los recursos que al efecto destinan las cajas de compensación familiar, según se trató anteriormente.

Este mismo postulado habrá de determinar la pronta adopción de políticas públicas orientadas a la protección de la población adulta mayor; si se considera que la cobertura del subsistema pensional en sus dos regímenes apenas alcanza la cuarta parte de la población, y que la efectividad del derecho pensional es más baja aún, constituye una obligación constitucional e internacional del Estado adoptar las medidas que conduzcan a la efectividad de esta prestación de la protección social, bien sea por el mecanismo de los beneficios económicos periódicos o bajo el esquema de pensiones no contributivas empleado en otras latitudes, pues lo contrario implicará fomentar a futuro conflictos y ahondar en el problema que podría describirse como la “bomba pensional” y que afectaría el orden social y económico del país (más adultos mayores, menos cotizantes activos; menos pensiones, menos recursos y más necesidades sociales).

## 5. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

La aplicación de los principios específicos de la protección social supone armonizar, complementar o ponderar la materialización de otros postulados de rango constitucional en cada caso en concreto, así como resolver los conflictos que puedan surgir en situaciones particulares, por su

efectividad al momento de concretar el alcance del derecho constitucional a la protección social.

Repárese en que, al considerar el orden jurídico como un sistema integrado por diferentes rangos normativos, la efectividad de los derechos y la resolución de los conflictos estarán determinadas tanto por la vigencia de las normas positivas internas como por la aplicación en el caso, de valores, principios generales y normas internacionales.

Ello supone que los operadores jurídicos tendrán a su cargo la realización de juicios de vigencia, validez y efectividad, en los cuales tendrán que considerar, a más de las normas positivas, los principios generales del derecho, tanto los de carácter abierto como los específicos de la protección social. En la ejecución de esa tarea interpretativa deberá tenerse especial cuidado al aplicar los criterios de hermenéutica que la propia doctrina constitucional ha decantado a partir de los juicios de razonabilidad y proporcionalidad, y teniendo en cuenta que el juicio de validez entre principios corresponderá a un análisis de ponderación, en la medida en que aquellos no se aplican bajo el criterio de las normas positivas, respecto de las cuales su efectividad es plena o si no se descarta, en tanto en el campo de la principalística los principios no dejan de tener vigencia y eficacia, sino que se modulan, en relación con otros principios generales que deben concretarse para los casos particulares.

A ese respecto, las normas positivas coadyuvan a la identificación y definición del campo de los principios y tienen la tarea de desarrollarlos normativamente, para facilitar su efectividad, pero sin agotar su esencia.

Veamos pues el desarrollo legal de los principios del sistema de protección social en Colombia.

## 6. PRINCIPIOS LEGALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La Ley 100 de 1993 señala además como principios del sistema de seguridad social, hoy integrado al de protección social en los términos de la Ley 789 de 2002, los siguientes.



## 6.1. Integralidad

Entendido este principio como la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Cada quien contribuye según su capacidad y recibe lo necesario para atender sus contingencias, y quienes no pueden contribuir deberán igualmente recibir las prestaciones que el sistema progresivamente establezca.

La aplicación de este principio ha estado íntimamente ligada a la vigencia del postulado de continuidad y constituye la expresión de la convergencia entre los principios de oportunidad, eficiencia y calidad, también aplicables al sistema de protección social.

Téngase en cuenta que la noción de integralidad debe cobijar desde el diseño mismo del sistema, el cual en no pocas ocasiones se denomina como tal pero no actúa con esa orientación. Esto es, un sistema de protección social debe ser integral, lo que implica que debe diseñarse, ejecutarse y seguirse teniendo en cuenta que está integrado por diferentes subsistemas (actores, políticas, normas, procedimientos) pero que operan en sinergia para el logro de fines comunes, en particular, para el desarrollo de la dignidad humana y la paz social.

La integralidad habrá de reflejarse inicialmente en el diseño de las políticas públicas, lo cual se anuncia como deficitario en el medio colombiano.

La creación de un Consejo Nacional de Protección Social, de naturaleza similar al del CONPES, se aprecia como una medida necesaria en la materia, que permitirá entender por fin al sistema como integral; mientras ello no ocurra, se seguirá considerando cada área o subsistema de la protección social en forma aislada, como si lo que sucediera al interior del subsistema de pensiones no tuviera relación con el de salud, o en el ámbito de los riesgos profesionales con el ramo del subsidio familiar, o las políticas en materia de desempleo y protección a los desempleados con lo propio del área de formación para el empleo, y qué decir de lo concerniente a la protección a la niñez a cargo del ICBF y de su necesaria concatenación

con las actividades a cargo de las cajas de compensación familiar, para no citar sino algunos ejemplos.

En fin, la integralidad del sistema y de las prestaciones de cada subsistema se refleja en la pretensión obligatoria que concierne a la satisfacción en tiempo y a cabalidad de los servicios que requiera el beneficiario, pues éste es una persona, que no puede desdoblarse y ser una para pensiones y otra para riesgos del trabajo, a más de que demanda prestaciones que cubran plenamente las necesidades que son definidas frente a las coberturas de la protección social.

Específicamente en el campo de salud, la doctrina constitucional ha orientado sobre su aplicación:

*“4.4.6. La prestación de los servicios debe ser oportuna, eficiente y de calidad.*

*El principio de integralidad*

*(...)*

*“Si bien los conceptos de oportunidad, eficiencia y calidad de los servicios de salud comprenden muchos aspectos, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado frecuentemente de problemas recurrentes a los cuales ha respondido aludiendo al principio de integralidad y al principio de continuidad, entre otros”<sup>(13)</sup>.*

En relación con dicho servicio de salud y como emanación del principio de integralidad se han establecido, entre otros mandatos derivados, los que siguen:

Las entidades deben garantizar integralmente el acceso a los servicios de salud requeridos.

---

(13) Corte Constitucional, sentencias T-760 de 2008, ob. cit., T-085 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-597 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y T-179 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Ha de haber acceso a los servicios que se requieran conforme al criterio del médico tratante, incluidos y no incluidos dentro de los planes obligatorios, con especial referencia a la protección para los niños y al acceso a los servicios de personas que padecen enfermedades catastróficas o de alto costo.

El transporte y la estadía como medios para acceder a un servicio.

El deber de garantizar el acceso a los servicios de salud, libre de trámites y procedimientos administrativos engorrosos e innecesarios.

El servicio debe ser continuo y no puede ser interrumpido súbitamente.

La noción de integralidad se refleja particularmente en tres instituciones del sistema de protección social en Colombia:

a) El subsistema de los servicios sociales complementarios a que alude el Libro IV de la Ley 100 de 1993, en cuanto a las coberturas de subsistencia para adultos mayores en condición de indigencia, que pese a su poco desarrollo explicita la necesidad de extender el alcance protector a poblaciones en condición de vulnerabilidad, particularmente en las etapas posteriores del ciclo vital.

b) Los servicios sociales que prestan las cajas de compensación familiar, inicialmente para cubrir la prestación del subsidio familiar, y que se enfocan a los trabajadores frente a áreas tan sensibles como la recreación, la vivienda, la educación y el crédito, pero que paulatinamente se han ido extendiendo como emanación de la política social del Estado y que alcanzan a poblaciones vinculadas en condición de vulnerabilidad, como niños pobres y desempleados.

c) La extensión de las coberturas de la seguridad social a personas en condición de vulnerabilidad que no obstante no contar con los requisitos legales para acceder a prestaciones son cubiertas por mandatos judiciales, extrayéndolas del amparo de la mera asistencia social, para trasladarlas al régimen de aseguramiento social, como en el caso de pensionados por invalidez en condición de pobreza y extrema necesidad.

## 6.2. **Unidad**

Se refiere a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines del sistema.

Está íntimamente ligado este principio al postulado de la integralidad y a la concepción sistémica propia de la protección social. Implica la sinergia entre operadores y entre estos y el Estado, así como entre ellos y los beneficiarios y corresponsables, para el logro efectivo de los fines del sistema.

## 6.3. **Participación**

Alude a la intervención de la comunidad y de los beneficiarios, en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto, según la definición del artículo 2º literal f), de la Ley 100 de 1993.

El principio de participación es de raigambre constitucional e informa el Estado social de derecho en Colombia, con un criterio de generalidad, debiendo extenderse también en su aplicación a los restantes subsistemas de la protección social, en cuanto atañe al manejo de las prestaciones para desempleados, formación para el empleo, atención a niños y jóvenes y reducción de la pobreza.

## 6.4. **Progresividad**

El párrafo del artículo 2º de la Ley 100 de 1993 consagra este postulado que es de estirpe constitucional y al cual ya nos hemos referido, cuya orientación busca lograr la universalidad, subjetiva y objetiva, mediante el establecimiento de programas de extensión de la seguridad social y para “amparar a la población y la calidad de vida”.



## CAPÍTULO VIII

### **Estructura del sistema de protección social en Colombia**

#### 1. ANTECEDENTES

La Constitución Política de 1991, que determinó la transición hacia un nuevo Estado en Colombia, bajo la perspectiva del modelo social y democrático de derecho, consagró en su artículo 48 la seguridad social como un servicio público, derecho prestacional, bajo responsabilidad del Estado, con prestación abierta a los particulares<sup>(1)</sup>.

El nuevo orden constitucional se constituyó en factor determinante para la implementación de un renovado sistema de seguridad social, a lo cual se procedió a través del instrumento jurídico contenido en la Ley 100 de 1993<sup>(2)</sup>, como se ha expresado.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 se aplicaba en Colombia un modelo no integrado que frente a pensiones respondía a través de un sistema de reparto, con existencia de variados regímenes especiales y aplicación de cotizaciones tripartitas con aportación a lo menos formal del Estado, en tanto en salud prevalecía la concepción de la asistencia pública y la aplicación de un modelo de cubrimiento para los trabajadores formales, con complementación de un sistema privado para personas de mayores ingresos.

---

(1) *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* (art. 48 C.P.).

(2) Ley que a juicio de la Corte Constitucional, pese a referirse a materias relacionadas directamente o por conexidad con derechos fundamentales, es de carácter ordinario y no estatutario.

Téngase en cuenta así mismo que desde el año 1954 se crearon en el país las cajas de compensación familiar como esfuerzo de los empleadores para responder a través de ellas por el pago de la prestación social denominada subsidio familiar, financiada con aportes sobre la nómina –4%, responsabilidad del patrono– y dirigida a aliviar las cargas económicas de los trabajadores de menores ingresos –menos de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes– y con personas a cargo (sistema de asignaciones familiares)

Con la adopción de la Ley 100 de 1993, con vigencia a partir del 1º de abril de 1994, se persiguen como objetivos:

Garantizar las prestaciones económicas y de salud definidas para quienes tienen capacidad económica suficiente, tanto por existir una relación laboral (sector formal) como por devengar ingresos en forma independiente (sector informal).

Garantizar la ampliación de la cobertura en dichas prestaciones, frente a quienes carecen de capacidad económica.

Garantizar la prestación de los servicios sociales complementarios.

La Ley 100 constituye el sistema de seguridad social integral en Colombia conformado por los siguientes regímenes generales:

- Pensiones
- Salud
- Riesgos profesionales
- Servicios sociales complementarios

Téngase en cuenta que, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, el sistema de subsidio familiar hace parte del sistema de seguridad social integral en Colombia, por lo cual debe considerársele como un componente de aquel<sup>(3)</sup>.

---

(3) En Sentencia T-586 de 1999 la Corte Constitucional (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) ilustra: “En cuanto el régimen de seguridad se erige como un servicio público, debe deducirse que el subsidio familiar también lo es. Así lo reconoció la jurisprudencia de esta Corte, cuando sobre el particular afirmó:

Tanto en el régimen de pensiones como en el de salud, la ley definió dos componentes particulares, dependiendo de la capacidad de pago de cotizaciones y bajo los esquemas de (i) régimen de aporte o contributivo o (ii) régimen con financiación a través de subsidios –cuya fuente se ubica tanto en recursos fiscales como parafiscales–. Los subsistemas de riesgos profesionales y subsidio familiar por su parte, están acotados para la población trabajadora formal del país.

La financiación en el sistema integral de seguridad social –pensiones y salud– se hace de manera centralizada, a través de fondos de solidaridad, bajo el esquema de aporte de los cotizantes sobre un porcentaje de ingresos reales del asegurado, complementado con aportes a cargo de los empleadores, para el evento de trabajadores del sector formal.

Las cotizaciones han sido definidas legal y jurisprudencialmente como contribuciones con carácter parafiscal, si bien reclaman una categoría especial frente a este tipo de ingresos.

El Estado aplica además recursos fiscales para financiar, dentro de sus estrategias de ampliación de cobertura, la cotización a pensiones de personas que requieren subsidio, como también la operación del régimen subsidiado de salud. En este último evento aplica, además, un porcentaje de los recursos que administran las cajas de compensación familiar como resultado del aporte que a ellas hacen los empleadores sobre su nómina, al amparo del sistema de subsidio familiar.

Los subsistemas de riesgos profesionales y de subsidio familiar no perciben ingresos por razón de subsidios públicos.

La Ley 789 del 27 de diciembre de 2002 constituyó el sistema de protección social en el país, como el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y mejorar la calidad de vida de los colombianos.

---

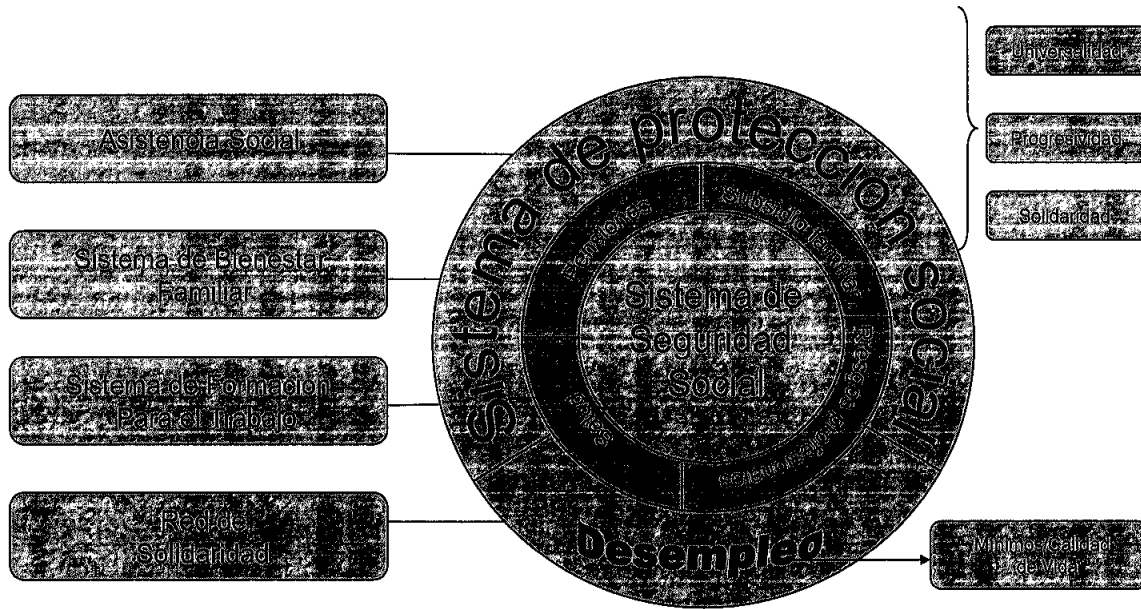
*(Cont. nota 3)*

“...el subsidio familiar (L. 21 de 1982) es una especie del género de la seguridad social. La seguridad social ostenta a nivel constitucional la doble naturaleza de servicio público mediante el que se realizan los fines esenciales del Estado (arts. 2, 48, 365 y 366 C.P.) y de derecho constitucional garantizado a todos los habitantes (art. 48 C.P.)”.



# Sistema de protección social

Ley 789/02



El sistema de protección social se dirige a todos los colombianos y, de manera especial, a los más desprotegidos.

El sistema de protección social se crea para afrontar las contingencias generadas por los altos niveles de desocupación experimentados por la sociedad, así como para beneficiar a los millones de colombianos que o bien son desplazados de la economía, como desempleados, o integran la llamada economía de la informalidad, en particular para extender a amplios sectores de la población los beneficios del aseguramiento.

Los objetivos del sistema se concretan en garantizar como mínimo a los colombianos, en especial a los más necesitados, el goce de los derechos a la salud, la pensión y el trabajo.

La reforma a las instituciones laborales del año 2002 se dio precisamente para facilitar la vinculación de desempleados al sector formal de la economía y permitir a los trabajadores y empleadores asumir nuevas formas de trabajo, organización y jornada laboral. Además, con la reforma que consagra la Ley 789 de 2002 se buscó socializar los cambios económicos de la sociedad y la respuesta colectiva que es preciso dar al problema del desempleo.

El sistema de protección social redefinió el sistema de aseguramiento y provisión de los bienes públicos de la seguridad social, al señalar que se perseguirá la satisfacción de las condiciones mínimas de salud, pensión y trabajo.

Tal orientación se reitera en lo expresado por el Decreto 205 de 2003 en cuanto a las funciones a cargo del Ministerio de la Protección Social. En dicho decreto se lee en su artículo 1º, en cuanto a los objetivos de la cartera fusionada:

*Las políticas públicas del Sistema de la Protección Social se concretan mediante la identificación e implementación, de ser necesario, de estrategias de reducción, mitigación y superación de los riesgos que puedan provenir de fuentes naturales y ambientales, sociales, económicas y relacionadas con el mercado de trabajo, ciclo vital y la salud, en el marco de las competencias asignadas al Ministerio.*

*El Sistema de la Protección Social integra en su operación el conjunto de obligaciones; instituciones públicas, privadas y*

*mixtas; normas; procedimientos y recursos públicos y privados destinados a prevenir, mitigar y superar los riesgos que afectan la calidad de vida de la población e incorpora el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, el Sistema General de Seguridad Social Integral y los específicamente asignados al Ministerio.*

En materia de salud se definió que los programas que se adopten deben estar “enfocados a permitir que los colombianos puedan acceder en condiciones de calidad y oportunidad, a los servicios básicos”.

Todo ello considerando la realidad de los cambios en las condiciones sociales y las exigencias por incluir a amplios sectores de la población en el disfrute de coberturas, así sean mínimas, en el servicio público de salud.

En materia institucional, es preciso mencionar aquellas organizaciones y autoridades que de manera inmediata y por aplicación de la Ley 789 han sido encargadas del sistema.

Sea lo primero advertir que se fusionaron mediante la Ley 790 de 2002 los Ministerios de Salud y del Trabajo y Seguridad Social, para establecerse en el país, como órgano decisorio de políticas sobre la protección social, precisamente el Ministerio de la Protección Social.

Como cuenta adscrita a ese Ministerio se creó el Fondo de Protección Social, con recursos del presupuesto nacional y de las entidades territoriales, cuyo objetivo es financiar los programas sociales prioritarios definidos por el Gobierno y aquellos orientados a la obtención de la paz.

Se creó así mismo el subsidio al empleo como un apoyo económico temporal con destino a las pequeñas y medianas empresas que generen puestos adicionales de trabajo a jefes cabeza de hogar desempleados, que ganen un salario mínimo legal vigente. Su manejo corresponde al Ministerio de la Protección Social, según los parámetros que defina el Gobierno Nacional.

Por su parte, el sistema se complementa, en términos de la estructura definida por las últimas definiciones normativas, por el subsistema

de formación para el empleo a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y por el subsistema de promoción social a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y de las acciones de la Red de Solidaridad Social –Consejería Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, Acción Social<sup>(4)</sup>–. A la vez, comprende el amplio campo de los servicios sociales brindados por las cajas de compensación familiar en el ámbito de la atención a poblaciones vulnerables o sujeto de especial cuidado por mandato de ley.

Conviene igualmente señalar algunas pautas generales en nuestro análisis sobre la evolución normativa en el campo de la seguridad social en Colombia.

a) Se trata de una materia desarrollada reglamentariamente y con ajustes legales, por cada uno de los regímenes generales mencionados. Ello implica que pese a existir un cuerpo normativo único, integrado por la Ley 100 de 1993, su desarrollo y el ajuste de las instituciones de la seguridad social se ha realizado a través de bloques normativos particulares para cada régimen. Por ello tendremos que realizar nuestro análisis considerando cada uno de esos bloques.

b) Estamos en presencia de una temática constante y ampliamente debatida y ajustada, que se caracteriza por una profusa emisión de normas de diferente jerarquía que la afectan, generando en no pocas ocasiones inseguridad jurídica<sup>(5)</sup>.

c) El papel que ha jugado en Colombia la jurisprudencia constitucional ha sido especialmente importante, tanto por la vía del control de exequibilidad o ajuste objetivo y general de las normas a los preceptos de la Carta Política, como por la de acciones de tutela, a partir de las cuales los jueces y la Corte Constitucional han aplicado la postura del “juez Hércu-

---

(4) Ver Decreto 2467 de 2005.

(5) Véase como ejemplo la expedición de normas por el Consejo Nacional de Seguridad Social para el traslado de pacientes con insuficiencia renal crónica y VIH del Instituto de Seguro Social a las EPS particulares y también el traslado de recursos de éstas a aquel, por la concentración de dichos pacientes en el Instituto.

les” con la imposición de principios de derecho y pautas objetivadas de moral pública, más allá de las prescripciones normativas expresas. Esto se concreta en la expedición de múltiples fallos que excluyen del ordenamiento<sup>(6)</sup> o condicionan la aplicación de normas (constitucionalidad condicionada al criterio interpretativo de la Corte), o que, para dar vigencia a derechos fundamentales, extienden efectos y modifican el recetario de ley, ampliando coberturas, por ejemplo, en salud, o disponiendo como remedio transitorio, mientras la jurisdicción correspondiente actúa, prestaciones pensionales.

d) Luego de la reforma estructural de origen, con vigencia a partir de 1994, encontramos una segunda gran fase desde el punto de vista normativo, que puede señalarse comienza a partir del año 2002. Entonces se adoptó la Ley 797 de 2003 por la cual se reforma la Ley 100 de 1993 en materia de pensiones, pero también la Ley 776 de 2002 en materia de riesgos profesionales, acogándose un ordenamiento general sobre la materia, que complementó el contenido en el Decreto 1295 de 1994; así como el Decreto 1750 de 2003 que escindió del Instituto de Seguros Sociales la prestación de los servicios de salud, en entidades diferentes, dejando a aquel el carácter de asegurador y conservando sus funciones en materia de pensiones y riesgos profesionales, pero además, fundamentalmente, se procedió a la expedición de la Ley 789 de 2002, por la cual se creó el sistema de protección social en Colombia.

e) La reciente evolución del sistema apunta entonces al reconocimiento según el cual la seguridad social ha de extenderse con especial énfasis a sectores no formales de la economía, para lo cual se reestructura a través del sistema de protección social, integrando como beneficiarios a los desempleados, y mediante la adopción de disposiciones para garantizar la afiliación de los independientes.

---

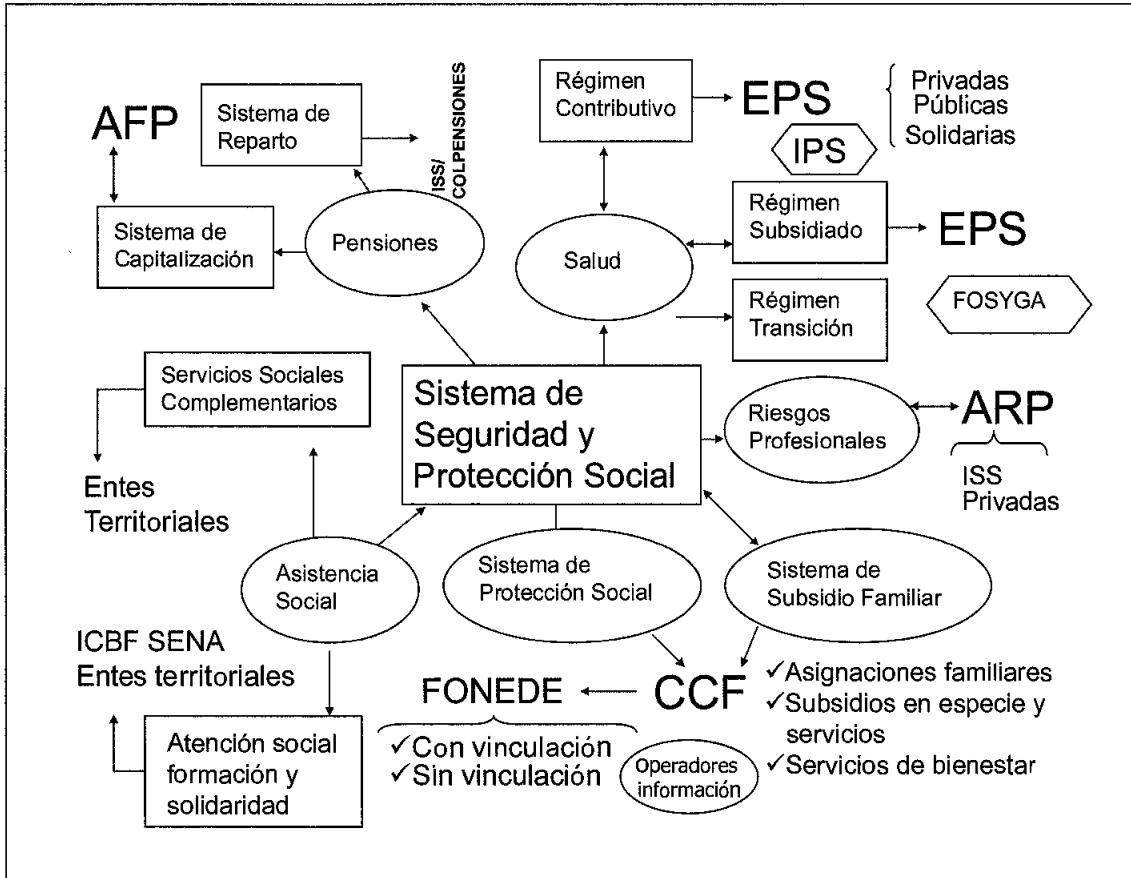
(6) Véase el caso de la Sentencia C-452 de 2002 proferida por la Corte Constitucional, mediante la cual se declararon inexecutable algunas normas del Decreto 1295 de 1994 que regulaba el régimen de riesgos profesionales. En dicho fallo la Corte mantuvo la vigencia de la ley por un tiempo determinado, dentro del cual el Congreso tuvo que expedir el nuevo ordenamiento: “los efectos de esta sentencia se difieren hasta el 17 de diciembre de 2002, para que el Congreso expida la nueva legislación sobre la materia regulada por el Decreto 1295 de 1994”.

f) Un tema prioritario de la agenda, que tiene repercusiones en el ámbito jurídico, se relaciona con la adopción de disposiciones para establecer un sistema único de registro e información en el ámbito de la seguridad social integral, así como la adopción de eficaces mecanismos para prevenir y sancionar fenómenos de elusión y evasión en el pago de aportes al sistema. Ello se evidencia con la expedición de la Ley 828 de 2002 y con el establecimiento de la planilla integrada para la liquidación de aportes (PILA).

g) La materia pensional ha estado en el orden del día de los principales debates públicos, al punto de haber sido incluida como materia del referendo constitucional que propuso el Gobierno Nacional y que el Congreso sometió a decisión del pueblo, en el mes de octubre de 2003. En efecto, se consultó al constituyente primario, como se verá más adelante, sobre la eliminación de regímenes especiales y el establecimiento por mandato de Constitución de un sistema general, con pensión máxima, materia que no fue aprobada por faltar el número de votantes mínimo requerido para que se considerase la validez del procedimiento de reforma constitucional.

h) A partir del año 2004 se aprecia una tendencia a desplazar el interés sobre las reformas del ámbito de las pensiones al de la salud. De hecho, a partir de entonces los debates públicos en materia de protección social se han centrado en las reformas y avances del sistema de seguridad social en salud, así como en la definición de los nuevos alcances de la protección social.

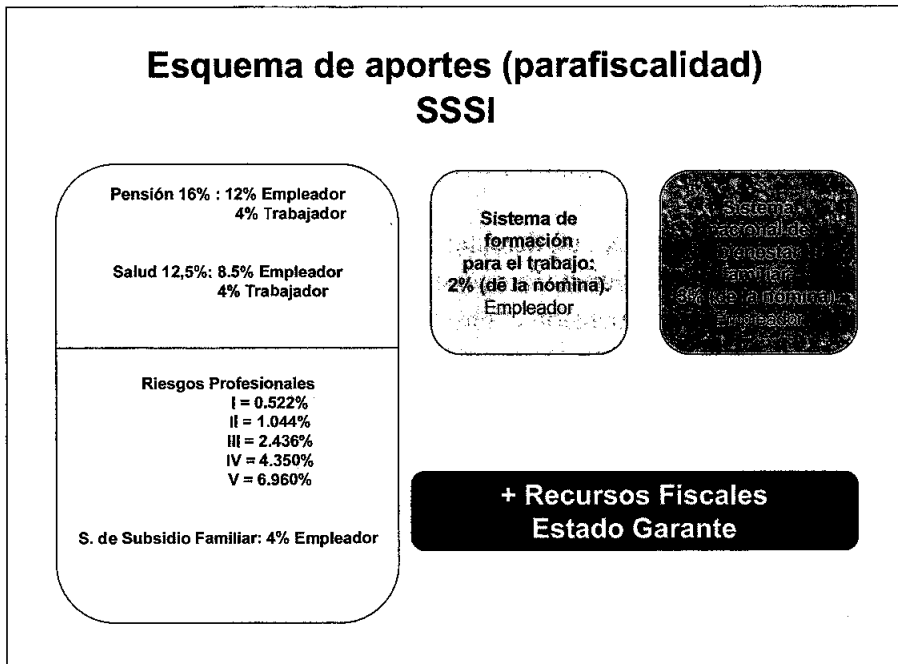
Avancemos pues, régimen por régimen, en una revisión general sobre la forma básica de organización de los componentes de la seguridad social en Colombia, para posteriormente asumir la consideración particular sobre las principales reformas que impactan la protección social en el país en los últimos años.



Gráfica sobre el sistema de protección social en Colombia, estructura orgánica.



Esquema sobre el entorno de influencia en el sistema de protección social en Colombia.



Esquema sobre la financiación del sistema de protección social en Colombia.



## 2. RÉGIMEN DE PENSIONES EN COLOMBIA

### 2.1. Antecedentes

Su fundamento constitucional se radica en el artículo 48 de la Carta Política.

El servicio público por medio del cual se satisface el derecho pensional es esencial en lo que respecta al reconocimiento y pago de las pensiones, conforme lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 4° de la Ley 100 de 1993.

El sistema tiene por objeto: “...garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones” (art. 10° *ibíd.*).

El desarrollo legal del régimen se da por medio del Libro I de la Ley 100 de 1993, con las reformas introducidas por leyes posteriores.

La pensión constituye un derecho y bajo ninguna circunstancia puede concebirse como una dádiva. Tampoco es admisible hacer eco a voces que plantean el acceso a la pensión como un privilegio, en particular considerando la vigencia de regímenes especiales, que en su momento establecieron condiciones favorables respecto a las circunstancias actuales.

También en esos eventos –y dejando de lado el caso de pensiones reconocidas en forma fraudulenta– se trata de derechos, legítimos y plenamente oponibles. No se olvide que, dentro de la evolución histórica de la seguridad social, la existencia de regímenes especiales de cubrimiento coincidía perfectamente con la noción de seguros sociales; en la medida en que para ciertos sectores o grupos poblacionales era factible estructurar regímenes bajo administración propia y con regulaciones especiales, procedía reconocer para ellos condiciones pensionales generosas; además por cuanto, en su momento, el establecimiento de este tipo de pensiones se consideraba

una política adecuada, mediante la cual se estimulaba además el desarrollo económico o el impulso de sectores sociales. Si los ferroviarios aplicaban un régimen especial, era porque en su momento se requería fomentar la acción de este grupo de trabajadores, como incentivar la labor docente o reconocer la acción de los jueces y magistrados.

Pero tampoco es la pensión un ahorro considerado en forma llana. Que un modelo de previsión acuda al mecanismo financiero de incentivar el ahorro para financiar el régimen es una cosa distinta a plantear que la naturaleza de la pensión se confunde con un ahorro particular.

En toda circunstancia, la pensión conservará la noción de derecho, emanación de una cobertura de la seguridad social, no disponible privadamente y por ende de naturaleza pública.

A diferencia del ahorro, no es de carácter voluntario; no es igual que se pueda plantear adicionalmente un esquema voluntario de cotización o ahorro, a que se asimile la pensión a un mero ahorro.

Tampoco es disponible como aquel, ni puede consolidarse el derecho pensional en el régimen de capitalización en cualquier momento, bajo criterio autónomo del titular de la cuenta, pues como se trata de una prestación de la seguridad social, corresponde al Estado identificar el mínimo de cubrimiento tolerado a partir de la suma que vaya a representar la renta de reemplazo. Esto impone que se considere un estándar mínimo en cuanto al monto de lo capitalizado, a efectos de poder hacer valer el derecho a la pensión.

La cobertura del aseguramiento pensional se da por una de dos contingencias:

—La vejez, esto es, el cumplimiento de la edad que al efecto se dispone socialmente.

—La pérdida de la capacidad laboral, bien porque por edad no se puede laborar o en los casos de invalidez.

La muerte genera efectos en el régimen de pensiones, en tanto hace que para cubrir las necesidades familiares de quienes suceden al causante

se transfieran los derechos de aquel respecto al sistema de seguridad social en pensiones, ya en su condición de afiliado o de pensionado.

La causa del derecho a la pensión está representada pues por dos factores:

—Cotizaciones o tiempo de servicios

—Edad

Si las cotizaciones no se efectúan se generan efectos en relación con el derecho; esto es, en el caso de trabajadores dependientes, si el empleador no realizó la afiliación al sistema no transfiere el riesgo de las coberturas y debe asumir los efectos que se presenten por vejez, invalidez o muerte; si se incurre en mora, igualmente será responsable el empleador del pago de los aportes más los intereses causados, y entre tanto ello ocurre y la administradora cuenta con los recursos para asumir las contingencias, aquel será responsable frente al trabajador de las prestaciones.

Lo anterior sin perjuicio de acciones extraordinarias de protección por vía constitucional por las cuales requerir a las entidades operadoras para que asuman los riesgos, sin perjuicio de que procedan al cobro de los aportes debidos. Se trata del principio de la automaticidad o no afectación de derechos para los beneficiarios, por causas no imputables a ellos<sup>(7)</sup>.

En el evento de trabajadores independientes, la no afiliación o el no pago corren en su contra para efectos de pensión.

La pensión se entiende como una tasa de reemplazo, en la medida que implica la sustitución de los ingresos que percibía estando en actividad productiva la persona, por ingresos en condición de pasivo. Como se trata de situaciones diversas, no es necesario establecer que los ingresos de sustitución percibidos por el pensionado sean equivalentes a los percibidos en condición de actividad productiva por el trabajador; esta situación puede ser deseable y en algunos países europeos se aproxima a ser efectiva, pero en lógica no corresponde a un criterio de necesidad, pues la reducción de

---

(7) Corte Constitucional, Sentencia SU-562 de 1999.

cargas y responsabilidades, hace que el pensionado no demande el mismo nivel de ingresos en su estado actual, comparado a su condición previa de trabajador activo.

La equiparación o superación de los ingresos en etapa pasiva, respecto a la activa, podrá realizarse a través de esquemas de aseguramiento adicionales o privados o mediante el desarrollo de actividades productivas adicionales, pero no corresponden a una obligación de los sistemas de seguridad social.

La doctrina constitucional ha reconocido la pensión como un derecho humano con carácter prestacional. Su ejercicio está orientado a asegurar la calidad de vida a las personas que dejan de trabajar<sup>(8)</sup>.

El reconocimiento del derecho pensional puede ser considerado fundamental en conexidad con derechos de tal naturaleza, como la vida, la dignidad humana y el mínimo vital<sup>(9)</sup>.

La efectividad del derecho a la pensión presenta tres estadios complementarios entre sí, respecto de los cuales debe responder el sistema de seguridad social para asegurar que se cumpla el fin para el cual ha sido instituida la prestación:

a) La cobertura del derecho, principio de universalidad. Todas las personas deben estar afiliadas a un régimen de seguridad social en pensiones, pues es natural que ellas se enfrenten a las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte. Deben estar cubiertas, lo que implica su afiliación a un sistema tal, no obstante que tenga momentos de alta y de baja en la cotización (actividad/inactividad).

b) El acceso al derecho. Debe establecerse el sistema de tal forma que los cubiertos puedan acceder en condiciones razonables a él; por ende, los regímenes de transición deben respetar las expectativas jurídicas legítimas de quienes están causando el derecho, en tanto los sistemas deben proveer los mecanismos para que los afiliados efectivamente puedan hacer

---

(8) Corte Constitucional, Sentencia SU-360 de 1999.

(9) Corte Constitucional, Sentencia T-235 de 2002.

uso de la pensión, evitando, por el principio de eficiencia, incurrir en demoras o trámites innecesarios, que hagan nugatorio el derecho.

c) La calidad del derecho. La tasa de reemplazo debe satisfacer las condiciones mínimas pero necesarias en justicia para que el titular de la pensión ejerza su derecho, satisfaga su calidad de vida y provea la seguridad económica básica, en su condición de inactivo. Por ello los sistemas establecen pisos para el reconocimiento del derecho pensional —como ocurre con la garantía de pensión mínima en Colombia homologada al salario mínimo mensual vigente—, que si bien representan una carga económica importante para las sociedades, expresan el compromiso con la realización del derecho constitucional a la seguridad social. Como se ha señalado, el establecimiento de pensiones no contributivas o alimenticias por debajo de esos pisos llama la atención sobre el carácter y el alcance jurídico de este tipo de prestaciones.

## 2.2. Sujetos

El sistema se aplica a todos los residentes en Colombia, siendo obligatoria la afiliación al mismo para los trabajadores dependientes e independientes contratistas, salvo lo regulado en cuanto a independientes con ingreso mensual de un salario mínimo<sup>(10)</sup>.

La vinculación al sistema es única<sup>(11)</sup>, lo cual significa que una vez se procede a la afiliación, la persona queda integrada al mismo. Sin embargo, el afiliado estará en condición de alta o de baja, según realice efectivamente cotizaciones al sistema, por lo cual el número de afiliados no necesariamente coincide con el número de aportantes activos, pues lo segundo dependerá de que la persona, en su condición de trabajador dependiente o independiente, realice las cotizaciones al sistema.

Podrán afiliarse voluntariamente al sistema de pensiones las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados en el exterior que no estén obligados a hacerlo.

---

(10) Ver artículos 11, 13 literal a), 15, 18 y 19 de la Ley 100 de 1993.

(11) Corte Constitucional, Sentencia T-235 de 2002.

### 2.3. Regímenes

Existen simultáneamente pero en forma excluyente respecto de cada afiliado dos regímenes pensionales en Colombia:

- Régimen solidario de prima media con prestación definida
- Régimen de ahorro individual con solidaridad

Corresponden a la aplicación de las técnicas de reparto y de capitalización, respectivamente, en el diseño de los sistemas de pensiones.

A diferencia del referente chileno, en Colombia se determinó que el régimen de capitalización no sustituyera al régimen de reparto, sino que coexistiera con él, aplicándose entre ellos un esquema de competencia. Es decir, la persona en términos generales puede seleccionar y retornar a uno de los aludidos regímenes.

En ningún caso un mismo afiliado podrá estar vinculado a los dos regímenes simultáneamente.

El traslado entre regímenes podrá hacerse por una sola vez cada cinco años. Se aplican igualmente algunas restricciones en el uso de esta facultad dependiendo del régimen en el que se encuentre la persona y de su estatus pensional.

Si bien existen dos regímenes, el sistema es uno, por lo cual se reconoce en Colombia plenamente la portabilidad de derechos para los afiliados, bajo el siguiente entendido:

*...para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio (art. 13 lit. f) L. 100/1993).*

Igualmente se tomará en cuenta el término cotizado a cualquiera de los dos regímenes para el reconocimiento de derechos.

Las cotizaciones no pueden ser sustituidas bajo ninguna forma para la consolidación del derecho pensional<sup>(12)</sup>. Igual se tomará, como requisito para la causación del derecho a la pensión, el tiempo de servicios que la persona haya prestado como servidor público.

El régimen de reparto se caracteriza como sigue:

Es el esquema clásico de seguro social, con aporte a un fondo público.

Los afiliados o beneficiarios obtienen una prestación previamente definida.

La edad de jubilación, las semanas mínimas de cotización y demás condiciones están previamente establecidas en la ley<sup>(13)</sup>.

No admite realizar aportes voluntarios, ni optar por pensiones anticipadas.

Se funda en la solidaridad y, particularmente, en la intergeneracional.

Opera a través de la constitución de un fondo común de naturaleza pública.

---

(12) Artículo 13 literal 1) Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003: *En ningún caso a partir de la vigencia de la presente Ley, podrán sustituirse semanas de cotización o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempo de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión.*

(13) A este respecto debe considerarse la aplicación de las normas que consagran regímenes de transición para amparar las expectativas jurídicas de quienes están en tránsito de causar el derecho a la pensión. Véase lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al régimen de transición del sistema general de pensiones y pronunciamientos de la doctrina constitucional que se refieren a la materia, entre ellos las sentencias de la Corte Constitucional C-789 de 2002 y C-754 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Por su parte, el régimen de capitalización se caracteriza como sigue:

Se funda en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus rendimientos financieros.

Los derechos que perciban los afiliados y beneficiarios dependerán del nivel de ahorro.

El monto de la pensión es variable y depende de la suma acumulada en la cuenta, de la edad de retiro, de la modalidad de pensión, de las semanas cotizadas y de la rentabilidad de los ahorros.

Permite realizar aportes voluntarios y obtener pensiones anticipadas, pues no aplican condiciones preestablecidas.

Aplica también el principio de solidaridad a través de garantía de pensión mínima y de aportes al fondo de solidaridad.

Su operación parte de un proceso de capitalización en cuentas individuales de ahorro pensional de cada afiliado.

Las cuentas individuales hacen parte de patrimonios autónomos, cuya titularidad corresponde al afiliado.

Surge este régimen como emanación del postulado de la competencia (entre entidades administradoras y entre éstas y el seguro público).

Las entidades administradoras deben garantizar una rentabilidad mínima del fondo de pensiones que administran. El Estado respalda en última instancia su operación.

#### 2.4. Modelo

El sistema de pensiones en Colombia se articula bajo un modelo mixto, a partir de la vigencia de los regímenes mencionados. Aplica así mismo una técnica de administración de los recursos aportados (que implica su inversión en el fondo público o por medio del portafolio correspondiente) y



la contratación de seguros para la provisión de prestaciones, dentro de las opciones en el ámbito del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Bajo el régimen de reparto los afiliados cotizan a un fondo público, contra el cual se financiarán los beneficios una vez se cumplan los requisitos de ley; en el régimen de ahorro individual con solidaridad, las cotizaciones integran en parte la cuenta individual del afiliado, sujeta a administración colectiva de una entidad especializada (administradora de fondos de pensiones, AFP), y en parte se destinan al pago de primas de seguros para las prestaciones de invalidez y sobrevivientes, así como sirven al pago de la comisión que se debe a la AFP correspondiente.

El régimen de ahorro individual se edifica sobre el concepto del ahorro previsional, permitiendo que el afiliado realice aportes voluntarios con el fin de incrementar su cuenta individual, posibilidad que está vedada en tratándose del régimen de prima media.

El Estado es el responsable de las prestaciones, en tanto garantiza en los dos regímenes el pago de las pensiones y, adicionalmente, tiene a su cargo la garantía de pensión mínima<sup>(14)</sup>, como un derecho de los afiliados al sistema.

El sistema se fundamenta en el principio de solidaridad, por el cual se contempla la garantía de pensión mínima, se plantea la ampliación de cobertura mediante el subsidio a las cotizaciones de grupos poblacionales en condición de vulnerabilidad y se estructura la subcuenta de subsistencia para la protección de personas en condición de indigencia.

El modelo se basa en un sistema de aportación obligatoria universal, fija en un porcentaje sobre los ingresos mensuales del afiliado.

Persigue la homogeneización de los regímenes, mediante la eliminación progresiva de regímenes excepcionales y especiales, a lo cual se ha procedido a través de decisiones constitucionales y legislativas.

---

(14) Artículo 13 literal h) de la Ley 100 de 1993: *El desarrollo del principio de solidaridad, los dos regímenes previstos por el artículo 12 de la presente ley garantizan a sus afiliados el reconocimiento y pago de una pensión mínima en los términos de la presente ley.*

## 2.5. Financiación

Se soporta en cotizaciones por cada afiliado al sistema. La afiliación impone la obligación de efectuar los aportes, misma que cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión de vejez, o cuando se pensione por invalidez o en forma anticipada.

El 75% de la cotización corresponde a una obligación del empleador y el 25% se carga al trabajador dependiente; el trabajador independiente responde por la totalidad de aquella. En la actualidad la cotización obligatoria a los dos regímenes corresponde a un 16%<sup>(15)</sup> sobre los ingresos salariales o contractuales mensuales o sobre los ingresos que declaren los independientes al sistema.

El ingreso mínimo sobre el cual cotizar será en todos los casos un salario mínimo legal mensual vigente, en tanto el límite máximo de la base de cotización será de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Se deberá cotizar sobre todos los ingresos percibidos por el afiliado, así provengan de varios vínculos laborales o productivos, aplicándose de manera integral el límite máximo de la base de cotización.

Por las obligaciones a cargo del Estado en razón del principio de solidaridad, es preciso tener en cuenta que el sistema se financia adicionalmente por medio de recursos fiscales, en tanto deben cubrirse con ellos los faltantes en el fondo de reparto para el reconocimiento de los derechos pensionales, así como es preciso atender las obligaciones en cuanto a garantía de pensión mínima.

El sistema aplica la figura del bono pensional para los afiliados que hubieren efectuado aportes o cotizaciones al régimen de prima media o prestado servicios como servidores públicos, y que se trasladen al régimen de ahorro individual; es decir, el bono pensional es una fuente de financiación del régimen de ahorro individual, que permite la portabilidad de derechos y el traslado de la prima media al esquema de ahorro previsional.

---

(15) Decreto 4982 de 2007.

No se olvide que los aportes voluntarios, por su parte, son mecanismos de financiación adicional en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Tanto en el régimen de reparto como en el de capitalización individual, los rendimientos financieros sirven para soportar la financiación de las prestaciones a cargo del sistema.

## 2.6. Fondo de solidaridad pensional

Se trata de una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de la Protección Social, administrada bajo el esquema de fiducia.

Su objeto consiste en “subsidiar los aportes al régimen general de pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte” (art. 26 L. 100/1993). La aplicación de los subsidios podrá hacerse tanto en el régimen de prima media como en el régimen de capitalización individual, dando cumplimiento a lo prescrito por el inciso tercero del artículo 26 aludido.

El fondo posee dos subcuentas: (i) la de solidaridad, encargada de la financiación de los mencionados subsidios a la cotización, y (ii) la de subsistencia, para cubrir los servicios sociales complementarios en el caso de beneficiarios adultos mayores en condición de indigencia. La financiación del fondo de solidaridad pensional se materializa a través de porcentajes adicionales de cotización, para afiliados con ingresos superiores, conforme lo ordenado por el artículo 27 de la Ley 100 de 1993.

Quienes devenguen más de cuatro salarios mínimos legales mensuales como base de cotización, destinarán un 1% de cotización adicional, distribuido para cada una de las subcuentas mencionadas. Los afiliados con ingresos superiores a 16 salarios mínimos legales mensuales aportarán un porcentaje adicional con destino a la subcuenta de subsistencia (entre el 0,2% para quienes devenguen entre 16 y 17 SMLMV y el 1% para quienes cuenten con ingresos superiores a 20 SMLMV).

Igualmente los pensionados con mesada superior a 10 SMLMV contribuirán con un 1% sobre ella con destino al fondo de solidaridad pensional, subcuenta de subsistencia, en tanto los que tengan ingresos pensionales sobre 20 SMLMV aportarán a la misma subcuenta un 2%.

## 2.7. Plan de beneficios

Las prestaciones del sistema consisten en:

— Pensión de vejez, ordinaria y especial, para el caso de (i) personas que padezcan deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, cumplan 55 años de edad y hayan cotizado 1.000 o más semanas, y (ii) el padre o la madre trabajadora cuyo hijo dependiente padezca de invalidez física o mental.

— Pensión de invalidez.

— Pensión de sobrevivientes.

— Indemnización sustitutiva o devolución de saldos (para el caso de quienes cumplan la edad señalada por la ley y se encuentren ante la imposibilidad de causar el derecho pensional por no haber efectuado las cotizaciones mínimas exigidas ni contar con el capital necesario para financiar una pensión, tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual, respectivamente).

— Auxilio funerario.

— Mesada adicional para los pensionados del régimen de prima media (art. 50 L. 100/1993).

— Prestaciones y beneficios adicionales en el régimen de ahorro individual con solidaridad (art. 85 L. 100/1993), conforme a la disponibilidad de recursos en la cuenta individual.

El monto de la pensión de vejez se fijará con base en los criterios de ley en el régimen de reparto (art. 34 L. 100/1993) y una vez se acredite el cumplimiento de los requisitos previamente determinados (art. 33 *ibíd.*).

En el régimen de capitalización la pensión se causará sin importar la edad, siempre y cuando el capital acumulado en la cuenta permita obtener una pensión mensual superior al 110% del SMLMV.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad las pensiones podrán adoptar una de las siguientes modalidades<sup>(16)</sup>:

- Renta vitalicia inmediata
- Retiro programado
- Retiro programado con renta vitalicia diferida

## 2.8. Operadoras

El régimen de prima media es administrado por el Instituto de Seguros Sociales y por las cajas, fondos o entidades públicas de seguridad social que existían al 23 de diciembre de 1993, mientras subsistan (art. 52 L. 100/1993). La función a cargo del ISS a este respecto, corresponde ahora a una nueva entidad pública, COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media en el país.

La administración del régimen de ahorro individual con solidaridad está a cargo de entidades administradoras de fondos de pensiones (AFP), públicas, privadas (sociedades anónimas) o del sector social solidario (arts. 90 y ss. L. 100/1993).

## 2.9. Dirección, inspección y vigilancia

La inspección, vigilancia y control sobre el sistema corresponde a la Superintendencia Financiera. La dirección compete al Ministerio de la Protección Social.

---

(16) Ver artículos 79 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

## 2.10. Retos del régimen de pensiones

Entre ellos podemos referir los siguientes:

Impactar en la cobertura subjetiva del sistema, con miras a la realización progresiva de la universalidad.

Desarrollar el esquema de ahorro para los trabajadores vinculados por períodos inferiores a un mes, conforme lo prescrito por el artículo 40 de la Ley 1151 de 2007.

Desarrollar el régimen de los beneficios económicos periódicos.

Desarrollar el régimen de afiliación en pensiones, prima media y ahorro individual, para colombianos residentes en el exterior, conforme el objetivo señalado en la Ley 1151 de 2007<sup>(17)</sup>.

Impactar en las posibilidades reales de acceso al derecho de pensión: incremento en el subsidio a las cotizaciones, adopción de medidas para solucionar los problemas de deficiencias en la densidad de las cotizaciones, estimular el pago de cotizaciones.

Ampliar la cobertura de los servicios sociales complementarios, en sentido estricto, para cubrir necesidades de los adultos mayores en condición de indigencia.

Enfrentar las dificultades de financiación del régimen de prima media, en particular en lo atinente a la aplicación del régimen de transición.

---

(17) “En términos de riesgos profesionales y protección al cesante, se aumentará la afiliación al sistema de riesgos profesionales y el número de empresas afiliadas a dicho sistema, al tiempo que se buscará aumentar la cobertura en afiliación a pensiones, para lo cual también se desarrollarán mecanismos para que los colombianos residentes en el exterior puedan incorporarse como independientes al Sistema General de Pensiones, ya sea en Régimen de Prima Media o Régimen de Ahorro Individual, el Ministerio de la Protección Social y la Cancillería reglamentarán la materia con el objetivo de garantizar la prestación de este servicio para todos nuestros connacionales”.

Fomentar la cultura previsional.

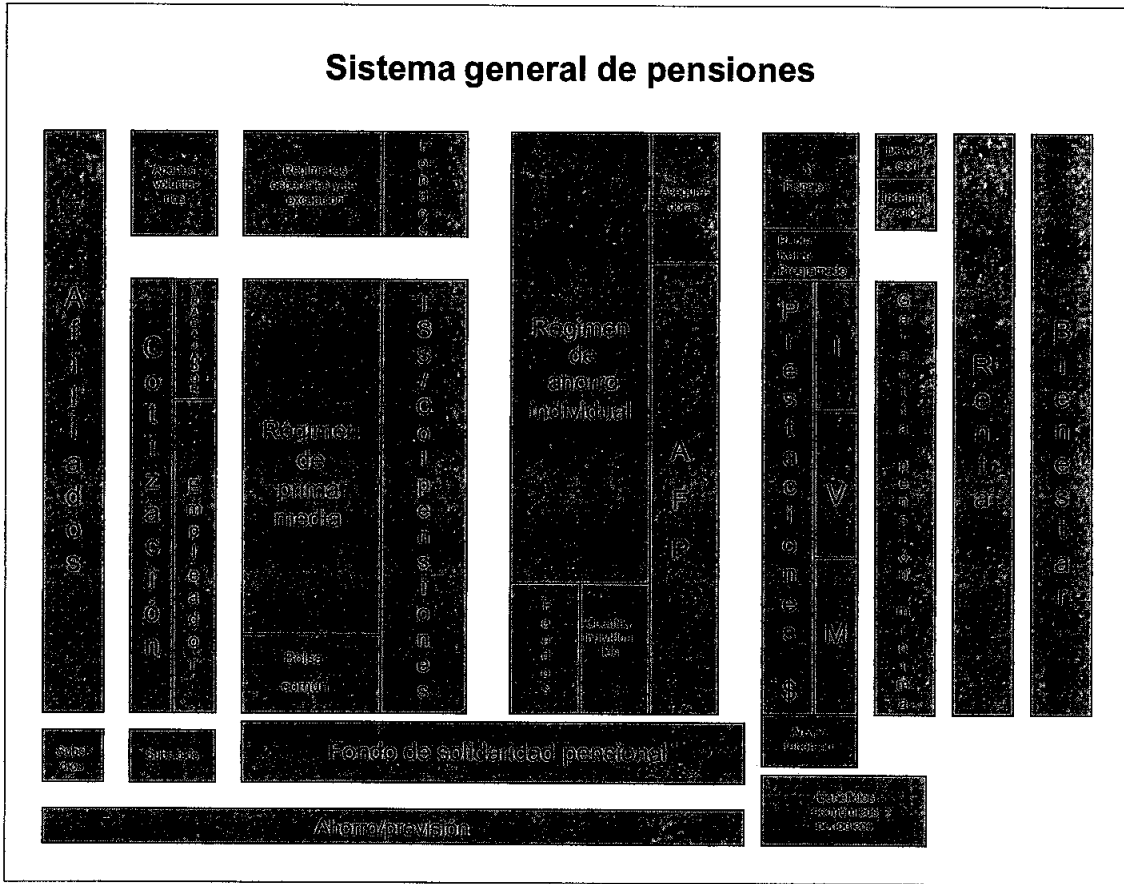
Desarrollar esquemas de servicio, asesoría y acompañamiento especializado para los afiliados, que los orienten técnicamente en la toma de decisiones personales de alto impacto respecto al derecho pensional.

Preparar el proceso de maduración del régimen pensional de ahorro individual.

Adecuar el régimen de inversión, rentabilidad y comisiones de las administradoras de fondos de pensiones.

Diseñar esquemas de cubrimiento para trabajadores independientes y poblaciones vulnerables.

## Sistema general de pensiones



Esquema orgánico del sistema de pensiones en Colombia.



### 3. RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA

#### 3.1. Antecedentes

Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política determinan la fundamentación del servicio de salud como componente del sistema de seguridad social integral y parte de la protección social.

Los principios constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad rigen el servicio público de atención en salud, el cual se reconoce como establecido para satisfacer un derecho de contenido prestacional, sin perjuicio de su protección por la vía de la acción de tutela. Ya la doctrina constitucional en Colombia ha accedido a su reconocimiento como derecho humano fundamental, por aplicación directa<sup>(18)</sup>.

Define la Carta Política la prestación del aludido derecho a partir del acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, como servicio público en cabeza del Estado, que puede ser prestado en sus diferentes manifestaciones por particulares, siempre bajo la dirección, vigilancia y el control de aquel (art. 49 C.P.).

A este respecto y como lo señala Bottari, “la Constitución prevé el reconocimiento no del derecho a la salud, que es un bien natural sobre el cual no se puede tener derecho, sino el derecho a la tutela, esto es, a la acción pública dirigida a la protección de la salud”<sup>(19)</sup>.

No se trata, por tanto, como lo precisa Arbeláez Rudas<sup>(20)</sup>, de garantizar al ser humano una buena salud, sino del derecho a contar con los mejores medios posibles para mantener la buena salud o para recuperarla, sin que ello dependa de la condición socioeconómica personal.

---

(18) Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, cit.

(19) Bottari, Carlo, *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, p. 17, tomado de Arbeláez Rudas, ob. cit., p. 57.

(20) Arbeláez Rudas, ob. cit.

En desarrollo del principio de autonomía o de libre configuración legislativa y a partir de los preceptos constitucionales, corresponde al legislador definir las condiciones de prestación del aludido servicio y, entre otros aspectos, las competencias de los entes territoriales y de los particulares y el régimen de aportes a su cargo para la prestación del mismo.

También ordena la Carta que tales servicios se presten en forma descentralizada, delimitando así la configuración del legislador al respecto, y con participación de la comunidad.

Como fundamentos internacionales básicos podemos citar en cuanto al derecho de atención en salud los siguientes:

—Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25: *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, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*

—Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12: *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. 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: (...) d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.*

La salud como bien deseable del ser humano, entraña un estado físico, síquico y emocional de bienestar, que implica la ausencia de enfermedad, pero que no se agota con esta. Se preserva, tanto por autocuidado personal, como mediante la provisión de bienes y servicios básicos (algunos de carácter público, como en el caso de las acciones de salud pública o de la preservación de la inocuidad de los alimentos), al igual que a través de la provisión de servicios integrales individualizados, orientados al

diagnóstico, la atención, la intervención y el suministro de insumos y medicamentos, con miras a hacer que el individuo tenga acceso efectivo a la atención requerida para el logro del derecho fundamental a que corresponde dicho bien.

### 3.2. Fundamentos legales

Corresponde al Libro II de la Ley 100 de 1993 el desarrollo de los alcances del derecho y del servicio de protección a la salud, mediante fundamento normativo que refundó el sistema y dio origen a su manifestación moderna en Colombia, dentro de la reforma estructural adelantada por entonces a la seguridad social.

No puede olvidarse en todo caso que la reformulación del sistema de salud había avanzado anteriormente a la Ley 100, mediante la aprobación de las leyes 10 de 1990 y 60 de 1993, esta última derogada por la Ley 715 de 2001, mismas a las que aquella refiere para realizar la integración normativa a que hubiere lugar, en los términos del inciso tercero del artículo 152.

Los objetivos del sistema de salud se concretan en “regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención” (art. 152 *ibíd.*).

Las características esenciales del sistema, señaladas por el Ministerio de Salud de la época, partían de considerar cinco grandes elementos determinadores del cambio estructural de régimen:

- a) La falta de universalidad
- b) La solidaridad insuficiente
- c) La ineficiencia
- d) La transición epidemiológica
- e) La Constitución Política de 1991

*Con la Ley 100 hay un cambio de lógica desde la prestación pública de servicios de salud, hacia la prestación del servicio público de salud y a los servicios de salud pública (...) Ello no es privatización. Lo que se busca es poner a la gente usuaria en un poder de negociación diferente frente al sistema y articular la posibilidad de prestación del servicio por diferentes entidades.*

*La reforma al sistema de seguridad social en salud transforma sustancialmente al menos cuatro (4) aspectos de la anterior organización. Destacaremos a continuación la nueva organización en torno a las instituciones responsables de su desarrollo y ejecución, el acceso a los servicios, los beneficios del sistema y su financiación<sup>(21)</sup>.*

La reforma apuntaba hacia el logro de las características de la universalidad, la solidaridad y la eficiencia.

Es en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 en donde se desarrollan los principios legales del servicio público de salud, a partir de los postulados de equidad, obligatoriedad, protección integral, libre escogencia, autonomía de instituciones, descentralización administrativa, participación social, concertación y calidad.

Por su parte, el Decreto 1920 de 1994 recoge los principios de subsidiariedad, complementariedad y concurrencia.

### 3.3. Sujetos

Todas las personas residentes en Colombia son sujetos del sistema de salud, estableciéndose una protección familiar, que cobija no solamente a los afiliados, sino a quienes conforman su núcleo familiar (arts. 163 y 8 Acuerdo 244/2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud-CNSSS).

---

(21) *La Reforma a la Seguridad Social en Salud*, Tomo 1: *Antecedentes y resultados*, Ministerio de Salud, Bogotá, 1994, pp. 21 y ss.

El artículo 163 de la Ley 100 de 1993 consagra el concepto de cobertura familiar del plan obligatorio de salud, entendiéndose como beneficiarios del sistema: el cónyuge o compañero(a) permanente, sin importar el término de convivencia<sup>(22)</sup>; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los miembros de la pareja que dependan del afiliado; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de estos beneficiarios, se podrá extender la cobertura familiar a los padres no pensionados del afiliado que dependan económicamente de este.

A partir del reconocimiento en la doctrina constitucional del homosexualismo como una opción de vida legítima y amparada por la Carta Política, procedió a considerar el tema de la discriminación por la regulación de la cobertura para la pareja heterosexual, en curso del expediente D-6749.

Con base en los criterios contenidos en la Sentencia C-075 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)<sup>(23)</sup>, mediante la cual se otorgaron efectos patrimoniales civiles a las uniones de hecho conformadas por parejas del mismo sexo, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 163 comentado de la Ley 100 de 1993, “en el entendido (de) que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo”<sup>(24)</sup>.

De otra parte, quienes no estén cubiertos por alguno de los dos regímenes del sistema, situación que se ha previsto desde la Ley 100 como de carácter transitorio, serán sujetos de protección mediante el esquema de subsidio a la oferta, en calidad de vinculados al sistema. A partir del año

---

(22) Mediante Sentencia C-521 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional señaló que el acceso de la pareja heterosexual al régimen de salud no requería convivencia mínima de dos años como lo expresa la ley, “sino que puede otorgarse mediante declaración ante juez o notario en la que conste que la pareja efectivamente convive y que dicha convivencia tiene vocación de permanencia”.

(23) En dicho pronunciamiento se declaró exequible de manera condicionada el régimen de protección de la Ley 54 de 1990, con la modificación introducida por la Ley 979 de 2005.

(24) Corte Constitucional, Sentencia C-811 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

2010, todas las personas deberán estar aseguradas en salud por alguno de los dos regímenes.

### 3.4. Regímenes

El modelo de salud adoptado en Colombia acoge la existencia concurrente y complementaria de dos regímenes, a través de los cuales opera la afiliación de los sujetos protegidos al sistema. El régimen contributivo para aquellas personas con capacidad de pago, y el régimen subsidiado para la cobertura de la población pobre y vulnerable, sin capacidad de pago.

Si bien se señala en la Ley 1122 de 2007 que el tiempo en cada uno de ellos sirve para acreditar requisitos que se exijan por la ley, aludiendo a la existencia de un solo sistema de aseguramiento, y que el mismo en realidad opere como tal, persisten en la práctica dificultades en cuanto a la portabilidad de derechos, fundamentalmente por dos razones:

— De un lado, el temor de los asegurados bajo el régimen subsidiado a perder su estatus si ingresan al régimen contributivo, mediante el pago de cotizaciones, considerando la volatilidad que puede afectar su relación laboral o la obtención de ingresos.

— La aplicación del régimen subsidiado con base en la ubicación territorial municipal del asegurado, lo cual hace que el acceso efectivo a servicios en caso de movilidad de la persona se vea afectado.

### 3.5. Modelo

El modelo adoptado por la Ley 100 de 1993 en la materia, que corresponde en lo económico, como lo resalta Arenas Monsalve<sup>(25)</sup>, a un esquema de pluralismo estructurado, se basa en el aseguramiento del riesgo re-

---

(25) Arenas Monsalve, Gerardo, *El derecho de la seguridad social*, Bogotá, Editorial Legis, 2006, pp. 397 y ss.

lacionado con las contingencias que pueden afectar la condición de salud de los afiliados y de los beneficiarios<sup>(26)</sup>.

Se atribuyen funciones diversas pero complementarias y no excluyentes, pero sí especializadas y con criterio de especificidad, a los actores que constituyen el sistema.

Dentro del criterio de especialidad y para garantizar el adecuado aseguramiento, se reconoce la misión de entidades promotoras de salud, delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía, encargadas del recaudo de la cotización, la promoción de la afiliación y la organización de la forma y mecanismos para el acceso a los servicios de salud. Por su parte, se identifica la tarea de las instituciones prestadoras de los servicios de salud y de los profesionales que los ejecuten, así como de las instancias de política, dirección, ejecución y control, inspección y vigilancia al interior del sistema de seguridad social en salud.

Las entidades aseguradoras en el régimen subsidiado asumen la misma denominación de entidades promotoras de salud y, como aquellas del contributivo, pueden corresponder a diferentes formas de organización: públicas, privadas o mixtas y solidarias e indígenas; las cajas de compensación familiar pueden operar como aseguradoras en los dos regímenes.

El modelo implica la complementariedad en cuanto fuentes de financiación fiscales y parafiscales del sistema, con la sustitución progresiva de los subsidios a la oferta de servicios de salud por subsidios a la demanda, en los términos de organización del régimen subsidiado; lograda la universalización, esto es, la afiliación de todas las personas a uno de los dos regímenes, habrá de extinguirse el esquema de subsidios a la oferta.

El sistema de salud en Colombia opera además bajo un esquema de compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos, regido por el principio de la solidaridad.

---

(26) Ver el documento "Pluralismo estructurado: Hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina", Documento de Trabajo 353, elaborado por Juan Luis Londoño y Julio Frenk, BID, 1997.

Si bien los ingresos por aportes varían conforme el nivel de ingresos del asegurado contributivo, el pago que reciben las EPS por persona (UPC) se fija anualmente con criterio de uniformidad, teniendo en cuenta el perfil epidemiológico, por lo que todos contribuyen en un fondo colectivo, del cual se distribuyen los ingresos con los que las aseguradoras cubrirán los servicios a su cargo, sin que para la atención de éstos se mire el nivel de cotización efectuado por el beneficiario de la prestación.

### 3.6. Financiación

Diversas son las fuentes de financiación del sistema de salud, las que pueden catalogarse en dos grandes categorías: fiscales y parafiscales.

Las primeras, por tratarse de recursos de la Nación o de las entidades territoriales, según el esfuerzo propio de éstas, con las que se financian las coberturas de las personas dentro del régimen subsidiado de salud.

Las segundas, en razón del aporte hecho por los afiliados cotizantes dentro del régimen contributivo, como exacción parafiscal, que comparte con la aportación que hace el empleador (y a quien compete realizar las dos terceras partes del aporte) o que corresponde íntegramente al independiente y al pensionado<sup>(27)</sup>, y que se materializa mensualmente en el 12,5% del ingreso base de liquidación correspondiente, o en el 12% para el caso de los pensionados<sup>(28)</sup>.

En aplicación del principio constitucional de solidaridad, un punto del aporte realizado por los trabajadores/empleadores y por los indepen-

---

(27) Planteamientos sobre posibles violaciones al principio de igualdad, en cuanto al señalamiento de la carga de cotización bajo responsabilidad exclusiva del trabajador independiente, se han formulado ante la Corte Constitucional. Dicha corporación ha resuelto la materia declarando exequibles las disposiciones (arts. 19 y 204 L. 100/1993, así como los artículos 6° y 10 L. 1122/2007). Al respecto véanse las sentencias C-560 de 1996 y C-1196 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

(28) Podemos identificar la existencia entonces de los siguientes niveles de cotización: la general (12,5%), la de pensionados (12%) y la de madres comunitarias (4%).



dientes se destina, por mandato de ley, a financiar la afiliación en el régimen subsidiado.

Para el cubrimiento de planes adicionales de salud (art. 169 L. 100/1993), que comprenden los servicios de atención complementaria, los planes de medicina prepagada y las pólizas de salud (D. 806/1998), se establece una financiación adicional e independiente a cargo del afiliado y con independencia de las cotizaciones al sistema.

También se establecen como fuente adicional de financiación –y mecanismos de regulación del servicio– los denominados pagos compartidos, esto es, (i) los copagos y (ii) las cuotas moderadoras por utilización de los beneficios que ofrece el sistema.

### 3.7. **Compensación**

Los ingresos por cotizaciones del régimen contributivo se incorporan por conducto de las EPS al circuito de los recursos de la salud y no ingresan a su patrimonio. Para que opere el proceso de compensación previsto por el ordenamiento jurídico, estas aseguradoras del riesgo cobrarán por sus afiliados y beneficiarios vigentes y que cumplan los requerimientos de ley una unidad de medida monetaria denominada unidad de pago por capitación (UPC), que se revisará anualmente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud-CNSSS, hoy Comisión de Regulación en Salud, con base en el perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio.

La entidad promotora de salud recibirá dicha unidad de pago –UPC– por cada afiliado y beneficiario, cuyo monto dependerá del grupo etéreo en que se ubiquen; la EPS entonces girará al FOSYGA la diferencia que resulte entre las cotizaciones recibidas y el valor de las unidades que correspondan por los afiliados a cargo de la entidad; en caso de que la operación resulte con saldo negativo, el FOSYGA compensará la diferencia a favor de la EPS.

### 3.8. **Fondo de Solidaridad y Garantía**

Se crea una cuenta sin personería jurídica adscrita al Ministerio de la Protección Social, que tiene por propósito servir de fondo para materia-

lizar la compensación que opera dentro del sistema y la solidaridad entre personas de distintos ingresos y con diferentes riesgos, así como para cubrir los servicios y beneficios en caso de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito y para financiar las actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad.

Constituye el FOSYGA el corazón del sistema, en cuanto que su operación permite el flujo de los recursos para la compensación y para la financiación por solidaridad del régimen subsidiado de salud.

El Fondo tiene cuatro subcuentas, a saber: (i) la de compensación interna del régimen contributivo, (ii) la subcuenta de solidaridad (que se nutre con un punto y medio de la cotización del régimen contributivo y los aportes del presupuesto nacional), (iii) la subcuenta de promoción de la salud (que se financia con un punto de la cotización del régimen contributivo y los aportes del presupuesto nacional) y (iv) la subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito (que se nutre con recursos del seguro obligatorio SOAT, con una contribución y aportes del presupuesto nacional).

### 3.9. Planes de beneficios

El sistema reconoce la existencia de cinco planes de beneficios que desarrollan el servicio público esencial de salud, a saber (art. 3° D. 806/1998): (i) el plan de atención básica en salud, (ii) el plan obligatorio de salud del régimen contributivo, (iii) el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, (iv) la atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos, y (v) la atención inicial de urgencias.

Existe pues, para el régimen contributivo de salud, un plan de beneficios que se recoge en el denominado Plan Obligatorio de Salud (POS), adoptado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) –cuya actualización es tarea ahora de la Comisión de Regulación– y que implica actividades de educación, información y fomento de la salud y la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación de la enfermedad, en los distintos niveles de complejidad, así como el suministro de medicamentos en su denominación genérica (art. 7° D. 806/1998).

La ley contempla para los afiliados al régimen contributivo de salud el reconocimiento de (i) prestaciones asistenciales, conforme al POS correspondiente, así como de (ii) prestaciones económicas en el caso de la licencia por enfermedad general y de las licencias de maternidad y paternidad, para cubrir el riesgo de la pérdida de ingresos por situaciones de enfermedad o parto –también por la entrega del hijo adoptado–.

Los planes de salud son diferentes para el régimen contributivo y para el régimen subsidiado, si bien se establece como principio que en forma progresiva se alcance la uniformidad de los dos. La Ley 1122 de 2007 reafirma ese compromiso<sup>(29)</sup>, en tanto la doctrina de la Corte Constitucional impone un mandato judicial de efectividad en ese sentido, frente al cual el Gobierno Nacional debe adoptar un plan de acción, con el cronograma que resulte pertinente.

Se consagran así mismo algunas exclusiones en los servicios cubiertos, como también un período de carencia al ingreso al sistema por un mes, y se exigen períodos mínimos de cotización para las coberturas plenas de ciertos servicios, en particular de aquellos que encuadran en la categoría de alto costo. Dichos períodos no podrán ser superiores a 26 semanas.

El servicio de atención en urgencias es universal y obligatorio y no está sujeto a períodos de carencia o a exigencias de cotización mínima.

### 3.10. Condiciones del aseguramiento

La ley y las normas que la desarrollan definen las condiciones de afiliación, suspensión y desafiliación del sistema, en particular con referencia al derecho de traslado, el cual se puede ejercer entre EPS del régimen contributivo una vez cumplido un término de permanencia mínimo que se establecía en dos años; para el régimen subsidiado esa permanencia correspondía a tres años. Por vigencia del artículo 25, parágrafo 1, de la Ley 1122 de 2007, el término para el traslado voluntario se redujo a un año.

---

(29) Artículo 14 literal e) de la Ley 1122 de 2007: *La Comisión de Regulación en Salud actualizará anualmente el plan obligatorio de salud buscando el acercamiento progresivo de los contenidos de los planes de los dos regímenes con tendencia hacia el que se encuentra previsto para el régimen contributivo.*

Se aplica el principio de libre escogencia en la selección de la aseguradora, así como en frente de la elección de las instituciones prestadoras, para lo cual la aseguradora deberá definir los procedimientos que permitan al afiliado hacer uso de ese derecho en relación con las prestadoras con las que haya establecido convenios o contratos (num. 4, art. 178, L. 100/1993).

### **3.11. Condiciones de operación del régimen subsidiado**

Las condiciones particulares del régimen subsidiado de salud se manifiestan en dos frentes principales, la identificación y afiliación de beneficiarios, y la administración del régimen a cargo de las entidades territoriales, las cuales contratarán con las entidades aseguradoras contra los recursos del FOSYGA y del subsector de salud, con soporte en los ingresos provenientes del esfuerzo territorial (art. 215 L. 100/1993).

Disposiciones de la Ley 100 de 1993 y de la Ley 715 de 2001, en particular, así como normas contenidas en acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud-CNSSS, regulan lo atinente a tales materias.

La selección de los beneficiarios dependerá de su acreditación como personas sin capacidad de pago, sujetas por ende al reconocimiento de subsidios totales o parciales para su afiliación al régimen subsidiado de salud.

La elegibilidad de tales beneficiarios del subsidio se condicionará a la calificación que se obtenga al aplicar la herramienta para el sistema de identificación de beneficiarios SISBEN, a cargo de los entes territoriales locales. Igualmente tendrá en cuenta la participación de grupos vulnerables especiales con recursos de cofinanciación previstos por el ordenamiento o no sometidos a la calificación por el sistema de encuesta, frente a población infantil abandonada, población indigente o en condiciones de desplazamiento forzado, comunidades indígenas, desmovilizados, personas de tercera edad en protección de ancianatos y población rural migratoria.

Corresponde a las alcaldías elaborar las listas de potenciales beneficiarios teniendo en consideración su clasificación en la encuesta SISBEN

y los criterios de priorización señalados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS).

El Acuerdo 244 de 2003 del CNSSS establece el procedimiento de afiliación de la población beneficiaria al régimen por conducto de las aseguradoras del mismo que se encuentren habilitadas para realizar el aseguramiento bajo el esquema de regionalización, implementado a partir del Decreto 515 de 2004, modificado por el Decreto 506 de 2005 y por el Acuerdo 294 de 2005 proferido por el CNSSS, entre otros.

Las EPS del régimen subsidiado celebrarán contratos de administración con los entes territoriales para la operación del régimen subsidiado y la aplicación de los recursos de las UPC –unidades per cápita para el régimen subsidiado cuyo monto es definido por el CNSSS– que correspondan a los afiliados efectivos y se responsabilizarán de la prestación de los servicios a que da derecho el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado con instituciones prestadoras, propias o contratadas, garantizando niveles obligatorios de contratación con la red pública.

### 3.12. Dirección y vigilancia

Corresponde al Ministerio de la Protección Social la “formulación, adopción, dirección, coordinación, ejecución, control y seguimiento del sistema de la protección social establecido en la Ley 789 de 2002” (art. 1° D. 205/2003) y en concordancia la dirección del sistema de seguridad social en salud (art. 170 L. 100/1993). Tales atribuciones se articulan con las competencias que en forma genérica la Ley 715 de 2001 asigna a la Nación en materia de dirección del sector salud y del sistema de seguridad social en salud en el territorio nacional, las cuales corresponden a aquel.

Por su parte, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud-CNSSS se define como el organismo de concertación entre los integrantes del sistema, a cuyo cargo se encuentran, entre otras, las funciones de definir el plan obligatorio de salud, el valor de las unidades de pago por capitación, el valor de los pagos compartidos y recomendar al Gobierno el régimen de tarifas hospitalarias (art. 172 L. 100/1993). Este organismo fue reemplazado por la Comisión de Regulación en Salud, establecida por la Ley 1122 de 2007, como órgano técnico encargado de la regulación de as-

pectos centrales que aplican al aseguramiento en salud. La aplicación de los principios de concertación y participación en cuanto al diseño de la estructura del sistema, al menos en su componente de dirección, fueron sustituidos por la referencia a criterios de especialización y reconocimiento de habilidades técnicas.

La inspección, vigilancia y control de todo el sistema de salud le corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud, adscrita al Ministerio de la Protección Social, como organismo con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, regida por el Decreto 1259 de 1994, que modificó el Decreto 2165 de 1992; igualmente le corresponden a la Superintendencia las atribuciones señaladas por el artículo 233 de la Ley 100 de 1993.

Mediante el Decreto Ley 1280 de 2002 se estableció el sistema de vigilancia, control e inspección del sector salud, al cual se incorporan articuladamente el Ministerio de la Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), el Instituto Nacional de Salud, las entidades territoriales y los tribunales de ética médica y odontológica; también se incluyen como agentes de la inspección las revisorías fiscales, las auditorías externas, las auditorías médicas, las interventorías y las asociaciones de usuarios. La coordinación del sistema de gestión de la vigilancia corresponde a la Superintendencia. La reciente regulación en esta materia está contenida en la Ley 1122 de 2007 y se desarrolla además por medio del Decreto 1018 de 2007, que contiene la normatividad vigente en cuanto a la estructura y el funcionamiento de la Superintendencia Nacional de Salud.

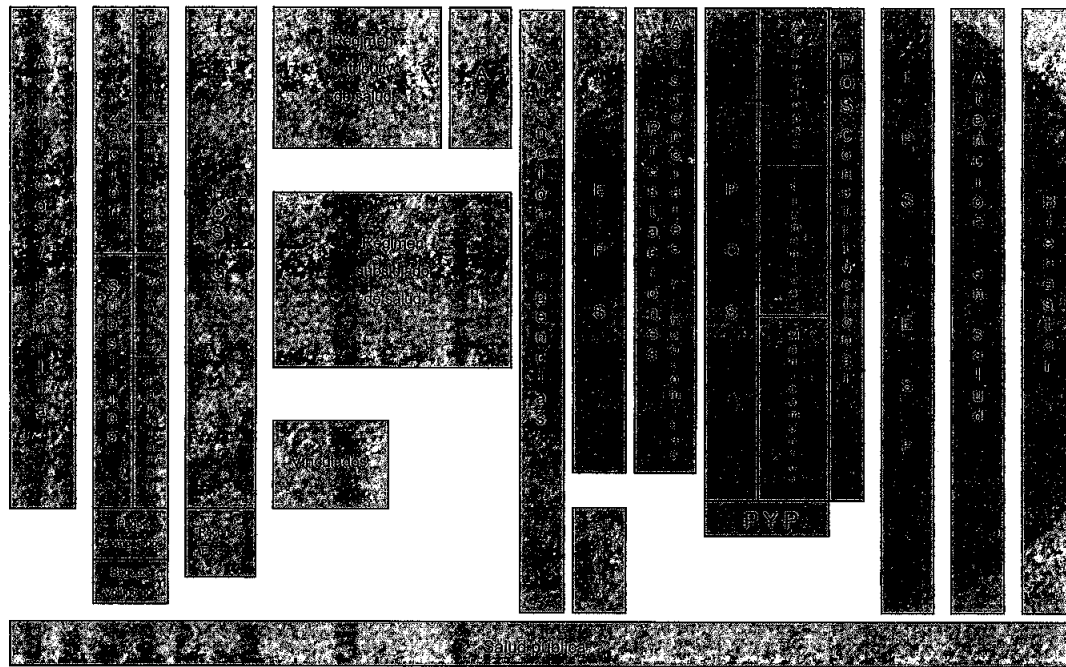
### **3.13. Retos en el régimen de salud**

A partir de considerar las principales reformas introducidas al sistema y analizando la forma actual de operación del modelo de aseguramiento en salud, pueden plantearse algunos retos relevantes:

a) Garantizar la sostenibilidad financiera del modelo y armonizarla con el cumplimiento de las expectativas constitucionales del aseguramiento.

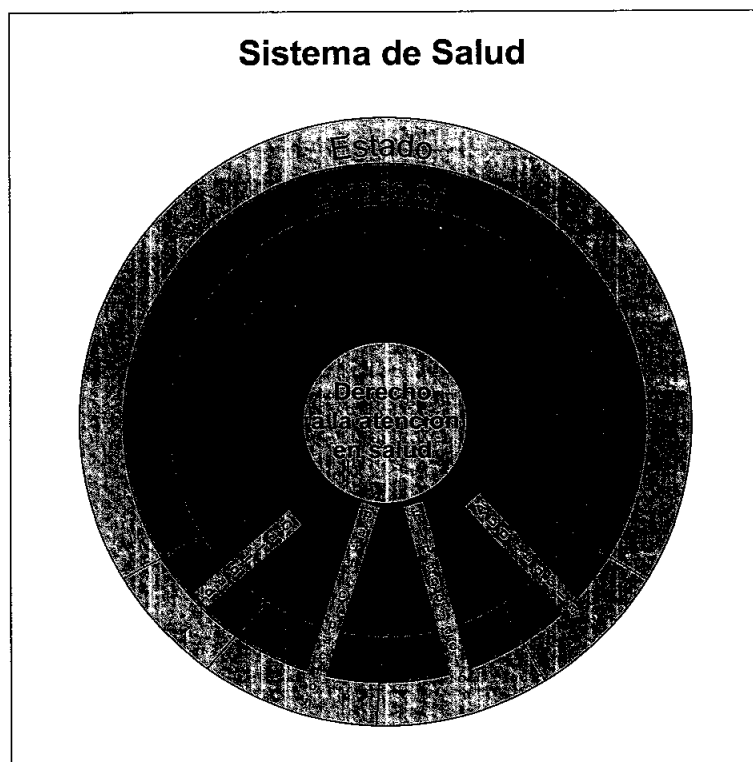
- b) Racionalizar y ordenar la regulación del sistema.
- c) Promover la adopción de un pacto social/constitucional en cuanto al servicio de salud y sus coberturas.
- d) Garantizar la participación del sector privado en el aseguramiento, si se quiere mantener el modelo.
- e) Fortalecer la salud pública y la ejecución de las actividades de promoción de la enfermedad y de promoción de la salud.
- f) Controlar la aplicación del estímulo perverso de afiliación por conducto del régimen subsidiado, cuando se homologuen los planes de beneficios de los dos regímenes.
- g) Reducir efectivamente la litigiosidad.
- h) Responder a las expectativas de salud de la población adulta mayor.
- i) Mejorar la calidad de la atención.
- j) Fomentar y garantizar el empleo de tecnologías avanzadas.

## Sistema de seguridad social en salud



Esquema orgánico del sistema de salud en Colombia.





Esquema funcional del sistema de salud en Colombia.

#### 4. RÉGIMEN DE RIESGOS PROFESIONALES EN COLOMBIA

##### 4.1. Fundamentos legales

La Ley 100 de 1993 reguló en su Libro III lo concerniente al régimen de los riesgos profesionales. Con base en sus disposiciones y en particular según lo dispuesto por su artículo 139, mediante el cual se concedieron facultades extraordinarias al Presidente de la República, el 22 de junio de 1994 se expidió el Decreto Ley 1295 como desarrollo de las mismas. En dicha norma se definió el Sistema General de Riesgos Profesionales como el “conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan”.

Hacen parte igualmente de dicho régimen las disposiciones vigentes en materia de salud ocupacional, relacionadas con la prevención de accidentes y enfermedades profesionales, por lo cual debe resaltarse dicho componente como parte esencial del subsistema de protección contra riesgos del trabajo en Colombia, al que consideramos base fundamental del mismo, pues con muy buen criterio el legislador señaló que las instituciones y normas en esta materia lo integrarían, bajo la consideración según la cual, antes que remediar, la seguridad social procura prevenir y asegurar.

Otra consideración genérica implica tener en cuenta que el régimen de riesgos profesionales en Colombia ha sido impactado en lo normativo por decisiones de la Corte Constitucional, que en juicio de constitucionalidad han determinado la inexecutable de varias de las disposiciones fundantes del Decreto 1295 de 1994, produciendo vacíos de regulación, llenados por la hermenéutica a partir de disposiciones anteriores nacionales o de referencia a normas internacionales, especialmente de la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Estas decisiones han hecho que el Congreso haya tenido o tenga que expedir, inclusive con el señalamiento de términos por el órgano de control constitucional, disposiciones de rango legal para sustituir las extraídas del ordenamiento jurídico, y que inclusive se haya incurrido en incumplimiento de dichos términos, lo que plantea una materia de exigibilidad constitucional que tendrá que ser analizada, en cuanto al ejercicio de la función legislativa.

#### 4.2. **Modelo**

El modelo de operación en riesgos profesionales se fundamenta en un esquema de seguro, de alto contenido privado, en virtud del cual el empleador traslada el riesgo que crea respecto de sus trabajadores, a una entidad aseguradora, con el ramo especializado y con régimen particular, a cambio de una prima variable por niveles, con base en las condiciones de la labor desarrollada por el trabajador (según los centros de trabajo).

Varias particularidades surgen en esta materia, entre ellas:

—La causa del riesgo o contingencia que habrá de cubrirse es laboral, esto es, está relacionada con la labor que desempeña la persona como actividad remunerada.

—El empleador es quien crea ese riesgo en relación con la actividad productiva a su cargo y que ejecuta por medio de sus trabajadores. Es a él a quien en principio corresponde trasladar el riesgo, pues de lo contrario tendría que responder plenamente por la ocurrencia de efectos, en caso de acaecer aquel.

—No basta con el traslado del riesgo, el empleador es responsable de asumir las medidas necesarias para prevenir su ocurrencia y puede ser responsable pleno por los perjuicios que el incumplimiento de esta obligación genere (responsabilidad por culpa del empleador, que puede manifestarse inclusive en el ámbito penal).

—El régimen se basa en la prevención del riesgo. Por ello, las administradoras ejercen un papel activo en el ámbito de la promoción y la prevención, así como los empleadores.

—Es un subsistema ligado histórica y esencialmente al régimen laboral contractual, por cuanto se trata de un riesgo del empleador. No obstante, el mismo se abre paulatinamente hacia la afiliación de los contratistas civiles y de los trabajadores independientes, bajo el concepto según el cual el traslado sería ya de un riesgo propio. Esto, por supuesto, supone un ajuste conceptual y organizativo que debe considerarse integralmente.

—El pago de la prima, la cotización al sistema y el cumplimiento de las obligaciones legales para la toma del seguro son esenciales para que el asegurador cubra las prestaciones contratadas.

#### 4.3. Antecedentes

El aseguramiento en esta materia ha transitado pues por varias etapas, las que podemos identificar genéricamente como (i) de responsabilidad del trabajador, (ii) de responsabilidad del empleador/patrón, (iii) de seguro público y (iv) de seguridad social.

Uno de los retos hacia el futuro es precisamente apropiar el concepto según el cual el trabajo no se manifiesta exclusivamente en la relación laboral, sino que se ejecuta y cumple igual función en tanto se desarrolla por esquemas de contratación diferentes.

Al respecto la doctrina constitucional ha considerado tres grandes categorías, señalando que el trabajo puede ser: (i) subordinado, (ii) cooperado o (iii) independiente. Las tres manifestaciones reclaman la seguridad social y la protección del Estado, pues ellas deben ser cubiertas por las garantías constitucionales del artículo 53 superior<sup>(30)</sup>.

La reflexión sobre el sistema de riesgos profesionales implica algunas consideraciones de inicio, entre ellas:

a) El régimen de riesgos profesionales constituye para el empleador una inversión, y no un costo que impacta directamente en la productividad de la empresa. Garantizar la salud ocupacional de sus trabajadores y cumplir plenamente con las obligaciones en el subsistema de riesgos profesionales implica el desarrollo del factor humano de su negocio y lo blinda frente a posibles contingencias de alto impacto organizacional y humano.

b) El logro de condiciones adecuadas de productividad empresarial dependerá de la armónica relación entre capital y trabajo.

c) La empresa está constituida por empleador y trabajadores, y constituye una comunidad empresarial humana, en la cual deben establecerse adecuadas condiciones de seguridad, respaldadas por el Estado. Si es posible generar esquemas adicionales de seguro, mejor.

d) El empleador es el responsable de la previsión en la salud ocupacional y el cubrimiento de riesgos para sus trabajadores. Estos tienen una alta responsabilidad en la prevención.

e) Las políticas y estrategias de prevención son básicas en el diseño y buen funcionamiento de un sistema de riesgos del trabajo.

f) El régimen de riesgos profesionales experimenta progresivamente un proceso de cambio y adaptación a las nuevas realidades y necesida-

---

(30) Al respecto véase lo dispuesto por el Decreto 4588 de 2006 en cuanto a afiliación a los subsistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales de los asociados de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado.

des sociales: de modo paulatino, por ejemplo, en Colombia, se ha admitido la afiliación de contratistas independientes. La Ley 1151 de 2007 alude así mismo a la afiliación de poblaciones especiales y cita como referente la vinculación de madres comunitarias del programa de hogares comunitarios del ICBF.

Desde los albores del siglo XX se escuchaban en Colombia voces directamente relacionadas con la necesidad de brindar mejores condiciones de labor a los trabajadores.

El caudillo liberal asesinado en las puertas del Congreso de la República con el estatuto del seguro social en 1914, desde entonces expresaba<sup>(31)</sup>:

“Conozco la explotación de los cafetales, trapiches, ingenios y demás empresas de tierras templadas o calientes y os digo que sería oportuna y humana la ley que mandara a los patronos suministrar asistencia médica a sus peones y mejorar los alojamientos (...)

“...la previsión social, el mutualismo y las leyes de protección del trabajo deben intervenir para templar el rigor del destino individual”.

Es posible, según lo comentado, identificar etapas en el desarrollo del sistema de riesgos del trabajo en Colombia, a partir de las siguientes condiciones y características:

#### 4.3.1. *Etapas fundacional*

Se caracteriza por:

- Legislación parcial y dispersa
- Ámbito parcial para el sector formal (no todos los trabajadores son beneficiarios de las prestaciones)

---

(31) Uribe Uribe, Rafael, *Pensamiento político*, Bogotá, Editorial Debate, 1998.

— Prevalencia de la noción de seguro privado y del autoseguro

— Aplicación conceptual de la teoría subjetiva de la culpa (se requiere para la cobertura acreditar la culpa)

Con la expedición de la Ley 57 de 1915, por la cual se define el accidente de trabajo, se excluyen los casos de culpa del trabajador y se establece la responsabilidad del patrono.

Por su parte, las leyes 46 de 1918, 78 de 1919 y 21 de 1920 contienen la regulación sobre higiene y sanidad para trabajadores y empleadores.

Posteriormente se dictan leyes frente a actividades de mayor riesgo laboral (minería e industria petrolera).

#### 4.3.2. *Etapa del seguro público*

Se caracteriza por:

— El inicio de la uniformidad de la legislación

— La ampliación de la cobertura

— La constitucionalización para entonces de la protección al trabajo

— La aplicación de la noción de seguro obligatorio por razón del trabajo subordinado

— El hecho de hacer tránsito hacia la responsabilidad objetiva

En esta etapa conviene citar los siguientes hechos y normas que tienen especial incidencia en la evolución del sistema:

— Reforma Constitucional de 1936: “El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado...”.

— Ley 44 de 1939: consagra el seguro obligatorio y las indemnizaciones por accidente de trabajo.

—Ley 90 de 1946: crea el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales-ICSS para que asuma los riesgos de la seguridad social (traslado del riesgo).

—Código Sustantivo del Trabajo (1950): prestaciones a cargo del empleador y adopción de primeras medidas de higiene y seguridad en el trabajo.

—La inscripción y calificación de empresas en el ICSS para el seguro de accidentes de trabajo y enfermedad profesional empezó regir solamente el 21 de diciembre de 1964.

—En 1964 culminó la adecuación para Colombia del modelo de cotización y aportes del Instituto Mexicano de Seguro Social (IMS), que fue el referente para la implementación del esquema nacional.

—Decreto 3169 de 1964: Reglamento General de Clasificación de Empresas y Aportes, y Decreto 3170 de 1964: Reglamento del Seguro Obligatorio de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

—Se desarrolla a partir de 1979 la regulación sobre salud ocupacional, con la Ley 9 o Código Sanitario Nacional que la incluye en sus regulaciones.

—Resolución 2400 de 1979: Estatuto Básico de Seguridad Industrial.

—Decreto 614 de 1984: Régimen de salud ocupacional.

#### 4.3.3. *Etapa moderna*

Se caracteriza en especial por la adopción de la Constitución Política de 1991 y el reconocimiento del derecho a la seguridad social. Modernamente se dicta la Ley 100 de 1993 como norma fundante del sistema de seguridad social, que contiene pocas disposiciones en cuanto al sistema de riesgos profesionales.

Con posterioridad y a partir de la habilitación legislativa de la Ley 100, se establece el régimen normativo del sistema general de riesgos profesionales, mediante el Decreto 1295 de 1994 y la Ley 776 de 2002.

#### 4.3.4. *Etapa contemporánea*

Implica la creación del sistema de protección social y la reorganización de la seguridad social clásica en Colombia, así como la adopción de reformas organizacionales y del sistema de planilla integrada de liquidación de aportes.

En el ámbito específico del régimen de riesgos profesionales, se caracteriza por la fuerte incidencia de fallos de constitucionalidad sobre la normatividad vigente y por el desarrollo de normas y reglamentaciones en áreas específicas como el acoso laboral, el trabajo en alturas y los riesgos psicosociales.

El subsistema de riesgos del trabajo presenta algunas condiciones particulares que podemos enunciar así:

— Se trata de un sistema de la seguridad social con menor conflicto entre sus actores, particularmente si se compara con el de aseguramiento en salud.

— Es un ámbito de la protección social menos regulado.

— Tiende tímidamente a la inclusión del sector de los independientes contratistas.

— Evidencia conflictos por la definición del origen de los riesgos con el sistema de seguridad social en salud.

— Deja ver una fuente de conflictos en cuanto a la asunción de las responsabilidades económicas por los servicios asistenciales.

— Aplica normas en materia de tratamiento y reintegración de personas con alguna discapacidad, adoptadas mediante la Ley 361 de 1997.

— Cuenta con la vigencia de normas especiales en materia de trabajadores víctimas de secuestro.

— Cuenta con la vigencia de una ley especial en materia de acoso laboral (L. 1010/2006).



Como referente es preciso tener en cuenta en el país la aplicación de la Primera Encuesta Nacional de Condiciones de Salud y Trabajo en el año 2006, a partir de lo establecido por la Resolución 3595 de 1999 del Ministerio de la Protección Social.

Su objetivo fue contribuir al conocimiento del conjunto de variables que definen las condiciones de salud y trabajo de la población laboral colombiana, para lo cual tomó como base solamente las empresas afiliadas al sistema general de riesgos profesionales, sin ser representativa a nivel de trabajadores.

Entre los principales hallazgos de esa Encuesta pueden mencionarse los siguientes<sup>(32)</sup>:

— Un 25% de los centros de trabajo encuestados tenían más de 250 trabajadores y en ellos laboraba el 82% del total de trabajadores.

— 3 de cada 4 trabajadores eran contratados directamente.

— El 63% de los centros de trabajo pertenecían a las clases de riesgo I y II.

— La ARP del Instituto Colombiano del Seguro Social (ICSS) afiliaba a las empresas con riesgo más alto.

— En el 50% de los centros de trabajo se laboraron horas adicionales la semana anterior.

— Los factores de riesgo más altamente percibidos fueron: ergonómico y psicosocial.

— La condición de saneamiento básico industrial fue reportada como satisfactoria.

---

(32) Ver en detalle la metodologías, antecedentes y resultados de la Encuesta en la publicación realizada por el Ministerio de la Protección Social con la Sociedad Médica para la Investigación y Control de Riesgos Profesionales y Ambientales, que contiene el Informe Final de la I ENCST, Bogotá, 2007.

— Se encontró asociación directa entre tamaño de empresa y accidentalidad del trabajo.

— En promedio, se reportaron 26 accidentes de trabajo en el último año.

— Principales condiciones de los accidentes de trabajo:

- 1/3 ocurrieron fuera del centro de trabajo
- Los accidentes de trabajo deportivos representaron un 4% del total
- Los accidentes de trabajo de tránsito representaron un 5.5%
- Generaron muerte un 0.4% de los casos

— Los centros de trabajo de construcción mostraron una mortalidad por accidentes de trabajo, por cada 100.000 trabajadores, 22 veces superior a la de los centros de intermediación financiera y 8 veces superior a la tasa general de la muestra.

— El 10% de los centros de trabajo reportaron enfermedad profesional en el último año.

— El 30% de las enfermedades profesionales dieron lugar a incapacidad o invalidez.

— 4 de cada 5 centros de trabajo reportaron la enfermedad de origen común como la principal causa de ausentismo laboral.

— En el 50% de los centros de trabajo se llevan a cabo actividades de salud ocupacional (excepto servicio doméstico y pesca).

— 4 de cada 5 centros de trabajo reportaron haber recibido asesoría básica por parte de su ARP.

— Un 91% de los centros de trabajo reportaron la existencia de un encargado de salud ocupacional.

— Un 50% de los centros de trabajo reportó la existencia de COPASO o Vigía Ocupacional.

— Entre un 20 y un 33% de los trabajadores encuestados manifestó sentir altos niveles de estrés.

— Se acreditó una percepción muy superior en cuanto a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales respecto a las cifras oficiales del Sistema.

— El 95% de los trabajadores dijo considerar seguro su lugar de trabajo.

#### 4.4. Sujetos

Todos los empleadores, públicos y privados, deben afiliarse al régimen de riesgos profesionales (lit. c), art. 4° D. 1295/1994) y realizar la afiliación de los trabajadores bajo su cargo.

Son afiliados obligatorios al sistema los trabajadores dependientes, vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, así como los pensionados que se reincorporen a la fuerza laboral, conforme lo preceptuado por el artículo 13 del Decreto 1295 de 1994.

El empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema será responsable de las prestaciones que se causen para ellos en este ramo de la seguridad social, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones de ley.

Igualmente deberán ser afiliados los estudiantes que ejecuten trabajos que signifiquen fuentes de ingreso para la institución educativa y requieran la actividad en su proceso formativo.

La Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión “en forma voluntaria”, contenida en el literal b) del artículo 13 del aludido decreto, refiriéndose a la vinculación de tal carácter por parte de los trabajadores independientes<sup>(33)</sup>, no obstante la vigencia del Decreto 2800 de 2003.

---

(33) Corte Constitucional, Sentencia C-858 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Se tiene entonces que la afiliación de los contratistas que actúan como trabajadores independientes es voluntaria y se realizará mediante la acreditación de la correspondiente relación contractual, en los términos de lo establecido por el Decreto 2800 de 2003.

Los decretos 1772 de 1994 y 2800 de 2003 desarrollan las condiciones de afiliación y los aspectos de operación del sistema de riesgos profesionales.

En la práctica el sistema incide directamente en el ámbito de la relación laboral formal –que incluye hoy al sector de las cooperativas y pre-cooperativas de trabajo asociado–, pero no tiene alcance frente al sector independiente e informal; apenas se inician procesos para la más amplia afiliación de contratistas civiles.

#### 4.5. Régimen

El régimen de riesgos profesionales en Colombia presenta las siguientes características:

- Es dirigido, regulado y vigilado por el Estado.
- Es operado por las entidades administradoras de riesgos profesionales.
- Los empleadores tienen un derecho de libre elección y movilidad en cuanto a la selección de la única administradora de riesgos profesionales que les preste el servicio, conforme lo señalado por el literal f) del artículo 4 del Decreto 1295 de 1994 y por el inciso quinto del artículo 50 de la Ley 789 de 2002.
- La cotización al sistema –prima del seguro público– es responsabilidad exclusiva del empleador (y del contratista independiente en caso de que éste se afilie al sistema, así se pague por conducto del contratante).
- Los afiliados tienen derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones asistenciales y económicas contempladas en la normatividad del sistema.

—La cobertura del sistema se inicia al día calendario siguiente de aquel en que se realice la afiliación a través de una administradora de riesgos profesionales.

El subsistema de riesgos profesionales cubre las contingencias derivadas del trabajo. El Decreto 1295 de 1994 definía las hipótesis que dan lugar a la protección por el régimen de riesgos profesionales, a saber:

—Accidente de trabajo. Entendido como todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte.

—Enfermedad profesional. Es todo estado patológico permanente o temporal que sobrevenga como consecuencia obligada y directa de la clase de actividad que desempeña el trabajador, o del medio en que se ha visto obligado a trabajar, y que haya sido determinada como enfermedad profesional por el Gobierno Nacional.

Dichas definiciones fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, en consideración a razones de forma en el trámite del citado decreto, y se requiere la adopción pronta de una nueva regulación que supere el vacío normativo acaecido<sup>(34)</sup>.

En efecto, la Corte Constitucional expresó primeramente, al declarar la inexequibilidad de los artículos 9 y 10, y parcialmente del 13 (la expresión “en forma voluntaria”), del Decreto 1295 de 1994, que el Gobierno Nacional había excedido las facultades extraordinarias de las que fue investido para la regulación del sistema de riesgos profesionales; ello afirmando:

*“...el Presidente no se limitó a expedir normas para organizar a la administración del Sistema General de Riesgos Profesionales como era su obligación constitucional y en vez de ello ‘cambió las definiciones de accidente de trabajo vigen-*

---

(34) Corte Constitucional, Sentencia C-058 de 2006.

*tes, limitando su contenido en aspectos sustantivos' es así que respecto al artículo 199 del Código Sustantivo del Trabajo la reforma eliminó de la legislación ordinaria el carácter de 'repentino' del suceso que se constituya como accidente de trabajo; 'pasajera' sobre el grado de perturbación funcional del accidente de trabajo y la situación de no cubrimiento del concepto de accidente de trabajo cuando el hecho 'haya sido provocado deliberadamente o por culpa de la víctima'".*

La Corte difirió los efectos de su fallo hasta el 20 de junio de 2007, con miras a que en el entretanto el Congreso de la República dictara la norma que definiera la noción de accidente de trabajo, regulación que no se ha producido.

La aplicación del criterio del Ministerio de la Protección Social llevó a considerar el accidente de trabajo en los términos de la definición contenida en el literal n) del artículo 1 de la Decisión 584 de 2004, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad Andina de Naciones (CAN):

*Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo.*

Posteriormente y en la misma dirección, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del artículo 11 del Decreto 1295 de 1994 mediante el cual se definía a la enfermedad profesional<sup>(35)</sup>, precisando en ese pronunciamiento los alcances de las facultades otorgadas por el Congreso al Presidente a través del numeral 11 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993, para lo cual indicó:

---

(35) Corte Constitucional, Sentencia C-1155 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.

*...dichas facultades se otorgaron para a) organizar la administración de este sistema como un conjunto de entidades públicas y privadas y b) establecer las normas y procedimientos destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes, que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan. En esencia y de acuerdo con lo que ha señalado la jurisprudencia, las facultades otorgadas por el citado numeral 11, desde el punto de vista de su contenido material, estaban dirigidas de una parte, a dictar las normas necesarias para crear, establecer, modificar, reformar, rehacer o poner en orden, el conjunto de organismos creados, los recursos y bienes destinados a la función de administrar el Sistema de Riesgos Profesionales, dosificando su uso para obtener un mayor rendimiento y optimización de este Sistema. De otra, las facultades fueron otorgadas al Presidente de la República por el legislador para “organizar la administración del Sistema General de Riesgos Profesionales” y no “para organizar el Sistema General de Riesgos Profesionales”. De este modo, es el término administración el que en definitiva precisa el contenido y límite material de la norma habilitante.*

En conclusión, advierte:

*De conformidad con la línea jurisprudencial construida por la Corte, definir qué se considera como enfermedad profesional, quién determina las enfermedades que se consideran como tales y cómo se reconoce una enfermedad profesional, constituyen contenidos jurídicos totalmente ajenos al objetivo propuesto por las facultades extraordinarias, esto es, ‘organizar la administración del Sistema General de Riesgos Profesionales’. Para la Corte, la norma acusada no tiene vínculo con el objetivo de crear, establecer, modificar, reformar, rehacer o poner en orden, ‘el conjunto de organismos encargados, los recursos y los bienes destinados a la función de administrar el Sistema de Riesgos Profesionales’, dosificando su uso para obtener un mayor rendimiento u optimización del Sistema de Riesgos Profesionales. Definir los diferentes*

*aspectos mencionados de la enfermedad profesional en nada se relaciona con dichos organismos, los recursos y los bienes que forman parte de la administración de dicho Sistema. En ese orden, se presenta en este caso una vulneración del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, por exceso en el uso de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República, mediante la Ley 100 de 1993, artículo 139, numeral 11. Adicionalmente, la Corporación estableció que la norma acusada alteró la estructura y la esencia del Código Sustantivo del Trabajo, respecto de los derechos del trabajador en relación con la enfermedad profesional. Por consiguiente, la disposición demandada también vulneró el inciso segundo del numeral 10 del artículo 150 de la Carta, por cuando la facultad de expedir códigos y de modificarlos en su estructura está reservada exclusivamente al Congreso de la República.*

Para la Corte y en tanto se expide la normatividad que sustituya la excluida del ordenamiento jurídico, rigen las disposiciones anteriores en cuanto a la definición de enfermedad profesional.

A partir del Decreto 1295 de 1994, se han expedido un buen número de disposiciones reglamentarias relacionadas con el sistema de riesgos profesionales.

Las enfermedades, valga anotararlo, serán de origen común o profesionales, conforme se originen en la clase de trabajo de la persona o tengan por causa el entorno en que le haya correspondido a la persona laborar. La identificación de las enfermedades profesionales depende, en primer término, de la ubicación de la patología dentro del listado de enfermedades clasificadas como tales<sup>(36)</sup>, o de la acreditación de la relación causal única entre la patología y los factores de riesgo en el sitio de trabajo, conforme lo preceptuado por el artículo 200 del Código Sustantivo del Trabajo.

---

(36) Ver al respecto el Decreto 1832 de 1994 para tabla de enfermedades profesionales.



Otra característica peculiar del subsistema de riesgos profesionales tiene que ver con que en él se aplica un esquema de clasificación de empresas, conforme a cinco clases de riesgo y en relación con la actividad principal a cargo de la unidad de explotación económica de que se trate.

Esta clasificación determinará el monto de la cotización que deba pagar el empleador, con base en la tabla de mínimos y máximos a que se refiere el Decreto 1295 de 1994 (art. 27) y a los factores para la fijación de aquella, según lo preceptuado por el artículo 19 de la Ley 776 de 2002.

La clasificación de la empresa para el subsistema la realiza el propio empleador en el acto de afiliación y será considerada por la administradora. Una misma empresa, conforme a las actividades a su cargo, puede ser clasificada en distintos niveles de riesgo, en cuanto le correspondan distintos centros de trabajo.

La aplicación de criterios para la calificación de las empresas y la definición de las cotizaciones a su cargo –e inclusive de los beneficios– se constituye en un referente interesante en cuanto respecta a la adopción de reformas a los subsistemas de la protección social, en el afán de determinar criterios diferenciales con efectos diversos y adecuados de razonabilidad, que sin perder la noción sistémica sean capaces de reconocer las diferentes condiciones temporales o materiales de las empresas, los empleadores y los trabajadores.

Las realidades contemporáneas así lo exigen: nunca será equivalente la condición frente a la seguridad social de un teletrabajador de servicios, a aquella propia de un trabajador de la minería, como tampoco la condición de una empresa que apenas se constituye, en relación con la que quepa a una organización empresarial ya consolidada, o de diferente tamaño.

#### **4.6. Financiación**

La financiación corre a cargo exclusivo del empleador (o del afiliado independiente cotizante), mediante la realización obligatoria, por su par-

te, de una cotización que se fija conforme el nivel de riesgo de los centros de trabajo de la empresa y a partir de los criterios contenidos en el artículo 19 de la Ley 776 de 2002.

El empleador paga la cotización por cada uno de sus trabajadores, teniendo en cuenta el mismo ingreso base aplicable para el sistema de pensiones. Las cotizaciones no podrán ser inferiores al 0,348% ni superiores al 8,7% del ingreso base de cotización, conforme lo establecido por el artículo 18 del Decreto 1295 de 1994 y por el Decreto 1772 de 1994 (L. 776/2002).

Conforme la declaratoria de nulidad sobre el artículo 6 del Decreto 2800 de 2003, el ingreso base de cotización para los independientes es también de un salario mínimo legal mensual vigente.

El Estado no aplica subsidios dentro del subsistema de riesgos profesionales.

#### **4.7. Plan de beneficios**

El sistema de riesgos profesionales comprende dos grandes componentes: (i) las coberturas en riesgos del trabajo y (ii) las coberturas en salud ocupacional.

##### **4.7.1. Coberturas en riesgos del trabajo**

Implican el reconocimiento de dos categorías de prestaciones:

a) Asistenciales, que implican la asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica. Así mismo los servicios de hospitalización, suministro de medicamentos, servicio odontológico, servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento, prótesis y ortosis y reparación y reposición de los elementos, rehabilitación física y profesional, gastos de traslado.

b) Económicas, las cuales se concretan en:

—Subsidio por incapacidad temporal

- Indemnización por incapacidad permanente parcial<sup>(37)</sup>
- Pensión de invalidez
- Pensión de sobrevivientes
- Auxilio funerario

Los servicios de salud serán prestados por conducto de la entidad promotora de salud (EPS) a la que se encuentre afiliado el beneficiario, si bien los gastos en que aquella incurra son a cargo de la administradora de riesgos profesionales (ARP) correspondiente. Igual ocurrirá con los servicios de urgencias que se requieran con ocasión de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional.

Lo anterior, con excepción de los servicios relacionados con la rehabilitación profesional y los servicios de medicina ocupacional, que serán prestados en forma directa por la ARP.

En general, es más amplia la cobertura directa que ofrece el subsistema de riesgos profesionales, en cuanto al restablecimiento de las condiciones del beneficiario, que los contenidos en el plan obligatorio de salud del régimen contributivo. Se escuchan ya voces sobre la opción de homologar dichos contenidos.

Hacia el futuro tendrá que prestarse particular atención al crecimiento de los requerimientos asistenciales con causa en riesgos del trabajo, tanto por el incremento o el reporte en el número de contingencias ocurridas, como por el interés de hacer uso de los beneficios que aquel dispensa, considerando su amplitud.

Las prestaciones económicas serán cubiertas directamente por la ARP que corresponda, esto es, aquella en que esté afiliado el trabajador,

---

(37) Ver al respecto Corte Constitucional, Sentencia C-1141 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto, por la cual se declara la exequibilidad del artículo 7° de la Ley 776 de 2002, que define la indemnización por incapacidad permanente parcial.

no obstante se aplique internamente una distribución de recursos, contra los fondos provisionados que están obligadas a constituir las administradoras, para atender total o parcialmente las prestaciones que reconozca el sistema, en proporción al tiempo y a la exposición al riesgo del beneficiario mientras el mismo estuvo afiliado a una ARP, para el evento de pago por otra.

Valga la pena tener en cuenta que la Corte Constitucional<sup>(38)</sup> declaró la inexecutable del artículo 20 del Decreto 1295 de 1994 por medio del cual se señaló el criterio normativo para definir el ingreso base de liquidación para las prestaciones económicas.

Dentro de dicho plan es preciso mencionar la concurrencia de las prestaciones y servicios que caben en el ámbito de la salud ocupacional, los cuales son responsabilidad del empleador y deben ser soportados por la administradora de riesgos profesionales a la cual se encuentre afiliado.

#### 4.7.2. *Coberturas en salud ocupacional y prevención*

El régimen de riesgos profesionales reconoce la prevención y la salud ocupacional como parte esencial de su estructura y organización.

Las primeras normas en la materia están contenidas en la Ley 9ª de 1979, Código Sanitario Nacional, así como en la Resolución 2400 de 1979 del Ministerio de Trabajo, Estatuto de Seguridad Industrial. El Decreto 614 de 1984 contiene: las bases para la administración de la salud ocupacional en Colombia, a partir de definiciones conceptuales sobre la materia, la adopción de los criterios en cuanto al Plan Nacional de Salud Ocupacional, las obligaciones de las partes, la regulación sobre los programas de salud ocupacional y el funcionamiento de los comités hoy denominados COPASO (comités paritarios de salud ocupacional).

---

(38) Corte Constitucional, Sentencia C-1152 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Mencionemos algunos elementos básicos en cuanto al desarrollo de esta materia.

— Obligaciones en materia de prevención

*Obligaciones de las ARP (D. 1530/1996):*

- a) Asesoría básica para el diseño del programa de salud ocupacional
- b) Capacitación básica para brigada de primeros auxilios
- c) Capacitación a responsables de salud ocupacional
- d) Fomento de estilos de trabajo y de vida saludables

*Obligaciones de los empleadores (D. 1295/1994):*

- a) Procurar el cuidado integral de los trabajadores y los ambientes laborales
- b) La capacitación en salud ocupacional
- c) Controlar y ejecutar el programa de salud ocupacional
- d) Observar el deber de información respecto a los trabajadores y a las ARP

*Obligaciones de los trabajadores (D. 1295/1994):*

- a) Procurar el cuidado de su salud
- b) Cumplir las normas y reglamentos
- c) Participar en la prevención
- d) Usar los elementos de protección personal (EPP), con las consecuencias que el incumplimiento de esta obligación general en el orden laboral

— Programa de salud ocupacional (D. 614/1984 y Res. 1016/1989), con las siguientes características:

- a) Obligatorio legalmente
- b) Adaptado a las necesidades de cada empresa
- c) Con formalización precisa de requisitos del programa (definición de responsable, escrituración del programa, registro estadístico mínimo)
- d) Contentivo de actividades básicas de orden legal
- e) Contentivo de criterios evaluativos mínimos (índices de frecuencia y severidad, tasas de ausentismo, tasas específicas de enfermedades profesionales, grado de cumplimiento del programa)

Los componentes de los programas de salud ocupacional son los siguientes:

*Subprograma de medicina preventiva y del trabajo*

Persigue la promoción, prevención y control de la salud del trabajador, protegiéndolo de los factores de riesgo ocupacionales, ubicándolo en un sitio de trabajo acorde con sus condiciones psicofisiológicas y manteniéndolo en aptitud de producción laboral.

Implica:

- a) Exámenes médicos, clínicos y paraclínicos<sup>(39)</sup>
- b) Actividades de vigilancia epidemiológica
- c) Actividades de prevención y educación en salud

---

(39) Ver como complemento lo regulado por la Resolución 2346 de 2007 del Ministerio de la Protección Social por la cual se regula la práctica de las evaluaciones médicas ocupacionales y el manejo de las correspondientes historias clínicas.

- d) Servicio de primeros auxilios
- e) Control de riesgos psicosociales

*Subprograma de higiene y seguridad industrial*

Apunta a la identificación, reconocimiento, evaluación y control de los factores ambientales que se originen en los lugares de trabajo y que puedan afectar la salud de los trabajadores.

Incluye:

- a) Elaboración del panorama de riesgos
- b) Identificación de agentes de riesgo (físicos, químicos, biológicos, psicosociales, mecánicos, eléctricos, locativos, de transporte)
- c) Programas de mantenimiento preventivo
- d) Evaluación de magnitud y peligrosidad de los riesgos
- e) Planes de emergencia

—*Comité paritario de salud ocupacional (COPASO)*

Creado a partir del artículo 25 del Decreto 614 de 1984, que se refería a los comités de medicina, higiene y seguridad industrial de las empresas, estableciéndose la obligatoriedad para todas ellas en cuanto a adoptar este organismo, con representación paritaria entre empleador y trabajadores.

El Decreto 2013 de 1986 reglamenta la organización y el funcionamiento de dichos comités, como instancias para la proposición de medidas y el desarrollo de actividades que procuren el mejor ambiente laboral y como veedores de la administración de la salud ocupacional en las empresas. Posteriormente la Resolución 1016 de 1989 del Ministerio de la Protección Social desarrolla la materia.

No se olvide que conforme lo establecido por el artículo 21, literal f), del Decreto 1295 de 1994 el empleador está obligado a registrar el comité paritario de salud ocupacional o el vigía ocupacional ante el Ministerio

de la Protección Social. Pese a ello, mediante Resolución 1157 de 2008 el propio Ministerio derogó la norma anterior relevando al empleador de tal obligación; yerro que fue corregido mediante la Resolución 1457 de 2008 que volvió al régimen anterior del registro.

#### 4.8. Operadoras

La operación de los riesgos profesionales en Colombia está a cargo de las administradoras de riesgos profesionales<sup>(40)</sup>, esto es, de entidades aseguradoras de vida que obtengan autorización de la Superintendencia Financiera para el manejo del ramo correspondiente<sup>(41)</sup>.

Anteriormente el Instituto de los Seguros Sociales operaba el ramo de accidentes de trabajo y riesgos profesionales (ATEP); no obstante, los ajustes organizativos de 2008 en Colombia, en particular lo dispuesto por el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, promovieron la cesión de activos, de contratos y de operación de esta entidad a una aseguradora pública, La

---

(40) El Decreto 1294 de 1994 contiene las normas correspondientes al desarrollo de esta actividad aseguradora por parte de entidades sin ánimo de lucro que se constituyan con el exclusivo fin de adelantar tal labor, las que podrán asumir la naturaleza de sociedad mutual o sociedad cooperativa. Las cajas de compensación familiar no fueron autorizadas para desarrollar directamente el ramo de los riesgos profesionales. Se considera pertinente analizar, en el ámbito de la seguridad social, la pertinencia de que aquellas integren la organización del sistema y, en todo caso, respalden las funciones del mismo. Lo anterior sin perjuicio de reconocer la vigencia del artículo 27 del Decreto 614 de 1984 que les asigna funciones en el ámbito de la salud ocupacional en el país: *Las Cajas de Compensación Familiar establecidas en el país deberán servir de organismos de apoyo en la ejecución del Plan Nacional de Salud Ocupacional, de conformidad con las funciones y prioridades asignadas por la Ley 21 de 1982.*

*Principalmente estas corporaciones desarrollarán acciones de divulgación entre sus afiliados de las normas expedidas por las autoridades competentes respecto de la Higiene Industrial, la Seguridad Industrial, los riesgos potenciales y la importancia de la Medicina del Trabajo. De igual manera mediante la incorporación a sus programas de formación y educación de cursos de capacitación en el campo de la Salud Ocupacional.*

(41) El artículo 79 del Decreto 1295 de 1994 fija los requisitos al respecto para las compañías de seguros. El Decreto 1530 de 1996 desarrolla el proceso de acreditación de estas entidades ante el Ministerio de la Protección Social.



Previsora Vida S.A., la cual luego independizó la administración del riesgo en la materia a través de una entidad especializada, POSITIVA Seguros de Vida S.A., manteniéndose así la presencia de participación pública en el sistema de riesgos profesionales.

#### **4.9. Dirección, inspección y vigilancia**

El Ministerio de la Protección Social ejerce la dirección de la política pública en la materia.

El artículo 69 del Decreto 1295 de 1994 dispuso la creación del Consejo Nacional de Riesgos Profesionales, adscrito al Ministerio de la Protección Social, con funciones consultivas y de recomendación para la adopción de las políticas públicas en cuanto a los riesgos profesionales.

La dirección técnica del subsistema se ejerce a través de la Dirección Técnica de Riesgos Profesionales del Ministerio de la Protección Social, cuyas funciones están definidas por el artículo 75 del Decreto 1295 de 1994.

Las ARP están sometidas a la vigilancia de dicha Dirección en lo atinente a la prevención de riesgos profesionales, como también los empleadores son sujetos de vigilancia al respecto.

La Superintendencia Financiera de Colombia, por su parte, ejerce las funciones de inspección, vigilancia y control de las aseguradoras en lo concerniente a la ejecución del servicio y al cumplimiento de los parámetros de orden patrimonial y financiero.

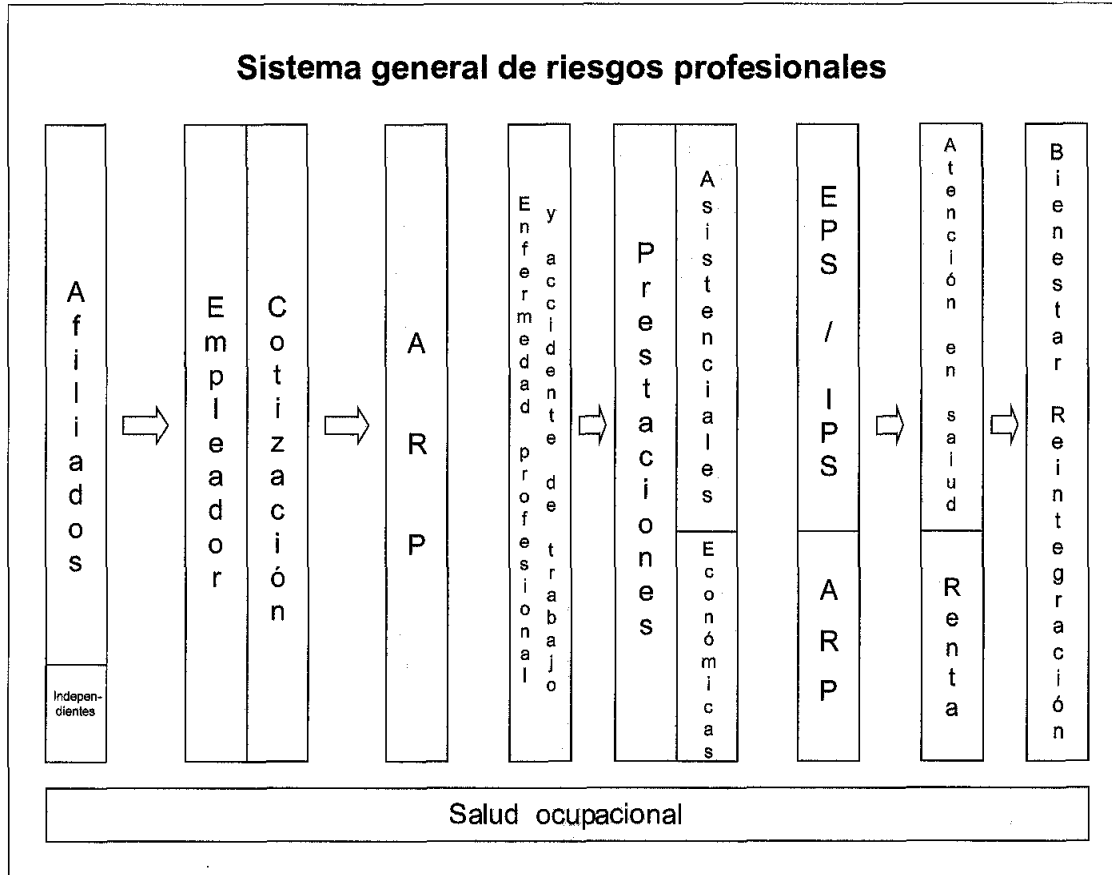
#### **4.10. Retos del régimen de riesgos profesionales**

Entre los principales retos de éste podemos enunciar los siguientes:

a) Acercarse de manera progresiva a la universalización de cobertura subjetiva (ver propósitos del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, L. 1151/2007)

- b) Incursionar en la protección del trabajador informal
- c) Fortalecer y ampliar el aseguramiento a contratistas no subordinados
- d) Facilitar la vinculación de independientes (trabajadores por cuenta propia)
- e) Fortalecer la salud ocupacional, especialmente en el ámbito de las micro, pequeñas y medianas empresas
- f) Atender en forma adecuada los riesgos psicosociales
- g) Reconocer la responsabilidad plena del empleador en los casos en que ella proceda y generar las consecuencias plenas a cargo de aquel
- h) Redefinir la comunidad de trabajo para efectos de salud ocupacional, así como el concepto sobre centros de trabajo, trabajador y demás
- i) Asegurar al trabajador del campo
- j) Lograr la aplicación de subsidios estatales que faciliten el funcionamiento del sistema frente a nuevas poblaciones

## Sistema general de riesgos profesionales



Esquema orgánico del sistema de riesgos profesionales.

## 5. RÉGIMEN DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN COLOMBIA

### 5.1. Antecedentes

El sistema de subsidio familiar surge en Colombia como anticipo visionario del modelo que adoptaría el país a partir de la Constitución Política de 1991.

En efecto, la noción de Estado social de derecho —que a nuestro juicio corresponde hoy, más, a lo que podríamos denominar Estado constitucional de justicia— y el piso axiológico al que alude la doctrina constitucional en la identificación del ser de la Nación, se identifican con un modelo económico que sobre la base del tríptico trabajo/propiedad/empresa persigue la realización de un capitalismo social, a partir de una intervención razonada del Estado y con la concurrencia del sector privado.

En este modelo la participación del tercer sector es fundamental.

Por su parte y como bien lo expresa la Corte Constitucional, el deber de la solidaridad tiene un correlato en el derecho a la seguridad social.

Esto implica que el servicio público de seguridad social, materializado a través del sistema correspondiente, se identifica como el camino más expedito para la realización del compromiso estatal por la justicia y el desarrollo.

Bajo esta perspectiva el sistema de subsidio familiar, creado en la década de 1950, se constituye en un referente histórico con plena vigencia contemporánea. Más aún, se aprecia su visión de modernidad, cuando se consideran particularmente las siguientes características que le son propias:

#### 5.1.1. *Es producto de un pacto social*

La génesis del sistema de subsidio familiar implica que fue un acuerdo entre empleadores y trabajadores el que posibilitó que de manera vo-

luntaria se reconociera una prestación adicional para quienes devengaban los menores salarios y tenían personas a cargo.

Antes de su incorporación institucional, fue el subsidio familiar una prestación extralegal. Las cajas de compensación familiar aparecieron así mismo en forma espontánea, como producto de la interacción entre empresas.

La sociedad acogió este esquema de intervención, lo que conllevó su generalización y, posteriormente, su formalización y obligatoriedad a partir del derecho.

El sistema de subsidio familiar representa el único modelo institucional de prestaciones de la seguridad social acogido voluntariamente por los actores que en él participan.

#### 5.1.2. *Es operado por entidades privadas con compromiso público*

Desde sus orígenes, se quiso que la administración de la prestación social subsidio familiar estuviera a cargo de entidades especializadas de carácter privado.

No obstante, la conformación de aquellas y posteriormente la regulación que sobre su naturaleza se hiciera, hizo que fueran las cajas corporaciones sin ánimo de lucro.

Tales condiciones determinaron que el sistema se estructurara sobre la operación de entes especiales, en los cuales se mezclaron las condiciones propias de la empresa privada, con finalidades sociales y una vocación de servicio público, concretada en la operación de gestoras sin ánimo de lucro.

Cincuenta años atrás se expresaba en Colombia un modelo de capitalismo social, con actuación de particulares que operaban como mandatarios de los empleadores responsables del subsidio familiar, cuya gestión eficiente comprometía la realización de funciones de interés público.

### 5.1.3. *Realiza un modelo de capitalización social*

El esquema de operación y financiación del sistema permitió que su gestión derivara en un modelo de capitalización social.

Los recursos aportados por los empleadores ni le pertenecen a éstos, ni a los trabajadores particularmente considerados, ni a las cajas de compensación familiar, que son sus administradoras.

Con dichos recursos se alimenta un fondo para cubrir una prestación social y de la seguridad social, una vez se cumplan los requisitos de ley por parte de los beneficiarios.

No se trata de ingresos que se incorporen al fisco, sino de recursos con afectación social y legal a finalidades de provisión social, que ahora están amparadas por el artículo 48 de la Constitución Política.

La especial naturaleza de los ingresos del sistema, que son propios del sector de los trabajadores y que por el principio de solidaridad se extienden a fines de utilidad pública frente a sectores diferentes, como los del trabajo independiente e informal, los desempleados y las poblaciones vulnerables, permite que mantengan autonomía respecto a pretensiones públicas o privadas, y que a la vez se afecten a funciones de interés general.

La gestión privada sobre dichos ingresos ha permitido así mismo su capitalización, mediante la activación materializada en una infraestructura que es propia del sector de los trabajadores y que no acrece el patrimonio particular de sus administradoras, las cajas de compensación familiar, ni del Estado, al no ser bienes fiscales, ni tampoco de los empleadores o de grupos empresariales, ni de trabajadores individualmente considerados.

Se trata de activos con afectación al cumplimiento de fines constitucionales y legales, que generan riqueza social pero que no individualizan su propiedad en cabeza de un actor económico, por lo que expresan plenamente las condiciones de una economía de autogestión y solidaria.

Ello se refuerza al considerar que las operadoras del sistema carecen por ley de ánimo de lucro, lo que las obliga a realizar una gestión cuyos resultados redundarán en capitalización social.

#### 5.1.4. *Aplica un gobierno con dirección cogestionada*

La presencia de representantes de los empleadores y de los trabajadores en los consejos directivos de las cajas de compensación familiar y la operación misma de sus asambleas constituyen un mecanismo participativo que desde décadas atrás dio vida a la pretensión aún irrealizada de la democracia económica.

Los consejos directivos trazan las políticas de las cajas de compensación familiar y en ellos toman asiento, con plenitud de derechos, voceros del sector empresarial, tanto del capital como del trabajo y en igualdad de proporción, pues se trata de organismos paritarios, acogiendo la doctrina de la OIT.

No tiene asiento en dichas corporaciones el Estado, a través del Gobierno Nacional, pues no existen aportes de éste para la operación del sistema (excepto el caso de COMCAJA). Se respeta así también la autonomía de gestión.

No obstante ello, los últimos años han visto fortalecer la operación conjunta entre Estado y cajas de compensación familiar, evidenciándose un esquema de participación que sin afectar el gobierno interno, anuncia posibilidades de gestión que alivia las cargas del sector público.

Lo anterior, sin embargo, genera inquietudes respecto al futuro del sistema, en la medida en que la intervención estatal ha crecido, tanto en el ámbito de la regulación como en el del control y en el de la propia gestión, poniendo en riesgo la definición autonómica que ha caracterizado la forma de operar el sistema. Sin duda la publicación del sistema es uno de los temas que convoca mayores reflexiones, en el ánimo de apreciar bondades y debilidades del esquema actual, y posibilidades de ajuste frente a las expectativas que pretenden cubrirse por el sector público.

Tal como lo ha expresado la Corte Constitucional, el sistema de subsidio familiar desarrolla el principio de participación en Colombia y es producto de la interacción entre el Estado y los particulares, para el logro de fines de interés público.

A nuestro juicio, dos son los valores constitucionales en que se soporta el aludido sistema. De una parte (i) el de la solidaridad<sup>(42)</sup>, pues es expresión aquel de redistribución e inclusión social, y de la otra, (ii) el de la participación, pues permite la canalización de esfuerzos privados para el logro de cometidos de seguridad social.

La historia del sistema, así mismo, lo ha conducido en la actualidad a ser el titular por excelencia de la protección social en Colombia.

No obstante que aún en nuestro país se carezca de estudios en profundidad sobre el alcance de este concepto, pese al avance legislativo en la materia, es evidente que las cajas de compensación familiar se han erigido en las instituciones que tienen a su cargo las principales responsabilidades en cuanto atañe al desarrollo del sistema de protección social en el país.

Este es el efecto principal al respecto, de la reforma introducida por la Ley 789 de 2002 y la creación de las prestaciones por desempleo, a través del subsidio para desempleados con y sin vinculación anterior al sistema de subsidio familiar, de la capacitación para la reinserción laboral y de los microcréditos para el fomento del empleo que beneficie a desempleados, y que estimen análisis en lo que se refiere a la estructuración en el país de un seguro por desempleo.

Si la protección social persigue la cobertura frente a contingencias individuales de impacto social que afectan el nivel de ingresos y las condiciones de bienestar, particularmente frente a épocas de crisis, el sistema de subsidio familiar y de protección al desempleado se constituye en el mecanismo por excelencia para hacer frente de forma integral a dichas situaciones, máxime si se considera el amplio espectro de los servicios sociales a cargo de las cajas de compensación familiar.

El papel pues hacia el futuro del sistema y de estas organizaciones es más amplio que su propia historia, correspondiendo a la sociedad encarar el análisis estructural sobre la forma en que deberán asumir el porvenir,

---

(42) Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 1997.



frente a la provisión de servicios meritorios que se demandan con universalidad e integralidad.

## 5.2. **Historia del régimen del subsidio familiar en Colombia**<sup>(43)</sup>

A continuación presentamos algunos esbozos de las principales características y circunstancias acaecidas a lo largo de la historia del subsidio familiar en Colombia.

### 5.2.1. *Década de 1950: compensación para alivio de las cargas familiares*

Origen de la institución laboral, emanada prioritariamente de la voluntad empresarial y luego impulsada y reclamada por los trabajadores organizados. El reconocimiento de la prestación no era universal ni obligatorio, además no era regulado por el Estado.

Surgimiento de reparto institucionalizado, a partir de las cajas de compensación familiar como entidades administradoras encargadas de pagar la prestación social a nombre de los empleadores, no todos ellos, bajo un esquema de reparto.

Prestación cubierta sólo en dinerario y que se atendía gracias al aporte empresarial, bajo un esquema de compensación entre empleadores y trabajadores de distintos niveles salariales, por cada caja y no bajo la modalidad de bolsa común, como hasta hoy se mantiene. Las cajas eran ventanillas recaudadoras, cuya administración se amparaba por la compensación para el reparto de las sumas monetarias con destino exclusivo a los trabajadores de medianos y bajos ingresos y sus familias.

### 5.2.2. *Década de 1960: prestación de servicios sociales*

La cuota de subsidio en dinero reduce su importancia, además con la argumentación según la cual su destino a veces se confundía con la aten-

---

(43) Para profundizar en la materia consúltese Cortés González, *El Sistema de Subsidio Familiar en Colombia: Hacia la Protección Social*, ob. cit.

ción de necesidades no prioritarias, bajo la libre voluntad del trabajador, y que no se aplicaba necesariamente a la atención de la familia.

Las cuotas de subsidio en dinero, entonces, tendieron a estancarse en su crecimiento y, al sobrar recursos del reparto, el Gobierno permitió a las cajas hacer inversiones de beneficio social, no exclusivamente para los beneficiarios:

- Salud para la población infantil
- Recreación social
- Educación y capacitación.
- Mercadeo social, como instrumento regulador de precios en productos básicos de consumo familiar

### 5.2.3. *Década de 1970: ampliación de servicios*

Se amplían los servicios sociales:

- Salud y maternidad
- Vivienda
- Créditos
- Guarderías: se crean los Centros de Atención Integral al Preescolar (CAIPS) en convenio con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

### 5.2.4. *Década de 1980: fundación moderna*

Subsidio Familiar = Prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo.

Se crea la Superintendencia de Subsidio Familiar.

Nuevo orden regulatorio: la Ley 21 de 1982 introduce el concepto relacionado con el nivel obligatorio que deben cumplir las cajas en cuanto al reparto de subsidios en dinero, equivalente al 55% de los aportes realizados por los empleadores. Se aplica, entonces, el concepto de destinaciones obligatorias, inicialmente orientadas hacia el interior del sistema, para cubrir un mínimo de subsidios en dinero, atender la reserva legal de las cajas, contribuir al funcionamiento del órgano administrativo de control y satisfacer los gastos de administración de las corporaciones, con un nivel máximo de rango legal.

Se reorganizan los programas, estableciendo las siguientes prioridades:

— Salud

— Programas de nutrición y mercadeo de productos alimenticios y otros de la canasta familiar para ingresos bajos

— Educación integral y continuada; capacitación y servicios de biblioteca, vivienda de interés social

— Crédito de fomento para industrias familiares

— Recreación social

— Mercadeo de otros productos, diferentes a los de la década de 1960

Se afilian al sistema pensionados sin los beneficios de subsidios, pero con acceso a los programas sociales.

#### 5.2.5. *Década de 1990: programas sociales del Estado con recursos del 4%, extensión de la solidaridad*

La década reorientó el sistema de cajas de compensación familiar destinando, por mandato de ley, porcentajes de los recursos percibidos por

concepto de aportes de los empleadores al fortalecimiento de la red de servicios sociales a cargo del Estado en materia de vivienda de interés social, salud, educación y atención a la niñez, yendo más allá de los trabajadores afiliados y sus familias para cubrir también a población no afiliada.

A partir del principio de solidaridad, del mandato legal y de la Constitución Política de 1991, así como de leyes como la 9ª. de 1989, la 49 de 1990, la 10 de 1990, la 100 de 1993, la 3ª. de 1991 y la 115 de 1994, las cajas forman parte de las estrategias públicas para la atención de necesidades sociales:

— Se amplía la cobertura en salud con el régimen subsidiado. Se subsidia la salud con un esquema de cofinanciación entre el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) y el Presupuesto General de la Nación, en el que participa el sistema de subsidio familiar.

— Se crea el sistema nacional de vivienda de interés social. Las cajas asumen programas para vivienda de interés social y otorgan subsidios familiares de vivienda para hogares con ingresos de hasta cuatro salarios mínimos.

— Las cajas pueden ser inversionistas en las empresas administradoras de fondos de pensiones.

— Se les permite también participar en empresas tales como: entidades promotoras de salud (EPS), instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS), hoteles, agencias de viajes, etc.

— Participan en programas de salud ocupacional orientados a disminuir los accidentes y las enfermedades profesionales.

Se tornan así mismo en canales y ejecutoras de cooperación internacional.

#### **5.2.6. Año 2002: eje de la protección social**

Con la Ley 789 de 2002 y la Ley de Ahorro y Crédito –L. 920/2004– se reglamentan las siguientes áreas, y las cajas de compensación familiar

asumen la tarea de ser promotoras y ejecutoras de prestaciones con destino a una porción de los desempleados, que asumen el carácter de beneficiarios:

- Atención integral a la niñez
- Jornada escolar complementaria
- Protección al desempleado
- Promoción al empleo
- Actividad de intermediación financiera especial

Se crea una nueva destinación obligatoria de los recursos y se asignan a las cajas más funciones, reduciéndose el nivel aceptable por ley para gastos de administración. El esquema de cuota monetaria experimenta un ajuste normativo y surge entonces un esquema de cuota monetaria controlada.

### 5.3. **Modelo**

Corresponde a un esquema de administración de recursos por parte de operadoras especializadas e implica la concurrencia del sector privado en la gestión del servicio, bajo dirección y regulación del Estado.

Se caracteriza por la realización de aportes de los empleadores, de carácter parafiscal atípico, con los cuales se ejecutan las prestaciones, a partir del cumplimiento de una prestación social a cargo de aquellos y cuyos destinatarios son los trabajadores de medianos y bajos ingresos. Además, dichos aportes permiten la prestación de servicios sociales para los trabajadores afiliados a las cajas y sus familias—con aplicación de subsidios para los beneficiarios— y la ejecución de acciones de protección social a poblaciones vulnerables, de conformidad con la política pública adoptada al respecto por el Estado.

El modelo permite, así mismo, una afiliación con aportación voluntaria al sistema.

Por otra parte, estimula la participación de las operadoras en el desarrollo de funciones de la seguridad social y del sistema de protección social, así como en la gestión de servicios sociales tales como la vivienda, la educación y la recreación, algunos de carácter abierto al público en general.

#### 5.4. Régimen<sup>(44)</sup>

La regulación del régimen de subsidio familiar en Colombia se concreta en las disposiciones de la Ley 21 de 1982, en la forma en que fue modificada por la Ley 789 de 2002, y de los decretos 2463 de 1981 y 2150 de 1992, e implica lo regulado por el Decreto 1769 de 2003 en cuanto a cuota monetaria, así como las previsiones contenidas en disposiciones reglamentarias, entre ellas los decretos 341 de 1988, 784 de 1989, 827, 2286 y 2340 de 2003.

El subsidio familiar es una prestación social de los trabajadores de medianos y menores ingresos, que constituye a la vez un beneficio del sistema de seguridad social, en cuanto satisface la contingencia de contar con cargas familiares.

Los requisitos para acceder al subsidio familiar en Colombia son los siguientes:

- a) Devengar hasta cuatro salarios mínimos mensuales y en todo caso, contar con a lo sumo seis salarios mínimos mensuales por concepto de ingreso familiar, esto es, considerando los del cónyuge o compañero/a permanente.
- b) Laborar al menos 96 horas al mes.
- c) Tener personas a cargo.

Las personas que dan lugar a subsidio familiar, bajo el criterio legal, son:

---

(44) Para profundizar sobre el particular consúltese Cortés González, ob. cit.

Los hijos, hasta los 18 años de edad (antes de cumplir los 19 años de edad). Cuando tengan 12 años o más deberá acreditarse la escolaridad de los mismos.

Los hermanos, huérfanos de padres y que dependan económicamente del trabajador beneficiario.

Los padres del trabajador, sin ingreso o renta y que dependan económicamente de aquel.

Los hijos dan derecho a subsidio familiar para los dos padres en el caso en que ambos estén afiliados al sistema y los ingresos familiares no superen los cuatro salarios mínimos mensuales legales.

La aplicación de la doctrina constitucional en materia de familia material en la seguridad social, puede impactar el aludido criterio legal, en cuanto a la extensión de los beneficios para el caso de trabajadores con menores a su cargo, no obstante respecto de ellos no tengan la condición de padres.

El subsidio familiar se reconoce a través de tres modalidades:

- En dinero, a través de la cuota monetaria de subsidio
- En especie
- En servicios

El reconocimiento de la prestación social, si bien está cargo del empleador, debe hacerse exclusivamente por conducto de la caja de compensación familiar a la cual aquel esté afiliado.

El empleador solamente puede afiliarse a una caja de compensación territorial que opere en la jurisdicción del departamento en el que tenga asiento su empresa. En caso de contar con personal en diferentes departamentos podrá afiliarse a varias cajas; está prohibido el fraccionamiento de nómina.

Se debe tener en cuenta que el subsidio familiar se debe pagar en el lugar en el que se causen los salarios, esto es, en el sitio en el cual se presten los servicios personales a cargo del trabajador.

La actividad del sistema llevó a la prestación de los servicios sociales, representados en un amplio espectro de actividades de interés general, descritas actualmente por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002.

Entre ellos se citan la recreación y el deporte, la cultura, las bibliotecas, la vivienda, la capacitación, la atención materno infantil, la protección para adultos mayores, el mercadeo y el crédito.

Son afiliados al sistema de subsidio familiar las siguientes categorías de personas:

—*En forma obligatoria*

Los trabajadores dependientes subordinados, sin importar el tamaño ni la condición del empleador, que tengan la condición de trabajadores permanentes. Por criterio del Ministerio de la Protección Social los trabajadores del servicio doméstico no son afiliados obligatorios al sistema, por no reunir las características de permanentes, en la medida en que la familia no constituye una unidad de explotación económica. Los servidores públicos integran el sistema a partir de 1963.

Los trabajadores cooperados en cooperativas o precooperativas de trabajo asociado que facturen el año anterior un mínimo de 435 salarios mínimos legales mensuales, también ostentan dicho carácter.

—*En forma voluntaria*

- Los pensionados, conforme la Ley 71 de 1988.
- Los trabajadores independientes y los contratistas.
- Los trabajadores cooperados no obligados.
- Los desempleados; respecto de ellos téngase en cuenta que gozan de un período de protección laboral de un año, contado desde el momento del cese de su vinculación laboral.



- Las demás poblaciones no obligadas, como residentes en el exterior, extranjeros residentes en Colombia, miembros de comunidades religiosas, los que pueden afiliarse bajo la modalidad de facultativos o por convenio.

El subsidio familiar solamente se causa a favor de los trabajadores subordinados y cooperados afiliados obligatoriamente a las cajas de compensación familiar.

El Decreto 1769 de 2003 contiene el régimen de dicha cuota, a partir del establecimiento de cuotas de referencia departamentales, reduciendo la diferenciación de las ofrecidas por cada caja de compensación familiar. Esta homologación, así como el régimen de control al crecimiento de las cajas de compensación familiar en cuanto a sus niveles de aportes frente a los de subsidios, entran en plena operación a partir de 2009, año en el que termina el período de transición establecido por dicho decreto.

Las cajas de compensación familiar son entidades particulares, organizadas bajo la forma de corporaciones sin ánimo de lucro, que deben reunir los requisitos de ley en cuanto a su creación, la cual, como en general en lo que atañe a la organización y funcionamiento de aquellas, está sometida a la inspección, vigilancia y control por parte de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

La dirección del sistema de subsidio familiar corresponde al Ministerio de la Protección Social y al Consejo Superior del Subsidio Familiar<sup>(45)</sup>.

### 5.5. Prestaciones a cargo del sistema de subsidio familiar

El sistema de subsidio familiar, a través de sus operadoras las cajas de compensación, ha venido a ejecutar una importante variedad de finalidades de interés colectivo, al punto que se torna difícil precisar las tareas que hoy tiene a su cargo.

---

(45) Ver artículo 81 de la Ley 21 de 1982.

Lo anterior, además, por cuanto la amplitud de los servicios sociales ejecutados por las cajas y la forma de ejecutarlos han hecho que resulten involucradas en la prestación de actividades complementarias, estimuladas además por la búsqueda de fuentes alternativas de financiación y por las posibilidades asociativas para su funcionamiento.

No obstante, pueden identificarse las siguientes áreas en cuanto a las prestaciones a cargo del sistema:

### 5.5.1. *Prestaciones clásicas de la seguridad social*

Corresponden a aquellas que ejecutan las cajas de compensación familiar y que son catalogadas por la normatividad y la doctrina como del resorte de un sistema de seguridad social. En el caso del sistema, estas prestaciones son (i) el subsidio familiar y (ii) los beneficios por desempleo.

La primera de ellas, que además corresponde al origen histórico del sistema, es la prestación por cargas familiares, que en Colombia se denomina subsidio familiar.

En efecto, el ramo de las asignaciones familiares se encuentra contemplado dentro de las ramas clásicas de los sistemas de seguridad social, en los términos del Convenio 102 de la OIT o norma mínima, así como en la Ley 516 de 1999 que incorporó a nuestra legislación al Código Iberoamericano de Seguridad Social adoptado en Madrid en 1995.

Se trata de la cobertura por la contingencia de tener personas a cargo, cuya atención desequilibra los ingresos familiares y genera para el Estado la obligación de responder mediante la asignación de subsidios en proporción al número de personas que correspondan al beneficiario.

De otro lado, dentro de la misma clasificación se encuentran las prestaciones por paro forzoso o desempleo, las cuales corresponden a una rama de la seguridad social.

En Colombia, si bien desde la Ley 90 de 1946 se contemplaba la posibilidad para que el entonces Instituto Colombiano de los Seguros Socia-

les (ICSS) desarrollara las coberturas por desempleo y que la Ley 100 de 1993 contemplaba igualmente la opción de desplegar subsidios para cubrir la contingencia del paro no voluntario, solamente a raíz de la Ley 789 de 2002 es que, con carácter nacional e imperativo, se crean las prestaciones por desempleo, mismas que se concretan en los beneficios de (i) un subsidio en especie y (ii) de capacitación para la reinserción laboral, comprendiendo además el otorgamiento de microcréditos a las empresas que generen empleo.

Las prestaciones por desempleo, en razón de su ubicación en la ley, se citan como propias de la protección o promoción social, si bien, como se ha hecho notar teniendo en cuenta su naturaleza, son propias de los sistemas clásicos de seguridad social.

De lo anterior se colige que con independencia de la fuente de recursos y de la naturaleza de las operadoras, en Colombia dos coberturas cuando menos de la seguridad social se satisfacen por medio del sistema de subsidio familiar: las del ramo de las asignaciones familiares y las de protección al desempleo.

#### 5.5.2. *Prestaciones por servicios sociales*

Históricamente la posibilidad de reconocer el subsidio familiar en especie y servicios hizo que las cajas de compensación familiar desarrollaran una gama de prestaciones bajo la denominación genérica de servicios sociales.

En un comienzo el listado de dichos servicios bajo responsabilidad de las cajas estaba contenido en el artículo 62 de la Ley 21 de 1982, y posteriormente fue ampliado por lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 789 de 2002.

En términos generales, hablar de servicios sociales en cuanto al sistema de subsidio familiar implica hacer referencia a aquellos beneficios que se otorgan a los afiliados a través de prestaciones en los campos de la recreación, la cultura, la educación, las bibliotecas, el deporte, la nutrición, el cuidado de adultos mayores, el turismo, el mercadeo, la salud y el cré-

dito, para los cuales se aplicarán tarifas subsidiadas si se trata de ofrecerlos a trabajadores beneficiarios del subsidio familiar, o tarifas inferiores al mercado y en todo caso competitivas, no subsidiadas, si se trata de afiliados no beneficiarios.

Téngase en cuenta que en Colombia el concepto de servicios sociales desde la perspectiva de la seguridad social está definido por el Título IV de la Ley 100 de 1993, acotándose al reconocimiento de beneficios para adultos mayores en condición de indigencia; normas reglamentarias precisan para ellos el campo de los servicios sociales que habrán de reconocérseles, bajo la categorización de servicios básicos y de servicios complementarios.

Los servicios sociales son pues desarrollo en Colombia de prestaciones de la seguridad social, que amplían por ley el espectro de aquella y persiguen la consolidación del bienestar de los beneficiarios.

Algunos de los servicios sociales de las cajas pueden ser prestados al público en general, sin importar su condición de afiliado a la corporación, tal como acontece con las áreas de mercadeo y de recreación<sup>(46)</sup>. En estos casos, las tarifas que se apliquen deberán cubrir los costos, sin que quepa opción alguna de subsidio, rigiéndose por un esquema de mercado; los aludidos servicios, además, no pueden comprometer recursos del aporte patronal del 4%, por lo que deberán prestarse con autonomía financiera y contable y tener el carácter de autocosteables.

Algunos servicios cuentan con un régimen especial y con recursos de destinación específica por ley, tal como ocurre con el servicio de educación, respecto del cual se aplica un subsidio regulado a partir de la Ley 115 de 1994, que implica la afectación de un porcentaje de los recursos provenientes de los aportes de los empleadores del 4%.

---

(46) Ver artículo 39 del Decreto 784 de 1989: *Conforme al artículo 89 de la Ley 21 de 1982, tendrán acceso a los servicios de recreación social y mercadeo de las cajas de compensación familiar, otros grupos de población, principalmente para la adquisición de medicamentos, alimentos básicos, programas de turismo social y esparcimiento.*

La ejecución de los servicios sociales de las cajas se rige por las normas generales de la actividad de que se trate, sin perjuicio de la aplicación de normas especiales, y subsidiariamente de los principios propios del sistema. Ello implica que el marco regulatorio, por ejemplo, del servicio de recreación, deba responder a la normatividad nacional y territorial que aplique en el campo específico, lo mismo que acontece frente al servicio de educación; el ámbito del crédito social ofrecido por las cajas cuenta con un régimen propio, al cual por principio no se le aplican las regulaciones y controles generales para las instituciones que realicen actividad de intermediación financiera, excepto que operen las cajas seccionales especializadas dedicadas a tal rol, en los términos de lo dispuesto por la Ley 920 de 2004.

Es imprescindible así mismo hacer claridad en cuanto a que algunos de los servicios adicionales bajo responsabilidad de las cajas tienen origen en la ley y no están contemplados en el régimen especial del sistema de subsidio familiar.

Así acontece en el caso de los servicios de salud ocupacional que se asignan bajo responsabilidad de las cajas en cuanto hace a sus empresas afiliadas, conforme lo establecido por el artículo 27 del Decreto 614 de 1984<sup>(47)</sup>, y a la prestación de servicios de nutrición, aun para población no afiliada, tal como lo dispone el numeral 1 del artículo 24 del Decreto 784 de 1989<sup>(48)</sup>. En el campo del deporte es preciso reconocer, adicionalmente, que la Ley 181 de 1995 o Ley del Deporte asigna importantes responsabilidades a las cajas en la ejecución del plan nacional en la materia<sup>(49)</sup>.

---

(47) *Instituciones de apoyo. Las Cajas de Compensación Familiar establecidas en el país deberán servir de organismos de apoyo en la ejecución del Plan Nacional de Salud Ocupacional, de conformidad con las funciones y prioridades asignadas por la Ley 21 de 1982.*

(48) *Los servicios sociales de nutrición y mercadeo. Los programas de nutrición y mercadeo social que desarrollen las cajas de compensación familiar estarán orientados a las siguientes finalidades principales:*  
 1. *Mejorar la dieta alimentaria de los afiliados, su familia y la comunidad en general...*

(49) ART. 6°—*Es función de todas las instituciones públicas y privadas de carácter social, patrocinar, promover, ejecutar, dirigir y controlar actividades de recreación, para lo cual elaborarán programas de desarrollo y estímulo de esta*

De otro lado, no puede perderse de vista que las cajas tienen a su cuidado la ejecución de programas para el bienestar de los trabajadores, en armonía con las previsiones del artículo 21 de la Ley 50 de 1990<sup>(50)</sup> y teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 4 del Decreto 1127 de 1991, en virtud del cual:

*El empleador elaborará los programas que deban realizarse para cumplir con lo previsto en el artículo 21 de la Ley 50 de 1990.*

*Dichos programas estarán dirigidos a la realización de actividades recreativas, culturales, deportivas o de capacitación, incluyendo en esta las relativas a aspectos de salud ocupacional, procurando la integración de los trabajadores, el mejoramiento de la productividad y de las relaciones laborales.*

### 5.5.3. *Prestaciones de vivienda*

Capítulo especial merece el servicio de vivienda que reconoce el sistema de subsidio familiar, fundamentalmente en lo que corresponde a la causación y el pago del subsidio familiar de vivienda de interés social, en sus manifestaciones de subsidio a la oferta (anticipos de subsidios para la financiación de proyectos de vivienda de interés social) y de subsidio a la demanda.

En efecto, el sistema reconoce dentro de sus prestaciones subsidio de tal naturaleza para las familias afiliadas —y, en caso de que sobren recur-

---

(Cont. nota 49)

*actividad, de conformidad con el Plan Nacional de Recreación. La mayor responsabilidad en el campo de la recreación corresponde al Estado y a las Cajas de Compensación Familiar. Igualmente, con el apoyo de Coldeportes impulsarán y desarrollarán la recreación, las organizaciones populares de recreación y las corporaciones de recreación popular.*

- (50) *En las empresas con más de cincuenta trabajadores que laboren cuarenta y ocho horas a la semana, éstos tendrán derecho a que dos horas de dicha jornada, por cuenta del empleador, se dediquen exclusivamente a actividades recreativas, culturales, deportivas o de capacitación.*

sos, a familias no afiliadas—, el cual consiste en un aporte único gratuito que se paga al hogar beneficiario, para efectos de complementar la financiación para la adquisición de vivienda que se catalogue como de interés social.

El sistema de financiación de la vivienda para personas de menores ingresos, en Colombia, se soporta en un trípode de fuentes, a saber: (i) el ahorro, (ii) el crédito y (iii) el subsidio.

El sistema responde pues por el subsidio, reconociendo tal prestación a los hogares postulados que acrediten las condiciones de ley.

Si bien la vivienda y el derecho de acceso a ella en condiciones de dignidad no están contemplados expresamente como componentes del sistema de seguridad social, pese a que la propia Corte Constitucional ha reconocido que en términos amplios así debiera ser, se trata de un beneficio que se confiere por el Estado a la familia como mecanismo de protección y generación de capital humano.

El otorgamiento de los subsidios de vivienda y, en general, la actuación de las cajas como organizadoras de demanda y de oferta de vivienda en Colombia, se constituye en una función de alto impacto, mediante la cual se ejecuta la política social del Estado y que corresponde en esencia al núcleo de la seguridad social.

#### 5.5.4. *Prestaciones de la protección social por delegación del Estado*

En las últimas dos décadas, el Estado ha trasladado a la operación del sistema una serie de funciones de interés público, con cargo a los recursos provenientes de los aportes del 4% y cuya población beneficiaria no necesariamente son los afiliados a las cajas de compensación familiar.

Se trata de la materialización del principio de la colaboración de particulares en la prestación de funciones de interés general, a partir del postulado de la participación sociedad/Estado, propio por esencia del sistema de subsidio familiar.

En esa virtud, las cajas figuran como operadoras de actividades relacionadas (i) con la atención de niños pobres, tanto en programas de hoga-

res infantiles como de jornada escolar complementaria, así como (ii) con la financiación del régimen subsidiado de salud, bien actuando como aseguradoras o a través del giro de recursos a la subcuenta de solidaridad del FOSYGA.

Igual podría decirse que ocurre en el caso de las prestaciones para desempleados, a las cuales sin embargo, y teniendo en cuenta su naturaleza, hemos ubicado en un capítulo anterior, en consideración además a que en este evento lo que surge es una nueva relación de las cajas con los beneficiarios de dichas prestaciones, los cuales habrán de entenderse como afiliados a las aludidas corporaciones.

#### 5.5.5. *Prestaciones sociales acordadas con el Estado*

Se trata del amplio espectro que corresponde a la prestación de servicios por las cajas de compensación familiar a partir de delegación o contratación con entidades públicas, del orden nacional o territorial, y mediante los cuales se ejecuta la política social a cargo del Estado.

Múltiples son los ejemplos y variadas las opciones al respecto, en particular considerando que el sistema permite desarrollar alternativas de ejecución de tareas públicas con la colaboración de particulares.

Un esquema típico en conexión con esto tiene que ver con la operación de las cajas como contratistas del Estado en cuestión de trámites y reconocimiento de subsidios familiares de vivienda de interés social para población no afiliada, con recursos de FONVIVIENDA, la cual se materializa a través de una unión temporal de todas las cajas del país.

Como se aprecia, en esta modalidad de gestión el sistema contribuye a la realización de fines públicos, descargando al Estado de tareas que antes asumía en forma directa y mediante el reconocimiento de sumas por la gestión o de comisiones por la prestación del servicio.

Un segundo tipo de tareas asumidas por las cajas en este componente es el que surge por la celebración de contratos con las entidades públicas. Bajo esta perspectiva las cajas se asumen como proveedoras especializadas de servicios, para los fines relacionados con las funciones a su cargo.



De tal suerte, proceden a celebrar convenios con las entidades públicas mediante los cuales ejecutan a nombre de aquellas tareas de interés colectivo y con cargo a recursos públicos que administran para esos fines.

Al efecto, se recurre no en pocas ocasiones a posibilidades de cofinanciación para soportar el logro de propósitos generales.

Un tercer frente en la materia tiene que ver con la opción de aplicar recursos de cooperación internacional para el desarrollo de proyectos, con la participación adicional del Estado o de otros actores.

Finalmente, se considera que un cuarto componente de este capítulo de servicios es el que se materializa a partir de la asociación con entidades públicas para la ejecución de roles de la seguridad social o la política social.

Dentro de este, existe a su turno una variedad de opciones:

— Operación directa o por asociación en entidades de la seguridad social, bien en fondos de pensiones, en entidades promotoras de salud, en administradoras de riesgos profesionales o en instituciones prestadoras de servicios de salud. Algunas cajas operan bajo su propia personería un programa EPS.

— Actuación directa o por asociación en calidad de operadores de información dentro del sistema de planilla integrada de liquidación de aportes (PILA).

— Asociación para la constitución de instituciones de la seguridad social, modelo de especial interés y oportunidad, en particular en lo que corresponde a la integración de esfuerzos público/privados para la asunción de labores de aseguramiento en salud que correspondía al ISS, reto que ahora ha sido asumido por una sociedad anónima mixta con participación de cajas de compensación familiar, es decir del sistema como tal. Igual ha acontecido con la operación de empresas sociales del Estado, en cuya administración han ingresado cajas de compensación familiar, mediante la unión de esfuerzos con otros actores relacionados con la salud. Este esquema asociativo se constituye en uno de los más atractivos modelos de gestión, que combina las ventajas de la gestión privada con el aseguramiento

de fines colectivos y que debe ser objeto de especial seguimiento en cuanto a sus resultados y proyecciones, pues el mismo podría ampliarse a otras opciones, como por ejemplo a la prestación de los servicios en materia de riesgos profesionales y con una posible participación de las cajas en la empresa que sustituyó la operación en ese campo del ISS.

Como se aprecia, son múltiples las opciones de servicio a cargo del sistema de subsidio familiar.

Esta reflexión reafirma la necesidad de reconceptualizar dicho sistema a partir de un análisis sobre su propia denominación, pues es claro que en Colombia el sistema de subsidio familiar cubre bastantes más funciones que las que le correspondían en el campo de las asignaciones familiares. Las cajas terminan operando como fiduciarias sociales en el amplio espectro de la protección social y procuran la realización del bienestar para la familia en Colombia.

Todo análisis sobre la materia debe considerar la complejidad de este aspecto y reflexionar sobre la conveniencia de mantener la pluralidad funcionalista del sistema, así como tomar en cuenta las combinaciones de operación, reconociendo los logros alcanzados por las cajas en la gestión de estos servicios.

Es claro, igualmente, que no todas las cajas del país cubren las mismas prestaciones (excepto las de origen legal obligatorio) ni tienen las mismas posibilidades de desarrollo en la materia, asunto que deberá considerarse en un replanteamiento general del sistema, replanteamiento que, sin desechar la historia, debe adaptar el sistema a las realidades actuales y a las necesidades de la sociedad colombiana del siglo XXI, especialmente en lo que respecta a la operación regional de aquellas.

## 5.6. **Financiación y aportes parafiscales**

Constituyen la fuente principal de ingresos para las cajas de compensación familiar, no obstante lo cual éstas han avanzado en la diversificación de fuentes de financiación, resaltándose por ejemplo la importancia que tienen en este campo el rubro del mercadeo y el de salud.

En general, podemos afirmar que el sistema se nutre principalmente de ingresos por las siguientes fuentes:

- a) Aportes de los empleadores y de los afiliados voluntarios
- b) Tarifas por servicios sociales
- c) Rendimientos de capital y financieros
- d) Rendimientos por actividades contractuales
- e) Otros

El sistema, a diferencia de lo acontecido en salud y pensiones, no percibe recursos aportados por el Estado, ni ingresos cuyo origen obedezca a subsidios públicos.

A partir de estas reflexiones conviene dar una mirada a lo que representan los aportes parafiscales para el sistema, con base en una reflexión general sobre la materia.

La parafiscalidad constituye una forma de financiar actividades de interés general, a partir de exacciones obligatorias que impone el Estado a sus administrados.

En nuestro ordenamiento constitucional, tanto los recursos fiscales como los parafiscales ostentan la condición de recursos públicos<sup>(51)</sup>.

El aporte de la institucionalidad colombiana en materia de parafiscalidad es de especial importancia, pues fue precisamente la aplicación de recursos en el sector del café lo que dio origen a este modelo de financiación.

En efecto, el surgimiento de una cuota pagada por los productores de café sobre los producidos, cuyo importe se debía destinar al fortaleci-

---

(51) Corte Constitucional, Sentencia T-712 de 2003.

miento del sector caficultor, generó el modelo parafiscal, con características propias, entre ellas:

- Ser de carácter obligatorio
- Originarse y destinarse para un sector económico
- Atender finalidades de interés colectivo
- No ingresar al tesoro público
- Aplicar en su administración un modelo de gestión privada

La Corte Constitucional ha indicado, por su parte, las características jurídicas de la parafiscalidad, precisamente al referirse a la operación del Fondo Nacional del Café<sup>(52)</sup>, señalando entre ellas las que se refieren a la obligatoriedad de la exacción, la particularidad del sujeto gravado (afectan a un sector económico), la particularidad y especificidad de los beneficiarios del aporte (se reinvierten en el sector que aporta) y la no individualización de los beneficios (en tanto benefician al sector y no a sujetos particulares).

Uno de los temas materia de disquisiciones en lo que respecta a la doctrina de la hacienda pública tiene que ver precisamente con la naturaleza y los alcances de este tipo de contribuciones y su relación con los ingresos de origen fiscal.

Lo anterior en particular si se tienen en cuenta algunos elementos básicos para la discusión, a saber:

- a) La prohibición constitucional de la creación de impuestos con destinación específica.
- b) La financiación de la seguridad social en Colombia a partir de aportaciones de naturaleza parafiscal, mediante el esquema de cotizaciones.

---

(52) Corte Constitucional, Sentencia C-449 del 9 de julio de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

c) La confusión de conceptos que ha llevado indistintamente a hablar de impuestos sobre la nómina, cuando se hace referencia a aportaciones de naturaleza parafiscal.

d) La aplicación de parte de las cotizaciones en el sistema de seguridad social –también en el campo del sistema de subsidio familiar– a la financiación de fines públicos (no para el cubrimiento de beneficios del aportante o de un grupo específico), de ordinario cubiertos por recursos provenientes de impuestos, como en el caso del traslado de recursos para la financiación del régimen subsidiado de salud (tanto en el caso de los aportes adicionales que se pagan por los cotizantes con ingresos más altos, como de los recursos que deben destinar las cajas de compensación familiar a ese fin).

De manera particular, en el caso del sistema de subsidio familiar es preciso registrar así sea brevemente la historia sobre el entendimiento de los aportes pagados por los empleadores, con el fin de financiar las prestaciones del mismo.

En el inicio y de manera congruente con la interpretación histórica en virtud de la cual el subsidio familiar se reconocía como prestación social de los trabajadores de medianos y menores ingresos, los aportes pagados por los empleadores a las cajas para la atención de esa prestación se reconocían como recursos de fuente laboral, cancelados para la administración de operadores especializados, sin naturaleza parafiscal.

En el ciclo de los beneficios por asignaciones familiares, si el empleador no pagaba el aporte, obviamente no había reconocimiento de subsidios ni obligaciones a cargo de las cajas, que actuaban como meras administradoras.

Se planteaba entonces un carácter “laboral” de dichos aportes, en la medida en que su finalidad estaba afectada por un pago de origen tal, tanto en el sector privado como en el público y considerando que en Colombia el sector público está obligado a la afiliación al sistema de subsidio familiar desde la década de 1960.

En ese sentido se expresaba el artículo 2° de la Ley 225 de 1995 y se alzaron las voces del sistema, de manera recurrente.

Pese a ese origen, posteriormente se fue dando un giro en la interpretación del asunto, primero por la jurisprudencia constitucional y luego por la normatividad, reconociéndose a los aportes con destino al sistema de subsidio familiar, al SENA y al ICBF la condición de contribuciones parafiscales.

Téngase en cuenta en este punto que en las últimas dos décadas ha operado lo que hemos denominado como la “segurosocialización” del sistema, ello en la medida en que, sin perder de vista el origen prestacional laboral del subsidio familiar, las asignaciones familiares han sido reconocidas como prestaciones del sistema de seguridad social, tal como se ha comentado.

Esta tendencia, de clara explicación a partir del garantismo humanista que informa la Constitución Política de 1991 en Colombia, implica, por ejemplo, que mediante decisiones judiciales se ordene el pago del subsidio a favor de hijos menores, no obstante no haber sido cancelados los aportes por el empleador correspondiente.

La Ley 789 de 2002 constituye el hito normativo por el cual se dio expreso reconocimiento al carácter parafiscal de los aludidos aportes.

Por su parte, se aprecian ya voces de la doctrina constitucional que se refieren a los mismos, calificándolos con un nivel de especificidad propio, al referirse a ellos como a aportes parafiscales atípicos. Esto se da en pronunciamientos tales como la Sentencia C-1173 de 2001 de la Corte Constitucional (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

Lo anterior con plena lógica, pues es imperativo reconocer la diferencia conceptual existente entre las aportaciones parafiscales y los aportes al sistema de seguridad social, en especial de aquellos con destino a la financiación del subsidio familiar en Colombia.

Apréciese cómo la parafiscalidad no es exclusiva del subsidio familiar y que, por el contrario, se constituye en una forma de financiar servicios para sectores económicos nacionales.

En ocasiones, parece que el debate sobre la financiación parafiscal se restringe exclusivamente el ámbito del sistema estudiado, desconociendo

que aportes parafiscales se aplican en muchos campos de la economía nacional, sin que se aluda, y menos se analice, el impacto de estos parafiscales en la productividad y la generación de empleo formal en el país.

Por las características de lo parafiscal atrás referidas, es claro que los aportes que un sector productivo genera, a partir de un mandato legal (principio de legalidad del tributo), y que se destinan a financiar servicios para ese mismo sector, tienen tal condición.

Así acontece con la amplia gama de aportaciones parafiscales en Colombia, entre ellas las del café, las del sector porcícola, las pagadas por los hortifruticultores, las del sector panelero, para no mencionar sino algunas de ellas.

No obstante, los aportes a la seguridad social y al sistema de subsidio familiar distan de la típica categorización parafiscal, en particular por las siguientes razones:

a) No gravan a un “sector” de la economía nacional, sino que por el contrario se busca que sean originados por todos los residentes en el país. En efecto y si bien puede considerarse que son propias del sector trabajo, la aplicación de la universalidad promueve que se vinculen a la seguridad social sectores informales y que, por ende, ellos también aporten a su financiación; lo anterior cobija igualmente a los desempleados, quienes por ejemplo pueden seguir afiliados como voluntarios a las cajas de compensación familiar, y se busca que así mismo se generen mecanismos de seguros públicos y privados, para que puedan continuar aportando a los subsistemas de pensiones y salud. Lo anterior implica que la aportación parafiscal para la seguridad social grava por esencia a todos los residentes en un país, con lo que se rompe una característica específica de la parafiscalidad ordinaria.

b) No se establecen en beneficio de un “sector” determinado de la economía, el que genera el aporte. Por las mismas razones expuestas en el ítem anterior, los aportes al sistema de subsidio familiar sirven a la generalidad de los residentes, considerando que la seguridad social busca cubrir a toda la población. El sistema de subsidio familiar extiende sus beneficios a poblaciones de trabajadores con contrato laboral, pero adicionalmente a trabajadores informales, independientes y desempleados. Es

decir, los aportes al sistema benefician al sector del trabajo, pero con una visión amplia (sector formal e informal) y amplían su cobertura a desempleados, con lo cual se rompe la noción restringida de sector que se aplica para definir los aportes parafiscales típicos.

c) La individualización de beneficiarios y de beneficios. En general, los aportes hechos al sistema de seguridad social, incluidos los que realizan los empleadores para cubrir las prestaciones del subsidio familiar, tienen un fin particular, en la medida en que se realizan para cubrir beneficios de los afiliados y en que, no obstante financiar al sistema integral y sus subsistemas y destinarse en parte al aseguramiento de poblaciones excluidas (lo que hace que su aplicación tenga vocación universal y no de sector, como se ha detallado), su razón de ser es precisamente la identificación de beneficios a personas determinadas. Ello es evidente cuando se alude a los aportes pagados en el sistema previsional, particularmente en el régimen de ahorro individual, pero también en cuanto se refiere a la financiación del aseguramiento en el sistema de salud. Es decir, la parafiscalidad que nutre la seguridad social beneficia de manera directa a los afiliados, pudiendo especificarse los destinatarios de los servicios que se pagan con los aportes, y no se dirigen a la financiación de un sector, frente a necesidades grupales o colectivas, como acontece con los parafiscales en su forma típica.

Tendrá que desarrollarse entonces la teoría sobre los aportes parafiscales que nutren la seguridad social y el sistema de subsidio familiar, pues es evidente que la camisa conceptual de la parafiscalidad típica no se ajusta exactamente a la naturaleza, condiciones y exigencias de tales aportes.

La revisión amplia sobre el concepto parafiscal aplicado a la financiación de la seguridad social y del sistema de subsidio familiar deja varias reflexiones para considerar en el debate:

a) La forma parafiscal de financiación no es exclusiva de la seguridad social, ni menos del sistema de subsidio familiar. Todo debate sobre su impacto en la economía debe considerar los costos parafiscales que operan en otros ramos y sectores.

b) El modelo de seguridad social en Colombia basa su financiación en el esquema de aportación, por lo que las contribuciones parafiscales constituyen la principal fuente financiera del mismo.



c) Se requiere mayor desarrollo conceptual en lo que concierne a las contribuciones parafiscales atípicas con las que se financia el sistema de seguridad social en Colombia.

d) Resulta oportuno analizar si en parte las contribuciones parafiscales al sistema de seguridad social y subsidio familiar han mutado su naturaleza y revisten carácter fiscal.

e) Las aportaciones con destino al SENA y al ICBF sirven a finalidades de la protección social y a la ejecución de la política social, mas no cubren riesgos de la seguridad social, por lo que resulta pertinente considerar su verdadera naturaleza y la conveniencia de mantener su esquema como aportes parafiscales.

### **5.7. Operadoras: cajas de compensación familiar**

Se trata de considerar la naturaleza de las operadoras del sistema de subsidio familiar en Colombia, que a partir de la Ley 789 de 2002 han asumido la gestión integral de la protección social en el país.

Como se ha indicado, las cajas son emanación del principio constitucional de participación<sup>(53)</sup>, en cuanto vinculan la gestión privada a la realización de cometidos de interés público, a partir de un esfuerzo de origen voluntario, como emanación anticipada de la responsabilidad social del empresariado colombiano.

Las cajas de compensación familiar en Colombia son corporaciones privadas, administradas bajo el régimen del derecho particular, que operan ramos del servicio público de la seguridad social, los servicios sociales y actividades estatales a ellas delegadas o adscritas por colaboración, y que administran recursos del sector de los trabajadores, a partir de los aportes de los empleadores.

Por su origen y naturaleza las cajas gozan de la autonomía que se desprende del artículo 103 de la Constitución Política, así como de los pos-

---

(53) Corte Constitucional, Sentencia C-575 de 1992.

tulados de libre empresa que rigen el constitucionalismo económico nacional.

No obstante, como operadoras de un servicio público, las mismas están sometidas a la intervención del Estado, tanto en la regulación de su estructura y funcionamiento como en lo que atañe a su gestión y al ejercicio de la inspección, vigilancia y control aplicable a su operación.

Esa intervención estatal ha venido incrementándose en la medida en que opera el ya señalado proceso de “segurosocialización” al que está sometida la operación del régimen de subsidio familiar, y se refleja en múltiples facetas de su operación, entre ellas en:

La creación, regulada por la ley y controlada por la Superintendencia del Subsidio Familiar.

La afiliación de empleadores, proceso que se rige por principios de ley y que está regulado por la Superintendencia del Subsidio Familiar. El mismo implica la aplicación de un procedimiento en cuanto a ofrecimiento de portafolio de servicios por las cajas, desestímulo al traslado de empresas entre cajas, informe a la caja titular de la afiliación y otros mecanismos de control.

Los recursos e ingresos, mediante la definición obligatoria de los aportes y la forma de su pago, así como a través del control ejercido sobre el desarrollo de actividades y la generación de ingresos por su ejecución, bajo un régimen tarifario también regulado y controlado.

Los beneficios, mediante la regulación de las prestaciones (de subsidios bajo su administración) y de las actividades a cargo de las cajas de compensación familiar, y con la aplicación de fuertes criterios de intervención por parte de la Superintendencia del Subsidio Familiar en la interpretación de los artículos 62 de la Ley 21 de 1982 y 16 de la Ley 789 de 2002, que pueden terminar afectando la autonomía propia de la gestión de entidades de naturaleza particular.

La inversión y gestión, a través de la aplicación de procedimientos de control sobre la operación de las cajas por parte de la Superintendencia del Subsidio Familiar; si bien aplica un régimen general de control posterior,

la definición de programas y servicios y la realización de proyectos de inversión se someten a la aprobación por parte de dicho organismo, excepto aquellos programas y proyectos que encuadren en el régimen general y no requieran aprobación previa.

La intervención, por la aplicación de un régimen de control a cargo de la Superintendencia del Subsidio Familiar, que permite la actuación administrativa de intervención para ajustar las fallas de las cajas o para proceder a su liquidación, y que puede implicar alternativas tales como la gestión administrativa que desplaza funcionarios de la corporación (el representante legal o el consejo directivo) o la intervención sobre procesos de la caja y el mercado de las cajas, pues como medida cautelar se ha llegado a congelar los procesos de afiliación y traslado de empresas, no de unas entidades en particular, sino de una región determinada. No se pierda de vista en todo caso, que es la Superintendencia de Industria y Comercio la habilitada para conocer de asuntos por competencia y protección al consumidor respecto a la operación del sistema.

La liquidación, en la medida en que el régimen de terminación de una caja de compensación familiar está regulado legal y estatutariamente y que no se puede disponer libremente de sus recursos al terminar su objeto o decretarse su extinción. Igual aplica un procedimiento normativo y de intervención administrativa, en cuanto se refiere a la fusión de cajas de compensación familiar<sup>(54)</sup>.

Las cajas de compensación familiar han sido el mecanismo aplicado en Colombia para la satisfacción de las prestaciones del sistema de asignaciones familiares y protección al desempleo. A nivel americano, son instituciones sin par, pues ellas mantienen su carácter privado, bajo cuya administración se encuentran recursos obligatorios con los que se financian fines colectivos y de protección a los trabajadores, con especial referencia a aquellos de medianos y menores ingresos.

---

(54) En esta materia consideramos que corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio resolver sobre los aspectos atinentes a la protección del consumidor y la competencia entre cajas de compensación familiar, por lo cual lo concerniente a fusiones de cajas deberá ser conocido a partir de la Ley 789 de 2002, por dicho organismo y no por la Superintendencia del Subsidio Familiar.

Las cajas son particulares que prestan servicios al Estado por colaboración, en un esquema descentralizado y flexible respecto de las necesidades de la política social.

Como operadoras del sistema de subsidio familiar, su rol obedece al de administradoras de recursos, antes que al de aseguradoras, por cuanto el diseño del sistema de asignaciones familiares y de desempleo en Colombia no se da bajo el modelo del aseguramiento. No obstante ello y al tener en cuenta pronunciamientos judiciales que reconocen el carácter de tutelable del derecho al subsidio familiar, es posible anticipar el debate sobre si el papel de tales corporaciones puede equipararse al de aseguradoras.

Esto tiene validez si se reconoce explícitamente que las prestaciones a cargo de aquellas, en especial las que se refieren a los ramos clásicos de la seguridad social (asignaciones familiares y desempleo), tienen autonomía respecto a los aportes y deben ser satisfechas bajo el principio de automaticidad, para realizar un servicio público a partir de lo ordenado por el artículo 48 constitucional.

Por supuesto que pronunciarse en tal sentido implicará replantear la forma de organización del propio sistema, el cual, recordemos, no cuenta con un esquema de compensación sistémico o una cuenta o fondo de solidaridad, ni con instituciones semejantes, operando hasta el momento bajo un modelo de compensación independiente por cada caja de compensación familiar, con algunos ajustes en cuanto a traslados de recursos entre cajas, y ello solamente a partir de la Ley 789 de 2002.

Mediante economías de escala y estrategias de eficiencia empresarial las cajas han favorecido la optimización de los recursos aportados por los empleadores, permitiendo que éstos cubran otras finalidades públicas, diversas a las previstas en el origen del sistema.

Se trata, pues, del único subsistema de la seguridad social cuyos operadores generan recursos adicionales que satisfacen fines sociales y que no requieren aportación fiscal para su sostenimiento, además de financiar con sus remanentes servicios complementarios y necesidades de los demás subsistemas de la seguridad social, en particular el de salud.

La acción de las cajas y la transformación de su objeto social hacia el pluralismo plantean cuestiones que es preciso abordar.

De manera principal, la ubicación de las mismas en el contexto corporativo empresarial colombiano.

Si bien las cajas tienen la naturaleza de corporaciones sin ánimo de lucro, la gestión a su cargo les ha permitido constituirse en empresas de especial tamaño, tanto en el contexto nacional como regional. De hecho, varias cajas de compensación se ubican en la lista de las cien más grandes empresas del país; por su parte, la operación de aquellas aun en regiones con menores niveles de desarrollo les permite catalogarse, en su contexto, como principales organizaciones generadoras de empleo y dinamizadoras de la economía local.

Esta condición se complementa con la de ser instituciones que administran ramos de la seguridad social en Colombia; es decir, se trata de corporaciones sin ánimo de lucro, que proveen servicios de la seguridad social y servicios sociales, pero que además se han desarrollado como empresas de especial impacto en la economía nacional.

No existe entonces una definición última en cuanto a la naturaleza de estas organizaciones; más allá de lo jurídico y de la aplicación del régimen civil a su estructura y constitución, pertenecen al sector empresarial de los servicios, o hacen parte de las organizaciones solidarias, o constituyen un grupo especial de entidades privadas, gestoras de servicios sociales.

Si bien la normatividad las equipara a organizaciones del sector solidario, su operación en diversos frentes las ubica de cara al empresariado con el que terminan compitiendo cuando de proveer servicios se trata. De otro lado, la amplia posibilidad de celebrar alianzas con que cuentan las cajas les permite, bien en forma directa o indirecta, concurrir en competencia con sectores estatales, empresariales y de la seguridad social.

Tal realidad hace que hablar de competencia entre cajas de compensación familiar ofrezca unos particulares alcances.

Se aplica aquella en cuanto hace en cada región (por la aplicación del principio de territorialidad en la operación de las cajas) a la afiliación o el

traslado de empresas a la caja que sea escogida por el empleador, por lo que las cajas de un departamento compiten entre sí por afiliados.

Pero igualmente surge competencia con organizaciones y empresas que proveen servicios iguales a los que las cajas prestan, entre estas, hoteles, supermercados, instituciones financieras, fondos de empleados y cooperativas, centros recreativos, instituciones de educación superior, colegios, jardines infantiles, instituciones prestadoras de salud, entre otras.

Y también puede decirse que entran en competencia con agencias públicas que prestan servicios relacionados con los que caben dentro del objeto social de las cajas; basta citar como ejemplos los casos del ICBF y del SENA, en lo que se refiere a la prestación de servicios a niños y la capacitación para el empleo, actividades en que tanto las cajas como aquellas instituciones comparten mercado. Esto último, sin perjuicio de mencionar la generalidad relacionada con la provisión de servicios de política social, tanto en la gestión administrativa como en la estrictamente operativa. Al respecto apréciase cómo las cajas en unión temporal terminaron sustituyendo una agencia pública como era el INURBE, así como la manera en que las entidades territoriales terminan enflaqueciendo sus estructuras burocráticas directas, para dar paso a esquemas de tercerización de servicios sociales, frente a lo cual las cajas cuentan con un protagonismo privilegiado (atención a desplazados, manejo de niños, cuidado de poblaciones vulnerables, servicios para adultos mayores, etc.).

Lo anterior cobra especial importancia en lo que atañe al funcionamiento del sistema de seguridad social. Las cajas son las instituciones más dúctiles de aquel, en la medida en que están habilitadas para participar en la provisión de diferentes servicios en esa materia. De manera directa o indirecta, con la propia personería o a través de instituciones en las que participan, las cajas brindan servicios de aseguramiento y prestación de servicios en las ramas de la seguridad social, al punto de haberse constituido en socias —algunas de ellas— de la entidad promotora de salud que asumió los afiliados en salud que correspondían a la EPS del ISS, y de otra parte, de ser responsables del aseguramiento de una importante población en el régimen subsidiado.

Otra particularidad en lo que respecta a las cajas de compensación familiar tiene que ver con la manera en que la normatividad ha permiti-

do la operación de las actividades a su cargo, por medio de la administración de fondos bajo un mismo esquema operacional y una sola personería jurídica.

En efecto, se trata de un modelo en el que bajo una misma entidad se realizan fines diversos y se aplican recursos de diferente origen o condición. Este pluralismo funcional es particular de dichas organizaciones, lo que hace que a nuestro juicio las cajas deban ser redefinidas en el futuro como organizaciones fiduciarias sociales, por cuanto ostentan condiciones propias de entidades tales, en la medida en que actúan como administradoras de fines determinados, a partir del uso de recursos que se colocan a su disposición.

Una característica sí esencial que habrán de conservar estas instituciones es la relacionada con su carácter como instituciones sin ánimo de lucro. El hecho de que los recursos a su cuidado no sean propiedad de las organizaciones y de que carezcan de propietarios accionarios o de cuotas partes permite en ellas la realización de una aspiración colectiva, con visión empresarial y estándares de gestión privada<sup>(55)</sup>.

Por lo demás, esta es una condición propia de la economía solidaria, que en el caso se impone por ley y que resulta extraña a la generalidad de las instituciones de la seguridad social, en las cuales prevalece la operación de particulares con ánimo de lucro. Nótese a propósito que una de las recientes particularidades de las reformas organizacionales en el sistema de seguridad social en Colombia consiste en el diseño de organizaciones que de alguna manera pretenden hacer prevalecer criterios solidaristas, de conjunción de esfuerzos públicos y privados; al respecto, se han citado la transformación del ISS y la creación de la NUEVA EPS y de POSITIVA ARP, como organizaciones en las que se mezclan tales componentes, preservándose un esquema de participación estatal, pero con orientación hacia la gestión privada.

---

(55) A nuestro juicio, las cajas de compensación familiar se convierten en un referente del tipo de empresas sociales al que invita en la refundación del capitalismo Muhammad Yunus, opuestas al concepto de empresas de maximización y reparto de beneficios.

Finalmente, repárese en que las cajas, por buena gestión y resultados que obtengan, no son un fin en sí mismo consideradas. Su existencia está condicionada por el logro del objeto del sistema de protección social, a partir de la manera en que lo logren, es decir, con criterios de eficiencia, eficacia y calidad que ameriten su continuidad.

La historia de su gestión es un buen indicio de lo que puede esperarse de ellas, pero no legitima por sí su continuidad, la cual dependerá de la manera en que hacia el futuro encaren los retos de la protección social y de cómo logren responder a las nuevas exigencias sociales.

Así como en la década de 1950 se apreciaron como el esquema ideal de cobertura para los trabajadores, en el siglo XXI las cajas de compensación familiar tendrán que satisfacer las demandas crecientes del Estado y de la sociedad y demostrar con su manejo que continúan siendo los mecanismos más eficientes de gestión en materia de protección social.

Para ello tendrán que asumir particular preocupación por los siguientes temas:

a) *Transparencia y buen gobierno.* Si bien se reconoce a las cajas como idóneas operadoras de los servicios a su cargo y hay una buena imagen pública sobre su gestión, no dejan de apreciarse nubarrones en temas tales como la incursión de presiones políticas y particulares en su operación o la interferencia de intereses privados, no necesariamente enfocados al fin institucional, o la generación de modalidades de competencia inadecuada, entre otros factores. La intervención de cajas de compensación familiar por parte de la Superintendencia del Subsidio Familiar es un indicador que debe ser seguido con especial cuidado, pues falencias en el buen gobierno institucional de estas organizaciones puede dar al traste con su labor.

b) *Eficiencia.* No obstante reconocerse los esfuerzos en la materia, máxime teniendo en cuenta que se trata de organizaciones que por mandato de la ley han tenido que reducir sus costos de administración, aún se da una fuerte concentración de sus ingresos en los aportes del 4% y una distribución de costos de administración en los servicios, así como se presentan dificultades en cuanto a la causación de beneficios homólogos para los afiliados de diferentes regiones del país.



c) *Sistematicidad*. Resulta necesario ahondar en esquemas que proyecten un verdadero sistema de subsidio familiar, más allá de su interpretación como el esfuerzo, valioso pero disperso, de operadoras en las diversas regiones del país. No hay mucha historia de sistematicidad en el ámbito del subsidio familiar, esto por cuanto, por su propio origen, las cajas de compensación familiar fueron creadas como esfuerzos empresariales de grupos económicos, con altos niveles de autonomía e independencia. La necesidad de una mayor y más técnica presencia del organismo de control y de una definición más clara de política pública en la materia ha hecho así mismo que se retarden pasos en el proceso de sistematización requerido. A este respecto conviene analizar la posibilidad de aplicar esquemas de compensación nacional o regional, con referencia a unidades de pago por capitación según beneficiarios y alternativas más expeditas de giro de recursos entre operadoras, para asegurar el objeto del sistema y un mayor equilibrio entre las cajas y sus prestaciones.

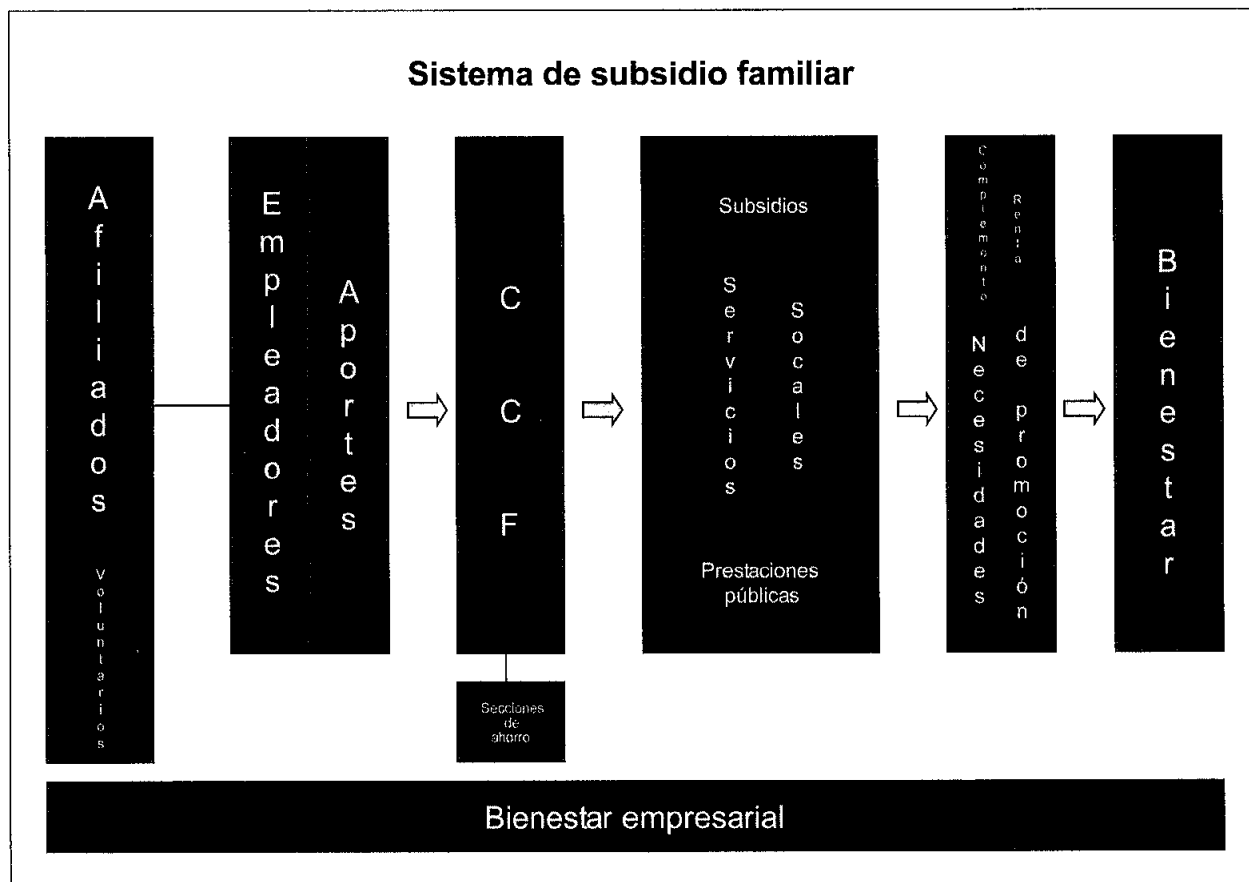
d) *Estandarización de beneficios y operación nacional del sistema*. Se trata de establecer mecanismos que permitan la uniformidad y flexibilidad en los beneficios reconocidos por el sistema a través de las cajas en las distintas regiones del país. Así mismo, el abordaje necesario e inaplazable en lo que toca con la provisión de servicios a nivel nacional, que no necesariamente implica la supresión de cajas de compensación familiar o la operación nacional de las mismas, sino que entraña, en concordancia con lo indicado en el punto anterior, una operación más flexible y sistémica de las cajas de compensación familiar en Colombia. Esto es, la alternativa para afiliar trabajadores desde un solo centro aun cuando presten servicios en diferentes departamentos, la existencia de beneficios homólogos particularmente en cuanto atañe al régimen de cuota monetaria y la posibilidad para un afiliado de acceder efectivamente en todo el país a los servicios del sistema. Para ello, las opciones de alianzas y convenios entre cajas se aprecian como de alto valor, así como la alternativa de que entre ellas se organicen empresas o servicios que brinden apoyo a las cajas y que favorezcan la operación particular, aplicando economías de escala y optimización de buenas prácticas, en especial en lo concerniente a la gestión administrativa.

e) *Universalización*. Ello, mediante la proposición y puesta en operación de esquemas de servicio que permitan la inclusión en el sistema de

millones de potenciales afiliados que pertenecen a la economía informal o al mercado del trabajo independiente o al sector de los desempleados. Un subsistema de seguridad social que no sea capaz de realizar la universalidad, en forma progresiva por supuesto, está llamado a desaparecer, pues es lo propio de las prestaciones de la seguridad social que aquellas sean reconocidas para todas las personas, con independencia de su condición laboral y más aún de su formalidad. Favorecer esquemas de apoyo a la formalización, promover la afiliación de nuevas poblaciones y estructurar servicios para sectores vulnerables son algunos de los retos que a nuestro juicio se muestran más evidentes para el sistema de subsidio familiar y sus operadoras.

### Subsidio familiar (facetas)





Esquema orgánico del sistema de subsidio familiar en Colombia.

## 6. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN A LOS DESEMPLEADOS

### 6.1. Fundamentos legales

El sistema de protección social se entiende como el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y mejorar la calidad de vida de los colombianos, por lo cual una de sus prioridades es la materialización de beneficios o coberturas para los desempleados del país.

Si bien de tiempo atrás existían fundamentos jurídicos para poner en marcha un régimen de protección a esa población en Colombia<sup>(56)</sup>, será solamente en 2002 que con carácter nacional y como política pública de seguridad social se adopten medidas en ese sentido.

Las prestaciones para los desempleados ostentan la condición de beneficios de la seguridad social y se cubren contra recursos fiscales y parafiscales, por el Estado y por las cajas de compensación familiar. Lo anterior sin perjuicio del diseño y puesta en ejecución de mecanismos adicionales de protección para este sector, o de la consideración futura de opciones deseables y necesarias en cuanto a estructurar en Colombia un régimen de seguro por desempleo, que se integre al actualmente existente en materia de cesantías y régimen laboral de terminación de los contratos laborales, y cubra a los trabajadores respecto a la contingencia de la desocupación laboral involuntaria, ya con un estricto carácter de seguro, tal como aconteció en Chile a través de la reforma implementada por la Ley 19.728 de 2001.

El régimen jurídico aplicable se fundamenta en el artículo 48 de la Constitución Política, así como en los artículos 6, 7, 10, 11 y 16, numerales 3, 11 y 13, de la Ley 789 de 2002.

La materia es desarrollada reglamentariamente por el Decreto 2340 del 19 de agosto de 2003, con las modificaciones introducidas por los Decretos 3450 del 1º de diciembre de 2003 y 586 del 1º de marzo de 2004.

---

(56) Ver la Ley 90 de 1946 que posibilitaba al ICSS para que asumiera el cubrimiento en materia de desempleo.

## 6.2. Sujetos

Para ser sujeto de las prestaciones en este régimen se requiere ser desempleado. El concepto implica la aplicación de la noción de paro forzoso, es decir, la pérdida involuntaria del empleo y la disponibilidad de ocuparse. No obstante que estos criterios están desarrollados por la doctrina y la legislación en otras latitudes<sup>(57)</sup>, en nuestro caso se aplica una noción normativa que consiste en considerar como sujetos de las coberturas a jefes cabeza de hogar que estuvieron cotizando al sistema de seguridad social y que posteriormente no estén registrados en éste, ni como cotizantes ni como beneficiarios, y se encuentren en situación de desempleo.

En efecto, el párrafo 5 del artículo 13 de la Ley 789 de 2002 consagra la definición legal al respecto:

*Para efecto de la presente ley se considera jefe cabeza de hogar desempleado la persona que demuestre haber sido afiliada anteriormente (como cotizante y no como beneficiaria) a una EPS o una Caja de Compensación, con personas a cargo y que en momento de recibir el subsidio no sea afiliada como empleada ni a una EPS, ni a una Caja de Compensación, ni como cotizante ni como beneficiario.*

*Esta condición deberá ser declarada bajo juramento por el jefe cabeza de hogar ante la empresa que lo contrate y que so-*

---

(57) El régimen español, por ejemplo, consagra que no todos los parados tienen derecho a la prestación. El desempleo protegido es aquel de quienes pudiendo y queriendo trabajar pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo. La cobertura se brinda frente a: desempleo total (definitivo o temporal) y desempleo parcial (reducción de la jornada laboral en una tercera parte al menos). Los beneficiarios deben reunir los siguientes requisitos:

- a) Trabajadores por cuenta ajena incluidos en el RGSS (salvo contrato para la formación) o en regímenes especiales que tengan prevista la cobertura. No incluye a trabajadores domésticos
- b) Personal en régimen de derecho administrativo
- c) Funcionarios de empleo al servicio de la administración pública
- d) Liberados de prisión
- e) Emigrantes retornados
- f) Socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado.

*licite cualquiera de los subsidios de que trata la presente ley, en formulario que al efecto deberá expedir el Gobierno.*

Por su parte, el Decreto 2340 de 2003, que reglamenta la Ley 789 de 2002 en materia de administración y gestión de los recursos del FONEDE, en sus artículos 12 y 13 desarrolla los requisitos para acceder a los subsidios en el caso de los desempleados, a saber:

- a) Carecer de ingreso económico.
- b) Ser jefe cabeza de hogar.
- c) Encontrarse disponible para trabajar en forma inmediata.
- d) Acreditar conductas activas en búsqueda de empleo.
- e) Estar inscrito en el Sistema Nacional de Registro Laboral, una vez se cree.
- f) Para el caso de los desempleados con vinculación anterior a las cajas de compensación familiar, participar en los programas de inserción laboral en la caja correspondiente.

Para suplir una situación práctica que suscitó la aplicación de la norma, en cuanto que las personas que pasaban a condición de desempleo mantenían su continuidad de aseguramiento en salud por el período de protección, el Decreto 586 del 1º de marzo de 2004, en su artículo 1º, modificó el artículo 14 del Decreto 2340 de 2003 y adicionó un párrafo, del siguiente tenor: “Los interesados que sin encontrarse vinculados a una EPS, pero por hallarse en el período de protección laboral de que trata el artículo 75 del Decreto 806 de 1998, permanezcan en sus sistemas de información, podrán recibir el subsidio al desempleo”.

La acreditación de los requisitos se hará mediante el diligenciamiento del formulario adoptado por la Superintendencia del Subsidio Familiar y se entenderá prestado bajo la gravedad del juramento.

Las coberturas no se aplican a las siguientes categorías de trabajadores, conforme lo preceptuado por el artículo 17 del Decreto 2340 de 2003, modificado por el artículo 3º del Decreto 586 de 2004:

— Quienes sean servidores públicos de elección popular o de período fijo.

— Quienes cumplan los requisitos para la pensión de jubilación por vejez, invalidez o sobrevivencia.

— Quienes sean despedidos como consecuencias de actos delictivos o contravencionales.

— Quienes sean beneficiarios de subsidios de desempleo, otorgados directamente por el Estado.

— Quienes hubieren utilizado el subsidio anteriormente.

Por su parte, y conforme lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto 2340 de 2003, en la forma en que fue modificado por el artículo 2° del Decreto 586 de 2004, las prestaciones se perderán cuando:

— Obtenga el beneficiario un nuevo empleo.

— Se reincorpore el beneficiario cesante al trabajo.

— Rechace el mismo una oferta de colocación laboral adecuada a su formación académica.

— Sea llamado al servicio militar obligatorio.

— Perciba remuneración por trabajo.

— Se le dicte condena penal que implique privación de la libertad.

— Se presente la muerte del trabajador.

### 6.3. Regímenes

Es pertinente así mismo señalar que la legislación distingue dos categorías de desempleados para los efectos de las coberturas y, especialmen-

te, de la fuente de pagos: (i) de un lado, los desempleados sin vinculación anterior a las cajas de compensación familiar, esto es, quienes no acreditan una afiliación de un año al menos dentro de los tres años anteriores, en tratándose de personas que no han hecho parte de la economía laboral formal, a lo menos recientemente, y que carezcan de capacidad de pago, y (ii) de otro, los desempleados con vinculación anterior a las cajas de compensación familiar, para quienes están en condiciones de acreditar el mencionado requisito, por cuanto han hecho parte de la economía formal de trabajo recientemente.

Esta distinción se justifica al considerar la teleología de la norma, puesto que buscaba generar un esquema de aseguramiento con prioridad para quienes pierden su empleo, y no para aquellas personas que no han hecho parte de la fuerza laboral formal en el país.

En segundo término, se trataba de generar un mecanismo de contención frente al desempleo, que se estima impacta mayormente a las personas que vienen ocupando un empleo y no en la misma proporción, frente a aquellas que recurrentemente han estado desocupadas o han permanecido en la informalidad laboral.

La distinción anotada, cuyos efectos prácticos se concretan en que existen disponibles más recursos del fondo para la segunda categoría que para la primera, y en el propio régimen de beneficios, fue criticada ante la Corte Constitucional, tribunal que reconoció la constitucionalidad de la misma.

Como ya se ha expresado, determinó, eso sí, la Corte que en caso de agotarse los recursos del fondo administrado por las cajas, se dé traslado de la solicitud al Fondo de Subsidio al Empleo y al Desempleo<sup>(58)</sup> del Ministerio de la Protección Social, para que contra él, el Estado cancele los subsidios a que tienen derecho los desempleados, sin importar la suficiencia financiera, en tratándose en nuestro concepto de un amparo jurídico de la seguridad social y no de una prestación gratuita revocable.

---

(58) Se trata de una cuenta especial adscrita al Ministerio de la Protección Social y creada por el parágrafo del artículo 8° de la Ley 789 de 2002.



#### 6.4. Operadoras

Las cajas de compensación familiar, como actoras de la seguridad social, se constituyen en operadoras dentro de la protección social de programas orientados a poblaciones por fuera de las coberturas clásicas, y tienen a su cargo, así mismo, las tareas en cuanto se refiere a extender beneficios de la seguridad social para desempleados. En ese orden de ideas:

a) Prestarán servicios en programas de educación, capacitación, recreación y turismo social, a los desempleados con vinculación anterior a las cajas por el término de un año a partir de su acreditación como desempleados y en las mismas condiciones que tenían como afiliados al momento de su retiro: extensión del período de cobertura en el régimen de subsidio familiar.

b) Administrarán los recursos con destino al apoyo de los desempleados, jefes cabeza de hogar, con base en el Fondo para el Fomento del Empleo y la Protección del Desempleo que crea la Ley 789 de 2002, artículo 6°.

Las cajas de compensación administran pues los recursos y otorgan directamente las prestaciones, por lo cual su papel es esencialmente de administración, si bien prestan un aseguramiento social, bajo el concepto genérico.

Adicionalmente y no obstante ser las cajas de compensación familiar las ejecutores por excelencia de la política de protección social a partir de las regulaciones de la Ley 789, téngase en cuenta que el Estado en su condición de garante de la protección y seguridad social asume obligaciones respecto al cubrimiento de prestaciones.

En ese orden de ideas y conforme lo ordenado por la Corte Constitucional<sup>(59)</sup>, en el caso de agotarse los recursos del fondo administrado por

---

(59) Corte Constitucional, Sentencia C-393 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, cit., mediante la cual se declaró la exequibilidad condicionada de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la Ley 789 de 2002.

aquellas para el reconocimiento de los subsidios, le corresponde al Ministerio de la Protección Social, a través del fondo creado por el artículo 8° de la aludida ley, asumir el pago de los beneficios de la seguridad social, que por concepto de subsidio corresponden a los desempleados.

Es menester igualmente señalar que el SENA tiene a su cargo responsabilidades en cuanto toca con el manejo de los desempleados, específicamente en lo concerniente a la provisión de servicios de capacitación para inserción laboral respecto de esta población (art. 12 L. 789/2002).

### 6.5. Modelo

El modelo para la atención a los desempleados en el país responde a un esquema de administración descentralizado, con participación preferente de los particulares y soportado en financiación parafiscal.

Implica el reconocimiento de beneficios que consisten en subsidios en especie y en servicios, sin que se trate de mecanismos que aseguren niveles de ingresos a lo menos asimilables a los percibidos por el beneficiario en su condición de trabajador activo. No aplica un esquema de seguros en sentido estricto. El régimen es contributivo en cuanto compromete recursos que provienen de los empleadores, pero no compromete cotizaciones por parte de los trabajadores.

Carece el régimen de la condición de aseguramiento económico, por lo que habrá que transitar hacia reformas futuras en la dirección de estructurar un régimen de seguro por desempleo, de particular relevancia en épocas de recesión y de crisis económica, en las que se afecta la empleabilidad.

Las prestaciones a los desempleados se complementan con una estrategia de apoyo al sector microempresarial, orientada a buscar la generación de nuevo empleo, que permita la reubicación laboral; no obstante, este objetivo es de difícil cumplimiento, considerando en especial el monto de los recursos de microcrédito y la incapacidad de éstos para generar por su

aplicación plazas laborales. Así mismo, se comenta sobre la pertinencia o no de incluir una prestación de esta naturaleza, en sentido directo encaminada al beneficio de los empresarios, dentro de la política de protección al desempleado, siendo que el fin de fomentar la microempresa debe ser provisto por el Estado pero a través de otros mecanismos, relacionados con la política general de empleo y productividad, y no con cargo a recursos y esquemas de la seguridad social.

## 6.6. Financiación

Fundamentalmente la financiación de las prestaciones para los desempleados conforme al régimen de protección social tiene origen parafiscal, en cuanto proviene del aporte del 4% sobre la nómina que realizan los empleadores del país al sistema de subsidio familiar, por conducto de las cajas de compensación.

Porción de estos recursos o sumas redireccionadas del sistema de subsidio familiar hacia el fin de la protección a desempleados son los que nutren el Fondo de Apoyo al Empleo y Protección al Desempleo (FONEDE), con el cual se pagan las prestaciones.

Una parte de los servicios, no se olvide, la cancelan las cajas con cargo a sus recursos, esto es, por fuera del FONEDE pero dentro del sistema de subsidio familiar. Se trata de las coberturas para servicios, en las mismas condiciones de afiliación anterior, para los desempleados que hubieren estado afiliados previamente al sistema (período de protección laboral de un año, respecto al subsistema de subsidio familiar).

El FONEDE puede ser administrado en forma particular por caja o cajas, esto es, no existe una administración centralizada, sino que cada operadora ejerce administración bajo el mismo fondo. Dicha administración será así mismo (i) individual, esto es, por caja de compensación, o (ii) asociada, con otra u otras cajas.

La ejecución de los recursos se realizará mediante la modalidad de aplicación de un monto per cápita, a partir de la definición anual que rea-

lice la Superintendencia del Subsidio Familiar (inc. 2, art. 6° L. 789/2002). La misma implica aplicar la caja los recursos contra las solicitudes que en turno se presenten, hasta que los mismos se agoten.

Solamente se aplican de preferencia recursos para el caso de los artistas, escritores y deportistas, afiliados a las correspondientes asociaciones o quienes acrediten esa condición, en lo atinente al otorgamiento de subsidios para desempleados sin vinculación anterior a las cajas, según lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 789. En estos casos, los beneficiarios del privilegio saltan el turno de espera y se ubican en posición preeminente para la aplicación de recursos del fondo en el reconocimiento de subsidios. El establecimiento de este régimen de preferencia fue avalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-393 de 2007 ya comentada.

Lo otro que debe advertirse es que si existen sobrantes de recursos en el fondo bajo administración de una caja de compensación para las prestaciones de desempleo, por aplicación del principio de solidaridad y en busca del equilibrio, “ante la diferente situación de desempleo y recursos disponibles entre las distintas Cajas del país”, éstos serán trasladados a otras cajas de compensación para su ejecución, conforme a la distribución que realice la Superintendencia del Subsidio Familiar, a lo menos en forma semestral.

Los recursos que las cajas administran de manera individual en relación con el sistema de protección social para atender las necesidades de los desempleados se comprenden en el FONEDE, el cual se integrará con las siguientes fuentes:

a) Recursos que fueron aplicados en el año 2002 y que en adelante no se paguen, por concepto de cuota monetaria de subsidio en virtud de la reducción de la lista de personas a cargo de los trabajadores beneficiarios, en relación con personas que sobrepasen los 18 años de edad. **041132**

b) Un porcentaje que oscila entre el 1% y el 3% de los recursos que apropian las cajas para el Fondo de Vivienda de Interés Social (FOVIS).

c) Lo que ahorren las cajas en la reducción de gastos de administración, los cuales no podrán ser superiores al 8% de los aportes; como ese porcentaje se ubicaba en el 10% antes de la Ley 789, un 2% se destinará al fondo aludido.

d) Lo que ahorren las cajas en cuanto a menor cuota para el sostenimiento de la Superintendencia del Subsidio Familiar, teniendo en cuenta lo ordenado y ejecutado anualmente, respecto del 1% que legalmente se podría destinar a esa contribución.

e) Los rendimientos financieros del fondo.

## 6.7. Plan de beneficios

El acceso a las prestaciones es por una única vez para la persona beneficiaria.

Los subsidios y prestaciones cuyos titulares son los desempleados, se concretan en los siguientes<sup>(60)</sup>:

a) Subsidio de desempleo, otorgado en especie (pago a salud, educación o bonos alimenticios).

b) Capacitación para reinserción laboral a desempleados (subsidio en servicios) a cargo de:

— Las cajas de compensación familiar

---

(60) En el caso español, los niveles de protección o planes de beneficios se dan así:

1. Contributivo, cuyo objeto es reconocer al trabajador prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir, por el cumplimiento de un período mínimo de cotización (sin considerar estado de necesidad). Implica abonar a cotizaciones de seguridad social el importe a cargo del empleador.
2. Asistencial, complementario del anterior, comprende el abono de un subsidio y de las cotizaciones a seguridad social.
3. Acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación y reconversión profesionales.

—El SENA conforme lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 789 de 2002<sup>(61)</sup>

c) Crédito microempresarial para la generación de empleo que sea ocupado por desempleados. Se trata de una prestación indirecta, con la cual se estimula la política de generación de empleo en el país.

En Colombia hasta ahora y como se ha advertido, la protección frente al desempleo se otorga mediante las modalidades de subsidio en especie y servicios. Esto es, no aplica un esquema de seguro, en la medida en que los recursos que se otorgan no persiguen convertirse en una tasa de reemplazo en relación con los ingresos del trabajador, en su condición de activo, sino que tienen por objeto paliar las necesidades inmediatas que surgen con ocasión del paro forzoso.

Los subsidios en especie se pagarán al beneficiario en seis instalamentos mensuales iguales, tanto para los desempleados con vinculación anterior al sistema como para aquellos sin dicha vinculación.

Falta la reglamentación en cuanto a la operatividad del FONEDE, mediante la cual se indiquen las condiciones, montos y requisitos de selección para el reconocimiento de los subsidios directamente por el Estado (art. 8° L. 789/2002).

Los subsidios se otorgarán con cargo a máximo el 30% de los recursos del fondo anteriormente citado y consisten en una prestación equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual, el cual se dividirá y pa-

---

(61) Artículo 12 de la Ley 789 de 2002: **Capacitación para inserción laboral.** *De las contribuciones parafiscales destinadas al Servicio Nacional de Aprendizaje, se deberá destinar el veinticinco por ciento (25%) de los recursos que recibe por concepto de los aportes de que trata el numeral 2 del artículo 11 y el numeral 2 del artículo 12 de la Ley 21 de 1982, para la capacitación de la población desempleada, en los términos y condiciones que se determinen por el Gobierno Nacional para la administración de estos recursos, así como para los contenidos de estos programas. Para efecto de construir y operar el sistema nacional de registro laboral de que trata el artículo 42 de la presente ley, en los términos y condiciones que se fijen en el reglamento, el SENA apropiará un cero punto uno por ciento (0.1%) del recaudo parafiscal mientras sea necesario.*

gará en seis cuotas mensuales iguales, las que se harán efectivas a través de aportes al sistema de salud, y/o bonos alimenticios, y/o educación, según la elección del beneficiario, para aquellos jefes cabeza de hogar que se encuentren en situación de desempleo, luego de haber estado vinculados al sistema de cajas no menos de un año dentro de los tres años anteriores a la solicitud de apoyo.

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

Para este grupo de beneficiarios se utilizará el 5% de los recursos del fondo.

Los servicios de capacitación se definieron con cargo a máximo el 25% de los recursos del fondo de empleo administrado por cada caja de compensación familiar, para ejecutar programas en tal materia, cuyos beneficiarios serán los jefes cabeza de hogar que queden desempleados y hubieren tenido vinculación anterior con el sistema de subsidio familiar; no aplica para aquellos desempleados sin vinculación anterior a la economía formal.

Así mismo y con cargo al 35% de los recursos del fondo, las cajas otorgarán créditos a microempresas, pequeñas y medianas empresas, con el objeto de promover la creación de empleo adicional, siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:

- a) Estar afiliadas a la caja de compensación familiar que deba reconocer los microcréditos.
- b) No tener deudas pendientes por concepto de aportes parafiscales a salud, pensiones, riesgos profesionales, ICBF, SENA ni aportes a cajas de compensación familiar.
- c) Que los trabajadores adicionales que vinculen sean jefes cabeza de hogar que hubieren estado vinculados a las cajas dentro del año inmediatamente anterior a la situación de desempleo.

d) Que dichos trabajadores no devenguen más de tres salarios mínimos legales vigentes.

e) No ser beneficiarias las empresas, simultáneamente, del subsidio al empleo que otorgue el Ministerio de la Protección Social, de conformidad con lo establecido por el artículo 2° de la Ley 789 de 2002.

El Decreto 2340 de 2003 regula lo concerniente a la administración y gestión de los recursos para el crédito, reenviando a las definiciones que sobre micro, pequeña y mediana empresa consagra la Ley 590 de 1990, modificada por la Ley 905 de 2004 y en algunos apartes por la Ley 1151 de 2007.

Las cajas podrán adelantar dicha actividad bien (i) en forma directa y como programa de la corporación, (ii) a través de personas jurídicas creadas al efecto mediante asociación con terceros, nacionales o extranjeros, o participando en instituciones cuya actividad sea el microcrédito y que estén vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, y (iii) mediante la gestión del programa con organizaciones no gubernamentales en las que participe la caja.

Dispone el decreto que las cajas podrán igualmente “apoyar al sector microempresarial, mediante una política de compras en la que se creen canales de comercialización que faciliten y den preferencia a la colocación de los bienes y servicios producidos y prestados por los microempresarios del país” (art. 2° lit. d) D. 2340/2003).

## 6.8. Dirección, inspección y vigilancia

La dirección del sistema está a cargo del Ministerio de la Protección Social.

La inspección y vigilancia sobre las actividades de protección a los desempleados corresponden, en cuanto a la operación a cargo de las cajas de compensación familiar, a la Superintendencia del Subsidio Familiar.

Lo anterior, sin perjuicio de la intervención que ejerza la Superintendencia Financiera de Colombia en lo atinente al otorgamiento de microcréditos por conducto de instituciones sometidas a su control.



## 6.9. Retos del sistema de protección a desempleados

Entre los principales retos podemos enunciar los siguientes:

- a) Ampliar la cobertura subjetiva de la protección.
- b) Poner en funcionamiento en forma inmediata el fondo a cargo del Ministerio de la Protección Social<sup>(62)</sup>.
- c) Avanzar en el diseño de un sistema de aseguramiento integral, que implique el reconocimiento de una tasa de reemplazo a partir de cotizaciones y de aportes del Estado.
- d) Integrar las acciones de las cajas de compensación familiar en forma más efectiva con el SENA y con la ejecución de la política estatal de empleo.
- e) Favorecer el diseño de programas conjuntos entre entidades territoriales y cajas de compensación familiar para la promoción del empleo y la utilización de las bases de datos de desempleados de aquellas, a efecto de fortalecer los esquemas de intermediación laboral.
- f) Mejorar la calidad de la prestación tanto en el monto del subsidio en especie como en lo concerniente al subsidio en servicios, que se aprecie como valioso y de impacto en la calificación profesional y, especialmente, en la obtención de alternativas laborales efectivas.

---

(62) Mediante oficio 14220 000660 del 8 de junio de 2008, el Grupo de Fomento de Programas de Trabajo informó al autor sobre el particular: *El Ministerio de la Protección Social ya presentó el proyecto de Inversión Nacional al Departamento Nacional de Planeación, que dará sustento para la creación del Fondo de Subsidio al Empleo y al desempleo y fue viabilizado, este proyecto fue codificado con el número 1016-00401-000 y se encuentra listo para asignación de recursos e inclusión en el presupuesto General de la Nación.*

(...)

*El Ministerio de la Protección social en cumplimiento a lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en sentencia 393 de 2007 elaboró el proyecto anteriormente mencionado que permitirá obtener los recursos para asignar el subsidio al desempleo.*

g) Dar efectividad a la aplicación de los recursos destinados al microcrédito y rediseñar la política al respecto, para lograr un mayor impacto en cuanto a la generación de empleo.

## 7. RÉGIMEN DE LA PLANILLA INTEGRADA DE LIQUIDACIÓN DE APORTES (PILA)

Constituye este componente uno de los de más reciente novedad e impacto en la operación del sistema de protección social en Colombia, si bien se produce como el resultado de un largo proceso de estructuración, que tendrá que complementarse con la puesta en operación de un régimen integrado de afiliación y novedades.

La aspiración de contar con un esquema de pago único ha sido reiteradamente expuesta en la normatividad reguladora del sistema de protección social.

Valga anotar que los alcances prácticos de la PILA son tantos que a nuestro modo de ver el estudio mismo sobre la protección social en el país debe adelantarse a partir de analizar la forma de operación de la planilla integrada, recomendándose a los estudiosos e interesados detenerse en la consideración sobre la forma en que opera aquella. Comprender adecuadamente el sistema de protección social implica desarrollar habilidades en cuanto al manejo de la PILA, pues la operación de dicho régimen permite apreciar la forma en que está estructurada la protección social en Colombia, los diferentes subsistemas y regímenes, las normas que los regulan y la gestión práctica necesaria para su funcionamiento.

La PILA constituye un mecanismo estructurado, informático e integral por medio del cual se realiza el proceso de pagos de aportes al sistema de protección social en Colombia, a partir del reporte de la información necesaria por los responsables y mediante la interacción con las instituciones del sistema financiero.

### 7.1. Antecedentes

Un objetivo básico de todo sistema de aseguramiento y, en general, del servicio de que se trate, consiste en consolidar su proceso de gestión de la información.

Con independencia de la orientación del modelo que se aplique, todo sistema de protección social demanda contar con mecanismos que aseguren la obtención, el flujo, el análisis y la debida utilización de la información necesaria para su funcionamiento.

Desde la refundación del sistema de protección social en el país, así se reconoció al establecer como uno de los objetivos del Ministerio de la Protección Social, mediante el numeral 10 del artículo 2° del Decreto 205 de 2003, el de "...definir y regular, en coordinación con las entidades competentes, el Sistema de Información del Sector que comprenda el empleo, el trabajo y la previsión y, los Sistemas de Seguridad Social Integral y de Protección Social, y establecer los mecanismos para la recolección, tratamiento, análisis y utilización de la misma".

Esto significa que la fuente normativa de la PILA la encontramos en las disposiciones que regulan lo concerniente a la definición y estructuración del sistema de información de la protección social.

El artículo 15 de la Ley 797 de 2003 dispuso que el Gobierno diseñara, organizara y pusiera en funcionamiento un sistema de registro único, para lo cual debería expedir dentro de los dos años siguientes los decretos necesarios para su estructuración.

Ese sistema debía comprender tres elementos básicos:

- a) Un registro único de los afiliados al sistema integral de seguridad social y de los beneficiarios de la red de protección social, es decir, un registro integrado de la protección social<sup>(63)</sup>.
- b) Un sistema integrado de pago de aportes para el sistema de seguridad social y protección social.
- c) El número único de identificación a la seguridad social y la protección social, correspondiendo aquel al número de identificación vigente

---

(63) Este registro debe integrarse con el registro único de aportantes y la inclusión al mismo será obligatoria para acceder a subsidios públicos desde su vigencia, conforme lo regulado por el literal a) del artículo 15 de la Ley 797 de 2003.

en el país: cédula de ciudadanía, tarjeta de identidad, registro civil y cédula de extranjería.

Se resalta de manera particular, en cuanto al segundo componente, el cual corresponde en sentido estricto al desarrollo posterior de la planilla integrada, que la ley estableció una obligación no desarrollada aún, en cuanto que el manejo de dicho sistema integrado de pago corresponda a “entidades de economía mixta de las cuales hagan parte las entidades de seguridad social, autorizadas para manejar los recursos de la seguridad social”.

Esto implica, a nuestro juicio, que la operación del aludido sistema de origen legal debe estar en cabeza de las propias instituciones de la seguridad social y con participación pública. Hasta el momento y si bien pueden concurrir a dicha operación las aludidas instituciones, por conducto de los denominados operadores de información, no concurre el Estado en su funcionamiento ni se han constituido entidades de economía mixta, por lo cual hacia el futuro deberán plantearse los ajustes del caso.

Igualmente y como ya se anticipó, corresponderá continuar con el desarrollo del registro único de afiliación, en los términos de lo prescrito por el literal a) del artículo 15 de la aludida disposición.

Téngase en cuenta así mismo que la habilitación concedida por la Ley 797, que no corresponde a la atribución de facultades para expedir normas con fuerza de ley, fue utilizada por el Gobierno Nacional para articular y ajustar las disposiciones, algunas de rango legal, que regían el esquema de pago de aportes al sistema de protección social en Colombia, en particular las contenidas en las leyes 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993, pues no se olvide que los procesos de recaudo de aportes, de manera directa, correspondían a los administradores/aseguradores del sistema, en cada uno de sus componentes.

La primera integración de recaudo la había realizado históricamente la Ley 21 de 1982, cuando permitía que las cajas de compensación familiar recaudaran los aportes también para el SENA y el ICBF, disponiendo las normas para su giro y la causación de una comisión a favor de aquellas operadoras por dicho servicio.

De otro lado, el artículo 10 de la Ley 828 de 2003 sustentó adicionalmente la estructuración del esquema electrónico de pago cuando prescribió:

*ART. 10°—Proceso de recaudo. Para garantizar la eficiencia en el pago de los aportes a cargo de los empleadores y los trabajadores, las entidades promotoras de salud, las administradoras de riesgos profesionales, las administradoras de fondos de pensiones, el Sena, las Cajas de Compensación Familiar y el ICBF podrán convenir el pago a través de medios electrónicos, así como la presentación del documento de pago por este mismo medio, con estricta sujeción a las condiciones que fijen las partes y aquellas que determine el Gobierno, buscando dar seguridad al esquema y para realizar el principio de transparencia. Será igualmente procedente ejecutar el sistema de novedades por este medio, siempre que se cuente con los soportes documentales”.*

Se trataba pues de lograr que, mediante convenios, las distintas operadoras de la protección social admitieran en forma integrada y electrónica el pago de los aportes que hasta el momento recaudaban en forma directa y dispersa<sup>(64)</sup>.

Al amparo de la normatividad aludida, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 3667 de 2004 por medio del cual se estableció la obligación de realizar la autoliquidación y el pago de los aportes al sistema integral de seguridad social y parafiscales con destino al SENA y al ICBF<sup>(65)</sup> por medio de un formulario único, el cual podría ser presentado en forma física o por medios electrónicos, dando cumplimiento en este último caso a lo dis-

---

(64) Se relaciona con la materia lo regulado por el artículo 44 de la Ley 1122 de 2007, por medio del cual se dispuso que el Ministerio de la Protección Social adoptara el plan para la implementación del Sistema Integrado de Información de la Protección Social (SISPRO).

(65) El artículo 1° del Decreto 3667 de 2004, como la mayoría de las disposiciones en el ámbito de la seguridad social, ubica en una categoría aparte a las cajas de compensación familiar, si bien al aludir a sistema integral de seguridad social las mismas ya están incluidas, tanto orgánica como funcionalmente hablando.

puesto por la Ley 527 de 1999. Correspondía al Ministerio de la Protección Social establecer el contenido del aludido formulario. La vigencia de este esquema sería a partir del 1º de febrero de 2005.

Posteriormente y mediante el Decreto 187 de 2005, se dispuso que la operación de autoliquidación y pago de aportes por medio del formulario integrado se diera a partir del 30 de junio de 2005.

Sobre el pago, las normas mencionadas preceptuaban que podría “realizarse a través de los sistemas de pago de bajo valor que funcionen de acuerdo con las normas que para tal efecto expida el Gobierno Nacional, pero en cualquier caso mediante formulario único o integrado”.

Por su parte, mediante Decreto 4295 de 2004 se establecieron disposiciones especiales para el recaudo de aportes al sistema de salud, régimen contributivo, particularmente en las regiones en donde no operaran instituciones bancarias, así como se dispusieron reglas en cuanto a la definición de cuentas para este propósito y se determinaron obligaciones de giro de dichos aportes con destino al proceso de compensación ante el FOSYGA, una vez operara el sistema de pago unificado.

Mediante Resolución 0634 del 6 de marzo de 2006, el Ministerio de la Protección Social adoptó el contenido del formulario único o planilla integrada de liquidación de aportes.

De manera esquemática y ampliamente detallada, se contiene en dicho diseño la estructura de la planilla, con la indicación de los datos, variables y novedades que corresponde reportar a los cotizantes, en relación con todos los componentes de la protección social, por lo cual su revisión constituye un análisis particular de las diversas situaciones que pueden ocurrir en lo que respecta a la relación de los afiliados con el sistema, desde su reporte de ingreso, sus novedades, hasta su retiro.

Téngase en cuenta que hasta ahora, la acreditación de la afiliación, las novedades y los retiros no pueden ser ejecutados de manera electrónica ni centralizada; el proceso cubre solamente la autoliquidación y el pago de aportes, debiendo en todo caso nutrirse la planilla con la información que determinará la liquidación de los pagos adeudados.

A partir de la expedición de dicho acto, se han producido varias reformas, en la búsqueda de contemplar las diversas opciones de participación dentro del sistema que el ordenamiento concede, por lo cual se han hecho ajustes sobre la estructura de la planilla, para dar cabida, por ejemplo, al pago de aportes a salud por un tercero, cuando el afiliado no tiene capacidad de pago pero se afilia al régimen contributivo de salud. Estos ajustes han correspondido además a las modificaciones experimentadas en cada uno de los regímenes de la protección social.

Lo anterior permite concluir así mismo que la planilla integrada, como es el reflejo del sistema de protección social, será materia de ajuste cada vez que se actualicen o modifiquen las instituciones y contenidos de aquel.

Entre algunas de dichas modificaciones se citan las contenidas en la Resolución 4866 de 2007 por la cual se adiciona el campo 17 en cuanto a tipo de pensionado, para el caso de las ARP que en aplicación del Decreto 4248 de 2007 deban hacer aportes por sus pensionados a los servicios de salud de una universidad estatal u oficial.

A través de la Resolución 1747 de 2008 se modifica la Resolución 634 de 2006 y se acogen modificaciones al diseño de la planilla, adoptándose el nuevo formulario, que es ajustado a su turno por normas como la Resolución 2377 del 25 de junio de 2008, para incluir cambios en cuanto al tipo de aportante independiente y realizar otras aclaraciones, complementaciones y ajustes.

De la misma manera como se difirió en el tiempo la puesta en vigencia del sistema integrado, cuya operación fue progresiva e inició con los aportantes personas jurídicas para concluir con la incorporación de todos los cotizantes, incluidos los independientes, el ajuste y perfeccionamiento del diseño de la planilla se anuncia constante, además sometido, como se ha dicho, a las modificaciones sustanciales que se presenten en el sistema de la protección social.

Por medio del Decreto 1465 de 2005 se reglamentó la PILA, que permite a los aportantes autoliquidar y pagar todos sus aportes al sistema de

la protección social de manera unificada a través de Internet, regulándose así mismo a quienes asuman la prestación de ese servicio.

El Decreto 1931 de 2006 señaló los términos para la puesta en operación del mecanismo de pago electrónico<sup>(66)</sup> y así mismo, al modificar el Decreto 1465 de 2005, estableció la modalidad de liquidación o planilla asistida, para el caso de las personas sin la capacidad de acceso tecnológico suficiente que les permita ingresar la información y realizar el pago por medios electrónicos, frente a las cuales determinó una modalidad adicional a cargo de los operadores de información.

En este evento, el aportante remitirá por cualquier medio al operador la información sobre los cotizantes, para que aquel proceda a su digitalización y la integre a la planilla, así como le generará al aportante un código o número de referencia “*que vincula el valor por pagar con la liquidación asistida*”. Entonces el aportante deberá utilizar dicho código para realizar el pago en forma directa a través del sistema bancario, empleando el mecanismo que considere al efecto, como por ejemplo consignación

---

(66) ART. 1°—**Pago de aportes al Sistema de la Protección Social.** *El pago de los aportes parafiscales propios del Sistema de la Protección Social, como se define en el numeral 2.1 del artículo 2° del Decreto 1465 de 2005, se efectuará así:*

- 1.1. *A partir del 1° de agosto de 2006 los aportantes y pagadores de pensiones que tengan 1.500 o más cotizantes, deberán autoliquidar y pagar dichos aportes vía Internet mediante la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes.*
- 1.2. *A partir del 1° de octubre de 2006 los aportantes y los pagadores de pensiones que tengan 500 o más cotizantes, deberán autoliquidar y pagar dichos aportes vía Internet mediante la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes.*
- 1.3. *A partir del 1° de diciembre de 2006 los aportantes y los pagadores de pensiones que cuenten con 100 o más cotizantes, deberán autoliquidar y pagar dichos aportes vía Internet mediante la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes.*
- 1.4. *A partir del 1° de febrero de 2007 los aportantes y los pagadores de pensiones que cuenten con 30 o más cotizantes, deberán autoliquidar y pagar dichos aportes vía Internet mediante la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes.*
- 1.5. *A partir del 1° de abril de 2007 los aportantes y los pagadores de pensiones que cuenten con menos de 30 cotizantes y los trabajadores independientes, deberán autoliquidar sus aportes directamente en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes y pagar vía Internet o utilizar la liquidación asistida y pagar mediante alguna de las modalidades señaladas en el numeral 3.2 del artículo 3° del Decreto 1465 de 2005.*



bancaria, uso de tarjeta debido o crédito, orden telefónica, datáfono, cajero electrónico<sup>(67)</sup>.

Mediante Decreto 728 del 7 de marzo de 2008 se definieron los términos para la puesta en aplicación plena del mecanismo de liquidación y pago por medio electrónico, señalándose que finalmente la obligatoriedad para los aportantes y pagadores de pensiones con 10 o menos cotizantes fuera el 2 de mayo de 2008, y para los trabajadores independientes el 10 de julio

---

(67) ART. 3°—**Condiciones de operación.** *El mecanismo utilizado para la autoliquidación de los aportes al Sistema de la Protección Social será la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes. Los pagos asociados a la Planilla se deberán hacer de manera unificada mediante las modalidades que se describen en el presente decreto. El mecanismo de autoliquidación y pago unificado deberá reunir las siguientes condiciones:*

3.1. *La Planilla Integrada de Liquidación de Aportes será una planilla electrónica. Los aportantes podrán ingresar y confirmar el contenido de la misma mediante los procedimientos descritos en el numeral 2.4.2. También podrán hacerlo a través de la liquidación asistida, en cuyo caso el aportante remitirá la información detallada de los cotizantes, por cualquier medio, al Operador de Información, quien procederá a digitarla o digitalizarla de manera que se transforme en planilla electrónica.*

3.2. *Los pagos asociados a la Planilla deberán hacerse de manera unificada a través de alguna de las siguientes modalidades:*

3.2.1. *Pago electrónico.*

3.2.2. *Pago Asistido. Si el aportante utiliza la liquidación asistida señalada en el numeral 3.1 anterior, el Operador de Información generará para el aportante un código o número de referencia que vincula el valor por pagar con la liquidación asistida. El aportante deberá utilizar dicho código o número de referencia para realizar el pago, ya sea mediante consignación bancaria, orden telefónica, tarjeta débito o crédito, cajero electrónico o datáfono, entre otros. Si el aportante utiliza la liquidación asistida, el Operador de Información le advertirá sobre los intereses de mora que se generarán si no efectúa el pago en la fecha límite prevista para ello. Para asegurar el pago adecuado, liquidará el valor del pago con intereses de mora para los siguientes cinco (5) días hábiles e informará a las entidades financieras y/o sistemas de pago en los cuales se recibirán los pagos sobre el valor que se podrá recibir en cada uno de los cinco (5) días siguientes a la fecha límite. Vencido dicho plazo el código que autoriza la utilización de la Planilla Asistida caducará y, para efectuar el pago, el aportante deberá solicitar una nueva liquidación y su respectivo código. Para habilitar la modalidad de pago asistido, los Operadores de Información deberán hacer los acuerdos a que haya lugar y mantener la conexión con las instituciones financieras y/o sistemas de pago elegidos. Una vez se efectúe el pago, vincularán la información de la Planilla con la del pago y la enviarán a sus destinatarios de conformidad con el esquema previsto en el presente decreto.*

del mismo año, momento en el que, de manera total, la liquidación y pago de aportes al sistema de protección social debía hacerse por la vía de la planilla integrada de liquidación de aportes, sin que se admitieran a partir de entonces trámites mediante formularios físicos para ese propósito.

Lo anterior, sin perjuicio de la realización de pagos especiales por medio de formularios físicos que requieren autorización de las administradoras, tal como acontece en el evento de cancelación de obligaciones a la seguridad social por períodos vencidos y en estado de mora.

## 7.2. Sujetos

Podemos afirmar que el régimen de planilla integrada de liquidación de aportes (PILA) vincula a todos los actores del sistema de la protección social y se relaciona además con las instituciones del sistema financiero, pues a través de ellas se realiza el giro de los recursos correspondientes.

Sin embargo, de manera más puntual es posible señalar que la PILA se aplica a los aportantes al sistema, pues es a ellos a quienes corresponde hacer la autoliquidación de aportes y efectuar los pagos a los regímenes de la protección social, según proceda.

En ese orden de ideas, son sujetos del régimen de planilla integrada todos los aportantes a la protección social en Colombia, es decir, todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, residentes en Colombia o en el exterior, que por obligación legal o en forma voluntaria realicen cotizaciones, directamente o a nombre de otro (caso del pago por tercero, p. ej.), al sistema de la protección social.

Por supuesto, el régimen cubre a todos los empleadores, quienes son los responsables de la cotización tanto en la parte que les corresponde en el caso de los aportes a salud y pensiones, como en la porción a cargo de los trabajadores; pero así mismo, a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, a las agremiaciones de independientes, a las administradoras de fondos de pensiones en cuanto a los aportes con destino al régimen de salud. Pero además, a los trabajadores independientes, con capacidad de pago.

Toda persona obligada a realizar pagos a la protección social está sujeta al esquema de planilla integrada, por cuanto el proceso al respecto debe cursarse por medio de Internet, habiéndose dejado atrás el modelo de operación a través de formularios físicos y pago disperso por cada operador.

### 7.3. Modelo

El régimen de la PILA se estructura sobre la especialización de roles dentro de la protección social, de tal forma que se reconoce la autonomía del proceso consistente en la liquidación y el pago de aportes, así como la conveniencia de establecer un responsable independiente y especializado al respecto.

Se basa lo anterior en un esquema de manejo de información por medios electrónicos, recurriendo a Internet para lograr mayor eficiencia en la operación del proceso, lo que facilita la gestión de los aportantes responsables y, en general, del sistema, en la medida en que se establecen controles más dinámicos y reales a la evasión y a la elusión, se cuenta con información estadística de primera mano y se integran actividades que antes estaban dispersas, generándose ahorro también para las administradoras/aseguradoras del sistema.

El régimen tiene fuente legal y se incluye dentro del denominado sistema de registro único de la protección social.

Implica un esquema de articulación entre los aportantes, los operadores del sistema y las instituciones financieras, bajo rectoría del Ministerio de la Protección Social.

En su gestión se produce igualmente la participación por colaboración de los particulares.

Aplica un modelo de centralización especializada para el proceso de pago de aportes, que antes se ejecutaba en forma dispersa frente a cada uno de los operadores del sistema de la protección social.

Para la operación del mismo se garantiza un ambiente con las siguientes condiciones:

a) Unificación de las fechas de aportes a todos los regímenes de la protección social, distribuidas conforme al número de identificación del responsable.

b) Realización en un solo formato de los aportes al sistema de seguridad social (salud, pensiones, riesgos profesionales y subsidio familiar), así como al SENA y al ICB.

c) Validaciones mínimas sobre la información reportada por los aportantes.

El aportante ingresa a la planilla, conforme el formulario definido por el Gobierno Nacional, la información requerida por el sistema de protección social para efectos de liquidación de aportes. El sistema contempla esquemas validadores de dicha información, en cuanto a su consistencia.

A partir de la información trasladada (lo cual puede hacerse de manera directa o por el método de planilla asistida), el sistema realiza la liquidación de lo que debe pagar el aportante a los diferentes regímenes del sistema de protección social que apliquen en el caso.

El responsable valida esa información y la liquidación, asumiéndola, y procede entonces a emitir la orden de pago contra la cuenta bancaria habilitada al respecto en una institución financiera o, si se trata del esquema de planilla asistida, emplea el código que se le asigna para ejecutar el pago de manera directa.

El operador de la planilla realiza el traslado de la información requerida a todas las administradoras del sistema y verifica la realización del pago hecho por medio del sistema financiero.

#### **7.4. Regímenes**

Puede considerarse la existencia de dos regímenes en el modelo integrado de liquidación y pago de aportes por Internet, sobre los que ya se ha comentado:

—Planilla integrada de liquidación de aportes

—Planilla integrada de liquidación de aportes asistida

La aplicación de cada uno de ellos depende de la capacidad con la que cuenta el aportante en cuanto acceso a medios electrónicos e Internet y medios de pago, e implica soportar a quienes tengan dificultades al respecto, para que puedan hacer uso del mecanismo integrado. La planilla asistida permite identificar una clave por parte del operador, con la cual el interesado cancela el valor adeudado a través de la red bancaria, soportando su gestión y evitando con ello que quede excluido del sistema de pago integrado.

El tema fue ventilado precisamente en el momento de implementación de la PILA, reconociéndose la viabilidad jurídica de aplicar el esquema, en tanto se garantice el acceso de todos. Grandes beneficios genera el sistema en cuanto nuestro concepto, la opinión de este mecanismo, que será profundizado en la medida en que cobije también el proceso de afiliación y novedades.

### 7.5. Operadoras

La gestión del proceso de manejo de información y trámite de pagos de aportes a la protección social corresponde a entidades particulares, denominadas operadores de información.

Surgen pues unos nuevos actores dentro del organigrama del sistema de protección social en el país.

Su funcionamiento está regulado por el Decreto 1931 de 2006.

Dos son las entidades habilitadas para cumplir las funciones de operadores de información: (i) las administradoras del sistema de protección social y (ii) las instituciones financieras.

Las administradoras de los diferentes regímenes de la protección social pueden actuar como tales, no en forma aislada sino conjunta, esto es,

una entidad no puede constituirse como tal en operador de información, sino que requiere asociarse con otra organización de la protección social. Este agrupamiento puede darse en forma directa o aplicarse por conducto de las asociaciones que las agremian.

Igualmente, señala el artículo 3° del decreto mencionado, la función puede ejecutarse por las administradoras de la protección social a través de las entidades de economía mixta a que se refiere el literal b) del artículo 15 de la Ley 797 de 2003, las cuales no han sido desarrolladas.

En tratándose de esta forma de operación del servicio, las administradoras podrán contratar la ejecución del mismo con terceros, señalando claramente la forma en que se cumplirán las especificaciones de aquel, en los términos de lo regulado por el Decreto 1465 de 2005 y demás disposiciones concordantes. Lo anterior deberá constar en los convenios o contratos que al respecto se celebren.

Las instituciones financieras podrán ejecutar las funciones como operadores de información también de manera directa o contratándolas con terceros.

En todo caso, la administradora o institución financiera responderá por los perjuicios que pueda causar el tercero contratado para la ejecución del servicio.

Los operadores de información tienen a su cargo el desarrollo de las funciones requeridas para la operación del régimen de planilla integrada de liquidación de aportes, entre ellas la recepción segura de la información por parte del aportante, la calidad, verificación, análisis y procesamiento de la información y la remisión segura y oportuna de la información a quien corresponda, conforme al modelo.

Dichos operadores deben garantizar en el servicio, entre otros, los siguientes elementos:

- Diligenciamiento automático del formulario
- Manejo de múltiples fuentes (aportantes) y destinos (administradoras)

- Back up de operaciones y transacciones
- Trazabilidad de las operaciones
- Soporte al operador financiero
- Confirmación sobre transacciones vía web y vía electrónica
- Manejo sobre las bases de datos
- Administración de un registro histórico de operaciones
- Integración con el Ministerio de la Protección Social (RUAF)
- Soporte a los aportantes

Por el servicio que prestan, los operadores de información reciben un pago por parte de las administradoras del sistema de protección social.

## 7.6. Dirección

La rectoría del régimen de planilla integrada de liquidación de aportes corresponde al Ministerio de la Protección Social.

## 7.7. Retos del régimen de planilla integrada de liquidación de aportes

La operación de este régimen ha representado un gran avance para el sistema de la protección social en Colombia. Es preciso reconocer el esfuerzo del Gobierno y de los diferentes actores del sistema para que el mismo funcione, no obstante las dificultades inherentes a un proceso de tal magnitud.

Entre las ventajas generadas para los aportantes se cuentan el ahorro en tiempo y recursos financieros para la gestión del proceso interno de autoliquidación y pago, la disminución de costos operativos y la mayor se-

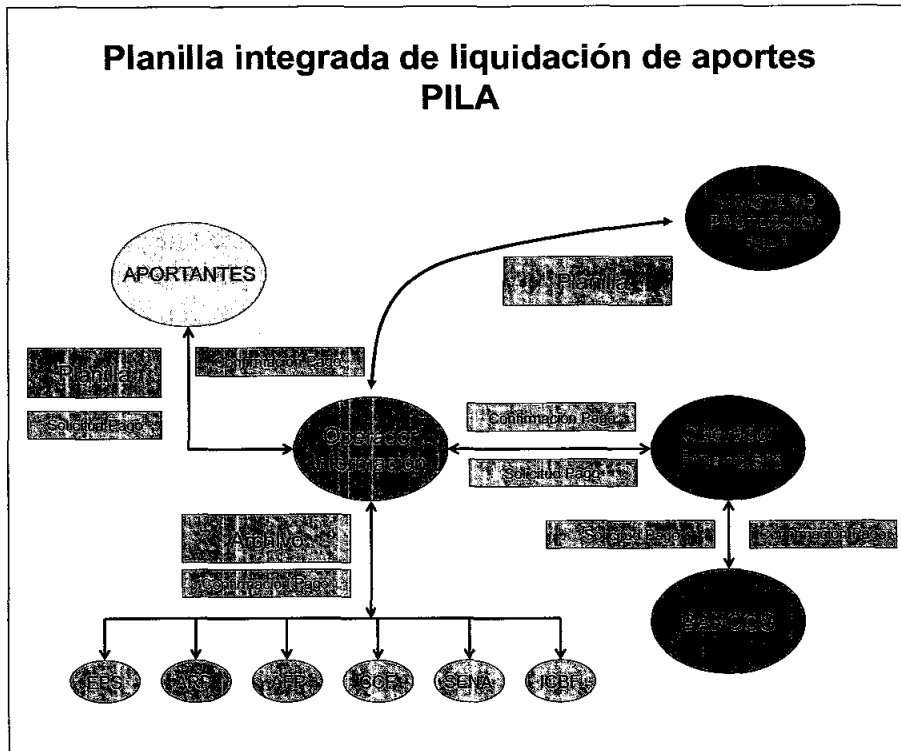
guridad y reserva de la información sobre la empresa. Por su parte, para las administradoras de la protección social las principales ventajas con la implementación del régimen están representadas en la reducción de costos y la simplificación de trámites al interior, y con una mayor posibilidad de consolidar la información requerida para su funcionamiento.

Es claro que en el caso de aportantes pequeños o de independientes, no asiduamente vinculados a los medios informáticos y al manejo electrónico, el empleo del mecanismo genera alguna dificultad, que seguramente será superada en la medida en que el mismo se perfeccione y se avance como sociedad, en la mayor accesibilidad en lo que hace a dichas herramientas.

Entre los principales retos que por el momento se aprecian a este respecto, podemos señalar los siguientes:

- Fortalecer la calidad de la atención y el soporte a los aportantes.
- Controlar los costos de la operación del régimen a cargo de las administradoras.
- Aplicar un esquema eficiente de control sobre los operadores de información e identificar su responsable.
- Dar aplicación a lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 en cuanto a la gestión por parte de entidades de economía mixta con participación de las administradoras.
- Integrar adecuadamente la planilla de liquidación de aportes al sistema de afiliación y novedades de la protección social, cuando éste se desarrolle.
- Fomentar la cultura del uso informático y de la web en el ámbito de la protección social.





Esquema funcional del sistema PILA.

## 8. REGÍMENES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL: FORMACIÓN PARA EL EMPLEO, PROTECCIÓN FAMILIAR Y PROMOCIÓN SOCIAL

No puede perderse de vista, en una reflexión sobre el sistema de protección social, la labor a cargo del sistema de formación para el empleo, en cabeza del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), pues la misma hace parte del sistema y se constituye en la base de la seguridad social, al incidir directamente en la generación, promoción y calidad del empleo en Colombia, como factor además insustituible para asegurar las mejores condiciones de productividad empresarial en el país.

De otro lado, es innegable la tarea adelantada por el SENA durante sus más de cincuenta años de existencia institucional, misma que hizo in-

viable la opción de proceder a su eliminación, sobre la que se comentó a inicios del nuevo milenio.

Por lo demás, se refieren las funciones a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en materia de protección a la niñez y la familia, y las que ahora corresponden a la Consejería Presidencial de Acción Social en materia de promoción social. Por virtud de la articulación de esfuerzos de los subsistemas que corresponden a cada una de estas entidades públicas, se integra sistémicamente la protección social en el país y se logra una gestión integral en procura del desarrollo humano y con equidad en el país, a través de un servicio público que es operado por el Estado y por los particulares.

En efecto, los componentes a los que ahora nos referimos están a cargo de instituciones del sector público, si bien con mucha frecuencia recurren al desarrollo de programas articulados plenamente con el sector particular. La estrategia desarrollada por Acción Social en cuanto al Programa Juntos es un buen referente en ese particular, e implica como objetivo realizar acciones articuladas entre operadores públicos de la política social y la conjunción de esfuerzos con el sector privado.

### 8.1. Antecedentes y organización

El artículo 54 de la Constitución Política preceptúa como una de las obligaciones del Estado y de los empleadores la de *ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.*

La familia es reconocida a su turno por la Carta Política como núcleo esencial de la sociedad y titular de la protección del Estado.

Mediante el Decreto 118 de 1957 se crea el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), y la Ley 119 de 1994 lleva a cabo su reestructuración. Recientemente el Decreto 249 de 2004 modifica la estructura de la entidad, cuya naturaleza es la de un establecimiento público.

Entre las funciones del organismo<sup>(68)</sup> se cuentan las de: impulsar la promoción social del trabajador a través de la formación profesional integral; administrar un sistema de información sobre el mercado laboral; adelantar programas de formación técnica y tecnológica y de formación

- 
- (68) “1. *Impulsar la promoción social del trabajador, a través de su formación profesional integral, para hacer de él un ciudadano útil y responsable, poseedor de valores morales éticos, culturales y ecológicos.*
2. *Velar por el mantenimiento de los mecanismos que aseguren el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, relacionadas con el contrato de aprendizaje.*
3. *Organizar, desarrollar, administrar y ejecutar programas de formación profesional integral, en coordinación y en función de las necesidades sociales y del sector productivo.*
4. *Velar por que en los contenidos de los programas de formación profesional se mantenga la unidad técnica.*
5. *Crear y administrar un sistema de información sobre oferta y demanda laboral.*
6. *Adelantar programas de formación tecnológica y técnica profesional, en los términos previstos en las disposiciones legales respectivas.*
7. *Diseñar, promover y ejecutar programas de formación profesional integral para sectores desprotegidos de la población.*
8. *Dar capacitación en aspectos socioempresariales a los productores y comunidades del sector informal urbano y rural.*
9. *Organizar programas de formación profesional integral para personas desempleadas y subempleadas y programas de readaptación profesional para personas discapacitadas.*
10. *Expedir títulos y certificados de los programas y cursos que imparta o valide, dentro de los campos propios de la formación profesional integral, en los niveles que las disposiciones legales le autoricen.*
11. *Desarrollar investigaciones que se relacionen con la organización del trabajo y el avance tecnológico del país, en función de los programas de formación profesional.*
12. *Asesorar al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en la realización de investigaciones sobre recursos humanos y en la elaboración y permanente actualización de la clasificación nacional de ocupaciones, que sirva de insumo a la planeación y elaboración de planes y programas de formación profesional integral.*
13. *Asesorar al Ministerio de Educación Nacional en el diseño de los programas de educación media técnica, para articularlos con la formación profesional integral.*
14. *Prestar servicios tecnológicos en función de la formación profesional integral, cuyos costos serán cubiertos plenamente por los beneficiarios, siempre y cuando no se afecte la prestación de los programas de formación profesional”.*

profesional; así como velar por el cumplimiento de las disposiciones que regulan el contrato de aprendizaje<sup>(69)</sup> en Colombia y ofrecer programas de formación a desempleados<sup>(70)</sup>.

De otro lado, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) fue creado en 1968 y es una entidad adscrita al Ministerio de la Protección Social, que tiene a su cargo la coordinación del sistema nacional de bienestar familiar, el cual está definido como un servicio público cuyos objetivos se concretan en fortalecer los lazos familiares, asegurar y apoyar el cumplimiento de los deberes y obligaciones de sus miembros, tutelar los derechos de los niños, niñas, jóvenes y familias, y brindar protección<sup>(71)</sup>.

Por su parte, mediante el decreto 2467 de 2005 se crea la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional que integra la Red de Solidaridad (RSS)<sup>(72)</sup> y la Agencia Colombiana de Cooperación Internacional (ACCI), como entidad de alto nivel para el diseño y desarrollo de la política de protección en cuanto a los programas sociales que se ejecuten por la Presidencia de la República, con cargo a recursos nacionales o internacionales, y que atienden a poblaciones vulnerables, en los ámbitos de la pobreza, el narcotráfico y la violencia.

---

(69) Ver artículos 30 y siguientes de la Ley 789 de 2002.

(70) El Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) tiene como misión cumplir la función que le corresponde al Estado de invertir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores colombianos, ofreciendo y ejecutando la Formación Profesional Integral gratuita, para la incorporación y el desarrollo de las personas en actividades productivas que contribuyan al desarrollo social, económico y tecnológico del país.

(71) Es una institución comprometida con la protección integral de la familia y en especial de la niñez. Además, coordina el Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF) y como tal propone e implementa políticas, préstamos, asesoría y asistencia técnica y sociolegal a las comunidades y a las organizaciones públicas y privadas del orden nacional y territorial.

El SNBF es el conjunto de entidades públicas, privadas, sociales y comunitarias legalmente autorizadas que trabajan unidas para mejorar las condiciones de vida de la niñez y la familia, en los municipios, departamentos y en todo el territorio nacional.

(72) Creada por la Ley 368 de 1997.

Entre las funciones<sup>(73)</sup> de dicho organismo se encuentran las de: “...coordinar el desarrollo de la política que en materia de acción social fije el Gobierno Nacional; coordinar el desarrollo de la política que en materia de cooperación fije el Ministerio de Relaciones Exteriores; administrar y promover la cooperación internacional técnica y financiera no reembolsable bajo la dirección y coordinación del Ministerio de Relaciones Exteriores”<sup>(74)</sup>.

- 
- (73) 1. Coordinar el desarrollo de la política que en materia de cooperación fije el Ministerio de Relaciones Exteriores.
2. Administrar y promover la cooperación internacional técnica y financiera no reembolsable bajo la dirección y coordinación del Ministerio de Relaciones Exteriores.
3. Ejecutar en lo de su competencia los programas de la política de inversión social focalizada que defina el Presidente de la República, contemplados en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, dirigidos a los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana.
4. Efectuar la coordinación interinstitucional para que la acción social llegue de manera ordenada y oportuna al territorio nacional.
5. Coordinar el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia y ejecutar acciones de acompañamiento al retorno, prevención, protección, atención humanitaria y reubicación a favor de la población desplazada y en riesgo de desplazamiento, de conformidad con las competencias asignadas por la Ley 387 de 1997 y sus decretos reglamentarios.
6. Atender a las víctimas de la violencia de acuerdo con lo establecido por la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 782 de 2002 y aquellas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.
7. Coordinar y articular con los potenciales aportantes y receptores de cooperación Internacional pública y privada, la cooperación técnica y financiera no reembolsable que reciba y otorgue el país, así como los recursos que se obtengan como resultado de condonación de deuda con naturaleza de contenido social o ambiental.
8. Apoyar al Ministerio de Relaciones Exteriores en los procesos de negociación de los acuerdos, tratados o convenciones marco en materia de cooperación y de los acuerdos o convenios complementarios de cooperación internacional, técnica o financiera no reembolsable.
9. Administrar los recursos, planes, programas y proyectos de cooperación internacional técnica y financiera no reembolsable o de cooperación privada que adelante el país, cuando sea procedente, bajo las directrices que imparta el Ministerio de Relaciones Exteriores.
10. Promover el mejoramiento de las condiciones de vida de la población más pobre y vulnerable del país, a través de la coordinación y ejecución de programas y proyectos con recursos de fuente nacional o de cooperación internacional, de acuerdo con la política que determine el Gobierno Nacional.
11. Las demás que le señale la ley en desarrollo de su objeto.

(74) <[www.accionsocial.gov.co](http://www.accionsocial.gov.co)>.

Se trata de componentes de la protección social en cabeza de instituciones públicas que tienen a su cargo la coordinación de subsistemas de gestión público privada, para la provisión de bienes meritorios que demanda la sociedad y que son responsabilidad del Estado, en cuanto al establecimiento de condiciones de bienestar, con especial referencia a poblaciones con protección constitucional particular –como los niños o los adultos mayores– y a poblaciones vulnerables en Colombia, como aquellas afectadas por la pobreza.

## 8.2. Modelo

El modelo de operación parte de la provisión directa de servicios a cargo de entidades públicas, especializadas en su ramo y que tienen a su cuidado acciones de coordinación.

Es claro que tanto en el caso del ICBF como en los del SENA y Acción Social dichas entidades realizan labores de interacción y coordinación con agencias públicas, con organismos internacionales y con entidades privadas en Colombia para la gestión de los servicios a su cargo.

Dichos servicios ostentan la condición de públicos, en cuanto proveen bienes de necesaria y continua prestación, que satisfacen necesidades colectivas y que están integrados al sistema de protección social.

Si bien, en estricto sentido, no ejecutan actividades propias de la seguridad social clásica, la provisión de los servicios que tienen bajo su cuidado entraña el desarrollo de cometidos públicos que se desprenden de la Constitución Política y que generan prestaciones a las cuales tienen derecho los beneficiarios en el ámbito de la protección social.

## 8.3. Financiación

La financiación de estos servicios se realiza por medio de aportes parafiscales<sup>(75)</sup>, pagados por los empleadores contra las nóminas a su cargo,

---

(75) Ver leyes 21 de 1982, artículo 12, 89 de 1988, artículo 1º, y 789 de 2002.

en el caso de las actividades que corresponden al SENA y al ICBF. Acción Social y las anteriores entidades cuentan adicionalmente con recursos de origen fiscal para soportar su gestión, así como canalizan recursos de cooperación internacional y arbitran fuentes específicas de financiación a través de fondos de particular gestión, como Emprender o el Fondo de Inversión para la Paz<sup>(76)</sup>, correspondientes al SENA y a Acción Social, respectivamente.

---

(76) Fue creado por la Ley 487 del 24 de diciembre de 1998 y reorganizado por el Decreto 1813 del 18 de septiembre de 2000 y por el Decreto 1003 del 29 de mayo de 2001, como principal instrumento de financiación de programas y proyectos estructurados para la obtención de la paz, previendo la creación de una Veeduría Especial sin perjuicio de las facultades a cargo de la Contraloría General de la República y los demás órganos de control estatal, de las facultades de la Oficina de Control Interno del DAPR-FIP y de los mecanismos de auditoría externa que establezca el Consejo Directivo del Fondo.

## CAPÍTULO IX

### **Actualización sobre las principales reformas normativas en los últimos años**

#### 1. EL ENTORNO DE LAS REFORMAS

Como lo expresó el Gobierno Nacional en la exposición de motivos del proyecto de ley que luego se convertiría en la reforma pensional, Ley 797 de 2003, “a pesar de los avances logrados por la Ley 100 de 1993, el país ha experimentado importantes cambios demográficos, económicos sociales y laborales”, reflexión que aplica en general para la actualización del sistema de protección social.

El mercado colombiano es pequeño para un esquema de seguridad y protección social basado en la aportación individual, dentro del cual la inversión en la industria y la empresa no alcanzan los niveles exigidos para la sostenibilidad del sistema a partir de la autofinanciación. Solamente entre el 20 y el 25% de la población económicamente activa aporta para pensiones, mientras que el porcentaje restante no lo hace, bien porque trabaja en la informalidad, está desempleada o labora en el campo.

En efecto, una mirada global luego de quince años de vigencia de la Ley 100 hace concluir que los cálculos realizados entonces se enfrentan a la realidad del crecimiento económico –que apenas demostró cifras esperanzadoras a partir de 2003 y que desde 2008 se enfrenta nuevamente a las eventualidades de crisis externas con implicaciones internas– y de las tasas de desocupación.

Los resultados del crecimiento del PIB para el año 2003 fueron alentadores, al pasar del 1,39% para 2001 y el 1,76% en 2002, al 3,5% en el año 2003.



Luego de la crisis económica que sufrió el país, y que tocó fondo en 1999 cuando el crecimiento de la economía alcanzó niveles negativos, el país logró mejorar su desempeño económico, gracias en parte al aumento de precio de los *commodities* y de la reactivación del sector de la industria. Es así como para el año 2005 se observó un crecimiento económico del 5,2%, y para los años 2006 y 2007 el mismo se ubicó por encima del 6%, alcanzado el 7% en 2007, lo cual situó a Colombia sobre el promedio de la región.

El crecimiento económico promedio de la economía colombiana en los seis años recientes es del 5,62%, siendo el más alto de los últimos 30 años. En el primer trimestre de 2008, el crecimiento descendió del 8,2 al 4,1%<sup>(1)</sup>.

Como lo señala el Departamento Nacional de Planeación (DNP), uno de los pilares del crecimiento de los últimos años está representado por la confianza inversionista, que ha permitido elevar la inversión, en niveles del PIB de un 17% en el segundo trimestre de 2002, a un 27,5% en el primer trimestre del 2008. Se benefició Colombia con los flujos de la inversión extranjera directa, también como las economías emergentes.

La tasa de desempleo vio una evolución positiva, pues de un nivel de 15,6% en diciembre de 2002, se ubicó en 2006, en un 11,4%, reduciéndose fuertemente en 2007, para instalarse cerca del 11% al finalizar 2008. Nuevamente en 2009 se aprecia un crecimiento de dicha tasa, como resultado de los efectos de la crisis financiera internacional que golpea las economías desde 2008, con la demanda consecuente de mayor protección social, por ejemplo en el ámbito del seguro al desempleo.

El crecimiento ha estado soportado en el sector privado. El PIB privado creció en un 7,95% en el primer semestre de 2008, mientras que el PIB total lo hizo en un 4,1%, como lo afirma el DNP. Un reto reciente de la política monetaria es el control a la inflación; el índice de precios al consumidor para el año 2008 se ubicó en un nivel del 7,67%.

---

(1) Departamento Nacional de Planeación (DNP), *Análisis de coyuntura. Indicadores económicos*, tomado de la página web.

En términos del sistema de protección social, si bien se han dado crecimientos en cobertura, lejos se está de la proyección que motivó la Ley 100, pues los mismos se reducen específicamente al ámbito del subsistema de salud y en virtud de la mayor afiliación al régimen subsidiado.

En el año 2001 solamente el 23% de los adultos mayores, con igual o mayor edad para pensionarse, estaban cubiertos por el sistema. Ocho de cada diez colombianos en la actualidad no están cubiertos por el sistema de pensiones. Esto es, la situación pensional no ha mejorado para los colombianos.

En el régimen de prima media con prestación definida se subsidia, en forma regresiva, con recursos públicos entre el 42 y el 72% de cada pensión reconocida en la actualidad, lo cual, por ejemplo, se tradujo en un compromiso presupuestal de 2,04 puntos del PIB para el año 1999, y ello sin embargo sólo permite, como se dijo, que dos de cada diez personas con la edad requerida accedan al subsidio para la pensión.

A marzo de 2008 el número de afiliados al sistema de pensiones era de un poco más de catorce millones, con 5.271.160 cotizantes y 8.887.389 no cotizantes. Del total, en el régimen de prima media se registraban para entonces 6.156.920, con apenas 1.776.196 cotizantes activos<sup>(2)</sup>.

Cuando se tramitó la Ley 797 de 2003 planteó el Gobierno que de mantenerse la tendencia, en el año 2019 se requerirían 5,5 puntos del PIB para lograr la pensión de una minoría de colombianos.

El pasivo pensional se entiende como uno de los principales problemas en el manejo de la hacienda pública, que compromete la estabilidad social e institucional. El déficit, según el modelo del Departamento Nacional de Planeación, alcanzó en el año 2000 el 192,4% del PIB, ubicándose en el 206% en el año 2002. Con la aplicación de la reforma

---

(2) Fuente: Superintendencia Financiera de Colombia, Asofondos, ISS, Dirección General de Seguridad Económica y Pensiones (MPS), cifras tomadas del Informe del Ministerio de la Protección Social al Congreso de la República, 2007-2008, pp. 44 y ss.

de 2003, este se reduce a cerca del 190%, pero en todo caso su magnitud preocupa, particularmente por la generosa consagración del régimen de transición pensional y por la dificultad jurídica en cuanto a su modificación.

La existencia de regímenes especiales controvierte el carácter solidario y equitativo que debe imperar en el sistema de pensiones. Los afiliados de los sistemas especiales representan apenas el 11% del total de afiliados al régimen de pensiones, mientras que los solos pasivos pensionales del Fondo de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y del Magisterio representan el 30% del déficit pensional de la Nación.

A marzo de 2008 contaba Colombia con 1.284.805 pensionados. De ellos, 1.063.798 correspondían al régimen de prima media, 26.768 al de ahorro individual y 194.239 a regímenes pensionales de excepción<sup>(3)</sup>.

En cuanto a la tasa de cotización, se menciona su regresividad, pues permite subsidios a personas con mayor capacidad de pago, en tanto que históricamente las cotizaciones han mantenido un nivel comparativamente inferior al de otros países, en los cuales el promedio oscila entre el 18 y el 20%, mientras que el de Colombia hasta el año 2003 se ubicaba en el 13,5%, alcanzando el 16% en 2008.

Por su parte, la tasa de reemplazo se ubica en Colombia en el 65%, mientras que en el resto de los países de Latinoamérica en el 44%. Iguales diferencias se aprecian en cuanto a los períodos de cotización necesarios para acceder a la tasa de reemplazo, por cuanto en Colombia es de 20 años para acceder al 65% del ingreso base de liquidación, mientras que en Bolivia es de 33 años, de 35 en Chile, de 49 en El Salvador y de 34 en México.

Como lo ha expuesto el Gobierno Nacional, la viabilidad financiera del Instituto del Seguro Social determinó la adopción de medidas insti-

---

(3) Fuente: Informe del Ministerio de la Protección Social al Congreso de la República, Ob. cit.

tucionales para su desmonte y liquidación<sup>(4)</sup>. A 2001 la entidad tuvo que cancelar 700 mil millones por sobre los ingresos, representados en los recaudos más los rendimientos financieros. En 2005 la capacidad para responder por las pensiones ya reconocidas determinó el giro de recursos por parte de la Nación. En igual forma, el componente del aseguramiento en salud por el Instituto evidenció graves falencias en cuanto a su financiación.

En cuanto al sistema de salud, por su parte, el número de afiliados al régimen contributivo se ha mantenido estable, con fluctuaciones tendientes a la baja, excepto en el período 2002-2003; en efecto, para 1996 estaban vinculados 6.632.429 cotizantes y 7.095.868 beneficiarios, para una población total de 13.728.297 personas. Las cifras del año 2003 señalaban que la población cubierta por el régimen contributivo de salud era de 13.758.596 personas, con un crecimiento respecto del año anterior del 4,5%.

A diciembre de 2003, el 30,86% de la población colombiana se encontraba afiliada al régimen contributivo de salud, mientras que el 26,40% lo estaba al régimen subsidiado y un 42,74% se mantenía sin afiliación, bajo la modalidad transitoria de los vinculados, frente a una población total calculada de 44.583.577 personas.

Sin embargo, la concentración de esfuerzos estatales en la provisión del aseguramiento universal en salud ha determinado un incremento muy significativo de la cobertura, habiéndose redefinido el compromiso del país por alcanzar el aseguramiento del 100% de la población, en alguno de los regímenes, para el año 2010, conforme lo ordenado por la Ley 1122 de 2007 y bajo el criterio de la doctrina constitucional.

Para el año 2007 se registró un total de 38.613.203 personas afiliadas al sistema de salud, con una participación del régimen contributivo equi-

---

(4) Ver, por ejemplo, al respecto lo señalado por el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 en cuanto a la obligación para el Gobierno Nacional de proceder a la liquidación de Cajanal, EICE, Caprecom y del Instituto de Seguros Sociales, en lo que a la administración de pensiones se refiere. Dicha disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-376 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

valente al 44,04% y con 21.606.812 afiliados al régimen subsidiado, con un 55,96% de participación<sup>(5)</sup>.

En riesgos profesionales, el total de afiliados al inicio de 2008 era de 6.111.187 personas, lo que representa, respecto de la meta del Gobierno para el cuatrienio 2006-2010, un cumplimiento del 85,2%; sin embargo, es menester pensar en la población independiente e informal y en la forma de vincularla a dicho sistema, lo mismo que al régimen del subsidio familiar; este contaba para mayo de 2008 con una población de 5.487.373 afiliados.

Otro aspecto que corresponde considerar tiene que ver con el fenómeno del desempleo y con las condiciones de precariedad en el mercado laboral, aspectos que fueron determinantes en cuanto se refiere a la expedición de la Ley 789 de 2002 y que han estado presentes en estos últimos años en lo que concierne al crecimiento del trabajo cooperado y a la aplicación de esquemas de flexibilidad laboral y trabajo independiente.

Cada año se capacitan para laborar cerca de 400 mil nuevas personas, por el simple efecto vegetativo del crecimiento poblacional, lo que implicaría crear iguales plazas de ocupación para mantener el nivel de desempleo (para 2002, 16% en el país y 18% en las principales ciudades; la cifra de desempleo para el año 2008 cerró cerca del 11%, con notable reducción en los últimos tres años, pero con incremento actual por efecto de las condiciones económicas que rodean al país).

Las cifras de informalidad son elevadas, ubicándose entre el 59 y el 61% del empleo urbano, y cerca del 100% en el empleo rural.

Como lo señala el Informe del Observatorio del Mercado de Trabajo de la Universidad Externado de Colombia, refiriéndose al análisis entre los años 2002 y 2006<sup>(6)</sup>: “No obstante estos avances, también es de resal-

---

(5) Cifras tomadas de Ministerio de la Protección Social, Informe al Congreso de la República, ob. cit.

(6) Universidad Externado de Colombia, Observatorio del Mercado de Trabajo. Sistema de información sobre tendencias sectoriales del empleo y los salarios en Colombia. Primer Informe, Bogotá, 2007, p. 11

tar el desempeño negativo de algunos indicadores. Uno de estos es el subempleo como proporción del total de ocupados, entre 2002-2005 este indicador se contrajo de 34,7% a 32,5%, tendencia que se rompe para 2006, año en el cual el subempleo repunta a 33,5%”.

Se estima que solamente con tasas de crecimiento sostenidas de más del 5% sería posible bajar la tasa de desempleo a un dígito, y aun cuando las mismas se lograron en 2006 y 2007, los augurios para el inmediato futuro no son halagüeños.

Para el año 2003 se registró una cobertura inicial de 19.079 personas que accedieron al subsidio al desempleo creado por la Ley 789 de 2002. Durante el año 2004 se otorgaron 59.673 subsidios al desempleo, con un cumplimiento del 188% respecto de la meta programada. En 2005 se asignaron 110.774 subsidios, el 53.71% de ellos para personas con vinculación anterior a las cajas de compensación familiar. Durante el cuatrienio 2002-2006, como lo resalta el Informe al Congreso de la República, presentado por el Ministro de la Protección Social, se entregaron 203.075 subsidios.

En el año 2007 se asignaron 80.600 subsidios al desempleo, un 70,04% de ellos para personas con vinculación anterior a las cajas de compensación familiar. Se cumplió la meta de otorgamiento –en todo caso en niveles inferiores a anualidades pasadas–, superándose en 4.560 cupos. Es indicativo señalar que en el Informe al Congreso del Ministerio de la Protección Social 2007-2008, el reporte sobre prestaciones por desempleo se ubica en el capítulo de mercado laboral, y no como componente de la seguridad social, lo cual debería ser en estricto sentido.

Una variable de particular importancia en el contexto y como causa misma de las reformas y actualizaciones al sistema de protección social tiene que ver con la elección del Presidente de la República Álvaro Uribe Vélez para el cuatrienio 2002-2006 y su reelección para el período inmediatamente siguiente.

La segunda administración del Presidente Uribe ha contado con una mayoría amplia en las cámaras legislativas, estrenándose además

la vigencia de la Ley 974 de 2005 o Ley de Bancadas, en cuyo marco se discutió la reforma a la salud, que se concretó en la Ley 1122 de 2007.

El Gobierno Nacional en el período que inició en el año 2002, estructuró el Plan Nacional de Desarrollo hacia la consolidación de un Estado comunitario, a partir de cuatro políticas básicas: (i) la seguridad democrática, (ii) la reactivación económica y la generación de empleo, (iii) la protección social, y (iv) la renovación de la administración pública, con combate a la corrupción y a la llamada “politiquería”.

El plan de desarrollo para la segunda administración del Presidente Uribe está contenido en la Ley 1151 de 2007, “Estado Comunitario: Desarrollo para Todos”, norma que genera especiales implicaciones en materia de protección social en el país. Su orientación básica se concreta en consolidar y continuar las directrices del Plan 2002-2006, pero con énfasis y prioridad en dos objetivos fundamentales: (i) mantener el crecimiento económico alcanzado y (ii) complementarlo con una noción más amplia de desarrollo. Una de las bases del Plan es, pues, la política de reducción de la pobreza y promoción del empleo y la equidad “que conduzca a soluciones eficaces contra la pobreza y la vulnerabilidad, el desempleo, las deficiencias de cobertura y calidad en la seguridad social, las deficiencias de coberturas y calidad de la educación, la imposibilidad de acceso de los marginados a los servicios financieros” (art. 1°).

La continuidad presidencial ha permitido el mantenimiento de las políticas que soportan el sistema de protección social, debiendo reconocerse la coherencia de los recientes ajustes con la aplicación, por ejemplo, del modelo del pluralismo estructurado en el sistema de salud y el empeño por fortalecer la protección social. Acciones que evidencian lo dicho son, entre otras: la sustitución de la operación del ISS por nuevos operadores y su proceso de extinción como entidad pública de la seguridad social; el papel atribuido a las cajas de compensación familiar en materia de política social; la puesta en operación de la planilla integrada de liquidación de aportes y la especialización del proceso en lo atinente al pago de aportes.

## 2. REFORMAS EN EL RÉGIMEN DE PENSIONES

La orientación de los ajustes al régimen de pensiones está determinada por la vinculación obligatoria de los independientes con capacidad de aporte, el incremento en las cotizaciones y el aumento diferido en la edad jubilatoria, la eliminación de regímenes especiales y la universalización del régimen general, el ajuste al régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, la reducción en el monto de la pensión de vejez o tasa de reemplazo, y la posibilidad de revocar pensiones reconocidas con violación de la ley.

Tales planteamientos fueron enfatizados como apremiantes por el Gobierno Nacional, debatidos ampliamente, con oposición en particular de los sectores organizados de los trabajadores, pero finalmente acogidos por el Congreso de la República, no así por el constituyente primario, frente a la no prosperidad de la propuesta de referendo que se sometió a su consideración y que contenía normas en materia de régimen pensional.

Los ajustes al régimen de pensiones se contienen en la Ley 797 del 29 de enero de 2003, cuyo articulado reforma algunas disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, sin organizarse en un estatuto integral y nuevo, sustitutivo del anterior.

Es por ello que la Ley 797 no se estructura en capítulos, sino que contiene en secuencia numérica los cambios respecto a los artículos de la Ley 100 de 1993.

Los más destacados ajustes al régimen de pensiones pueden señalarse así:

### 2.1. Ley 797 de 2003

#### 2.1.1. *Universalización de la afiliación*

Con la Ley 797 (art. 2º) se consagra como obligatoria la afiliación al sistema general de pensiones, para los trabajadores inde-



pendientes, que antes se ubicaban en la categoría de afiliados voluntarios<sup>(7)</sup>.

A más de los servidores públicos y vinculados mediante contrato de trabajo, se deberán afiliar al sistema de pensiones “las personas naturales que presten 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”, conforme lo preceptuado por el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003.

Es claro entonces que para lograr una mayor cobertura, pero además una mayor sostenibilidad financiera, quienes ostenten la condición de contratistas, prestadores de servicios independientes y tengan capacidad de pago, deberán cotizar al sistema de pensiones.

A estos trabajadores independientes se les reconoce un ingreso base de cotización mínimo de un salario mínimo legal mensual, pero a la vez se establece el principio de la realidad de ingresos, por el cual la cotización debe corresponder con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado, a partir de un esquema de presunción de ingresos.

Para facilitar el pago de aportes por parte de contratistas e independientes, la Ley 797 consagra como principios la posibilidad de realizar aportes anticipados, así como de establecer sistemas especiales de descuento y de ampararse el pago de la cotización que por ellos haga un tercero, sin que por tal hecho, exclusivamente, se configure relación laboral.

En procura de la comentada universalización, se impone el régimen general y ordinario de pensiones contenido por la Ley 100 de 1993 y ajustado por la Ley 789 de 2003, a los servidores públicos que ingresen a partir de la vigencia de esta última norma a ECOPETROL.

---

(7) La Ley 1250 de 2008 consagra la voluntariedad por tres años contados a partir de la promulgación de la norma, para la afiliación de los trabajadores independientes que devenguen ingresos iguales o inferiores a un salario mínimo legal mensual vigente, volviendo en este evento al régimen anterior.

### 2.1.2. *Permanencia en un régimen y en una entidad. Inamovilidad*

La Ley 797 reajusta los términos de selección y traslado de un régimen a otro (prima media con prestación definida y de ahorro individual con solidaridad), señalando que no es admisible el desplazamiento sino contados cinco años de la selección inicial o anterior.

Igualmente restringe el traslado de régimen cuando al afiliado le faltaren diez años o menos para cumplir la edad de pensión.

Consagra además un período de inamovilidad de régimen para los servidores públicos que ocupen cargos de carrera administrativa, afiliados al régimen de prima media con prestación definida, los cuales deberán mantenerse en el mismo mientras ostenten la calidad de tales.

Pero además dispone que quienes ingresen por primera vez al sector público, en cargos de carrera administrativa, deberán afiliarse obligatoriamente al régimen de prima media por conducto del Instituto de Seguro Social (con los ajustes en camino, COLPENSIONES).

### 2.1.3. *Improcedencia de sustituir las semanas de cotización o el tiempo de servicios*

Dispone la Ley 797 que en ningún caso se podrán sustituir o abonar semanas de cotización o tiempo de servicios para acceder a la pensión, con el cumplimiento de requisitos distintos, posibilidad que se recogía en el anterior sistema y en regímenes pensionales especiales, en particular por la publicación de libros o material de contenido pedagógico. Ello sin perjuicio de lo previsto en pactos o convenciones colectivas de trabajo.

### 2.1.4. *Límite base de cotización*

El límite máximo de la base de cotización se establece en 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado, incrementándose de los 20 a que aludía el anterior régimen. Para quienes devenguen ingresos por sobre dicho límite, la cotización podrá realizarse hasta por 45 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para garantizar pensiones de hasta 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

### 2.1.5. *Reajuste en el monto de las cotizaciones*

La Ley 797 de 2003 ordena un incremento gradual de las cotizaciones, a partir del 13,5% sobre el ingreso base de cotización, estableciendo una destinación para los recursos adicionales, dependiendo de si se trata de afiliaciones al régimen de prima media o al de ahorro individual.

A partir del 1° de enero de 2004, la cotización se incrementó en un punto, al 14,5% sobre el ingreso base de cotización.

En los años 2005 y 2006 se incrementó en un 0,5% cada anualidad, por lo cual a partir del año 2006 la cotización se dio por el 15,5% sobre el ingreso base de cotización.

Señaló además la Ley 797 una habilitación al Gobierno Nacional para que a partir del año 2008 y por una sola vez, se incrementara un punto porcentual adicional la cotización, siempre y cuando el crecimiento del producto interno bruto fuera igual o superior al 4% en promedio durante los dos años anteriores.

Este punto porcentual fue reducido al 0,5% por la Ley 1122 de 2007, la cual dispuso un incremento en la cotización al subsistema de salud del 0,5%, que sustituyó en esa proporción el porcentaje con que se contaba para el incremento del aporte a pensiones.

Mediante Decreto 4982 de 2007, el Gobierno Nacional hizo uso de la aludida facultad, estableciéndose a partir de 2008 la cotización para el régimen de pensiones en el 16%.

Los ingresos adicionales en el régimen de prima media se destinarán al pago de pensiones y a la capitalización de reservas, mientras que en el de ahorro individual acrecen las cuentas individuales, sin perjuicio de que el Gobierno pueda realizar una redistribución en estas asignaciones según cálculos actuariales, con una periodicidad quinquenal.

### 2.1.6. *Incremento en la edad jubilatoria en el régimen de prima media*

A partir del año 2014 la edad para la pensión de vejez se incrementará a 57 años de edad para la mujer y 62 para el hombre, sobre los niveles actuales de 55 y sesenta 60 años, respectivamente.

### 2.1.7. *Incremento gradual en el requisito de semanas de cotización en el régimen de prima media*

El número mínimo de semanas de cotización para acceder a pensión de vejez en el régimen de prima media era de 1.000.

A partir del año 2005 dicho número se incrementó en 50 (1.050) y a partir del año 2006 en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 en el año 2015.

### 2.1.8. *Ajuste en la tasa de reemplazo*

El monto pensional para las primeras 1.000 semanas de cotización será el equivalente al 65% del ingreso base de liquidación.

Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000, hasta 1.200, se incrementará el porcentaje en un 2%, hasta un 73% del ingreso base de liquidación.

Por cada 50 semanas adicionales por sobre las 1.200 y hasta un tope de 1.400 semanas, el porcentaje se incrementará en un 3%, hasta llegar a un monto máximo de tasa de reemplazo del 85%.

Pero adicionalmente, la Ley 797 de 2003 estableció un sistema inversamente proporcional para la aplicación de la tasa de reemplazo, considerando el nivel de ingresos de los afiliados, aplicable a partir del año 2004.

Ello implica que a mayor nivel de ingresos para el cálculo de la base de liquidación, menor porcentaje en la tasa de reemplazo, con posibilidad de incremento por semanas adicionales de cotización.

La tasa de reemplazo según el nivel de ingresos se ubica actualmente entre un 65 y un 55% del ingreso base de liquidación.

A partir del año 2005, por cada 50 semanas adicionales a la mínimas requeridas, el porcentaje se incrementó en un 1,5% del ingreso base de liquidación, para llegar a tasas de reemplazo entre el 80 y el 70,5% de dicho ingreso.

Como se aprecia, la Ley 797 ató la tasa de reemplazo al nivel de ingresos, en procura de reducir la regresividad en la financiación pública de pensiones para quienes tienen altos ingresos y, además, como estímulo para

que quienes cuenten con dichos ingresos superiores se ubiquen en el régimen de ahorro individual con solidaridad y aporten voluntariamente más allá de las cotizaciones obligatorias, que de por sí se incrementaron.

#### **2.1.9. *Creación del Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad***

Uno de los temas de mayor preocupación en cuanto a la sostenibilidad financiera futura del sistema pensional tiene que ver con la disponibilidad de recursos para soportar la garantía de pensión mínima, para aquellas personas que al cumplir 62 años si son hombres o 57 si son mujeres, no cumplan el requisito de tiempo de servicios o semanas de cotización para acceder a pensión equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, pero cuenten con 1.050 semanas de cotización.

La Ley 797 de 2003 creó el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y señaló además un incremento gradual en el número de semanas de cotización requeridas para acceder a dicha garantía. No obstante, la modificación en este sentido, que ajustaba las previsiones del artículo 65 de la Ley 100 de 1993, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional<sup>(8)</sup>.

#### **2.1.10. *Establecimiento de revocatoria directa para pensiones reconocidas irregularmente***

Consagró la norma la obligación para los administradores del sistema de pensiones, en particular para sus representantes legales, de revocar directamente los actos por medio de los cuales se haya reconocido una pensión sin el cumplimiento de los requisitos de ley o con base en documentación falsa.

En este evento debe procederse a realizar la comprobación de la causal, procediéndose de oficio por parte de dichos administradores, cuando quiera que existan motivos que les permita suponer que se reconoció indebidamente una pensión o prestación económica.

La revocatoria aludida procede sin el consentimiento del particular.

---

(8) Corte Constitucional, Sentencia C-797 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

### 2.1.11. *Creación de las acciones de revisión de reconocimiento de pensiones*

Las providencias judiciales que ordenen a fondos de naturaleza pública el cubrimiento de pensiones de cualquier naturaleza podrán ser revisadas por el Consejo de Estado o por la Corte Suprema de Justicia, a solicitud del Gobierno, del Contralor General de la República o del Procurador General de la Nación, por las causales previstas para la procedencia del recurso extraordinario de revisión, que implican ilegalidad en el trámite del reconocimiento, y además para cuando el reconocimiento se hubiere hecho con violación al debido proceso o cuando la cuantía de lo reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley.

La Corte Constitucional declaró la inexecutable de las expresiones “en cualquier tiempo” que contenía el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, en cuanto al término para adelantar la correspondiente actuación judicial<sup>(9)</sup>.

Igualmente el Gobierno Nacional ha presentado iniciativas orientadas al desarrollo de los procedimientos aplicables para el caso de la revisión de pensiones, en desarrollo de lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, entre las cuales se resalta la identificada con el número 06-Cámara de 2006. En dicha iniciativa se recogían algunos procedimientos adicionales en cuanto a la seguridad social, aludiéndose a la creación de jueces especializados.

## 2.2. **Ley 860 de 2003**

El 26 de diciembre de 2003 se dictó la Ley 860 por medio de la cual se adoptaron los requisitos para la obtención de pensión de invalidez en el régimen de pensiones, toda vez que el artículo 11 de la Ley 797, que reformaba el 39 de la Ley 100, fue declarado inexecutable por decisión de la

---

(9) Corte Constitucional, Sentencia C-835 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, en consideración a vicios de trámite en su adopción por parte del Congreso de la República<sup>(10)</sup>.

La ley contiene además disposiciones en cuanto al régimen especial de pensiones para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), por exposición a alto riesgo y con el pago de cotización especial de diez puntos adicionales a cargo del empleador<sup>(11)</sup>.

Finalmente, en su artículo 4º la Ley 860 reajustaba el régimen de transición pensional, consagrado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y modificado por la Ley 797 de 2003.

En los términos señalados por la Ley 860 de 2003 y hasta el 31 de diciembre del año 2007, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, de quienes al 1º de abril de 1994 tuviesen 35 años o más de edad si son mujeres, o cuarenta 40 o más si son hombres, o 15 o más de servicios cotizados, serían los establecidos por el régimen anterior al cual se encontraran afiliados a esa fecha.

A partir del año 2008, a quienes cumplieran con dichas condiciones se les reconocería la pensión con el requisito de edad del régimen anterior, aplicándose las nuevas condiciones en cuanto a tiempo de servicios o semanas de cotización y monto de la pensión de vejez.

Con esta ley se pretendió zanjar la controversia surgida por la expedición de la Ley 797 de 2003, en virtud de la cual se restringía el régimen favorable de transición solamente a la aplicación del requisito de edad del régimen anterior, a partir de su vigencia; según la norma citada, la transición cobijaría a quienes cumplieran los requisitos de edad o tiempo de servicios o cotización hasta el año 2007; a partir de entonces, solo se preservaría la condición de edad.

---

(10) Sentencia C-1056 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

(11) Al respecto véanse las sentencias de la Corte Constitucional C-789 de 2002, C-1056 de 2003 y C-030 de 2009, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

La materia de la norma hacía referencia al llamado desmonte o a la disminución de las condiciones de favorabilidad en cuanto a la aplicación de las normas de transición pensional.

No obstante, por medio de sentencia proferida por la Corte Constitucional, bajo la referencia C-754, del 10 de agosto de 2004 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), ese organismo declaró inexecutable el artículo 4° de la Ley 860 de 2003, tanto por vicios de procedimiento como en su contenido material, por cuanto, con excepción de la plenaria del Senado de la República, el texto del artículo no fue discutido por las comisiones séptimas constitucionales en sesiones conjuntas, ni por la plenaria de la Cámara de Representantes y existe un derecho al régimen de transición de las personas cobijadas por el mismo.

Quedó sin piso entonces la mencionada reforma, y vigente la situación en los términos descritos por la Ley 797 de 2003 respecto al régimen de transición.

### 2.3. Referendo constitucional

El Gobierno Nacional, con el aval del Congreso de la República, sometió a decisión del constituyente primario un artículo para reformar la Carta Política y establecer en él unas pautas generales en lo atinente al régimen de pensiones.

La norma correspondía al punto 8 del referendo constitucional sometido a revisión del pueblo colombiano el 26 de octubre de 2003.

Su texto despertó por supuesto las mayores discusiones en los estamentos sociales, políticos y económicos, al pretender la imposición de un régimen único de pensiones y el desmonte de los regímenes de excepción, como también el congelamiento temporal de salarios y pensiones provenientes de recursos públicos. El mismo era del siguiente tenor:

*“Adiciónase el artículo 187 de la Constitución Política con el siguiente texto:*



*“A partir de la vigencia de la presente reforma constitucional, la persona que adquiriera el derecho a pensionarse no podrá recibir con cargo a recursos de naturaleza pública, una pensión superior a veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Se exceptúan quienes tengan derechos adquiridos y quienes estén amparados por los regímenes pensionales exceptuados y especiales.*

*“La vigencia de los regímenes pensionales exceptuados, especiales o provenientes de normas y acuerdos entre nacionales de cualquier naturaleza, expirará el 31 de diciembre de 2007, con excepción del régimen pensional de los Presidentes de la República que tendrá eficacia desde al fecha de entrada de la presente reforma constitucional.*

*“El régimen de transición será reglamentado por la ley del Sistema General de Pensiones.*

*“Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, a partir de la vigencia de la presente reforma constitucional, con las excepciones temporales anteriores, serán los establecidos en la ley del Sistema General de Pensiones.*

*“No podrá dictarse disposición alguna o invocarse acuerdos entre nacionales, de ninguna naturaleza, para apartarse de lo allí establecido. Con las excepciones previstas en la ley del Sistema General de Pensiones, a partir de la vigencia de la presente reforma constitucional, no podrán reconocerse pensiones de vejez o jubilación a personas con menos de 55 años de edad.*

*“La Ley General de Pensiones ordenará la revisión de las pensiones decretadas sin el cumplimiento de los requisitos legales, o con abuso del derecho.*

*“A partir del 1° de enero del año 2005, y hasta diciembre de 2006, no se incrementarán los salarios y pensiones de los servidores públicos, o de aquellas personas cuyos salarios y*

*pensiones se paguen con recursos públicos, en ambos casos cuando devenguen más de veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*

*“Se excluye de esta disposición el régimen legal para los miembros de la Fuerza Pública”.*

La Constitución Política de Colombia exige para la validez del trámite referendario una votación mínima equivalente a la cuarta parte del censo electoral, la cual no se dio en los comicios del mes de octubre de 2003, quedando con ello sin efecto el mecanismo de participación para la reforma de la Carta Política y por ende sin concretarse el pretendido ajuste normativo.

#### **2.4. Reforma constitucional: Acto Legislativo 01 de 2005**

Se surtió el proceso de reforma constitucional ante el Congreso de la República, luego de haber naufragado en las urnas el referendo planteado con antelación.

Considerado el proyecto en dos legislaturas, esto es, ocho debates por las cámaras del Congreso, y en medio de una discusión que sin embargo no puede señalarse como característica de una gran controversia pública, pues su análisis se centró en la discusión política, sin que resultaran de mayor relevancia los foros abiertos o las discusiones extra Congreso sobre la materia, su trámite concluyó en junio de 2005 con una reforma a la Carta Constitucional, de la cual se resaltan brevemente las siguientes particularidades.

La pretensión del Gobierno al presentar el proyecto se orientaba por obtener un ahorro en las finanzas públicas cercano a los 78 billones de pesos —alrededor de US\$ 31.200 millones, con la eliminación inmediata de la mesada pensional catorce— de creación jurisprudencial por la Corte Constitucional, el freno a las convenciones colectivas y a los regímenes especiales a partir del 1° de enero de 2008 y el señalamiento de un tope a las mesadas pensionales pagadas con cargo a recursos públicos. Los resultados finales de la iniciativa aprobados por el Congreso permitirán un ahorro

estimado en la mitad de lo inicialmente proyectado, producto por supuesto de las conciliaciones y transacciones que tuvo que efectuar el Gobierno en el trámite congresional, considerando entre otros aspectos, que más de 70 congresistas se declararon impedidos para votar el proyecto de acto legislativo en atención a sus expectativas pensionales y anticipándose a la eventual existencia de conflictos de intereses.

La reforma constitucional se estructuró sobre la modificación al artículo 48 de la Carta Política, para incorporar como principio de rango constitucional que rija al régimen de pensiones el de la sostenibilidad financiera. Ello pretende atenuar las expectativas ilimitadas en lo financiero, respecto a la garantista concesión de beneficios a partir del postulado de la solidaridad, de igual rango, en particular considerando el gran activismo judicial que se ha presentado en Colombia luego de la vigencia de la Constitución de 1991.

La reforma pensional se soportó no en un ajuste a la ley de seguridad social sino en un replanteamiento constitucional, precisamente para blindar su viabilidad jurídica como norma de primer nivel jerárquico, sobre cuyo contenido, en principio, no tiene competencia de revisión material la Corte Constitucional, por tratarse de un acto emanado del poder constituyente derivado o de reforma.

La reforma introduce un tope superior a las pensiones pagadas con recursos públicos del sistema, que será de 25 salarios mínimos legales mensuales, tope que entrará a regir dentro de cinco años, esto es, hasta pasado el 31 de julio de 2010.

En cuanto a la mesada pensional catorce —el pago a los pensionados de una mesada adicional en el mes de diciembre—, se mantuvo en la reforma la posición del Senado en cuanto a proceder a su eliminación inmediata para los nuevos jubilados, pero mantenerla hasta el 31 de julio del año 2011 para aquellos que reciban ingresos pensionales equivalentes o inferiores a tres salarios mínimos legales mensuales.

La reforma implica además el desmonte de los regímenes pensionales especiales de entidades públicas, así como los reconocidos en virtud de convenciones o pactos colectivos de trabajo. Tales regímenes se mantendrán hasta el 31 de julio del año 2010.

La misma instruyó el establecimiento de los denominados beneficios económicos periódicos para cubrir las necesidades de las personas que no alcancen a cumplir los requisitos para acceder a la pensión, los cuales podrán ser determinados en cuantía inferior al salario mínimo legal mensual vigente<sup>(12)</sup>.

La reforma constitucional en materia de pensiones tranquilizó las preocupaciones financieras inmediatas de las autoridades presupuestales nacionales, pero en todo caso no solventó a plenitud las inquietudes que sobre el sistema previsional se mantienen en el país, tanto por su financiación como, especialmente, por su cobertura efectiva.

## 2.5. Normas de protección para adultos mayores

En los últimos años se han tramitado y aprobado en el Congreso de la República varias normas orientadas a generar esquemas de apoyo para los adultos mayores, las cuales en nuestro concepto carecen de visión integral y posibilidades reales de ejecución, a la vez que se distancian de la articulación debida con el sistema de protección social, siendo inclusive contrarias entre sí.

Sin embargo, el tema de pensiones no contributivas o de beneficios económicos periódicos no se ha abordado, pese a existir mandato expreso al respecto, tanto en el artículo 48 de la Carta Política como en los términos del artículo 142 de la Ley 1151 de 2007, el cual dispone: “El Gobierno Nacional deberá presentar a más tardar dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, el proyecto de ley que regla-

---

(12) A propósito del tema, la Ley 1250 de 2008 consagra en su artículo 2º y como párrafo del artículo 19 de la Ley 100 de 1993, al cual modifica, en cuanto a la base de liquidación de aportes para los trabajadores independientes: *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 “ECONOMICA” para la vejez de esta franja poblacional*, resaltándose el interés por adoptar mecanismos adicionales de cubrimiento para los adultos mayores sin derecho a pensión.

mente los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005”.

En efecto, aun cuando anteriormente se había radicado proyecto por el Gobierno Nacional en la materia, con posterioridad a la vigencia del Plan Nacional de Desarrollo, Ley 1551 de 2007, la obligación no ha sido cumplida, aplazándose el análisis integral sobre la forma en que el Estado colombiano abordará la protección económica de la población adulta mayor sin derecho a pensión<sup>(13)</sup>.

### 2.5.1. *Ley 1091 de 2006: colombianos de oro*

Por medio de dicho ordenamiento se creó la figura del (la) colombiano(a) de oro que aplica a las personas mayores de 65 años, residentes en el territorio nacional.

La norma establece algunos beneficios para dicha población, los cuales pueden extenderse por convenio que celebre el Estado con entidades del sector privado, para cuyo ejercicio se requiere portar la tarjeta que acredita al individuo como tal, previa expedición por parte de la Registraduría Nacional del Estado y Civil.

Todo colombiano de oro gozará de un régimen especial, el cual le confiere derecho a atención preferencial, ágil y oportuna, así como el servicio de salud brindado por el Sistema General en Seguridad Social Integral, y también gozará de descuentos en programas especiales de turismo ofrecidos por las cajas de compensación familiar, para los no afiliados y afiliados (art. 3º).

Se fija el 24 de noviembre de cada año como la fecha en que se celebrará la conmemoración para los colombianos en dicha condición de edad, sin distinguir su calidad de pensionado o no.

---

(13) En el texto de la reforma financiera considerada por el Congreso de la República en 2009 se incluye artículo para autorizar la puesta en funcionamiento del mecanismo BEP.

Finalmente, se ordena a todas las entidades públicas y privadas prestadoras de servicio al público que dispongan la instalación de ventanillas especiales para la atención de esta población y que anuncien adecuadamente los procedimientos empleados al efecto.

Disposiciones como estas quedan reservadas a la memoria histórica, sin efectividad ni consecuencias de impacto social.

### 2.5.2. *Ley 1171 de 2007: beneficios para adultos mayores*

Para esta disposición, los beneficiarios de protección como adultos mayores son los colombianos y los extranjeros residentes en el país, mayores de 62 años. Basta, para la acreditación de su condición, la presentación del documento de identidad correspondiente.

El objeto de la misma se concreta en “conceder a las personas mayores de 62 años beneficios para garantizar sus derechos a la educación, a la recreación, a la salud y propiciar un mejoramiento en sus condiciones generales de vida” (art. 1°).

La norma establece beneficios económicos en servicios de capacitación, recreación, turismo y transporte, con particular referencia a personas identificadas en los niveles I y II del SISBEN.

Igual establece la obligación de disponer la operación de una ventanilla preferencial para adultos mayores, pero se concreta para el caso de las entidades públicas (art. 9°).

En materia pensional y específicamente en lo que concierne al pago de las mesadas, contiene una modificación al inciso primero del artículo 5° de la Ley 700 de 2001, al disponer que el mismo se subrogue por la siguiente disposición:

*ART. 5°—Para hacer efectivo el cobro de las mesadas, los pensionados podrán acercarse a la entidad financiera en que tengan su cuenta corriente o de ahorros cualquier día del mes, una vez esta se haya consignado y el cobro se podrá realizar en cualquier ventanilla de la entidad financie-*

*ra sin excepción. La Superintendencia Financiera conforme a sus competencias, vigilará el cumplimiento de lo aquí dispuesto e impondrá las sanciones del caso cuando a ello hubiere lugar.*

Por otra parte, contiene dos disposiciones que se refieren particularmente a beneficios especiales en el sistema de salud<sup>(14)</sup>.

### 2.5.3. *Ley 1251 de 2008: protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores*

Contiene dicha ley varias previsiones en un estatuto preliminar, que pretende convertirse en el marco regulatorio de protección para ese sector de la población.

Define como adulto mayor a las personas con edad de 60 o más años. Incluye como principios de acción: (i) la participación activa, (ii) la corresponsabilidad, (iii) la igualdad de oportunidades, (iv) el acceso a beneficios, (v) la atención, (vi) la equidad, (vii) la independencia y autorrealización, (viii) la solidaridad, (ix) la dignidad, (x) la descentralización, (xi) la formación permanente, (xii) la no discriminación, (xiii) la universalidad, (xiv) la eficiencia y (xv) la efectividad, para lograr la inclusión de los adultos mayores en la vida social y económica activa.

Consagra igualmente un amplio catálogo de deberes a cargo del Estado, la sociedad, la familia, los adultos mayores y los medios de comunicación, a la vez que fija las pautas para la adopción por parte del Ministerio de la Protección Social de la política nacional de envejecimiento y vejez.

---

(14) ART. 12—**Consultas médicas.** *Sin perjuicio de los derechos que les asisten a los niños y a las niñas, las Empresas Promotoras de Salud deberán asignar los servicios de consulta externa médica, odontológica y por médico especialista y apoyos diagnósticos a los afiliados mayores de 62 años dentro de las 48 horas siguientes a la solicitud por parte de estos.*

ART. 13—**Fórmula de medicamentos.** *Cuando la Entidad Promotora de Salud no suministre de manera inmediata los medicamentos formulados que estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud a las personas mayores de 62 años, deberá garantizar su entrega en el domicilio del afiliado dentro de las 72 horas siguientes, salvo si esta es de extrema urgencia a la solicitud por parte de este.*

Dentro de las estrategias que debe abordar dicha política se citan las referentes al sistema de protección social, tanto en los ámbitos de salud como de pensiones, resaltando la necesidad de acompañar y monitorear el proceso hacia la conformación de la pensión justa y equitativa para las necesidades de los adultos mayores que les permita una vida digna. Igualmente se hace referencia a los frentes de integración social, productividad, recreación y entorno físico y social, entre otros. En efecto, el artículo 17 de la Ley 1251 de 2008 consagra las siguientes áreas de intervención:

**ART. 17—Áreas de intervención.** *En la elaboración del Plan Nacional se tendrán en cuenta las siguientes áreas de intervención:*

*1. Protección a la salud y bienestar social. Los adultos mayores tienen derecho a la protección integral de la salud y el deber de participar en la promoción y defensa de la salud propia, así como la de su familia y su comunidad. El Ministerio de la Protección Social atenderá las necesidades de salud y de bienestar social de este grupo poblacional mediante la formulación de políticas y directrices en materia de salud y bienestar social, a fin de que se presten servicios integrales con calidad.*

*Corresponde al Estado, a través de sus entidades del orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal, de conformidad con el ámbito de sus competencias, a las Aseguradoras, a las Instituciones Públicas y Privadas del Sector Salud y de Asistencia Social:*

*a) Garantizar la provisión de servicios y programas integrales de atención, promoción y prevención en salud mental para los adultos mayores en instituciones públicas y privadas;*

*b) Proponer acciones tendientes a la elevación de calidad y especialización de los servicios de la salud que prestan al adulto mayor;*



- c) Desarrollar acciones permanentes de educación y capacitación en la prevención y el autocuidado;*
- d) Evaluar y fortalecer el funcionamiento de los Programas de Apoyo Alimentario y de Medicamentos Gratuitos;*
- e) Acompañar y monitorear el proceso hacia la conformación de la pensión justa y equitativa a las necesidades de los adultos mayores que permitan una vida digna;*
- f) Evaluación permanente a la calidad de los servicios prestados en los centros de cuidados prolongados para los adultos mayores (Centros de protección social, casas, etc.);*
- g) Ampliar las coberturas de acceso a los servicios de salud y bienestar social de acuerdo a las necesidades presentadas por el adulto mayor;*
- h) Generar mecanismos eficaces para la vigilancia y control de las instituciones prestadoras de servicios al adulto mayor;*
- i) Crear programas especiales en detección oportuna y tratamiento temprano de enfermedades crónicas entre los adultos mayores, así como de cuidado y auxilio a quienes sufren de discapacidades funcionales;*
- j) Crear programas de salud, asistencia social y bienestar dirigidos a atender las necesidades de las personas en las diferentes etapas del ciclo de vida, mediante medidas preventivas y de promoción de la salud y actividades que generen un envejecimiento saludable;*
- k) Generar, fortalecer y fomentar especialidades médicas y asistenciales para adultos mayores en Geriátrica y Gerontología;*
- l) Generar capacitaciones para cuidadores formales e informales de adultos mayores;*

*m) Desarrollar servicios amplios de atención de la salud mental que comprendan desde prevención hasta la intervención temprana, la prestación de servicios de tratamiento y la gestión de los problemas de salud mental de los adultos mayores.*

*PAR. 1°. Los adultos mayores residentes en Colombia tendrán derecho a acceder al Sistema General de Seguridad Social en Salud y al Plan Obligatorio de Salud, POS, bien sea en su calidad de afiliado del régimen contributivo o subsidiado.*

*PAR. 2°. El adulto mayor afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud que por el tipo de atención requiera una oferta de servicio por fuera de su lugar de origen, tendrá derecho a que se le garantice un lugar de paso temporal donde se realizará su atención.*

*2. Educación, cultura y recreación. La educación, la cultura y la recreación hacen parte del proceso de formación integral del ser humano; con tal fin, el Estado deberá:*

*a) Promocionar y estimular los programas en gerontología en pre y posgrado;*

*b) Crear núcleos temáticos sobre envejecimiento y vejez en la educación formal, en los niveles preescolar, básica primaria y vocacional, así como en la educación no formal;*

*c) Propender por desarrollar en los adultos mayores la formación en derechos humanos, educación para la participación ciudadana en la equidad y participación y, en general, en todos los campos de su interés para el mejoramiento continuo;*

*d) Educación intercultural en temas ambientales y de sostenibilidad, de desarrollo económico y social con énfasis en el mejoramiento de la calidad de vida;*

- e) *Lograr una mejor calidad y expectativas de vida personal, familiar y social a través de acciones educativas y participativas que permitan crear conciencia de la dignidad humana y formar actitudes positivas y respetuosas frente a la vejez y al envejecimiento como aporte a la sociedad;*
  - f) *Contribuir a la educación integral de esta población permitiéndole elaborar proyectos de vida acordes con su edad y expectativas de vida que los ayuden a asumir roles en la vida familiar y social;*
  - g) *Integrar de manera efectiva el saber adquirido por los adultos mayores optimizándolo dentro de la sociedad;*
  - h) *Proponer el acceso del adulto mayor a la educación formal e informal en diversas formas y niveles de capacitación a fin de lograr su desarrollo individual, familiar y social como forma de inclusión a la sociedad;*
  - i) *Desarrollar propuestas para el acceso del adulto mayor a las actividades culturales tanto de creación como de apropiación de la cultura;*
  - j) *Desarrollar acciones que promuevan y permitan el acceso del adulto mayor a las actividades deportivas diseñadas en función de sus necesidades particulares;*
  - k) *Impulsar acciones para la conformación de espacios públicos de encuentro, comunicación y de convivencia intra e intergeneracional (clubes, centros de día, espectáculos, etc.);*
  - l) *Desarrollar acciones para construir en el conjunto de la población una cultura de la vejez y del envejecimiento activo.*
3. *Entorno físico y social favorable. Corresponde al Estado, a través de sus entidades del orden Nacional, Departamen-*

*tal, Distrital y Municipal de conformidad con el ámbito de sus competencias, a las instituciones públicas y privadas, garantizar a los adultos mayores condiciones óptimas para que el entorno físico sea acorde con sus necesidades. Para ello se determinarán acciones tendientes y deberán:*

- a) Que los servicios públicos que se presten cuenten con infraestructuras adecuadas y de acceso para el adulto mayor;*
- b) Propiciar programas de vivienda que permitan a los adultos mayores la obtención de vivienda propia o remodelarla en caso de ya contar con ella;*
- c) Generar estrategias para permitir el acceso a proyectos de vivienda de interés social que ofrezcan igual oportunidad a las parejas compuestas por los adultos mayores, solas o jefes de familia;*
- d) Promover la construcción de viviendas especiales de acuerdo a las necesidades de habitabilidad, seguridad y accesibilidad de los adultos mayores;*
- e) Desarrollar acciones tendientes a generar espacios urbanos con características físico-espaciales que generen un entorno seguro y accesible acordes a las necesidades de los adultos mayores;*
- f) Generar mecanismos que faciliten adaptar medios de transporte a las necesidades de los adultos mayores;*
- g) Disminuir los riesgos de accidentes de tránsito de los adultos mayores a través de campañas de educación a conductores y a peatones y la señalización adecuada de las vías públicas.*

*4. Productividad. El Estado, a través de sus entidades del orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal, de conformidad con el ámbito de sus competencias, las institu-*

*ciones públicas y privadas, la sociedad y la familia, deberán generar acciones tendientes a involucrar al adulto mayor en el desarrollo económico y productivo de nuestro país. Para esto deberán:*

- a) Facilitar y promover la obtención de ingresos mediante el empleo, el desarrollo de proyectos productivos y la formación de empresas sociales para el adulto mayor;*
- b) Desarrollar mecanismos para el acceso al crédito con propósitos productivos para el adulto mayor;*
- c) Promover el acceso del adulto mayor al empleo formal;*
- d) Capacitar, promover y facilitar el acceso a las nuevas tecnologías y al teletrabajo como mecanismo para la generación de ingresos y de empleo.*

Por último, la ley dispone las condiciones que deben cumplir las instituciones prestadoras de servicios especializados para adultos mayores. Se crea también el Consejo Nacional del Adulto Mayor, en el cual no se otorga representación al subsistema de pensiones.

La administración de los recursos para los programas que se desarrollen por la ley estará a cargo del Fondo de Promoción Social.

#### **2.5.4. *Ley 1276 de 2009: criterios para la atención integral del adulto mayor en los Centros Vida***

Esta disposición modifica la Ley 687 de 2001 y tiene por objeto la protección de la “tercera edad” de los niveles I y II del SISBEN a través de los Centros Vida, “como instituciones que contribuyen a brindarles una atención integral a sus necesidades y mejorar su calidad de vida” (artículo 1°).

La Ley se refiere igualmente al mecanismo de la Estampilla para el bienestar del adulto mayor, fijando criterios en cuanto a su recaudo y al empleo de los recursos por ella generados en el orden territorial. Igualmente se refiere a las funciones a cargo de los Centros Vida, a los que define como “el conjunto de proyectos, procedimientos, protocolos e infraestruc-

tura física, técnica y administrativa orientada a brindar una atención integral, durante el día, a los Adultos Mayores, haciendo una contribución que impacte en su calidad de vida y bienestar” (artículo 7º., literal a). Estos Centros están obligados también a prestar atención gratuita a los ancianos indigentes.

El artículo 11 de la Ley se refiere a los servicios mínimos que deberán ofrecer los Centros Vida, a saber: alimentación, orientación psicosocial, atención primaria en salud, aseguramiento en salud<sup>(15)</sup>, capacitación en actividades productivas, deporte, cultura, recreación, encuentros intergeneracionales, promoción del trabajo asociativo, promoción de la constitución de redes de apoyo, uso de internet, auxilio exequial de 1 SMLMV, de acuerdo con las posibilidades del ente territorial.

#### 2.5.5. *Servicios sociales complementarios*

Se encuentran regulados por el Decreto 3771 de 2007, el cual contiene las normas para la administración de los recursos de las subcuentas de solidaridad y de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, a la vez que dispone el procedimiento para el trámite de los subsidios a las cotizaciones para el régimen de pensiones y los requisitos<sup>(16)</sup> y beneficios que se

(15) Será universal en todos los niveles de complejidad, incluyendo a los adultos mayores dentro de los grupos prioritarios que define la seguridad social en salud, como beneficiarios del régimen subsidiado (art. 11, num.1 4)

(16) ART. 30—**Requisitos para ser beneficiario de los subsidios de la Subcuenta de Subsistencia.** Los requisitos para ser beneficiarios de los subsidios de la Subcuenta de Subsistencia son:

1. Ser colombiano.

2. Tener como mínimo, tres años menos de la edad que rija para adquirir el derecho a la pensión de vejez de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

3. Estar clasificado en los niveles 1 ó 2 del Sisbén y carecer de rentas o ingresos suficientes para subsistir. Se trata de personas que se encuentran en una de estas condiciones: Viven solas y su ingreso mensual no supera medio salario mínimo legal mensual vigente; o viven en la calle y de la caridad pública; o viven con la familia y el ingreso familiar es inferior o igual al salario mínimo legal mensual vigente; o residen en un Centro de Bienestar del Adulto Mayor; o asisten como usuario a un Centro Diurno.

4. Haber residido durante los últimos diez (10) años en el territorio nacional. PAR. 1º. Los adultos mayores de escasos recursos que se encuentren en protección de Centros de Bienestar del Adulto Mayor y aquellos que viven en la calle de la caridad pública; así como a los indígenas de escasos recursos que residen

reconocen a los adultos mayores en condición de indigencia, conforme lo previsto por el Libro IV de la Ley 100 de 1993.

Los beneficios para dicha población son:

1. Un subsidio económico directo, que se otorga en dinero, mediante giro directo a los beneficiarios, y

2. Un subsidio económico indirecto, que se otorga en servicios sociales básicos, el cual se entrega a través de los centros de bienestar del adulto mayor, los centros diurnos y los resguardos indígenas, o a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

La aludida norma consagra entonces una definición normativa respecto de lo que se entiende para efectos del Libro IV de la Ley 100 de 1993 por servicios sociales, identificándolos bajo dos categorías:

a) *Básicos*: comprende alimentación, alojamiento y medicamentos o ayudas técnicas (elementos para atender una discapacidad y que favorecen la autonomía personal y su calidad de vida) no incluidos en el plan obligatorio de salud (POS) del régimen subsidiado ni financiados con otras fuentes; como también medicamentos o ayudas técnicas incluidas en el POS, cuando el beneficiario del programa no esté afiliado al régimen subsidiado de salud.

b) *Complementarios*: se refiere a aquellos servicios que se enfocan al desarrollo de actividades de educación, recreación, cultura, deporte, turismo y proyectos productivos.

Al respecto y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 126 de la Ley 1151 de 2007, Plan Nacional de Desarrollo, "...los recursos aporta-

---

(Cont. nota 16)

*en resguardos, a quienes por dichas circunstancias no se les aplica la encuesta Sisbén, podrán ser identificados mediante un listado censal elaborado por la entidad territorial o la autoridad competente.*

*PAR. 2°. La entidad territorial o el resguardo, seleccionará los beneficiarios previa verificación del cumplimiento de los requisitos. Con el fin de garantizar un mayor acceso, el Ministerio de la Protección Social seleccionará los beneficiarios que residen en los Centros de Bienestar del Adulto Mayor, previa convocatoria y verificación de requisitos.*

dos por la Nación a la Subcuenta de Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, con destino a la atención de programas alimentarios de la tercera edad, se realizarán en cumplimiento de lo previsto en el literal c) del numeral 2 del artículo 27 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 8 de la Ley 797 de 2003, y podrán ejecutarse a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF”.

Mediante esta disposición se articulan a las funciones del ICBF actividades en cuanto al desarrollo de programas alimentarios a favor de los adultos mayores en condición de indigencia, sujetos de protección bajo los programas de los servicios sociales complementarios.

Resulta interesante tener en cuenta esta opción, pues la misma deja en evidencia la articulación de esfuerzos entre operadores del sistema de protección social (ICBF, como operador no solamente frente a niños y jóvenes, sino frente a adultos mayores), así como el reconocimiento de prestaciones que sin ser pensionales constituyen el marco mínimo de derechos bajo titularidad de adultos mayores en condición de vulnerabilidad, al amparo del concepto integral de protección social.

## **2.6. Ley 1112 de 2006: Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España**

Por medio de dicha ley se aprueba el Convenio celebrado en Bogotá el 6 de septiembre de 2005.

Contiene disposiciones en orden a garantizar los derechos pensionales en materia de vejez, invalidez y muerte para los nacionales de los Estados Partes, “trabajadores nacionales que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de una o ambas Partes Contratantes, así como a sus familiares beneficiarios y sobrevivientes”.

Su ámbito de aplicación se expresa así:

*“El presente Convenio se aplicará:*

*“a) En España:*

*“A la Legislación relativa a las prestaciones contributivas del Sistema Español de la Seguridad Social, en lo que se refiere a*



*incapacidad permanente, muerte y supervivencia por enfermedad común o accidente no laboral y jubilación.*

“b) *En Colombia:*

*“A la legislación relativa a las prestaciones económicas dispuestas en el Sistema General de Pensiones (Prima Media con Prestación Definida y Ahorro Individual con Solidaridad), en cuanto a vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común.*

*“2. El presente Convenio se aplicará igualmente a la legislación que en el futuro complete o modifique la enumerada en el apartado precedente.*

*“3. El Convenio se aplicará a las disposiciones que en una Parte Contratante extiendan la legislación vigente prevista en el apartado 1 de este artículo, a nuevos grupos de personas, siempre que la Autoridad Competente de la otra Parte no se oponga a ello dentro de los tres meses siguientes a la recepción de la notificación de dichas disposiciones”.*

## **2.7. Ley 1204 de 2008: simplificación del trámite de sustitución pensional**

En su virtud se dispone la opción para el titular de cualquier derecho pensional, al momento de notificarse del acto de reconocimiento de la pensión, para que mediante escrito realice la sustitución provisional de su derecho, en caso de fallecimiento, en favor de quien(es) señale como su(s) beneficiario(s), adjuntando los documentos que acrediten la respectiva calidad de éste(os).

En caso de hacerse uso de esta facultad, al momento del fallecimiento del pensionado el o los beneficiarios –que en el evento de ser cónyuge o compañero(a) permanente se presumirá que mantiene el vínculo correspondiente con el causante– presentarán la solicitud de sustitución definitiva con copia de la solicitud provisional, respecto de la cual la entidad

operadora de que se trate tendrá que dar respuesta dentro de los 15 días siguientes a la radicación del escrito, disponiendo la continuidad en el pago de la correspondiente mesada, desde el día posterior al fallecimiento del causante; en el pago se aplicará la distribución que corresponda, en caso de existir pluralidad de beneficiarios supérstites.

La entidad procederá a emplazar a los interesados en la pensión, resolviendo en forma inmediata (dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del edicto emplazatorio si no hay oposición) o una vez considerada la controversia (dentro de los 20 días posteriores).

Si resultaren compensaciones de los beneficiarios acreditados por el causante como sustitutos a favor de los nuevos titulares, las mismas se ordenarán en el acto que resuelva la controversia y se pagarán descontando los valores del caso de las mesadas futuras.

Como se aprecia, se trata de una norma que busca solucionar, mediante una cierta disposición testamentaria particular, el engorroso trámite de reconocimiento de los beneficiarios de la pensión de sustitución, con resultados que, se espera, contribuyan tanto a la descongestión de los operadores pensionales como a la efectividad y continuidad del derecho pensional en el caso de fallecimiento del titular. En todo caso, la ley fijó un plazo improrrogable de un año para que el Gobierno Nacional adopte las medidas de ajuste que requieran las entidades estatales del régimen pensional, a efecto de adaptarse para poner en marcha sus disposiciones.

De otro lado, se establece una multa de diez salarios mínimos legales diarios vigentes por cada día de retardo, para el operador, público o privado, que no resuelva la sustitución pensional en los términos señalados en la ley.

Conviene mencionar que la ley se refiere a la decisión de sustitución pensional de que se trate como “acto jurídico”, sin calificarlo como administrativo o privado o de la seguridad social.

Finalmente, resulta pertinente, desde la perspectiva académica, señalar la inclusión de una norma que a nuestro juicio es innecesaria y que, por el contrario, por su expresión motiva el uso de la acción de tutela, vía que cuenta con una naturaleza y un régimen propios, no condicionados al señalamiento de una ley como la analizada.

En efecto, el artículo 8° de la Ley 1204 de 2008 dispone: “Los beneficiarios de la sustitución pensional, podrán acudir ante cualquier juez de la República e interponer la acción de tutela, para que les sea resuelto el derecho de petición, de conformidad con los términos establecidos en la presente ley”.

Se reitera la impertinencia de esta norma, además por cuanto se refiere a la solicitud de sustitución como una petición, si bien se ha fijado un procedimiento específico para el trámite de la solicitud (no sometida a los términos generales del derecho de petición) y se faculta a los beneficiarios con una atribución que tiene origen constitucional.

## **2.8. Ley 1223 de 2008: pensión por exposición a riesgo de los miembros del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación**

Esta disposición adiciona al texto de la Ley 860 de 2003 el régimen propio de pensión de vejez por exposición a alto riesgo de los mencionados funcionarios de la Fiscalía General de la Nación y señala el monto de la cotización especial que estará a cargo de la Fiscalía, en 19 puntos adicionales a los contemplados por el régimen general de pensiones.

Los servidores que pretendan la aplicación de la ley deberán trasladarse al régimen de prima media con prestación definida si se encontraban afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad; se dispuso un término de tres meses para ello, contados desde la promulgación de la norma<sup>(17)</sup>.

---

(17) Al respecto téngase en cuenta el criterio contenido en la sentencia de la Corte Constitucional C-030 de 2009, citada, en particular en lo referente a la aplicación de dicho término. Refiriéndose a la Ley 860 y a decretos que desarrollaban la materia, la Corte indicó: “a) El plazo de tres (3) meses se contará a partir de la comunicación de la presente sentencia, y b) La persona que ejerza la opción, puede aportar voluntariamente los recursos adicionales necesarios en el evento de que el ahorro en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso de que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, como se advirtió en la sentencia C-789 de 2002”.

El requisito de semanas cotizadas para acceder a la pensión será el mismo vigente en el régimen general, en tanto el de edad consistirá en contar con 55 años.

### **2.9. Ley 1250 de 2008: cotización en salud para pensionados y voluntariedad en la afiliación para independientes con ingresos de un salario mínimo legal**

Si bien el texto de la ley comentada fue aprobado por el Congreso de la República en diciembre de 2007, su promulgación vino a darse el 27 de noviembre de 2008, por cuanto el mismo fue objetado por el Gobierno Nacional y sometido a revisión por la Corte Constitucional.

Con esta disposición se atiende el reclamo de los pensionados del país, que vieron incrementada su cotización al sistema de salud, como la generalidad de los cotizantes, al 12.5%, por virtud de lo ordenado en la Ley 1122 de 2007.

En efecto, el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008 dispone que “la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, la cual se hará efectiva el 1º de enero de 2008”.

Esta particularidad normativa se explica por la razón histórica atrás señalada, entendiéndose, como en la práctica ocurrió, que en virtud de la vigencia futura de la ley la cotización reducida al 12% solamente se hizo efectiva a partir de noviembre de 2008.

Por su parte, el artículo 2º de la ley retorna al régimen de voluntariedad en cuanto a la afiliación y pago al sistema de pensiones para el caso de los trabajadores independientes que declaren ingresos mensuales iguales o inferiores a un salario mínimo mensual vigente<sup>(17-1)</sup>. La diferencia es que en esta oportunidad se señala una vigencia temporal para esta exoneración, extendida por el término de tres años, al cabo del cual deberá hacerse una evaluación por el Gobierno Nacional en cuanto a los efectos de la medida,

---

(17-1) Ver Resolución 1155 de 2009, proferida por el Ministro de la Protección Social.

con el fin de presentar las iniciativas que considere en cuanto a la generación de una protección económica para estos trabajadores<sup>(18)</sup>.

Surge de la ley una nueva obligación de política pública para el Gobierno Nacional, consistente en el diseño de mecanismos de protección social que se refieran de manera específica a los trabajadores independientes con ingresos de un salario mínimo mensual, así como un reto para el Estado y la sociedad, en cuanto que este tipo de disposiciones no se conviertan en patentes de corso para la evasión.

## 2.10. Decreto 3995 de 2008: multifiliación pensional

La mencionada disposición contiene el régimen aplicable para la solución de los casos en que ocurra afiliación múltiple a los dos regímenes pensionales, a partir de los cruces de información realizados dentro del sistema, y se aplica a quienes presenten una condición tal, señalando disposiciones en materia de régimen de traslados, recursos e información.

Los criterios aplicables para la definición del régimen al cual se encuentra válidamente afiliada la persona, en los términos del artículo 2° del mencionado decreto, son:

— Cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones; en caso de no haber realizado cotizaciones en

---

(18) Son variadas las iniciativas con orientación similar. Por ejemplo, en 2008 se sometió a consideración del Congreso de la República el proyecto de ley 120 Senado, por medio del cual se persigue establecer que la afiliación al sistema de pensiones sea obligatoria para las personas que tengan ingresos por sobre los dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Su artículo 1° indica: *Modifíquese el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 literal a), el cual quedará de la siguiente forma: Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones. La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes, que devenguen más de dos salarios mínimos mensuales.*

dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Para estos efectos, no serán admisibles los pagos de cotizaciones efectuados con posterioridad a la entrada en vigencia del decreto.

— Cuando el afiliado no haya efectuado ninguna cotización o haya realizado el mismo número de cotizaciones en ambos regímenes entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 2007, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales antes de la situación de múltiple vinculación.

También contiene disposiciones sobre cotizaciones erróneas, casos especiales, aportes sin vinculación, afiliaciones simultáneas y compartibilidad de pensiones, así como regula los efectos de la múltiple afiliación en el evento de ocurrir las contingencias de la invalidez o la muerte, hipótesis en las cuales deberá responder la administradora ante la cual se hayan efectuado las cotizaciones al momento del evento.

#### **2.11. Proyecto de reforma financiera: esquema de multifondos para el régimen de ahorro individual con solidaridad y otros ajustes**

Sin mayor seguimiento por parte del sector de la protección social, en el trámite de la reforma financiera se ha venido considerando la adopción de importantes ajustes al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad en Colombia.

En efecto, el Título VI del texto aprobado por comisiones terceras constitucionales permanentes en sesiones conjuntas respecto al proyecto de ley 282/08 Cámara, 286/08 Senado, “por el cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”, se refiere específica y pormenorizadamente al régimen financiero de los fondos de pensión obligatoria y cesantías, proyectando disposiciones en particular en las siguientes materias:

Mecanismos de cobertura para que las aseguradoras cubran el riesgo del incremento que con base en el aumento del salario mínimo legal mensual vigente puedan tener las pensiones de renta vitalicia inmediata y renta vitalicia.

Organización y administración de los recursos que conformen el patrimonio autónomo del Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por reglamentación del Gobierno Nacional.

Inversión de los recursos para financiar la pensión obligatoria<sup>(19)</sup>.

Régimen de rentabilidad mínima.

Régimen de comisiones para las administradoras de fondos de pensiones (AFP), con dos componentes definidos por el Gobierno Nacional, (i) a partir del monto de los aportes y (ii) sobre el desempeño de los fondos que incluya valoración sobre la mejor gestión de los recursos por parte de las administradoras.

Régimen de operaciones no autorizadas a las AFP.

Garantía sobre el poder adquisitivo constante de los aportes, en beneficio de los afiliados a los fondos de pensiones obligatorias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, un rendimiento acumulado equivalente a la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE.

---

(19) *ART. 100—Inversión de los recursos. Con el fin de garantizar la seguridad, rentabilidad y liquidez de los recursos del sistema, las administradoras los invertirán en las condiciones y con sujeción a los límites que para el efecto establezca el Gobierno Nacional, los cuales deberán considerar, entre otros, tipos y porcentaje de activos admisibles según el nivel de riesgo.*

*En cualquier caso, las inversiones en Títulos de Deuda Pública no podrán ser superiores al cincuenta por ciento (50%) del valor de los recursos de los fondos de pensiones.*

*El Gobierno Nacional podrá definir los requisitos que deban acreditar las personas jurídicas que sean destinatarias de inversión o colocación de recursos de los fondos de pensiones.*

*Las normas que establezca el Gobierno Nacional sobre la inversión de los recursos del sistema deberán contemplar la posibilidad de invertir en activos financieros vinculados a proyectos de infraestructura, en títulos provenientes de titularización de cartera de microcrédito y en títulos de deuda de empresas que se dedican a la actividad del microcrédito, de acuerdo con los límites, requisitos y condiciones que se determinen para el efecto.*

### Régimen de inversión de los recursos de los fondos de cesantía.

De manera particular y como mecanismo para profundizar la aplicación del modelo de capitalización pensional, conforme al referente chileno, la reforma tiende a la instauración de un esquema de multifondos que permita al afiliado escoger la colocación de sus recursos de la cuenta individual en varios tipos de fondos de inversión, según distintos niveles de riesgo y rentabilidad, por lo cual al aplicarse esta opción la cuenta individual del afiliado estará representada por el conjunto de los fondos de pensiones o inversión que elija, mediante las cotizaciones obligatorias y voluntarias que aplique.

Al respecto se refieren principalmente los artículos 49, 50 y 58 del proyecto, por los cuales se modifican los artículos 63, 97 y 100 de la Ley 100 de 1993.

Será preciso pues hacer seguimiento a los ajustes que se realicen sobre el régimen pensional de ahorro individual, los cuales se contienen en la reforma financiera de 2009, tanto por el antecedente comentado como por los efectos de las recientes crisis económicas vividas por las sociedades del mundo y por las propuestas de ajuste estructural al respecto que están en trámite en naciones del Continente, como acontece con el caso de Argentina<sup>(20)</sup>.

---

(20) El 7 de noviembre de 2008, la Cámara de Diputados en Argentina aprobó el proyecto para la eliminación del régimen de capitalización pensional, en el cual se señala:  
 ART. 1º—*Dispónese la unificación de Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones en un único Régimen Previsional Público que se denominará Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), financiado a través de un sistema solidario de reparto, garantizando a los afiliados y beneficiarios del Régimen de Capitalización vigente hasta la fecha, idéntica cobertura y tratamiento que la brindada por el Régimen Previsional Público, en cumplimiento del mandato previsto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.*  
*En consecuencia, elimínase el actual Régimen de Capitalización, que será absorbido y sustituido por el Régimen de Reparto, en las condiciones de la presente ley.*  
 ART. 2º. *El Estado Nacional garantiza a los afiliados y beneficiarios del Régimen de Capitalización la percepción de iguales o mejores prestaciones y beneficios que los que gozan a la fecha de la entrada en vigencia de la presente ley.*



## 2.12. **Decreto 1800 de 2009: ahorro programado de largo plazo no pensional**

Se desarrolla preliminarmente lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 1151 de 2007, en cuanto a la sustitución del esquema pensional para trabajadores contratados por personas naturales, por períodos inferiores a un mes, extendiéndose los efectos de dicho régimen a los trabajadores independientes que declaren ingresos de hasta un salario mínimo legal mensual, pues el ámbito de aplicación del decreto cubre a estas dos categorías.

Sin que tenga el carácter de cobertura previsional<sup>(21)</sup>, se establece para estas poblaciones la opción de destinar a un ahorro de largo plazo, un aporte del 12% mensual de los ingresos a cargo del empleador, en todo caso con una base de cotización no inferior a un salario mínimo. La afiliación al mecanismo de ahorro será por vía electrónica y deberá seguir el procedimiento contemplado en el artículo 4 del decreto.

Para el caso de los independientes, el monto y la periodicidad del ahorro será la que definan al momento de su afiliación a este esquema, que a nuestro juicio constituye una modalidad nueva de protección social, bajo el criterio de los beneficios económicos periódicos, esto es, como forma sustitutiva de la pensión y con el criterio de microseguro.

La administración de estos recursos estará a cargo de las Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías, a través de un Fondo de Ahorro Programado Obligatorio.

Los recursos ahorrados no podrán ser retirados por el beneficiario, excepto para la aplicación al programa de beneficios económicos periódicos—cuando se establezca— o en casos de urgencia, conforme la regulación que al efecto se dicte.

El Ministerio de la Protección Social adoptará los mecanismos del caso para asegurar que los trabajadores amparados por este régimen sean

---

(21) *ART. 7°—Teniendo en cuenta que lo reglamentado por el presente Decreto se refiere a un programa social complementario, las disposiciones aquí consignadas no hacen parte del Sistema General de Pensiones.*

cubiertos por el régimen subsidiado de salud, cuando hayan optado por el mismo.

### **2.13. Relación de sentencias de la Corte Constitucional que impactan al régimen de pensiones**

Sentencia C-375 de 2004, del 27 de abril (M.P. Eduardo Montealegre Lynett): literal p) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (L. 797/2003): exequibilidad condicionada: la devolución de saldos o indemnización sustitutiva no implica el retiro obligatorio del trabajador.

Sentencias C-1024 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y C-789 de 2002: literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (L. 797/2003); exequibilidad condicionada: regreso en cualquier tiempo para quienes cumplan requisitos de transición al régimen de prima media.

Sentencia C-835 de 2003 (M.P. Jaime Aratújo Rentería): artículo 20 de la Ley 797 de 2003: inexecuibilidad del término “cualquier tiempo” referido al momento para adelantar el proceso de revisión de pensiones.

Sentencia C-410 de 1997: artículo 146 de la Ley 100 de 1993: inexecuibilidad del término de dos años para que a quienes en él y hacia el futuro cumplan los requisitos de regímenes pensionales territoriales, se les apliquen entonces las condiciones de dichos regímenes.

Sentencia T-426 de 1992 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett): pensión y derecho fundamental respecto a personas de la tercera edad.

Sentencia T-181 de 1993 (M.P. Hernando Herrera Vergara): tutela, pago oportuno y reajuste de pensiones.

Sentencia T-170 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra): plazo máximo de respuesta a pensiones.

Sentencia C-1089 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis): artículo 15 de la Ley 100 de 1993 (L. 797/2003): exequibilidad condicionada para

que los trabajadores independientes apliquen el IBC mínimo dependiendo de la existencia efectiva de ingresos, para hacer obligatoria su cotización.

Sentencia C-1024 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil): artículo 15 de la Ley 100 de 1993 (L. 797/2003): exequibilidad condicionada en tanto no es obligatoria la afiliación al régimen de prima media de quienes se vinculen al sector público y estén afiliados a una AFP.

Sentencia C-584 de 1995: exequibilidad condicionada para entender que continuarán afiliados al ISS los servidores públicos que no manifiesten su voluntad de continuar afiliados a la caja o fondo al cual se encontraban afiliados.

Sentencia C-173 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett): inexecutable de un aparte del parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a la aplicación referencial del IBC para trabajadores de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Sentencia C-378 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra): exequibilidad condicionada de un aparte del artículo 32 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a que el fondo de naturaleza pública que se constituye en el régimen de prima media tiene origen parafiscal y por tanto sus recursos no pertenecen a la Nación.

Sentencia C-1037 de 2003 (M.P. Jaime Araújo Rentería): exequibilidad condicionada del parágrafo 3 del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 (art. 33 L. 100/1993), en tanto la terminación de la relación laboral por cumplimiento de requisitos pensionales requiere la inclusión en la correspondiente nómina de pensionados.

Sentencia C-227 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa): inexecutable de la edad de 18 años y exequibilidad condicionada sobre el carácter de la dependencia de alcance económico para el reconocimiento de la pensión especial para la madre con hijo discapacitado.

Sentencia C-089 de 1997: inexecutable de un aparte del artículo 35 de la Ley 100 de 1993: no hay pensión inferior al salario mínimo ni en instituciones o regímenes de excepción.

Sentencia SU-120 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis): indexación de primera mesada pensional.

Sentencia T-1268 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa): aplicación del principio de favorabilidad y condición más favorable para el reconocimiento de pensión de invalidez.

Sentencia C-1094 de 2003 (M.P. Jaime Araújo Rentería): exequibilidad condicionada del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 (art. 12 L. 797/2003), equiparando el término de fidelidad al 20% para el acceso a la pensión de sobrevivientes, e inexequibilidad de la diferencia entre muerte por homicidio y suicidio.

Sentencias C-1094 de 2003 (M.P. Jaime Araújo Rentería) y C-111 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil): inexequibilidad de apartes de las condiciones para beneficiarios de pensiones de sobrevivientes en los regímenes de prima media y ahorro individual.

Sentencias T-664 de 2004 y T-08 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra): la mora patronal no es argumento para negar la pensión de sobrevivientes.

Sentencia C-409 de 1994 (M.P. Hernando Herrera Vergara): inexequibilidad de apartes del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y establecimiento de la mesada pensional catorce.

Sentencia T-235 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-1044 de 2001: los trámites administrativos no pueden obstaculizar el derecho a la pensión, en especial en tratándose de la emisión de los bonos pensionales, los cuales deben otorgarse en un término máximo de 15 días (Sent. T-1187/2001). En el mismo sentido, Sentencia T-1154 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Sentencia C-309 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz): inexequibilidad de apartes del artículo 2º de la Ley 33 de 1973 en cuanto a la pérdida del derecho a la pensión de sobrevivientes para la viuda que contraiga nuevas nupcias o haga vida marital.

Sentencia C-387 de 1997: exequibilidad condicionada del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en cuanto al reajuste automático de pensiones para quienes devenguen mesadas de salario mínimo, quienes tienen derecho a que el reajuste se haga sobre el incremento al SMLMV o al incremento del IPC, según la suma que resulte superior.

Sentencia C-336 de 2008: exequibilidad condicionada de la expresión “compañero(a) permanente” de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, en tanto se entienda que también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la Sentencia C-521 de 2007, para las parejas heterosexuales.

Sentencia C-1035 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño): exequibilidad condicionada del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, en lo que respecta al régimen de la pensión de sobrevivientes: “En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo”, ello en el entendido “de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos(as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido”.

Sentencia T-1052 de 2008 (M.P. Jaime Araújo Rentería): forma como debe realizarse el recálculo anual de las mesadas pensionales bajo la modalidad de retiro programado en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

### 3. REFORMAS EN EL RÉGIMEN DE SALUD

La actualización normativa en el ámbito del sistema de seguridad social en salud no se había concretado en reformas de carácter legal, preservándose la estructura normativa establecida por la Ley 100 de 1993.

No obstante, la evolución práctica del sistema puso sobre la mesa importantes temas de reflexión y controversia, particularmente en cuanto atañe a la financiación y a la operación del régimen subsidiado de salud.

Así las cosas, se promulga la Ley 1122 de 2007, por la cual se realiza una importante reforma al sistema –a nuestro juicio de carácter estructural– y se profundiza el aporte de la doctrina constitucional, al punto de proferirse la Sentencia T-760 de julio de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), mediante la cual se integran y sistematizan los principales criterios jurídicos para el funcionamiento del subsistema de salud en Colombia.

Además, los requerimientos asociados al costo médico y de medicamentos y a la relación entre aseguradores y prestadores, el valor de los tratamientos requeridos frente a patologías de alto costo y por protección constitucional, así como la sostenibilidad de las entidades promotoras de salud, son asuntos de primera línea en la revisión de la estructura de salud en el país.

Jurídicamente es de imperativa mención señalar la participación que han tenido los jueces en la interpretación y aplicación de las disposiciones del régimen de salud, en especial frente a la extensión de coberturas y ampliación de los tratamientos y servicios del plan obligatorio de salud, al aplicar principios constitucionales en cuanto a la protección por la vía de la acción de tutela, del derecho a la salud, fundamental en conexidad con el derecho a la vida o frente a poblaciones con especial protección constitucional, o en el caso de los beneficios definidos en el POS o ya reconocidos como fundamentales en forma directa.

El alto costo y el incremento de servicios por la vía de la tutela han contribuido a desequilibrar la operación de las entidades promotoras de salud, siendo materias que reclaman un compromiso social por definir las pautas de aplicación del sistema. Allí se encuentra la razón por la cual se han levantado voces que claman por una nueva regulación constitucional en materia de la acción de tutela, restringiendo su aplicación frente al caso de derechos de contenido asistencial o prestacional, respecto de los cuales debe medirse anticipadamente el efecto económico que su aplicación comporta; en todo caso, conviene también analizar la posibilidad de incluir en el texto constitucional un principio equivalente al del equilibrio financiero, que para el tema pensional fue incorporado mediante el Acto Legislativo 01 de 2005.

De otro lado, la sostenibilidad de la red pública de atención, la consolidación de las instituciones que la conforman como empresas auto-sostenibles y su contratación para la prestación de servicios en el régimen subsidiado por parte de las aseguradoras del régimen subsidiado, también han sido materias de reflexión, sin desconocer así mismo lo atinente al seguimiento de cuentas y pago efectivo a las instituciones prestadoras de salud por parte de las EPS, luego de las glosas. En general, el tema de flujos de recursos ha resultado de especial impacto para el sistema.

Así mismo, la mejora en los procedimientos de control y auditoría y la agilidad en dichos procedimientos comprometen en buena medida la estabilidad de las instituciones prestadoras, las cuales se enfrentan en no pocas oportunidades a dificultades severas de liquidez, con carteras de elevado nivel y difícil recaudo.

Otros aspectos que demandan particular atención tienen que ver con los procedimientos de inspección, vigilancia y control y con el desarrollo de la salud pública en el país, así como con la efectividad de los programas de prevención de la enfermedad y promoción de la salud, a cargo de las entidades aseguradoras.

Como en el régimen de pensiones, también es preciso considerar la actualización en cuanto a la organización estructural del subsistema, materia que será analizada en capítulo aparte.

Dentro de las principales normas de actualización en el ámbito del subsistema de salud se cuentan las siguientes:

### **3.1. Ley 755 de 2002: licencia de paternidad**

Por medio de dicha disposición se establece en Colombia la licencia remunerada de paternidad, por el hecho del nacimiento, para el cónyuge o compañero permanente de la trabajadora titular de la licencia de maternidad, y quien tendrá derecho a cuatro o a ocho días de licencia remunera-

da, según sólo él esté cotizando al sistema de seguridad social en salud o la cotización sea de ambos padres<sup>(22)</sup>.

En razón de lo ordenado por la Corte Constitucional en Sentencia C-174 de 2009, (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), la condición establecida en el artículo 1º de la Ley 755 de 2002, para conceder ocho o cuatro días de licencia de paternidad, según la madre del recién nacido esté o no cotizando al Sistema General en Salud, configura una discriminación desproporcionada:

“En efecto, la medida adoptada por el legislador otorga un estatus privilegiado a quienes cuentan con la ventaja económica de cotizar doblemente al Sistema de Seguridad Social en Salud –tanto el padre o la madre del recién nacido– respecto de quienes por circunstancias económicas, laborales o sociales, solamente pueden cotizar mediante los aportes del padre, generando una situación discriminatoria frente al derecho fundamental al cuidado y al amor del cual es titular el menor en los términos del artículo 44 de la Constitución. A su juicio, no resulta constitucionalmente válido, ni comprensible bajo los parámetros del artículo 13 de la Carta, que el infante, persona especialmente protegida en razón de su inmadurez física y mental, tenga que soportar las consecuencias de la discriminación de esta medida. Adicionalmente, al ponderar la estabilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud –que puede aducirse como propósito de la medida– con el interés superior del menor y el amparo propio de los derechos fundamentales del niño, no hay duda, como lo establece el artículo 44 superior, que deben prevalecer éstos últimos”.

Por lo referido, la Corte procedió a declarar inexecutable el aparte perteneciente al inciso segundo del artículo 1º de la Ley 755 de 2002, no existiendo entonces criterio diferenciador en cuanto al disfrute de la licencia de paternidad.

---

(22) La Corte Constitucional mediante Sentencia C-273 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, declaró inexecutable las expresiones por las cuales se exigía que para la procedencia de la licencia de paternidad en el caso de unión marital de hecho, se acreditara convivencia de dos años.



### 3.2. **Decreto 1750 de 2003: escisión del Instituto de Seguros Sociales (ISS)**

En su virtud se escindieron del Instituto de Seguros Sociales la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las clínicas y todos los centros de atención ambulatoria, procediéndose a crear empresas sociales del Estado como entidades adscritas al Ministerio de la Protección Social, para el cumplimiento de dicha misión

### 3.3. **Decreto 515 de 2004 y su modificatorio el Decreto 506 de 2005**

Por medio de dichas normas se fija el régimen de habilitación aplicable a las administradoras del régimen subsidiado de salud (ARS), con el propósito de regularizar su gestión a través de un esquema regional que facilite su presencia en las diversas zonas del país y evite la concentración de administradoras en municipios y generalmente en capitales o zonas de cabecera, con descuido de una mayor presencia en regiones más apartadas.

Ha sido propósito del Gobierno Nacional para reducir el gasto de administración en que se incurre por la participación de dichas ARS, hoy EPS del régimen subsidiado, señalar nuevos requisitos para su constitución y permanencia, en procura de contar con un menor número de administradoras, que sin desconocer las diferencias regionales y culturales –véase el caso de las administradoras para comunidades indígenas– tengan una mayor capacidad de gestión y cobertura.

Se planteó entonces el señalamiento de un mayor número de afiliados (300.000 para abril de 2005 y 400.000 para abril de 2006) como mínimo requerido para la permanencia y creación de aquellas, así como la aplicación de estrictos controles administrativos, disciplinarios y fiscales en cuanto al funcionamiento del régimen subsidiado en el país; igualmente se fijó en la norma las condiciones de operación, selección de las administradoras por los entes territoriales, prácticas prohibidas y materias relacionadas con la organización del sistema.

### 3.4. **Acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS)**

Entre los principales acuerdos de este ente regulador, en particular referidos a la reorganización del régimen subsidiado de salud, se mencionan los acuerdos 244 de 2003, 258 de 2004, y 294 y 298 de 2005. Igualmente se señalan los acuerdos que establecen inclusiones o ajustes en los planes obligatorios de salud.

### 3.5. **Ley 972 de 2005: protección a enfermos de VIH/sida y de enfermedades catastróficas**

A más de la prolija jurisprudencia sobre la protección de personas que padezcan estas enfermedades, es preciso considerar la vigencia de la mencionada ley, la cual contiene disposiciones de directo impacto respecto al sistema de salud.

Al declararse como de interés y prioridad nacional la lucha contra el VIH/sida se determinó en el artículo 1º de la ley:

*El Estado y el Sistema General de Seguridad Social en Salud, garantizará el suministro de los medicamentos, reactivos y dispositivos médicos autorizados para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades ruinosas o catastróficas, de acuerdo con las competencias y las normas que debe atender cada uno de ellos.*

El artículo 3º del ordenamiento contiene una norma que ajusta las prescripciones del sistema de seguridad social en salud, al disponer:

*Las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en lo de sus competencias, bajo ningún pretexto podrán negar la asistencia de laboratorio, médica u hospitalaria requerida, según lo aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, a un paciente infectado con el VIH-SIDA o que padezca de cualquier enfermedad de las consideradas ruinosas o catastróficas.*

*El paciente asegurado será obligatoriamente atendido por parte de la EPS. Si este perdiera su afiliación por causas relativas a incapacidad prolongada, no podrá suspenderse su tratamiento y la EPS en ese caso, recobrará a la subcuenta ECAT del FOSYGA según la reglamentación que se expida para el efecto.*

*El paciente no asegurado sin capacidad de pago será atendido por la respectiva entidad territorial con cargo a recursos provenientes de oferta de acuerdo con la reglamentación que para el efecto se expida.*

*PAR. La violación a lo dispuesto en la presente ley, por las EPS/IPS, públicas o privadas, sin perjuicio a las acciones civiles y penales que se deriven, generará sanción equivalente a multa, la primera vez, por doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes y, la reincidencia, multa equivalente a un mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*Las investigaciones, multas y sanciones aquí previstas estarán a cargo de la Superintendencia de Salud o quien haga sus veces, la que podrá delegar en las Secretarías Departamentales y Distritales de Salud, las cuales actuarán de conformidad al proceso sancionatorio de que trata el Decreto 1543 de 1997 que, para el presente caso, no superará los sesenta (60) días hábiles. El no pago de las multas será exigible por cobro coactivo, constituyéndose la resolución sancionatoria, debidamente ejecutoriada, en título ejecutivo. Los dineros producto de multas irán con destino al Fondo de Solidaridad y Garantías Subcuenta, ECAT.*

Infortunadamente en materia de salud ha surgido, tanto por decisiones legislativas como por mandatos de la jurisprudencia, un alto número de poblaciones especiales y sujetos de especial atención y prioridad, con lo que resulta particularmente difícil determinar el orden de prelación constitucional posible y, ante todo, la forma de aplicar con preferencia los recursos escasos del sistema frente a las amplias necesidades que el mismo está llamado a cubrir —teniendo en cuenta la definición legal de salud vigente en Colombia—.

La Ley 972 contiene además disposiciones en lo que respecta a la comercialización de medicamentos, y ordena al Gobierno Nacional adoptar los mecanismos que aseguren el acceso a ellos para quienes padezcan de enfermedades catastróficas, así como poner en marcha un sistema centralizado de negociación de precios y de compras.

El 1º de diciembre de cada año se fijó como el Día Nacional de Respuesta al VIH y el sida.

### **3.6. Ley 1023 de 2006<sup>(23)</sup>: protección en salud al núcleo familiar de las madres comunitarias**

La norma prescribe que las madres comunitarias —que desarrollan labores en el ámbito de la protección social frente a niños en el país bajo la estructura del ICBF— se afiliarán en salud al régimen contributivo, con su grupo familiar, y tendrán los mismos derechos asistenciales y económicos del régimen ordinario.

La base de cotización será la que resulte de considerar las bonificaciones que perciban aquellas por su labor social. La cotización se establece con carácter especial en el 4% y será recaudada por las organizaciones administradoras del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar; las madres comunitarias ejercerán su derecho de libre elección en cuanto a la afiliación a una EPS.

### **3.7. Ley 1098 de 2006: Código de la Infancia y la Adolescencia**

Se cita en nuestra materia por cuanto el mismo expresa la definición normativa más precisa y generosa en lo que se refiere al derecho a la salud —de acceso a ese bien, como hemos comentado—, en desarrollo de los artículos 44 y 49 de la Constitución Política. Dicha definición se aplica,

---

(23) Mediante sentencia de la Corte Constitucional C-072 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño, se declararon infundadas las objeciones que presentó el Gobierno Nacional sobre el proyecto de articulado que se convertiría finalmente en la Ley 1023 de 2006.

en nuestro criterio, no solamente en el ámbito de las relaciones reguladas por esta normatividad, sino como referente y por analogía, en general, en el ámbito del sistema de protección social.

Así mismo y por el alto impacto que tiene en el sistema el aseguramiento de la población menor de edad, las prescripciones al respecto del Código son de alto interés.

El artículo 27, una vez que expresa el derecho de todos los niños, las niñas y los adolescentes a una salud integral (derecho fundamental y tutelable), define: “La salud es un estado de bienestar físico, síquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad”.

Se recoge así el criterio de la doctrina internacional, en particular el promovido por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que no había sido incluido en el régimen de la seguridad social de manera expresa.

El párrafo 2 de dicho artículo crea un subsistema dentro del propio de salud, en el ámbito de la seguridad social en Colombia, para cubrir las necesidades de la población menor protegida, esto es, se establece el “sistema de salud integral para la infancia y la adolescencia”.

Se trata de un antecedente y de un soporte normativo en ocasiones desconocido, que se anticipa a las orientaciones trazadas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-760 de 2008, en cuanto al derecho fundamental de atención en salud para los niños.

Esta población, con su subsistema propio, tendrá derecho pleno e inmediato a la atención integral para la conservación o la recuperación de la salud, entendida como estado pleno de desarrollo. Ya este mandato lo había expresado el legislador, y más recientemente lo impone la doctrina constitucional.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta la expedición de la Ley 1295 del 6 de abril de 2009, por la cual se reglamenta la atención integral de los niños y las niñas de la primera infancia de los sectores clasificados como 1, 2 y 3 del SISBEN.

A más de la protección general contenida en la Ley 1098, esta nueva regulación hace referencia específicamente a un sector de la población infantil y estructura un modelo de atención integral con participación del

Ministerio de la Protección Social, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y los entes territoriales; también dispone que se adopte una propuesta de atención integral para los menores sujetos de la protección reforzada, bajo la coordinación del Departamento Nacional de Planeación y con participación adicional de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional.

Los artículos 1 y 2 de la norma referida expresan lo siguiente:

ART. 1º—**Objeto.** *Contribuir a mejorar la calidad de vida de las madres gestantes, y las niñas y niños menores de seis años, clasificados en los niveles 1, 2 y 3 del SISBEN, de manera progresiva, a través de una articulación interinstitucional que obliga al Estado a garantizarles sus derechos a la alimentación, la nutrición adecuada, la educación inicial y la atención integral en salud.*

ART. 2º—**Derechos de los niños.** *Los derechos de los niños comienzan desde la gestación, precisamente para que al nacer se garantice su integridad física y mental. Los niños de Colombia de la primera infancia, de los niveles 1, 2 y 3 del SISBEN, requieren la atención prioritaria del Estado para que vivan y se formen en condiciones dignas de protección.*

*El Estado les garantizará a los menores, de los cero a los seis años, en forma prioritaria, los derechos consagrados en la constitución nacional y en las leyes que desarrollan sus derechos. Los menores recibirán la alimentación materna, de ser posible, durante los primeros años y accederán a una educación inicial, la cual podrá tener metodologías flexibles.*

### 3.8. **Ley 1122 de 2007 y su interpretación constitucional: reforma al sistema de salud en Colombia**

Las modificaciones contenidas en la Ley 1122 de 2007 pueden describirse como sigue<sup>(24)</sup>, teniendo en cuenta las principales decisiones adopta-

(24) Tomado de Cortés González, Juan Carlos. *Reforma el sistema de salud, Comentarios a la Ley 1122 de 2007*, Bogotá, Editorial Legis, 2007. En el texto se pueden consultar antecedentes, características y comentarios sobre las reformas

das sobre sus disposiciones por la Corte Constitucional y con las concordancias normativas del caso.

### 3.8.1. *Ajustes a la organización sistema de seguridad social en salud*

Consideramos que los siguientes representan, en síntesis, los ajustes sistémicos de mayor alcance:

*a) Cobertura universal de aseguramiento.* En efecto, la reforma ratifica el modelo aplicado al sistema a partir de la Ley 100 de 1993 y reitera el compromiso que desde entonces se hizo con la universalidad, para hacer que en 2009 se alcance un aseguramiento pleno de todos los residentes en Colombia. Ello supone fundamentalmente dos medidas:

Ampliar la cobertura por medio del régimen subsidiado de salud a través de la afiliación a él de los beneficiarios del sistema sin capacidad de pago, mediante subsidios plenos –preferiblemente– y mediante subsidios parciales.

Ampliar la cobertura por medio del régimen contributivo de salud a partir de subsidios a la cotización para poblaciones determinadas.

*b) Integralidad del sistema.* La reforma contiene un elemento conceptual básico cual es el relacionado con la consideración integral del sistema de salud; la afiliación al mismo se da por medio de un esquema de aseguramiento operado por entidades promotoras de salud en los dos regímenes (se elimina la expresión “administradoras del régimen subsidiado de salud”). La permanencia en uno y otro régimen se aplica para efectos del reconocimiento de derechos, así como se facilita la movilidad entre ellos. Las principales medidas en este aspecto son pues:

Movilidad entre regímenes, al reconocerse con rango legal la alternativa de suspender la afiliación por un año al régimen subsidiado para las personas que accedan al contributivo y provengan de aquel.

---

(Cont. nota 24)

normativas individualizadas. En esta obra se actualizan las referencias con los desarrollos jurisprudenciales y normativos.

La consideración del tiempo de afiliación al régimen subsidiado para efectos de los cálculos de los períodos de carencia que se aplican en el régimen contributivo.

c) *Regulación y dirección del sistema.* Los cambios se concretan principalmente en la sustitución del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud por la Comisión de Regulación en Salud, de carácter eminentemente técnico, encargada de dictar regulaciones de alto impacto para el sistema en materia de planes de beneficios, incluidos el suministro de medicamentos, el monto de la prima de aseguramiento y la fijación de tarifas por servicios de salud.

d) *Fortalecimiento de la salud pública.* Se le reconoce como componente esencial dentro del concepto integral del sistema de salud, no aislada ni independiente, a partir de estas principales disposiciones:

El establecimiento de un Plan Nacional de Salud Pública articulado al Plan Nacional de Desarrollo y contentivo de disposiciones que orienten la labor de los actores del sistema de seguridad social en salud.

La reformulación del plan de atención básica a partir del Plan Nacional de Salud Pública y en su componente de intervenciones colectivas.

La reasignación de responsabilidades en cuanto a la ejecución de las acciones y programas de promoción de la salud y prevención de la enfermedad en cabeza de las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado.

e) *Fortalecimiento de las empresas sociales del Estado.* Se define un único esquema de prestación de servicios por parte de instituciones públicas, en la línea trazada a partir de la Ley 715 de 2001, en cuanto al reconocimiento de las responsabilidades a cargo de los entes territoriales respecto al servicio de salud. Igualmente se les asignan porcentajes de contratación obligatorios dentro del régimen subsidiado y a cargo de las EPS públicas, a más de que se dictan medidas en procura de hacer efectivos los pagos a dichas empresas sociales.

f) *Fortalecimiento del sistema de inspección, vigilancia, control y conciliación.* En cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud se asig-



nan nuevas funciones, además de reformularse los objetivos y ejes del subsistema de inspección.

El nuevo régimen de organización y funcionamiento de la Superintendencia Nacional de Salud se contiene en el Decreto 1018 del 30 de marzo de 2007.

Las principales medidas en la materia se concretan en:

La extensión del control ejercido por la Superintendencia Nacional de Salud sobre los entes territoriales.

La asignación de recursos del sistema –régimen subsidiado– para cubrir gastos de auditoría sobre el régimen subsidiado de salud y para financiar la operación de la Superintendencia Nacional de Salud.

La atribución de funciones de conciliación para la resolución de conflictos entre los actores del sistema, a cargo de la Superintendencia.

La atribución de funciones jurisdiccionales a dicho organismo para la resolución definitiva de ciertas materias, entre ellas las relacionadas con conflictos por la autorización de servicios incluidos en los planes de beneficios. La Corte Constitucional halló exequible el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 que se refiere a la materia, en forma condicionada, bajo el entendido de que ningún funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud podrá ejercer funciones jurisdiccionales respecto de los casos en los cuales se hubiera pronunciado con anterioridad, en razón de sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control<sup>(25)</sup>. En otro pronunciamiento<sup>(26)</sup>, dicha corporación estableció el carácter definitivo de los actos expedidos por la Superintendencia en ejercicio de la función jurisdiccional, sometidos en todo caso a control de instancia ante los jueces, conforme lo establecido por el inciso tercero del artículo 41 –en el

---

(25) Corte Constitucional, Sentencia C-117 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Al respecto, ver Sentencia C-119 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la cual ordenó estarse a lo resuelto en el pronunciamiento anterior y avaló la disposición frente a otros cargos.

(26) Corte Constitucional, Sentencia C-956 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Puede entenderse que el acoso como género de comportamiento presenta dos especies: (i) el acoso sexual y (ii) el acoso moral. Una subespecie del segundo es el acoso en el trabajo, la más característica.

De igual forma, se considera que conductas de acoso sexual se pueden constituir en modalidades o medios para el acoso laboral.

#### 4.1.7. *Diferencias con el conflicto laboral*

Es prudente señalar que entre los mayores riesgos respecto de este tipo de instituciones y regulaciones se encuentra el hecho de que en la práctica se confundan en su naturaleza, a más de que suelen ser malentendidas por sus destinatarios.

Particular preocupación suscita el que todo acto hostil o todo conflicto tienda a ser considerado por el trabajador afectado como una manifestación de acoso laboral.

La Ley 1010 de 2006 no está llamada a solucionar ni a erradicar los conflictos en el mundo del trabajo. Es más, ninguna norma lo pretenderá, y menos aún lo logrará.

En efecto, el conflicto hace parte de la condición humana. Este se expresa en diversas formas y grados, pudiendo decirse, para lo que nos interesa, que podrá haber (i) un conflicto interpersonal laboral y (ii) un conflicto laboral colectivo.

El cotejo de intereses y criterios diversos lleva el germen del conflicto, el cual podrá surgir cuando se pasa al ámbito de la ofensa o de la afectación de un interés. Frente al conflicto individual el ordenamiento jurídico contempla múltiples opciones o caminos para recurrir en protección del derecho que se considera conculcado; se trata del ejercicio de las vías ordinarias laborales o de la acción disciplinaria frente a los actos de un servidor público respecto a un compañero y, en fin, de las restantes acciones penales, policivas y civiles que sean conducentes.

El conflicto laboral, por su parte, tiene regulación propia. La negociación colectiva es el camino para plantear y resolver las diferencias que puedan surgir entre un empleador y los trabajadores bajo su cargo.

Pero ni en un caso ni en el otro estamos frente a manifestaciones de acoso laboral. Ni pedir un incremento de salario ni negarlo son, *per se*, manifestaciones de dicho acoso, además por cuanto en estos eventos se trata de la defensa de intereses objetivos grupales. Ahora bien, aun cuando se trate del reclamo referido a intereses particulares, no será posible que se dé acoso laboral si no concurren las circunstancias que la doctrina y, en particular, la legislación –como en el caso de Colombia– señalan. Negar un permiso, no conceder una licencia, referirse en forma aislada pero con descortesía a un trabajador, pueden implicar reacciones disciplinarias o de responsabilidad laboral o laboral administrativa, pero no son *per se* evidencias de hostigamiento laboral.

La dificultad, por supuesto, está en que en la práctica de las relaciones interpersonales de trabajo pueden mezclarse situaciones diversas que consoliden situaciones reales de acoso laboral.

#### 4.1.8. *Comentarios sobre instituciones comparadas*<sup>(77)</sup>

El primer país en adoptar una legislación nacional para prevenir el acoso moral en el trabajo fue Suecia (1993), mediante normatividad desarrollada a partir de una ordenanza del Consejo Nacional de Seguridad y Salud Laboral.

Con el criterio de establecer una legislación específica en la materia siguieron, en orden de incorporación:

- a) Francia (Ley de modernización social y Código Penal) en 2002.
- b) Bélgica (Ley del 12 de junio de 2002 sobre la prevención de la violencia psicológica en los lugares de trabajo y Código Penal).

---

(77) Sobre el particular consúltense las publicaciones y página electrónica de instituciones como la OIT, el Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales, Comisión Europea; <[www.successunlimited.co.uk](http://www.successunlimited.co.uk)>.

c) Canadá (nuevas disposiciones introducidas en la Ley general sobre normas del trabajo, relativas al acoso psicológico laboral, a partir de un proyecto de 2002, con vigencia en 2004, que admite el acoso laboral por un solo acto).

d) Italia y Brasil, que recogen normas de carácter regional o territorial.

e) Irlanda, que conscientemente no ha expedido regulación particular sobre el acoso laboral.

f) El Reino Unido, (Ley del 21 de marzo de 1997 de protección por acoso o *harassment*).

Se define acoso como aquella conducta de una persona, basada en hechos o en palabras, que cause en otra temor, alarma o molestia injustificada en al menos dos ocasiones, siempre que la misma pueda ser considerada como no razonable, teniendo en cuenta la información que posea dicha persona.

En España se ha recorrido un camino jurisprudencial interesante a partir del año 2000 (caso *Nebenka*; en Albacete, un juez anuló despidos al encontrar probado que se dieron como represalia por denuncias ante la inspección de trabajo)<sup>(78)</sup>.

#### 4.1.9. *Antecedentes específicos en Colombia*

Algunos países han considerado no necesario establecer específicas regulaciones en materia de acoso laboral, sometiendo el tema a la ley general.

En Colombia, la legislación laboral contiene en general regulaciones en materia de protección a la dignidad humana y, en especial, a la tutela de derechos del trabajador, teniendo por base, por supuesto, a la Constitución Política.

---

(78) Ver Bosqued Lorente, Marisa, *Mobbing. Cómo prevenir y superar el acoso psicológico*, Barcelona, Ediciones Paidós, 2005.

Es decir, con Ley 1010 o sin ella, existen mecanismos para hacer regir los derechos fundamentales y el ámbito de protección en el trabajo; sin embargo, concordamos en la pertinencia y oportunidad de la ley, no obstante sus falencias de técnica legislativa, como herramienta específica en una materia que reclama intervención estatal y social.

Ejemplo de ello lo vemos en la obligación del empleador consistente en guardar absoluto respeto a la dignidad personal del trabajador, a sus creencias y sentimientos (art. 57, num. 5, C.S.T.).

Se le prohíbe al empleador, por su parte, ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad (num. 9, art. 59, *ibíd.*)

Los trabajadores están obligados a guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros (num 4, art. 58, *ibíd.*). Así mismo, todo acto de violencia entre las partes del contrato de trabajo da lugar a su terminación con justa causa en los términos del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

También constituyen antecedentes en la materia las normas, la doctrina y la jurisprudencia en el tema de acoso sexual, así como las normas sobre códigos de conducta y de ética y, en general, sobre la responsabilidad social empresarial.

#### 4.1.10. *Ámbito de la Ley 1010 de 2006*

Dicho ámbito es el propio de la gestión económica que se ejecuta en relaciones de trabajo bajo vinculación laboral, en dos frentes:

- a) Relación laboral privada
- b) Función pública

La ley regula en un mismo instrumento –y eso genera no poca confusión– las relaciones y efectos tanto en el mundo laboral particular como en el sector público.

No se aplica:

- a) En contratos de prestación de servicios regidos por el derecho civil o comercial.
- b) En la contratación administrativa.
- c) En vinculaciones en las cuales no se presenten relaciones de jerarquía o subordinación.

Sobre el particular es pertinente señalar que la Corte Constitucional de Colombia decidió declarar exequible el parágrafo del artículo 1º de la Ley 1010 de 2006<sup>(79)</sup>, en cuanto a su ámbito de aplicación y a la exclusión para las relaciones de trabajo independiente, precisamente por considerar la genuina naturaleza de estas últimas, en las cuales no existe criterio de subordinación o dependencia. En ese mismo pronunciamiento el alto tribunal señaló que en el evento de constituirse una relación laboral por aplicación del principio de realidad, pese al disfraz de la relación contractual independiente, procedería sí la aplicación de las disposiciones de la normatividad comentada. En todo caso deben referirse las dificultades prácticas para que esto ocurra, y más aún para que sea oportuna la aplicación de la Ley 1010, pues primero habrá de establecerse que se trataba de una relación laboral y no de la contratación de un trabajador independiente.

Entre los bienes jurídicos protegidos por la ley se cuentan los siguientes:

- a) Dignidad humana
- b) Trabajo en condiciones dignas y justas
- c) Libertad
- d) Intimidad

---

(79) Corte Constitucional, Sentencia C-960 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

- e) Honra
- f) Salud mental
- g) Armonía entre quienes comparten en un ambiente laboral
- h) Buen ambiente en la empresa

Dichos bienes se protegen frente a todo ultraje a la dignidad humana, entendido este como la agresión, el maltrato, los vejámenes, el trato desconsiderado y ofensivo.

A partir de los postulados de la Ley 1010 de 2006 podemos apreciar una definición normativa en Colombia sobre acoso laboral, como toda conducta persistente y demostrable, de un sujeto activo respecto de uno pasivo, encaminada a:

- a) Infundir miedo
- b) Intimidar
- c) Ocasionar terror
- d) Generar angustia
- e) Causar perjuicio laboral
- f) Lograr la desmotivación laboral
- g) Inducir la renuncia

La conducta generalmente debe ser recurrente, esto es, extendida en el tiempo, reiterada no en cuanto a la necesidad de un mismo comportamiento, sino a la pluralidad de conductas. Por excepción, un único acto hostil puede bastar para acreditar la ocurrencia del acoso laboral, teniendo en cuenta su magnitud y la relación de proporcionalidad respecto a la víctima.

#### 4.1.11. *Tipos de acoso laboral*

Se presenta el acoso de:

- a) Superior a inferior jerárquico (vertical descendente)
- b) Entre compañeros de trabajo (horizontal)
- c) De un subalterno frente a un superior (vertical ascendente)

#### 4.1.12. *Sujeto activo o autor*

El autor es una persona natural, sin perjuicio de las responsabilidades que quepan al empleador tolerante. Puede ser:

- a) Quien ocupa el cargo de gerente, jefe, director, supervisor o cualquier posición de dirección y mando.
- b) El superior jerárquico o quien tenga la calidad de jefe en una dependencia estatal.
- c) Un trabajador o empleado público.

#### 4.1.13. *Sujeto partícipe del acoso*

Puede ser:

- a) El empleador que promueva, induzca o favorezca el acoso.
- b) La persona natural que omita cumplir los requerimientos o amonestaciones de los inspectores de trabajo.

#### 4.1.14. *Sujetos pasivos o víctimas*

Los son:

- a) Los trabajadores o empleados del sector privado.
- b) Los servidores públicos (empleados públicos, trabajadores oficiales y servidores con régimen especial).
- c) Los jefes inmediatos cuando el acoso provenga de los subalternos.



4.1.15. *Modalidades del acoso laboral en Colombia*

- a) Maltrato laboral
- b) Persecución laboral
- c) Discriminación laboral
- d) Entorpecimiento laboral
- e) Inequidad laboral
- f) Desprotección laboral

4.1.16. *Conductas atenuantes*<sup>(80)</sup>

- a) Buena conducta anterior.
- b) Obrar en estado de emoción o pasión excusable, salvo en el caso de violencia contra la libertad sexual. También lo es la ira e intenso dolor.
- c) Voluntaria acción para superar las consecuencias del acoso.
- d) Reparación discrecional parcial o total.
- e) Condiciones de inferioridad síquicas por edad o circunstancias orgánicas<sup>(81)</sup>.

---

(80) Mediante Sentencia C-898 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte Constitucional declaró inexecutable el literal f) del artículo 3° de la Ley 1010 de 2006 que contenía la atenuante de “los vínculos familiares y afectivos”.

(81) Mediante Sentencia C-078 del 7 de febrero de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte Constitucional señaló que la referida causal atenuante debe ser entendida para los casos en que ocurren circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentra quien comete la conducta y no como una forma estigmatizar, denigrar o insultar a determinado grupo de personas.

- f) Manifiesta o velada provocación o desafío por el sujeto pasivo.
- g) Toda circunstancia análoga.

#### 4.1.17. *Circunstancias agravantes*

- a) Reiteración de la conducta.
- b) Concurrencia de causales (modalidades).
- c) Motivo abyecto, fútil o por precio, recompensa o promesa remuneratoria.
- d) Con ocultamiento y aprovechamiento de circunstancias que dificulten la defensa y la identificación del autor.
- e) Deliberado e inhumano aumento en el daño psíquico y biológico.
- f) Posición predominante del autor en la sociedad.
- g) Actuación a través de un tercero o de un inimputable.
- h) Causación de daño en la salud física o psíquica del sujeto pasivo.

Se aplicará para la graduación de las conductas lo establecido por el Código Disciplinario Único para el caso de conflictos en los que participen servidores públicos sometidos a su imperio.

#### 4.1.18. *Presunción de acoso laboral*

Se presenta por la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de estas conductas<sup>(82)</sup>:

---

(82) Corte Constitucional, Sentencia C-780 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto, mediante la cual se declararon exequibles las características de repetida y pública de las conductas que hacen surgir la presunción de acoso laboral. Igualmente aclara la Corte que la presunción contenida en el artículo 7° de la Ley 1010 de 2006 no implica el establecimiento de una responsabilidad objetiva y automática del victimario, quien tiene derecho a la defensa y al debido proceso.

- a) Actos de agresión física, sin importar sus consecuencias.
- b) Expresiones injuriosas o ultrajantes.
- c) Comentarios hostiles y humillantes en presencia de compañeros de trabajo.
- d) Injustificadas amenazas de despido en presencia de compañeros.
- e) Denuncias disciplinarias temerarias.
- f) Descalificación humillante en presencia de compañeros de trabajo.
- g) Burlas en público sobre apariencia física.
- h) Alusión pública a hechos de la intimidad.
- i) Imposición de deberes ostensiblemente irrazonables.
- j) Trato notoriamente discriminatorio.
- k) Negativas injustificadas a otorgar situaciones laborales o material de trabajo.

Si tales conductas ocurren en privado, las mismas deben ser probadas según la ley procesal civil.

#### 4.1.19. *Conductas que no constituyen acoso laboral*

- a) Exigencias y órdenes bajo el principio de obediencia debida en la Fuerza Pública.
- b) Ejercicio de la potestad disciplinaria.
- c) Exigencias razonables de fidelidad laboral o lealtad.
- d) Requerimientos generales de mejora en la eficiencia laboral.
- e) Solicitud de deberes extra por necesidades del servicio.

- f) Gestiones orientadas a dar por terminado el contrato por justa causa.
- g) Solicitud de cumplimiento de deberes ciudadanos.
- h) Exigencia de cumplir deberes laborales.
- i) Exigencia de cumplir el régimen disciplinario de servidores públicos.

Las exigencias generales para no ser materia de presunción de acoso deben ser:

- a) Justificadas
- b) Fundadas en criterios objetivos
- c) No discriminatorias

#### 4.1.20. *Respuesta al acoso laboral en Colombia*

Esta se da a través de dos grandes reacciones: a) medidas preventivas y b) tratamiento sancionatorio.

a) Medidas preventivas: Los reglamentos de trabajo o normas equivalentes en las entidades públicas, deben incluir medidas de prevención<sup>(83)</sup>.

El establecimiento de un procedimiento interno de denuncia y arreglo.

La existencia de comités de empresa bipartitos encargados de conciliar las diferencias.

El trámite de conciliación ante autoridades administrativas o de control.

---

(83) Ver Resolución 0734 del 15 de marzo de 2006, proferida por el Ministerio de la Protección Social.

Estas se concretan entonces en el establecimiento en el reglamento de trabajo de mecanismos de prevención, con un procedimiento interno y la participación de comités de empresa bipartitos.

El procedimiento interno de manejo del acoso laboral debe ser<sup>(84)</sup>:

Confidencial

Conciliatorio

Efectivo

El sujeto pasivo puede recurrir igualmente a un centro de conciliación para que intervenga en la solución amigable de la situación de acoso laboral.

La víctima puede reportar así mismo el acoso al Inspector de Trabajo, al Inspector Municipal de Policía, a los Personeros Municipales o a la Defensoría del Pueblo.

La competencia se define por el lugar de los hechos.

La autoridad o el comité interno escucharán a la parte denunciada y conminarán preventivamente al empleador para que adopte las medidas correctivas y preventivas del caso (actividades pedagógicas o terapias grupales, p. ej.).

A partir del 23 de abril de 2006 los empleadores deben contar en su reglamento de trabajo con las adaptaciones que se necesiten, según los re-

---

(84) Conforme a concepto del Ministerio del Interior y de Justicia, Oficio 30205 del 6 de diciembre de 2006, se aclaró que la conciliación en el ámbito de este procedimiento no es equivalente al procedimiento regulado por la Ley 640 de 2001 y que no se requiere que los integrantes de dichos comités sean conciliadores: *El Ministerio del Interior y de Justicia interpreta que el espíritu del legislador fue crear mecanismos internos en las instituciones para que a través del diálogo las partes puedan llegar a un acuerdo satisfactorio en los casos de acoso laboral y que la palabra 'conciliatorio' se usa como sinónimo de amigable, concertado, negociado, es decir, se refiere al procedimiento y no a la institución de la conciliación como mecanismo alternativo de administración de justicia.*

querimientos de la Ley 1010 de 2006. Para la adopción de aquellas o de las futuras que procedan, se deben abrir espacios para escuchar las opiniones de los trabajadores.

Al respecto téngase presente que la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-934 de 2004, señaló criterios relacionados con la participación efectiva de los trabajadores para que sean escuchados en la adopción de medidas que los afecten, contenidas en el reglamento interno de trabajo.

La Resolución 0734 del 15 de marzo de 2006, proferida por el Ministro de la Protección Social, estableció el procedimiento para el ajuste de los reglamentos de trabajo. La misma se complementa con el instructivo básico que sobre el particular circularizó el propio Ministerio.

b) Tratamiento sancionatorio. Las sanciones legales al acoso laboral en Colombia son las siguientes:

Como falta disciplinaria gravísima cuando su autor sea servidor público. El adelantamiento de la investigación disciplinaria por esta falta exige como requisito de procedibilidad el trámite de la conciliación a que se ha hecho referencia anteriormente<sup>(85)</sup>.

Como terminación al contrato de trabajo sin justa causa cuando haya dado lugar a renuncia o abandono del trabajo, en las relaciones laborales regidas por el Código Sustantivo del Trabajo.

Con sanción de multa entre 2 y 10 SMLMV para quien lo realice y para el empleador que lo tolere, tanto para el caso del sector privado como del público.

---

(85) Circular 020 del 18 de abril de 2007 proferida por el despacho del Procurador General de la Nación: “1. Deberá tenerse en cuenta que el acoso laboral es la única falta disciplinaria que tiene un tratamiento diferente a las demás conductas señaladas en el Código Único Disciplinario, pues antes de iniciar el procedimiento disciplinario y sancionatorio debe agotarse necesaria y obligatoriamente, en todos los casos, el procedimiento preventivo de que trata el artículo 9 de la Ley 1010 de 2006”.

Con la obligación de pagar el 50% del tratamiento y las secuelas que se generen por afectación a la salud (frente a EPS y ARP).

Con presunción de justa causa de terminación del contrato para el trabajador y no pago de preaviso, en el caso de relaciones regidas por el Código Sustantivo del Trabajo.

Como justa causa de terminación del contrato o no renovación cuando sea ejercido por un subalterno, también en el caso de las relaciones laborales regidas por el Código Sustantivo del Trabajo.

El servidor público que adopte medidas retaliatorias podrá ser suspendido provisionalmente.

#### 4.1.21. *Competencia para la imposición de sanciones*

Jueces laborales y de la seguridad social del lugar de los hechos frente a trabajadores particulares o sometidos al Código Sustantivo del Trabajo.

Ministerio Público o salas disciplinarias de los consejos seccionales o del Consejo Superior de la Judicatura, frente a la falta disciplinaria de un servidor público.

#### 4.1.22. *Procedimientos para la imposición de las sanciones*

Ordinario ante los jueces laborales y de seguridad:

Notificación dentro de los cinco días siguientes al recibo de la solicitud, sobre el inicio del procedimiento al denunciado y al empleador que haya tolerado el acoso.

Citación a audiencia para dentro de los 30 días siguientes a la solicitud.

Práctica de pruebas, previas o en audiencia.

Decisión en audiencia (no pública).

Procede recurso de apelación para que se resuelva dentro de los 30 días siguientes a su interposición.

**Disciplinario:**

Se aplica el procedimiento del Código Disciplinario Único.

**4.1.23. *Garantías contra actitudes retaliatorias***

Se establecen en protección de quienes formulen peticiones, quejas o denuncias de acoso laboral, y de los testigos.

Su propósito es evitar actos de represalia por el acosador o la empresa, y se concretan en las siguientes:

a) Carece de todo efecto, dentro de los seis meses siguientes al inicio de la actuación preventiva o correctiva, la terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución del aforado, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento.

b) La formulación de denuncia podrá provocar el ejercicio del poder disciplinario preferente a favor del Ministerio Público y en relación con el denunciante.

c) Las demás que se establezcan en la Constitución, la ley, las convenciones y pactos.

Previo dictamen de la EPS correspondiente y por el tiempo que determine el médico, se suspenderá la evaluación de desempeño del sujeto pasivo del acoso laboral.

**4.1.24. *Excepciones a la vigencia de dichas medidas de garantía***

a) Despidos autorizados por el Ministerio de la Protección Social.

b) Sanciones disciplinarias impuestas por el Ministerio Público o los consejos seccionales o Superior de la Judicatura.



c) Sanciones disciplinarias dictadas por procesos iniciados antes de la denuncia o queja.

#### 4.1.25. *Sanción por temeridad en la formulación de la queja*

Cuando se abuse del procedimiento sancionatorio por presunto acoso laboral o se formule más de una denuncia por los mismos hechos, se impondrá al quejoso sanción de multa de entre un tercio y tres SMLMV.

#### 4.1.26. *Caducidad*

Las acciones derivadas del acoso laboral caducarán a los seis meses contados desde la fecha en que hayan ocurrido las conductas constitutivas del acoso.

#### 4.1.27. *Llamamiento en garantía*

En procesos ante la jurisdicción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho basados en hechos que pudieren ser constitutivos de acoso laboral, la entidad demandada podrá llamar en garantía al presunto autor de la conducta de acoso laboral.

### 4.2. **Ley 731 de 2002: afiliación de trabajadoras rurales al sistema general de riesgos profesionales**

Con el propósito loable de extender la cobertura del sistema, pero aún sin efectos prácticos tan necesarios como deseables, la Ley 731 de 2002, a través de su artículo 14, dispuso: “El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social creará mecanismos de afiliación destinados a las mujeres rurales que carezcan de vínculos laborales, para que puedan tener como trabajadores independientes la correspondiente cobertura del sistema general de riesgos profesionales”.

Igualmente dispone que el fondo de riesgos profesionales ejecute estudios, acciones y campañas de prevención, promoción y educación que tengan por destinatarias a las trabajadoras del campo, y cuyo fin sea contribuir a mejorar su calidad de vida, tanto por el despliegue de actividades en su desempeño rural, como en el ámbito de su casa de habitación.

Reconocimiento de intereses de mora a la tasa legal vigente que rija para las obligaciones financieras cuando se retarde el pago de obligaciones para con las instituciones prestadoras de salud.

Aplicación de normas en cuanto a priorización en el reconocimiento de subsidios plenos y de subsidios parciales dentro del régimen subsidiado de salud.

Traslado de la competencia en materia de promoción y prevención a cargo a partir de la ley de las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado.

Aplicación de normas para la contratación de los servicios que se presten a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda.

Prohibición de prestar directamente servicios de salud, establecimiento del régimen de organización y operación de las empresas sociales del Estado y de normas para promover la constitución de cooperativas o asociaciones entre dichas empresas.

Ajustes en el período de los gerentes de las empresas sociales del Estado y régimen de transición hasta el 1º de abril de 2012.

La suscripción de los contratos de concurrencia con la Nación para el pago de los pasivos prestacionales de las empresas sociales del Estado y la emisión en el término de un año, por parte de los departamentos, de los bonos pensionales que correspondan en los términos de aquellos acuerdos.

Obligación de exigir a distribuidores y productores de medicamentos el cumplimiento de las normas en materia de señalización sobre los mismos.

Ser sujetos de inspección, vigilancia, control y conciliación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud y trasladar a ese organismo el conocimiento de asuntos que se tramiten ante las entidades territoriales –direcciones de salud– cuando se violen los principios de la ley.

### 3.9. **Ley 1164 de 2007: ley del talento humano en salud**

Entre los principales aspectos que pueden destacarse de esta ley, referimos los siguientes:

a) Se define el talento humano del sector como constituido por todo el personal que interviene en promoción, educación, información, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad en Colombia (prestación de servicios).

b) El objeto de la normatividad es regular los procesos de planeación, vigilancia y control del ejercicio, desempeño y ética del talento humano.

c) En su artículo 2° se señalan y definen los principios en que se basa la Ley 1164 y que por tanto son aplicables a quienes constituyen el talento humano en el país:

- Equidad
- Solidaridad
- Calidad
- Ética
- Integralidad
- Concertación
- Unidad
- Efectividad

Como organismos de apoyo se señalan (i) el Consejo Nacional de Talento Humano en Salud, integrado por la Sala Laboral, la Sala Académica y los Comités, (ii) el Observatorio del Talento Humano en Salud y (iii) los colegios profesionales, a los cuales se les asigna el ejercicio de funcio-

nes públicas, como la inscripción en el RUN, la expedición de tarjeta y la recertificación de los profesionales<sup>(45)</sup>.

En relación con los programas de formación para quienes constituyan el talento humano del sector, se establece que se realice un análisis sobre su pertinencia por parte del Consejo Nacional de Talento Humano en Salud, así como se les señalan pautas de calidad, que implican procesos de registro calificado y acreditación, al mismo tiempo que se dictan disposiciones en cuanto al seguimiento de egresados y a la información debida respecto de los mismos.

En cuanto al ejercicio de profesiones y ocupaciones se dictan normas en materia de requisitos, título profesional o certificado no formal, certificación mediante registro (RUN) y servicio social. Como identificación única se dispone la tarjeta. Así mismo exigía la recertificación periódica del personal, cada tres años y conforme al reglamento; no obstante, este componente fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional.

En efecto, la Corte tuvo ocasión de pronunciarse sobre aspectos de la regulación al ejercicio de las profesiones y actividades del sector salud, contenida en la analizada ley<sup>(46)</sup>. Con base en lo preceptuado por el artículo 26 de la Constitución Política, entró a considerar las materias reguladas

---

(45) Debe tenerse en cuenta que mediante el Decreto 2006 del 6 de junio de 2008 el Ministerio de la Protección Social, con base en las facultades de los artículos 189 de la Constitución Política y 45 de la Ley 489 de 1998, creó la Comisión Intersectorial para el Talento Humano en Salud, “como órgano responsable de la toma de decisiones derivadas de las funciones públicas relacionadas con la formación, el ejercicio y el desempeño del talento humano en salud que requieran acciones conjuntas de los Ministerios de la Protección Social y de Educación Nacional”.

Dicha Comisión estará integrada por los ministros de las aludidas carteras y por el viceministro técnico de la Protección Social. Entre sus funciones están las relacionadas con regulaciones en las áreas de la relación docencia servicio, la educación para el trabajo y el desarrollo humano en el área de auxiliares de salud, y la adopción de mecanismos, criterios técnicos, procesos y procedimientos para la certificación y recertificación del ejercicio profesional u ocupacional del talento humano en salud.

(46) Corte Constitucional, Sentencia C-756 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

en los artículos 10, 24 y 25 de la Ley 1164 de 2007, señalando que aunque existe la facultad de regulación por el legislador sobre las profesiones y oficios, en cuanto a las condiciones para el ejercicio de las mismas, ello “no necesariamente significa que el legislador está facultado para reglamentar ese derecho en cualquier momento y en cualquier forma”, limitándose la competencia para regular el núcleo esencial de los derechos fundamentales al legislador estatutario. Por ende, en el caso consideró la Corte que el competente para regulaciones como las pretendidas, por tocar el núcleo esencial de los derechos fundamentales, era el legislador estatutario.

Por ello, se declararon inexecutable el artículo 25, el literal d) del artículo 10 y la expresión “e implementar el proceso de recertificación dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley” contenida en el parágrafo 1 del artículo 10, así como la expresión “y será actualizada con base en el cumplimiento del proceso de recertificación estipulado en la presente ley” del artículo 24 *ibídem*.

Así las cosas, salió del ordenamiento la regulación concerniente al proceso de recertificación pretendido por la Ley 1164.

En lo concerniente a los permisos temporales que pueden otorgar los colegios profesionales (lit. c) art. 10 y par. 3° art. 18), la Corte Constitucional encontró exequible la disposición<sup>(47)</sup>.

Por otra parte, la aludida ley regula el ejercicio de medicinas y terapias alternativas y complementarias.

En cuanto al desempeño de la misión a cargo de quienes constituyen el talento humano de la salud se regula el denominado acto propio, *entendido como el conjunto de acciones orientadas a la atención integral del usuario, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas dentro del perfil que le otorga el respectivo título* (art. 26 L. 1164/2007), con las siguientes características:

- Autonomía
- Relación entre profesional y usuario

---

(47) Corte Constitucional, Sentencia C-1085 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

- Obligación de medios
- Autorregulación
- Las condiciones del acto propio son:
  - Actitud responsable y ética
  - Competencia profesional para la calidad
  - Racionalización del gasto
  - Pertinencia clínica y tecnológica
  - Guías y normas de atención integral
  - Desempeño de la misión médica

Así mismo se contienen normas sobre la adopción del manual tarifario y finalmente se expresa el régimen ético y de bioética básicos, que deben imperar en el talento humano del sector salud.

Los principios de dicho régimen se basan en los postulados de veracidad, igualdad, autonomía, beneficencia, del mal menor, de no maleficencia, de totalidad y de causa de doble efecto. Los valores enunciados por la ley son humanidad, dignidad, responsabilidad, prudencia y secreto.

Los derechos de quienes constituyen el cuerpo de servidores en salud son:

- La objeción de conciencia
- La protección laboral
- El buen nombre
- El compromiso ético
- El ejercicio competente

- Por su parte, los deberes básicos se expresan en:
- Protección de los lazos afectivos del paciente
- Promoción de la cultura ética
- Reserva frente a fármacos y técnicas desconocidas
- Formación de aprendices
- Responsabilidad ética y bioética

### 3.10. **Ley 1220 de 2008: aumento de penas para delitos contra la salud pública**

Esta disposición del ámbito penal regula incrementos punitivos como respuestas a delitos que atentan contra la salud pública, particularmente en los casos de (i) violación de medidas sanitarias, (ii) propagación de epidemia, (iii) propagación del virus de inmunodeficiencia humana o de la hepatitis B, (iv) contaminación de aguas, (v) corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico, (vi) imitación o simulación de alimentos, productos o sustancias.

### 3.11. **Ley 1250 de 2008: cotización en salud para pensionados**

El artículo 1° de la Ley 1250 de 2008 dispone que *la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.*

Con dicho ajuste, tres son pues las cotizaciones en el régimen de salud:

- La ordinaria, 12,5%
- La de pensionados, 12%
- La de madres comunitarias, 4%

### 3.12. **Ley 1280 de 2009: licencia por luto**

Mediante dicha disposición se adiciona el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo y se establece una licencia remunerada por luto de cinco días hábiles –en cualquier caso de modalidad contractual laboral– para el evento en que acontezca el fallecimiento del (la) cónyuge o el compañero(a) permanente o de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil, del trabajador.

Igualmente esta ley ordena que las EPS presten asesoría psicológica a la familia del trabajador en los casos que corresponden a la licencia por luto, con lo cual se adiciona el plan obligatorio de salud del régimen contributivo y se establece una nueva responsabilidad a cargo de las entidades aseguradoras.

### 3.13. **Decreto 055 de 2007: continuidad en el aseguramiento de salud y mecanismos de traslado excepcional de afiliados**

Mediante este decreto se posibilitó el traslado de los afiliados del programa que como entidad promotora de salud ejecutaba el ISS, a la NUEVA EPS, constituida al efecto.

Contiene disposiciones para preservar la continuidad del aseguramiento y de la prestación del servicio público a los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo cuando a una EPS se le revoque la autorización de funcionamiento o sea intervenida para liquidación por la Superintendencia Nacional de Salud. También aplica para la liquidación voluntaria y frente a las entidades adaptadas al sistema de seguridad social en salud, cuya liquidación sea ordenada por el Gobierno Nacional.

Contempla dos modalidades de traslado excepcional de afiliados, conforme su artículo 2º: (i) la afiliación a prevención y (ii) la afiliación por asignación.

La primera de ellas es de obligatoria aceptación y consiste en afiliar a prevención, a la población de la EPS que cesa, a una entidad en la que el Estado tenga participación (art. 3º).



La afiliación por asignación consiste en la asignación forzosa de los afiliados cuando estos no se trasladen a otra Entidad Promotora de Salud en uso del derecho de libre elección, dentro del mes siguiente a la fecha de ejecutoria del acto administrativo que revoque la autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo o de la comunicación del acto que ordene la intervención para liquidar o de la vigencia del acto que ordene la liquidación o supresión de las Entidades Promotoras de Salud públicas (art. 5°).

**3.14. Decreto 3974 de 2007: regulación sobre enfermedades de alto costo para cubrir desviaciones de frecuencia en el caso de afiliación excepcional de asegurados**

También como un mecanismo para facilitar la puesta en funcionamiento de la operación de aseguramiento de la entidad que sustituyó al ISS, se adoptó este decreto, por el cual se regula el efecto en cuanto a las desviaciones en frecuencia, para los casos de traslados a prevención de afiliados, respecto al uso de los servicios de alto costo y el cubrimiento que debe asumir la entidad objeto de la medida (la aseguradora que cesa en su función), respecto de la entidad cesionaria, por el mayor costo originado frente a una mayor frecuencia en el uso de los servicios de alto costo, excepto los relativos a insuficiencia renal crónica, a los cuales se les aplica la normatividad especial vigente.

**3.15. Decreto 3990 de 2007: reglamentación subcuenta del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito del FOSYGA**

Contiene una detallada regulación sobre el manejo de la aludida subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), mediante el establecimiento de las condiciones de operación del aseguramiento de los riesgos derivados de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito, eventos catastróficos y terroristas, las condiciones del seguro SOAT y otras disposiciones relacionadas.

### 3.16. **Decreto 4248 de 2007: prestación del servicio de salud para pensionados**

Este decreto contiene las reglas en cuanto a la afiliación y la prestación de los servicios de salud a la población pensionada del país. Implica regulaciones en cuanto al ejercicio del derecho de libre elección de aseguradora, el cual deberá ejercerse en coordinación ante la entidad administradora del sistema general de pensiones que reconozca la pensión; se contempla la opción de una afiliación provisional a una EPS seleccionada por aquella, cuando el pensionado no exprese su voluntad de afiliación a una EPS o la continuidad respecto de la entidad a la cual venía afiliado.

De manera particular se refiere al régimen de los pensionados afiliados al servicio de salud de una universidad estatal u oficial; consagra por su parte una restricción al ejercicio de la libre elección y movilidad general del régimen, en cuanto consagra que *el pensionado vinculado al servicio de salud de una universidad estatal u oficial, que se encuentre recibiendo la atención por procedimientos de alto costo, deberá permanecer en este servicio de salud por lo menos dos años después de culminados éstos* (art. 4°).

### 3.17. **Decreto 4747 de 2007: nueva regulación para el acceso de los usuarios a los servicios de salud y para las relaciones entre prestadores y entidades responsables de pago<sup>(48)</sup>**

#### 3.17.1. *Antecedentes*

La Ley 1122 de 2007 promovió, entre otros aspectos, el mejoramiento de la calidad en el sistema de seguridad social en salud y la precisión de responsabilidades en los roles de aseguramiento y prestación de servicios de salud, para garantizar el acceso y la oportunidad en los beneficios por parte de los usuarios.

---

(48) Texto tomado del artículo publicado por el autor en la revista *Actualidad Laboral*, N° 147, mayo-junio de 2008, Bogotá, Editorial Legis.

Si bien el país avanza a grandes pasos hacia el logro de una cobertura universal en el aseguramiento, los retos pendientes del sistema imponen una tarea mancomunada que se oriente a facilitar el efectivo acceso al servicio, la equidad en los planes de beneficios y la calidad en la atención.

Como desarrollo reglamentario de la aludida ley y de previsiones contenidas desde la Ley 100 de 1993, el Gobierno Nacional expidió en diciembre de 2007 el Decreto 4747, por medio del cual se regulan las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago y se dictan normas en cuanto al proceso de atención asistencial en el sistema.

Es necesario conocer la orientación y las disposiciones de dicha norma, pues tanto impactan el relacionamiento interno entre entidades del sistema, como afectan procedimientos referidos directamente a la atención de la población cubierta por el mismo.

### 3.17.2. *Problemáticas del sistema*

Entre los problemas que persisten en el sistema y a los cuales pretenden responder tanto la Ley 1122 de 2007 como el Decreto 4747, se citan los siguientes:

- a) Demora en el flujo de recursos hacia las instituciones prestadoras de servicios de salud y hacia los profesionales responsables.
- b) Inoportuna actualización de las bases de afiliados.
- c) Falta de la consolidación adecuada de información sobre servicios, procedimientos en salud y cuentas.
- d) Dificultades de acceso por parte del usuario a los servicios.
- e) Sobrecarga al usuario de trámites y requisitos para la autorización y práctica de servicios.

### 3.17.3. *Principales instituciones reguladas por el Decreto 4747*

El Decreto 4747 de 2007 regula los siguientes aspectos principales:

- a) Definiciones y mecanismos de pago para la compra de servicios de salud.
- b) Condiciones para la contratación de servicios de salud.
- c) Proceso de atención a la población cubierta y autorización de servicios.
- d) Facturación, glosas y pagos por los servicios de salud prestados.

### 3.17.4. *Vigencia y alcances*<sup>(49)</sup>

Si bien el artículo 30 del Decreto 4747 de 2007 dispone que el mismo rige a partir de la fecha de su publicación, en virtud de lo señalado por el artículo 28 *ibídem* se establece un término de transición de seis meses, para que las entidades responsables de pago y las prestadoras de servicios adopten los procedimientos y formatos internos que señale el Gobierno Nacional.

Dicho período de transición correrá a partir de la publicación de tales procedimientos y formatos por parte del Gobierno, razón por la cual la efectividad de las disposiciones que tienen que ver con agilización de trámites para la atención de los servicios está supeditada a la expedición de aquellos y al cumplimiento del período de transición establecido por la norma para la adaptación de las entidades operadoras del sistema.

No obstante lo anterior, las definiciones y los principios en que se funda el Decreto deben entenderse como vigentes a partir del 7 de diciembre de 2007, pues imponen desde entonces a los distintos actores el compro-

---

(49) Concordancia con la Resolución 3047 de 2008 del Ministerio de la Protección Social, por la cual se adoptan procedimientos en aplicación del Decreto 4747 de 2007.

miso de ajustar su mecánica interna, a efecto de contribuir a la superación de los problemas y obstáculos que se han enunciado, en procura de facilitar y asegurar la atención oportuna e integral a la población afiliada, razón de ser última del sistema.

De la misma manera, es preciso considerar particularmente las materias del decreto, para establecer los eventos en los cuales no se requiere previamente la adopción de los formatos y procedimientos, ni el período de transición, por recoger la normatividad disposiciones con vigencia inmediata.

Un aspecto adicional que debe considerarse en torno a la vigencia del decreto tiene que ver con su ámbito de aplicación, el cual se extiende tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado de salud, involucrando como entidades responsables a las direcciones territoriales de salud, a las entidades adaptadas y, también, a las administradoras de riesgos profesionales.

Lo anterior significa que la norma en estudio aplica no solamente a los servicios asistenciales, en el ámbito del sistema de seguridad social en salud del Libro II de la Ley 100 de 1993, sino que extiende sus alcances a las prestaciones a cargo de las ARP, en razón del sistema de riesgos profesionales, regulado por el Libro III de la aludida ley y por el Decreto 1295 de 1994.

De otro lado, las disposiciones del decreto se aplicarán así mismo a los regímenes especiales y de excepción, cuando los responsables de pago en dichos regímenes suscriban acuerdos de voluntad con prestadores a los que les sea aplicable la normatividad. En nuestro concepto, la amplia redacción del artículo 2° que alude al campo de aplicación de la normatividad implica la extensión práctica de sus efectos también a los aludidos regímenes, pues en general las disposiciones del decreto terminan aplicándose en todos los eventos a los prestadores, sin distingo del régimen al cual sirvan.

Por no expresarlo la norma, quedan por fuera de la aplicación directa de sus disposiciones las relaciones para el caso de los planes adicionales de beneficios.

### 3.17.5. *Eliminación de barreras para los usuarios*

El principal ajuste materializado con el decreto de cara a los usuarios del servicio, se concreta en la prohibición de trasladar a éstos la carga consistente en la obtención de autorizaciones ante las entidades promotoras de salud para el acceso a las prestaciones.

Ello tanto en lo que tiene que ver con la atención de urgencias como respecto a los servicios electivos cubiertos por los planes obligatorios de salud.

Una de las barreras que se había levantado frente a la agilización en el reconocimiento de las prestaciones asistenciales consistía en exigir a los usuarios, tanto del régimen contributivo como del subsidiado, que obtuvieran autorización para acceder a servicios, para lo cual el paciente o sus familiares o acudientes debían someterse a filas y trámites agobiantes, poniendo en entredicho la eficacia del derecho propio de los asegurados.

La tramitología ha venido asfixiando a los usuarios del sistema y ha contribuido a la generación de conflictos y demoras que entorpecen el ejercicio del derecho de atención en salud, ocasionando bien su desconocimiento, cuando el usuario desiste de la prestación, o la utilización de mecanismos tales como la acción de tutela o la presentación de quejas y derechos de petición, con los cuales se encarecen los costos de transacción en el sistema.

En especial, el principio de atención universal por urgencias consagrado desde la Ley 100 de 1993 se ha visto afectado por el trámite de dichas autorizaciones, cuando, como acontece con frecuencia, se requiere atención posterior a la inicial y esta se supedita a autorización por la entidad responsable del pago.

Las principales medidas establecidas por el Decreto 4747 de 2007, en cuanto a agilización de trámites y proceso de atención para asegurar el derecho a la atención oportuna e integral del usuario, se concretan en las siguientes:

a) *Verificación de derechos.* Se entiende por ésta el proceso mediante el cual se verifica la entidad responsable del pago de los servicios de salud demandados por el usuario y el derecho del mismo a ser cubierto.

Es responsabilidad de la institución prestadora de servicios de salud, la cual deberá identificar al usuario por medio del documento de identidad o de cualquier otro mecanismo tecnológico idóneo.

Las entidades responsables de pago están en la obligación de facilitar a las instituciones prestadoras de su red la base actualizada de datos de sus afiliados y de garantizar la administración en línea de la misma, *asegurando su depuración, y el correcto y oportuno registro de las novedades* (par. 1 art. 6° D. 4747/2007).

Solamente podrá exigirse el carné de afiliación por la prestadora cuando la entidad responsable del pago esté obligada a entregarlo y el usuario lo porte. Es decir, el carné de afiliación no constituye un requisito esencial para el acceso a los servicios, por lo que una IPS no podrá negarse a prestar servicios a un usuario por el hecho de que éste no porte el carné.

Se eliminan las exigencias de fotocopias y autenticaciones, en tanto que el artículo 11 del decreto dispone que *no podrán exigirse al usuario copias, fotocopias o autenticaciones de ningún documento*. Es decir, ni las IPS de cualquier naturaleza, ni los profesionales independientes, ni las ambulancias podrán exigir a los usuarios dichas fotocopias o autenticaciones para su acceso a la atención necesaria.

Para cuando en el régimen contributivo de salud se haya efectuado al trabajador el descuento de la cotización, pero el empleador no haya hecho el pago a la EPS, le bastará al afiliado acreditar su derecho ante la IPS, mediante la presentación del comprobante de descuento que le realizara el empleador.

La verificación de derechos no podrá en circunstancia alguna posponer la atención inicial de urgencias y será posterior a la clasificación que por el sistema “triage” se realice al paciente, cuando pretenda acceder al servicio por urgencias.

Si bien se ordena que el Ministerio de la Protección Social adopte procedimientos y formatos para que las IPS reporten a las entidades responsables de pago posibles inconsistencias en las bases de datos, esta norma es de las de vigencia inmediata, pues en ella misma se establece

que el diligenciamiento y trámite de dicho formulario no afectará la prestación y el pago de los servicios (par., art. 11 D. 4747/2007), entendiéndose que con independencia del procedimiento que adopte el Gobierno, es obligación de EPS e IPS ajustar sus procedimientos en materia de verificación de derechos y de no exigencia de documentos o requisitos adicionales.

b) *Autorización de servicios posteriores a la atención inicial de urgencias.* Si para dichos servicios la entidad responsable de pago ha dispuesto como requisito la obtención de una autorización, corresponde exclusivamente al prestador de servicios adelantar los trámites necesarios para la obtención de aquella. Para esos efectos, aplicará el procedimiento y el formato que adopte el Gobierno Nacional.

Este trámite no podrá ser trasladado al paciente ni a su acudiente.

La respuesta a la autorización está a cargo exclusivo de la entidad responsable de pago (EPS, entidad territorial, entidad adaptada o ARP), sin que pueda trasladarse al paciente o a su acudiente.

Dicha respuesta debe darse dentro de las dos horas siguientes al recibo de la solicitud si se trata de atención subsiguiente a la inicial de urgencias, o dentro de las seis horas siguientes en el caso de servicios adicionales, aplicando para ello los procedimientos y formatos adoptados por el Gobierno Nacional.

Si la entidad responsable del pago no responde dentro de los términos indicados, se entenderá como autorizado el servicio, por lo cual opera en el caso una modalidad de silencio positivo, sin que pueda posteriormente glosar o devolver la factura que le presente el prestador, en razón del servicio requerido.

c) *Autorización de servicios electivos.* Si para dichos servicios, que incluyen los de carácter ambulatorio y hospitalario, la entidad responsable de pago ha dispuesto como requisito la obtención de una autorización particular, corresponde exclusivamente al prestador de servicios diligenciar aquella ante la entidad responsable de pago (EPS o entidad análoga).



Para esos efectos, aplicará el procedimiento y el formato que adopte el Gobierno Nacional.

Este trámite tampoco podrá ser trasladado al paciente ni a su acudiente.

La respuesta a la autorización de servicios electivos es responsabilidad exclusiva de la entidad responsable de pago (EPS o análoga), la cual deberá informar al usuario en los términos y en el formato que al efecto establezca el Ministerio de la Protección Social.

*d) Integralidad y oportunidad para la atención en salud.* Reafirma el decreto en estudio la responsabilidad que corresponde a las entidades responsables de pago en cuanto a garantizar la integralidad en la atención, conforme al modelo de atención en salud que hayan adoptado y convenido con las instituciones prestadoras.

Al efecto, se consagran las siguientes previsiones en el decreto:

Diseño de un modelo de atención en salud, que haga parte, como requisito mínimo, de los acuerdos de voluntades que se adopten entre aseguradoras y prestadoras.

Garantía de prestación de servicios de baja complejidad de manera permanente en el municipio de residencia de los afiliados.

Adecuada divulgación de la red de prestación de servicios, que incluya la información anual en un periódico de amplia circulación y la incorporación de la misma en la página web de la entidad responsable, o su entrega física como mínimo una vez al año a los afiliados, con una guía de servicios.

Establecimiento de preferencia a favor de instituciones prestadoras de servicios de salud acreditadas, para que sean incluidas en la red de prestación de las aseguradoras, como mecanismo para estimular los esfuerzos de cualificación de las prestadoras y, en últimas, para facilitar el acceso de los usuarios a servicios integrales y de calidad, prestados por instituciones de reconocida idoneidad.

Se reitera como obligación de las entidades responsables de pago (EPS o análogas) el diseño y operación de una adecuada red de prestadores de servicios, en todos los niveles de complejidad, así como la disponibilidad de red de transporte y comunicaciones.

Se dispone que es obligación del Ministerio de la Protección Social determinar *los términos y procedimientos de seguimiento que permitan garantizar la oportunidad en la asignación de citas para la prestación de servicios electivos* (art. 216 D. 4747/2007).

En lo atinente a la garantía de la atención integral y oportuna de los usuarios del servicio de salud, se impone un estricto seguimiento por parte de la autoridad de dirección del sistema, esto es, del Ministerio de la Protección Social, así como la participación de la Superintendencia Nacional de Salud, como rectora del sistema de inspección, vigilancia y control.

Lo anterior por cuanto las normas que consagran el alcance de dichos principios, esenciales para el sistema, y que provienen tanto de la Ley 100 de 1993 como de la Ley 1122 de 2007, requieren para su cumplida ejecución estándares de seguimiento y la adopción de indicadores que apliquen para la generalidad del sistema, pues de lo contrario corren el riesgo de tornarse ineficaces, impidiendo el efecto benéfico que persiguen en cuanto a garantizar el acceso de los usuarios al servicio.

e) *Proceso de referencia y contrarreferencia.* Está definido por el Decreto 4747 de 2007 como el conjunto de procesos, procedimientos y actividades, técnicos y administrativos, mediante los cuales el responsable de los servicios (EPS, entidad territorial, entidad adaptada, ARP) los garantiza a la población cubierta en los términos de la Constitución y la ley, y en función de la red de prestación que ha establecido.

La referencia se explica como la remisión que hace un prestador a otro, de pacientes o elementos de ayuda diagnóstica, para la atención o complementación diagnóstica, según las necesidades propias del servicio de salud, en tanto la contrarreferencia se manifiesta en la respuesta que da el receptor al prestador remitente.

Esto es, conforme los niveles de atención del prestador y las necesidades particulares de cada caso, será necesario recurrir a prestadores diferentes, que complementen o ejecuten los servicios requeridos y que no puedan ser prestados directamente por el prestador que atiende al paciente.

La referencia y contrarreferencia implica la remisión y respuesta oportuna frente a las necesidades de atención en salud, como proceso integral que debe ser diseñado y está bajo responsabilidad del asegurador, y en el cual deben actuar de manera coordinada los diferentes prestadores involucrados.

Por supuesto que en la operación práctica del sistema de salud el traslado de pacientes o medios diagnósticos y la respuesta del receptor, así como la aplicación de los procedimientos de traslado, incluyendo la remisión por medio de ambulancias terrestres o aéreas, constituye uno de los aspectos de mayor cuidado, pues hace referencia directa a las condiciones de acceso, integralidad y oportunidad en el servicio.

Se busca pues evitar el peregrinar continuo de los pacientes y las remisiones innecesarias, de tal suerte que se facilite su atención y se aseguren mejores condiciones para que las patologías experimentadas puedan ser atendidas en forma integral y continua, bajo la administración del riesgo en salud que corresponde a las entidades aseguradoras, como representantes de los afiliados ante los prestadores, en los términos del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

Las principales previsiones en la materia contenidas en el Decreto 4747 de 2007 se concretan en las siguientes:

El prestador de servicios de salud que tuvo a su cargo la atención inicial de urgencias del paciente, si hace parte de la red de la entidad responsable de pago correspondiente y cuenta con la capacidad de atención y con contrato al efecto, está obligado a ejecutar los servicios que por atención posterior se generen al usuario. Este prestador no podrá negarse a la atención posterior, excepto que surja causa justificativa de la remisión o medie solicitud expresa del usuario.

Es obligación de la entidad responsable de pago definir la institución prestadora de servicios de referencia, que garantice el servicio adecuado al paciente.

Hasta el ingreso en la institución receptora, la responsabilidad en el manejo y cuidado del paciente corresponde al prestador de servicios que lo remite.

Lo anterior sin perjuicio de que si el traslado del paciente lo realiza un servicio de ambulancia debidamente habilitado, que no depende del remitidor, la responsabilidad será asumida por la institución que preste el servicio de transporte, conforme la tecnología disponible y según la habilitación.

Las entidades responsables, de conformidad con su modelo de atención, podrán apoyarse en los centros reguladores de urgencias y emergencias de orden territorial, para lo cual celebrarán los convenios que consideren del caso, teniendo en cuenta las condiciones de operación de dichos centros, las que serán definidas por el Ministerio de la Protección Social (art. 18 D. 4747/2007).

Como principio de actuación, la contratación de servicios de salud con instituciones prestadoras deberá garantizar la integralidad, conforme los servicios habilitados por cada prestador; esto es, se privilegiará, cuando el prestador tenga capacidad resolutoria, que el paciente pueda ser atendido en la misma institución que le ha prestado servicios, excepto causas justificativas o solicitud expresa del usuario.

Valga la pena tener en cuenta que el Decreto 4747 de 2007 implícitamente reafirma el principio de libre elección de prestador a favor del afiliado, en tanto expresamente consagra la posibilidad para éste de escoger prestador de servicios dentro de la red ofrecida por el correspondiente responsable, cuando alude a los esquemas de contratación de servicios (par. 2º, art. 6º), a los servicios adicionales a la atención inicial de urgencias (par. 2º, art. 14) y al nuevo esquema de solicitud de servicios electivos (art. 15); ello implica que el asegurador no podrá condicionar o restringir esa selección.

Por su parte, la referencia de pacientes o medios diagnósticos continúa siendo decisión del prestador, que se definirá conforme al acuerdo de voluntad que rija su relación con el responsable de pago (EPS, entidad territorial, entidad adaptada o ARP), en tanto es su responsabilidad brindar el servicio requerido por el paciente y definir el proceso de referencia a que haya lugar, sin que pueda oponerse a dicha decisión el usuario, excepto que medien condiciones objetivas y suficientes acreditadas bien ante la aseguradora o responsable, o ante la Superintendencia Nacional de Salud.

### 3.17.6. *Regulación de la contratación de servicios de salud*

A partir de las definiciones contenidas en los artículos 3° y 4° del Decreto 4747, se establece un régimen de requisitos y condiciones para la contratación de servicios de salud por parte de entidades responsables, respecto a entidades prestadoras.

Se trata de aplicar un esquema de intervención en el ámbito de las relaciones civiles y comerciales entre dichas instituciones, que se soporta en la necesidad de establecer unos elementos mínimos que hagan parte de los acuerdos de voluntades que entre ellas se celebren, en la medida en que a través de dichos acuerdos se realizan las prestaciones del servicio público de salud.

El artículo 4° del decreto define los principales mecanismos de pago aplicables a la contratación de servicios, refiriéndose al pago por capitación, al pago por evento y al pago por caso, conjunto integral de atenciones, paquete o grupo relacionado por diagnóstico, nociones que han tenido desarrollo previo en otras disposiciones y que a partir del Decreto 4747 de 2007 adquieren conceptualización normativa propia.

El establecimiento de dichas condiciones y requisitos mínimos para la contratación y el pago de servicios está orientado por el propósito de garantizar condiciones de calidad que aseguren una oportuna, continua e integral prestación asistencial, que en últimas haga efectivo el derecho de acceso a la atención en salud para la población cubierta por el servicio público.

Desarrolla el decreto la orientación que la Ley 1122 de 2007 expresa, en cuanto a la definición y alcances de los roles de aseguramiento y prestación dentro del sistema.

Se trata de tender a la mayor articulación entre los actores y al reconocimiento de la realidad sistémica del servicio público de salud, de tal suerte que a través del establecimiento de contratos suficientes entre prestadores y responsables del pago de los servicios se minimicen los conflictos, se agilice el flujo de recursos y se garantice la mejor prestación de servicios a los usuarios.

A partir de la óptica legal que desarrolla esta norma reglamentaria, la operación del sistema dependerá de la adopción e implementación de modelos de servicio, tanto en lo que corresponde a los responsables de pago (EPS, ARP, entidades adaptadas y entidades territoriales) como en lo que atañe a los prestadores.

Se hace indispensable, hacia el futuro, que aseguradores y prestadores conozcan los modelos de atención que cada actor ha definido y que procedan a articularlos, pues la contratación de servicios de salud deberá dejar de ser aislada y segregada, en tanto para el cumplimiento de los fines del sistema se requiere plena armonía entre sus operadores y que no se trasladen cargas internas del mismo a los usuarios.

Uno de los requisitos mínimos que se exigen a partir de ahora a los contratos de salud está representado por el establecimiento de indicadores de calidad, con lo cual se contribuye normativamente al fin de asegurar la prestación del servicio bajo estándares objetivos de tal orden.

De igual manera, se exige un preciso y oportuno manejo de las bases de datos de afiliados, así como se promueve la interacción entre prestadores y aseguradores, de tal suerte que aquellos, al verificar los derechos de los usuarios, reporten a las aseguradoras, a más de las atenciones iniciales de urgencias, las inconsistencias que pudieren presentarse en cuanto a la identificación de la población afiliada.

Así mismo, el decreto señala condiciones mínimas que deben venirse en los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios

de salud, dependiendo de la modalidad de pago pactada entre las partes. Se evidencia allí la preocupación por prevenir conflictos, clarificar las responsabilidades de cada parte y garantizar adecuadas condiciones que favorezcan el pago oportuno de las prestaciones asistenciales ejecutadas.

### 3.17.7. *Trámite de facturas, glosas, pagos y registro individual de prestaciones de salud*

El Capítulo IV del Decreto 4747 de 2007, por su parte, contiene disposiciones en una materia de especial impacto en lo que se refiere a las relaciones entre entidades responsables de pago y prestadores, cual es la relacionada con el trámite de facturas, glosas y pagos por servicios.

Esta temática ha sido objeto de preocupación tanto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud como por el Gobierno Nacional y, en especial, ha sido desarrollada por normas de rango legal, entre ellas el Decreto Ley 1281 de 2002 y la Ley 1122 de 2007. Se trata de una materia altamente regulada, pero hasta ahora de poca efectividad en cuanto hace con su mejor desempeño.

Para la codificación de procedimientos en salud se señala el empleo de la Clasificación Única de Procedimientos en Salud (CUPS), actualizada de manera periódica por el Ministerio de la Protección Social, así como se reitera el empleo del Registro Individual de Prestaciones de Salud (RIPS).

Se fija como principio la simplificación en el trámite de facturas por servicios de salud, indicándose que las entidades responsables de pago no podrán exigir soportes diferentes a los que defina el Ministerio de la Protección Social, a la vez que se ordena a dicho ministerio la adopción de un manual único de glosas, devoluciones y respuestas, que se aplique por todas las entidades del sistema general de seguridad social en salud, entendiéndose incluido el operador del FOSYGA.

En concordancia con lo anterior, se dispone que el Ministerio de la Protección establezca un registro sistemático de trazabilidad de la factura, con el cual poder apreciar la ruta y el estado de los cobros por razón de

servicios de salud en el país. Pretensión ambiciosa que en caso de materializarse servirá al sistema, en particular, si cobija efectivamente la relación con entidades territoriales y con el FOSYGA, haciendo más fluido el tortuoso trámite de recobros de las EPS por beneficios ordenados mediante fallos de tutela y por medicamentos, a partir de lo dispuesto por los comités técnico científicos.

Finalmente, se disponen términos para la formulación de glosas a las facturas que presenten los prestadores (30 días hábiles), así como para las respuestas a las objeciones y para el trámite final de levantamiento o ratificación de glosas. Vencido el procedimiento de objeciones y respuestas, si persiste el desacuerdo se señala en el artículo 23 del Decreto 4747 que se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, entiéndase: en cuanto se refiere al ejercicio de la facultad de conciliación asignada a dicha entidad por el artículo 38 de la Ley 1122 de 2007.

### 3.17.8. *Consideraciones sobre la aplicación del Decreto 4747 de 2007*

En un ámbito como el de la salud, caracterizado por la hipertrofia normativa, el alto nivel de conflictividad y la reducida capacidad de articulación y composición entre los diferentes actores para la superación de las diferencias que entre ellos surgen, la adopción de una norma reglamentaria más, plantea inquietudes.

En la medida en que las previsiones del Decreto 4747 contribuyan eficazmente a reducir la carga en trámites y costos de transacción para los usuarios del sistema, podremos apreciar positivamente su adopción; de la misma manera, si sus regulaciones en el ámbito contractual estimulan la mayor claridad en la relación entre responsables de pago y prestadores, habrá contribuido a mejorar la operación del sistema.

Sin embargo, el logro de los fines de la norma está condicionado a la decisión de los diferentes actores, a la aplicación de buenas prácticas, al reconocimiento de procedimientos de autocomposición, a la implementación de normas de buen gobierno y al acompañamiento cercano y proactivo de la Superintendencia Nacional de Salud, como también al desarrollo de adecuados procesos de actualización y capacitación para los operadores y para los usuarios del sistema.



### 3.18. **Sentencia T-760 de la Corte Constitucional: ¿revolución en salud?**

La expedición de dicha sentencia generó en el sistema una especial conmoción; muchas expectativas están depositadas en los efectos benéficos que el pronunciamiento del alto tribunal pueda generar, como también se reconocen las preocupaciones que sus alcances motivan, en particular en lo que atañe al tema de la sostenibilidad financiera del régimen.

Con independencia de la postura que se asuma, en cuanto a defensa o crítica al pronunciamiento, un aspecto central se concreta en dilucidar la naturaleza y el impacto del mismo, para determinar si este puede considerarse como una revolución en el sistema de salud.

En nuestro criterio, la Corte Constitucional obra en cumplimiento de su misión institucional y asegura el logro del realismo jurídico constitucional, esto es, que las prescripciones normativas, en especial los principios y derechos de la Carta Política, no queden escritos, sino que se avance en su materialización efectiva. Por supuesto, ello entraña dificultades políticas y económicas, pero como pudiera expresarse en un popular dicho colombiano, a propósito de la salud del enfermo: “la calentura no está en las sábanas”. El pacto constituyente en el país nos impone un sistema de protección social amplio, y los jueces tienen la obligación de ejecutarlo; es tarea entonces de la sociedad medir sus alcances y proponer las medidas que hagan posible su realización, por supuesto, con la actuación esencialmente protagónica del Estado, en particular, por medio de la dirección del Gobierno Nacional.

La Sentencia T-760 de 2008 no constituye un fallo excepcional en cuanto se aparte de pronunciamientos de la Corte, por el contrario, representa la refrendación y sistematización de amplia doctrina constitucional elaborada a lo largo de los años. Tampoco se aparta de pronunciamientos políticos que el mismo Estado ha vertido en leyes y normas de diferente jerarquía.

En ese orden de ideas, no constituye una providencia revolucionaria, sino la culminación de un proceso de construcción doctrinaria.

Es evidente sí, que un pronunciamiento tal, por su contenido pero además por su estructura y la metodología aplicada en su elaboración, se convierte en el mejor texto de guía para el conocimiento sobre el régimen de seguridad social en Colombia. Hacia el futuro no es concebible que quien tenga interés en el sistema no se aproxime con detenimiento a revisar las exposiciones del fallo.

Se trata de una compilación sistemática de la doctrina de la Corte Constitucional en materia del derecho a la atención en salud, que a partir de casos particulares sintetiza decisiones orientadas a la garantía de un derecho fundamental y trasciende al ámbito de la política pública, en tanto ésta impide o afecta de alguna forma la efectividad de dicho derecho, como la evidencia judicial, lo muestra.

### 3.18.1. *Antecedentes*

No es aislada la sentencia. Múltiples pronunciamientos, que constituyen líneas de jurisprudencia en materia del derecho de atención en salud, le sirven de soporte, y a ellos refiere el fallo. Igualmente, pronunciamientos de otros tribunales del país y leyes de reciente expedición se muestran como antecedentes directos de la Sentencia T-760.

Entre esos antecedentes nos permitimos enunciar algunos:

a) La Ley 1098 o Código de la Infancia y la Adolescencia, pues, como lo mencionamos, en ella se define el surgimiento del sistema de salud para la infancia y la adolescencia y se fijan criterios de preferencia constitucional y legal en cuanto a la protección integral en salud plena para esa población del país. La sentencia fundará sus decisiones, en buena medida, en los alcances protectores prevalentes para los niños. El tema no es nuevo pues, por el contrario, estaba dormido en la buena intención de una legislación en tránsito de ser aplicada.

b) La Ley 1122 de 2007, con su pretensión de que se realice la universalidad en el aseguramiento dentro del régimen de salud en un término determinado, que precisamente será reafirmada por el pronunciamiento en comento (año 2010). Pero además, por las decisiones adoptadas en cuanto a facilitar el flujo de recursos al interior del sistema, por desestimular el empleo de la acción de tutela a través de instituciones como la con-

tenida en el artículo 14, literal j), y por la asignación de roles jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud, en el evento, entre otros, de conflictos generados por servicios del POS, y la reiteración de criterios funcionales, tales como la obligación de actualización de los beneficios del POS y del valor de la UPC y el mandato de realizar de manera progresiva la homologación de los planes de beneficios de los regímenes de salud el país<sup>(50)</sup>. La sentencia judicializa la decisión congresional, con resultados, esperamos, más efectivos y a partir de un amplio reconocimiento público, del que goza el tribunal fallador.

c) La Sentencia 2005-0035501 del Consejo de Estado, con fecha 21 de febrero de 2007, aclarada mediante providencia del 23 de julio de 2007, que en segunda instancia y proveniente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca falló una acción popular en defensa, entre otros, del derecho a la moralidad administrativa, disponiendo obligaciones a cargo del Ministerio de la Protección Social y del operador del FOSYGA, en cuanto al flujo de recursos dentro del sistema y al pago oportuno de recobros a las entidades promotoras de salud<sup>(51)</sup>.

---

(50) Recuérdese que corresponderán a la Comisión de Regulación en Salud estas actualizaciones, con carácter imperativo y periodicidad anual. No obstante, dos años después de promulgada la Ley 1122 y a la fecha de esta reflexión aún no ha sido posible que entre en operación dicho organismo de política.

(51) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia dentro de la Acción Popular 25000-23-25-000-2005-00355 01, en cuya virtud se ordena:

*PRIMERO: Revócase parcialmente la sentencia proferida el 12 de mayo de 2005, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda C, en su lugar se dispone: Ampárense los derechos colectivos a la moralidad administrativa, acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el derecho a la salubridad y seguridad públicas y al servicio público de salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna, en los términos analizados en la parte motiva.*

*SEGUNDO: Ordénase al MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y al CONSORCIO FISAUD conformado por FIDUCOLOMBIA S.A., Fiduciaria La PREVISORA S.A. y FIDUCAFE S.A., o a quien ejerza sus funciones, que los trámites de los recobros y las cuentas de cobro se realicen en el tiempo previsto en la resolución 3797 de 2004 –o las que la han adicionado, modificado o derogado–, tratándose de procedimientos administrativos que se inicien a partir de la fecha.*

*Los trámites que están en mora deben adelantarse en un plazo máximo de dos (2) meses, contados desde la ejecutoria de este fallo.*

*Los pagos que están en mora, porque cumplen con los requisitos de las resoluciones vigentes, deben efectuarse en un término máximo de un (1) mes.*

d) Los estudios y actuaciones del Ministerio Público que, en particular, han prestado especial atención al impacto de la judicialización del sistema de salud y evaluado la incidencia de la acción de tutela como mecanismo necesario para la realización del derecho a la atención en salud<sup>(52)</sup>.

e) La doctrina constante de la Corte Constitucional sobre el derecho de atención en salud. De manera particular, apreciamos como antecedentes inmediatos las sentencias C-316 y C-463 de 2008 en relación con el artículo 14, literal j), de la Ley 1122 de 2007, y por medio de las cuales ese tribunal: (i) avala la aplicación de efectos económicos para las EPS (pérdida del 50% del recobro) cuando se omite el trámite oportuno ante el comité técnico científico, en caso de medicamentos no incluidos en el plan de beneficios para enfermedades de alto costo, pero ordenados por el médico tratante y, (ii) posteriormente, amplía la aplicación de esa disposición, creando una regla de derecho a partir del principio de igualdad, en virtud de la cual el mismo tratamiento debe darse a los demás casos de beneficios no cubiertos por el plan obligatorio pero ordenados por el médico tratante, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado. Se determinó así una ampliación de las funciones a cargo de los comités técnico científicos, en la búsqueda de vías que permitieran la no recurrencia al expediente de la acción de tutela para la atención en salud y la respuesta tanto de la aseguradora, como finalmente del Estado.

— *Antecedentes*

De conformidad con lo dispuesto por Auto del 25 de abril de 2008, proferido por la Sala de Selección de Tutelas número cuatro de la Corte Constitucional, la Sala Segunda de Revisión, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, quien actúo como ponente, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, procedió a considerar de manera integrada la revisión sobre 22 expedientes sometidos a revisión de esa corporación, con diferentes supuestos fácticos, si bien todos en relación con reclamaciones constitucionales de amparo sobre protección del derecho de acceso a servicios de salud.

---

(52) Se resalta el documento titulado “El derecho a la salud”, de la Procuraduría General de la Nación, de mayo de 2008.

### 3.18.2. *Estructura y naturaleza del fallo*

Como se señala en la providencia, la Corte procedió en el asunto a considerar integradamente estos casos con miras a contar con un panorama amplio de las hipótesis que con mayor recurrencia se han puesto a consideración de ese tribunal, en lo que respecta a la tutela por el tema de salud. La acumulación, igualmente, “permite a la Corte analizar diferentes facetas del derecho a la salud y valorar sus implicaciones siempre con la finalidad de garantizar el goce universal, equitativo y efectivo de este derecho”.

No se resolvió mediante el esquema de sentencia de unificación, lo que habría implicado la participación de toda la corporación, empleándose un esquema diferente de acumulación por razón del derecho pretendido.

Se trata de una decisión que resuelve las situaciones de los casos particulares revisados, mediante una sola providencia, pero que a la vez entra a considerar situaciones generales y de política en el ámbito del régimen de salud, por considerar que estas están ocasionando vulneraciones o amenazas a la vigencia de los principios constitucionales.

En este aspecto es seguramente en donde mayor controversia jurídica genera el fallo, pues a pesar de contar con un carácter particular, en cuanto la revisión de amparos individualizados, la Sala de Revisión termina resolviendo –sin crear política pública y dentro del marco del régimen vigente, como lo expresa la providencia– sobre el sistema y sobre la política pública correspondiente.

Lo que resulta digno de especial consideración, así mismo, es lo concerniente a la detección que hace la Corte en cuanto a la existencia de falencias y debilidades en el ámbito regulatorio y de dirección del sistema, mismas que provocan la reacción del juez constitucional en cuanto a exigir el cumplimiento de los preceptos constitucionales y legales, pues la inacción indefinida conduce a la vulneración del derecho a la salud.

En ese orden de ideas, la adopción de decisiones tales entraña de alguna manera la misma condición del señalamiento de medidas cautelares, las que se imponen para prevenir la ocurrencia del daño o garantizar que

los efectos nocivos cesen, hasta que se resuelve de fondo la situación controvertida.

A nuestro juicio, la sustentación que al respecto realiza la Corte se expresa en el siguiente aparte del fallo, que consideramos central para el análisis procesal constitucional, en el que debe profundizarse:

“En el caso que el juez de tutela constata la violación de una faceta prestacional de un derecho fundamental, debe protegerlo adoptando órdenes encaminadas a garantizar su goce efectivo, pero que a su vez sean respetuosas del proceso público de debate, decisión y ejecución de políticas, propio de una democracia. Por tanto, no es su deber indicar a la autoridad responsable, específicamente, cuáles han de ser las medidas adecuadas y necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho, pero sí ***debe adoptar las decisiones y órdenes que aseguren que tales medidas sean adoptadas***, promoviendo a la vez la participación ciudadana. Así por ejemplo, en la Sentencia T-595 de 2002, la Corte resolvió ordenar a la entidad acusada que en el término máximo de dos años, diseñara un plan orientado a garantizar el acceso del accionante al Sistema de transporte público básico de Bogotá, sin tener que soportar limitaciones que supongan cargas excesivas, y que una vez diseñado el plan, iniciara inmediatamente el proceso de ejecución, de conformidad con el cronograma incluido en él. Se impartieron pues las órdenes necesarias para que el derecho sea protegido, sin indicar concretamente cuál es el diseño de política pública que se ha de adoptar para garantizar el goce efectivo del derecho” (resaltado fuera del texto).

Con este precedente se concluye que para la doctrina de la Corte, desde la consideración particular de un amparo y existiendo sustentación razonable que permita determinar la afectación o el riesgo del derecho tutelado, por ausencia o ineptitud de una política pública, compete a ese tribunal dictar las órdenes necesarias para que se realicen o ajusten las políticas/normas correspondientes, sin resolver sobre el contenido de las mismas.

Es lo que a nuestro juicio pudiera denominarse una acción de cumplimiento constitucional.

En todo caso, la orden que se emita, como acontece en el presente asunto, genera efectos vinculantes para terceros y compromete efectos generales sustentados en la protección actual de derechos, así como en el saneamiento de situaciones eventuales que a futuro pudieran poner en riesgo derechos de otros.

Por supuesto, el papel restablecedor y creador de derechos de la Corte Constitucional en un caso como este, se ve ampliado. Surgen así mismo interrogantes adicionales, entre los cuales se menciona el de si es posible que se aplique la misma interpretación por los jueces competentes para resolver en instancia las acciones de tutela en Colombia, o si esta facultad es exclusiva de la Corte Constitucional.

Como el juez constitucional conserva competencia en tanto se supera la situación violatoria de derechos, entonces será la Corte la encargada de hacer seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas: pero, ¿cuáles serían las consecuencias del incumplimiento de aquellas? ¿Cabría en el asunto un desacato y en qué condiciones? En principio la respuesta debería ser afirmativa, no obstante que no se presentaren violaciones particulares sobre derechos constitucionales efectivos, sino incumplimiento a una orden de hacer, en materia de política pública.

Otra de las cuestiones a considerar tiene que ver con el impacto económico que las órdenes impartidas puedan tener y la forma de garantizar que esta variable sea considerada en fallos con igual orientación. Así mismo, si la Corte determina en su análisis que una política pública ha sido insuficiente o errada, y en todo caso desviada de los fines constitucionales, ¿cuál será la responsabilidad que cabe a los diseñadores y/o ejecutores de la misma?

Desde esta perspectiva, el fallo presenta condiciones de trascendencia que hacen que sea considerado como hito de la doctrina, considerando en todo caso referentes anteriores en los que se habían generado impactos generales similares, tal como lo sucedido en el caso de la protección a desplazados y el apremio para la adopción de políticas públicas al respecto. Sin embargo, este pronunciamiento cobija a toda la población colombiana, y no a un sector determinado, pues en últimas se termina refiriendo a una política de aseguramiento que es universal, tanto en los derechos y en las posibilidades de acceso a ellos, como en la responsabilidad de financiación.

El fallo contiene cuatro partes: (i) antecedentes de los casos analizados, (ii) pruebas recaudadas, (iii) consideraciones y fundamentos de la providencia y (iv) decisiones. Las dos primeras se contienen en un anexo que hace parte integrante de la sentencia.

Ya en lo que respecta a la parte motiva, la Corte desarrolla la noción de salud y su naturaleza como derecho, soportándose en los antecedentes de doctrina y jurisprudencia, perfila sus condiciones y procede a analizar y resolver cada uno de los problemas jurídicos planteados.

### 3.18.3. *Referencias a los contenidos del fallo*

A título de síntesis, nos referiremos básicamente y en los términos empleados por la Sala, a los problemas que aborda la Corte, haciendo mención a la identificación de los mismos, los cuales considera de dos categorías: (i) problemas jurídicos concretos y (ii) problemas jurídicos de carácter general.

#### a) Problemas concretos

*“¿Desconoce el derecho a la salud una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios ordenados por el médico tratante, cuando no autoriza a una persona un servicio que requiere y no puede costearlo por sí mismo, por el hecho de que no se encuentra incluido en el plan obligatorio de salud?”.*

*“¿Desconoce el derecho a la salud de una persona una entidad que no le autoriza el acceso a un servicio de salud que aquella requiere, hasta tanto no cancele el pago moderador que corresponda reglamentariamente, incluso si la persona carece de la capacidad económica para hacerlo?”.*

*“¿Desconoce el derecho a la salud, especialmente, una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios requeridos, cuando no autoriza a un niño o una niña un servicio que requiere y sus responsables no lo pueden costear, por el hecho de que no se encuentra incluido en el plan obli-*



*gatorio de salud o porque la vida o integridad personal del menor no dependen de la prestación del servicio?”.*

*“¿Desconoce el derecho a la salud de una persona, la entidad encargada de garantizarle la prestación del servicio requerido cuando fue ordenado por un médico que no está adscrito a la entidad respectiva, pero es especialista en la materia y trataba a la persona?”.*

*“¿Desconoce el derecho a la salud de una persona, la entidad encargada de garantizarle el acceso a una prestación social derivada de su estado de salud (incapacidades laborales), cuando se niega a autorizarlo porque en el pasado no se cumplió con la obligación de cancelar los aportes de salud dentro del plazo establecido para ello?”.*

*“¿Desconoce el derecho a la salud de una persona, una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud, al interrumpir el suministro de los mismos porque ya transcurrió un mes luego del momento en que la persona dejó de cotizar, en razón a que ahora es desempleado?”.*

*“¿Desconoce el derecho a la salud una entidad que se niega a afiliarse a una persona, a pesar de haberse cumplido el tiempo necesario para poder trasladarse, por el hecho de que dentro de su grupo familiar existe una persona (su hijo, un niño) que padece una enfermedad catastrófica, y por tanto, debería esperar más tiempo para poder trasladarse?”.*

*“¿Viola un órgano del Estado el derecho de petición de una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud así como el derecho a la salud de los afiliados y beneficiarios del sistema de protección, al negarse a responder de fondo una petición para remover un obstáculo en uno de los trámites necesarios para asegurar el adecuado flujo de los recursos y, por tanto, sostener las condiciones indispensables para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud en razón a que el órgano estatal respectivo se considera incompetente?”.*

*“¿Vulnera el derecho a la salud la interpretación restrictiva del POS, según la cual se entienden excluidos los insumos no mencionados expresamente en el POS, y procede en consecuencia su recobro ante el FOSYGA cuando son ordenados por un juez de tutela?”.*

Las respuestas a estos interrogantes son afirmativas y lo han sido desde antes, como se desprende de la consideración sobre decisiones jurisprudenciales precedentes, citadas en la providencia; ahora la Corte reafirma su criterio y lo sistematiza, generando efectos en los casos particulares y con carácter general y ampliado.

b) Problemas generales

*“¿Desconoce el Estado el derecho a la salud de las personas al permitir que se mantenga la incertidumbre en relación con los servicios incluidos, los no incluidos y los excluidos del plan obligatorio de salud, teniendo en cuenta las controversias que esta incertidumbre produce y su impacto negativo en el acceso oportuno a los servicios de salud?”.*

*“¿Desconoce el Estado el derecho a la salud de las personas, al permitir que la mayoría de las decisiones judiciales que tutelan el acceso a los servicios de salud, tengan que ocuparse de garantizar el acceso a servicios contemplados en los planes obligatorios de salud, ya financiados?”.*

*“¿Desconoce el Estado el derecho a la salud de las personas que son beneficiarias del régimen subsidiado, por no haber tomado las medidas para garantizar que puedan acceder a un plan de servicios de salud que no difiera de los contenidos contemplados en el plan obligatorio de salud para el régimen contributivo? Habida cuenta de que el derecho a la salud impone al Estado el deber de avanzar progresivamente hacia la ampliación de los servicios asegurados, ¿la menor cobertura para los niños y niñas del régimen subsidiado puede prolongarse indefinidamente al igual que las diferencias de cobertura respecto de los adultos?”.*

*“¿Desconoce el Estado el derecho a la salud de las personas que requieren con necesidad un servicio de salud, diferente a medicamentos, al no haber fijado y regulado un procedimiento mediante el cual la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio garantice el acceso efectivo al mismo?”.*

*¿Existen vulneraciones por el no pago de los recobros por servicios no incluidos en el POS del Estado hacia las EPS?  
¿Deben adoptarse medidas para adoptar al respecto un plan de contingencia? ¿Falta información a los asegurados sobre el servicio de salud y sus condiciones?*

Las respuestas a estos interrogantes son respondidas así mismo por la Corte en sentido afirmativo y, en todo caso, bajo el propósito de amparar lo que resulte acorde con el acceso y la protección efectiva en salud, reconociendo la responsabilidad del Estado en el asunto.

#### 3.18.4. *Alcances de la decisión*

La comprensión sobre los efectos del fallo implica una lectura integral del mismo, por lo cual se anima a los interesados a incursionar en su consideración y análisis directo, teniendo en cuenta además que resulta de fácil lectura y asimilación.

A continuación mencionaremos las decisiones o consideraciones que se estiman de especial importancia, teniendo en cuenta el interés por revisar las principales modificaciones al régimen jurídico de la salud, a que nos convoca el presente capítulo.

a) Noción de la atención en salud como derecho fundamental. Considerando pronunciamientos jurisprudenciales anteriores<sup>(53)</sup>, se reconoce

---

(53) Referencia en el fallo a las sentencias de la Corte Constitucional: T-597 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-379 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; SU-225 de 1998; T-01 de 1992; T-462 de 1992; T-1306 de 2003. En Sentencia T-859 de 2003 se expresó que la salud es un derecho fundamental autónomo “cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de

carácter constitucional fundamental al derecho a la salud, no obstante su contenido prestacional<sup>(54)</sup>.

b) La consideración sobre la fundamentalidad del derecho a la salud no significa que en todos los casos y circunstancias sea exigible su cumplimiento por medio de la acción de tutela<sup>(55)</sup>.

c) “Como el derecho fundamental a la salud es limitable y, por tanto, el plan de beneficios no tiene que ser infinito sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y a las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos”<sup>(56)</sup>.

d) Como derecho fundamental constitucional que implica un goce efectivo a partir del principio de progresividad, “lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado social de derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos”<sup>(57)</sup>.

---

*(Cont. nota 53)*

las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho”.

- (54) “La jurisprudencia constitucional considera entonces, que la condición de ‘prestacional’ no se predica de la categoría ‘derecho’, sino de la ‘faceta de un derecho’. Es un error categorial hablar de ‘derechos prestacionales’, pues como se dijo, todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales” (Corte Constitucional, Sent. T-595/2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, cit. en Sent. T-760/2008).
- (55) Cita la Corte casos de negación de servicios por tutela en los siguientes eventos: (i) servicios de salud estéticos (Sent. T-749/2001), (ii) gafas y cirugía de ojos (Sent. T-1036/2000), (iii) tratamientos de fertilidad (Sent. T-698/2001), (iv) tratamiento de desintoxicación (Sent. T-1060/2002), (v) prótesis (Sent. T-1123/2000), (vi) by pass gástrico (Sent. T-1078/2007), (vii) servicios de odontología (Sent. T-343/2003), (viii) alergias (Sent. T-1289/2005).
- (56) Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, ob. cit., p. 46.
- (57) Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002, ob. cit., referenciada en p. 32 de la Sentencia T-760 de 2008.

e) La política pública orientada a la satisfacción del derecho a la salud debe reunir tres condiciones básicas:

Que exista efectivamente.

Que tenga como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho.

Que los procesos para dicha política permitan la participación democrática.

f) Los Estados deben observar tres tipos de obligaciones frente a los derechos económicos, sociales y culturales: (i) obligaciones de respetar, (ii) obligaciones de proteger y (iii) obligaciones de garantizar<sup>(58)</sup>.

g) “Las EPS tienen el deber de brindar a las personas la información que sea necesaria para que puedan saber cuál es el servicio de salud que requieren, cuáles son las probabilidades de éxito y de riesgo que representa el tratamiento, así como también, cómo acceder a los servicios de salud que requieren”<sup>(59)</sup>. La aludida obligación se extiende a las IPS<sup>(60)</sup>. En consecuencia, se ordena que se suministre a toda persona afiliada:

Una carta de derechos del paciente

Una carta de desempeño

g) El derecho de atención en salud descrito por el artículo 49 de la Constitución Política es integral<sup>(61)</sup>, por lo cual requiere especialmente que se cumplan las condiciones de:

Calidad

Eficacia

Oportunidad

---

(58) Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, ob. cit., p. 37. Ver Principios de Limburgo (1986) y Principios de Maastricht (1997).

(59) Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, ob. cit., p. 65.

(60) Corte Constitucional, Sentencia T-1052 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería; en esta providencia se trató el tema de las opciones de un tratamiento odontológico y la obligación de información médica a cargo de la IPS.

(61) Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, ob. cit., p. 107

i) El derecho de acceso a los servicios de salud implica que se garanticen aquellos que se *requieran* por el paciente, incluidos<sup>(62)</sup> o no en el POS<sup>(63)</sup> y a juicio del médico tratante<sup>(64)</sup>, inclusive en ciertos casos, así este no esté vinculado en la red de la aseguradora.

j) “Las dudas acerca de lo que se encuentra incluido o no en el POS deben ser interpretadas conforme al principio de integralidad, mientras no exista un mecanismo institucional para resolverlas”<sup>(65)</sup>, y conforme a un criterio finalista<sup>(66)</sup>.

k) La competencia del comité técnico científico para resolver sobre el otorgamiento de medicamentos no POS se extiende a todos los medicamentos y servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el POS, de los dos regímenes de salud. Aquel –como el juez de tutela– podrá no autorizar los servicios o medi-

---

(62) Corte Constitucional, Sentencia T -760 de 2008, ob. cit., p. 74. Además, sentencias T-005 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, y SU-819 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

(63) Sentencia T-760 de 2008, ob. cit.: el fallo contiene un análisis histórico sobre la forma en que la jurisprudencia de la Corte Constitucional asumió el reconocimiento de estos beneficios, en diferentes etapas. Se reiteran los criterios para determinar que se viola al derecho a la salud por no reconocer un beneficio no incluido en el POS cuando: (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre en el POS, (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni pagar las sumas que puede cobrar la EPS, y no puede acceder al servicio por otro plan que lo cubra, y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad aseguradora. Al respecto se citan sentencias T-1204 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1022 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1079 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto. Al respecto consúltese la Sentencia T-760 de 2008, cit., pp. 81 y 82, por la claridad de la materia y del análisis jurisprudencial.

(64) Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, ob. cit., p. 71. Además, sentencias T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-414 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y T-786 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

(65) Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, ob. cit., p. 162.

(66) Corte Constitucional, Sentencia T-941 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

camentos en los casos en que los precedentes constitucionales así lo han señalado<sup>(67)</sup>.

l) La protección del derecho a la salud de los niños exige unas mayores condiciones de eficacia y es de carácter inmediato. Por ello se ordena en forma inmediata equilibrar los planes de beneficios de los dos regímenes de salud, para el caso de la cobertura de aquellos.

m) Se dictan órdenes relacionadas con los planes de beneficios:

Actualización integral y dentro de los plazos señalados, de los planes de beneficios, planes obligatorios de salud, por parte de la Comisión de Regulación en Salud, teniendo en cuenta los criterios de la Corte y la aplicación de los principios de integralidad y *pro homine*.

Unificación de los planes de beneficios de los dos regímenes en salud existentes, conforme al programa y el cronograma que habrán de adoptarse<sup>(68)</sup>.

Unificación inmediata de los planes de beneficios de los dos regímenes en salud existentes, en el caso de los niños.

Ampliación de competencia a los comités técnico científicos (CTC)<sup>(69)</sup> para que resuelvan sobre solicitudes de servicios médicos diferentes a medicamentos, en cualquiera de los regímenes de salud.

---

(67) Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, ob. cit., p. 87. Referencia a Sentencia C-463 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.

(68) El desarrollo de la política pública en esa dirección seguramente tendrá que considerar un esquema de prestaciones básicas universales en salud que se financie con parte de la cotización al sistema, distinguiendo beneficios adicionales a los que accedan particularmente las personas aseguradas bajo el régimen contributivo. Estos beneficios serán financiados con cargo al porcentaje restante de su cotización, sin perjuicio del establecimiento de coberturas diferenciadas a partir de esos mínimos por las entidades aseguradoras y de los planes adicionales de salud que se ofrezcan en condiciones de mercado.

(69) Los comités técnico científicos están regulados por el artículo 188 de la Ley 100 de 1993 y se encuentran desarrollados por la Resolución 2933 de 2006 del Ministerio de la Protección Social.

Rendición de informes por parte de las EPS con destino a la Comisión de Regulación en Salud, a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Defensoría del Pueblo, sobre servicios médicos ordenados por los médicos tratantes y negados o rechazados por los comités técnico científicos, y razones de dichas actuaciones, así como obligación a cargo del Ministerio de Protección Social en cuanto a adoptar medidas para identificar EPS e IPS que nieguen con mayor frecuencia servicios incluidos en el POS o que se requieran con necesidad. Esta medida para garantizar especialmente el otorgamiento de los beneficios incluidos en el POS.

n) Reconocimiento del derecho constitucional al recobro, en lo que respecta a los beneficios otorgados por las entidades aseguradoras y no cubiertos por el POS “y *por concepto de los costos que no estén financiados mediante las unidades de pago por capitación (UPC)*. Para garantizar el derecho a la salud de los usuarios, el cual depende del flujo oportuno de recursos en el sistema, el procedimiento de recobro debe ser claro, preciso, ágil”<sup>(70)</sup> (resaltado fuera del texto). Los recobros se justifican por la obligación del Estado en cuanto al cubrimiento del aseguramiento constitucional en salud a la población (no POS) y tienen por causa garantizar el derecho de salud, en la medida en que la prestación del servicio demanda que los recursos fluyan en el sistema.

o) Reconocimiento de título jurídico suficiente para el pago de las obligaciones que surjan en razón de sentencias de tutela. Conviene al respecto transcribir el aparte más significativo de la sentencia analizada: “Ahora bien, para la Sala es importante advertir que los funcionarios públicos que han de adelantar actuaciones administrativas como consecuencia de órdenes de tutela, lo hacen con base en una sentencia judicial que constituye un título suficiente para ello tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado. En efecto, esta providencia, así como las demás sentencias de esta Corte encaminadas a proteger el derecho a la salud, constituye un título suficiente para que se ordenen los gastos, se autoricen los servicios, o en general se realicen las conductas y se tomen las decisiones para cumplir lo ordenado en la correspondiente providencia de tutela (...) Lo mismo se aplica a los particulares que ejerzan funciones públicas

---

(70) Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, ob. cit., p. 211.



y deban dar cumplimiento a una orden de tutela. Ahora bien, sin necesidad de órdenes de tutela, los CTC pueden autorizar servicios no incluidos en el POS<sup>(71)</sup>.

Para estos efectos, en la parte resolutive del fallo se ordena comunicación con destino a la Procuraduría General de Nación y a la Contraloría General de la República.

p) Las sentencias de tutela que amparan el derecho a la salud deben ejecutarse con agilidad, así como los recobros de las entidades aseguradoras al Estado, garantizándose un flujo oportuno de recursos dentro del sistema. Al respecto se dispuso por la Corte:

El trámite del recobro de la aseguradora ante el Estado puede iniciarse una vez ejecutoriada la sentencia, sin que se requiera decisión en cuanto a la eventual revisión del fallo por la Corte Constitucional.

El recobro no puede condicionarse a que en la parte resolutive del fallo se exprese tal posibilidad. Aquel es un derecho y basta con que se acredite que se dan las condiciones materiales para el mismo.

Se tendrá en cuenta en el reembolso para el caso de medicamentos la diferencia entre medicamentos de denominación genérica y medicamentos de denominación de marca, sin que pueda negarse aquel con base en la glosa “principio activo POS”, cuando el medicamento de marca sea formulado por el médico tratante en las condiciones del fallo.

Se debe adoptar un plan de contingencia para adelantar el trámite de las solicitudes de recobro en mora y para pagar los recobros frente a los que se verificó el cumplimiento de requisitos. El incumplimiento en las metas de dicho plan conllevará la aplicación de un mecanismo general de compensación, en cuanto a desembolsar el 50% de las sumas adeudadas y no resueltas.

Se deben adoptar por el Gobierno Nacional medidas para el eficiente funcionamiento del sistema de recobros en salud.

---

(71) Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, ob. cit., p. 204.

q) Se debe realizar la cobertura universal del aseguramiento en salud (en el año 2009), conforme lo ordenan la Constitución y la ley; a tal efecto, el Gobierno Nacional adoptará las medidas conducentes e informará sobre la ejecución del plan correspondiente en forma periódica, así como también sustentará las razones por las cuales pueda ocurrir un aplazamiento en la ejecución de esta medida, señalando la nueva meta para su cumplimiento.

Como se ha expresado y no obstante no considerarse una revolución en el sistema, lo acontecido con la expedición del plurimencionado fallo, su expedición sí constituye un momento de transición importante para el régimen de salud en Colombia, que como orden judicial impone el cumplimiento de los principios del sistema y de las regulaciones que hasta la fecha han permanecido sin efectividad o se han materializado en casos individuales, contrariando así la equidad. El análisis sobre el cumplimiento de lo proveído por la Corte es tarea que interesa no solamente a los académicos y relacionados directos con la protección social, sino a todo el país, y se constituye en un referente de obligatoria reflexión desde el contexto internacional, particularmente en cuanto al análisis de lo que ha representado para la protección social el papel de los jueces constitucionales.

#### 4. REFORMAS EN EL RÉGIMEN DE RIESGOS PROFESIONALES

##### 4.1. **Ley 1010 de 2006: acoso laboral**

La consideración sobre el acoso laboral cada vez cobra más fuerza en el ámbito cotidiano y de allí en el espacio de la seguridad social, particularmente por la incidencia de los fenómenos de violencia acaecidos en o por causa del trabajo y al componente de reciente preocupación, relacionado con el manejo de los riesgos psicológicos.

La afectación del acoso como generador de enfermedades y efectos psíquicos, físicos y emocionales tiende a ser un factor novedoso en su descubrimiento, que impactará en el ámbito de la salud y en el campo de los riesgos profesionales. Por ello, consideramos que es altamente pertinente relacionar la legislación en vigor en Colombia sobre la materia, con la con-

sideración de los fenómenos que afectan el sistema de riesgos profesionales en el país, además por cuanto una visión sistémica e integradora motiva a articular dicha normatividad con las regulaciones sobre trabajo decente, normas mínimas, regulaciones laborales y normas de protección social.

No se olvide que el acoso laboral es considerado como un riesgo psicosocial y como tal constituye materia del sistema de riesgos profesionales, siendo factor generador de enfermedades que podrán ser catalogadas como de origen profesional, dadas las condiciones particulares en que se presenten y la acreditación de las condiciones del hostigamiento laboral.

#### 4.1.1. *Antecedentes*

La Ley 1010 corresponde al proyecto de ley 88/04 Cámara - 236/05 Senado, y tuvo origen parlamentario (William Vélez, María Teresa Uribe, Manuel José Coroprose, Jaime Amín, Mario Uribe).

En la exposición de motivos del proyecto se resalta el interés por actualizar la legislación en la consideración de un fenómeno que ha pasado desapercibido, pero que anuncia efectos perversos, atentatorios contra la dignidad humana en el ámbito laboral. No sin razón, algunos afirman que mediante el acoso laboral se puede llegar a aniquilar impunemente a una persona.

Persigue pues la ley combatir los hostigamientos repetidos y sistemáticos que trascienden los roces eventuales en el trabajo, y para ello recurre a la doctrina y a la experiencia de los pocos países en los que la materia ha sido regulada, particularmente del ámbito europeo.

No sobra señalar que es Colombia el primer país americano en regular de manera especializada e integrada la figura del acoso laboral. De la misma manera debe advertirse que no se estimó pertinente darle tratamiento penal a la conducta.

El acoso laboral debe considerarse como repetible y verificable, sin que pueda predicarse su ocurrencia por simples suposiciones.

El análisis del proyecto se planteó la consideración según la cual: *Las falsas acusaciones de acoso moral pueden transformarse en un temible*

*instrumento de acoso moral* (Recomendación del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo 2001/2339).

#### 4.1.2. *Violencia en el trabajo*<sup>(72)</sup>

Compartimos la noción general que implica considerar el fenómeno del acoso en el trabajo desde una reflexión de género en cuanto a los efectos de la violencia en el relacionamiento humano, descubriendo en una de tales manifestaciones objeto de especial protección, cual es la del espacio del trabajo, la evidencia de comportamientos violentos que deben ser prevenidos, controlados y reprimidos.

La visión sobre el control al acoso laboral debe ser propositiva y asertiva, en cuanto sirvan las regulaciones sobre la materia como aliciente para construir culturas organizacionales empeñadas en el respeto por el ser humano. Hablar de acoso laboral implica hablar de dignidad humana y de respeto en el espacio de trabajo, al cual concurre el ser en condición de necesidad, dentro de una relación funcional y en un entorno no natural, en la medida en que a nadie le pagan su salario para apreciar al compañero de labor.

Esta visión implica considerar a la violencia como el género de la materia analizada. Se identifica además el amplio espectro de situaciones que suceden en el ámbito del trabajo, pero sin que ellas provengan o constituyan necesariamente acoso laboral.

Es el caso de la violencia externa, delictiva; se trata de la comisión de actos ilícitos que afectan al trabajador y perturban el ambiente laboral, que también serán materia de protección en el ámbito de los riesgos profesionales, sin que pueda hablarse en el caso del acoso laboral.

Pero a esta violencia externa se suma la violencia ocasionada por los clientes o usuarios del servicio. No proviene de compañeros de labor, por

---

(72) Ver al respecto la completa obra Velásquez Fernández, Manuel, *Mobbing, Violencia física y estrés en el trabajo. Aspectos jurídicos de los riesgos psicosociales*, Barcelona, Ediciones Gestión 2000, 2005.

lo que no podemos identificarla como acoso u hostigamiento en el trabajo, pero sí afecta fuertemente a la persona y a las organizaciones, generando estrés y mal ambiente, a más de las restantes consecuencias posibles.

Se trata de los comportamientos agresivos y malintencionados de los beneficiarios del servicio de la organización, por ejemplo, los pacientes o las familias de aquellos en los centros de salud; los reclusos en los establecimientos carcelarios; los comerciantes vecinos que desean hacer la vida imposible al competidor nuevo.

No se pierda de vista así mismo que el acoso en el trabajo no es la única faceta de violencia interrelacional.

Así como se pluralizan las relaciones individuales, así mismo surgen espacios diversos para el nacimiento de formas nuevas de hostigamiento. Es el evento del específicamente denominado *bullying* o violencia escolar, como el del denominado acoso inmobiliario (*mobbing*), que ocurre en el ámbito de la propiedad horizontal o de relaciones de vecindad.

De la misma manera, se tornan cada vez más complejos los medios para llevar a cabo las agresiones. Hace pocos años era impensable recurrir al celular o a los medios electrónicos para ese fin, siendo hoy canales empleados con esos nocivos propósitos.

Detrás del acoso siempre habrá entonces una conducta humana, es decir, estamos en presencia de una circunstancia relacionada con el comportamiento de las personas, que ha ameritado regulación particular en el ámbito de ciertos espacios, entre ellos, en la comunidad del trabajo, considerando la especial protección que el Estado y la sociedad deben brindar al mismo.

#### 4.1.3. *¿Qué se entiende por acoso laboral?*

A la noción se aplican una diversidad de términos, entre ellos:

- a) Acoso laboral
- b) Acoso moral en el trabajo
- c) Violencia laboral
- d) Hostigamiento

- e) Psicoterrorismo
- f) *Mobbing*
- g) *Bullying*

Progresivamente se ha avanzado en diferenciar algunos de los conceptos señalados; así las cosas ya se hace referencia específica al *bullying* para aludir a los fenómenos de violencia acaecidos en el ámbito escolar o entre miembros de comunidades académicas, colegios y universidades<sup>(73)</sup>.

Según lo expresa Hirigoyen<sup>(74)</sup>, “Por acoso en el lugar de trabajo hay que entender cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o síquica de un individuo, o que pueden poner en peligro su empleo o degradar el clima de trabajo”.

El acoso parte de un análisis comportamental y psicológico individual pero que además considera sus implicaciones colectivas o grupales.

Las investigaciones sobre acoso u hostigamiento provienen de las ciencias naturales, en relación con el comportamiento de grupos de animales en libertad.

*Mobbing* representa el ataque de una coalición de miembros débiles de una misma especie contra un individuo más fuerte, a partir de la consideración etimológica por la cual *mob* traduce multitud que se impone a alguien.

Traduce una acción colectiva de un grupo de personas frente a algo o alguien, no necesariamente negativa.

En Inglaterra se prefiere la expresión *bully* o *bullying*, como equivalente a conducta prepotente, arbitraria y tiránica.

---

(73) Cobo, Paloma y TELLO, Romeo, *Bullying en México. Conducta violenta en niños y adolescentes*, México D.F., Editorial Lectorum, Quazro, 2008.

(74) Hirigoyen; Marie-France, *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Madrid, Ediciones Paidós, 1999.

Se emplea en forma equivalente la expresión *bossing* (del término inglés *boss*, jefe)

Otra expresión es la del *harassment*, que tiene su origen en el francés *harcelement* y significa hostigamiento, equivalente a malestar o importunar a alguien por un período de tiempo, o a la persecución sistemática mediante un asedio con repetidas ofensas, amenazas o exigencias.

Estas reflexiones permiten definir algunas características del acoso:

- a) Implica un comportamiento
- b) Exige reiteración de conductas
- c) Se proyecta en el tiempo
- d) Tiene una finalidad

Por ello la doctrina señala que para que haya acoso laboral se deben configurar tres elementos:

- a) Duración
- b) Repetición
- c) Relación asimétrica

Una definición tradicionalmente mencionada sobre el acoso es la siguiente: “Situación de terror psicológico en el trabajo que implica una comunicación hostil y amoral, dirigida de manera sistemática por una o varias personas, casi siempre contra otra persona que se siente acorralada en una posición débil y a la defensiva” (H. Leymann<sup>(75)</sup>).

En la completa obra de Piñuel<sup>(76)</sup> se cita la definición del autor que fue acogida en una moción del Senado de España, identificando aquella el acoso como sigue:

---

(75) Citado por Hirigoyen, ob. cit., p. 48.

(76) Piñuel, Iñaki, *Mobbing, Estado de la cuestión. Todo lo que siempre quiso saber y nadie le explicó sobre el acoso psicológico en el trabajo*, Barcelona, Ediciones Gestión 2000, 2008.

*En el ámbito laboral, definimos el mobbing como el continuado y deliberado maltrato verbal y modal que recibe un trabajador por parte de otro u otros, que se comportan con él cruelmente con el objeto de lograr su aniquilación o destrucción psicológica y de obtener su salida de la organización a través de diferentes procedimientos ilegales, ilícitos, o ajenos a un trato respetuoso o humanitario y que atentan contra la dignidad del trabajador. El mobbing tiene como objetivo intimidar, apocar, reducir, aplanar, amedrentar y consumir, emocional e intelectualmente a la víctima, con vistas a eliminarla de la organización o a satisfacer la necesidad insaciable de agredir, controlar y destruir que suele presentar el hostigador, que aprovecha la ocasión que le brinda la situación organizativa particular (reorganización, reducción de costes, burocratización, cambios vertiginosos, etc.) para canalizar una serie de impulsos y tendencias psicopáticas.*

**4.1.4. ¿Qué no es acoso laboral?**

Podemos intentar en paralelo señalar algunas condiciones que son propias del acoso y que no ocurren en otras manifestaciones comportamentales:

<i>Acoso laboral</i>	<i>No acoso laboral</i>
Situación repetida	Situación aislada
Situación continuada	Situación puntual
Busca desprestigiar	Autoritarismo del superior
Implica manipulación	Conflictos de trabajo
Motivación de afectar	Malas condiciones de trabajo

**4.1.5. Diferencias con el estrés laboral**

*“El estrés en el trabajo es un conjunto de reacciones emocionales, cognitivas, fisiológicas y del comportamiento a cier-*



*tos aspectos adversos o nocivos del contenido, la organización o el entorno de trabajo. Es un estado que se caracteriza por altos niveles de excitación y de angustia, con la frecuente sensación de no poder hacer frente a la situación” (Comisión Europea, 2000).*

El estrés puede generar reacciones fisiológicas, emocionales y comportamentales, pero se causa directamente por el *trabajo* y el desempeño laboral, esto es, por la naturaleza del trabajo, por la cantidad o por la forma de su organización.

El acoso laboral, por su parte, se origina en las relaciones interpersonales y se realiza en el ámbito del trabajo o está esencialmente vinculado a él.

Siempre que se da acoso laboral, el ambiente de trabajo se afecta y es probable que se genere un deterioro en las condiciones del ambiente laboral; recíprocamente, la existencia de altos niveles de estrés laboral en las organizaciones las hacen más sensibles a que en su ambiente ocurran conductas de acoso laboral.

Apréciense además que las conductas de acoso laboral serán siempre provocadas por una persona natural determinada o determinable; no son generadas por un ente jurídico o impersonal. Lo que ocurre es que si en el ambiente de trabajo hay violencia y estrés, la expresión de esta conducta individual será más probable y más fácil.

Por ende, es preciso “vacunar” a las comunidades empresariales contra el acoso laboral, y para ello lo mejor es fomentar buenos hábitos de convivencia en el respeto humano, así como combatir los restantes riesgos laborales psicológicos.

#### 4.1.6. *Diferencias con el acoso sexual*

Las principales diferencias se presentan por:

- a) La causa o móvil del acto, es decir, el interés sexual del victimario
- b) La finalidad del acto, esto es, obtener un beneficio sexual

Puede entenderse que el acoso como género de comportamiento presenta dos especies: (i) el acoso sexual y (ii) el acoso moral. Una subespecie del segundo es el acoso en el trabajo, la más característica.

De igual forma, se considera que conductas de acoso sexual se pueden constituir en modalidades o medios para el acoso laboral.

#### 4.1.7. *Diferencias con el conflicto laboral*

Es prudente señalar que entre los mayores riesgos respecto de este tipo de instituciones y regulaciones se encuentra el hecho de que en la práctica se confundan en su naturaleza, a más de que suelen ser malentendidas por sus destinatarios.

Particular preocupación suscita el que todo acto hostil o todo conflicto tienda a ser considerado por el trabajador afectado como una manifestación de acoso laboral.

La Ley 1010 de 2006 no está llamada a solucionar ni a erradicar los conflictos en el mundo del trabajo. Es más, ninguna norma lo pretenderá, y menos aún lo logrará.

En efecto, el conflicto hace parte de la condición humana. Este se expresa en diversas formas y grados, pudiendo decirse, para lo que nos interesa, que podrá haber (i) un conflicto interpersonal laboral y (ii) un conflicto laboral colectivo.

El cotejo de intereses y criterios diversos lleva el germen del conflicto, el cual podrá surgir cuando se pasa al ámbito de la ofensa o de la afectación de un interés. Frente al conflicto individual el ordenamiento jurídico contempla múltiples opciones o caminos para recurrir en protección del derecho que se considera conculcado; se trata del ejercicio de las vías ordinarias laborales o de la acción disciplinaria frente a los actos de un servidor público respecto a un compañero y, en fin, de las restantes acciones penales, policivas y civiles que sean conducentes.

El conflicto laboral, por su parte, tiene regulación propia. La negociación colectiva es el camino para plantear y resolver las diferencias que puedan surgir entre un empleador y los trabajadores bajo su cargo.

Pero ni en un caso ni en el otro estamos frente a manifestaciones de acoso laboral. Ni pedir un incremento de salario ni negarlo son, *per se*, manifestaciones de dicho acoso, además por cuanto en estos eventos se trata de la defensa de intereses objetivos grupales. Ahora bien, aun cuando se trate del reclamo referido a intereses particulares, no será posible que se dé acoso laboral si no concurren las circunstancias que la doctrina y, en particular, la legislación –como en el caso de Colombia– señalan. Negar un permiso, no conceder una licencia, referirse en forma aislada pero con descortesía a un trabajador, pueden implicar reacciones disciplinarias o de responsabilidad laboral o laboral administrativa, pero no son *per se* evidencias de hostigamiento laboral.

La dificultad, por supuesto, está en que en la práctica de las relaciones interpersonales de trabajo pueden mezclarse situaciones diversas que consoliden situaciones reales de acoso laboral.

#### 4.1.8. *Comentarios sobre instituciones comparadas*<sup>(77)</sup>

El primer país en adoptar una legislación nacional para prevenir el acoso moral en el trabajo fue Suecia (1993), mediante normatividad desarrollada a partir de una ordenanza del Consejo Nacional de Seguridad y Salud Laboral.

Con el criterio de establecer una legislación específica en la materia siguieron, en orden de incorporación:

- a) Francia (Ley de modernización social y Código Penal) en 2002.
- b) Bélgica (Ley del 12 de junio de 2002 sobre la prevención de la violencia psicológica en los lugares de trabajo y Código Penal).

---

(77) Sobre el particular consúltense las publicaciones y página electrónica de instituciones como la OIT, el Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales, Comisión Europea; <[www.successunlimited.co.uk](http://www.successunlimited.co.uk)>.

c) Canadá (nuevas disposiciones introducidas en la Ley general sobre normas del trabajo, relativas al acoso psicológico laboral, a partir de un proyecto de 2002, con vigencia en 2004, que admite el acoso laboral por un solo acto).

d) Italia y Brasil, que recogen normas de carácter regional o territorial.

e) Irlanda, que conscientemente no ha expedido regulación particular sobre el acoso laboral.

f) El Reino Unido, (Ley del 21 de marzo de 1997 de protección por acoso o *harassment*).

Se define acoso como aquella conducta de una persona, basada en hechos o en palabras, que cause en otra temor, alarma o molestia injustificada en al menos dos ocasiones, siempre que la misma pueda ser considerada como no razonable, teniendo en cuenta la información que posea dicha persona.

En España se ha recorrido un camino jurisprudencial interesante a partir del año 2000 (caso *Nebenka*; en Albacete, un juez anuló despidos al encontrar probado que se dieron como represalia por denuncias ante la inspección de trabajo)<sup>(78)</sup>.

#### 4.1.9. *Antecedentes específicos en Colombia*

Algunos países han considerado no necesario establecer específicas regulaciones en materia de acoso laboral, sometiendo el tema a la ley general.

En Colombia, la legislación laboral contiene en general regulaciones en materia de protección a la dignidad humana y, en especial, a la tutela de derechos del trabajador, teniendo por base, por supuesto, a la Constitución Política.

---

(78) Ver Bosqued Lorente, Marisa, *Mobbing. Cómo prevenir y superar el acoso psicológico*, Barcelona, Ediciones Paidós, 2005.

Es decir, con Ley 1010 o sin ella, existen mecanismos para hacer regir los derechos fundamentales y el ámbito de protección en el trabajo; sin embargo, concordamos en la pertinencia y oportunidad de la ley, no obstante sus falencias de técnica legislativa, como herramienta específica en una materia que reclama intervención estatal y social.

Ejemplo de ello lo vemos en la obligación del empleador consistente en guardar absoluto respeto a la dignidad personal del trabajador, a sus creencias y sentimientos (art. 57, num. 5, C.S.T.).

Se le prohíbe al empleador, por su parte, ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad (num. 9, art. 59, *ibíd.*)

Los trabajadores están obligados a guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros (num 4, art. 58, *ibíd.*). Así mismo, todo acto de violencia entre las partes del contrato de trabajo da lugar a su terminación con justa causa en los términos del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

También constituyen antecedentes en la materia las normas, la doctrina y la jurisprudencia en el tema de acoso sexual, así como las normas sobre códigos de conducta y de ética y, en general, sobre la responsabilidad social empresarial.

#### 4.1.10. *Ámbito de la Ley 1010 de 2006*

Dicho ámbito es el propio de la gestión económica que se ejecuta en relaciones de trabajo bajo vinculación laboral, en dos frentes:

- a) Relación laboral privada
- b) Función pública

La ley regula en un mismo instrumento –y eso genera no poca confusión– las relaciones y efectos tanto en el mundo laboral particular como en el sector público.

No se aplica:

- a) En contratos de prestación de servicios regidos por el derecho civil o comercial.
- b) En la contratación administrativa.
- c) En vinculaciones en las cuales no se presenten relaciones de jerarquía o subordinación.

Sobre el particular es pertinente señalar que la Corte Constitucional de Colombia decidió declarar exequible el parágrafo del artículo 1° de la Ley 1010 de 2006<sup>(79)</sup>, en cuanto a su ámbito de aplicación y a la exclusión para las relaciones de trabajo independiente, precisamente por considerar la genuina naturaleza de estas últimas, en las cuales no existe criterio de subordinación o dependencia. En ese mismo pronunciamiento el alto tribunal señaló que en el evento de constituirse una relación laboral por aplicación del principio de realidad, pese al disfraz de la relación contractual independiente, procedería sí la aplicación de las disposiciones de la normatividad comentada. En todo caso deben referirse las dificultades prácticas para que esto ocurra, y más aún para que sea oportuna la aplicación de la Ley 1010, pues primero habrá de establecerse que se trataba de una relación laboral y no de la contratación de un trabajador independiente.

Entre los bienes jurídicos protegidos por la ley se cuentan los siguientes:

- a) Dignidad humana
- b) Trabajo en condiciones dignas y justas
- c) Libertad
- d) Intimidad

---

(79) Corte Constitucional, Sentencia C-960 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

- e) Honra
- f) Salud mental
- g) Armonía entre quienes comparten en un ambiente laboral
- h) Buen ambiente en la empresa

Dichos bienes se protegen frente a todo ultraje a la dignidad humana, entendido este como la agresión, el maltrato, los vejámenes, el trato desconsiderado y ofensivo.

A partir de los postulados de la Ley 1010 de 2006 podemos apreciar una definición normativa en Colombia sobre acoso laboral, como toda conducta persistente y demostrable, de un sujeto activo respecto de uno pasivo, encaminada a:

- a) Infundir miedo
- b) Intimidar
- c) Ocasionar terror
- d) Generar angustia
- e) Causar perjuicio laboral
- f) Lograr la desmotivación laboral
- g) Inducir la renuncia

La conducta generalmente debe ser recurrente, esto es, extendida en el tiempo, reiterada no en cuanto a la necesidad de un mismo comportamiento, sino a la pluralidad de conductas. Por excepción, un único acto hostil puede bastar para acreditar la ocurrencia del acoso laboral, teniendo en cuenta su magnitud y la relación de proporcionalidad respecto a la víctima.

#### 4.1.11. *Tipos de acoso laboral*

Se presenta el acoso de:

- a) Superior a inferior jerárquico (vertical descendente)
- b) Entre compañeros de trabajo (horizontal)
- c) De un subalterno frente a un superior (vertical ascendente)

#### 4.1.12. *Sujeto activo o autor*

El autor es una persona natural, sin perjuicio de las responsabilidades que quepan al empleador tolerante. Puede ser:

- a) Quien ocupa el cargo de gerente, jefe, director, supervisor o cualquier posición de dirección y mando.
- b) El superior jerárquico o quien tenga la calidad de jefe en una dependencia estatal.
- c) Un trabajador o empleado público.

#### 4.1.13. *Sujeto partícipe del acoso*

Puede ser:

- a) El empleador que promueva, induzca o favorezca el acoso.
- b) La persona natural que omita cumplir los requerimientos o amonestaciones de los inspectores de trabajo.

#### 4.1.14. *Sujetos pasivos o víctimas*

Los son:

- a) Los trabajadores o empleados del sector privado.
- b) Los servidores públicos (empleados públicos, trabajadores oficiales y servidores con régimen especial).
- c) Los jefes inmediatos cuando el acoso provenga de los subalternos.



4.1.15. ***Modalidades del acoso laboral en Colombia***

- a) Maltrato laboral
- b) Persecución laboral
- c) Discriminación laboral
- d) Entorpecimiento laboral
- e) Inequidad laboral
- f) Desprotección laboral

4.1.16. ***Conductas atenuantes***<sup>(80)</sup>

- a) Buena conducta anterior.
- b) Obrar en estado de emoción o pasión excusable, salvo en el caso de violencia contra la libertad sexual. También lo es la ira e intenso dolor.
- c) Voluntaria acción para superar las consecuencias del acoso.
- d) Reparación discrecional parcial o total.
- e) Condiciones de inferioridad síquicas por edad o circunstancias orgánicas<sup>(81)</sup>.

---

(80) Mediante Sentencia C-898 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte Constitucional declaró inexecutable el literal f) del artículo 3° de la Ley 1010 de 2006 que contenía la atenuante de “los vínculos familiares y afectivos”.

(81) Mediante Sentencia C-078 del 7 de febrero de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte Constitucional señaló que la referida causal atenuante debe ser entendida para los casos en que ocurren circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentra quien comete la conducta y no como una forma estigmatizar, denigrar o insultar a determinado grupo de personas.

- f) Manifiesta o velada provocación o desafío por el sujeto pasivo.
- g) Toda circunstancia análoga.

#### 4.1.17. *Circunstancias agravantes*

- a) Reiteración de la conducta.
- b) Concurrencia de causales (modalidades).
- c) Motivo abyecto, fútil o por precio, recompensa o promesa remuneratoria.
- d) Con ocultamiento y aprovechamiento de circunstancias que dificulten la defensa y la identificación del autor.
- e) Deliberado e inhumano aumento en el daño psíquico y biológico.
- f) Posición predominante del autor en la sociedad.
- g) Actuación a través de un tercero o de un inimputable.
- h) Causación de daño en la salud física o psíquica del sujeto pasivo.

Se aplicará para la graduación de las conductas lo establecido por el Código Disciplinario Único para el caso de conflictos en los que participen servidores públicos sometidos a su imperio.

#### 4.1.18. *Presunción de acoso laboral*

Se presenta por la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de estas conductas<sup>(82)</sup>:

---

(82) Corte Constitucional, Sentencia C-780 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto, mediante la cual se declararon exequibles las características de repetida y pública de las conductas que hacen surgir la presunción de acoso laboral. Igualmente aclara la Corte que la presunción contenida en el artículo 7° de la Ley 1010 de 2006 no implica el establecimiento de una responsabilidad objetiva y automática del victimario, quien tiene derecho a la defensa y al debido proceso.

- a) Actos de agresión física, sin importar sus consecuencias.
- b) Expresiones injuriosas o ultrajantes.
- c) Comentarios hostiles y humillantes en presencia de compañeros de trabajo.
- d) Injustificadas amenazas de despido en presencia de compañeros.
- e) Denuncias disciplinarias temerarias.
- f) Descalificación humillante en presencia de compañeros de trabajo.
- g) Burlas en público sobre apariencia física.
- h) Alusión pública a hechos de la intimidad.
- i) Imposición de deberes ostensiblemente irrazonables.
- j) Trato notoriamente discriminatorio.
- k) Negativas injustificadas a otorgar situaciones laborales o material de trabajo.

Si tales conductas ocurren en privado, las mismas deben ser probadas según la ley procesal civil.

#### 4.1.19. *Conductas que no constituyen acoso laboral*

- a) Exigencias y órdenes bajo el principio de obediencia debida en la Fuerza Pública.
- b) Ejercicio de la potestad disciplinaria.
- c) Exigencias razonables de fidelidad laboral o lealtad.
- d) Requerimientos generales de mejora en la eficiencia laboral.
- e) Solicitud de deberes extra por necesidades del servicio.

- f) Gestiones orientadas a dar por terminado el contrato por justa causa.
- g) Solicitud de cumplimiento de deberes ciudadanos.
- h) Exigencia de cumplir deberes laborales.
- i) Exigencia de cumplir el régimen disciplinario de servidores públicos.

Las exigencias generales para no ser materia de presunción de acoso deben ser:

- a) Justificadas
- b) Fundadas en criterios objetivos
- c) No discriminatorias

#### 4.1.20. *Respuesta al acoso laboral en Colombia*

Esta se da a través de dos grandes reacciones: a) medidas preventivas y b) tratamiento sancionatorio.

a) Medidas preventivas: Los reglamentos de trabajo o normas equivalentes en las entidades públicas, deben incluir medidas de prevención<sup>(83)</sup>.

El establecimiento de un procedimiento interno de denuncia y arreglo.

La existencia de comités de empresa bipartitos encargados de conciliar las diferencias.

El trámite de conciliación ante autoridades administrativas o de control.

---

(83) Ver Resolución 0734 del 15 de marzo de 2006, proferida por el Ministerio de la Protección Social.

Estas se concretan entonces en el establecimiento en el reglamento de trabajo de mecanismos de prevención, con un procedimiento interno y la participación de comités de empresa bipartitos.

El procedimiento interno de manejo del acoso laboral debe ser<sup>(84)</sup>:

Confidencial

Conciliatorio

Efectivo

El sujeto pasivo puede recurrir igualmente a un centro de conciliación para que intervenga en la solución amigable de la situación de acoso laboral.

La víctima puede reportar así mismo el acoso al Inspector de Trabajo, al Inspector Municipal de Policía, a los Personeros Municipales o a la Defensoría del Pueblo.

La competencia se define por el lugar de los hechos.

La autoridad o el comité interno escucharán a la parte denunciada y conminarán preventivamente al empleador para que adopte las medidas correctivas y preventivas del caso (actividades pedagógicas o terapias grupales, p. ej.).

A partir del 23 de abril de 2006 los empleadores deben contar en su reglamento de trabajo con las adaptaciones que se necesiten, según los re-

---

(84) Conforme a concepto del Ministerio del Interior y de Justicia, Oficio 30205 del 6 de diciembre de 2006, se aclaró que la conciliación en el ámbito de este procedimiento no es equivalente al procedimiento regulado por la Ley 640 de 2001 y que no se requiere que los integrantes de dichos comités sean conciliadores: *El Ministerio del Interior y de Justicia interpreta que el espíritu del legislador fue crear mecanismos internos en las instituciones para que a través del diálogo las partes puedan llegar a un acuerdo satisfactorio en los casos de acoso laboral y que la palabra 'conciliatorio' se usa como sinónimo de amigable, concertado, negociado, es decir, se refiere al procedimiento y no a la institución de la conciliación como mecanismo alternativo de administración de justicia.*

querimientos de la Ley 1010 de 2006. Para la adopción de aquellas o de las futuras que procedan, se deben abrir espacios para escuchar las opiniones de los trabajadores.

Al respecto téngase presente que la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-934 de 2004, señaló criterios relacionados con la participación efectiva de los trabajadores para que sean escuchados en la adopción de medidas que los afecten, contenidas en el reglamento interno de trabajo.

La Resolución 0734 del 15 de marzo de 2006, proferida por el Ministro de la Protección Social, estableció el procedimiento para el ajuste de los reglamentos de trabajo. La misma se complementa con el instructivo básico que sobre el particular circularizó el propio Ministerio.

b) Tratamiento sancionatorio. Las sanciones legales al acoso laboral en Colombia son las siguientes:

Como falta disciplinaria gravísima cuando su autor sea servidor público. El adelantamiento de la investigación disciplinaria por esta falta exige como requisito de procedibilidad el trámite de la conciliación a que se ha hecho referencia anteriormente<sup>(85)</sup>.

Como terminación al contrato de trabajo sin justa causa cuando haya dado lugar a renuncia o abandono del trabajo, en las relaciones laborales regidas por el Código Sustantivo del Trabajo.

Con sanción de multa entre 2 y 10 SMLMV para quien lo realice y para el empleador que lo tolere, tanto para el caso del sector privado como del público.

---

(85) Circular 020 del 18 de abril de 2007 proferida por el despacho del Procurador General de la Nación: “1. Deberá tenerse en cuenta que el acoso laboral es la única falta disciplinaria que tiene un tratamiento diferente a las demás conductas señaladas en el Código Único Disciplinario, pues antes de iniciar el procedimiento disciplinario y sancionatorio debe agotarse necesaria y obligatoriamente, en todos los casos, el procedimiento preventivo de que trata el artículo 9 de la Ley 1010 de 2006”.

Con la obligación de pagar el 50% del tratamiento y las secuelas que se generen por afectación a la salud (frente a EPS y ARP).

Con presunción de justa causa de terminación del contrato para el trabajador y no pago de preaviso, en el caso de relaciones regidas por el Código Sustantivo del Trabajo.

Como justa causa de terminación del contrato o no renovación cuando sea ejercido por un subalterno, también en el caso de las relaciones laborales regidas por el Código Sustantivo del Trabajo.

El servidor público que adopte medidas retaliatorias podrá ser suspendido provisionalmente.

#### 4.1.21. *Competencia para la imposición de sanciones*

Jueces laborales y de la seguridad social del lugar de los hechos frente a trabajadores particulares o sometidos al Código Sustantivo del Trabajo.

Ministerio Público o salas disciplinarias de los consejos seccionales o del Consejo Superior de la Judicatura, frente a la falta disciplinaria de un servidor público.

#### 4.1.22. *Procedimientos para la imposición de las sanciones*

Ordinario ante los jueces laborales y de seguridad:

Notificación dentro de los cinco días siguientes al recibo de la solicitud, sobre el inicio del procedimiento al denunciado y al empleador que haya tolerado el acoso.

Citación a audiencia para dentro de los 30 días siguientes a la solicitud.

Práctica de pruebas, previas o en audiencia.

Decisión en audiencia (no pública).

Procede recurso de apelación para que se resuelva dentro de los 30 días siguientes a su interposición.

**Disciplinario:**

Se aplica el procedimiento del Código Disciplinario Único.

**4.1.23. *Garantías contra actitudes retaliatorias***

Se establecen en protección de quienes formulen peticiones, quejas o denuncias de acoso laboral, y de los testigos.

Su propósito es evitar actos de represalia por el acosador o la empresa, y se concretan en las siguientes:

a) Carece de todo efecto, dentro de los seis meses siguientes al inicio de la actuación preventiva o correctiva, la terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución del aforado, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento.

b) La formulación de denuncia podrá provocar el ejercicio del poder disciplinario preferente a favor del Ministerio Público y en relación con el denunciante.

c) Las demás que se establezcan en la Constitución, la ley, las convenciones y pactos.

Previo dictamen de la EPS correspondiente y por el tiempo que determine el médico, se suspenderá la evaluación de desempeño del sujeto pasivo del acoso laboral.

**4.1.24. *Excepciones a la vigencia de dichas medidas de garantía***

a) Despidos autorizados por el Ministerio de la Protección Social.

b) Sanciones disciplinarias impuestas por el Ministerio Público o los consejos seccionales o Superior de la Judicatura.



c) Sanciones disciplinarias dictadas por procesos iniciados antes de la denuncia o queja.

#### 4.1.25. *Sanción por temeridad en la formulación de la queja*

Cuando se abuse del procedimiento sancionatorio por presunto acoso laboral o se formule más de una denuncia por los mismos hechos, se impondrá al quejoso sanción de multa de entre un tercio y tres SMLMV.

#### 4.1.26. *Caducidad*

Las acciones derivadas del acoso laboral caducarán a los seis meses contados desde la fecha en que hayan ocurrido las conductas constitutivas del acoso.

#### 4.1.27. *Llamamiento en garantía*

En procesos ante la jurisdicción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho basados en hechos que pudieren ser constitutivos de acoso laboral, la entidad demandada podrá llamar en garantía al presunto autor de la conducta de acoso laboral.

### 4.2. **Ley 731 de 2002: afiliación de trabajadoras rurales al sistema general de riesgos profesionales**

Con el propósito loable de extender la cobertura del sistema, pero aún sin efectos prácticos tan necesarios como deseables, la Ley 731 de 2002, a través de su artículo 14, dispuso: “El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social creará mecanismos de afiliación destinados a las mujeres rurales que carezcan de vínculos laborales, para que puedan tener como trabajadores independientes la correspondiente cobertura del sistema general de riesgos profesionales”.

Igualmente dispone que el fondo de riesgos profesionales ejecute estudios, acciones y campañas de prevención, promoción y educación que tengan por destinatarias a las trabajadoras del campo, y cuyo fin sea contribuir a mejorar su calidad de vida, tanto por el despliegue de actividades en su desempeño rural, como en el ámbito de su casa de habitación.

Es esta una norma que persigue la extensión por universalidad de la protección en los riesgos profesionales, y que, pese a incurrir en la metodología poco deseable de la especialización y segregación de poblaciones, busca un propósito de inaplazable realización, particularmente en cuanto atañe a saldar la deuda de la sociedad con la seguridad social para el campo.

#### **4.3. Decreto 2800 de 2003: afiliación de contratistas independientes**

A partir de lo instruido por el Consejo Nacional de Riesgos Profesionales en su sesión número 25 de 2001 y como primer paso para fomentar la vinculación de trabajadores independientes al sistema de riesgos profesionales, se expidió dicho decreto, por el cual se reglamenta parcialmente el literal b) del artículo 13 del Decreto 1295 de 1994.

De manera específica, la norma da vía para la afiliación de independientes, pero exclusivamente en el caso de aquellos que cuenten con contrato de carácter civil, comercial o administrativo, respecto de cualquier persona natural o jurídica.

En el artículo 2º se contiene una definición al respecto, entendiéndose como trabajador independiente a “toda persona natural que realice una actividad económica o preste sus servicios de manera personal y por su cuenta y riesgo, mediante contratos de carácter civil, comercial o administrativo, distintos al laboral”.

La afiliación se hará por conducto del contratante, mediante el formulario especialmente adoptado al respecto, con el contenido ordenado por la Superintendencia Financiera. El contratista deberá expresar en el contrato o en el formulario su intención de afiliarse al sistema, toda vez que esta es de carácter voluntario.

Para la afiliación en estos casos, el contratista debe estar previamente afiliado a los sistemas de salud y pensiones. Debe tenerse en cuenta que la liquidación y el pago de los aportes se realizarán por medio de la planilla integrada de liquidación de aportes (PILA).

La base de la cotización para contratistas no será inferior a dos salarios mínimos legales mensuales, ni superior a 25. El pago será del resorte exclusivo del trabajador independiente, no obstante se podrá pactar con el contratante el pago compartido, y en todo caso el contratante descontará y pagará el valor de dicha cotización, pudiendo pactarse y ejecutarse pagos anticipados de aportes.

El artículo 7° del decreto regula lo concerniente al ingreso base de cotización, en tanto el artículo 9° regula lo concerniente al descuento y pago de las cotizaciones, así como a las responsabilidades que sobre el particular asume el contratante.

Es aplicable la multifiliación, pues cada contratante responderá por el descuento y el pago que correspondan a su contrato con el independiente, en la medida en que los riesgos cubiertos dependerán de las actividades económicas que desarrolle el contratista para cada uno de los contratantes, requiriéndose entonces una afiliación por cada vínculo.

Muy importante es resaltar que, en los términos del artículo 15 del Decreto 2800 de 2003, “las personas naturales o jurídicas deberán incluir al trabajador independiente dentro de su programa de salud ocupacional y permitir la participación de este en las actividades del comité paritario de salud ocupacional”. En cuanto a las actividades de promoción y prevención, aquel se asimila al trabajador dependiente.

La orientación de esta normatividad conduce paulatinamente a lo que podríamos denominar como la homologación, para efectos de coberturas y régimen de los riesgos profesionales, de los trabajadores dependientes con los trabajadores independientes, materia que entraña un especial análisis, en particular en lo que respecta al régimen de responsabilidad aplicable a los contratantes y a las obligaciones de los contratistas.

#### **4.4. Decreto 600 de 2008: cesión entre ARP públicas**

A partir de lo dispuesto por el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, se dicta el Decreto 600 de 2008, mediante el cual se regula la cesión de activos, pasivos y contratos que se realice entre las administradoras de riesgos

profesionales de naturaleza pública, con el fin de *mantener la participación pública en el Sistema General de Riesgos Profesionales en condiciones de sostenibilidad, eficiencia y economía* (art. 1°).

Se dispone que la cesión mencionada entre dichas entidades implica el traslado de afiliados de la cedente a la cesionaria, la cual debe ser comunicada.

Para materializar el proceso y en los términos de lo regulado por el artículo 107 de la Ley 489 de 1998, se dispone la celebración de un convenio entre el ISS, La Previsora Vida S.A. Compañía de Seguros y la Nación, representada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En los artículos 5° y 6° del decreto se establecen normas particulares en materia de margen de solvencia para la cesionaria y período de transición.

#### **4.5. Resolución 1401 de 2007 del Ministerio de la Protección Social: investigación sobre incidentes y accidentes de trabajo**

Mediante este acto se regula el “proceso sistemático de determinación y ordenación de causas, hechos o situaciones que generaron o favorecieron la ocurrencia del accidente o incidente, que se realiza con el objeto de prevenir su repetición, mediante el control de los riesgos que lo produjeron”.

La norma se aplica a:

*...los empleadores públicos y privados, a los trabajadores dependientes e independientes, a los contratantes de personal bajo modalidad de contrato civil, comercial o administrativo, a las organizaciones de economía solidaria y del sector cooperativo, a las agremiaciones u asociaciones que afilian trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social Integral; a las administradoras de riesgos profesionales; a la Policía Nacional en lo que corresponde a su personal no unificado y al personal civil de las fuerzas militares.*

Lo anterior conforme lo dispuesto en su artículo 1º, y tiene por fin estandarizar los procedimientos al respecto, de tal manera que se facilite la determinación de las causas o riesgos laborales con miras a mejorar la calidad de vida de los trabajadores y la productividad de las empresas, con base en la prevención y en el manejo de la información que sobre los datos recolectados realicen los diferentes actores del subsistema de riesgos profesionales.

Mediante esta normatividad se precisa el concepto de incidente de trabajo, el cual es considerado como el *suceso acaecido en el curso del trabajo o en relación con este, que tuvo el potencial de ser un accidente, en el que hubo personas involucradas sin que sufrieran lesiones o se presentaran daños a la propiedad y/o pérdida en los procesos.*

Distingue la norma entre causas básicas y causas inmediatas, y define así mismo el concepto de accidente grave.

La investigación que se adelante no corresponderá al COPASO, sino a un comité especial que al efecto se integre con el jefe inmediato o el supervisor del afectado, un representante del COPASO y el responsable de la ejecución del programa de salud ocupacional. Si no existiere la estructura suficiente en la empresa, el comité se integrará con personas habilitadas para adelantar la investigación correspondiente. Cuando el accidente concluya en la muerte del trabajador debe hacer parte del comité un profesional con licencia en salud ocupacional.

Los puntos que deben cumplirse por el empleador frente a la aludida resolución se concretan en los siguientes:

- a) Conformar el equipo que investigue cada incidente y accidente de trabajo.
- b) Investigar todos los incidentes y accidentes de trabajo dentro de los 15 días siguientes a su ocurrencia.

c) Adoptar una metodología y un formato para investigar los incidentes y los accidentes de trabajo<sup>(86)</sup>.

d) Registrar en el formato de investigación toda la información que conduzca a la identificación de las causas reales del accidente o incidente de trabajo.

e) Implementar las medidas y acciones correctivas que como producto de la investigación recomienden los entes relacionados como el Comité Paritario de Salud Ocupacional o el Vigía Ocupacional; las autoridades administrativas laborales y ambientales; así como la ARP, la empresa de servicios temporales, los trabajadores independientes o los organismos de trabajo asociado y cooperativo, según sea el caso.

f) Proveer los recursos, elementos, bienes y servicios necesarios para implementar las medidas correctivas que resulten de la investigación.

g) Implementar el registro del seguimiento realizado a las acciones ejecutadas a partir de cada investigación de accidente e incidente de trabajo.

h) Establecer y calcular indicadores de control y seguimiento del impacto de las acciones tomadas.

i) Remitir a la ARP correspondiente los informes de investigación de los accidentes de trabajo mortales y accidentes graves, dentro de los 15 días calendario siguientes a la ocurrencia del evento y los cuales deben ir firmados por el representante legal de la empresa.

j) Conservar los archivos de las investigaciones adelantadas y pruebas de los correctivos implementados.

---

(86) Es factible adoptar internamente la metodología y guías documentales que al respecto adopte la ARP y que ponga a disposición de sus afiliados.

#### **4.6. Resolución 2346 de 2007 del Ministerio de la Protección Social: evaluaciones médicas ocupacionales y contenido de las historias clínicas**

La norma desarrolla los contenidos con los cuales debe cumplirse la obligación a que alude el numeral 1 del artículo 10 de la Resolución 1016 de 1989, en cuanto a la realización de las evaluaciones médicas ocupacionales como uno de los principales requerimientos del subprograma de medicina preventiva y del trabajo, dentro del programa de salud ocupacional, considerando que el desarrollo de estas actividades y su seguimiento estandarizado facilitarán la recolección y el análisis de información relevante, así como la gestión sobre los sistemas de vigilancia epidemiológica.

La resolución define tres tipos de evaluaciones médicas ocupacionales: (i) las pre-ocupacionales o de pre-ingreso, (ii) las ocupacionales periódicas (programas o por cambios de ocupación) y (iii) las post-ocupacionales o de egreso. Seguidamente establece el régimen aplicable a cada una de esas modalidades.

Como obligación del empleador está la de suministrar al médico información sobre el perfil del cargo y las condiciones de trabajo, en el caso de las evaluaciones pre-ocupacionales o de pre-ingreso. Igualmente deberá contar con la información básica a la que alude el artículo 7° de la resolución, relacionada con indicadores epidemiológicos, estudios de higiene industrial específicos e indicadores biológicos específicos.

El artículo 8° define los contenidos de la evaluación médica que se practique; se establece así mismo que los responsables de realizar dichas evaluaciones son los médicos especialistas en medicina del trabajo o salud ocupacional, con licencia de salud ocupacional vigente, salvo casos de excepción en regiones en donde no actúen estos profesionales.

Los costos de las evaluaciones corren completamente a cargo del empleador.

Los trabajadores tienen derecho a recibir copia de la evaluación practicada, así como de las valoraciones complementarias que se realicen.

A partir del artículo 14 de la resolución se regula la historia clínica ocupacional, entendida como:

*...el conjunto único de documentos privados, obligatorios y sometidos a reserva, en donde se registran cronológicamente las condiciones de salud de una persona, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Puede surgir como resultado de una o más evaluaciones médicas ocupacionales. Contiene y relaciona los antecedentes laborales y de exposición a factores de riesgo que ha presentado la persona en su vida laboral, así como resultados de mediciones ambientales y eventos de origen profesional.*

Se fijan unos contenidos mínimos para esa historia clínica ocupacional, la cual hará parte de la historia clínica general y será responsabilidad en su manejo de la institución o profesional que la lleve (entidad promotora de salud<sup>(87)</sup>), sin que a ella tenga acceso el empleador (par., art. 16). La reserva sólo podrá levantarse en los casos previstos por el artículo 16 de la resolución, entre ellos por orden de autoridad judicial o por la entidad o persona competente para determinar el origen o calificar la pérdida de la capacidad laboral, previo consentimiento del trabajador.

#### **4.7. Resolución 2646 de 2008 del Ministerio de la Protección Social: riesgos psicosociales**

Tiene por objeto establecer disposiciones y definir responsabilidades en cuanto a la evaluación, identificación, prevención, intervención y monitoreo permanente de los riesgos psicosociales en el trabajo, así como la determinación de origen de patologías presuntamente causadas por el estrés laboral.

Impone una serie de obligaciones a los distintos actores, especialmente al empleador, que deben ser consideradas en su teleología para que jus-

---

(87) La entidad o médico que realice la evaluación médica ocupacional deberá remitirla a la EPS dentro de los dos meses posteriores.



tifiquen la carga adicional que genera, siendo esta una de las materias de mayor discusión en punto a la adopción de normas como las que estamos comentando, en cuanto a su efectividad y eficacia real, si se consideran los amplios niveles de informalidad y de elusión en el cumplimiento de disposiciones semejantes, también por razones de capacidad logística y económica por parte de las empresas.

Se aplica a todos los empleadores, trabajadores, servidores públicos y contratistas, organizaciones solidarias y cooperativas, agremiaciones de trabajadores independientes, administradoras de riesgos profesionales, al personal no uniformado de la Policía Nacional y al personal civil de la Fuerza Pública.

Contiene una serie de definiciones y desarrolla los criterios para la identificación y la evaluación de los factores psicosociales en el trabajo y sus efectos, los cuales clasifica en: (i) aspectos intralaborales, tales como gestión organizacional, condiciones de la tarea, equipo de trabajo; (ii) aspectos extralaborales, tales como la utilización del tiempo libre, el tiempo de traslado al trabajo, las condiciones de la vivienda, y (iii) condiciones intrínsecas o individuales de cada persona, tales como las características de personalidad, las condiciones de salud.

Indica que dichos factores deberán ser evaluados, objetiva y subjetivamente, por los instrumentos validados en el país, produciéndose el análisis y el seguimiento sobre la información recaudada.

Contiene una serie de medidas preventivas y correctivas del acoso laboral, las cuales cita en el artículo 14; no obstante y por la vigencia de la Ley 1010 de 2006, la definición y el desarrollo de las mismas es del resorte de cada empresa o entidad, conforme las prescripciones de su reglamento de trabajo o norma asimilable en el sector público.

Se obliga a las ARP a adelantar actividades de asesoría y asistencia técnica y especializada, así como a los empleadores a adelantar programas de vigilancia epidemiológica sobre el particular, los cuales deberán contener y desarrollar los aspectos mínimos a los que alude el artículo 17 de la resolución.

Por último, la resolución adopta el Protocolo para la Determinación de las Patologías Derivadas del Estrés y define sanciones para quienes incumplan sus exigentes disposiciones.

#### 4.8. ***Resolución 3673 de 2008 del Ministerio de la Protección Social: trabajo seguro en alturas***

Contiene las bases técnicas del reglamento para el trabajo seguro en alturas y aplica a todos los empleadores, contratantes, contratistas, trabajadores, servidores y subcontratistas que realicen actividades de tal índole.

A partir de unas definiciones mínimas, dispone un catálogo de obligaciones para empleadores y operadores del servicio; los perfiles de los trabajadores que laboren en estas actividades deben ser diseñados y aplicados específicamente por el empleador. Igualmente contiene regulaciones en materia de capacitación. El reglamento establece también requerimientos mínimos para la prevención y la protección contra caídas.

## 5. REFORMAS EN EL RÉGIMEN DE SUBSIDIO FAMILIAR

### 5.1. **Ley 920 de 2004: actividad financiera a cargo de las cajas de compensación familiar<sup>(88)</sup>**

El sistema de subsidio familiar en Colombia ha experimentado consecutivas y profundas transformaciones a lo largo de sus más de cinco décadas de existencia.

Así, surge como un sistema voluntario, acogido por empleadores y trabajadores en la década de 1950, y, luego de institucionalizarse como un mecanismo de reparto, se consolida por la capitalización en las cajas de compensación familiar, lo que da lugar a la implementación de los servi-

---

(88) Artículo del autor tomado de la revista *Actualidad Laboral*, Editorial Legis, 2007.

cios sociales; posteriormente se extiende, por aplicación del principio de solidaridad, al cubrimiento de requerimientos públicos en materia de vivienda de interés social, salud, educación y atención a la niñez, inclusive frente a poblaciones no afiliadas.

De considerarse el subsidio familiar exclusivamente como una prestación social de los trabajadores, a cargo de los empleadores y pagada por conducto de una caja de compensación familiar, la interpretación actual del sistema se ha ampliado, al ritmo con las necesidades y realidades de los tiempos presentes.

La Ley 789 de 2002 introdujo una transformación profunda, tanto al sistema de subsidio familiar como a la conceptualización general en torno al sistema de seguridad social en Colombia, pues incorporó, dentro de las prestaciones de aquella, las relativas al cubrimiento del paro laboral, involucrando en los beneficiarios del sistema a los desempleados.

Pero a más de lo anterior, el sistema, y particularmente la organización de las cajas de compensación familiar en el país, experimentan un nuevo e inaplicado ajuste, con la poco comentada e inefectiva Ley 920 del 23 de diciembre de 2004.

Dos aspectos centrales se resaltan de dicha normativa, con la cual se abre la posibilidad a las cajas para que en forma directa y como un programa bajo su responsabilidad capten ahorro del público y lo coloquen en servicio de crédito<sup>(89)</sup>, como complemento de la actividad financiera tradicional, en el propósito de focalizar estos esfuerzos a sectores poblacionales de menores ingresos, a saber:

a) El establecimiento de una opción nueva para los afiliados al sistema de subsidio familiar, incluidos los desempleados y los pensionados,

---

(89) Ver el modelo de operación del sistema de cajas de asignación familiar en Chile, Ley 18833 de 1989, país en el cual aquellas instituciones se convirtieron principalmente en operadoras de la prestación de crédito social, a partir de la cual cubren otros servicios, sin contar con las amplias posibilidades de gestión social para los trabajadores y la sociedad en general con que cuentan las cajas en Colombia.

para que accedan a líneas de crédito y, en especial, para dinamizar los programas de adquisición de vivienda de interés social, con el complemento de una financiación crediticia a partir del ahorro.

b) La incorporación de un criterio nuevo de financiación para las cajas de compensación familiar, con referencia sin duda al caso chileno, a efecto de lograr que éstas nutran su operación con ingresos no exclusivamente dependientes de los aportes patronales sobre la nómina, sino que puedan, al captar ahorro y colocar créditos, generar rendimientos que faciliten su sostenibilidad financiera.

La iniciativa que recoge la Ley 920 se muestra como una herramienta de importancia para el sistema de subsidio familiar, pues a través de ella se persigue el cumplimiento de objetivos tanto en el ámbito de una mayor cobertura en servicios sociales como del apalancamiento de las cajas, con lo cual asegurar su indispensable permanencia institucional, como fiduciarias sociales y promotoras de desarrollo y equidad en el país. Sin embargo, la definición misma del modelo de operación del nuevo servicio impide su eficacia, por lo cual sería altamente deseable adelantar una labor de revisión y actualización de esta normativa, en particular cuando la sociedad reclama vías adicionales para el ahorro, la inversión y el acceso al crédito.

### 5.1.1. *Antecedentes*

La presentación por el Ministerio de la Protección Social del proyecto que dio lugar a la ley en comento (proyecto 131/03 Senado - 154/03 Cámara) se sustentó principalmente en la reflexión sobre la necesidad de fomentar líneas de crédito accesibles a los sectores de menores ingresos de la sociedad, a través de una figura que permitiera a las cajas asumir una nueva fuente de financiación, capaz de permitir la ampliación de cobertura en sus servicios de crédito, con especial énfasis en cuanto atañe a la adquisición de vivienda de interés social.

En efecto, cerca del 80% de la población con ingresos inferiores a cuatro salarios mínimos legales mensuales es prioritariamente atendida por el sistema de cajas de compensación familiar, coincidiendo esta población con aquella que se encuentra por fuera del sistema de cobertura bancaria;

es preciso reconocer que el nivel de bancarización ha aumentado considerablemente en los últimos años.

Como se señalaba en la sustentación del proyecto inicial, cerca del 60% de los colombianos mayores de doce años están imposibilitados para acceder a créditos y para abrir cuentas bancarias.

No escapa además a una reflexión detenida que medidas como éstas, mediante las cuales se pretende generar alternativas de sostenibilidad financiera a las cajas a través de ingresos diferentes de los aportes patronales, se aproximan a la fórmula chilena, como estrategias para facilitar el desmonte de dichos aportes o la redefinición en su destinación legal, en procura de autonomía financiera para aquellas corporaciones.

Es preciso tener en cuenta, además, que las cajas históricamente vienen prestando servicios de crédito para sus afiliados, contando con una experiencia reconocida en la materia.

Otro de los puntos argumentados en el trámite de la iniciativa se refirió al estudio realizado por ASOCAJAS sobre sus afiliados<sup>(90)</sup>, reportando que de cada cien hogares solamente siete han accedido a crédito hipotecario para la financiación de su vivienda, teniendo en cuenta el costo de los créditos bancarios y las exigencias de las instituciones financieras para su otorgamiento.

Pese a la situación económica, el estudio reveló que de los 3.547.600 trabajadores afiliados al sistema de subsidio familiar, el 67,1% se encuentra actualmente ahorrando: un 47% a través de fondos de empleados, un 31% por medio de cooperativas y un 22% por el sistema bancario. El promedio mensual de ahorro asciende a \$70.434, y un 73.3% de los trabajadores encuestados se mostró dispuesto a ahorrar en las cajas la cuota monetaria de subsidio.

---

(90) Información recogida por el periódico *El Tiempo* en su edición del 7 de junio de 2004, con base en declaraciones del presidente de ASOCAJAS, Álvaro José Cobo.

Así mismo, como materia de reflexión se señaló que uno de los principales problemas del crédito en el país tiene que ver con su concentración, pues de los 50 billones de pesos colocados en 2002 por el sistema bancario, el 82% se dirigió a 5.000 deudores.

El trámite legislativo de la iniciativa se enfrentó a reacciones en contra de su procedencia, tanto desde la perspectiva de las instituciones financieras, en un comienzo, como luego desde los sectores cooperativos y de los fondos de empleados. Finalmente se obtuvo el respaldo parlamentario, entendiéndose que la ley se dirige a sectores específicos de la población y que, antes que entenderse a las cajas como competidoras de los bancos, las corporaciones o las cooperativas, su papel resulta complementario, vistas las amplias necesidades de hacer efectivo el derecho al crédito de los colombianos.

#### 5.1.2. *Elementos de la Ley 920 de 2004*

Como rasgos fundamentales de la iniciativa que se expresa en una ley marco en los términos del artículo 150, numeral 19, literal d) de la Constitución Política, se cuentan:

- a) La autorización a las cajas para que constituyan sección especializada de ahorro y crédito, a través de la cual adelantar la actividad financiera que les permite la ley.
- b) Dicha actividad se podrá desarrollar en relación con los afiliados a las cajas de compensación familiar, esto es: las empresas, los trabajadores, los pensionados, los independientes y desempleados afiliados en los términos y condiciones que reglamente el Gobierno Nacional. No se extiende la posibilidad de captación y crédito frente a no afiliados, si bien en el debate preliminar se había acogido orientación diferente, en cuanto a permitir la captación abierta al público.
- c) La constitución de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar a que se refiere la ley de autorización está supeditada al cumplimiento del requisito de capital mínimo que aplica para la creación de cooperativas financieras y que se ubica en los \$1.500.000.000. La Superintendencia Financiera de Colombia ejercerá

la verificación sobre este punto y podrá autorizar un capital inferior, nunca menor al 50% de aquel monto.

d) Se dispone la total separación y diferenciación de las operaciones, activos, pasivos y patrimonio de las secciones especializadas de ahorro y crédito, respecto a las operaciones y patrimonio de la caja correspondiente, con el carácter de patrimonio autónomo.

e) Se establece el principio de la no persecución de los bienes y activos de dicho patrimonio, por otros acreedores de la caja de compensación familiar, si la causa de sus obligaciones no se concreta en la actividad financiera.

f) La actividad financiera que pueden desarrollar las cajas se concreta en la captación de recursos moneda legal, en depósitos a término, ahorro programado y ahorro contractual de los vinculados, así como en la colación de crédito en forma exclusiva entre los vinculados. En cuanto a las empresas que hagan uso de tales servicios, la actividad financiera se reduciría a la captación.

g) Por razón del principio constitucional de democratización del crédito, dispone la ley que “el 80% del valor total de los créditos otorgados estará destinado para aquellas personas que devenguen hasta tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMLMV)”<sup>(91)</sup>.

h) Las secciones especializadas de ahorro y crédito de las cajas podrán recibir el traslado de las cuentas de ahorro programado para vivienda de interés social de sus afiliados.

i) La vigilancia de esta actividad estará a cargo de la Superintendencia Financiera de Colombia, según la reglamentación que al efecto expida

---

(91) Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, por la cual se declara exequible esta regulación considerando la naturaleza de las cajas como entidades de la seguridad social.

el Gobierno Nacional<sup>(92)</sup> y de conformidad con los objetivos consagrados en el artículo 48 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero<sup>(93)</sup>.

j) Se dispone el pago de contribución por parte de las cajas que ejecuten función o actividad financiera en los términos de la ley, a favor de la Superintendencia Financiera, la cual consistirá en tarifas que se calculen de acuerdo a los criterios técnicos que señale el Gobierno, en todo caso bajo los postulados del artículo 337 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

k) La Superintendencia deberá verificar en forma permanente la idoneidad, responsabilidad y el carácter de quienes dirijan o administren las secciones especializadas de ahorro y crédito de las cajas autorizadas, así como la solvencia del patrimonio autónomo de la sección, conforme a las reglas que rigen para los establecimientos de crédito.

l) Se regula de manera particular el procedimiento de toma de posesión de las secciones de ahorro y crédito que funcionen en las cajas de compensación familiar.

m) Se impone al Gobierno la obligación de adoptar, en el término de seis meses, las medidas necesarias para adecuar la estructura de la Superintendencia para que quede habilitada en el cumplimiento de las nuevas funciones de inspección y vigilancia que se le asignan<sup>(94)</sup>.

---

(92) Inicialmente se contemplaba que la inspección y vigilancia correspondería a la Superintendencia del Subsidio Familiar, excepto cuando se realizara la actividad en relación con terceros no afiliados a la caja, hipótesis en la cual la vigilancia estaría a cargo de la Superintendencia Financiera; sin embargo se ajustó la competencia, asignándola de manera general a la Superintendencia Financiera.

(93) La actividad de las cajas en materia de microcrédito para MIPYMES estará sujeta a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia del Subsidio Familiar, bajo la reglamentación general que expida la Superintendencia Bancaria en lo atinente a establecimientos de crédito, según lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 2340 de 2003.

(94) En la versión anterior del proyecto se difería la entrada en vigencia de la ley hasta tanto no se reestructurara la Superintendencia del Subsidio Familiar, para que se adecuara a las exigencias de las nuevas funciones que se le imponen en razón de la habilitación a las cajas para realizar actividad financiera.



n) Dichas secciones se registrarán por el reglamento que expida el Gobierno Nacional y que contemple un sistema especial, con sujeción a los principios de la citada ley y del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual se aplicará subsidiariamente en cuanto tiene que ver con la regulación de los establecimientos de crédito.

o) Se ordena la constitución de un fondo de liquidez, con por lo menos el 10% del total de las captaciones, colocado en los establecimientos y fondos señalados por la ley.

p) El Gobierno Nacional determinará el mecanismo por el cual las secciones especializadas de ahorro y crédito de las cajas aseguren los depósitos de los afiliados, para lo cual podrá autorizar al Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas (Fogacoop) en cuanto al otorgamiento de dicho seguro.

q) Se posibilita a las cajas para que sin perjuicio de operar el esquema de captación y colocación de ahorro consagrado en la ley, continúen ejecutando el servicio de crédito a sus afiliados en las condiciones de la legislación anterior y con cargo a los recursos provenientes de los aportes empresariales.

r) Se establece un régimen sancionatorio y de prohibiciones a las cajas que operen las aludidas secciones, con miras a preservar la libertad de los afiliados en cuanto al destino del ahorro, así como a mantener la solidez patrimonial tanto de la caja como de la sección especializada.

s) Los administradores de las secciones especializadas de ahorro y crédito *serán funcionarios de dedicación exclusiva designados por la respectiva Caja de Compensación Familiar*. A los mismos se les aplicará la Ley 222 de 1995 en materia de responsabilidades, debiendo cumplir con los requisitos exigidos a los representantes legales de las entidades financieras y el trámite de la posesión ante la Superintendencia Bancaria.

La norma aludida modifica, adicionándolo, el artículo 16 de la Ley 789 de 2002, y establece un artículo transitorio para disponer el ajuste de la Superintendencia Financiera con miras a dotarla de medios para el cumplimiento de su nueva función de vigilancia con respecto a las cajas que constituyan secciones especializadas de ahorro y crédito.

Vale la pena tener en cuenta que la disposición habilita pero no obliga a las cajas a constituir u operar a través del modelo de captación de ahorro para colocación en crédito. Ello significa:

1. Que las cajas podrían constituir secciones especializadas de ahorro y crédito, siempre y cuando cumplan los requerimientos establecidos por el párrafo primero del numeral 14 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002, en la forma en que resulta modificado por la nueva ley, y solicitar la autorización para su funcionamiento a la Superintendencia Financiera.

2. Que si no son autorizadas por la Superintendencia, no cumplen los requisitos de ley o no es su voluntad operar bajo la forma de secciones de ahorro y crédito, podrían las cajas recurrir al principio general de asociación contemplado en la propia Ley 789 de 2002, para participar, constituir o invertir en entidades financieras o cooperativas, a través de las cuales cumplir con similares –más amplias– funciones<sup>(95)</sup>.

3. Que si constituyen y son autorizadas para operar con secciones especializadas de ahorro y crédito, podrían paralelamente continuar prestando servicios de crédito con recursos bajo su administración como caja, no con cargo a los recursos del patrimonio autónomo de la sección especializada, en los términos de las leyes 21 de 1982 y 789 de 2002. Esto es, la misma persona jurídica, caja de compensación familiar, otorgaría crédito por dos vías, como caja –sin compromiso previo de ahorro– y a través de la sección especializada de ahorro y crédito –para quienes, como acontece en el ámbito cooperativo, comprometieran su esfuerzo de ahorro–<sup>(96)</sup>.

(95) Ver numeral 3 del artículo 41 de la Ley 21 de 1982, modificado por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002.

(96) Nótese que la ley no discrimina en cuanto a los beneficiarios de crédito por esta vía, limitándose a señalar, en el párrafo tercero del numeral 14 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002, que el crédito se colocará en los trabajadores, pensionados, independientes y desempleados afiliados a la caja, sin señalar que siempre y cuando éstos sean ahorradores. Sin embargo, la conclusión lógica es obligada, pues de lo contrario los recursos del patrimonio autónomo de la sección se desviarían a cubrir solicitudes de no ahorradores, desvirtuando el querer de la disposición y en contravía del modelo cooperativo.

4. Que si no fuera decisión de la caja adelantar la constitución de sección especializada de ahorro y crédito, podría continuar operando como hasta ahora bajo el modelo de otorgamiento de créditos contra los recursos sometidos a su administración, conforme a los programas que hayan sido aprobados por su consejo directivo.

### 5.1.3. *Alcance material de la actividad autorizada*

De manera general la ley autoriza a las cajas que cuenten con los requisitos de habilitación para adelantar actividad financiera. Dicha actividad se concreta en captar en moneda legal recursos y colocarlos en forma exclusiva entre los afiliados a través de créditos.

La captación de recursos podría hacerse exclusivamente a través de las siguientes modalidades:

- a) Constitución de depósitos a término
- b) Ahorro programado
- c) Ahorro contractual
- d) Traslado de cuentas de ahorro programado para vivienda, abiertas en otros establecimientos financieros

La colocación de los recursos se haría exclusivamente a través del otorgamiento de créditos a los afiliados aportantes.

El 70% de los créditos deberán otorgarse para la adquisición de vivienda de interés social, en tanto el porcentaje restante se ocupará en créditos para educación y libre inversión<sup>(97)</sup>.

---

(97) La restricción en cuanto a fijar un porcentaje obligatorio de colocación de crédito para mutuos hipotecarios fue demandada por considerar violaba el principio de igualdad, en la relación entre las cajas y las instituciones financieras, respecto al desarrollo de la actividad de intermediación financiera. La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-041 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, encontró exequible la norma, considerando la naturaleza de las cajas como entidades de la seguridad social y además la inexistencia de un concepto constitucional de actividad financiera. Esta regulación ha sido una de las principales trabas para que las cajas de compensación familiar asuman directamente la actividad de intermediación, pues implica un efecto financiero de descalce en cuanto la colocación de créditos de largo plazo en una proporción inmodificable.

Tanto para la captación de ahorro como para la colocación de créditos, la ley establece que podrá aplicarse el sistema de descuento por nómina o libranza, previa aceptación del deudor (art. 4<sup>o</sup>.<sup>(98)</sup>).

Se genera un avance importante con la norma, pues se consagra la obligación a cargo del empleador de aplicar el mecanismo de descuento por nómina, sin que implique para él asumir responsabilidades económicas, las cuales se entiende son a cargo del deudor.

#### 5.1.4. *Alcance personal de la actividad autorizada*

Las secciones especializadas de ahorro y crédito que constituyan las cajas de compensación familiar podrían desarrollar la actividad financiera taxativamente definida por la ley, de modo exclusivo en relación con:

- a) Los trabajadores a ellas afiliados.
- b) Los pensionados (afiliados, se reitera, en los términos de la L. 71/1988).
- c) Los independientes (que se afilien bien por convenio o disposición legal, según lo dispone el D. 784/1989, bien como afiliados voluntarios en los términos de la L. 789/2002).
- d) Los desempleados afiliados, según lo defina el Gobierno Nacional a través de acto reglamentario, entendiendo en ellos a quienes sean be-

---

(98) *Toda persona, empresa o entidad pública o privada, estará obligada a deducir y retener de cualquier cantidad que haya de pagar a sus trabajadores o pensionados, las sumas que estos adeuden a la caja de compensación o cooperativa o fondos de empleados, cuya obligación conste en libranza, títulos valores, o cualquier otro documento suscrito por el deudor quien para el efecto deberá dar su consentimiento previo. En ningún caso las personas y entidades señaladas en este artículo podrán cobrar cuota de administración o suma alguna por realizar esta operación. Esta habilitación ha sido extendida conforme la regulación del artículo 89 de la Ley 1151 de 2007, que reza: **Libranzas para créditos de vivienda de interés social. Lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 920 de 2004, también aplicará en el caso de las sumas que se adeuden a los establecimientos de crédito vigilados por la Superintendencia Financiera, por concepto de vivienda de interés social y educación.***

beneficiarios de la protección social en subsidios y servicios a que alude la Ley 789 de 2002 (con cobertura de un año en servicios y seis meses en subsidio monetario).

e) Las empresas afiliadas, solamente en cuanto se refiere a la captación de recursos de ahorro, pues ellas no pueden ser beneficiarias de crédito por parte de las aludidas secciones especializadas, por lo cual en este tipo de sujetos la vinculación se da exclusivamente en una vía, la del aporte.

#### 5.1.5. *Naturaleza jurídica de la sección especializada*

La sección especializada de ahorro y crédito que se constituye en un programa de la caja autorizada al efecto, tendrá la naturaleza de patrimonio autónomo.

Las consecuencias legales de tal sistema de operación se concretan en la independencia y autonomía que se atribuye a los activos, en particular a los aportes de los ahorradores, pasivos y patrimonio de las secciones especializadas. Estos deben estar separados totalmente y diferenciados en los términos de la ley de los propios de la respectiva caja de compensación familiar, sin que puedan confundirse ni destinarse a fines propios de la caja.

La aludida autonomía se refleja principalmente en el postulado de la no persecución de los activos que constituyen la sección especializada, en razón de obligaciones que no tengan que ver con el ahorro de los afiliados y con la operación de las actividades autorizadas al patrimonio autónomo; es decir, aquellos no podrán ser perseguidos por acreedores de la caja en su operación diferente al ahorro crédito de que trata la disposición.

Es el caso de la constitución legal de un patrimonio autónomo administrado por una entidad particular, distinta de las entidades fiduciarias, con carácter corporativo, pero con aplicación de los principios legales en materia de patrimonios autónomos, en especial en cuanto toca con la des-

tinación y afectación de los recursos que lo constituyen, considerando que se trata en últimas de ahorro del público<sup>(99)</sup>.

La operación, por ende, de las secciones será independiente en lo referente al manejo contable y financiero, sujetándose a las restricciones en materia de inversiones y demás aplicables en cuanto a no destinación diferente de recursos del ahorro para propósitos particulares de la caja de compensación de que se trate.

Por tratarse de un patrimonio autónomo precisamente, la toma de posesión que realizare la Superintendencia Financiera y la liquidación que resultare procedente, en los términos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se referirá exclusivamente a la sección especializada de ahorro y crédito de la caja de compensación familiar.

#### 5.1.6. *Prohibiciones y operaciones autorizadas*

Los numerales 14.1 y 14.2 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002 se adicionan por la nueva ley, para establecer las operaciones prohibidas a las secciones especializadas de ahorro y crédito e indicar aquellas autorizadas.

Dentro de las prohibiciones conviene tener en cuenta las referidas al ejercicio de abuso de poder o posición dominante por parte de las cajas respecto a sus afiliados, en cuanto a obligarlos de cualquier manera a realizar el ahorro en la propia corporación, esto sin perjuicio, por supuesto, del establecimiento de métodos de promoción y estímulo al ahorro dentro de los parámetros de la libre competencia, amparada constitucionalmente.

También se prohíbe a las cajas condicionar la aprobación y el desembolso de créditos de vivienda a través de las secciones especializadas a la

---

(99) Artículo 1233 del Código de Comercio: *Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.*

Artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: *Toda sociedad fiduciaria que reciba fondos en fideicomiso deberá mantenerlos separados del resto del activo de la entidad.*

adquisición de unidades en proyectos propios. Sin que ello quiera decir que cuando de manera libre y espontánea el afiliado desee adquirir una vivienda dentro de un proyecto ofertado por la caja ésta proceda a considerar la solicitud de crédito que el mismo afiliado aportante realice a través de la sección, con las condiciones uniformes aplicables según el reglamento de crédito.

De igual forma tienen prohibido las cajas obligar a sus trabajadores afiliados, por cualquier vía, al ahorro en las secciones especializadas de las cuotas monetarias de subsidio a que tienen derecho.

En cuanto a la prohibición de delegar, subcontratar o entregar en administración con un tercero la operación de las secciones especializadas de ahorro y crédito, se trata de impedir con la propuesta la utilización del nombre de la caja y la tercerización del servicio a través de modalidades jurídicas que impliquen la operación por persona diferente, sin que se extienda tal prohibición o afecte el postulado legal de libre asociación que rige las cajas de compensación familiar, a partir de lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002.

Esto es, las cajas podrán asumir para la operación de las secciones especializadas de ahorro y crédito las modalidades de asociación entre corporaciones de la misma naturaleza, pues es el principio aplicable al interior del sistema, creándose por ejemplo asociaciones de cajas –de igual naturaleza y régimen aplicable que aquellas– cuyo objeto sea cumplir la función del ahorro crédito. Así ocurre en casos vigentes frente a la prestación de servicios de recreación o, particularmente, para la administración directa por las cajas de recursos destinados al régimen subsidiado de salud<sup>(100)</sup>.

---

(100) Numeral 3 del artículo 41 de la Ley 21 de 1982: *Las Cajas de Compensación Familiar tendrán entre otras, las siguientes funciones:*

(...)

3. *Ejecutar, con otras cajas, o mediante vinculación con organismos y entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de seguridad social, programas de servicios, dentro del orden de prioridades señalado por la ley (ajustado mediante L. 789/2002).*

*Artículo 61 de la Ley 21 de 1982: Las Cajas de Compensación Familiar podrán organizar conjuntamente obras y programas sociales con el fin de lograr una mejor y más económica atención a los trabajadores beneficiarios y las personas a su cargo.*

No obstante, por la especificidad de la autorización, consideramos que cuando una caja, en virtud del principio de libre asociación reiterado por la Ley 789 de 2002, participe, constituya, invierta o se asocie en entidad del sector financiero, cooperativo o solidario para la prestación de servicios asociados al ahorro crédito, dejarían de aplicársele las disposiciones especiales de la ley, para acogerse integralmente al régimen propio de la entidad de que se trate, pudiendo dirigir por supuesto la promoción del nuevo servicio a la población afiliada, pero ya no bajo el esquema de la sección especializada. Ello además se deduce en armonía con la prohibición proyectada por el numeral 3 del acápite 14.1 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002.

En lo que respecta a las operaciones autorizadas descritas en la iniciativa, ya se ha hecho mención a la facultad para aplicar el sistema de libranza o descuento por nómina para el ahorro y/o el pago de los créditos, previa aceptación voluntaria y libre del beneficiario. Se adiciona a este respecto la obligación de los empleadores en cuanto a colaborar en la aplicación del aludido mecanismo, con lo cual se facilitará sin duda su eficacia.

En cuanto a operaciones autorizadas, nótese además que la iniciativa faculta a las cajas, a través de las secciones especializadas de ahorro y crédito, para operar cuentas de ahorro programado que se trasladen de otros establecimientos financieros y que tengan por objeto la financiación para adquirir vivienda de interés social. Medida interesante que sin duda ayudará en el propósito de agilizar el otorgamiento y desembolso de subsidios de vivienda de interés social.

#### 5.1.7. *Utilización de excedentes*

Ordena la ley que el 50% de los excedentes anuales que genere la caja por la sección especializada se destine específicamente al FOVIS, empleándose para el otorgamiento de subsidios de vivienda de interés social, tipo I y II<sup>(101)</sup>.

---

(101) La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-041 de 2006, ob. cit., declaró exequible esta destinación de excedentes. En nuestro concepto, la misma representa una modalidad atípica de impuesto para un tipo de personas jurídicas



### 5.1.8. *Inspección, vigilancia y control*

Una sola reflexión sobre el punto. A la par con el incremento de funciones a cargo de las cajas se multiplican las autoridades de control que sobre ellas ejercen vigilancia.

Con la Ley 920 se suma la Superintendencia Financiera de Colombia al haz de organismos que cumplen tal función respecto de las cajas, a saber, la Superintendencia del Subsidio Familiar, en razón de la naturaleza jurídica de aquellas; la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto a los temas previstos por la Ley 789 de 2002 para competencia y protección al consumidor; el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, frente a la operación con subsidios de vivienda y la operación de turismo; la Superintendencia Nacional de Salud, en cuanto a la administración de recursos del régimen subsidiado de salud o a la participación en programas como entidades promotoras de salud o de instituciones prestadoras de salud.

Se requerirá en el punto especial cuidado, para impedir las duplicidades de control, garantizar la eficiencia y economía en el mismo y preservar la autonomía de dichas organizaciones.

Temas prácticos para la definición de competencias se presentarán, por ejemplo, en cuanto al control de la idoneidad de los administradores de la sección especializada de ahorro crédito, que son los mismos de la caja, con lo cual la revisión que sobre ellos realizan la Superintendencia del Subsidio –la cual aprueba la elección de miembros del consejo por la asamblea de afiliados y de revisor fiscal– y el Ministerio de la Protección Social –el cual designa los representantes en el consejo directivo de los trabajadores a nombre de los trabajadores– habrá de armonizarse con

---

*(Cont. nota 101)*

por el desarrollo de una actividad especializada, con destino a un fin social. Constituye la primera modalidad empleada en el país, con el aval constitucional, por medio de la cual se destinan recursos específicos de la gestión financiera a una finalidad de seguridad social, como expediente que puede ser empleado en tratándose de la gestión realizada, por ejemplo, por las instituciones financieras ya directamente consideradas y con destino a fines de la salud o del reconocimiento de beneficios económicos periódicos.

la vigilancia a cargo la Superintendencia Financiera, la que, verbigracia, tendrá que ser informada sobre la designación que haga el director administrativo de una caja en cuanto al gerente o responsable de la sección especializada que haya constituido.

Interesante y oportuno resulta el reconocimiento de esta nueva facultad para las cajas de compensación familiar, las cuales tienen el reto, más allá de las limitantes estructurales de la ley, de articular un nuevo servicio para ejecutarlo con la responsabilidad social con la que han cumplido su misión pública en el país.

## **5.2. Ley 1233 de 2008: aportes parafiscales especiales a cargo de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado**

Con esta disposición se pone término a una discusión de años, en cuanto a la imposición de aportes parafiscales con destino al sistema de subsidio familiar, al SENA y al ICBF para las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado y, especialmente, al debate sobre si en particular los beneficios del subsidio familiar debían o no reconocerse a los trabajadores de la modalidad cooperativa.

En un comienzo el Consejo de Estado determinó la nulidad de la disposición administrativa que así lo establecía, argumentando que por tratarse de una relación no laboral la extensión del pago de dichos aportes a las cooperativas carecía de fundamento legal y debía, en caso de adoptarse, ser acogida mediante norma con rango de ley. Luego, el Decreto 4588 de 2006, artículos 26 a 32, determinó las obligaciones de aquellas respecto a la seguridad social, disponiendo su deber de afiliar a los cooperados a los regímenes de pensiones, salud y riesgos profesionales, mas no al de subsidio familiar. Estaban también excluidas del pago de aportes parafiscales con destino al SENA y al ICBF.

Lo anterior determinó que los cooperados quedaran excluidos del acceso a la prestación del subsidio familiar y a las prestaciones sociales de las cajas, retornando a un estadio anterior, en virtud del cual si en el régimen cooperativo se incluía la afiliación al sistema de subsidio familiar, esta procedía, pero ahora solamente podía ser en condición facultativa, esto es,

para servicios, sin causar cuota monetaria de subsidio y con un aporte determinado por las partes, entre el 0.6% y el 2% de las compensaciones ordinarias, conforme el referente normativo de la Ley 789 de 2002, en materia de afiliación voluntaria al sistema de subsidio familiar.

Por el querer de algunas cooperativas, se reactivó la línea de afiliación facultativa, en la cual, pese al aporte, los cooperados no tenían derecho a subsidio familiar.

Ante esta situación se incluyó en la Ley 1151 de 2007 el numeral 3.3 del artículo 6º, disposición particular para señalar que, como instituciones de la seguridad social, las cajas de compensación familiar podían afiliarse a cooperativas y precooperativas de trabajo asociado y brindar a sus asociados todos los beneficios del sistema de subsidio familiar –incluida la cuota monetaria de subsidio– siempre y cuando la cooperativa realizara el aporte pleno al sistema, esto es, del 4% sobre la nómina de compensaciones de sus asociados.

A partir de dicha disposición y para regular el esquema de afiliación de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado a las cajas de compensación familiar, se dictó el Decreto 400 de 2008, en el cual se consagraban disposiciones sobre el procedimiento aplicable al respecto.

Esta disposición es la primera que en la historia del subsidio familiar en Colombia recurre a una terminología típica de la seguridad social y hasta entonces ajena al lenguaje empleado en la normativa aplicable a las cajas de compensación familiar. Por ejemplo, en el Decreto 400 se alude a multifiliación (art. 5º) y se citan los principios de la seguridad social como aplicables al caso (art. 3º).

El Decreto 400 exigió que el consejo directivo de cada caja de compensación familiar apruebe las condiciones de afiliación que ofrecerá con carácter general a las cooperativas que se afilien a la corporación, decisión que deberá ser informada a la Superintendencia del Subsidio Familiar.

Así mismo, en su artículo 2º señaló los requisitos que deben cumplir las cooperativas que soliciten su afiliación, e indicó que en el caso de cooperativas con sedes en diferentes departamentos su afiliación debía sur-

tirse a través de una caja que hubiere previsto los mecanismos necesarios para que los servicios ofrecidos se garantizaran a nivel nacional.

Esta disposición generó alarma al interior del sistema, pues se interpretaba como un mecanismo inicial para determinar la operación nacional de las cajas de compensación familiar.

Para aclarar el punto se expidió el Decreto 1570 de 2008, por el cual se adoptó la modificación al mencionado artículo 3° del Decreto 400, sobre cobertura, para expresar que la provisión de servicios a nivel nacional se ejecutará a través de alianzas, convenios o mecanismos similares y que tendrá por objeto que los cooperados en diferentes sedes puedan beneficiarse de aquellos.

Para ser más precisos, el artículo 1° del Decreto 1570 adiciona una norma en virtud de la cual: *...el pago de aportes para el subsidio familiar a cargo de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado se realizará de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 21 de 1982 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.*

Esto es, se preservaba la territorialidad en la operación de las cajas, también en el caso de la afiliación de este grupo de organizaciones cooperativas.

Finalmente se adoptó la Ley 1233 de 2008, la cual contiene el nuevo régimen al respecto.

En ella se acoge la obligatoriedad, a partir del 1° de enero de 2009, en cuanto al pago de aportes parafiscales con destino al sistema de subsidio familiar, al SENA y al ICBF para las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado cuya facturación por el año anterior exceda los 435 salarios mínimos legales.

Se recurre a un criterio de clasificación de las organizaciones, hasta ahora no empleado dentro del sistema de protección social y que está relacionado con la gestión comercial y productiva de la entidad cooperati-

va; esto quiere decir que si la organización no factura el monto establecido como referente, no estará obligada a pagar las contribuciones parafiscales especiales.

No sobra advertir que la Ley 1233 reitera lo consagrado en cuanto a obligaciones de afiliación y pago de aportes al sistema de seguridad social, en salud, pensiones y riesgos profesionales, respecto de los cuales no incluye la exoneración para el caso de organizaciones con niveles inferiores de facturación.

El otro aspecto conceptual que conviene resaltar es que la ley alude en su objeto a la creación de las contribuciones parafiscales especiales (art. 1º) para las cajas de compensación familiar, el SENA y el ICBF, y en parte alguna menciona lo principal de este régimen, cual es el acceso a los servicios. Habrá que entender, claro está, que en la medida en que están obligadas algunas cooperativas a pagar aportes al sistema de subsidio familiar, se causarán a plenitud los derechos que el mismo reconoce a sus afiliados en condiciones generales.

Otra modificación de la norma frente al régimen de subsidio familiar tiene que ver con la definición de la base para la liquidación del aporte, la cual tomará en cuenta, para el evento específico de las cajas de compensación familiar, el monto de las compensaciones ordinarias y extraordinarias mensuales devengadas por los cooperados, conforme lo prescrito en el inciso segundo de su artículo 2º.

Entiéndase que las cooperativas no obligadas al pago de estas contribuciones especiales podrán afiliarse, conforme lo establecido por la Ley 1151 de 2007 y el Decreto 400 de 2008, a las cajas de compensación familiar y, en caso de pagar aportes por el 4% sobre las compensaciones, generarán el derecho al subsidio para sus cooperados; de otro lado y si este aporte no se da, podrán también afiliarse como facultativas, generando servicios sociales para los cooperados, mas no derecho a subsidio, todo ello dependiendo de su régimen cooperativo interno.

El Decreto 3553 de 2009 desarrolla lo concerniente al pago de contribuciones parafiscales especiales a cargo de las cooperativas de trabajo asociado.

### 5.3. **Decreto 2581 de 2007: participación de las cajas de compensación familiar en la educación superior**

Para zanjar la discusión sobre la viabilidad o no de que las cajas de compensación familiar pudieran participar en el desarrollo de instituciones de educación superior, por la naturaleza del aporte que en estas debe hacerse, como instituciones sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones o fundaciones, se dicta el Decreto 2581 de 2007.

En virtud de tal disposición se establece: *Las Cajas de Compensación Familiar podrán constituir Instituciones Técnicas Profesionales, Instituciones Tecnológicas, Instituciones Universitarias o Escuelas Tecnológicas, especialmente, para ofrecer y desarrollar programas académicos de formación técnica profesional y tecnológica, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos para tal fin.*

Para ello, podrán emplear los rendimientos y productos líquidos de sus operaciones, como también los remanentes operacionales, requiriéndose en todo caso aprobación previa de la inversión por parte de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

Las instituciones de educación superior de que trata el artículo 1º del Decreto 2581 promoverán el acceso al servicio de educación para los afiliados a la caja, entendiéndose en todo caso que el mismo estará abierto al público en general, tomando en cuenta que se trata de entidades autónomas, sujetas a regulación y vigilancia por el Ministerio de Educación Nacional.

Finalmente, se ordena que en los estatutos de las instituciones educativas en las que participen las cajas de compensación familiar se incluyan disposiciones para que, en caso de disolución o liquidación de las mismas, los recursos invertidos por las cajas retornen a ellas, calculados a valor presente y previo el cumplimiento de las obligaciones con prelación de ley.

### 5.4. **Decreto 525 de 2009: régimen especial de aportes parafiscales para micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES)**

La Ley 590 de 2000 estableció las regulaciones para la promoción del desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas en Colombia.

Al respecto definió a qué tipo de unidades empresariales se les reconocería ese carácter, estableciendo además el marco institucional para el fomento de las mismas y fijando el régimen de estímulos e incentivos para su creación.

La Ley 905 de 2004 modificó los criterios para la definición de las famiempresas y las MIPYMES, mediante definición vigente en la actualidad<sup>(102)</sup>.

Entre los estímulos que fijó el ordenamiento nacional para tales organizaciones empresariales, se encuentra el regulado por el artículo 43 de la Ley 590 de 2000, en lo atinente a la exoneración (reducción) parcial y temporal en el pago de aportes parafiscales a cargo de dichas empresas con destino al SENA, al ICBF y a las cajas de compensación familiar, sin que el mismo impacte en el reconocimiento de los beneficios y las coberturas para los trabajadores afiliados por ellas.

El régimen especial de pago de aportes para MIPYMES implica, pues, que a partir de la constitución e instalación de las mismas y desde la vi-

---

(102) ART. 2°—*Definiciones.* Para todos los efectos, se entiende por micro incluidas las Famiempresas pequeña y mediana empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda a dos (2) de los siguientes parámetros:

1. Mediana empresa:

a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores, o

b) Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) a treinta mil (30.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Entre \$1.790.358.000 y \$10.740.000.000.

2. Pequeña empresa:

a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores, o

b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes o, entre \$179.358.000 y \$1.790.000.000

3. Microempresa:

a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores o,

b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes o, \$179.000.000.

Téngase en cuenta lo establecido por la Ley 1111 de 2006 en cuanto a estandarización de los parámetros definidos en salarios mínimos.

gencia de la Ley 590 de 2000, por el primer año de su operación paguen solamente el 25% de lo que les corresponda por los mencionados aportes parafiscales; por el segundo año, la exoneración parcial es del 50%, y por el tercer año de funcionamiento el descuento en el aporte es del 25%, debiendo cancelar entonces el 75% de lo adeudado por ese concepto.

#### 5.4.1. *Requisitos para la procedibilidad del beneficio*

La Ley 590 de 2000 estableció los siguientes requisitos:

a) Que se trate de empresa MIPYME en los términos de la definición legal.

b) Que el beneficio se aplique a empresas constituidas a partir del 10 de julio de 2000 (vigencia de la ley), sin considerar empresas que hayan sido objeto de reforma estatutaria o de procesos de escisión o fusión con otras.

c) Que la empresa se *constituya*, requisito que se cumple en la fecha de la escritura pública de constitución para el evento de personas jurídicas, y en la fecha de registro en la cámara de comercio para el caso de las demás MIPYMES.

d) Que la empresa se *instale*, trámite que implica la presentación de memorial dirigido a la DIAN en el que se manifieste:

La intención de acogerse a los beneficios de la ley.

La actividad económica a que se dedica la empresa.

El capital de la misma.

Su lugar de ubicación respecto a la planta física o el inmueble en el cual se desarrollará la actividad económica.

El domicilio principal.



Es claro, conforme la determinación legal, que para hacer uso del mencionado beneficio la empresa debe acreditar su condición de constitución e instalación.

En los mismos términos, el artículo 43 de la Ley 590 de 2000 prescribió, en nuestro concepto, un modelo voluntario de acogimiento al régimen de exoneración parcial y temporal, en la medida en que exige a la empresa hacer solicitud expresa mediante memorial dirigido a la DIAN, en el que se manifieste *la intención de acogerse a los beneficios que otorga este artículo*.

Cumplidos los requisitos citados, la empresa reporta a la caja de compensación familiar de que se trate, a efecto de ser clasificada en la categoría de MIPYME con régimen especial de aportes, lo que en la actualidad implica su categorización particular bajo el modelo de la planilla integrada de liquidación de aportes (PILA), con el efecto de reducción en el pago de parafiscales.

La aplicación de dicha normativa ha sido reducida en los años posteriores a su vigencia, constituyendo un tema de inquietud para las autoridades públicas, en particular para el Departamento Nacional de Planeación y los integrantes del sistema de apoyo a MIPYMES, por considerar que los efectos pretendidos con la ley no se han cumplido a cabalidad.

Bajo esta perspectiva se expidió el Decreto 525 de 2009, reglamentario del referido artículo 43, con el cual se pretende generar una aplicación más expedita y masiva del régimen especial de aportes para MIPYMES.

#### 5.4.2. *Régimen del Decreto 525 de 2009*

La aplicación de la ley y los principales aspectos desarrollados por el Decreto 525 de 2009 en cuanto al régimen especial de aportes para MIPYMES pueden resumirse en los siguientes, no sin antes comentar que en algunas de las materias reguladas se aprecian aspectos de discusión en cuanto al posible exceso de las facultades reglamentarias, no obstante que por vigencia de la presunción de legalidad habrá de procederse a la aplicación de esta normativa última.

a) El requisito de instalación de la MIPYME (memorial para la instalación en los términos de la L. 590) se entiende satisfecho con la expedición del RUT por parte de la DIAN, en el cual consten los requisitos para acceder al régimen especial y temporal de aportes.

b) El concepto del primer año de operación al que alude el artículo 43 de la Ley 590 de 2000 se contará a partir de la fecha reportada como de inicio de la actividad económica principal en el RUT correspondiente.

c) La MIPYMES que desde el 23 de febrero de 2006 se hayan constituido e iniciado operación y quieran gozar del beneficio, deberán actualizar el RUT para hacerse titulares del mismo<sup>(103)</sup>.

Bajo el régimen del Decreto 525 las empresas constituidas, instaladas y en operación tendrán derecho a los descuentos previstos en el artículo 43 de la Ley 590 de 2000, en el porcentaje que resulte aplicable desde la fecha reportada como de inicio de la actividad económica y dependiendo del tiempo transcurrido.

Lo anterior sin perjuicio de los trámites de devolución de aportes a favor de empresas que cumpliendo los requisitos de ley, hayan pagado en exceso con anterioridad al 23 de febrero de 2009. Esto es, en el evento en que dichas empresas hayan efectuado el trámite ante la DIAN mediante la presentación del memorial correspondiente (requisito de instalación).

Como principales modificaciones al régimen aplicable en el caso, se tiene que el Decreto 525 precisa el concepto de primer año de operación, haciéndolo equivalente al del inicio de la actividad económica reportado a la DIAN; de otra parte, sustituye el requerimiento del memorial de instalación ante la DIAN al que aludía el parágrafo 1 del artículo 43 de la Ley 590 por la expedición del RUT en el que consten los requisitos de la empresa como titular del beneficio.

Así mismo, el decreto consagra lo que puede denominarse una extensión de la oportunidad para hacer valer el beneficio, en cuanto da vía a las

---

(103) Las MIPYMES que al 23 de febrero de 2009 tengan más de tres años de operación, conforme la fecha reportada en el RUT como de inicio de la actividad económica, no podrán acceder ya al beneficio de la Ley 590 de 2000.

empresas que lleven no más de tres años de operación para que, actualizando su RUT, satisfagan el requisito de instalación y puedan hacer uso del estímulo.

En nuestro criterio, la aplicación del régimen especial en los términos de lo reglado por el artículo 4° del Decreto 525 de 2009 será con vigencia futura, esto es, la empresa podrá acreditar a partir de ahora el requisito de instalación mediante la presentación del RUT actualizado, y hará valer la exoneración parcial y temporal prevista por el artículo 43 de la Ley 590 de 2000 a partir de ese momento, *en el porcentaje que resulte aplicable dependiendo del tiempo transcurrido desde la fecha de inicio de operación* (esto es, la fecha reportada como de inicio de la actividad económica).

Podemos decir que se abre una opción para hacer valer el beneficio en el caso de empresas que no se hayan instalado a estos efectos, pero no con efecto retroactivo, por lo menos en los términos de lo expresado por el artículo 4° del Decreto 525 de 2009.

Es decir, una empresa creada, verbigracia, en junio de 2008 que no haya hecho valer a su favor el régimen especial de aportes, podrá actualizar su RUT y beneficiarse de la exoneración parcial y temporal, a partir de ahora, pero teniendo en cuenta que para efectos del descuento habrá de considerar cuánto tiempo ha transcurrido desde el momento en que inició actividad económica. Si ante la DIAN se registró como fecha de inicio de dicha actividad, por ejemplo, el mes de agosto de 2008, el beneficio a partir de la actualización del RUT será por el porcentaje que corresponda, descontando los meses o años que hayan transcurrido, lo que implica que no se le aplicará el mismo por tres años y no necesariamente será del 75% de descuento en el aporte, sino por el tiempo que pudiere faltarle para cumplir el año, desde su inicio de operación.

#### 5.4.3. *Otros alcances del Decreto 525 de 2009*

Por su parte, el decreto reglamentario contiene otras regulaciones en la materia, en particular impone a la DIAN la obligación de reportar al Ministerio de la Protección Social la información sobre las MIPYMES que se instalen para los efectos del aludido régimen especial, así como ordena

a la Superintendencia de Sociedades reportar dentro de los cuatro meses posteriores al cierre de cada ejercicio contable, al mismo Ministerio, las empresas con activos superiores a \$10.740.000.000.

El artículo 9° del Decreto 525 contiene una excepción para la aplicación del régimen especial contemplado en la ley, en el caso de MIPYMES constituidas con posterioridad al 23 de abril de 2009 cuyos establecimientos de comercio o la totalidad de sus activos hayan pertenecido a una empresa disuelta, liquidada o inactiva con posterioridad a la misma fecha.

El mencionado decreto rige a partir del 23 de abril de 2009.

La Resolución N° 1184 del 21 de abril de 2009 proferida por el Ministerio de la Protección Social desarrolla las previsiones del aludido decreto y fija el procedimiento para la aplicación del beneficio, estableciendo entre otras cosas, que corresponderá al empleador reportar su situación al operador de información, para que éste aplique el descuento del caso, según la información oficial que repose en el listado de la DIAN. Esto es, en nuestro concepto la aplicación del beneficio sigue siendo rogada y no de carácter automático.

## 6. REFORMAS ORGÁNICAS EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL

La estructura del sistema de protección social en Colombia ha experimentado profundos ajustes, los cuales apenas comienzan a ser percibidos en su dimensión.

La profundización de la participación de los particulares en la prestación del servicio ha sido su nota característica, si bien se ha recurrido en el país a un esquema interesante de conjunción de esfuerzos entre instituciones privadas y el Estado, mediante la aplicación de un modelo mixto, particularmente en el caso de salud y tanto en el aseguramiento como en la prestación de servicios.

Por último se ha procedido al adormecimiento del Instituto de los Seguros Sociales, trasladando su operación en los ramos de la salud, las pen-

siones y los riesgos profesionales a operadores especializados y diferentes, así como se ha consolidado el proceso de extinción de cajas de previsión, centralizando la operación del régimen pensional de prima media.

También el período se caracteriza por la aparición de nuevos actores, como por ejemplo los operadores de información, en lo relativo al manejo del proceso de gestión de la información para el pago de aportes al sistema, y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), para la dirección del proceso de cobro de aportes.

La modernización de la red de protección a través de la agencia de Acción Social, así como el fortalecimiento del SENA, se constituyen en realizaciones que caracterizan además este período reciente.

Como periódicamente ocurre, se escuchan voces orientadas a lograr la reducción o eliminación de los aportes parafiscales destinados a la financiación del sistema de subsidio familiar, del SENA y del ICBF, las que, de acogerse, podrían generar cambios en la institucionalidad. Por el momento, estas instituciones ofrecen un panorama generoso en cuanto a funciones y proyectos desarrollados.

La Superintendencia Nacional de Salud experimentó un proceso de ajuste y fortalecimiento, tanto en el reconocimiento de funciones, como en su desempeño organizacional.

Por su parte, se creó la Comisión de Regulación en Salud como órgano de diseño de política y regulación para el sistema de seguridad social en salud, que reemplaza al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el cual pasa a ser un órgano consultivo.

Se establecieron figuras nuevas sin posibilidades de implementación, pero de interesante perfil, como la defensoría del usuario en salud, para el trámite de reclamos de los usuarios de dicho sistema.

Entre las principales modificaciones orgánicas al sistema podemos especificar las siguientes, con sus fuentes normativas principales, con-

siderando que las mismas han sido tratadas en otros apartes de esta obra.

### 6.1. Adormecimiento del ISS y creación o transformación de operadores

En ese propósito se ha procedido por la política pública a partir del nuevo milenio. Inicialmente se produjo la escisión de las instituciones prestadoras y luego se procedió internamente a la individualización de los tres frentes de operación de la entidad, en cuanto a los ramos de pensiones, aseguramiento en salud y riesgos del trabajo.

Finalmente, el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 dispuso que el Gobierno Nacional proceda a la liquidación de Cajanal, EICE, Caprecom y del Instituto de los Seguros Sociales, “en lo que a la administración de pensiones se refiere”. La intervención por la Superintendencia Nacional en el área de aseguramiento en salud había determinado, por su parte, la suspensión del proceso de afiliación y abierto la puerta al proceso de extinción en la materia de la EPS del ISS.

El criterio general aplicado en este proceso se expresa en el mencionado artículo 155 de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo e implica el compromiso de mantener la presencia pública en la gestión de los ramos de la seguridad social, pero sin la participación del Instituto.

Al respecto, la norma señala:

*Con el fin de garantizar la actividad de aseguramiento en pensiones, salud y riesgos profesionales en condiciones de sostenibilidad, eficiencia y economía, se mantendrá una participación pública en su prestación. Para el efecto, se autoriza a las entidades públicas para que se asocien entre sí o con particulares para la constituciones de sociedades que administran estos riesgos o participen en el capital de las existentes o para que las entidades públicas enajenen algunos de los negocios a otras entidades públicas o que los particulares inviertan o participen en el capital de las entidades públicas.*

El proceso avanza en el establecimiento y la operación de nuevas operadoras con participación pública, así:

#### 6.1.1. *Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)*

Se crea esta empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, por medio de la Ley 1151 de 2007, artículo 155, inciso segundo, como entidad vinculada al Ministerio de la Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Su objeto consiste *en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, de acuerdo con lo que establezca la ley que la desarrolle*. Entiéndase entonces que asumirá así mismo la administración del ahorro de largo plazo para trabajadores contratados por períodos inferiores a un mes, conforme lo establecido por el Decreto 2060 de 2008.

Contará con una junta directiva integrada por los ministros de Protección Social y de Hacienda y Crédito Público —o sus viceministros como delegados— y por un representante del Presidente de la República, cuyas funciones serán atribuidas en los estatutos; la administración dependerá de un presidente, nombrado por aquella.

#### 6.1.2. *Nueva EPS*

Se constituyó como entidad promotora de salud a partir de la conjunción del sector público y del privado, expresada en la constitución de una sociedad anónima con participación de La Previsora Vida S.A. y de seis cajas de compensación familiar del país, convocadas por el Gobierno Nacional según su experiencia en materia de aseguramiento en el régimen contributivo de salud, a saber Colsubsidio, Cafam, Compensar, Comfenalco Antioquia, Comfenalco Valle y Comfandi. El Estado cuenta con una participación accionaria minoritaria en una acción, dentro del capital de la citada sociedad.

Como lo expresó el Presidente de la República en el acto de apertura de servicios de la entidad, la misma se dedicará plenamente a la labor de aseguramiento (principio del modelo del pluralismo estructurado):

“Aquí va a tener el país un gran experimento para observar. Qué bueno, pues, que nazca esta EPS, y nos van a exigir mucho. Nace una EPS con cero integración vertical. O sea que no va a tener una sola clínica de su propiedad, no va a tener un solo centro de atención básico de su propiedad. Todo será contratado con terceros. Esperemos que esa independencia, frente a los centros de atención básica, frente a las clínicas, con las cuales va a contratar, le dé toda la autoridad, todo el músculo, toda la palanca, para exigirles la mejor calidad, la más pronta atención y las mejores tarifas”<sup>(104)</sup>.

La operación de la Nueva EPS inició el 1º de agosto de 2008.

Aplicó en el caso el traslado de asegurados en salud por el ISS a la nueva entidad, por medio del mecanismo de la afiliación a prevención, diseñado por el Decreto 055 de 2007.

NUEVA EPS inició su operación en forma independiente respecto de las obligaciones patrimoniales del ISS, asumiendo la continuidad del aseguramiento que hasta ese momento correspondía a dicho Instituto.

### 6.1.3. *Positiva S.A.*

La operación del ISS en el ramo de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (ATEP) había generado importantes excedentes, caracterizándose por un servicio adecuado a las necesidades de un amplio sector de la población colombiana.

Para cumplir con el proceso de extinción del Instituto como entidad jurídica, se procedió a la fusión del negocio de riesgos profesionales de aquel con La Previsora S.A.

---

(104) Apartes del discurso presidencial, tomado del informe en página web de la Presidencia de la República <[www.presidencia.gov.co](http://www.presidencia.gov.co)>.



En efecto, hasta 2008 operaban en el país once administradoras de riesgos profesionales, incluidas dos públicas, La Previsora y el ISS<sup>(105)</sup>.

Como desarrollo del principio contenido en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 600 de 2008, por el cual se reguló el proceso de cesión de activos, pasivos y contratos que realicen las entidades públicas administradoras de riesgos profesionales.

Al amparo de dicha regulación, la operación en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que correspondía al ISS se trasladó a La Previsora S.A., operando una fusión entre las dos instituciones de naturaleza pública que operaban el servicio de riesgos profesionales, dentro del sistema de seguridad social en Colombia.

Como resultado del aludido proceso se constituyó la entidad denominada Compañía de Seguros de Vida POSITIVA S.A., la cual asumió la administración de los riesgos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional, como institución de naturaleza pública, en su carácter de empresa industrial y comercial del Estado. La misma actúa en condiciones de competencia respecto de las demás operadoras privadas del país<sup>(106)</sup>.

## **6.2. Creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)**

El artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 creó dicha entidad, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Contará con un director de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

---

(105) Informe del Ministerio de la Protección Social al Congreso de la República, 2007-2008, ob. cit., p. 50.

(106) Con la anotación concerniente sobre la aplicación del artículo 24 de la Ley 1122 de 2007, en cuanto a que sea invitada por las entidades públicas que evalúen mediante concurso su afiliación en riesgos profesionales a una administradora.

Conviene reseñar de manera particular cómo esta nueva entidad se vincula al sector de hacienda y no al de protección social, no obstante la naturaleza de las funciones a su cargo y la consideración sobre la relación esencial de los aportes con la gestión del sistema de protección social.

Dicha vinculación y el señalamiento de la función contenida en el numeral 3 del inciso séptimo del artículo 156 mencionado, nos hacen pensar que el establecimiento de esta entidad estaba orientado por la idea de consolidar una gestora centralizada del cobro de obligaciones parafiscales para con el sistema de protección social, asimilable en ello a la DIAN de la protección social<sup>(107)</sup>.

No obstante, considérese de entrada que los alcances del numeral enunciado fueron recortados por el Decreto 169 de 2008 por el cual se establecen las funciones de la UGPP y se armoniza el procedimiento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social, al señalar que le corresponderá a aquella *efectuar subsidiariamente las labores de determinación y cobro disuasivo, persuasivo y coactivo, con base en los hallazgos que le remitan las administradoras, órganos de control y vigilancia y demás entidades del Sistema de la Protección Social* (num. 11, lit. B, art. 1º D. L. 169/2008).

En efecto, si bien la Ley 1151 de 2007 se refería a la posibilidad de cobro por parte de la UGPP, entendiéndose con carácter coactivo, en el caso de las administradoras sin dicha competencia que le remitieran las acreencias insolutas una vez gestionadas, el decreto que desarrolla las facultades extraordinarias alude a una función subsidiaria de cobro, entendiéndose entonces que continuarán aquellas administradoras con los procesos de cobro a su cargo, tanto los de naturaleza directa (persuasivo), como los que ejecutan por la vía judicial.

La Ley 1151 de 2007 señala como principales funciones de la UGPP: asumir el pago de las obligaciones pensionales causadas en administrado-

---

(107) *Las entidades integrantes del sistema que no puedan adelantar cobro coactivo deberán acreditar ante la UGPP haber agotado todas las instancias y acciones persuasivas para el cobro, que señale el reglamento, sin haberlo obtenido. En tal caso la UGPP adelantará el proceso de cobro correspondiente.*

ras del régimen de prima media que desaparezcan (caso ISS), y la verificación, seguimiento y ejecución de acciones encaminadas al recaudo efectivo de las contribuciones parafiscales del sistema. Al respecto señala el artículo 156 de la Ley del Plan:

*a) El reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación.*

*b) Las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social. Igualmente, la UGPP podrá ejercer funciones de cobro coactivo en armonía con las demás entidades administradoras de estos recursos.*

En cuanto respecta a la función de seguimiento y cobro de obligaciones parafiscales para con el sistema, se señala como procedimiento general en la ley:

Que todas las administradoras del sistema adelanten las funciones de cobro persuasivo, tanto por no pago como por pago inexacto.

Que las entidades con competencia de cobro coactivo lo adelanten.

Que las entidades que no cuenten con dicha competencia acrediten ante la UGPP haber agotado todas las instancias y acciones persuasivas para que ésta adelante el cobro.

Cuando el aportante no realice la liquidación de la obligación parafiscal, la entidad administradora que tenga esa competencia debe proceder a ello y, en caso contrario, por no tener carácter público, deberá informarlo a la UGPP para que esta proceda a expedir el acto de liquidación oficial correspondiente.

Este procedimiento modifica la regulación existente en la materia y ha de entenderse como aplicable en cuanto al cobro coactivo, pues no se olvide que las administradoras de los subsistemas cuentan con la facultad de liquidar las obligaciones que les adeudan los aportantes, constituyendo los correspondientes títulos ejecutivos para el cobro judicial. Véase por ejemplo y como caso especial, lo dispuesto por la Ley 789 de 2002 en cuanto al título ejecutivo que pueden constituir las cajas de compensación familiar para adelantar las acciones de cobro judicial sobre aportes no pagados o pagados en forma inexacta.

En desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas por el inciso quinto del artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, el Gobierno Nacional expidió el citado Decreto 169 del 23 de enero de 2008.

En su desarrollo se concretaron las normas en materia de funciones a cargo de la UGPP, especificándose su tarea en particular en lo atinente al seguimiento, determinación y cobro de contribuciones parafiscales. En cuanto al pago de obligaciones pensionales a su cargo, establece que el mismo se realizará a través del FOPEE, conforme lo establecido por el artículo 13 del Decreto Ley 254 de 2000.

Expresa el decreto, además, mediante técnica normativa particular, que *se deberá crear la comisión intersectorial para definir criterios unificados de interpretación de las normas que rigen el reconocimiento pensional administrativo del régimen de prima media* (art. 4°).

Igualmente se dictó la normatividad necesaria en cuanto a la estructura y planta de cargos de la UGPP.

### 6.3. Operadores de información

Tal como se mencionó en cuanto al régimen de planilla integrada de liquidación de aportes PILA, se dio en funcionamiento la actividad a cargo de entidades privadas especializadas denominadas operadores de información, gestores para la operatividad de la aludida planilla.

#### 6.4. Creación de la Comisión de Regulación en Salud<sup>(108)</sup>

Se constituye en el órgano técnico de regulación creado por la Ley 1122 de 2007 dentro del sistema de salud en Colombia, que sustituye el rol desarrollado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Estará integrada por el ministro de la Protección Social, quien la presidirá, el ministro de Hacienda y Crédito Público, y cinco comisionados expertos, que serán designados por el Presidente de la República de ternas que le remitan instituciones académicas y técnicas del sector.

Tendrá a su cargo las siguientes funciones principales:

- a) Definir y modificar los planes obligatorios de salud en los dos regímenes, considerando que los mismos deben ser homogeneizados.
- b) Definir en forma anual el valor de la UPC para cada régimen.
- c) Definir y revisar a lo menos con periodicidad anual el listado de medicamentos esenciales y genéricos, incluidos en los planes de beneficios.
- d) Definir los criterios para el establecimiento de los pagos compartidos.
- e) Establecer un sistema de tarifas, que incluya las tarifas mínimas en materia de honorarios profesionales.

---

(108) Artículo 3° de la Ley 1122 de 2007: Comisión de Regulación en Salud: **Creación y naturaleza.** *Créase la Comisión de Regulación en Salud (CRES) como unidad administrativa especial, con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de la Protección Social. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud mantendrá vigentes sus funciones establecidas en la Ley 100 de 1993, mientras no entre en funcionamiento la Comisión de Regulación en Salud CRES. PAR. Se le dará al actual Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud un carácter de asesor y consultor del Ministerio de la Protección Social y de la Comisión de Regulación en Salud. El Ministerio de la Protección Social reglamentará las funciones de asesoría y consultoría del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.*

## 6.5. Fortalecimiento de la Superintendencia Nacional de Salud<sup>(109)</sup>

Lo anterior mediante las prescripciones contenidas en la Ley 1122 de 2007 y, particularmente, a través del reconocimiento de funciones de conciliación y jurisdiccionales a ese organismo.

## 7. NORMAS GENERALES QUE IMPACTAN AL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL

### 7.1. Ley 828 de 2003: control a la evasión

Persigue establecer mecanismos eficaces en orden a prevenir y sancionar las manifestaciones de evasión en el pago de aportes o contribuciones con destino a la seguridad social, en sus diferentes regímenes. La Ley 1122 de 2007 en materia de salud, también hace referencia específica a la obligación estatal en cuanto a la adopción de medidas que en tal dirección se apliquen dentro del sistema.

Entre los mecanismos adoptados por la Ley 828 se citan los siguientes:

a) Establecimiento de un validador de afiliaciones en el régimen de seguridad social en salud, para que se pueda conocer quiénes adeudan recursos a la salud y los términos de permanencia y cotización de los usuarios.

b) Control especial por parte del Estado a empresas de servicios temporales, vigilancia privada, transporte de valores y escuelas de capacitación en cuanto al pago de aportes.

c) Trámite de sanciones administrativas a cargo del Ministerio de la Protección Social o la Superintendencia Nacional de Salud para quienes evadan o eludan el pago cabal de aportes a la seguridad social.

---

(109) Capítulo VII de la Ley 1122 de 2007.

d) Incorporación de cláusulas de salvaguarda del pago de aportes a seguridad social en los contratos estatales.

e) Facilidades y procedimientos conminatorios en el requerimiento de información por parte de las entidades administradoras de la seguridad social a los afiliados, cotizantes, beneficiarios y empleadores.

f) Fomento al proceso de recaudo por vía electrónica, lo que se materializará de manera universal mediante el sistema de planilla integrada de liquidación de aportes.

g) Establecimiento de un tipo penal específico para el empleador que retenga pagos parafiscales de sumas descontados a sus trabajadores con ese propósito.

## 7.2. Ley 986 de 2005: protección a secuestrados

Persigue este ordenamiento la aplicación de medidas para atender las necesidades particulares de quienes son víctimas de tan injusto flagelo y sus familias, mediante la definición de mecanismos de garantía en el ámbito laboral, civil, comercial, tributario y de seguridad social, entre otros, y a través del establecimiento de un sistema de protección especial.

El objeto de la ley se concreta en: *...establecer, en virtud del principio de solidaridad social y del cumplimiento de los deberes del Estado consagrados en la Constitución Política, un sistema de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, los requisitos y procedimientos para su aplicación, sus instrumentos jurídicos, sus destinatarios, y los agentes encargados de su ejecución y control (art. 1º).*

Específicamente en el ámbito de la seguridad social conviene tener en cuenta las siguientes disposiciones.

Conforme al artículo 15 de la ley se deberán seguir pagando el salario y las prestaciones sociales o los honorarios del secuestrado, a que tenga derecho éste al momento del secuestro, y en cuantía en todo caso no superior a 25 SMLMV, por conducto del curador provisional o definitivo que actúe en el caso.

Si el secuestrado cumple los requisitos para acceder a pensión, opera una de las causales para que cese la obligación anterior.

Así mismo, el empleador está obligado a pagar los aportes al sistema de seguridad social (entiéndase a los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y subsidio familiar).

Cuando recupere su libertad, el trabajador que se vincule al empleo anterior contará con un período de estabilidad por el mismo tiempo del secuestro y, en todo caso, no superior a un año.

En cuanto a pago de pensión al secuestrado, el artículo 16 del aludido ordenamiento provee:

*Para el caso del secuestrado con derecho al pago de la pensión, el curador provisional o definitivo de bienes recibirá y administrará los dineros respectivos.*

*Si durante el tiempo de cautiverio un secuestrado adquiriese el derecho a pensión, el curador provisional o definitivo de bienes podrá adelantar todos los trámites necesarios para lograr el reconocimiento y pago de la respectiva pensión.*

Por su parte la ley contiene disposiciones de protección en materia de salud, las cuales se contienen en el artículo 17, el cual transcribimos:

***Instrumentos de protección en materia de salud.*** *Se garantiza al secuestrado y a su núcleo familiar la protección en materia de salud. Para efectos del acceso a esta protección se deberán observar las siguientes reglas:*

*1. Secuestrado con relación laboral a término indefinido al momento del secuestro: Para el caso del secuestrado que al momento del secuestro tenía vigente una relación laboral a término indefinido, y en el entendido que durante el período de cautiverio y el de estabilidad establecido en el parágrafo 1° del artículo 15, el empleador está en la obligación de cumplir con los aportes respectivos al régimen contributivo, se man-*



*tendrá el acceso del secuestrado y sus beneficiarios al Sistema de Seguridad Social en Salud. Para efectos de garantizar el acceso efectivo de los beneficiarios del secuestrado a dicho sistema, el curador provisional o definitivo de bienes tendrá las mismas facultades que el sistema de seguridad social integral le otorga al trabajador.*

*2. Secuestrado con contrato de trabajo a término fijo, que permanece en cautiverio después de haberse vencido el término del contrato: Para el caso del secuestrado con contrato de trabajo a término fijo que permanece en cautiverio después de haberse vencido el término del contrato y que realizaba aportes al régimen contributivo, el ingreso base de cotización a partir del momento de la terminación del contrato será el mínimo exigido para los trabajadores independientes. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.*

*3. Secuestrado independiente: Para el caso del secuestrado que al momento del cautiverio no tenía vínculo laboral o contractual, el ingreso base de cotización a partir del momento de la privación de la libertad será el mínimo exigido para los trabajadores independientes. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.*

*4. En todo caso, el Gobierno Nacional deberá reglamentar los mecanismos y procedimientos para garantizar, dentro del marco de la Ley 100 de 1993 y de sus normas complementarias, el acceso al régimen subsidiado del sistema de seguridad social en salud, a los secuestrados y sus beneficiarios que no puedan mantener su afiliación en el régimen contributivo.*

*PAR. 1°. Para efectos de los anteriores numerales 2, 3 y 4 corresponderá al curador provisional o definitivo de bienes realizar los aportes respectivos en nombre del secuestrado.*

*PAR. 2°. Se entiende por núcleo familiar lo señalado en el artículo 34 del Decreto 806 de 1998 o las normas que lo modifiquen.*

De otra parte, se establece el reconocimiento de servicios adicionales a los contenidos en el POS, en el ámbito de la asistencia psicológica y psiquiátrica y a cargo de la Secretaría Técnica del CONASE o entidad que haga sus veces y/o del Programa Presidencial contra la Extorsión y el Secuestro, conforme los programas que al efecto se establezcan.

### **7.3. Ley 1086 de 2006: servicio de judicatura en entidades vigiladas por las superintendencias**

El artículo 2º de dicha ley permite que los estudiantes de derecho realicen su judicatura también en las entidades que sean vigiladas por las superintendencias existentes en el país. Esta habilitación determina que las operadoras privadas del sistema de protección social puedan contar con estudiantes de judicatura y que estos acrediten el requisito, mediante la realización de funciones como abogados o asesores jurídicos en AFP, EPS, ARP y cajas de compensación familiar.

### **7.4. Ley 1151 de 2007: Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010**

Entre las referencias normativas de la Ley 1151 de 2007 respecto al sistema de protección social podemos mencionar las siguientes, señalando una fuerte incidencia de los temas de salud en cuanto a la regulación del Plan Nacional de Desarrollo:

a) Definición conceptual y orgánica del sistema de protección social en Colombia, a partir de lo establecido por el artículo 31.

b) Reconocimiento de las Metas del Milenio (art. 48, como obligación para las entidades territoriales) y señalamiento del objetivo estatal que se concreta en realizar acciones contra la pobreza y brindar apoyo a la población vulnerable. A partir de estos propósitos se señalan programas y acciones en cuanto a:

Aseguramiento

Incremento de la afiliación al régimen contributivo de salud

Actualización de los planes de beneficios en salud

Reducción de la evasión y la elusión, mediante el empleo de procesos tales como PILA y los registros de información

Transformación de recursos de subsidio de oferta a demanda

Facilidad en el flujo de recursos en el sistema de salud

c) Fortalecimiento de la salud pública, específicamente en lo concerniente a:

Reducción de la mortalidad infantil y materna

Logro de un 95% de cobertura en vacunación

Acciones de educación sexual y reproductiva (maternidad juvenil)

Reducción en la tasa de mortalidad por cáncer de cuello uterino

Atención institucional del parto

Terapia antirretroviral

Fomento de hábitos saludables

Articulación de las responsabilidades de los entes territoriales y las EPS

Fortalecimiento del sistema de información de la protección social (SISPRO)

Seguimiento al sistema obligatorio de garantía de la calidad en salud

Desarrollo del registro único de talento humano en salud

d) Régimen de calificación de invalidez. El artículo 46 de la Ley del Plan establece que corresponderá al Gobierno Nacional adoptar el sistema por medio del cual se procederá a la calificación, recalificación de la pérdida de la capacidad laboral y calificación del origen de la invalidez, a

partir de lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, disposición que impactará cuando se desarrolle la operación, en particular, de los regímenes de pensiones y de riesgos profesionales. El artículo preceptúa lo siguiente:

*En desarrollo de lo establecido en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, el Ministerio de la Protección Social diseñará, organizará, unificará y pondrá en funcionamiento el procedimiento y los mecanismos técnicos y la forma en la cual se llevará a cabo la determinación y calificación de la pérdida de capacidad laboral, la calificación del grado de invalidez y el origen de las contingencias en primera oportunidad para entidades que en la actualidad deban adelantar dicha labor, así como la revisión del estado de invalidez, de que trata el artículo 41 de la Ley 100 de 1993. Para el efecto reestructurará la o las entidades estatales que en la actualidad califican en primera oportunidad.*

e) Estímulo a la afiliación al sistema de riesgos profesionales, como un objetivo expreso de la ley, así como la ampliación de cobertura en el régimen de protección al cesante. En efecto, el artículo 18 de la Ley 1151 de 2007 dispone que se amplíe la afiliación de empresas a dicho sistema y determina que el Gobierno Nacional reglamente la afiliación de grupos especiales de población, como en el caso de las madres comunitarias de los hogares de bienestar a cargo del ICBF.

f) Acceso a beneficios del fondo de solidaridad pensional (subcuentas de subsistencia y de solidaridad) para personas pobres en condición de discapacidad, conforme lo ordenado por el artículo 19 de la Ley 1151 de 2007<sup>(110)</sup>, que a la letra reza:

*Las personas con discapacidad cuya edad se ajuste a la que define la regulación del Ministerio de la Protección Social y*

---

(110) Ver Decreto 1355 de 2008 y Resolución 3386 de 2008 del Ministerio de la Protección Social.

*que podrá ser menor de 50 años, clasificadas en los niveles I y II del Sisbén, calificadas con un porcentaje superior al 50% de conformidad con el Manual de Calificación de Invalidez, podrán acceder a los beneficios de la Subcuenta de Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, siempre y cuando cumplan con los demás requisitos establecidos en la normatividad vigente.*

*Podrán ser beneficiarios de los subsidios para el aporte en pensión financiados con los recursos de la Subcuenta de Solidaridad las personas con discapacidad, clasificadas en los niveles I y II del Sisbén, siempre y cuando hayan cotizado al Sistema General de Pensiones mínimo 500 semanas o su equivalente en tiempo de servicio.*

g) Ejecución de servicios de telemedicina, para lo cual las EPS destinarán el 0,3% de la UPC para su coordinación y financiación<sup>(111)</sup>.

h) Servicios de transporte aéreo medicalizado, para el cual las EPS destinarán el 2% de la UPC, ejecutándose por conducto de la Federación de Municipios.

i) Régimen de evaluación de directores o gerentes de IPS públicas (art. 32)<sup>(112)</sup>.

j) Organización de redes para la prestación de servicios de salud por instituciones públicas (art. 33).

---

(111) Corte Constitucional, Sentencia C-714 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, mediante la cual se declara exequible condicionadamente el inciso “en el entendido de que la entidad nacional que agremia a los municipios y distritos colombianos prestará las actividades referidas en tales normas, por intermedio de instituciones prestadoras del servicio de salud, IPS, o de empresas especializadas debidamente constituidas y sometidas a todos los controles que normativamente rigen sobre las personas y entidades autorizadas para prestar servicios de salud y las que recaudan o administran recursos parafiscales”.

(112) Ver Corte Constitucional, Sentencia C-1088 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño, que declara la inexecutable. Cfr. Resolución 473 de 2008 proferida por el Ministerio de la Protección Social.

k) Ajuste de las IPS de carácter público, de tal forma que operen en condiciones de sostenibilidad financiera (art. 36)<sup>(113)</sup>.

l) Régimen en materia de seguridad social para los trabajadores por períodos inferiores a un mes de servicio o estacionales (art. 40).

m) Saneamiento de cartera para IPS (art. 45), con aplicación de recursos de FAEP.

n) Destinación de recursos de ETESA para el régimen subsidiado de salud (art. 47).

o) Requerimiento en cuanto a la adopción, en el término de seis meses, del manual de tarifas mínimas obligatorias para la prestación de servicios de salud, las cuales habrán de fijarse en salarios mínimos diarios (art. 146).

p) Obligación para el Gobierno Nacional en cuanto a la presentación en el término de seis meses del proyecto de ley que reglamente los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005 (art. 142).

q) Modificaciones a la estructura del sistema de protección social en Colombia: creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) (art. 156) y de COLPENSIONES (art. 155)<sup>(114)</sup>, con el señalamiento de cambios en la institucionalidad de la seguridad social y la administración del régimen de prima media

---

(113) Corte Constitucional, Sentencia C-459 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Declara la exequibilidad condicionada de la disposición, en cuanto se entienda que “las acciones necesarias para garantizar la sostenibilidad y el equilibrio financiero, no pueden comprender negarse a prestar eficiente y oportunamente todos los servicios de salud debidos a cualquier usuario, sin necesidad de acudir a la acción de tutela, y (b) tales criterios no justifican el incumplimiento del deber social del Estado de asegurar el acceso de las personas a la red hospitalaria y su financiación”.

(114) Corte Constitucional, Sentencia C-376 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, por la cual se declaró exequible la disposición. Al respecto también pueden consultarse las sentencias C-459, 519 y 539 de 2008 que ordenan estarse a lo resuelto en dicho fallo. Como referencia se cita el Decreto 600 de 2008.

### 7.5. Ley 1221 de 2008: Teletrabajo

Se define el teletrabajo como: *...una forma de organización laboral que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soportes las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo.*

El propósito de la norma se concreta en estimular el empleo y el autoempleo, mediante la utilización de la tecnología.

Los teletrabajadores pueden ser autónomos, móviles y suplementarios.

El artículo 6° de la ley se refiere a las garantías laborales, sindicales y de seguridad social para este tipo de trabajadores. A partir del principio de igualdad de trato (aplicado a teletrabajadores respecto de trabajadores sin dicha condición), se establece la obligación de reconocer al teletrabajador la protección en materia de seguridad social (lit. c) y la protección por los regímenes legales de seguridad social (lit. e).

En dicho literal se especifica que el cubrimiento debe brindarse en los regímenes de salud, pensiones y riesgos profesionales, sin incluir el sistema de subsidio familiar, lo cual constituye una omisión que en nuestro concepto entraña un vicio de validez, por cuanto por la definición de la seguridad social y su carácter de derecho irrenunciable no puede desconocerse la obligatoriedad de la cobertura en subsidio familiar para los teletrabajadores, los cuales además por esta circunstancia, quedan en condición de diferencia inadmisibles respecto a los trabajadores en general, vulnerándose el mismo propósito que expresa el citado artículo de la Ley 1221.

Particularmente en lo que respecta al sistema de riesgos profesionales, la aplicación de la ley determina retos de particular interés, especialmente en lo que atañe a la prevención de accidentes y a la cobertura de la salud ocupacional para los trabajadores que laborarán dispersos y en sus lugares de residencia.

Al respecto, el numeral 9 del artículo 6° de la Ley 1221 de 2008 dispone: *El empleador, debe contemplar el puesto de trabajo del teletrabajador dentro de los planes y programas de salud ocupacional, así mismo debe contar con una red de atención de urgencias en caso de presentarse un accidente o enfermedad del teletrabajador cuando esté trabajando.*

La aplicación de esta norma entraña una carga muy alta para el empleador e inclusive va en contra de los preceptos generales, en virtud de los cuales la atención en salud debe ser provista por las instituciones de la seguridad social, también y especialmente en el caso de las urgencias. Hacer exigible al empleador lo regulado por el numeral citado implica un desestímulo al empleo de la modalidad de contratación por teletrabajo, pues al tenor literal de lo prescrito le genera una responsabilidad como asegurador de las urgencias que por accidentes de trabajo y enfermedad profesional se causen en estos eventos.

La otra consideración genérica sobre la Ley 1221 en su relación con el sistema de protección social radica en asumir que, como la modalidad de teletrabajo cabe para el caso de la contratación diferente a la laboral, en los eventos en que el teletrabajador sea un contratista las normas en materia de seguridad social se aplicarán a este, en su condición de independiente.

#### **7.6. Decreto 2060 de 2008: protección social para trabajadores que laboran por períodos inferiores a un mes**

Esta disposición desarrolla reglamentariamente el artículo 40 de la Ley 1151 de 2007, norma que regula un esquema de protección especial para trabajadores cuyo servicio se preste en términos inferiores a un mes y a los cuales les resulta inviable su afiliación al sistema de seguridad social, por cuanto no cumplen con los requisitos de ingreso base de cotización.

Respecto de ellos la Ley 1151 de 2007 dispuso que se afilien al régimen subsidiado de salud, mediante el pago de una contribución por solidaridad del empleador, y a un esquema de ahorro de largo plazo, a través también de aquel. Se trata de una cobertura social complementaria, más del ámbito de los regímenes de la protección.



El decreto se aplica a todos los empleadores que como personas naturales, exclusivamente, cuenten con trabajadores cuya labor se pacte y se ejecute en días y, en todo caso, en períodos inferiores a un mes.

La operación del esquema especial implica la afiliación única electrónica del empleador –conforme a formato que adopte el Ministerio de la Protección Social– que recurra a este tipo de trabajadores, la cual se hará como parte de la planilla integrada de liquidación de aportes y por conducto de un operador de información. Los costos de esta afiliación serán a cargo del empleador.

El registro del empleador en la base de datos de la planilla le generará un número con el cual identificarse y le posibilitará la inclusión de los trabajadores a los que recurra en las condiciones del decreto.

Conforme lo previsto por la Resolución 3221 de 2007, estos trabajadores quedarán incluidos en el régimen subsidiado de salud. Igualmente serán incluidos como titulares de los beneficios económicos periódicos (BEP), cuando entren en operación, momento en el cual los empleadores trasladarán, a las cuentas que abran para su ahorro de largo plazo ante las administradoras que resulten habilitadas al respecto, los recursos a los que alude el artículo 40 de la Ley 1151 de 2007.

La Ley 1151 de 2007 respecto a este tema señala que si se recurre al régimen contributivo de salud, estos trabajadores ingresarán a él en las mismas condiciones del esquema ordinario. En caso contrario, se afiliarán al régimen subsidiado, evento en el cual el empleador cancelará un aporte del 8,5% del ingreso base de cotización, que no podrá ser inferior a un salario mínimo legal diario y que se destinará a la subcuenta de solidaridad del FOSYGA.

El esquema de ahorro programado implica que los empleadores aporten un 12% sobre el ingreso del trabajador, que no podrá ser inferior al salario mínimo legal diario, a una cuenta que con ese fin abra el trabajador. La ley señala que las administradoras de fondos de cesantía están habilitadas para la administración de dicho régimen especial de ahorro, si bien el Decreto 2060 difiere la vigencia del mismo hasta la entrada en operación de los beneficios económicos periódicos.

## BIBLIOGRAFÍA

- AISS-CISS, *El futuro de la seguridad social*, Secretaría General del Gobierno de Suecia, Federación de las Oficinas del Seguro Social, Estocolmo, 1998.
- Arce Cano, Gustavo, *De los seguros sociales a la seguridad social*, México D.F., Ed. Porrúa, 1972.
- Arenas Monsalve, Gerardo, *El derecho de la seguridad social*, Bogotá, Ed. Legis, 2006.
- Asociación Internacional de la Seguridad Social-AISS, “Evolución y tendencias: una seguridad social dinámica”, Documento del Foro Mundial de la Seguridad Social, 29 Asamblea General de la AISS, Ginebra, 2007.
- Bosqued Lorente, Marisa, *Mobbing, cómo prevenir y superar el acoso psicológico*, Barcelona, Ediciones Paidós, 2005.
- Botero Aristizábal, Luis Felipe, *Responsabilidad patrimonial del legislador*, Bogotá, LEGIS, 2007.
- Cañón Ortegón, Leonardo, *Una visión integral de la seguridad social*, Universidad Externado de Colombia, Vol. I, 2ª edición actualizada, Bogotá, 2007.
- Cepal, “La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad”, Documento Informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe Cepal, Trigésimo primer período de sesiones, Montevideo, Uruguay, 2006.
- Chirinos, Bernabé, *Tratado teórico práctico de la seguridad social*, Buenos Aires, Ed. Quórum, 2005.

- Cobo, Paloma y Tello, Romeo, *Bullying en México, conducta violenta en niños y adolescentes*, México D.F., Ed. Lectorum, Quazro, 2008.
- Corporación para la Investigación, el Estudio y Desarrollo de la Seguridad Social CIEDESS, “Modernización de la Seguridad Social en Chile: Resultados y tendencias”, Documento de CIEDESS, Santiago de Chile, 2002.
- Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencias.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencias.
- Cortés González, Juan Carlos, *El sistema de subsidio familiar en Colombia: hacia la protección social*, Biblioteca CIESS, 1, Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social-CIESS, México D.F., 2004.
- Reforma el sistema de salud, Comentarios a la Ley 1122 de 2007*, Bogotá, Ed. Legis, 2007.
- Doublet, Jacques y Lavau, George, *Lecciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Palacé, 1975.
- Dueñas Ruiz, Óscar José, *Las pensiones: teoría, normas y jurisprudencia*, Bogotá D.C., Librería Ediciones del Profesional, 2003.
- Franky G., Pablo, *Compendio sobre el sistema de subsidio familiar*, Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar, T. I, 1998.
- Friedbender, W. A., *Introduction to social welfare*, Englewood Clifts, N.J., Prentice Hall, 1961.
- Giraldo, César, *¿Protección o desprotección social?*, Bogotá, Ediciones Desde Abajo, Fundación CESDE, 2007.
- González Roaro, Benjamín, *La seguridad social en el mundo*, Vol. II, 1ª ed., México D.F., Siglo XXI Editores, 2003.
- Hernández Henríquez, Fabián Ignacio, *Apuntes de clase, introducción a la seguridad social - pensiones*, Barrera & Hernández Abogados, Universidad Católica, 2006.

- Hirigoyen, Marie-France, *El acoso moral, el maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Madrid, Ediciones Paidós, 1999.
- Humeres Noguera, Héctor, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, T. III: *Derecho de la Seguridad Social*, 17ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005.
- Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil, un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Capítulo V.
- Marti Bufill, Carlos, *La seguridad social y la salud pública*, Serie de Estudios de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Madrid, noviembre de 1974.
- Massa, Sergio Tomás y Fernández Pastor, Miguel Ángel, *De la exclusión a la inclusión social, reformas de la reforma de la seguridad social en la República Argentina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, Telam, 2007.
- Ministerio de la Protección Social, “Informe del Ministerio de la Protección Social al Congreso de la República, 2007-2008”, Bogotá, 2008.
- “Primera Encuesta Nacional de Condiciones de Salud y Trabajo en el Sistema General de Riesgos Profesionales”, Bogotá, Somincorp LPS, 2007.
- Ministerio de Salud, *La reforma a la seguridad social en salud*, T. 1: *Antecedentes y resultados*, Bogotá, Ministerio de Salud, 1994.
- Montoya Melgar, Alfredo (Coord.), *Curso de seguridad social*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1998.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Seguridad Social: “Guía de educación obrera”*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995.
- Palacios Mejía, Hugo, *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999.

- Piñuel, Iñaki, *Mobbing, estado de la cuestión, Todo lo que siempre quiso saber y nadie le explicó sobre el acoso psicológico en el trabajo*, Barcelona, España, Ediciones Gestión 2000, 2008.
- Plazas Vega, Mauricio Alfredo, *Ideas políticas y teoría del derecho*, Bogotá, Ed. Temis, 2003.
- Podetti, Humberto A., *Política social*, Buenos Aires, Ed. Atrea, 1982.
- Procuraduría General de la Nación, *El derecho a la salud*, Bogotá D.C., mayo de 2008.
- Rawls, John, *Teoría de la justicia y justicia como equidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.
- *Revista Actualidad Laboral*, N° 147, mayo-junio de 2008, Bogotá, Ed. Legis.
- Rodríguez Mancini, Jorge, *Curso de derecho del trabajo y la seguridad social*, 3ª ed., Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999.
- Rodríguez, Libardo, *Derecho administrativo, general y colombiano*, 13ª ed., Bogotá, Ed. Temis, 2002.
- Romero Montes, Francisco J., “Concepto, evolución y principios de la seguridad social”, en *Análisis Laboral*, Lima, 2002.
- Ruezga Barba, Antonio, *Desafíos de la reforma del seguro social en México*, Biblioteca CIESS, Libro 2, Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social CIESS, México D.F., 2005.
- Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Nuevo derecho de la seguridad social*, 8ª ed., México, Ed. Porrúa, 2004.
- Sachs, Jeffrey, *Economía para un planeta abarrotado*, Barcelona, Ed. Debate, 2008.
- *El fin de la pobreza, cómo conseguirlo en nuestro tiempo*, Bogotá, Debate, Random House, 2006.

- Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Ed. Planeta, 2000.
- Universidad Externado de Colombia, Observatorio del Mercado de Trabajo, “Sistema de información sobre tendencias sectoriales del empleo y los salarios en Colombia, Primer Informe”, Bogotá, 2007.
- Uribe Uribe, Rafael, *Pensamiento político*, Bogotá, Ed. Debate, 1998.
- Valencia Restrepo, Hernán, *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*, 2ª ed., Bogotá, Ed. Temis, 1999.
- Velásquez Fernández, Manuel, *Mobbing, Violencia física y estrés en el trabajo, aspectos jurídicos de los riesgos psicosociales*, Barcelona, Ediciones Gestión 2000, 2005.

### **Páginas web**

- [www.dnp.gov.co](http://www.dnp.gov.co)
- [www.acciónsocial.gov.co](http://www.acciónsocial.gov.co)
- [www.icbf.gov.co](http://www.icbf.gov.co)
- [www.sena.gov.co](http://www.sena.gov.co)
- [www.asocajas.org](http://www.asocajas.org)
- [www.ciss.org.mx](http://www.ciss.org.mx)




Este libro se terminó de imprimir,  
en Julio de 2009 en la planta industrial de Legis S.A.,  
Av. Calle 26 N.º 82-70 Tel. 425 5255 A.A. 98888  
Bogotá, D.C. - Colombia



Centro de Pensamiento de Asocajas; dirige así mismo la Especialización de Derecho Laboral y Sistema de Seguridad Social de la Universidad Católica de Colombia y es docente universitario en áreas de la seguridad social en varias universidades del país, entre ellas el Externado de Colombia, la del Rosario, la Santo Tomás y la Javeriana, así como es conferencista invitado en foros y cursos del orden americano. Es conjuer del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Se desempeña como Coordinador de la Subregión Andina de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social CISS. Ha escrito libros y artículos especializados sobre seguridad social, editados por LEGIS y por el CIESS.






Encarar los retos de la universalización de coberturas y la atención frente a las realidades contemporáneas de los mercados de trabajo, marcados por fenómenos tales como la informalidad, el desempleo, la tercerización y la flexibilización laboral, es para los sistemas de seguridad social tarea de inaplazable ejecución. Se consolidan para ello sistemas de protección social, al tiempo con la constitucionalización de los derechos a su cargo y con la internacionalización de las relaciones de trabajo y de aseguramiento.

Colombia se constituye en un referente de necesaria consideración en estas materias, pues ha establecido su sistema de protección social a partir del año 2002 y recientemente, ha enfrentado profundos ajustes para la consolidación de su modelo de aseguramiento social, poco analizados y menos, vistos de manera integral.

La presente obra tiene por objeto mostrar la estructura del sistema de protección social en Colombia y analizar sus más cercanas reformas, a partir de una revisión conceptual e histórica sobre la naturaleza y alcances de la seguridad social. Así mismo se compromete con una reflexión sobre el derecho de la protección social, con miras a su consolidación como rama autónoma y a la búsqueda del establecimiento de una jurisdicción especializada en la materia.

Realidades, retos y posibilidades del derecho de la protección social y de la experiencia particular de Colombia, son el sustrato de este libro, que aporta a la doctrina nacional e internacional elementos de juicio para la profundización en un campo de esencial estudio y de necesaria apropiación colectiva, si se busca consolidar el Estado constitucional de justicia y asegurar el desarrollo y la paz.



LEGIS