

PISO MÍNIMO DE PROTECCIÓN SOCIAL EN COLOMBIA 2013 - 2020

Juan Pablo Herrera Rueda *

RESUMEN

El presente trabajo, pretende determinar las condiciones que se pueden llegar a presentar bajo el marco de la ley 155 de 2019 con relación al Sistema General de Seguridad Social, abordándolo a través de una comparación con el piso mínimo de protección social establecido en el decreto 2616 de 2013, para poder establecer la cobertura y prestaciones sociales otorgadas por cada uno de los subsistemas, en materia de salud, y riesgos de invalidez, vejez y muerte por riesgo común y por riesgo laboral y de esta manera concluir que el actual piso mínimo de protección social representa una desmejora a las condiciones sociales de los trabajadores que devengan menos de un salario mínimo y un riesgo financiero y de responsabilidad para los empleadores.

Palabras clave: Decreto 2616 de 2013, Decreto 1174 de 2020, Ley 155 de 2019, piso mínimo de protección social, seguridad social

Sumario. INTRODUCCIÓN. 1. ANTECEDENTES DE MECANISMOS DE SEGURIDAD SOCIAL 2. DEFINICIÓN DEL PISO MÍNIMO DE PROTECCIÓN SOCIAL. 2.1 LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA. 2.2 LA IMPORTANCIA DEL PISO MÍNIMO DE PROTECCIÓN SOCIAL EN COLOMBIA. 3 MECANISMOS DE APLICACIÓN DEL PISO MÍNIMO DE PROTECCIÓN SOCIAL. 3.1 DECRETO 2616 DE 2013. 3.2 LEY 155 DE 2019 Y DECRETO 1174 DE 2020. 3.3 CONTROVERSIAS ENTRE LOS SISTEMAS DEL PISO MÍNIMO DE PROTECCIÓN SOCIAL. 3.3.1 INCAPACIDADES E INVALIDEZ POR RIESGO COMUN. 3.3.2 LICENCIA DE MATERNIDAD. 3.3.3 RIESGO DE MUERTE. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.

* Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Analista de Procesos Jurídicos en Protección S.A. Artículo presentado para optar al título de Especialista en Seguridad Social en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 2020. juanpablohra@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

La transformación que han tenido los mecanismos de satisfacción de necesidades a lo largo de la historia relativamente reciente supone de entrada, dos factores importantes para tener en cuenta, siendo estos, la cobertura y los beneficios.

Estos dos conceptos, han sido los núcleos centrales de las discusiones que han permitido el cambio de mecanismos de satisfacción de necesidades, ya que, en múltiples ocasiones, un sistema podía ser inefectivo por su baja cobertura, como lo fue por ejemplo el Instituto de Seguros Sociales, o que los beneficios hayan tenido que ser limitados por falta de financiamiento como ocurrió en el periodo del mutualismo.

En la actualidad en Colombia, tenemos un sistema y un derecho a la seguridad social que se ha definido de la siguiente manera:

El concepto de “seguridad social” hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas, por ello, con respecto al contenido de este especial derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó que: “El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.(Corte Constitucional, Sentencia T-690 de 2014)

Esta definición dada por la Corte Constitucional supone que la seguridad social como mecanismo, debe tener las instituciones, programas y elementos necesarios para cubrir las necesidades básicas socialmente reconocidas – para el caso de estudio, vejez, invalidez y

muerte, al igual que licencias de maternidad y paternidad e incapacidades por enfermedad temporal.

Sin embargo, todo sistema de seguridad social supone la existencia de requisitos para poder acceder a las prestaciones sociales previamente establecidas por el propio sistema, con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003 se establecen los criterios para acceder a las diferentes pensiones, bien sea vejez, invalidez o sobrevivencia.

En Colombia, al contar con dos regímenes pensionales diferentes e incompatibles, encontramos que para la pensión de vejez hay una diferencia notoria, toda vez que para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) el factor principal va a ser el número de semanas cotizadas y para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, con la excepción de que quienes no logren acceder al capital suficiente para financiar por sí solos una pensión de vejez, tienen la posibilidad de acceder a la garantía de pensión mínima siempre que hayan cotizado un total de 1150 semanas al Sistema General de Pensiones.

Para los tres tipos de pensiones el requisito principal es el número de semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones y la tasa de remplazo dependerá exclusivamente del monto sobre el cual la persona cotizó a lo largo de su vida laboral – lo anterior, sin aplicación al sistema de capitalización del RAIS y con única importancia del número de semanas cotizadas para la Garantía de Pensión Mínima.

Teniendo claro entonces que el factor principalmente determinante en nuestro Sistema General de Pensiones son las semanas que se coticen, el siguiente gran factor tendrá que ser el valor sobre el cual se cotizan las semanas. En Colombia, acorde a lo señalado en el inciso segundo del párrafo primero del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, *“en ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente”*.

Esta normatividad entonces supone un claro desafío para uno de los principios rectores de la seguridad social como lo es el principio de la universalidad, principio que ha sido entendido de la siguiente manera:

...otro de los principios constitucionales es el de la universalidad, o sea que el objetivo del sistema es que todos los habitantes del país disfruten de seguridad social. Por eso mismo, se estableció legalmente el carácter de obligatorio.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, dentro del sistema actual de la seguridad social en salud el objetivo es ampliar la cobertura y no restringirla, de ahí que es obligatorio para los empleadores incluir a sus trabajadores en el sistema, y el Estado no puede permitir la expulsión del sistema de persona alguna salvo que haya razón legal para ello y previo un procedimiento. Como corolario, hay que prestar a los afiliados la atención integral en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, incluido el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica.
(Corte Constitucional, Sentencia T-730 de 1999)

El desafío presentado entonces, es saber como incluir dentro del Sistema Integral de Seguridad Social – para el caso en concreto al Sistema General de Pensiones – a aquellas personas que por su labor devenguen menos de un salario mínimo o trabajen menos de una semana al mes.

Este tipo de condiciones que no son únicamente aplicables en Colombia, donde personas con recursos limitados hacen aportes o requieren hacer aportes inferiores al Sistema General de Pensiones dio lugar al surgimiento del término de Piso de Protección Social.

El Piso de Protección Social se puede entender como:

...una alternativa que puede resultar eficaz para alcanzar a quienes no tienen cobertura garantizada de la seguridad social contributiva, como las familias en la economía informal y demás grupos excluidos (por ejemplo, personas en pobreza

extrema, migrantes e indígenas), los cuales no tienen acceso a la mayoría de los servicios sociales ni a bienes y servicios esenciales como los de salud. (Bertranou, 2010, p. 2)

Lo anterior entonces para el caso colombiano, supondría la creación de mecanismos e instituciones que permitieran la cotización al Sistema General de Seguridad Social de Pensiones de aquellas personas que devenguen menos del salario mínimo legal mensual o que trabajan menos de una semana al mes, esto en aras de lograr aumentar una cobertura del sistema y lograr la protección de aquellos sectores de la población con un mayor grado de dificultades laborales y financieras.

Actualmente en Colombia el mecanismo que pretende la protección del Piso de Protección Social es el contenido en la Ley 1955 de 2019 que añade al ordenamiento jurídico mecanismos para las cotizaciones de aquellas personas que devengan menos del salario mínimo o que trabajan menos de una semana al mes.

Este sistema se presenta como una aparente evolución al Decreto 2616 de 2013 el cual establecía mecanismos de cotización para aquellas personas que por sus labores trabajaban menos de una semana al mes y que era en su momento, el mecanismo de garantizar un piso de protección social; sin embargo, existen graves interrogantes sobre las potenciales prestaciones sociales que reconocería el mecanismo de la Ley 1955 de 2019 y si estas prestaciones sociales serían equivalentes a las prestaciones del Sistema Integral de Seguridad Social.

Dada la coyuntura actual que existe en Colombia con el mecanismo de piso de protección social, este proyecto se centrará en analizar las condiciones que actualmente genera este sistema con relación al Sistema General de Seguridad Social y la forma que este sistema – pretende dar una preferencia a la cobertura de la población sobre la calidad de los beneficios que puede otorgársele a la misma, y cómo la ausencia de reglamentación de la Ley 1955 de 2019 pueden generar condiciones potencialmente desfavorables para diferentes personas tales como empleador, Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y Entidades Promotoras de

Salud (EPS), incluso siendo aún más preocupante el análisis, si llegamos a concluir que actualmente tanto el Decreto 2616 de 2013 y la Ley 1955 de 2019 se encuentran vigentes.

Es por esto por lo que en el presente artículo se hará un detallado análisis al Piso Mínimo de Protección Social vigente en Colombia, haciendo un recorrido por los antecedentes a la seguridad social como mecanismo de satisfacción de necesidades, pasando al sistema actual para poder culminar en el Piso Mínimo de Protección Social vigente donde se determinarán las ventajas y desventajas de este, y se arrojarán conclusiones sobre cómo la aplicación de este Piso Mínimo de Protección Social afecta el nivel de cobertura y los beneficios que ofrece a las personas cotizantes.

1. ANTECEDENTES DE MECANISMOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Un problema básico del ser humano es la multiplicidad de necesidades que se presentan a lo largo de su vida, y lograr la efectiva satisfacción de dichas necesidades representa un problema incluso mayor, ya que como lo dice Carnelutti (2008, p. 8) las necesidades del hombre ilimitadas pero las herramientas para su satisfacción son limitadas.

Entre las necesidades que puede presentar la existencia del ser humano son las inherentes a su propia existencia (Solano, 2012, p. 43) dentro de cada una de sus diferentes circunstancias y que, en principio, son o pueden llegar a ser comunes a todo ser humano, como lo son la muerte, la vejez o la invalidez.

Estos estados de necesidad – la muerte, la vejez o la invalidez – a lo largo de la historia del ser humano han generado que las diferentes figuras de Estados creen normas e instituciones encaminadas a la protección de cada individuo cuando este se encuentra en alguno de los mencionados estados.

A lo largo de la historia han existido múltiples mecanismos para la satisfacción de necesidades, pudiéndolos dividir en dos grandes grupos: mecanismos de reacción y mecanismos de prevención. Del primer grupo se podría iniciar por ejemplo con la asistencia

familiar, en donde la fortaleza de esta asistencia se centra en la gratuidad de esta, pero la debilidad es que la posibilidad de asistencia que se da depende exclusivamente de la capacidad económica del núcleo familiar, por lo que las necesidades que se generen pueden sobrepasar esta capacidad.

Por otro lado, encontramos la asistencia pública, donde es el Estado es el encargado de realizar a través de procesos de focalización la repartición de apoyos, o como pueden ser conocidos hoy en día, subsidios, siendo un ejemplo contemporáneo claro de este mecanismo de asistencia el establecido en la Ley 1523 del 7 de junio de 2012 en donde en su artículo 2 establece:

Familias en acción: consiste en la entrega, condicionada y periódica de una transferencia monetaria directa para complementar el ingreso y mejorar la salud y educación de los menores de 18 años de las familias que se encuentran en condición de pobreza y vulnerabilidad...

Parecido a este mecanismo asistencial, encontramos la asistencia privada, que en palabras del profesor Bowen Herrera (1992, p. 28) es producto de la compasión, la filantropía y el deseo meramente voluntario de apoyar a una persona que se encuentra en una situación de vulneración manifiesta.

Estos tipos de asistencia – público y privada – tienen una desventaja crucial y es el hecho de no poder hacer exigible la prestación en la medida en que exista la necesidad, ya que ambas dependerán de la disponibilidad de recursos, de la focalización si se trata de la asistencia pública y de la buena voluntad si se trata de la asistencia privada, por lo que, en la gran mayoría de los casos, resultaría ser un mecanismo ineficaz de satisfacción de necesidades.

Dejando a un lado los mecanismos de reacción pasamos a los mecanismos de previsión, que como su nombre lo indican, pretenden preparar al sujeto – que para este caso es el ser humano – ante la posible existencia de contingencias como la muerte, la vejez, la invalidez y el

desempleo y que de esta manera pueda tomar medidas anticipadas que le permita estar preparado ante la ocurrencia de ellas.

Uno de los mecanismos de previsión es el ahorro, el cual, consiste en separar un monto permanente de recursos que permita crear un fondo que pueda estar disponible cuando se presente la necesidad a atacar. Este mecanismo supone dos grandes dificultades, la primera es que requiere de la existencia de un excedente, toda vez que si no existe excedente es imposible realizar un ahorro y el segundo es que generalmente las necesidades que se generan suelen ser más onerosas que el capital ahorrado, por lo que resultan igualmente ineficientes para la satisfacción de grandes necesidades.

Otro mecanismo de previsión son las asociaciones mutuales que como lo señala Echeverri Restrepo (2010, p.15), son organizaciones diseñadas para ayudar en momentos de dificultades a los miembros de dicha organización, a través de la creación de un fondo común, donde los asociados pagan una cuota que permite tener recursos superiores a los del ahorro, toda vez, que en esta figura de previsión son varios patrimonios unidos para que posteriormente en momentos de necesidad se haga una ayuda a través de auxilios.

Sin embargo, el mutualismo depende de la capacidad de aporte de sus miembros, por lo que podría llegar a implicar que en ocasiones haya miembros que se vean imposibilitados para hacer aportes o incluso, que las necesidades que se presenten en un determinado periodo superen incluso la capacidad de la organización mutual tal y como lo expresa el profesor Bowen Herrera (1992):

...como consecuencia de lo anterior el mutualismo adolece de defectos técnicos por la insuficiencia de los fondos que necesita acumular. Así, se ha visto obligadas las mutualidades a reducir el número de los riesgos que pretenden cubrir y a limitar el monto de los servicios que prestan cuando estos riesgos afectan a sus miembros. (p. 28)

Por último, dentro de este sistema de previsión encontramos los seguros privados, para este tipo de previsión todo va a depender de la capacidad económica del tomador del seguro y las cláusulas contractuales que imponga la sociedad aseguradora, toda vez que el contrato de seguro es un contrato generalmente de adhesión (Laguado Giraldo, 2003, p. 238), en donde la entidad aseguradora tiene un clausulado preestablecido en donde señala los amparos que tendría el asegurado al igual que el valor de la prima dependiendo del estado del riesgo del asegurado.

Lo anterior supone que cada contrato de seguro puede variar dependiendo del estado del riesgo de cada persona y, por ende, dependerá el valor de la prima, lo que implica que el tomador deberá contar con un capital sustancialmente suficiente para poder afrontar el costo de la prima, siendo esta la gran desventaja del seguro privado.

Con mecanismo de satisfacción de necesidades posterior surgió en Alemania a partir de 1881 de manos del canciller de la época Bismarck los primeros asomos de la seguridad social que como lo señala el Profesor Bowen Herrera (1992, p. 33) el seguro social en principio purga los errores del mutualismo, toda vez que vuelve su afiliación y cotización obligatoria para la clase trabajadora, define los riesgos que pretende cubrir y no limita el número de personas que pueden afiliarse a dicha institución y en muchos casos además de contar con aportes de particulares sean ellos empleadores o trabajadores, cuenta con el aporte del Estado.

Para el caso colombiano, los primeros asomos de un mecanismo propio de seguro social se dieron en el año 1946 con la creación del Instituto de Seguros Sociales, entidad que sufrió múltiples modificaciones desde su creación hasta su liquidación.

Sin embargo, si bien el seguro social logra hacer obligatoria la afiliación de la clase trabajadora, representaba una desprotección latente para las personas que, por sus condiciones académicas, físicas o mentales, no lograran acceder a un empleado formal, lo que para el año 1993 dio lugar a la creación de la Ley 100, siendo esta una norma que procuraba por ampliar la cobertura y mejorar el sistema financiero en pensiones.

Con la llegada de la Ley 100 de 1993 y la Constitución Política de 1991 la Seguridad Social pasó a ser un derecho fundamental debidamente consagrado por la Constitución en su Artículo 48, es decir, un derecho inherente al ser humano y, por ende, de necesaria protección por parte del Estado, bien sea realizando conductas positivas como la creación de instituciones o normas, o conductas negativas, como abstenerse de impedir el acceso a las entidades prestadoras de la Seguridad Social.

Lo anterior para el caso colombiano ha sido afirmado por la Corte Constitucional en múltiples ocasiones:

Esta garantía fundamental “surge como un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo”. Su fundamentalidad se sustenta en el principio de dignidad humana en virtud del cual “resulta posible que las personas afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivo. (Corte Constitucional, Sentencia T-281 de 2018)

El gran aspecto que representó el paso de un mecanismo de seguro social a un mecanismo de seguridad social – así sea solo en salud para el caso colombiano por ser el único que cumple con el carácter de universal – es el carácter de universal de la seguridad social, esto implica que el acceso a las prestaciones sociales ya no va a depender exclusivamente de la existencia de un vínculo laboral – entendiendo vínculo como un contrato laboral o una actividad profesional o comercial independiente – sino que va ser propio del ser humano, la Corte Constitucional se ha referido al tema indicando que:

...de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho irrenunciable, que garantiza a todos los habitantes a través de un servicio

público, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, fundado en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad... (Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 2019)

Específicamente en el tema de pensiones, la Ley 100 de 1993 creó dos regímenes pensiones, ambos diferentes e incompatibles, siendo uno el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, basado en un sistema de reparto y administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, basado en un sistema de capitalización Administrado por los Fondos de Pensiones Obligatorias, siendo este el actual Sistema de Seguridad Social en Pensiones de Colombia.

2. DEFINICIÓN DEL PISO MÍNIMO DE PROTECCIÓN SOCIAL

En tiempos actuales, uno de los grandes retos de la Seguridad Social debe ser aumentar el grado de cobertura, al punto tal que todo aquel pueda tener un mínimo de protección por parte del Sistema General de Seguridad Social, lo cual, necesariamente implica determinar y establecer parámetros para la existencia de un nivel mínimo de protección, lo que actualmente se conoce como piso mínimo de protección social.

El piso mínimo de protección social es definido por la OIT (2011) como:

un conjunto integrado de políticas sociales diseñado garantizar a toda persona la seguridad de los ingresos y el acceso a los servicios sociales esenciales, prestando especial atención a los grupos vulnerables y protegiendo y capacitando a las personas a lo largo del ciclo de la vida (p. 9)

Lo anterior necesariamente implica el desarrollo de medidas e instituciones encaminadas a procurar que el piso mínimo de protección social, garantice a aquellos que devenguen menos de un salario mínimo – para el caso colombiano – toda vez que esta es la población que presenta inconvenientes para lograr realizar los aportes al Sistema General de Seguridad

Social dentro del régimen contributivo, y por ende, alcanzar los beneficios establecidos en materia de salud, riesgos comunes y riesgos laborales.

Es de precisar, que el piso mínimo de protección social tiene como objetivo claro, generar contingencias que eviten que individuos que se puedan encontrar en situaciones de debilidad manifiesta – bien sea por la vejez, invalidez o muerte – caigan en estado de pobreza y les sea imposible percibir por su propio esfuerzo los recursos necesarios para subsistir en dicho estado de debilidad.

2.1 LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA

La seguridad social en Colombia es entendida a través de múltiples protecciones que se aseguran a través del Sistema General de Seguridad Social, que a través del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, procura la protección de los riesgos inherentes a la vejez, invalidez y muerte de origen común, esto lo hace a través de dos regímenes pensionales, por un lado encontramos el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que fue administrado por el Instituto de Seguros Sociales y hoy es administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – el cual es definido por la Corte Constitucional como:

Según el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 el régimen solidario de prima media con prestación definida es “aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas”. En este régimen los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen “un fondo común de naturaleza pública”, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización. (Corte Constitucional. Sentencia C – 401 de 2016)

Por otro lado, el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones cuenta también con un segundo régimen pensional, siendo este el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el cual es administrado por las Administradoras de Fondos de Pensiones, y es definido por la Corte Constitucional como:

De conformidad con el inciso primero del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el régimen de ahorro individual con solidaridad “es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”. En este régimen los aportes no ingresan a un fondo común como en el régimen de prima media, sino que son depositados en una cuenta individual de ahorro pensional constituida a título personal. Por lo anterior, existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión, lo cual determina que el valor de la pensión sea variable y no previamente definido como en el régimen de prima media. El sistema garantiza la pensión de vejez únicamente a condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida. (Corte Constitucional. Sentencia C-401 de 2016)

La protección en salud en Colombia, es el único espectro de la seguridad social que cuenta con una protección universal, y por ende, con dos regímenes, uno contributivo – el cual supone una cotización por parte del afiliado – que es a través de las Entidades Promotoras de Salud – EPS – en los casos en que el afiliado sea un contribuyente o los beneficiarios de este; y por otro lado, el régimen subsidiado es administrado a través de las entidades territoriales quienes llevan acabo la afiliación de las poblaciones que lo requieren.

El Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y el Sistema General de Seguridad Social por Riesgos Laborales, son regímenes meramente contributivos, toda vez que ambos

suponen la existencia de un aporte por parte del empleador y el trabajador – siendo este último dependiente o independiente – donde sus prestaciones son destinadas a cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, a través de las pensiones por cada riesgo o la prestación subsidiaria de devolución de saldos o indemnización sustitutiva dependiendo de la entidad que la asuma y en algunos casos, el pago de las incapacidades generadas en casos de afecciones de salud, donde la entidad encargada de asumir estas prestaciones será por un lado las AFP o Colpensiones cuando el riesgo que genera la contingencia es común, o las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL) cuando el riesgo que genera la contingencia es laboral.

2.2 LA IMPORTANCIA DEL PISO MÍNIMO DE PROTECCIÓN SOCIAL EN COLOMBIA

Para poder determinar la importancia del piso mínimo de seguridad social en Colombia, primero se tienen que establecer los requisitos vigentes para poder realizar aportes al Sistema de Seguridad Social, lo cual implica determinar quienes son los sujetos pasivos del aporte, el porcentaje del aporte, el sujeto activo del aporte, y el monto mínimo del aporte, y esto compararlo con el porcentaje de la población que cuenta con el ingreso suficiente para hacer este aporte mínimo.

En Colombia, el aporte a pensión es equivalente al 16% de los ingresos líquidos mensuales, donde para el trabajador dependiente corresponderá al 16% de todos los factores salariales y los no salariales cuando el 40% de la sumatoria de estos supere los factores no salariales, de este 16% el empleador tiene la obligación de asumir el pago del 75% y el trabajador del 25% restante; sin embargo, es necesario, para poder realizar aportes a la Seguridad Social en Pensiones que el trabajador devengue por lo menos un salario mínimo mensual vigente.

Así mismo, el trabajador independiente deberá cotizar sobre el 40% del ingreso líquido mensual – esto es, después de haber realizado la deducción de costos, reales o presuntos, acorde a la Resolución 209 de 2020 de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP. Sin embargo, para los trabajadores independientes, cuyo ingreso posterior a la deducción de gastos y la estimación

del 40% devenguen un ingreso inferior al salario mínimo mensual legal vigente, su cotización deberá ser equivalente al salario mínimo mensual legal vigente y ninguna inferior a esta, esto acorde al parágrafo primero del artículo 15 de la Ley 100 de 1993.

Por otro lado, los aportes a salud corresponden al 12.5% de los ingresos líquidos del trabajador, siempre que este no sea inferior a un salario mínimo mensual legal vigente; en los casos de trabajadores dependientes, el empleador sumará el pago del 8.5% y el trabajador el pago del 4%; por otro lado, si el trabajador fuera independiente, el total de la cotización debe ser asumida por el trabajador, y su cotización deberá ser mínimo de un salario mínimo mensual legal vigente.

En cuanto a los riesgos laborales el aporte dependerá de acuerdo con la tarifa de riesgo de la labor que realiza el trabajador, y el aporte irá entonces del 0.522% al 6.96%, y el encargado de realizar este pago será el empleador en los casos de trabajadores dependientes y en los casos de trabajadores independientes, este último deberá asumir el 100% de dicho costo.

Debe entonces en este momento precisarse el carácter o naturaleza jurídica de dichos aportes al Sistema General de Seguridad Social, toda vez que esto nos permitirá determinar más adelante la naturaleza de los aportes al piso mínimo de protección social.

Se debe precisar entonces que previo a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 tal y como lo señala la Sala Consultiva del Consejo de Estado (2003, p. 17) las cotizaciones que se realizaban al Instituto de Seguros Sociales – hoy Colpensiones – por parte de empleadores privados, eran considerados de índole privada.

Sin embargo, con la actual Ley 100 de 1993 – y las reformas posteriores – la connotación de los aportes que se realizan a la seguridad social, incluso, aquellos que se realizan al Régimen de Ahorro Individual, cambian de naturaleza, en parte, por el hecho de que el artículo 4 y el artículo 5 de la Ley 100 de 1993 establecen a la Seguridad Social, como un servicio público, tal y como lo señala la Corte Constitucional:

El artículo 48 de la Carta Política, dispone que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público en cabeza del Estado, que debe garantizarse a todas las personas “en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”. Para esta Corporación la seguridad social es un derecho de raigambre fundamental, que debe ser definido de la siguiente manera: “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente 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. (Corte Constitucional, Sentencia T – 043 de 2019)

Lo anterior, llevó a que la Corte Constitucional señalara que los aportes al Sistema General de Seguridad Social tuvieran una naturaleza de parafiscal:

Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud... (Corte Constitucional, Sentencia C – 577 de 1995)

Hecho este análisis, podemos entrar a determinar la importancia de tener un piso mínimo de protección social en Colombia, y lo primero es señalar que al existir un monto mínimo para realizar cualquier tipo de cotización al sistema de un salario mínimo mensual legal vigente, supone un interrogante importante, y es saber que ocurre con aquellas personas que devenguen ingresos inferiores a un salario mínimo mensual vigente, bien sea porque el término del contrato de prestación de servicios supone una remuneración inferior o porque el trabajador ha sido contratado por horas o días.

Según el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas – DANE – (2020, p. 4) para el trimestre que va de mayo a julio de 2020 se pudo determinar que entre las 13 ciudades y áreas metropolitanas más grandes de Colombia el porcentaje de informalidad de hombres es equivalente al 46.0% mientras que el porcentaje de mujeres que se encuentran en un estado de informalidad es del 46.6%.

Lo anterior, significa que poco menos de la mitad de la población colombiana actualmente se encuentra irregularizada, por lo que puede contener un alto porcentaje de trabajadores sin cobertura de riesgos de vejez, invalidez y muerte, bien sea por riesgo común o por riesgo laboral, como tampoco se van a encontrar dentro del régimen contributivo de salud y por ende, no contarán con la prestación subsidiaria de pago de incapacidades ni el pago de licencias de maternidad o paternidad propias del régimen contributivo.

Esta situación supone entonces una limitante por parte del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y en Riesgos Laborales para lograr una cobertura universal, toda vez que, estos dos subsistemas del Sistema General de Seguridad Social, no solo requiere que el afiliado se encuentre cotizando para lograr los beneficios propios de cada subsistema, sino que adicionalmente es necesario que estos afiliados coticen por lo menos en un salario mínimo mensual vigente.

Esto entonces significa una clara desprotección de un alto porcentaje de la población contra contingencias inherentes del ser humano, y que requiere por parte del Estado, una actuación importante para poder determinar políticas e instrumentos que permitan aumentar la población cotizante y de esta manera aumentar el porcentaje de personas cubiertas de manera efectiva por el Sistema General de Seguridad Social.

3. MECANISMOS DE APLICACIÓN DEL PISO MÍNIMO DE PROTECCIÓN SOCIAL

Entendida la problemática social y económica que se genera en Colombia, dado los altos grados de informalidad existentes sumado a la limitación que tiene el Sistema General de Seguridad Social para incorporar a este gran sector de la población y poder lograr una verdadera universalidad – específicamente en pensiones y riesgos laborales – es que nacen en Colombia, los mecanismos para lograr una aplicación de un piso mínimo de protección social.

Antes de hacer una referencia a estos mecanismos – siendo ambos recientes, ya que solo tienen siete años de diferencia entre la emisión de uno y otro – es importante precisar algo para entender su aplicación en el contexto colombiano.

Al momento de hablar del Piso Mínimo de Seguridad Social en Colombia, tenemos que tener presente que, necesariamente van a ser beneficios inferiores a los contenidos en el Sistema General de Seguridad Social en propiedad; lo anterior, se debe a que el objetivo de este sistema de aporte, va a procurar que la población que actualmente se encuentra devengando menos de un salario mínimo, puedan ingresar a un sistema que les permita lograr un nivel de protección para las contingencias propias del Sistema General de Seguridades Sociales, como los son la salud, la vejez, la invalidez y la muerte; sin embargo, al ser los aportes inferiores a los necesarios para ser cotizante del Sistema General de Seguridad Social, es que se deriva la inferioridad – en comparación – de los beneficios que otorgara el piso mínimo de seguridad social.

Lo anterior, necesariamente genera el siguiente interrogante: ¿Qué consideramos puede ser suficiente como beneficio? La respuesta a esta pregunta tiene gran relevancia, para poder determinar qué tipo de prestaciones sociales consideramos debe entregar el piso mínimo de protección social y poder comparar estas prestaciones ideales del piso mínimo de protección social con las prestaciones que actualmente nuestros sistemas del piso mínimo de seguridad social tienen, lo anterior, ya que como bien lo afirma el profesor Jorge Gutiérrez (2020, p. 1), los pisos de protección social, pueden tener entre si sub pisos, que procuren una mayor o una menor protección en múltiples aspectos, tales como atención en salud o prestaciones económicas dependiendo de las cotizaciones que se realicen.

Ahora, lo primero que debemos tener claro es que el propósito del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones – incluso el de riesgos laborales – no es generar prestaciones sociales que replacen la totalidad de los ingresos que percibía el cotizante previo a la materialización de alguno de los riesgos – vejez, invalidez o muerte – sino que su objetivo es reemplazar un porcentaje de dichos ingresos proporcional a la cotización por ende, debemos tener presente que si el piso mínimo de protección social, pretende cubrir a personas que devengan menos del salario mínimo mensual legal vigente – y que por ende su aporte es inferior a esta cifra – las prestaciones sociales que se deriven de este sistema serán inferiores igualmente al salario mínimo mensual legal vigente (Ramírez, 2020, p. 2)

En Colombia, en los últimos seis años, hemos tenido dos regulaciones diferentes para lograr implementar el Piso Mínimo de Protección Social, siendo el primer intento la Ley 2616 de 2013 y posteriormente con la Ley 1955 de 2019.

3.1 DECRETO 2616 DE 2013

El Decreto 2616 fue el primer intento que ha tenido Colombia de implementar un sistema de piso mínimo de protección social y establecer procedimientos para que personas que devengan menos de un salario mínimo mensual legal vigente pudieran cotizar al Sistema General de Seguridad Social, de manera tal que logran obtener protecciones en los riesgos de vejez, invalidez y muerte, por riesgo común y laboral.

Para los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, el Decreto 2616 de 2013 establece un sistema de cotización fraccional, es decir, dependiendo del número de días trabajados al mes dependerá el número de semanas a cotizar por parte del empleador y el trabajador.

Atendiendo a lo anterior, tenemos que para trabajadores que durante un mes laboren entre 1 y 7 días, la cotización que se debe realizar es por una cotización semanal –, es decir, por una semana con un índice base de cotización (IBC) equivalente al porcentaje correspondiente de

un salario mínimo – de 8 a 14 días, dos cotizaciones mínimas semanales, de 15 a 21 días 3 cotizaciones semanales y de más de 21 días, el equivalente a un mes de cotizaciones.

Ahora, sobre las prestaciones propias del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, debemos señalar la evidente carga que sufre el empleador de trabajadores por días, para aquellos que empleen mano de obra por los rubros mínimos, siempre va a suponer una carga adicional la cotización, toda vez que para aquel que contrate un trabajador por un día a la semana, la carga impositiva será igual que para aquel que contrate un trabajador por 7 días, aplicando esta misma proporción a las demás fracciones.

Esto entonces ha suscitado múltiples discusiones entre empleadores y trabajadores, que han sido conocidas por la Corte Suprema de Justicia, específicamente, pretendiendo la cotización proporcional al tiempo laborado o incluso pretendiendo que la cotización, sea por las 4 semanas incluso si estas no fueron laboradas, lo anterior fue abordado por la Corte Suprema de Justicia (SL2352/18), donde afirmó que no es dable, entender que sin importar el tipo de contrato de trabajo que se pueda tener, las cotizaciones a la Seguridad Social, debe tener relación al tiempo laborado y el salario percibido.

Ahora, frente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Decreto 2616 de 2013 establece que aquellos trabajadores por días, cuya remuneración sea inferior a un salario mínimo mensual legal vigente, deberán estar afiliados al régimen subsidiado de salud, y será entonces este régimen el encargado de cubrir todas las prestaciones asistenciales que llegue a requerir el trabajador, dejando por fuera de regulación las prestaciones económicas propias del régimen contributivo, y las posibles consecuencias de este vacío normativo, consecuencias que serán abordadas en párrafos posteriores.

Por último, frente a riesgos laborales, el Decreto 2616 de 2013 establece que la cotización de cada uno de los empleadores – pensando en un escenario de múltiples empleadores – debe realizar cotizaciones equivalentes a un mes, aunque el periodo real laborado por el trabajador sea inferior a un mes.

3.2 LEY 1955 DE 2019 Y DECRETO 1174 DE 2020

Bajo la Ley 1955 de 2019 se promulgaba el plan de desarrollo nacional para los años 2018 al 2022, dentro de este compendio normativo el artículo 193 estableció los parámetros generales para la aplicación del nuevo Piso Mínimo de Protección Social para aquellos trabajadores que devenguen mensualmente ingresos inferiores al salario mínimo mensual legal vigente, con el ánimo de establecer un nuevo mecanismo para lograr las protecciones propias del Sistema General de Seguridad Social – o por lo menos parcialmente.

El citado artículo establece que quienes devenguen menos de un salario mínimo mensual legal vigente, bien sean trabajadores dependientes por tiempo parcial o independientes con contrato de prestación de servicios, deberán estar afiliados al piso de protección social, subsistema que pretende cubrir el riesgo de la vejez a través de los Beneficios Económicos Periódicos – BEPS – donde el empleador deberá realizar una cotización equivalente al 15% de lo pagado a su trabajador – lo mismo aplica para el contratante en relación al contratista – de este porcentaje de cotización se destinará un 1% para la contratación de un seguro inclusivo el cual tendrá como objetivo cubrir los riesgos laborales.

Por otro lado, este tipo de trabajadores o contratistas deberán estar afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado, quien estará encargado de cubrir todas las prestaciones asistenciales que requiera.

Es de importante mención, que aquellos que devenguen menos de un salario mínimo mensual vigente, y cuente con un contrato de trabajo por tiempo parcial o un contrato de prestación de servicios su afiliación será obligatoria al Piso Mínimo de Protección Social y únicamente aquellos trabajadores independientes sin contrato de prestación de servicios serán afiliados voluntarios al Piso Mínimo de Protección Social.

Por último, se debe señalar que la entidad encargada de asumir la vigilancia de las cotizaciones al piso mínimo de protección social será la UGPP, que deberá procurar porque los pagos que realicen los empleadores sean acordes a lo verdaderamente devengado por el

trabajador, y adicionalmente, como bien lo indica la Profesora María Elena Mesa (2020, p. xx) evitar que empleadores pretendan el desmejoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores para posteriormente afiliarlos al piso mínimo de protección social.

3.3 CONTROVERSIAS ENTRE LOS SISTEMAS DEL PISO MÍNIMO DE PROTECCIÓN SOCIAL

Previo a hacer un análisis sobre los puntos críticos que presentan los dos sistemas de piso mínimo de protección social que se han implementado en Colombia, es importante señalar una serie de precisiones generales para poder realizar un análisis con el total de herramientas necesarias.

La primera precisión que se debe realizar es que, si bien a nivel global el tema del piso mínimo de protección social ha sido tratado desde hace varios años, tan remoto es el inicio de este tipo de discusiones que acorde a la OIT (2012, p. 5) desde la declaración de Filadelfia del año 1944 se le encomendó a esta entidad la tarea de fomentar a nivel mundial mecanismos que permitieran garantizar ingresos básicos a personas en situación de pobreza y procurar igualmente una atención médica completa.

Pese a su antigüedad global, los antecedentes existentes en Colombia para regular un piso mínimo de protección social en Colombia son recientes, toda vez que el primer sistema creado encontró su génesis en el año 2013, suponiendo entonces que con la Ley 1555 de 2019 y el Decreto 1174 de 2020 se debería tener un sistema de piso mínimo de protección social con avances en tema de cobertura y prestaciones sociales, atendiendo al principio de progresividad, principio entendido por la Corte Constitucional como:

El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representan un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas,

cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción.
(Corte Constitucional, sentencia C – 228 de 2011)

En este punto, se debe señalar que la comparación entonces, que debe realizarse para determinar los puntos críticos es en relación con la normativa inmediatamente anterior que regula el piso mínimo de protección social, y de esta forma, poder establecer las prestaciones diferenciadas que pueden tener en relación con el Sistema General de Seguridad Social y estos dos subsistemas (Farne, 2020, p, 4)

3.3.1 incapacidades e invalidez por riesgo común.

Antes de explicar los múltiples escenarios que se pueden llegar a presentar en relación con las incapacidades temporales de origen común, debemos señalar que:

El auxilio por incapacidad se define como el reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que hacen las Entidades Promotoras de Salud - EPS, a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual. (Ministerio de Salud, 2018)

Teniendo claro qué son las incapacidades temporales, se tiene que indicar que acorde a lo establecido en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, el pago de las incapacidades le corresponde durante los primeros 180 días a la EPS y en caso de sobre pasar dicho límite – y el envío previo del concepto favorable de rehabilitación – será la administradora de Fondos de Pensiones la entidad encargada de asumir el pago de dichas incapacidades por 360 días adicionales.

Sobre las incapacidades bajo ambos sistemas de piso mínimo de protección social – Decreto 2616 de 2013 y Ley 1955 de 2019 – nos deja un gran interrogante y un vacío normativo por decirlo menos peligroso, lo anterior, ya que ambos sistemas establecen que sus beneficiarios,

estarán vinculados al Sistema General de Salud en el régimen subsidiado y este régimen de salud, no contempla el pago de incapacidades temporales, toda vez que esta prestación económica es propia del régimen contributivo de salud.

El anterior inconveniente producto del vacío normativo de ambos sistemas puede encontrar dos finales que perjudican directamente a uno u otro sujeto, siendo estos, empleador o trabajador. Como primer análisis, podríamos decir que, dado que el piso mínimo de protección social determinó que el trabajador por tiempo parcial estaría afiliado al régimen subsidiado en salud y que las prestaciones económicas son propias del régimen contributivo, se puede concluir que el legislador al momento de fijar el piso mínimo de protección social, determinó que las incapacidades no estarían incluidas como beneficio y por ende, no serían pagadas al trabajador, lo anterior, incluso fue afirmado por el Ministerio de Salud:

...debe indicarse que en principio los trabajadores que laboren por períodos inferiores a un mes, pueden ser sujetos de la aplicación del Decreto 2616 de 2013, siempre que se encuentren afiliados al Régimen Subsidiado de Salud, situación que no permite el reconocimiento de prestaciones económicas, tal y como lo señala el artículo 302 del Decreto 806 de 1998. (Ministerio de Salud, 2015)

Por otro lado – y parece ser la consecuencia aplicable – se puede decir que el responsable de pagar estas incapacidades de origen común, desde el día 1 hasta la recuperación del trabajador en el marco de la Ley 1955 de 2019 sería el empleador, lo anterior, toda vez que se debe mirar el pago de incapacidades con dos factores determinantes, uno, la concepción que tiene la Corte Constitucional en su jurisprudencia sobre las incapacidades; y por otro lado, la subrogación de riesgos por parte del empleador.

Sobre la concepción que tiene la Corte Constitucional del estado de incapacidad temporal:

El pago de incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener

un salario. Con estas reglas, la Corte reconoce implícitamente que, sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados. (Corte Constitucional, Sentencia T – 200 de 2017)

Dado lo anterior, resulta poco probable que casos que sean adelantados ante un juez de tutela y que en una eventual revisión por parte de la Corte Suprema de Justicia, esta entidad determine que quien debe asumir la carga de este vacío normativo sea el empleado, lo anterior, incluso se puede reafirmar con un precedente jurisprudencial que resolvió la Corte Constitucional en favor de los intereses del trabajador, siendo este el vacío normativo del concepto desfavorable de rehabilitación, el cual la Corte resolvió determinando que la entidad encargada de asumir el pago de incapacidades en estos casos sería la administradora de fondos de pensiones o Colpensiones – del día 181 al 540.

Lo anterior encuentra sustento en lo señalado por la Corte Constitucional:

...se aplicará la interpretación del Decreto 2463 de 2001 más favorable a su situación, en el entendido de que, tratándose de una incapacidad que excede los 180 días, sin que exista concepto favorable de recuperación, y como quiera que el porcentaje de la primera calificación no fue suficiente para obtener la pensión de invalidez, tiene derecho a recibir de la A.F.P. Protección S.A. una indemnización equivalente a la incapacidad que venía disfrutando por parte de la E.P.S. Ello, hasta que su médico tratante emita un concepto favorable de recuperación que le permita en el corto plazo reincorporarse a sus actividades o se lleve a cabo una nueva evaluación de su capacidad laboral, que le permita acceder a la pensión de invalidez. (Corte Constitucional, sentencia T – 920 de 2009)

En este punto, debemos precisar que dependiendo de qué norma pretendamos aplicar – en el hipotético caso de que se pudiera decidir si se aplica la Ley 1955 de 2019 o el Decreto 2616 de 2013 – hay que señalar que el empleador dado a la no subrogación del riesgo podría llegar a asumir las incapacidades de dos maneras diferentes.

Si aplicamos el Decreto 2616 de 2013, dado a que el empleador está cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, pero no al Sistema General de Seguridad Social en Salud, este debería asumir el pago que le correspondería a la EPS, esto es, los primeros 180 días de incapacidad y reanudaría al día 541 de incapacidad continua, hasta tanto se determine una potencial invalidez o hasta que se logre la mejoría médica.

Por otro lado, en el caso de la Ley 1599 de 2019 y su posterior Decreto reglamentario 1174 de 2020, el trabajador no logra subrogar el riesgo de incapacidades ya que dicha norma no estableció que Colpensiones, a través de los BEPS, sería la encargada de cubrir incapacidades, y al no estar el trabajador afiliado al régimen contributivo en salud, no contaría con prestaciones económicas, por lo que el empleador deberá pagar incapacidades desde el día uno hasta la fecha de recuperación.

Lo anterior, deja dudas adicionales, ya que al ser un trabajador de tiempo parcial, podría presentarse escenarios donde el juez constitucional determine que el pago de las incapacidades deba ser por la totalidad del periodo de estas, y no proporcional al tiempo que trabajaba con dicho empleador, lo anterior, atendiendo a que el estado de vulnerabilidad del trabajador – siendo este estado el que le impide ejercer su labor u oficio – es por el total del tiempo de la incapacidad emitida por el médico tratante; por otro lado, en caso de ser múltiples empleadores, se debe precisar que todos ellos llegarían a estar vinculados en la acción de tutela, y podrían llegar a ser condenados a pagar el total de la incapacidad en proporción al tiempo laborado con cada uno.

Como posible puerto de llegada de incapacidades prolongadas por más de 540, podemos encontrarnos con una invalidez, y su eventual responsabilidad de reconocimiento dependerá del tipo de norma que estemos aplicando, por un lado, bajo el Decreto 2616 de 2013, el trabajador habrá estado realizando aportes a un fondo de pensiones obligatorias, - sea este privado o Colpensiones – lo que le garantiza el aseguramiento por el riesgo de invalidez siempre y cuando cumpla el requisito general de 50 semanas en los últimos 3 años.

Por otro lado, bajo la regulación de la Ley 1955 de 2019 y su Decreto reglamentario 1174 de 2020, se mantiene un vacío normativo sobre quién y en qué monto deberá asumir el pago de una eventual invalidez por origen común, lo que nos podría llevar a especular que estructurada una invalidez, este podría reclamar los aportes hechos al sistema BEPS; por otro lado, podríamos señalar que al ser estos aportes destinados exclusivamente para cubrir el riesgo de vejez, el trabajador no podría retirarlos sino hasta la edad de pensión, por lo que podría quedar desprotegido frente al riesgo de invalidez.

Nuevamente el anterior escenario hipotético, resulta el menos probable a largo plazo, lo anterior ya que como vimos en relación a las incapacidades y al estado de vulnerabilidad del trabajador, este estado se asienta aun mas con la estructuración de la invalidez y la pérdida de capacidad del 50%, por lo que podríamos decir que quien llegaría a asumir una potencial pensión de invalidez sería el empleador, lo anterior – tanto para incapacidades como para invalidez – encuentra su sustento en la subrogación de riesgos que no logró realizar el empleador bajo este sistema de piso mínimo de protección social.

La subrogación ha sido entendida por la Corte Suprema de Justicia como:

...sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra'. Esta percepción trasluce plena de conformidad con lo plasmado en el artículo 1666 del Código Civil (el Código de Comercio no introdujo definición alguna sobre el particular), en cuanto que es considerada como 'la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga', desplazamiento que puede sobrevenir por ministerio de la ley o por acuerdo ajustado entre el acreedor primigenio y el tercero que satisface la prestación debida.
(Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC17494-2014 de 2015)

En otras palabras, bajo el piso mínimo de protección social – bien sea a través del Decreto 2616 de 2013 o la Ley 1955 de 2019 – no existen mecanismos que le permitan al empleador subrogar riesgos de origen común al Sistema General de Seguridad Social, por lo que generaría que el empleador asuma el pago de dichos riesgos no subrogados, sin embargo, bajo

el amparo del Decreto 2616 de 2013, el empleador contaba con la posibilidad de subrogarse, los riesgos de incapacidades superiores al día 180, invalidez y sobrevivencia.

3.3.2 licencias de maternidad.

Como un elemento fundamental del Sistema General de Seguridad Social, podemos encontrar la licencia de maternidad, siendo esta definida por la Corte Constitucional como:

...un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que ésta derivaba y cuya percepción se ve interrumpida con motivo del parto. Conforme a lo anterior, se concluye que el hecho generador de la licencia de maternidad no es el alumbramiento aisladamente considerado, sino este hecho aunado a la preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento. (Corte Constitucional, Sentencia T – 489 de 2018)

Ahora, frente a la licencia de maternidad – aplicable igualmente a la licencia de paternidad y de aborto – encontramos que son prestaciones económicas propias del régimen contributivo de salud, cuyo encargado de asumir el pago será entonces la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador o contratista.

Siguiendo el hilo del análisis realizado en materia de incapacidades, podemos indicar que para los sistemas de piso mínimo de protección social, bien sea bajo el Decreto 2616 de 2013 o la Ley 1955 de 2019, al estar este trabajador o contratista afiliado al régimen subsidiado de salud, este no tendría derecho al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, sin embargo, hay que señalar que la licencia de maternidad además de tener como objetivo cubrir el tiempo que imposibilita a la madre de ejercer su labor u oficio, por razón del parto y cuidado del recién nacido, tiene también el objetivo de proteger al menor recién nacido, para garantizar de esta manera que se podrá satisfacer tanto el mínimo vital de la madre, como el mínimo vital del menor.

Esto, entonces, nos pone en presencia de una situación donde vamos a encontrarnos ante dos sujetos de especial protección constitucional, siendo el primero la madre, cuyo mínimo vital se vería amenazado con la ausencia de pago de la licencia de maternidad; y por otro lado, el menor recién nacido.

Dado lo anterior, y atendiendo a la idea de que el empleador o contratante no logró subrogar estos riesgos – debido al vacío normativo de ambos sistemas de piso mínimo de protección social – podríamos indicar que se expone a una posible condena por parte de un juez constitucional a asumir el pago de la licencia de maternidad, sustentando que el no pago de esta, pondría en riesgo la subsistencia del menor, quien es considerado por la Corte Constitucional como un sujeto de especial protección constitucional y por ende:

La familia, la sociedad y el Estado están obligados a asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, siempre orientados por el criterio primordial de la prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de protección constitucional. (Corte Constitucional, sentencia T – 468 de 2018)

Nuevamente en el campo de las licencias de maternidad, nos enfrentaríamos a una interrogante importante, ya que esta tiene una duración de 18 semanas, sin embargo, dado el vacío normativo existente en la Ley 1955 de 2019, es imposible determinar *prima facie*, si la posible condena sería proporcional al tiempo que se trabaja, o si sería por la totalidad del tiempo de la licencia de maternidad.

3.3.3 Riesgo de muerte.

Abordado entonces a lo largo de este capítulo los inconvenientes que se presentan para el empleador al momento de no lograr subrogar sus riesgos al Sistema General de Seguridad Social, dado los múltiples vacíos normativos, debemos indicar que para el riesgo de muerte no se presenta excepción alguna.

Hay que señalar que el riesgo de muerte de origen común, que sirve como llave para el reconocimiento de la pensión por sobrevivencia – en el caso de un afiliado siempre que cumpla con la densidad de 50 semanas en los últimos 3 años – solo tendría lugar en el escenario del Decreto 2616 de 2013, toda vez que solo dentro de este sistema de piso mínimo de protección social, encontramos que el trabajador o contratista verdaderamente cotiza al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, lo que, en caso de cumplir con el requisito de densidad de semanas, podría generar el reconocimiento de una pensión por sobrevivencia a sus beneficiarios.

Por otro lado, frente a la Ley 1955 de 2019, es claro que este riesgo de muerte de un afiliado a al sistema de piso mínimo de protección social no establece el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, por lo que se podría establecer que los dineros cotizados por el causante, podrían ser distribuidos entre los beneficiarios o herederos dependiendo del caso en concreto.

CONCLUSIONES

Como conclusiones del presente trabajo, se debe indicar y reafirmar, que el proceso que adelanta Colombia con el objetivo de incluir dentro del Sistema General de Seguridad Social a quienes devengan menos de un salario mínimo mensual legal vigente, aun encuentra claros desperfectos y vacíos normativos que terminan implicando riesgos mayores tanto a trabajadores como empleadores.

El hecho de que el decreto reglamentario de la Ley 1955 de 2019 genere vacíos normativos e incluso disminuya la cantidad de prestaciones propias del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, como se pudo evidenciar en relación a los riesgos de vejez, invalidez y muerte, podría suponer un retroceso en relación al Decreto 2616 de 2013, sumado a que el seguro inclusivo que pretende proteger los riesgos laborales, es evidente el desmejoramiento a la afiliación que tenían los trabajadores a la ARL a través del Decreto 2616 de 2013.

Decisiones

Lo anterior, es un claro atentado en contra de uno de los principios rectores de la Seguridad Social, siendo este el de progresividad; como bien se ha mencionado, el citado principio propende porque todo cambio normativo que se realice encuentre un punto de partida, las prestaciones sociales y la capacidad de cobertura de la norma que pretende sustituir en el mundo jurídico, lo cual no ocurre, para el caso de la Ley 1955 de 2019, generando esto una clara causal de inconstitucionalidad, toda vez que hace más gravosa la situación en materia de Seguridad Social para trabajadores – siendo este en principio el elemento débil de la relación laboral – pero incluso, aumentando los riesgos de los empleadores, lo cual, a la larga, podría servir como un mecanismo de desincentivo a la contratación de múltiples oficios – oficios cuya costumbre es ser prestados por días u horas.

La anterior consecuencia, no es una mera especulación, producto de los análisis hechos a las múltiples prestaciones sociales cercenadas en comparación de un conjunto normativo y otro, sino que encuentra también un precedente judicial importante, donde la Corte Constitucional a través de sentencia C – 556 de 2006, luego de un análisis del requisito de fidelidad, consideró que este violentaba de manera directa el principio de progresividad, generando de esta manera, una sentencia de inconstitucionalidad cuyos efectos fueron incluso retroactivos.

Continuando con los argumentos anteriores, una posible declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, significaría un grave problema – materialmente hablando – para retrotraer los efectos de la ley 1955 de 2019 y su decreto reglamentario 1174 de 2020, lo anterior toda vez que obligaría necesariamente a realizar una devolución masiva de aportes por parte del sistema BEPS a los empleadores, quienes deberán, no solo aportar su porcentaje a la Seguridad Social en Pensiones, sino que adicionalmente, se crea el limbo del porcentaje a cargo del trabajador

Lo mismo ocurre en materia del seguro inclusivo, esto ya que dicho seguro fue debidamente contratado por parte del empleador o contratista, a través de este se encargó de cubrir y asumir riesgos laborales, lo que generaría un interrogante de cómo sería la devolución de dichos aportes – en caso de que se pueda hacer dicha devolución – y por otro lado, en caso de alcanzarse a materializar un accidente laboral, se podría incluso pensar que si la Corte

Constitucional le otorga efectos retroactivos a una potencial sentencia, el empleador, pese a haber subrogado sus riesgos en materia de riesgos laborales, al ser inconstitucional este mecanismo, se vea obligado a asumir los riesgos de la invalidez o la muerte de riesgo laboral.

Si bien el piso mínimo de protección social es una necesidad latente, no podemos dejar de analizar los altos costos que podría llegar a suponer para un empleador el contratar un trabajador por tiempo parcial, dado su imposibilidad para subrogarse en los riesgos propios del Sistema General de Seguridad Social.

Por otro lado, es claro que para el trabajador, el peor escenario posible es tener como acreedor de riesgos de alto costo – como lo son los riesgos que cubre el Sistema General de Seguridad Social – a un empleador persona natural, o a una sociedad por acciones simplificadas de poca capacidad económica; la primera, por la posible escasez de recursos por parte de una persona natural para asumir dichas obligaciones, y la segunda, ya que se puede crear el escenario, donde el empleador sea una sociedad por acciones simplificada donde sus socios, no son responsables por ningún tipo de obligación laboral – más allá de la posibilidad de la posibilidad de darse una caída del velo corporativo en caso de existir una probada mala fe por parte de los socios –, lo que podría generar la liquidación de dicha sociedad al momento de configurarse alguno de estos riesgos, dejando totalmente desprotegido al trabajador.

Cualquiera de los escenarios aquí señalados, y que generan alarma de lado y lado, lleva a concluir que el objetivo de aumentar la cobertura del Sistema General de Seguridad Social a través de la Ley 1955 de 2019 no resulta ser una contraprestación suficiente para argumentar la pérdida sustancial de beneficios que genera en comparación con el Decreto 2616 de 2013, por lo que se debe advertir, que si bien se progresa en materia de cobertura, el regreso generado en materia de prestaciones resulta ser abrumadoramente superior, violentando de manera clara e indiscutible el principio de progresividad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bertranou, F. (2010). *Iniciativa del piso de protección social. Oficina Internacional del Trabajo*. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/article/wcms_limd2_25_es.pdf [Consulta el 24/03/2019]

Bowen Herrera, A. (1992). *Introducción a la Seguridad Social*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Carnelutti, F. (2012). *Cómo se hace un proceso*, Bogotá: Editorial Temis

Consejo de Estado (2003). Concepto 1480/03, M.P. Susana Montes de Echeverri

Corte Constitucional (1999). Sentencia T-730/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional (1995). Sentencia C-577/95, M.P. Jorge Hernández Galindo

Corte Constitucional (2009), Sentencia T-920/09, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Constitucional (2011). Sentencia C-228/11, M.P. Juan Carlos Henao Pérez

Corte Constitucional (2014). Sentencia T-690/14, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez

Corte Constitucional (2016). Sentencia C-401/16, M.P. María Victoria Calle Correa

Corte Constitucional (2017). Sentencia T-200/17, M.P. José Antonio Cepeda Amarís

Corte Constitucional (2018). Sentencia T-281/18, M.P. José Fernando Reyes

Corte Constitucional (2018). Sentencia T-489/18, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

Corte Constitucional (2019). Sentencia C-083/19, M.P. Alberto Rojas Ríos

Corte Constitucional (2019). Sentencia T-043/19, M.P. Alberto Rojas Ríos

Corte Suprema de Justicia (2015). Sentencia SC17494-2014/15 M.P. Margarita Cabello Blanco

Corte Suprema de Justicia (2018). Sentencia SI2353/18, M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero

Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (2020). Medición de Empleo Informal y Seguridad Social. recuperado de https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/bol_geih_informalidad_may20_jul20.pdf. [Consulta el 21/09/2020]

Echeverri Restrepo, J. J. (2010). *Las asociaciones mutuales y las microfinanzas como medio para reducir la exclusión social* (tesis de grado para optar por el título de magister en ciencia política). Universidad de los Andes. Disponible en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/11228/u429238.pdf?sequence=1> [consulta 8/04/2020]

Farne, S. (2020) *Decreto 1174 de 2020*. Medio digital-video. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Gutiérrez, J. (2020) *Piso de protección social, alcances, restricciones y relación con la seguridad social*. Medio digital-video. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Laguado Giraldo C. A. (2003) *Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro*. Volumen 52 (número 105), pp. 231 – 251.

Mesa, M. (2020) *Cifras situación actual adultos mayores vulnerables, BEPS y Piso de protección social*. Medio digital-video. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ministerio de Salud (2015). Oficio Radicado No. 201511200624481 (14/04). Asunto: Solicitud de información frente a la aplicación del decreto 2616 de 2013, recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/concepto-juridico-201511200624481-del-2015.pdf> [Consulta el 1/11/2020]

Ministerio de Salud (2018). Oficio Radicado No. 201811600534551 (09/05). Asunto: Vigencia normativa sobre el tema de las incapacidades superiores a los 180 días, recuperado de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Concepto%20Jur%C3%ADdico%20201811600534551%20de%202018.pdf [Consulta el 1/11/2020]

OIT. (2011) Piso de Protección Social para una globalización equitativa e inclusiva, 2011. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_176521.pdf [Consulta el 18/03/2020]

OIT. (2012) Piso de Protección Social para la justicia social y una globalización equitativa, 2012. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_160399.pdf [Consulta el 31/10/2020]

Ramírez, F. (2020) *Reflexiones frente al D.1174 de 2020, piso de protección social colombiano*. Medio digital-video. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Solano, H. (2012). Pulimento Raciovitalista del Concepto de Derecho: una lectura del concepto de derecho desde la realidad radical, con la lente del pensamiento orteguiano, Medellín: DUKE.