

**LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL SISTEMA PENSIONAL COLOMBIANO.**

**CARLOS GUILLERMO GAMARRA SERRANO  
SANDRA ESTELA HERNÁNDEZ PEREZ  
NANCY JANETH SARMIENTO VERGARA**

BUCARAMANGA  
UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA  
FACULTAD DE DERECHO  
2003

NOTA DE ACEPTACIÓN

---

---

**PRESIDENTE DEL JURADO**

**DR. JORGE EDUARDO LAMO GOMEZ**

**JURADO**

**DR. NEMESIO CAMELO POVEDA**

**JURADO**

**DR. ALONSO CARRASCAL CONDE**

Bucaramanga, Octubre de 2003

## **AGRADECIMIENTOS**

Los autores expresan sus agradecimientos:

Al Director Doctor **JORGE EDUARDO LAMO GOMEZ**, distinguido catedrático de la Universidad y destacado litigante de la ciudad.

A todos los profesores que de una u otra forma encausaron nuestras ideas.

A la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

A todas aquellas personas que en una u otra forma colaboraron en la realización del presente trabajo.

# LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL SISTEMA PENSIONAL COLOMBIANO

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	8
1. LA TUTELA EN EL SISITEMA PENSIONAL COLOMBIANO.....	10
2. JUSTIFICACIÓN .....	11
2.1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS.....	11
2.2. JUSTIFICACIÓN METODOLOGICA.....	13
2.3. UTILIDAD.....	14
3. OBJETIVOS .....	15
3.1. GENERAL .....	15
3.2. ESPECIFICOS .....	16
4. PROBLEMA.....	16
4.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	16
4.2. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA.....	16
5. MARCO TEORICO.....	18
5.1. LA ACCIÓN DE TUTELA.....	18
5.1.1. BREVE CRONOLGIA.....	18
5.1.1.1. LA CARTA MAGNA INGLESA.....	19
5.1.1.2 LAS PROVINCIAS DE OXFOR.....	20
5.1.1.3 LA CONFIRMACIÓN DE 1927.....	21
5.1.1.4 PETICION DE DERECHOS 1627.....	21
5.1.1.5 DERECHO DE HABEAS CORPUS 1627.....	22
5.1.1.6 LAS CARTAS DE DERECHO DE 1688 BILL OF RIGHTS.....	23
5.1.1.7 LAS CARTAS DE ESTABLECIMIENTO.....	24
5.1.1.8 DECLARACION DE DERECHOS DE VIRGINIA.....	25
5.1.1.9 ENMIENDA.....	26
5.1.1.10 MARBURY Vs MADISON.....	26
5.1.1.11 WRIT OF HABEAS CORPUS.....	27
5.1.1.12 DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE.....	30
5.1.1.13 CONSTITUCIÓN DE YUCATÁN DE 1841.....	32
5.1.1.14 ACTAS DE REFORMA 1847.....	33
5.1.1.15 CONSTITUCIÓN DE 1857.....	33

6.	LA TUTELA ES UN DERECHO SUBJETIVO DE ACCIÓN.....	34
6.1	ELEMENTOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA.....	35
6.2	SUJETOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA.....	35
6.3.	LAS PERSONAS CONTRA LAS QUE SE DIRIGE.....	35
6.4.	EL OBJETO DE LA ACCIÓN DE TUTELA.....	36
6.5.	LA CAUSA DE LA ACCIÓN.....	36
6.6.	OPORTUNIDAD.....	36
6.7.	TÉRMINOS.....	37
7.	SEGURIDAD SOCIAL.....	39
7.1.	SEGURO.....	40
7.1.1	CARACTERISTICAS DEL SEGURO.....	40
7.2.	SEGURIDAD .....	40
7.3.	PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	41
7.3.1.	PRINCIPIOS BÁSICOS.....	41
7.3.2.	PRINCIPIOS TÉCNICOS.....	42
7.4	TECNICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	43
7.5.	REGIMEN ECONOMICO.....	44
7.5.1.	FUENTES DE LAS CONTRIBUCIONES.....	44
7.5.2.	GESTION ADMINISTRATIVA.....	45
7.5.3.	REGIMEN FINANCIERO.....	45
7.5.4.	REPARTO SIMPLE.....	46
7.5.5.	REPARTO CON CAPITALES DE COBERTURA.....	47
7.6.	ACCIDENTE DE TRABAJO.....	48
7.7.	REGIMEN DE PRIMA MEDIA .....	49
7.8.	SISTEMA GENERAL DE PENSIONES .....	66
7.8.1.	ENTIDADES DE DIRECCIÓN Y CONTROL.....	66
7.8.1.1	MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL .....	66
7.8.1.2	SUPERINTENDENCIA BANCARIA.....	66
7.9.	ENTIDADES VIGILADAS.....	66
7.9.1	FOGAFÍN.....	67
8.	ENTIDADES DE ADMINISTRACIÓN.....	67
8.1	RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA ISS.....	67
8.1.1.	CARACTERÍSTICAS.....	67
8.2	RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.....	68
8.2.1	SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES.....	68
8.2.1.1	CONSTITUCIÓN DE LAS SAFP.....	68
9.	FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA PENSIONAL .....	71
9.1.	REGIMENES DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES .....	72
9.1.1.	CARACTERISTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES...	72
9.2	REAJUSTE DE PENSIONES.....	73

9.3.	AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES .....	74
9.4.	INCOMPATIBILIDAD DE REGÍMENES .....	74
9.5.	COTIZACION AL SISTEMA GENERAL .....	75
9.6.	BASE DE COTIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES DEPENDIENTES.	75
9.7.	BASE DE COTIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES..	76
9.8.	MONTO DE LAS COTIZACIONES.....	77
9.8.1.	INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN.....	78
9.8.2.	OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR.....	79
9.8.3.	SANCION MORATORIA.....	79
9.8.4.	ACCIONES DE COBRO.....	80
9.9.	FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL.....	80
9.9.2.	OBJETO DEL FONDO.....	82
9.9.3.	RECURSOS.....	82
9.9.4.	PARCIALIDAD DEL SUBSIDIO.....	83
9.9.5.	EXIGIBILIDAD DEL SUBSIDIO.....	83
9.9.6.	SUBSIDIO A TRABAJADORES DEL SERVICIO DOMESTICO.....	83
10.	REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA.....	84
10.1	CARACTERÍSTICAS.....	84
11.	REQUISITOS PENSIÓN DE VEJEZ.....	84
12.	RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSIÓN.....	86
13.	INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA.....	86
14.	PENSIONES ESPECIALES.....	86
15.	PENSIÓN MINIMA.....	87
16.	REGIMEN DE TRANSICIÓN.....	87
17.	INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA.....	88
18.	PENSIÓN INVALIDEZ.....	89
18.1.	REQUISITOS.....	89
18.2.	MONTO.....	90
18.3.	CALIFICACION DE INVALIDEZ.....	91
18.4.	JUNTAS REGIONALES DE CALIFICACIÓN.....	91
18.5.	JUNTAS NACIONALES DE CALIFICACIÓN.....	91
18.5.1.	REVISION DE LAS PENSIONES.....	91
18.5.2.	INDEMNIZACION SUSTITUTIVA.....	92
19.	PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE.....	93
19.1.	BENEFICIARIOS DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES.....	93
19.2.	MONTO DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES.....	95
19.3.	INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN SOBREVIVIENTES.....	95
19.4.	PRESTACIONES ADICIONALES.....	95
19.4.1.	MESADA ADICIONAL.....	95
19.4.2.	AUXILIO FUNERARIO.....	95

20.	ADMINISTRADORAS DEL REGIMEN SOLIDARIO.....	96
20.1	FISCALIZACIÓN E INVESTIGACIÓN.....	96
21.	REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.....	97
21.1.	CARACTERISTICAS.....	99
21.2.	MODALIDADES DE PENSIÓN REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL..	100
	RETIRO PROGRAMADO.....	100
21.2.1.	RENDA VITALICIA.....	100
21.2.2.	RETIRO PROGRAMADO CON RENTA VITALICIA DIFERIDA.....	101
21.3.	PRESTACIONES OTORGADAS.....	101
21.4.	FINANCIACION DE LAS PENSIONES.....	103
21.5.	ENTIDADES ADMINISTRADORAS.....	103
22.	BONOS PENSIONALES.....	103
22.1.	CARACTERISTICAS.....	103
22.2.	CLASES DE BONOS.....	104
23.	RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSION.....	105
24.	ACCIÓN DE TUTELA- JURISPRUDENCIA.....	118
25.	COMENTARIOS AL ACTO LEGISLATIVO No. 1.....	153
26.	CONCLUSIONES.....	161
	BIBLIOGRAFÍA.....	163

## INTRODUCCIÓN

Desde el inicio de la humanidad, se ha abogado porque al ser humano no importando su condición se le proporcione un nivel de vida adecuado y se le respeten sus derechos fundamentales.

En cuestión de pensiones la tutela ha venido evolucionando y con el pasar del tiempo se ha ido reconociendo a través de este mecanismo los derechos adquiridos con esfuerzo y dedicación por la clase trabajadora.

La población mayor adulta de Colombia, una población que cumpliendo con los requisitos determinados por la ley ha luchado por obtener una pensión que les ayude a enfrentar las contingencias de la vejez, casos de invalidez y la sobrevivencia, eran y siguen siendo víctimas de la negativa de entidades que no reconocen su en este aspecto su responsabilidad.

Por lo tanto, se hizo necesario iniciar acciones encaminadas a proteger la vida ante la reiterada negligencia de sus administradores, quienes aduciendo trámites innecesarios, obligaban al ciudadano a iniciar un proceso largo y dispendioso que no solo iba en desmedro de su economía sino ante todo de su derecho al disfrute de la pensión.

Así surgió la idea de aplicar un mecanismo alternativo, la acción de tutela, que ofreció muchos avances en materia pensional y en la expedición de bonos con el consecuente disfrute de la mesada para miles de colombianos, entre ellos los de la tercera edad a quienes la acción de tutela les ha sido muy útil para el reconocimiento de su derecho a la Seguridad Social.

Es así como el constituyente hizo posible que existiera una acción expedita a fin de otorgar los derechos a que se tuvieran lugar cumplidos sendos requisitos garantizando de esta manera el acceso a la seguridad social como derecho que se encuentra en conexidad con derechos fundamentales de la vida, el salario mínimo vital y el trabajo.

El trabajo dignifica al hombre, es un medio de realización humana y social, es también un derecho y una obligación de las personas, gracias a él los pueblos y el mundo en



general evolucionan, progresan y hacen más cómoda y feliz la vida. Así mismo llegado el momento oportuno las personas adquieren el derecho a dejar de trabajar y vivir dignamente teniendo la calidad de pensionados o jubilados.

Le corresponde al Estado legislar para establecer los medios con los cuales pueden contar los pensionados por vejez para vivir dignamente, así como también las personas que por enfermedad o accidentes no pueden continuar trabajando, y también los sobrevivientes a un trabajador o pensionado que dependieran económicamente del fallecido.

Pero la función del Estado no culmina con crear las normas para fijar las pensiones, su deber debe ir más allá, en vigilar y establecer los medios necesarios para que esas normas se cumplan de lo contrario serían ilusorias.

La pensión de jubilación en el sector privado era una prestación totalmente a cargo del empleador, se pagaba a los cincuenta y cinco años de edad si era hombre y cincuenta años de edad si era mujer, además, en ambos casos, se requería trabajar como mínimo veinte años, pero surge el Instituto de Seguros Sociales y asume esta prestación para los trabajadores afiliados e inició su cubrimiento para los riesgos de invalidez, vejez y muerte el 10 de enero de 1.967, pero en Bucaramanga desde junio de 1.968.

Con la Ley 6 de 1945 se crearon dos regímenes de seguridad social diferentes, uno para los trabajadores particulares a cargo de los seguros sociales obligatorios, y el otro, para los trabajadores y empleados nacionales a cargo de las respectivas Cajas de Previsión Social.

Mediante la Ley 100 de 1993 se reformó el Sistema de Seguridad Social, se establecieron dos regímenes únicos para pensiones, el solidario de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, de libre escogencia y traslado por parte del trabajador. Entre tanto para transferir los recursos correspondientes a la pensión de un sistema a otro, cuando el trabajador decide trasladarse, se crearon los bonos pensionales, cuyo pago es requisito para que a la persona se le reconozca la pensión.

En razón de la carencia de dinero existente en el sector público los bonos no son pagados oportunamente, se hace preciso que los trabajadores inicien acciones jurídicas para lograr que el dinero sea entregado a la entidad que les pagará la pensión.

Este estudio presenta la viabilidad de recurrir a la acción de tutela creada en la Constitución Política de Colombia en el año de 1.991, como un mecanismo protector ágil y efectivo para lograr el reconocimiento y pago de los bonos pensionales.

## **CAPITULO 1**

### **I. TEMA**

#### **LA TUTELA EN EL SISTEMA PENSIONAL COLOMBIANO**

## II. JUSTIFICACIÓN

### 2.1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

**ACCION DE TUTELA:** Es una acción judicial creada mediante el artículo 86 de la Constitución Nacional de 1.991 la cual busca la protección inmediata de los derechos fundamentales de cualquier persona cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o contra los particulares encargados de la prestación de un servicio público o de quién la persona se halle en estado de subordinación o indefensión.

**PENSION:** Es el pago de una mesada mensual que se le concede a las personas teniendo en cuenta su edad y un determinado tiempo de vinculación a una entidad para que viva en condiciones dignas, y por ello no puede ser inferior al salario mínimo legal.

**PENSION DE JUBILACIÓN:** Prestación consistente en una pensión a cargo del empleador y a favor de los trabajadores con veinte años de servicios continuos o discontinuos a una misma empresa y 50 años de edad para la mujer, o 55 para el hombre. Esta prestación fue asumida por el Instituto de Seguros Sociales a partir del año de 1967 en los sitios donde existía cobertura del I.S.S.

**PENSION DE VEJEZ:** Prestación reconocida a los trabajadores que hubieran cumplido 55 años las mujeres y 60 años los hombres, y en ambos casos, hubieran cotizado 500 semanas en los últimos veinte años, anteriores al cumplimiento de las precitadas edades o 1000 semanas en cualquier tiempo.

A partir del 2014 la edad se incrementara a 57 años si es mujer y a 62 años para el hombre.

A partir del 1º de enero de 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1300 en el 2015

**PENSION DE INVALIDEZ:** Prestación reconocida a los trabajadores que se consideren inválidos, es decir; aquella persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

Además que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiera cotizado por lo menos 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al momento de producirse el estado de invalidez; o que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 50 semanas de los 3 años inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

**PENSION DE SOBREVIVENCIA:** Prestación reconocida a los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca y, los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere estado cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos 50 semanas al momento de la muerte, o que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 50 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

Se reformó con la ley 797 el hecho de que se repartirá en partes iguales a la compañera y a la cónyuge, y se hace diferencia en una pensión temporal a la compañera menor de 30 años y vitalicia a la mayor de 30 o a la menor con hijos.

**MINIMO VITAL:** Son las condiciones de subsistencia para la preservación de una calidad de vida, que no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano para disfrutar de una subsistencia digna que no se agota en la simple manutención, mediante el suministro de alimentos, sino que involucra todas las necesidades inherentes a su condición de ser humano inserto en la familia y en la sociedad.

**REGIMEN 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 se deban reconocer a sus afiliados, se basa en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus rendimientos financieros, administrados por entidades del sector privado, sector público y sector solidario, escogido libremente por los afiliados. Este régimen es conocido comúnmente como el Régimen de los fondos de pensiones.

**REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA:** Creado mediante la Ley 100 de 1993 y es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión o indemnización, previamente definida. Comprende las disposiciones

aplicables al Instituto de Seguros Sociales. Conocido comúnmente como el régimen del Seguro Social.

## **2.2 JUSTIFICACION METODOLOGICA**

Cuando se trata del tema de las pensiones y la acción de tutela se debe pensar en la justicia social, ya que; es cierto que entre lo que un asegurado cotiza y lo que se debe aplicar es el principio de la proporcionalidad, que es un principio imprescindible ; por otro lado se deben guardar ciertos mecanismos redistributivos.

De esta manera, al crearse el Sistema de Seguridad Social Integral se dio impulso decisivo a la privatización del sistema previsional, no obstante que no se llegó al total manejo privado de las pensiones como ha ocurrido en Chile.

Es así que a través de las diversas reformas en las cuales se encuentra cimentado el régimen pensional, se ha procurado corregir algunos vacíos buscando alcanzar de una u otra forma a toda la población, a todas las regiones geográficas y a todos los niveles de desarrollo económico.

De lo anterior se tiene que la Carta Política de 1991 se constituye en un antecedente fundamental para la concepción de la Seguridad Social como un servicio público permanente, con la consagración de principios rectores de la gestión privada y de la descentralización por niveles de atención con participación de la comunidad.

Si bien se han desarrollado mecanismos a fin de que el mayor número de ciudadanos tengan acceso a la seguridad social, derecho a recibir el reconocimiento de la pensión y sus respectivos pagos; y para que las normas establecidas se cumplan de forma regular, y no se presenten violaciones y vulneraciones en algunos de esos derechos, es así como aparece un mecanismo de protección que es la acción de tutela, tramite sencillo y eficaz mediante el cual el ciudadano puede hacer valer el mismo sus derechos, aquellos que constitucionalmente se le han reconocido y además que se paguen obligaciones nacidas de ese derecho.

En principio la acción de tutela sesgó su decisión frente a determinados derechos fundamentales, con el desarrollo de esta y la necesidad surgida para el conglomerado se ha hecho necesario el avance en la creación de un mecanismo expedito para la consecución de derechos en forma rápida.

Finalmente, desarrollado el tema de la acción de tutela hay lugar a determinar en que consiste la pensión y es así como una vez más se reitera el derecho que le asiste al

cotizante a que le sea pagada de forma sucesiva una mesada pensional desde el momento en que reúna los requisitos exigidos por la Ley; como lo son las semanas cotizadas y la edad.

### **2.3 UTILIDAD**

La presente investigación busca dirigirse a los profesionales del derecho o estudiantes que quieran desarrollar una investigación acerca del tema; de todas formas se ha visto la necesidad de que esta información sea difundida al público en general y es importante para que todos los colombianos conozcan sus derechos, la forma de solicitarlos y en un momento dado ante la necesidad o alteración de derechos fundamentales tener la herramienta idónea a fin de que le sean reconocidos y se obtengan las prestaciones económicas que repercuten en la vida digna del pensionado.

### **III. OBJETIVOS**

Los objetivos de la investigación propuesta son los siguientes:

#### **3.1 OBJETIVO GENERAL**

Analizar a la luz de la problemática colombiana si el sistema pensional se esta resquebrajando o se esta cimentando bajo un régimen social seguro, hasta donde la acción de tutela es viable en cuanto a la consecución de su reconocimiento por este medio.

#### **3.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS**

1. Concretar el nacimiento de la acción de tutela y la protección inicial de los derechos fundamentales y mecanismos de protección para las clases desvalidas de la sociedad, con objetivos y características.
2. Comparar cuales son los regímenes de pensiones existentes en la legislación colombiana, realizando una clara diferencia entre sus igualdades y diferencias.
3. Analizar las sentencias provenientes de las diferentes corporaciones que sobre la acción de tutela y los derechos de los pensionados se han proferido.

## **IV. PROBLEMA**

### **4.1 SITUACION PROBLEMÁTICA**

La acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, es eficaz a la hora de defender las garantías constitucionales de las cuales gozan todos los ciudadanos.

Cuando se habla de las pensiones y concretamente de las reformas que se han venido suscitando a lo largo de los últimos tiempos, se concluye que hay un incremento en las exigencias para el reconocimiento de la pensión y una evidente disminución de la prestación. De tal manera que mientras el negocio se mejora para los fondos privados de pensiones, la peor parte la llevan los colombianos quienes al cabo de los años no recibirán pensión de jubilación sino que les devolverán las sumas ahorradas durante la vida laboral, en razón a que no logran reunir los requisitos necesarios.

Hoy día se presenta una gran problemática que se suscita a raíz de la acción de tutela, pues el volumen de quejas y la congestión de los despachos son innumerables. Por ser un trámite rápido y eficaz frente a la vulneración de derechos, entre otros, la obtención del pago de mesadas atrasadas; la acción de tutela se convirtió en una excelente opción en defensa de derechos fundamentales violados ya que en principio se tenían que resolver por vía ordinaria lo cual implicaba un proceso dispendioso y en muchos casos ineficaz en la búsqueda de una solución clara y contundente al conflicto; es por esto que en la actualidad se cree que la acción de tutela es el medio más idóneo y eficaz para encontrar respuesta a una controversia de esta índole.

### **4.2 DEFINICION DEL PROBLEMA**

La acción de tutela como mecanismo preferencial, pone en movimiento el sistema a fin de que se le reconozca a toda persona un derecho adquirido por el cumplimiento de unos requisitos estipulados en la ley. En muchos casos estas violaciones surgen como consecuencia de la inobservancia en la reglamentación por parte de las entidades obligadas a la prestación de la seguridad social lo cual genera traumatismos serios en la vida del pensionado o jubilado a quien no se le satisface tal derecho a su mesada.



Así la Constitución Nacional de 1.991, creó la acción de tutela como mecanismo legal al cual pueden acudir los ciudadanos cuando se presenten situaciones de no reconocimiento de la pensión por falta de expedición del bono pensional o por el no pago de mesadas atrasadas.

En el Departamento de Santander de acuerdo a los datos suministrados por el Consejo Superior de la Judicatura del 100% de las tutelas interpuestas en el año 2002, un 20% corresponde a pensiones y en su gran mayoría éstas se refieren al pago de mesadas atrasadas por parte de entes territoriales descentralizados como son las empresas sociales del Estado.

De acuerdo a la normatividad existente y a la naturaleza del asunto, en cuestión de reconocimiento y pago de pensiones ha de acudir a la Jurisdicción Ordinaria; aún así son cada día mas las personas que recurren al mecanismo de la tutela cuando se trata de buscar el resarcimiento de perjuicios con ocasión de la mora injustificada en el reconocimiento de la pensión ó por haberse negado el derecho debido a la no expedición del bono pensional ó en eventos en que hubo varias relaciones laborales y reajustes pensionales que afectaron de alguna manera la vida del pensionado.

A la final hay una gran tendencia en el conglomerado a pensar que la acción de tutela que principalmente opera para proteger el derecho a la vida, está directamente asociada con la salud. Esta quizá sea la explicación mas razonable al comportamiento de los ciudadanos quienes en su gran mayoría interponen la acción de tutela, cuando han sufrido un perjuicio por su no acceso a la Seguridad Social.

## **CAPITULO V**

### **MARCO TEORICO**

#### **5.1. LA ACCION DE TUTELA**

Para lograr adentrarnos en el tema de la acción de tutela frente a los derechos pensionales, se debe indicar primero que la acción de tutela es un mecanismo creado en la Constitución de 1991, de donde se tiene que ante la vulneración de un derecho fundamental hay lugar a instaurar una acción encaminada a su protección mediante un proceso que es breve y procede de manera inmediata

##### **5.1.1 BREVE CRONOLOGIA**

La acción de tutela en su interpretación técnico jurídica no tiene una historia muy larga. Siendo exactos y en sentido estricto, se puede afirmar que los grandes momentos que precedieron la acción de tutela son: la Carta Magna de 1215, su confirmación de 1297, la Petición de Justicia de 1627 y el Bill of rights del 13 de febrero de 1688, todas en Inglaterra.

Respetando un orden cronológico de la Declaración de Derechos de Virginia de 12 de enero de 1776, la Declaración de Derechos de Maryland del 14 de agosto de 1776, la Declaración de Derechos de Massachusetts de 1780 y la Constitución de 1787, estas últimas en Estados Unidos. Posteriormente la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 4 de agosto de 1789, en Francia.

Finalmente la Constitución de Yucatán en México en 1841 y las Actas de Reforma de 1857. La reseña histórica se aparta de la rigidez técnico jurídica y quiere mirar como antecedentes todos los grandes momentos en que en tal relación absolutamente desigual de estructuras de poder y hombres indefensos, han existido gérmenes o asomos de una institución que de alguna manera sirva de protección para el ciudadano frente al poder del dominador.

De ahí, que se asuma el riesgo de equívocos. Sin embargo en todos los casos se explica, la pertinencia de considerar y estimar como antecedente histórico una institución o una práctica. El esfuerzo está encaminado a mostrar que si bien es cierto que en términos técnicos los antecedentes pueden ser un poco escuetos, mirando en ese pozo profundo que es la historia, se devela la lucha intensa, desgarradora, trágica y cruenta que ha librado el hombre débil por encontrar espacios de protección frente al aterrador poder del Estado. En últimas se pretende demostrar que la acción de tutela es una institución digna de recibir los mejores esfuerzos en su defensa.

#### **5.1.1.1. LA CARTA MAGNA INGLESA.**

Ya se ha visto que éstas cartas tienen en este período un origen muy claro; son concesiones que los reyes se ven obligados a hacer a favor de una nobleza que de mala voluntad acepta este encumbramiento de uno que antes era su par. Pero la otra característica constante en estos casos, es que existe un aceptable equilibrio de fuerza entre el rey y la nobleza y en ocasiones si hay desequilibrio, éste se da en contra del rey. Y éste fue el caso de Inglaterra.

En el siglo XIII, el enfrentamiento de esa monarquía no suficiente consolidada, fue especialmente violento contra los representantes de los diversos grupos sociales.

El poder de Juan Sin Tierra se vio minado por los siguientes factores: la pérdida continua de las guerras en las que participó en Europa; el entredicho a que fue sometida Inglaterra en 1208 y su excomunicación que recayó sobre Juan Sin Tierra en 1209, impuestas ambas por el Papa Inocencio III por los conflictos surgidos de la negativa de Juan Sin Tierra a reconocer al arzobispo de Caterbury nombrado por el Papa; el derrocamiento de Juan Sin Tierra a manos de Inocencio III quien ofreció la corona al Rey de Francia. En estas circunstancias, Juan Sin Tierra, para conservar su corona, tuvo que aceptar un pacto humillante con la Santa Sede bajo la cual colocó a Inglaterra, que por lo mismo quedó sometida a pagar tributo de vasallaje. Restaurado en estas condiciones tan precarias, tuvo que afrontar una revuelta interna promovida por los barones del reino, la cual se solucionó cuando Juan Sin Tierra, en una nueva manifestación de precariedad aceptó sellar la Carta Magna.

En dicha carta, esencialmente se establece una limitación de los poderes del rey a favor de los privilegios de la iglesia y de los barones. Tienen pues razón, quienes consideran que la Carta Magna es un estatuto “reaccionario” o retardarlo, en cuanto sirve para

conservar privilegios feudales que el rey, en el proceso de consolidación de su monarquía, pretendía desconocer.

Pero sería una profunda equivocación histórica pensar que por ese origen no sea un antecedente, tal vez el más importante, para posteriores desarrollos democráticos a que dio lugar. Una correcta perspectiva histórica no puede alejar de la vista los siguientes factores: en primer lugar, si es verdad que las concesiones que otorga la carta lo son por virtud de las exigencias de los barones y tienden a satisfacer los concretos intereses de éstos, también es verdad, que en las jerarquías de clase de la edad media y más en este momento histórico, existían también unas noblezas de menor rango o llamadas también “pequeña nobleza”, una burguesía mercantil en pleno ascenso y unos artesanos en proceso de configuración como clase social, hacia los cuales necesaria fatalmente permeaban estas concesiones otorgadas por el rey; en segundo lugar, el hecho mismo, sin ninguna otra consideración de tener que aceptar el rey limitaciones en el ejercicio de su poder, era un factor de debilidad que, como realidad y como sensación, tiene efectos políticos claros y concretos; en tercer lugar, había prohibiciones en esta carta que por su misma naturaleza eran favorecedoras de la defensa de intereses de los súbditos en general, como ocurrió con la cláusula relativa a la aceptación de cobijar con las garantías a las ciudades y con la cláusula relativa a los impuestos, en el sentido de comprometerse a no imponerlos sin el común consejo del reino.

De igual manera, era beneficioso para todos los ingleses que el rey, además de ofrecer el pago de indemnizaciones, conservara la estructura judicial por medio de la cual ejercería muchos actos de poder.

El primer enemigo que combatió la carta, fue precisamente Inocencio III, porque consideró que ella ponía en peligro toda la causa de Cristo: el temor de Inocencio III era valedero por dos razones: porque con ese pacto Juan Sin Tierra recobró un respaldo en el interior de Inglaterra, por el compromiso recíproco de los barones de reconocerlo como rey, y, de otra parte, porque siendo Inocencio III un monarca absolutamente consolidado, veía extraño este acto de debilidad, que consistía en las limitaciones aceptadas al ejercicio del poder del rey.

#### **5.1.1.2 LAS PROVISIONES DE OXFORD, UNA NUEVA CONQUISTA.**

El sucesor de Juan Sin Tierra, Enrique III, el Beato, por su inclinación hacia la Santa Sede, por su temperamento pusilánime y su actitud a los ataques virulentos a que fue sometida la Carta Magna por parte de Inocencio III, no resultó ser garantía para los barones de Inglaterra, quienes consideraron que podían perder los privilegios feudales cuyo respeto habían obtenido con la Carta de Juan Sin Tierra. En definitiva las dificultades que encontraba la Carta para su aplicación, llevaron a los Barones Ingleses a imponerle al rey un nuevo control mediante las llamadas Provisiones de Oxford en 1258. Lo más importante de esta provisión de Oxford, es que se crea un cuerpo conformado por “doce hombres honrados” que representan a la “commonalty” que tenía principalmente dos funciones: la de tratar las necesidades del rey y dar a sus resoluciones carácter de obligatorias.

#### **5.1.1.3. LA CONFIRMACION DE 1297 Y EL AGREGADO DE 1300.**

Como se explica antes, en materia política todo tiene un efecto y en el caso de la Carta de 1215 y las Provisiones de Oxford de 1258 no fue la excepción: Simón de Monford, lideró un movimiento conformado por la pequeña nobleza rural denominada también “La Comunidad de los Bachilleres de Inglaterra!”, la burguesía mercantil y los artesanos de Londres que tenían como finalidad obtener una Carta de limitación de poderes del Rey, pero que no centrara su contenido en la defensa de los intereses de los barones, sino que alcanzara también y especialmente para el beneficio de quienes conformaban el movimiento. Después de una cruenta lucha, con Eduardo Primero se logró un pacto que esencialmente arranca dos concesiones, que serían fundamentales en el desarrollo de los derechos constitucionales y democráticos: en primer lugar, la creación de los parlamentos y en segundo lugar, que a partir de 1295 a ese parlamento pudieran llegar representantes designados por los condados, las ciudades y los Burghs. En 1297 confirma la de 1215 pero se hacen agregados tan trascendentales como los siguientes: no se pueden cobrar impuestos sin el consentimiento del parlamento y se instruye a todos los justicias, alguaciles de condados y en general a todos los funcionarios del rey, que deben aplicar el derecho en sus actos con sujeción estricta a la Carta y se advierte que cualquier decisión contraria a los derechos consagrados en la Carta será anulada.

#### **5.1.1.4. PETICIÓN DE DERECHOS DE 1627.**

“... La Petición exhibía a su Majestad por los señores espirituales y temporales, y por los comunes, en esta actual sesión parlamentaria, referente a diversos derechos y libertades de los súbditos, con la respuesta de su Real Majestad a lo indicado en ella en pleno parlamento.

“...X. Por consiguiente, se aplican humildemente a Vuestra Excelencia Majestad que nadie en adelante se vea obligado a prestar o hacer donativos, prestamos, benevolencia, a pagar impuestos u otros cargos semejante sin el consentimiento común expresado por el ley del Parlamento; 2) y que nadie sea llamado a responder o que preste juramento o que atienda, o que sea confinado o molestado y perturbado de cualquier otra manera por el mismo motivo o por haberse rehusado a cumplir aquellas órdenes; 3) y que ningún hombre libre sea aprisionado o detenido de la manera que se acaba de mencionar; 4) y que Vuestra Majestad se sirva quitar a los dichos soldados y marineros, y que vuestro pueblo no se vea tan cargado de gravámenes en lo porvenir; 5) y que las antes citadas comisiones para proceder por la ley marcial queden revocadas y anuladas; y que en lo sucesivo no se emitan comisiones de ese tipo a ninguna persona o personas, sean cualesquiera; para que las ejecuten como antes se ha dicho, a fin de que no vayan a destruir a alguno de los súbditos de vuestra majestad apoyándose en ellas, o no vayan a condenar a muerte a alguien contrariando las leyes y libertades de la tierra.

“XI. Todo lo cual pidieron humildemente a su Excelentísima Majestad como derechos y libertades suyas, concordantes con las leyes y estatutos de este reino; y que vuestra Majestad se sirviera también declarar que las sentencias, actos o procedimientos, si van en perjuicio de vuestro pueblo en alguno de los ejemplos antes puestos, se nos aleguen más adelante como precedente o ejemplo; 2) y que vuestra Majestad se sirva graciosamente, para fomentar la comodidad y seguridad de vuestro pueblo, declarar su real voluntad y gusto, que en las cosas antedichas vuestros funcionarios y ministros os servirán de acuerdo con las leyes y estatutos de este reino, ya tienden a enaltecer a vuestra Majestad y a favorecer la prosperidad de este reino.”

“Leída fue esta petición, y entendida íntegramente por el rey y señor, dicho respondió ante el Parlamento en pleno: hágase justicia tal como se pide.”

El contenido no requiere una explicación adicional, simplemente es una nueva limitación al ejercicio del poder por parte del soberano, en los concretos aspectos que expresamente se pide y se concede.

#### **5.1.1.5. DERECHO DE HABEAS CORPUS DE 1627.**

##### **Writ of Habeas corpus.**

Ocurrió que varios ciudadanos, entre ellos Hampden, fueron encarcelados por no pagar unos préstamos forzosos que el parlamento no había decretado. Como consideraron que ésta era una privación ilegal de su libertad, interpusieron el Hábeas Corpus y éste les fue denegado, con el pretexto de que la privación de la libertad se debía a orden del rey y esto de suyo la hacía legítima. A raíz de tal suceso el Parlamento Inglés produjo la

siguiente ley: “Ley para asegurar mejor la libertad del súbdito y para prevenir las prisiones en Ultramar”

“..Por cuanto que los sheriffs, carceleros, y otros empleados que tienen a su cargo la custodia de los súbditos de su Majestad, presos por causa criminal, o que se supone serlo, han demorado mucho el cumplimiento de las ordenes de Hábeas Corpus, dirigidas a ellos, desatendiendo por una, dos y aún más veces esas órdenes, y hasta desobedeciéndolas algunos sheriffs, en contra de lo que les prescriben sus deberes y las leyes conocidas del Reino; por lo que muchos súbditos del Rey han sido y pueden ser en lo de adelante detenidos largo tiempo en prisión, en caso en que deben ser puestos en libertad, bajo de fianza, con grande perjuicio y vejación para ellos.

II. Para evitar estos males y para la más eficaz protección de todas las personas presas por tales causas criminales; se decreta por la Excelentísima Majestad del Rey con el dictamen y consentimiento de los Lores espirituales y temporales de los Comunes reunidos en Parlamento y por la autoridad de ellos: Que siempre que alguna persona o personas presentaren una orden de Hábeas Corpus dirigida a algún sheriff, carcelero, empleado, o a otra persona cualquiera concerniente a algún preso que éstos tengan bajo su custodia y que dicha orden sea notificada a alguno de dichos empleados o dejada en la cárcel con alguno de sus subalternos, tales empleados o sus dependientes harán el “return” de dicha orden, dentro de los tres días de la notificación dicha (a no ser que la prisión sea por traición, felonía claramente expresadas en la orden de detención), previo pago o fianza de pago de los gastos que se hagan en llevar al preso, fijados por el juez o tribunal expidió la orden de Hábeas Corpus, y anotados al alcance de ella, no excediendo de 12 peniques por milla y asegurando el preso bajo su propia responsabilidad, pagar también los gastos que se hagan en su regreso, si fuere devuelto a la cárcel por el tribunal o juez ante quien se presente, y garantizando además que no se fugará en el camino; y llevaran o mandaran que sea llevado el cuerpo del preso ante el Lord Chanchiller, o el Lord Guardasellos de Inglaterra, que a la sazón lo fueren o ante cualquiera otra persona o personas.

#### **5.1.1.6. CARTA DE DERECHOS DE 1688. Bill of Rights.**

Aprovechando la coyuntura representada por la privación de los derechos a que fue sometido Jacobo II por parte del Parlamento y por haber éste llamado a Guillermo de Orange le impuso el otorgamiento de esta carta de derechos o Bill of Rights.

“1. Que es igual el pretendido poder de suspender las leyes, o la ejecución de las leyes por autoridad real sin el consentimiento del Parlamento.

“2. Que el pretendido poder de eludir las leyes o la ejecución de las leyes por autoridad real es ilegal como se ha hecho en los últimos tiempos.

“3. Que la orden de crear el citado tribunal de comisionados para asuntos eclesiásticos, así como todas las demás órdenes y tribunales de naturaleza semejante, son ilegales y perniciosos.

“4. Que la recaudación de dinero para uso de la corona, alegando prerrogativa, sin autorización del parlamento, durante más tiempo o realizar de otra manera que no sea la autorizada, es ilegal.

“5. Que los súbditos tienen derecho a elevar peticiones al Rey, y todas las detenciones y persecuciones que se emprendan contra el súbdito por hacerlo así, son ilegales.

“6. Que el reclutamiento o el mantenimiento de armas de un ejército dentro del reino en tiempos de paz va contra la ley, a menos que se haga con el consentimiento del Parlamento.

“7. Que los súbditos protestantes puedan tener armas para su defensa de acuerdo con su condición social, según lo permite la ley.

“8. Que la elección de miembros del parlamento sea libre.

“9. Que la libertad de expresión, y los debates o procedimientos del parlamento no se vean impedidos o puestos en cuestión en ningún tribunal o lugar fuera del Parlamento.

“10. Que no se exijan fianzas excesivas, ni se impongan multas exageradas; ni se inflija castigos crueles y desusados.

“11. Que se nombre y se licencie como es debido a los jurados, y que los jurados que juzguen por delito de alta traición sean libres tenedores de sus haciendas.

“12. Que todas las concesiones y promesas de destinar a otra persona las multas y bienes secuestrados a personas particulares antes de que hayan sido declaradas culpables, sean ilegales o nulas.

“13. Y que para remedio de todos los agravios, y para enmienda fortalecimiento y defensa de las leyes, los Parlamentarios se deben celebrar con frecuencia.

“Y piden, exigen e insisten en todos y cada uno de los puntos, por ser derechos y libertades suyos indisputables; y que en adelante no se cite como precedente jurídico o ejemplo ninguna declaración, juicio o procedimiento que vaya en perjuicio del pueblo en cualquiera de los puntos anteriores.”



#### **5.1.1.7. LAS CARTAS DE ESTABLECIMIENTO.**

Las Cartas de New Hampshire, Massachusetts, Rhode Island, Nueva Jersey, Pensilvania, Virginia, Carolina del Norte, Georgia, entre otras tienen como esencia que el Rey de Inglaterra, autorizaba a las colonias de emigrantes para que al establecerse en suelo de Norte América, pudieran dirigir sus destinos con relativa independencia del poder Ingles. Esta independencia relativa o autonomía esta dada especialmente por la facultad que se les otorgaba de elegir sus propios gobernantes, de nombrar autoridades judiciales conforme a sus propias normas, para expedirlas, para lo cual también quedaban autorizados. No obstante esta característica común esencial de las Cartas, cada caso podía tener su propia singularidad dependiendo de sus especiales circunstancias y del momento en que se daba el asentamiento colonial lo mismo que del momento político que atravesara Inglaterra.

También podía ocurrir que hubiera asentamientos coloniales que tuvieran varias cartas. Fue muy frecuente que en estas Cartas se ratificaran los hechos consagrados a favor de los ciudadanos en la Carta Magna.

#### **5.1. 1.8. DECLARACION DE DERECHOS DE VIRGINIA.**

En esta manifestación de autonomía con relación a la corona inglesa, los ciudadanos de Virginia hacen una histórica declaración de derechos del hombre, en la cual por primera vez en la historia de la humanidad, se plasman en el Derecho Positivo todos los principios, todos los postulados, todas las garantías que el movimiento ilusionista europeo había ideado como instrumento teórico e ideológico, para dar al traste con los sistemas monárquicos de gobierno. El Absolutismo había estado en la mira de los movimientos burgueses, desde principios del siglo XVIII. Las teorías contractualistas de Rousseau, de la tripartición de Montesquieu, las garantizadoras de Becharía hacia varias décadas circulaban en Europa en una preparación febril de instrumentos jurídicos y políticos que dieran al traste con el antiguo régimen.

Cada teoría iluminista era una cuña contra la monarquía. Pero fue en la Declaración de Derechos de Virginia donde por primera vez quedaron plasmadas como Derecho Positivo los siguientes principios esenciales: todo poder reside en el pueblo y por lo tanto quien lo ejerce lo hace por delegación; ésta delegación es esencialmente revocable, por tanto el pueblo en cualquier momento cuando encuentre que la autoridad no cumple adecuadamente las funciones delegadas por el mismo, puede reformarla o cambiarla o abolirlas como en su soberana y libérrima voluntad decida; todos los hombres nacen libres y esa es su naturaleza; los hombre son por naturaleza seres

autónomos e independientes; los hombres tienen ciertos derechos innatos que por lo mismo son irrenunciables e imprescriptibles y que ninguna modalidad de organización social o política puede desconocer o desbordar; a ningún hombre bajo ningún pretexto se le puede menoscabar el derecho a la vida, a la libertad y a los medios para buscar y obtener su seguridad y felicidad; a los funcionarios que por delegación del pueblo adquieren responsabilidades ante el pueblo, se les prohíben los privilegios y se declara que ninguna persona puede disfrutarlos aparte del resto de la comunidad; los cargos públicos dejan de ser transmisibles por herencia; los poderes ejecutivo, legislativo y judicial deben ejercerse en forma separada; los legisladores no pueden ser vitalicios sino que deben cambiarse por elecciones periódicas; que ninguna ley se puede dar ni suspender sin consentimiento de los representantes del pueblo.

Esta es una apretada síntesis, como corresponde al propósito de esta reseña histórica, que pretende destacar la trascendencia de la Declaración de Derechos de Virginia en la historia de la acción de tutela, como un mecanismo de protección o de garantía frente al ejercicio del poder. Aquí están plasmados todos los principios que posteriormente fueron incluidos en las Declaraciones de Derechos de Meryland, de Massachusetts y finalmente en la Constitución Federal de 1787.

#### **5.1.1.9. LA ENMIENDA DEL ARTICULO V Y XIV O CONSAGRACION DEL DEBIDO PROCESO Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.**

“...No se pondrá a nadie dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro por un mismo delito; no podrá obligársele a declarar contra sí mismo en una causa criminal; no se le podrá quitar la vida, la libertad o los bienes sin el debido procedimiento legal; ni se podrá tomar la propiedad particular para objetos de utilidad pública, sin la debida compensación.”...

“...Los Estados no podrán sancionar ni hacer cumplir ninguna ley que restrinja las prerrogativas o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos. Tampoco podrán privar a ninguna persona de la vida, la libertad o los bienes de fortuna sin el debido proceso legal, ni negar a nadie en su jurisdicción la igual protección de las leyes”...

#### **5.1.1.10 EL ANTECEDENTE MARBURY Vs. MADISON QUE CONSAGRA EL PRINCIPIO DE DEFENSA JUDICIAL DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCION.**

Antecedentes.

El Presidente Adams nombró Juez de Paz a Marbury. Como esto, ocurrió en las postrimerías del periodo del Presidente, el secretario de Estado de Adams no entregó el nombramiento a Marbury. Una vez posesionado el nuevo Presidente Jefferson, Marbury acudió ante el nuevo Secretario de Estado, Madison, para que le entregara el nombramiento. Por razones políticas ni Jefferson ni su secretario Madison estaban interesados en este nombramiento de última hora hecho por el Presidente saliente. Marbury solicitó a la Corte la expedición de un “Writ of Mandamus” para obligar a Madison a entregar el nombramiento.

El Magistrado Marshall que no resolvió el caso por incompetencia, aprovechó la naturaleza de este conflicto para hacer unas precisiones sobre la supremacía de la Constitución en los siguientes términos:

“Ciertamente los que han forjado constituciones escritas se han propuesto formar la ley fundamental suprema de la Nación; en consecuencia, en la teoría del gobierno creado todo acto legislativo opuesto a la Constitución es nulo. Esa teoría es inherente a toda Constitución escrita, y debe, por consiguiente, ser considerada por la Corte como principio fundamental de nuestra sociedad...”

“Es de la esfera y es deber del Departamento Judicial, decir cual es la ley. Los que aplican la regla a los casos particulares tienen por necesidad que comentarla e interpretarla, y si hay dos leyes en conflicto, los tribunales deben decidir sobre la fuerza de cada una”.

“Si una de ellas es la Constitución, es necesario resolver el caso aplicando la Constitución y desdeñar la ley o aplicar la ley con desprecio de la Constitución. Si ésta es Suprema, la Corte debe estarse a sus preceptos y no a los de la ley ordinaria”.

“El poder judicial de los Estados Unidos se extiende a todos los casos que surgen de la Constituciones, pues, absurda pretensión querer que un caso que surge de ella sea resuelto sin atender a la Constitución misma. El juramento de obedecerla, que la ley exige de los magistrados, sería una imposición inmoral si fueran ellos el medio consciente de violar lo mismo que juran sostener. La especial fraseología de la Constitución de los Estados Unidos confirma y fortalece el principio considerado como esencial de toda Constitución escrita, de que la ley que se opone a la Constitución es nula, y que los tribunales, lo mismo que los demás departamentos del gobierno, están sometidos a aquélla.”

#### **5.1.1.11. WRIT OF HABEAS CORPUS.**

“Sec.751. La Suprema Corte, las Cortes de Circuito y de Distrito tendrán facultad para Writs of Habeas Corpus.

“Sec. 752. Cada uno de los Magistrados y Jueces de dichas Cortes dentro de sus respectivas jurisdicciones, tendrá facultad para expedir Writs of Habeas Corpus con el objeto de averiguar la causa de la restricción a la libertad.

“Sec.753. El Writ of Habeas Corpus en ningún caso se extenderá a un preso en la cárcel, a menos que esté bajo la custodia y por la autoridad de los Estados Unidos, o que haya sido arrestado para ser juzgado ante alguna Corte de ellos; o que este bajo custodia por algún acto ejecutado u omitido en cumplimiento de alguna ley de los Estados Unidos, o de alguna orden, proceso o decreto de alguna Corte o juez de ellos; o que esté bajo custodia con violación de la Constitución, leyes o tratados de los Estado Unidos; o cuando sea súbdito o ciudadano de un Estado extranjero y domiciliado en él, y esté bajo custodia por un acto ejecutado u omitido en virtud de algún derecho, título, autoridad, privilegio, o excepción reclamado bajo la comisión, orden o sanción de algún Estado extranjero, o con motivo de él y cuya validez y efecto dependan del Derecho Internacional; o a menos que sea necesario llevar al preso a la Corte, para declarar”.

“Sec. 754. La petición del Habeas Corpus se hará a la Corte, Magistrado o juez autorizado para expedir el Writ, por escrito, firmada por la persona en cuyo beneficio se hace, manifestando los hechos concernientes a la detención de la persona arrestada, expresando la autoridad bajo cuya custodia esté, y los motivos de la detención, si lo supiere. Los hechos referidos en la queja serán afirmados por el juramento de la persona que hace la petición”.

“Sec. 755. La Corte, magistrado o juez a quien esta petición se haga, expedirá el Writ of Habeas Corpus, a no ser que aparezca por la petición misma que la parte no tiene derecho a él. El Writ será dirigido a la persona bajo cuya custodia la parte está detenida.”

“Sec. 756. La persona a quien se halle dirigido el Writ, hará el debido “return” de él, dentro de los tres días siguientes, a no ser que la parte estuviese presa en un punto distante más de veinte millas; y si ésta distancia fuera mayor, pero no excediese de cien millas, el “return” se hará dentro de diez días, y si la distancia fuera mayor de cien millas, dentro de veinte días”.

“Sec. 757. La persona a quien el Writ esta dirigida, manifestara a la Corte, magistrado o juez que lo hubiere expedido la verdadera causa de la detención del preso”.

“Sec. 758. La persona que hace el “return” esté ya hecho, se designará un día para la audiencia de la causa, no excediendo el termino de cinco días, a no ser cuando la parte quejosa pida más tiempo”.

“Sec. 759. Cuando el “return” esté ya hecho, se designará un día para la audiencia de la causa, no excediendo el término de cinco días, a no ser cuando la parte quejosa pida más tiempo”.

“Sec. 760. El quejoso o la parte detenida o presa puede negar los hechos expresados en el “return” o puede alegar cualesquiera otros que sean conducentes al caso. Tales negaciones y alegatos se harán bajo juramento. El “return” y todas las objeciones que se hagan contra él pueden ser reformadas o enmendadas con permiso de Corte, magistrado o juez ante quien se hay hecho, para que de esta manera puedan ser depurados los hechos concernientes al caso”.

“Sec. 761. La Corte, magistrado o juez, procederán sumariamente a determinar los hechos del caso, oyendo las pruebas y los alegatos, y dando su fallo dispondrán del preso como la ley y la justicia lo requieran”.

“Sec. 762. Cuando el Writ of Habeas Corpus se haya expedido en el caso de un preso que siendo súbdito o ciudadano de un Estado extranjero y domiciliado en él, esté arrestado o confinado y bajo custodia o por la autoridad o ley de alguno de los Estados Unidos, o proceso instruido en él, o con motivo de algún acto ejecutado u omitido bajo algún alegado derecho, título, autoridad, privilegio, protección o excepción reclamado bajo la comisión, orden, o sanción de algún Estado extranjero, cuya validez y efecto dependa del Derecho Internacional, se mandará modificar dicho procedimiento por la Corte, Magistrado o Juez que expida dicho Writ al Procurador General, o al empleado que represente a dicho Estado ante los tribunales, y se hará constar a la Corte magistrado o juez antes de la audiencia de la causa, que dicha notificación queda hecha debidamente”.

“Sec. 763. De la final decisión de una corte, magistrado o juez inferior a la Corte de Circuito, la petición de Habeas Corpus o en su procedimiento cuando él sea expedido, puede apelarse a la Corte del Circuito a que pertenezca el distrito en que se ha juzgado la causa, en los casos siguientes:

“1. Cuando alguna persona alegue que se le ha privado de su libertad con violación de la Constitución o de alguna ley o tratado de los Estados Unidos.

“2. En el caso de un preso que siendo súbdito o ciudadano de un Estado extranjero y domiciliado en él, sea arrestado o confinado, o esté custodiado bajo la autoridad o ley de los Estados Unidos o de algún Estado, o por preso juzgado en él o con motivo de algún acto hecho u omitido bajo algún alegado derecho, título, autoridad, privilegio, protección o excepción reclamado bajo la comisión, orden o sanción de algún Estado o soberano extranjero, cuya validez y efectos dependan de la ley internacional”.

“Sec. 764. De la final decisión de tal Corte de Circuito puede apelarse a la Suprema Corte en los casos marcados en la última cláusula de la sección precedente.

“Sec. 765. Las apelaciones de que se habla en las dos precedentes sanciones, se harán en tales términos y bajo tales regulaciones y órdenes, así en cuanto a la custodia y comparecencia de la persona presa, arrestada o privada de su libertad como en cuanto a la remisión al Tribunal Superior de la copia de la petición de Writ of Habeas Corpus, su “return” y demás procedimientos, como pueden ser prescritos por la Suprema Corte o a falta de ella por la Corte o juez que conoce de la causa.

“Sec. 766. Pendientes los procedimientos o la apelación en los casos mencionados en la tres precedentes secciones, y hasta que se pronuncie sentencia definitiva y después de la que mande poner en libertad al preso, todo procedimiento contra la persona así arrestada, confinada o privada de su libertad en cualquier Corte de Estado o por la autoridad de algún Estado por cualquiera materia así juzgada y determinada, o en algún proceso que se debe resolver bajo tal Writ of Habeas Corpus, o en algún proceso que se debe resolver bajo tal Writ of Habeas Corpus, será nulo y de ningún valor”.

#### **5.1.1.12. DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO 4 DE AGOSTO DE 1789.**

##### 1.13 Principios referentes a la libertad individual.

“Artículo 1.

“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse sino sobre la utilidad común”.

Artículo 4.

“La libertad consiste en poder hacer lo que no dañe a otro; así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene más límites que los que aseguran a los miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites no se pueden determinar sino por la ley”.

Artículo 7.

“Ningún hombre puede ser acusado, detenido, n arrestado sino en los casos determinados por la ley y según las fórmulas que ella ha prescrito. Los que solicitan, expiden, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o aprehendido en virtud de la ley, debe obedecer al instante; se hace culpable por la resistencia”

Artículo 9.

“Todo hombre se presume inocente hasta que haya sido declarado culpable; si se juzga indispensable su arresto, cualquier rigor que no sea necesario para detenerlo debe ser severamente reprimido por la ley”.

“Artículo 10.

“ Ninguno debe ser inquietado por sus opiniones, aunque sean religiosas, con tal que su manifestación no turbe el orden público establecido por la ley”

Artículo 11.

“La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano, en consecuencia, puede hablar, escribir, imprimir libremente, debiendo si responder de los abusos de esta libertad en los casos determinados por la ley”

Artículo 17.

“Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, ninguno puede ser privado de ella, sino cuando la necesidad pública, legalmente establecida, lo exige evidentemente y bajo la condición de una previa y justa indemnización”.

No importaba de donde saliera la teoría de la tridivisión de los poderes: lo que importaba era su utilidad para coger en falta a quien lo venía ejerciendo sin control y en forma absolutista y despótica. Tampoco importaba que el Contrato Social se fundamentara en una gran mentira como era la de la existencia de un hombre en Estado PRE-social, lo que importaba era que la teoría servía para legitimar y entusiasmar la insurrección. Y así encontramos un factor de grandeza en este movimiento, estaba impulsado por un esfuerzo intelectual de alta sensibilidad humanística, sin perjuicio, obviamente, de que su mira principal fueran sus concretos intereses. En busca de fundamentos teóricos para su movimiento, los enciclopedistas del Iluminismo buscaron raíces muy hondas de la sensibilidad humana y para dar más fuerza a su movimiento cubrieron con sus teorías un interés “de toda la humanidad”. Las más obras pinturas de los pintores de La Revolución muestran a los revolucionarios marchando con la mirada extraviada en un gesto de verdadero éxtasis, las arengas de los inolvidables líderes de la Revolución como Danton, Marat, Robespierre, Sain Just y del radical Babeuf llegan a lo más profundo de la sensibilidad humana porque fue corroborado con el ejemplo del sacrificio de la vida misma por unos ideales. Un segundo factor lo encontramos en el radicalismo de este movimiento: el ajusticiamiento y la ejecución del rey tenía una fuerza política real y simbólica universal, a partir de ese movimiento ya no hubo rey tranquilo, ya no hubo palabra en defensa de la monarquía que no fuera muy prudente y limitada, la amenaza se cernía sobre todas las monarquías del mundo. Después de la disipación de un Capeto nadie está seguro. Un tercer factor es la diferencia del derecho anglosajón con el de stirpe latina, el sistema

consuetudinario y jurisprudencial no se aviene mucho con el estilo del resto de Europa continental.

El estilo de la declaración primero y de su inserción en la constitución después, es igualmente un factor que contribuyó poderosamente a la difusión, a la universalización de los principios de libertad y de respeto por los derechos de la persona humana en el mundo. Los artículos que seguidamente se transcriben siguen siendo la esencia y en esa medida los presupuestos de toda acción, que como la tutela pretende la defensa de los Derechos Constitucionales Fundamentales.

### **5.1.1.13. LA CONSTITUCIÓN DE YUCATÁN DE 1841.**

Artículo 62. “Son derechos de todo habitante del Estado sea nacional o extranjero:

“I. No poder ser preso ni arrestado sino por decreto de juez competente, dada por escrito, firmado, ni aprehendido por disposición del gobernador sino en los términos indicados en las facultades de este. Exceptuándose el caso de delito in fraganti, en el cual puede cualquiera prenderle, presentándole desde luego a su juez respectivo.”

“II. No podrá ser detenido por más de cuarenta y ocho horas, cuando le aprehenda su juez competente, sin proveer éste el auto motivado de prisión, y recibirle su declaración preparatoria”.

“III. No poder tampoco permanecer preso ni incomunicado por más de seis días, sin que se le reciba su confesión con cargos, ni podersele volver a incomunicar después de practicada esta última diligencia.

“IV. No poder ser juzgado ni sentenciado por jueces establecidos, ni por leyes dictadas después del hecho que haya motivado el litigio o la formación de su causa”.

“V. No poder ser obligado a hacer lo que ni le manda la ley, ni a practicar lo prevenido en ésta, sino del modo y en la forma que aquélla determine ni a pagar contribución no decretada por la Constitución del Estado”.

“VI. No podersele impedir hacer lo que las leyes no le prohíben”.

“VII. Poder imprimir y circular sus ideas, sin necesidad de previa censura, sujetándose por los abusos que cometa, a las penas de la ley, que no podrán exceder de seis años de reclusión, ni ser de otra especie que la indicada, salvo únicamente las costas del proceso, que deberán pagar caso de ser condenados.”



“VIII: Poder adquirir bienes raíces rústicos o urbanos, y dedicarse a cualquier ramo de industria, en los mismos términos en que puedan hacerlo los naturales del Estado”.

“IX. No poder catear la casa de su habitación, su correspondencia ni papeles, sino por disposición del juez competente, dada con los requisitos que las leyes establezcan”.

“Sobre este enunciado de garantías individuales comentaba el distinguido jurista de principios de siglo EMILIO RABASA:

“La legislación nacional de 1824 no contenía enumeración de los derechos del hombre, que pudo haber tomado del “Bill de Derechos” contenido en las entidades de la americana. Tal enumeración se halla por vez primera en un proyecto de Constitución para Yucatán, obra de don MANUEL CRECENCIO REJÓN y fechado a fines de 1840. La lista de derechos es breve, en nueve fracciones de un artículo, y parece, más que el resultado del estudio de modelos inspiración de los apremios de la vida azarosa mantenida por la anarquía revolucionaria y la arbitrariedad de las autoridades despóticas”. Por su parte, LUIS MUÑOS asevera que tales derechos equivalen a la consagración firme de garantías individuales, algunas de ellas por vez primera. Lo que verdaderamente aportó la constitución yucateca de 1840 fue la consagración del sistema de amparo, con las características tan importantes que se desprenden de los siguientes preceptos, cuyos textos se transcriben a continuación:”

#### **5.1.1.14. ACTAS DE REFORMA 1847.**

Artículo 25. “Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le conceden esta constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo, y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare”.

#### **5.1.1.15. CONSTITUCION DE 1857.**

“Por tanto, en la Constitución de 1857, el amparo se consagro en los artículos 101 y 102, cuyo texto definitivo es el siguiente:

Artículo 101. “Los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite:

“I. Por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales;

“II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados;

“III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invaden la esfera de la autoridad federal”.

Artículo 102. “ Todos los juicios de que habla el artículo anterior se seguirán a petición de la parte agraviada, por medio de procedimientos y formas del orden jurídico que determinará una ley. La sentencia será siempre tal que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”.

## **6. LA TUTELA ES UN DERECHO SUBJETIVO DE ACCIÓN. CONCEPTO DE ACCIÓN DE TUTELA.**

Frente al ordenamiento jurídico en estudio se debe entender que la acción de tutela es un derecho subjetivo de la persona humana para acudir ante los jueces y poner en actividad su función judicial. El fin de la Tutela es proteger de manera inmediata los derechos fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos expresamente previstos en la ley.

Esta noción de derecho subjetivo se entiende como la facultad que tiene la persona de exigir que se active la función jurisdiccional del juez, con el objeto de establecer si es o no pertinente tutelar un derecho fundamental. Por lo mismo, el Estado no puede negarse a desplegar esa función judicial cuando el actor lo ha solicitado. Cuando se habla de un derecho subjetivo, se hace énfasis en la circunstancia de que existe como consecuencia una correlativa obligación de hacer, que en este caso está a cargo del Estado por medio de sus jueces. Igualmente se enfatiza en el sentido de que se trata de un derecho subjetivo frente al cual, el obligado no puede negarse a cumplir su obligación de hacer, consistente en desplegar su actividad conforme lo establece la constitución y la ley. En otras palabras, una vez ejercida legalmente la acción de tutela

por la persona, el Estado no puede negarse a su tramitación. Para el Estado no es optativo o facultativo ni discrecional el trámite de la acción de tutela, cuando se promueve legalmente.

## **6.1. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA.**

De conformidad con los principios generales del derecho Procesal y las normas legales sobre la acción de tutela, sus elementos son los siguientes: sujetos, objeto y causa.

## **6.2. SUJETOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA.**

### **-EL TITULAR DE LA ACCIÓN.**

Es cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales. Art. 10. Puede actuar por sí misma o a través de representante Art. 1º y 10º.

### **-LOS JUECES**

### **-DEFENSOR DEL PUEBLO**

Está legitimado para interponer la acción de tutela de conformidad con el Art. 46 del Decreto.

## **6.3. LAS PERSONAS CONTRA QUIEN SE DIRIGE LA ACCIÓN.**

La acción de tutela está dirigida contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si la autoridad pública o el representante del órgano actuó por ordenes o instrucciones de un superior la acción se entiende dirigida contra ambos.

Si se ignora la identidad de la autoridad pública se dirige contra el superior.

Cuando la acción de tutela se dirige contra particulares, el sujeto estudiará el momento. También la acción se dirige contra los coadyuvantes de la persona o de la autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.

#### **6.4. EL OBJETO DE LA ACCIÓN DE TUTELA.**

El objeto de la acción de tutela es doble: de una parte se pone en movimiento la función jurisdiccional del juez para que se determine si es o no procedente la reclamación y de otra parte, se pretende que mediante decisión del juez o magistrado, se obligue al demandado a hacer u omitir lo que sea pertinente para hacer efectivo el predominio de la Constitución.

#### **6.5. LA CAUSA DE LA ACCIÓN.**

Se considera también dos las causas de toda acción de tutela: en primer lugar, el derecho fundamental consagrado en la Constitución Política y en segundo lugar la violación de que ha sido objeto.

#### **6.6. OPORTUNIDAD: En todo momento y lugar.**

En la actualidad la acción de tutela se puede incoar en todo momento y lugar, la competencia en estos casos es genérica, ya que; es atribuida a los jueces de la República que laboran todo el año, estos no tienen vacaciones colectivas.

En los casos en que la acción va dirigida contra la prensa y los demás medios de comunicación, la competencia está atribuida a los jueces del circuito del lugar del asunto, y en los casos de competencia especial, la acción de tutela no se puede interponer ni en cualquier tiempo ni en cualquier lugar lo primero porque los funcionarios competentes tienen un periodo anual de vacaciones colectivas y lo segundo por la obvia razón de que dichos Jueces y Magistrados, tienen una sede fija ante la cual deberá acudir el actor de la acción de tutela.

Se presenta un serio problema por lo imperativo de este precepto que dispone que la acción de tutela se puede interponer en todo momento y lugar, por lo perentorio de los términos en que se debe diligenciar la precipitada acción que es de 10 días. – Art. 86 de la Constitución Política; Art. 29 inciso 1, Art. 15 inciso final, y por las drásticas sanciones para los jueces que incumplan las funciones que les asigna el decreto que se estudio en su artículo 53, si se considera que de otra parte, como se ha dicho, hay un periodo de vacaciones judiciales legales para muchos funcionarios del poder judicial y

de no ser modificada esta norma atendiendo la realidad de la vacancia judicial, se deberán establecer mecanismos legales para que la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales, los Juzgados de Circuito, puedan atender en forma permanente esta acción de tutela. En caso contrario la previsión constitucional y legal será letra muerta. Serán normas que deberán agregarse a la ya larga lista de preceptos violados.

La acción de tutela se tramita mediante un procedimiento preferente y sumario. La preferencia significa y así lo dispone el artículo 15, que el Juez o funcionario debe darle prelación a este trámite y deberá posponer cualquier asunto de la naturaleza diferente, salvo el hábeas corpus.

Así, tenemos que el funcionario no podrá alegar en su justificación el haber estado dedicado a otras funciones propias de su cargo, salvo que sea la tramitación de un recurso de hábeas corpus. En cambio sí podría justificar el retardo de otras actividades propias de su cargo, por la preferencia del trámite de una acción de tutela. Lo sumario del procedimiento está garantizado por los términos así: en la Constitución Política de Colombia se prevé en su Art. 86 “que en ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución”. Se debe proceder en forma inmediata:

A la protección de los derechos fundamentales, Art. 1º

A tomar medidas provisionales para proteger un derecho, Art. 7º.

Deberá atender al solicitante que interponga la acción en forma verbal por no saber escribir o sea menor de edad. Art. 14 inc. final.

Al restablecimiento del derecho, Art. 18.

A proferir fallo cuando llegue al convencimiento respecto a la situación litigiosa. Art. 22.

Deberá cumplirse el fallo de tutela por parte de la autoridad responsable del agravio, Art. 27.

## **6.7. TÉRMINOS.**

3 días para que el demandante corrija la solicitud, Art. 17.

3 días máximo para que el órgano o la autoridad rindan el informe o envíe la documentación requerida, Art. 19.

3 días máximo para la rendición de información adicional, Art. 21.

10 días máximo para concluir el trámite de la acción. Art. 29.

48 horas máximo para el cumplimiento del fallo. Art. 23.

48 horas máximo para que el superior cumpla con el fallo que el inferior no cumplió dentro de las 48 horas, Art. 27.

48 horas máximo para abrir investigación contra el superior renuente a cumplir con el fallo de tutela. Art. 27.

48 horas máximo para que el juez pueda ordenar que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos, Art. 23.

3 días para impugnar el fallo, Art. 31.  
2 días para enviarlo al superior, Art.32.  
20 días para fallar la segunda instancia. Art. 32.  
10 días para enviarlo a revisión a la Corte Constitucional, Art. 32.

## **OTROS FACTORES QUE CONTRIBUYEN A LA TRAMITACIÓN SUMARIA.**

Todos los días y horas son hábiles para proponer la acción de tutela, Art. 1º .  
El trámite se rige por el principio de celeridad. Art. 3.  
Los plazos son perentorios e improrrogables, Art. 15.  
Las notificaciones se harán por el medio más expedito y eficaz, Art. 16 y Art. 30.  
Se puede prescindir de averiguación previa para el restablecimiento inmediato del derecho, si obran pruebas suficientes para deducir grave e inminentemente violación o amenaza a un derecho fundamental, Art. 18.  
El juez puede proferir fallo sin practicar las pruebas solicitadas cuando llegue al convencimiento respecto a la situación litigiosa. Art. 22.  
Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se presume la veracidad de los hechos afirmados por el reclamante, Art. 20.

## **LA ACCIÓN DE TUTELA PROCEDE PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES.**

Los derechos constitucionales fundamentales son de tres clases a saber: Primera. Los expresamente enunciados en el Título II Cáp. I de la Constitución Política de Colombia. Segundo. Los que no están comprendidos en el Título II Cáp. I y que se encuentran diseminados en toda la Constitución pero que expresamente se enuncian como fundamentales por Ej. Los Art. 44 y 53. Tercera: Son también objeto de tutela, los que no aparecen expresamente como fundamentales pero que por su esencia lo son por Ej.: el derecho a la nacionalidad, a la ciudadanía, a la educación. Este asunto de los derechos fundamentales se explicará in extenso al comentar al Art. 2. Del Decreto 2591 de 1991 (Pág. 87).

De otra parte, la acción de tutela no procede en todos los casos de amenaza o vulneración de derechos constitucionales fundamentales por virtud de lo dispuesto en el numeral 2. Del Art. 6º ; se excluyen de dicha protección por esta vía, los que pueden ser protegidos por el recurso de hábeas corpus, es decir todos los derechos constitucionales afectados por privación ilegal de la libertad.

Es condición para la procedencia de la acción de tutela que los derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados.

El artículo 5º contribuye a precisar mejor cuando establece su procedencia, cuando se hay violado, viole o amenace con violar un derecho fundamental. Por vulneración se entiende la trasgresión, que el quebrantamiento o la violación de una ley o precepto, en este caso precepto constitucional.

También el verbo violar y el verbo vulnerar son sinónimos de infringir. Se prevén tres hipótesis muy claramente diferenciales: en el primer evento, la violación ya ocurrió; el quebrantamiento ya se produjo; de tal manera que el actor tiene como fundamento de la acción de tutela un hecho del pasado.

En la segunda hipótesis la violación del derecho fundamental está ocurriendo en el momento en que el reclamante actúa.

En la tercera hipótesis no ha existido una violación como un hecho del pasado ni hay una violación como un hecho actual. Pero existe una amenaza de violación. Como se debe entender esta situación en primer lugar, no es procedente la acción de tutela frente a amenazas o peligros abstractos. El concepto de amenaza debe ser entendido en sentido muy estricto y limitado. En sentido lato, se entiende por amenaza el anuncio de un mal que se causará en el futuro; también se entiende como una situación en la cual existen hechos indicantes de un mal futuro. Para efectos de la acción de tutela, es preciso que se este frente a la amenaza como una situación objetivamente comprobable, verificable por ser externa, conocible por el juez que permita inferir razonablemente que es inminente la violación concreta, directa y personal de un derecho fundamental. No basta con la posibilidad de la futura violación del precepto constitucional con daño para el reclamante, porque la posibilidad siempre será predicable. Es necesario que exista la probabilidad de violación y esta probabilidad debe ser próxima, no remota, por lo mismo debe ser violación inminente.

Es preciso tener en cuenta que si la violación es un hecho pasado, los efectos deben ser actuales o persistentes al momento de la reclamación, porque si el daño es consumado, se estaría en presencia de una causal de improcedencia de la acción de tutela, conforme lo establece el numeral 4 del artículo 6º del Decreto.

La violación puede provenir de una acción o de una omisión.

No es dudoso que los funcionarios y particulares estén frente a deberes que el derecho les impone y que pueden ser, de hacer o de abstenerse; si el derecho consagrado en la Constitución que le impone el deber de abstenerse, en un momento dado se llegare a quebrantar, opera la acción de tutela.

## **7. SEGURIDAD SOCIAL**

El Estado se ha enfrentado siempre al problema de procurarle a sus asociados protección contra las contingencias que a diario se les presentan, y las soluciones han sido acordes con la época y sus posibilidades económicas.

William Beveridge: “La seguridad social es la liberación de las necesidades”.

J. M. Almanza Pastor: “Frente a la encrucijada de ataques y defensas en que se halla el hombre, la seguridad social consiste en la satisfacción de las necesidades sociales”.

## 7.1. SEGURO

Según Alfredo Manes es aquel 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.

### 7.1.1. CARACTERÍSTICAS DEL SEGURO:

*Sucesión de un evento: RIESGO (En seguridad social, se denomina “Contingencia”)*

CREA UNA NECESIDAD      - Económica  
                                         - Fortuita  
                                         - Tasable

Gran número de entes o existencias económicas: MUTUALIDAD

### RIESGO Y CONTINGENCIA:

La influencia del seguro privado en las primeras etapas de la seguridad social extendió la utilización del término riesgo, basado en la incertidumbre y en la siniestralidad como presentación de un hecho que transforma el riesgo en algo real y perjudicial.

La contingencia es el término moderno más general, que no plantea desigualdades prestacionales según las condiciones de lugar o tiempo evitando la constitución de categorías de personas privilegiadas. Otros dicen que se diferencia del riesgo en la medida que sí va a suceder, como es el caso de la vejez o de la muerte.



## 7.2. SEGURIDAD

Viene de “*Seguranza*” (partida VII, tit. XII); era una garantía entre enemistados. Cuando se suscitaba rencor entre dos o más sujetos que se recelaban mutuamente, el juez a quien acudía para tal fin, podía compelerlos para darse una seguridad o promesa de no hacerse mal *de palabra, obra o consejo*, y presentaban sus fiadores.

El que después de la seguridad hería, mataba o prendía a otro incurría en pena de muerte; si le causaba mal en sus bienes era condenado al cuádruple; si le deshonoraba debía darla la satisfacción que ordenara el juez.

De ahí que seguridad se entienda como exención de peligro o de daño, fianza, confianza o garantía.

Se habla entre otras, de seguridad pública referente al orden público; seguridad política, a la garantía de los derechos fundamentales; seguridad militar, para la defensa de la nación; seguridad colectiva, la que garantiza protección contra las amenazas a la paz,; seguridad económica, que garantiza al individuo un nivel mínimo de medios para su subsistencia y seguridad social, que garantiza a los integrantes de una colectividad, frente a los riesgos o contingencias que puedan afectar su seguridad económica.

La seguridad social en su sentido amplio comprende:

- los *seguros sociales* (asignaciones familiares y la protección contra los infortunios laborales, cubren al trabajador. Se caracterizan por su acción reparadora)
- la *previsión social* (integrada por los seguros sociales de carácter preventivo, evita el daño, es limitativa, está “al borde”)
- la *asistencia social* (ayuda a los menesterosos, es estatal y aunque fue una forma primitiva de la seguridad, hoy es complementaria de ésta)
- el *pleno empleo* (política ocupacional)
- la *política de salarios* (salario mínimo, modalidades, jornadas, etc.)
- la *sanidad pública* (sanidad estatal y para estatal)
- la *política de educación* (formación profesional, difusión cultural)
- la *política de vivienda* (casas baratas, viviendas protegidas o subvencionadas.
- la *beneficencia* (gratuita, no estatal, traumática y deprimente).

## 7.3. PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

### **7.3.1. PRINCIPIOS BÁSICOS**

#### **-DIGNIDAD DEL HOMBRE**

Es primordial asegurar a las personas el ejercicio sus derechos fundamentales y así crear las condiciones necesarias para que la vida del ser humano se desarrolle digna y adecuadamente.

#### **-SOLIDARIDAD EN LA FINANCIACIÓN**

Los costos no pueden ubicarse en la responsabilidad patronal ni en la teoría del riesgo, sino en el hecho de que las contingencias que se presentan a los miembros de la comunidad deben ser atendidos por ellos mismos en proporción a sus ingresos.

Los medios financieros deben proceder de la contribución general aportada por los miembros de la sociedad.

#### **-SUBSIDIARIDAD**

Su función no es la de sustituir sino la de ayudar, facilitar, orientar, estimular, integrar y coordinar, para que cada hombre cumpla el papel que le corresponde.

### **7.3.2. PRINCIPIOS TÉCNICOS**

#### **-UNIVERSALIDAD**

Tendencia a cubrir a todos los que pertenecen a la comunidad por el solo hecho de existir.

#### **-INTEGRALIDAD DE LAS PRESTACIONES**

La satisfacción de todas las necesidades humanas.

#### **-IGUALDAD**

Se debe dispensar un tratamiento igual a los iguales en igualdad de circunstancias, sin

diferencia en la clase y cuantía de las prestaciones o en el reparto de la carga financiera.

#### **-UNIDAD DE GESTIÓN**

Armonía en la organización legislativa, administrativa y financiera del sistema; se busca evitar gastos superfluos o duplicidad de servicios.

#### **-INTERNACIONALIDAD**

Atención de los trabajadores migrantes quienes se ven desprotegidos al no obtener principalmente pensiones al no cumplir requisitos en ningún país por los que ha laborado.

### **7.4. TÉCNICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

La técnica tiene su origen en el seguro privado y sus planteamientos son cuatro: -

- económico,
- administrativo,
- financiero y
- prestación de servicios.

#### **-ECONÓMICO:**

Es onerosa, implica un ahorro destinado a crear un fondo para costear derechos del conglomerado. Se basa en el sistema de presupuesto oficial en el que primero se programa qué se atiende, luego se establece cuánto cuesta y finalmente se apropian los recursos para atender el costo.

#### **-ADMINISTRATIVO:**

La administración puede ser centralizada o descentralizada; debe propender por minimizar los gastos administrativos; dependerá del país, la región, la facilidad de vías de comunicación, de la red hospitalaria, etc.

#### **-FINANCIERO:**

Se han adoptado métodos diferentes según sea la contingencia asumida.

Depende de muchos factores, tales como la obligatoriedad, aspectos políticos, sociológicos, jurídicos o por la migración y el paro o desempleo.

### **-PRESTACIÓN DE SERVICIOS:**

Algunos autores diferencian las materias tratadas por el seguro social y por los servicios sociales. El primero es un régimen de protección social y los segundos se refieren a prestaciones no monetarias, como sanidad, farmacia, vivienda, colocación, etc.

## **7.5. REGIMEN ECONÓMICO**

La seguridad social no es gratuita, es onerosa aunque como principio no persiga el ánimo de lucro.

Su financiación ha sido fijada según el sistema, para ser costeada:

- 1.- Por el trabajador, el empleador y el Estado, de manera obligatoria,*
- 2.- Por el trabajador y el empleador obligatoriamente y por el Estado de manera voluntaria, o*
- 3.- De manera solidaria por todos los habitantes del país.*

### **7.5.1. FUENTES DE LAS CONTRIBUCIONES**

**-PRIMA FIJA IGUAL:** Sin consideración a la actividad del ciudadano, para lograr prestaciones iguales; quien quiera aumentar esos beneficios pagará cuotas adicionales. No tiene en cuenta renta, salario o posición.

**-PRIMA DIFERENCIAL SOBRE INGRESOS:** La cuota es diferente, de acuerdo con tablas de categorías según el monto de los ingresos. Estas tablas tienen un tope máximo sobre el que se paga igual. Las prestaciones para cada categoría serán iguales.

**-PORCENTAJE SOBRE INGRESOS:** Basado en un estudio actuarial que establece el valor que cada parte (Estado-patrono-trabajador) debe cotizar para establecer el monto de las prestaciones económicas que se pagan según el recaudo. Las asistenciales serán iguales sin importar el ingreso. Todos pagan el mismo porcentaje.

**-TASAS E IMPUESTOS CON DESTINACIÓN ESPECIAL:** Aplicándose un mínimo vital al pago de prestaciones, y de ahí en adelante, según las reservas.

Tasas combinadas con cuotas fijas, por porcentajes o por categorías. Sólo ayudan a la solidez del sistema.

**-INGRESOS FINANCIEROS:** que incrementan el capital recibido y permiten dar solidez, e incluso abaratar las cuotas ya vistas.

Otros recursos pueden ser las multas, los intereses moratorios las donaciones, etc.

### **7.5.2. GESTION ADMINISTRATIVA**

Pérez Botija señala tres sistemas practicados en gestión de seguros sociales:

- 1) Gestión pública
- 2) Gestión privada
- 3) Gestión mixta

La gestión pública o gestión directa es la que se encuentra a cargo del Estado tiene una doble canalización, por un lado los seguros sociales son una rama de la administración pública, y por otro, se utiliza la descentralización de servicios.

Tienen un patrimonio independiente del presupuesto estatal, busca la tecnificación del personal, se aleja de la política, pero a su vez, genera burocracia, acumula grandes reservas que no se controlan y pueden producir brotes inflacionarios.

La gestión mixta descarta la participación de los poderes públicos, la gestión la desarrollan los empleadores y los sindicatos, lo que hace que hayan derivado en un arma de lucha de clases perdiendo confianza por parte de los asegurados.

La gestión privada se basó en el auge de las empresas de seguros a principios de este siglo, pero su tendencia al lucro, a proteger determinados riesgos que permiten capitalización y acumulación y el poco interés en otro tipo de contingencias o riesgos hizo que se desestimaran.

La tendencia actual nuevamente es hacia la privatización y/o a una nueva forma mixta pero entre entes estatales y privados.

### **7.5.3. REGIMEN FINANCIERO**

El cálculo de los recursos lo efectúa un actuario. Su función específica es calcular los riesgos o contingencias y el costo de los beneficios de la seguridad social.

El estudio actuarial social tiene cuatro bases:

- **LA FINANCIERA:** ¿Cómo aumenta el capital en función de sus intereses?
- **LA ESTADÍSTICA:** ¿Cuál es la intensidad del riesgo?
- **LA ECONÓMICO-SOCIAL:** ¿Cuál es la escala de ingresos, la composición familiar, la estabilidad laboral, el ingreso de nuevos aportantes?
- **LA BIOMÉTRICA:** ¿Cuáles son las probabilidades y las causas de muerte, de invalidez, de matrimonios, de divorcios, de nuevas nupcias, de la duración media de una enfermedad?

La evaluación actuarial es el proceso que permite calcular los recursos y las obligaciones de las instituciones de la seguridad social.

## **SISTEMAS DE FINANCIACIÓN**

Reparto Simple,  
Reparto con Capitales de Cobertura y  
Prima Media,  
Sistema de capitalización individual,  
Presupuesto social, y  
Regímenes mixtos.

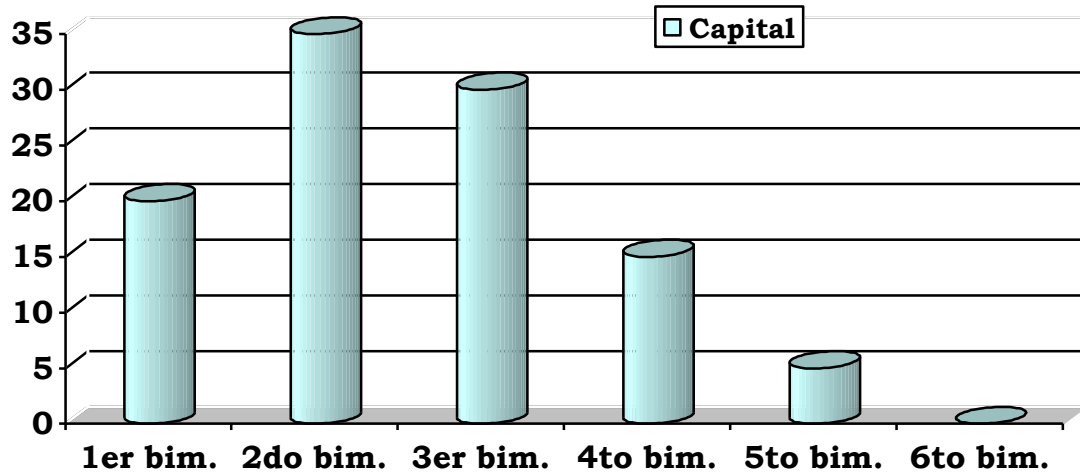
Su misión es establecer el equilibrio económico de la entidad pagadora de las prestaciones durante un tiempo establecido, fijando hipótesis demográficas y económicas.

Se cuantifica la prima para establecer que todas las primas sumadas permitan recibir los recursos necesarios para pagar las prestaciones que se generen durante un período de tiempo prefijado, el actuario se basará en lo financiero y en lo estadístico, así como en bases económico-sociales, y biométricas.

### **7.5.4. REPARTO SIMPLE**

Se debe dividir cada año el valor de las prestaciones a pagar, entre el número de cotizantes al sistema para lograr una cuota que cada uno deberá pagar.

Se utiliza para enfermedad general y maternidad, riesgo estacionario de corta duración gastos que no crecen por el transcurso del tiempo.



#### Embarazo (Parto)

<i>Espacio:</i>	Colombia
<i>Tiempo:</i>	Año 2000
<i>Mujeres:</i>	20'000.000
<i>Cubiertas por el entidad de Seguridad Social:</i>	3'200.000
<i>Posibles embarazos:</i>	3'200.000
<i>Factores que inciden en la natalidad:</i>	Número de hijos Edad para maternidad Tasa años anteriores Hijos años seguidos...
<i>Total partos esperados:</i>	620.000

<i>Valor promedio de un parto:</i>	1'600.000 <sup>oo</sup>
<i>Dinero total requerido:</i>	992.000'000.000 <sup>oo</sup>
<i>Cotizantes a la entidad:</i>	6'400.000
<i>Cotización anual:</i>	155.000 <sup>oo</sup>
<i>Cotización mensual:</i>	\$ 12.917 <sup>oo</sup>

### 7.5.5. REPARTO CON CAPITALES DE COBERTURA

Además del reparto simple, se constituye una reserva para pensiones en curso de pago. Se basa en el monto de todos los valores actuariales de las pensiones decretadas durante el año, el de la capitalización de la reserva acumulada, el valor de las prestaciones y servicios causados y la reserva de contingencias y fluctuaciones.

Se aplica a riesgos que no son crecientes o que no se agravan con el tiempo, por lo que no es necesario tener grandes reservas para derechos en curso de adquisición.

Si se aumentara la accidentalidad, está la reserva mencionada de contingencias y fluctuaciones, o se realiza un aumento de las cotizaciones a las empresas que más contribuyen a la accidentalidad según los índices de frecuencia y severidad.

### 7.6. ACCIDENTE DE TRABAJO

<i>Espacio:</i>	Colombia
<i>Tiempo:</i>	Años 2000 a 2004
<i>Población:</i>	40'000.000
<i>Cubiertas:</i>	6'400.000
<i>Posibles accidentes anuales:</i>	6'400.000
<i>Factores que limitan la posible accidentalidad o moderan o agravan sus efectos:</i>	Clases de empresas en el país Clases de accidentes Cuántos sólo son médicos ambulatorios



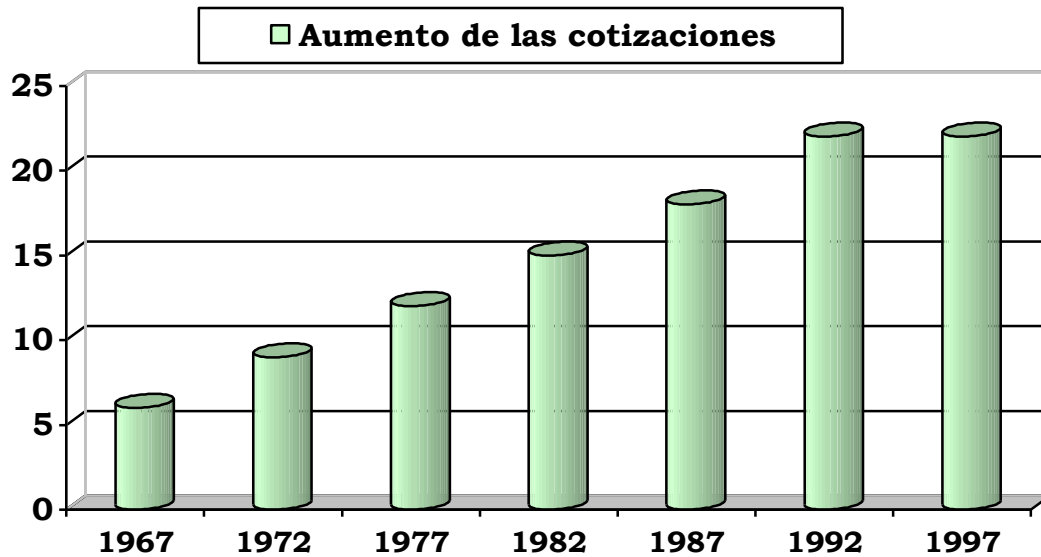
Cuántos producen incapacidad  
 Cuántos producen pensión  
 Tasas años anteriores  
 Funcionamiento real de los programas de salud ocupacional

<i>Total de accidentes de trabajo año:</i>	120.000 (600.000 en los 5 años)
<i>Accidentes que generan pensión:</i>	5.000 por año
<i>Valor promedio requerido para atender cada accidente:</i>	3'500.000 <sup>oo</sup> por año
<i>Valor promedio para reserva de pensiones de invalidez o muerte:</i>	3'000.000 <sup>oo</sup> año / pensión
<i>Dinero total requerido para atender los accidentes del año 2000:</i>	420.000'000.000 <sup>oo</sup>
<i>Dinero total requerido para atender las pensiones del 2000:</i>	15.000'000.000 <sup>oo</sup>
<i>Total dinero para conformar un capital para pagar esas pensiones en el futuro:</i>	3.000'000.000 <sup>oo</sup>
<i>Total requerido:</i>	438.000'000.000 <sup>oo</sup>
<i>"Cotizantes":</i>	6'400.000
<i>Cotización anual promedio:</i>	68.438 <sup>oo</sup>
<i>Cotización mensual promedio:</i>	\$ 5.703 <sup>oo</sup>

## 7.7. RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA

Permite la capitalización para los seguros de invalidez, vejez y muerte pues las pensiones:

- son de larga duración,
- su número crece a medida que pasa el tiempo y
- las pensiones en curso de pago son cada vez más.



Puede ser de dos clases, la prima media uniforme o estable, y la prima media escalonada que busca períodos de equilibrio de 5 años.

#### Pensiones

<i>Espacio:</i>	Colombia
<i>Tiempo:</i>	Año 1990 en adelante.
<i>Población:</i>	30'000.000 (1990)
<i>Cubiertas:</i>	4'000.000
<i>Pensiones:</i>	4'000.000

#### *Factores de generación y extinción de las pensiones:*

Cuándo se deben comenzar a pagar.  
 Cuántas pensiones deben pagarse el primer año.  
 Cuántas pensiones nuevas (normales) se causarán cada año.  
 Cuántas pensiones nuevas (anormales) se causarán cada año.  
 Cuántos pensionados mueren.  
 Cuántas pensiones se extinguen.

	Cuántas se sustituyen y a quién. Valor de las pensiones. Aumentos pensionales...
<i>Total pensiones primer año (2000):</i>	20.000
<i>Segundo año (2001):</i>	50.000
<i>Tercer año (2002):</i>	120.000
<i>Cuarto año (2003):</i>	280.000
<i>Quinto año (2004):</i>	350.000...
<i>Valor promedio pensión:</i>	3'000.000 <sup>oo</sup>
<i>Valor a pagar el primer año:</i>	60.000'000.000 <sup>oo</sup>
<i>Segundo año:</i>	150.000'000.000 <sup>oo</sup>
<i>Tercer año:</i>	360.000'000.000 <sup>oo</sup>
<i>Cuarto año:</i>	840.000'000.000 <sup>oo</sup>
<i>Quinto año:</i>	1'050.000'000.000 <sup>oo</sup> ...
<i>Dinero para pagar las pensiones durante esos cinco años:</i>	2'460.000'000.000 <sup>oo</sup>
<i>Cotizantes:</i>	4'000.000 en 1990 a 6'400.00 en el 2000
<i>Cotización anual durante los primeros cinco años del sistema:</i>	45.000 <sup>oo</sup> anuales
<i>Cotización mensual los primeros cinco años del sistema:</i>	\$ 3.750 <sup>oo</sup>
<i>Con esto se logra recaudar de 4'000.000 afiliados:</i>	900.000'000.000 <sup>aa</sup>
<i>Cotización anual durante los segundos cinco años del sistema:</i>	48.750 <sup>oo</sup> anuales
<i>Cotización mensual los primeros cinco años del sistema:</i>	\$ 4.063 <sup>oo</sup>
<i>Con esto se logra recaudar de 6'400.000 afiliados el faltante:</i>	1'560.000'000.000 <sup>oo</sup>

De esta manera se tiene asegurado el dinero para el pago de esos primeros cinco años de pensiones, y con una cotización de \$ 4.600<sup>00</sup> per cápita durante los 5 años siguientes y de \$ 5.200<sup>00</sup> entre el año 15 y 20 de funcionamiento del sistema, además de los ingresos financieros, se logra la estabilidad cuando las pensiones lleguen a denotar estabilidad en su crecimiento.

Si funcionara como Reparto Simple, por ejemplo en el año 2004:

<i>Pensiones a pagar ese año;</i>	350.000
<i>Valor total a pagar por pensiones en el 2004:</i>	1'050.000'000.000 <sup>00</sup>
<i>Cotizantes:</i>	6'400.000
<i>Valor cuota anual:</i>	164.063 <sup>00</sup>
<i>Valor cotización mensual:</i>	13.672 <sup>00</sup>

## **SITUACIONES ESPECIALES FRENTE A LA SEGURIDAD SOCIAL QUE AFECTAN AL SISTEMA PENSIONAL.**

### **AUMENTO DE LOS COSTOS DE LA SALUD**

En los años que siguieron a la Segunda Guerra se daba por sentado que un programa de asistencia haría disminuir la morbilidad y que al estabilizarse el consumo la parte del PIB dedicada a salud no variaría significativamente.

Eso no fue así, entre 1960 y 1977 se multiplicaron por 5 ó más en Canadá, EE.UU., Finlandia, Francia y Japón y en relación con el PIB en Alemania pasó del 2,7% al 5,7%, del 2,3% al 7,1% en Canadá, del 1,7% al 5,1 en Bélgica y Holanda y del 2,2% al 7,3% en Suecia.

Los motivos son la expansión de los programas y a que el consumo sanitario crece más rápidamente que los consumos tradicionales de alimentación y vestido, lo que se nota en EE.UU. y Francia donde el porcentaje del PIB para este rubro, entre 1950 y 1979, creció del 3,8% al 8% y del 3% al 7,3% respectivamente, sin tener un sistema generalizado que cubra la enfermedad el primero y teniendo uno universal, el segundo.

El progreso técnico ha abierto notables perspectivas a la eficacia de la medicina pero su costo es impresionante.

La oferta de cuidados médicos aumenta, en EE.UU. aumentó en 50% el personal médico entre 1980 y 1990 e igualmente aumentan sus remuneraciones.

La población envejece y necesita más cuidados los que a su vez son más prolongados, caros y especializados.

La sociedad industrial es cada vez más patógena, fabrica enfermos y mantiene enfermedades.

### **EFFECTOS:**

En ciertos países se han tomado o previsto medidas restrictivas para limitar la demanda, se han reducido las prestaciones superfluas como las curas termales en Alemania e Italia y los “medicamentos de bienestar” en Francia.

Se impone una participación financiera más elevada a los pacientes.

Se intenta racionalizar la asistencia ofrecida actuando sobre los precios de los bienes y servicios, modalidad de ejercicio y remuneración del personal médico.

Otras medidas de limitación o prevención como gravar los productos generadores de riesgos como el tabaco y el alcohol no han tenido gran alcance.

Estas medidas tomadas después de 1977 han logrado bajar sustancialmente los costos de salud, pero aún son muy superiores al índice de crecimiento económico de los países beneficiados.

Actualmente se prevé actuar sobre la demanda pero con el peligro de reducir el cubrimiento a los más necesitados, o sobre la oferta, buscando eliminar los despilfarros particularmente en la hospitalización.

### **ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN**

Es una tendencia general en los países industrializados, consecuencia de la disminución de la natalidad y del mejoramiento de la esperanza de vida.

El envejecimiento entraña un mayor uso de la asistencia sanitaria pero es en cuanto a la pensión de vejez donde más afecta. Las prestaciones del régimen de pensiones son cada vez la parte más importante de los regímenes de seguridad social.

En Alemania, Austria, Italia, Bélgica, Holanda y Rusia más de la mitad de los gastos de la seguridad social está consagrada a las pensiones.

### a) Baja de la fecundidad.-

Todos los países europeos han experimentado una fuerte caída en la tasa de fecundidad desde mediados de los años 60. La tasa bajó de 2,5 niños por mujer en 1965 (3 en España) a un poco más de 1.5 o menos como en Italia, España o Alemania.

El nivel alcanzado es preocupante por ser inferior a 2.1 que es la tasa de renovación de las generaciones.

### b) Aumento de la esperanza de vida.-

La marcada baja de la mortalidad ha originado un espectacular aumento de la esperanza de vida. En 100 años en Francia (1850-1950) la esperanza de vida aumentó de 40 a 65 años.

<i>País</i>	<i>Mujeres</i>		<i>Hombres</i>	
	1950	1990	1950	1990
<i>Alemania</i>	63.8	79.0	64.4	72.6
<i>Francia</i>	69.7	81.0	63.9	72.8
<i>Italia</i>	67.9	79.7	61.3	73.2
<i>Reino Unido</i>	71.3	78.5	66.5	73.9
<i>Suiza</i>	71.3	80.8	66.9	71.0
<i>España</i>	61.3	80.1	59.3	73.4
<i>Bélgica</i>	68.0	79.4	63.8	72.7

Sobre este punto existe un mayor consenso que en el anterior en el que no se ha establecido si la tasa seguirá decayendo o ya llegó a su punto más bajo; aquí se espera que siga aumentando hasta llegar a la edad biológica límite simplemente por los rápidos avances de la medicina.

<i>País</i>	1970	1980	2000
<i>Bulgaria</i>	9.6	12.0	63.9
<i>Canadá</i>	7.9	8.8	61.3
<i>España</i>	9.8	11.4	66.5
<i>EE.UU.</i>	9.8	10.7	66.9
<i>Finlandia</i>	9.2	12.1	59.3
<i>Grecia</i>	11.1	13.9	63.8
<i>Hungría</i>	11.5	13.7	64.4
<i>Italia</i>	10.7	12.9	63.9
<i>Japón</i>	7.1	8.6	61.3

Porcentaje de personas de sesenta y cinco años o más, con respecto a la población total.

<i>Luxemburgo</i>	12.7	14.8	64.4
<i>Polonia</i>	8.3	10.0	63.9
<i>Rumania</i>	8.6	10.2	61.3
<i>Suiza</i>	11.4	12.2	66.5
<i>Rusia</i>	7.8	10.1	66.9

El cuadro anterior demuestra que la población europea envejece de forma notable. En el 2020 las 20 generaciones del *baby boom* superarán los 60 años y para el 2050 las cifras del cuadro se habrán duplicado.

El envejecimiento de la población afectará principalmente los sistemas pensionales; y los regímenes de reparto experimentarán un impacto más directo y mayor, sobre la capitalización será indirecto pero real encareciendo el precio de las rentas que deberán pagarse más tiempo.

Los gastos públicos de pensiones aumentarán de aquí al 2030 más del 40% en Alemania e Italia, más de 30% en Bélgica y el Reino Unido, más del 60% en Holanda y más del 75% en Francia.

La anticipación de la edad de jubilación aumenta evidentemente el número de beneficiarios de pensiones de vejez; el paso de los 65 a los 60 años aumentaría el número de jubilados de los países industrializados en un 30% a 50%.

El aumento del costo de la vejez en los sistemas de reparto lleva a que cada vez un número menor de personas asuman la carga del creciente número de jubilados.

Si la fecundidad se rectificara sólo tendría efectos hacia el 2035, y para que el sistema fuera nuevamente viable Francia debería tener 200 millones de personas en 2100 y mil millones en el 2200.

Al no aumentar la población se requerirá de mayor cotización, del 20% pasaría al 40% en el 2035 o reducir la pensión del 70% al 35% del IBL.

Las soluciones tienden a prevenir las consecuencias del envejecimiento fomentando la natalidad, adecuando los sistemas para reducir sus costos, fomentando la actividad de quien supere la edad de retiro con la creación de empleos para que no “tenga” que retirarse y por el contrario, al no cobrar pensión no desgaste el sistema y al seguir cotizando, lo alimente; este sistema se utiliza en Rusia donde el 30% de la población en edad de retiro continua laborando.

Otra posibilidad es la financiación de regímenes complementarios facultativos.

- ♦ Es necesario proceder a consideraciones diferentes para comprender la financiación de regímenes complementarios instituidos y gestionados por la iniciativa privada.
- ♦ Son instituidos por una empresas o grupo de empresas como resultado, a menudo, de una negociación colectiva.
- ♦ Pueden generarse de asociaciones profesionales.
- ♦ Su financiación es empresarial (EE.UU., Canadá, Japón y Australia) y a veces con participación de los asalariados.
- ♦ Tienen ventajas tributarias para las empresas que los adopten.

## **LOS CUATRO PILARES**

El primer pilar obedece a las pensiones de carácter obligatorio y general para la población.

El segundo pilar consiste en planes de pensiones complementarias obligatorias o voluntarias de carácter corporativo, profesional o empresarial. Se cotiza para el primer pilar donde se obtiene la pensión básica y para el fondo administrado por la empresa, la mutual o la cooperativa para lograr una “segunda” pensión.

El tercer pilar está constituido por el ahorro voluntario con estímulos fiscales en fondos de pensiones o en compañías de seguros. El ahorro debe estar dirigido únicamente a complementar la pensión futura.

El cuarto pilar consiste en la posibilidad de seguir labrando después de la edad de retiro para aumentar el monto de la pensión del primer pilar.

Soluciones mundiales a situaciones de crisis en la Seguridad Social

### **Las soluciones ya se conocen:**

1.- Aumentar Las Cotizaciones y/o El Financiamiento Presupuestario.

Provoca baja de los salarios reales, deteriora la competitividad, induce una sustitución del capital de trabajo que genera desempleo y gastos de paro, alimenta la inflación y excluye el ahorro.



## 2.- Retraso de la edad media de jubilación.

Enfrenta fuertes resistencias políticas, sociales y económicas, supone un cambio de mentalidad de empleadores y trabajadores y requiere la creación de un mercado laboral para mayores de sesenta años.

## 3.- Reducción del valor relativo de las pensiones pagadas.

Se traduce en un deterioro de la situación de los pensionados y la reducción sólo se lograría con mejoras salariales o convencionales que permitieran configurar complementos de segundo y tercer pilar.

Para no transferir la carga financiera del envejecimiento a las generaciones futuras, los Estados deberán favorecer el ahorro a largo plazo destinado a las pensiones, reforzar los mercados financieros, asegurar un financiamiento no inflacionista de la economía, bajar los intereses reales, favorecer la inversión, la competitividad y el empleo.

Casi todos los Estados europeos han tomado medidas para estimular la jubilación por capitalización, en Holanda, Suiza e Inglaterra los activos de los fondos de pensiones representan entre el 50 y el 80% del PIB.

Las actividades a desarrollar serían:

- Reforzar los sistemas de reparto para asegurar su viabilidad a largo plazo evitando un considerable aumento de las cotizaciones.
- Favorecer la constitución del ahorro para la jubilación.
- Definir un marco reglamentario y fiscal para la acumulación del ahorro a largo plazo (competitividad y prudencia).
- Armonizar legislaciones con países del área económica.

## **PROBLEMAS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES**

El Estado no cotizó el 1,5% prometido; sólo se recaudaba el 4,5%,

El decreto 3041 de 1966 en su artículo 33 expresó que los primeros cinco años de vigencia de este seguro la cotización sería del 6% (3% patronal, 1,5% estatal y 1,5% los trabajadores), que el sexto año subiría al 9%, el año 11 al 12%, el año 16 al 15%, el año 21 al 18% y el año 26 al 22% donde se estabilizaría.

Por decreto 1036 de 1972 se aplazó el aumento del porcentaje al 9%.

Se comenzaron a pagar pensiones antes de la terminación del período de carencia fijado en diez años.

El Estado reconoció que no participaría al aumentar la cotización a un supuesto 8% que en realidad era el 6% del que 4% era sufragado por los empleadores y 2% por los trabajadores porque el 2% estatal no apareció.

Finalmente se legisló en forma bipartita (sin el Estado) y se expresó en la ley que el sistema era de reparto simple. Los otros riesgos se vieron afectados por la falta de cotización estatal, por lo que año a año se encontraban en déficit.

1971 Fondo de Solidaridad y Compensación: doce por ciento de sus ingresos.

La forma y cuantía de pago de las pensiones así como la desestabilización de la economía del país con inflaciones mucho más altas que las calculadas en 1966 permitieron que la capitalización fuera alta y el ISS tuviera unas reservas importantes para el pago de pensiones.

*Ataques internos:*

La limitada libertad a las inversiones que no permitieron que se tuviera un sano crecimiento por sus ingresos financieros y los continuos desfalcos a las arcas del Instituto, y préstamos ordenados por el Gobierno Nacional.

*Ataques externos:* Como los legislativos y judiciales.

El Estado reconoce que el sistema no es tripartito.

El Estado abandona el sistema de Prima Media para pensiones y acoge el de Reparto Simple, se aumentaron los beneficiarios de pensiones, y se aumentaron las semanas de licencia de maternidad de 8 a 12 sin aumentar las cotizaciones de salud.

Se crearon pensiones por aportes sin tener calculada su financiación y a cargo de la última entidad a la que se hubiera estado vinculado.

La Corte constitucional ordena el pago inmediato de las pensiones por aportes, que debían comenzar a reconocerse en 1998.

Otro ataque directo también de la Ley 71 de 1988 que estableció la pensión por aportes fue el que dijo que las pensiones no podrían ser inferiores al salario mínimo obligando

en especial al rubro de ATEP a incrementar el pago de las pensiones por invalidez permanente parcial.

El afiliado abusó con el “comercio pensional” y del aumento salarial durante los últimos dos años de cotización

*También tuvo ataques de su propia filosofía, su relación directa con el contrato de trabajo no permitió, gracias también a la situación económica nacional, que la cobertura se ampliara a otro tipo de trabajadores y que aún permitiéndolo luego la legislación, éstos no acudieran por falta de capacidad económica.*

Otra situación que afectó las reservas fue el cambio justo de la forma de aumentar las pensiones anualmente con el fin de que no perdieran capacidad adquisitiva.

Ejemplo 1.

Año	Salario Mínimo	% aumento	Aumento	Valor en \$	Suma fija	Pensión	SM	Aumento con SM
1980	\$4.500,00					\$90.000,00	20,00	
1981	\$5.700,00	30,0%	15,00%	\$13.500,00	\$600,00	\$104.100,00	18,26	\$117.000,00
1982	\$7.410,00	25,0%	12,50%	\$13.012,50	\$855,00	\$117.967,50	15,92	\$146.250,00
1983	\$9.261,00	22,0%	11,00%	\$12.967,42	\$925,50	\$131.869,42	14,24	\$178.425,00
1984	\$11.298,00	20,0%	10,00%	\$13.186,94	\$1.018,50	\$146.074,87	12,93	\$214.110,00
1985	\$13.557,60	24,0%	12,00%	\$17.528,98	\$1.129,80	\$164.733,65	12,15	\$265.496,40
1986	\$16.811,40	24,0%	12,00%	\$19.768,04	\$1.626,90	\$186.128,59	11,07	\$204.269,73
1987	\$20.509,80	22,0%	11,00%	\$20.474,14	\$1.849,20	208.451,93	10,16	\$249.209,07
1988	25.637,40	25,0%	12,50%	\$26.056,49	\$2.563,80	\$237.072,23	9,25	\$311.511,34
1989	\$32.559,60	27,0%	13,50%	\$32.004,75	\$3.461,10	\$272.538,08	8,37	\$395.619,40
1990	\$41.025,00	26,0%	13,00%	\$35.429,95	\$4.232,70	\$312.200,73	7,61	\$498.480,44

1991	\$51.720,00	26,0%	13,00%	\$40.586,09	\$5.347,50	\$358.134,32	6,92	\$628.085,35
1992	\$65.190,00	26,0%	13,00%	\$46.557,46	\$6.735,00	\$411.426,78	6,31	\$791.387,54
1993	\$81.510,00	25,0%	12,50%	\$51.428,35	\$8.160,00	\$471.015,13	5,78	\$989.234,43
1994	\$98.700,00	21,0%	10,50%	\$49.456,59	\$8.595,00	\$529.066,72	5,36	\$1'196.973,66
1995	\$118.933,50	20,0%	10,00%	\$52.906,67	\$10.116,75	\$592.090,14	4,98	\$1'436.368,39
1996	\$142.125,00	19,5%	9,75%	\$57.728,79	\$11.595,75	\$661.414,68	4,65	\$1'716.460,23

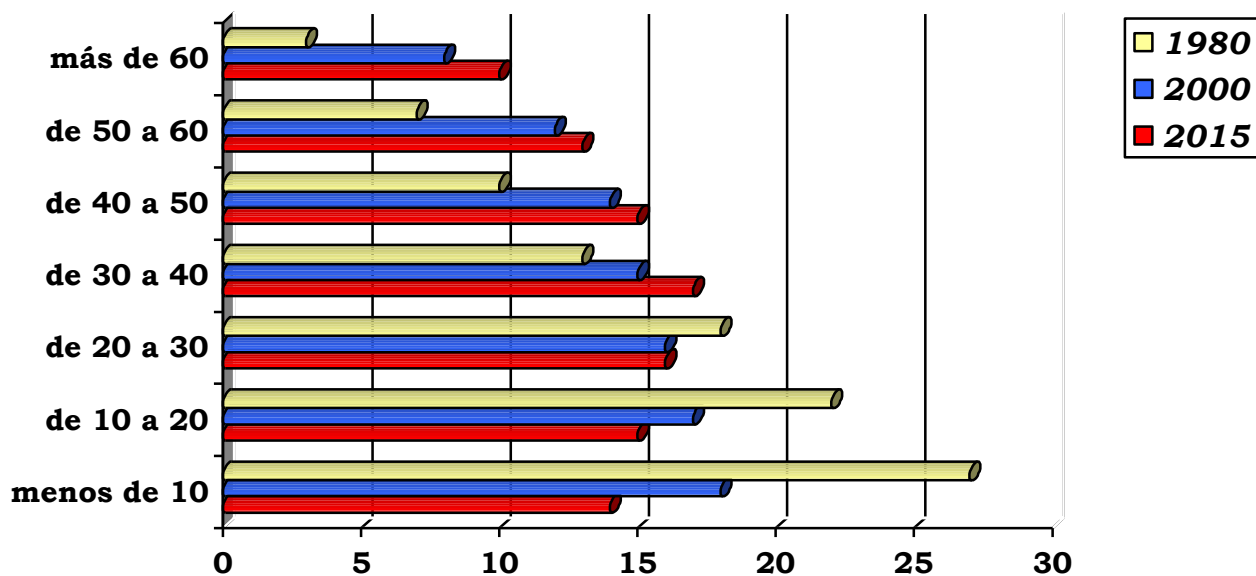
Ejemplo 2.

Año	Salario Mínimo	% aumento	Aumenta	Valor en \$	Suma fija	Pensión	SM	Aumento con SM
1980	\$4.500,00					\$18.000,00	4,00	
1981	\$5.700,00	30,0%	15,00%	\$13.500,00	\$600,00	\$21.300,00	3,74	\$23.400,00
1982	\$7.410,00	25,0%	12,50%	\$13.012,50	\$855,00	\$24.817,50	3,35	\$29.250,00
1983	\$9.261,00	22,0%	11,00%	\$12.967,42	\$925,50	\$28.472,93	3,07	\$35.685,00
1984	\$11.298,00	20,0%	10,00%	\$13.186,94	\$1.018,50	\$32.338,72	2,86	\$42.822,00
1985	\$13.557,60	24,0%	12,00%	\$17.528,98	\$1.129,80	\$37.349,16	2,75	\$46.312,96
1986	\$16.811,40	24,0%	12,00%	\$19.768,04	\$1.626,90	\$43.457,96	2,59	\$53.099,28
1987	\$20.509,80	22,0%	11,00%	\$20.474,14	\$1.849,20	\$50.087,54	2,44	\$56.501,81
1988	25.637,40	25,0%	12,50%	\$26.056,49	\$2.563,80	\$58.912,28	2,30	\$70.627,27
1989	\$32.559,60	27,0%	13,50%	\$32.004,75	\$3.461,10	\$70.326,54	2,16	\$89.696,63
1990	\$41.025,00	26,0%	13,00%	\$35.429,95	\$4.232,70	\$83.701,69	2,04	\$113.017,75
1991	\$51.720,00	26,0%	13,00%	\$40.586,	\$5.347,5	\$99.930,4	1,93	\$142.402,

1	0	%	%	09	0	1		37
1992	\$65.190,00	26,0%	13,00%	\$46.557,46	\$6.735,00	\$119.656,36	1,84	\$179.426,99
1993	\$81.510,00	25,0%	12,50%	\$51.428,35	\$8.160,00	\$142.773,41	1,75	\$224.283,73
1994	\$98.700,00	21,0%	10,50%	\$49.456,59	\$8.595,00	\$166.359,62	1,69	\$271.383,32
1995	\$118.933,50	20,0%	10,00%	\$52.906,67	\$10.116,75	\$193.112,33	1,62	\$325.659,98
1996	\$142.125,00	19,5%	9,75%	\$57.728,79	\$11.595,75	\$223.536,53	1,57	\$389.163,68

En general, los problemas en materia de pensiones, no sólo del ISS sino del Sistema existente eran:

- Baja cobertura,
- Multiplicidad de Regímenes con pésima financiación y en ocasiones con ninguna financiación,
- *Cambio del perfil poblacional, e*
- Infidelidad al sistema.



## **ANTECEDENTES DE LA LEY 100 DE 1993**

La base de la reforma fue económica.

Por los hechos anteriormente vistos, la seguridad social en Colombia se encontraba en crisis y era necesario hacerle reformas urgentes.

La Constitución, a través de sus artículos 48 y 336, es el antecedente más importante.

La Carta cataloga la seguridad social como un servicio público que debe ser regulado por el Estado y *prestado por él o por los particulares* de manera descentralizada, desmonopolizada y con intervención en su control de la comunidad beneficiada.

Ponencia para incluir el derecho a la seguridad social en la Constitución:

*“Es necesario consagrar el derecho irrenunciable a la seguridad Social por ser un elemento indispensable para posibilitar condiciones de vida más dignas”.*

La concepción del Estado varía con la Constitución actual: se pasa del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho, al menos filosóficamente.

### **ESTADO DE DERECHO:**

- ♦ Modelo de participación de opinión y de sometimiento tanto del gobernante como del gobernado a la ley.
- ♦ Se funda en los principios de libertad igualdad y seguridad jurídica.
- ♦ Requiere una declaración de derechos, garantías y libertades, así como de deberes del individuo, una norma superior que las consagre, y un poder público organizado en ramas.
- ♦ Primero el Estado, después el individuo.

### **ESTADO SOCIAL DE DERECHO:**

- ♦ Incorpora el principio de la solidaridad.
- ♦ El Estado y la sociedad adquieren deberes frente a los ciudadanos quienes requieren protección para la dignificación de sus existencias.
- ♦ Está al servicio del individuo.

Art. 48 CN:

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.

<i>Eficiencia:</i>	Mejor utilización social y económica de los recursos financieros, técnicos y administrativos para que los beneficios sean adecuados, oportunos y suficientes.
<i>Universalidad:</i>	Cubrimiento a todas las personas, sin discriminación.
<i>Solidaridad:</i>	Mutua ayuda.

Art. 336 Servicio público: Puede ser prestado por los particulares. El que preste el Estado que no demuestre ser eficiente puede ser cedido.

Antecedentes Legislativos:

- La Ley 10 de 1990 sobre reformas institucionales y financieras al sector de la salud. (Descentralización, Creación de fondos seccionales y locales y no ejecución por parte de Minsalud, sólo vigilancia y evaluación).
- La reestructuración del ISS, de Cajanal, del Ministerio y la Superintendencia de Salud mediante los Decretos 2147, 2148, 2164 y 2165 de 1992,
- El régimen de transferencia de recursos y distribución de competencias a los entes territoriales fijado en la Ley 60 de 1993 permiten el desarrollo del sistema.

Proyecto original 1990.

- Complementario a la Ley 50 de 1990.
- Incompleto, sólo pensiones a cargo de las Administradoras de Fondos.
- Problemas respecto de "Servicio Público".
- Suspendido durante 1991 por cierre del Congreso.

Proyecto 115 original (1992) Críticas

- Sólo pensional.
- Insolidario
- Buscaba "marchitar" el ISS
- Concentración de ingreso y propiedad por parte de los grupos dueños de los fondos.

- Se considera riesgoso el amparo de Fogafín.
- Polémica sobre aumento del requisito de la edad a 65 años y del tiempo de servicios a 1500 semanas (30 años).
- La invalidez sería calificada por la aseguradora que amparaba el riesgo.
- Disminución de beneficiarios.
- Seguro de desempleo con base en el 12,5% de los ingresos de las Cajas de Compensación.

El proyecto revisado se presenta nuevamente en 1993 y es aprobado bajo el N° 100, complementado con el tema de la salud y el de los riesgos profesionales para tratar la seguridad como algo integral.

## OBJETIVO

- ♦ Brindar protección a todos los habitantes del país y no sólo a aquellos que se encuentren vinculados mediante una relación de trabajo,
- ♦ frente a las contingencias que podrían significarles un menoscabo económico,
- ♦ por medio de la garantía de las prestaciones y
- ♦ la garantía de la ampliación de la cobertura,
- ♦ respetando los derechos adquiridos en materia de pensiones
- ♦ y la garantía de la financiación del sistema,
- ♦ prestándose servicios más equitativos y de mayor calidad,
- ♦ en los que participa la empresa privada.
- ♦ Además, (repite) garantizando la financiación del sistema, es decir, lograr el capital necesario para atender efectivamente los pagos prometidos.

## PRINCIPIOS

- Eficiencia (mejor utilización de los recursos).
- Universalidad (a todas las personas).
- Solidaridad (mutua ayuda entre personas, generaciones, sectores económicos, comunidades, etc.).
- Integralidad (cobertura de las contingencias que afectan la salud y la capacidad económica).
- Unidad (de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones).
- Participación (de la comunidad en la organización, control, gestión y fiscalización).



Exclusión: El sistema no cubre a:

- los miembros de las Fuerzas Militares,
- al personal civil del Ministerio de Defensa,
- los miembros de la Policía Nacional,
- los miembros no remunerados de las corporaciones públicas,
- los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio (Ley 91 de 1989),
- las empresas que estén en concordato en cuyo acuerdo se hayan pactado sistemas especiales de protección de las pensiones.
- a los empleados y pensionados de Ecopetrol (se obligaron a pagar el 1% adicional al Fondo de Solidaridad Pensional).

### **Ley 797 de 2003**

Ley por la cual se define el sistema de Protección social, se prevén algunos programas contra el riesgo de desempleo, se reforman algunas disposiciones del sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales.

El espíritu que anima las acciones del Gobierno Nacional, que asumió unos compromisos contenidos en el Manifiesto Democrático puesto a consideración de los colombianos por el Presidente Alvaro Uribe Vélez, está inspirado en el propósito de lograr un estado comunitario que dedique sus recursos a erradicar la pobreza, a construir equidad y confianza, ampliar y mejorar la seguridad social y la justicia social. En ese marco, las iniciativas de transformación propuestas por el Jefe de estado y apoyadas por un gran número de colombianos, responden a la necesidad de construir esquemas sociales solidarios, financieramente viables y sostenibles en el tiempo, y equitativos para todos los ciudadanos.

Cuando se habla del régimen de pensiones se debe entender que alude al conjunto normativo integrado tanto por la ley 100 de 1993 como la ley 797 de 2003.

### **PREAMBULO**

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

## 7.8. SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

### ORGANIZACIÓN:

#### 7.8.1. ENTIDADES DE DIRECCIÓN Y CONTROL

##### 7.8.1.1. MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Formula, adopta, dirige y coordina las políticas de empleo, trabajo, previsión y seguridad social; para tales efectos cuenta con las siguientes dependencias:

- Dirección técnica de seguridad social
- Subdirección de prestaciones económicas
- División de asuntos sociales.

##### 7.8.1.2. SUPERINTENDENCIA BANCARIA

Organismo adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.  
Supervisa las actividades de las entidades sometidas a su control.

### 7.9. ENTIDADES VIGILADAS:

Establecimientos bancarios	Corporaciones financieras	Corporaciones de ahorro y vivienda
Compañías de financiamiento comercial	Sociedades fiduciarias	Almacenes generales de depósito
Organismos cooperativos	Sociedades administradoras de fondos de pensiones	Cajas y fondos administradoras del régimen de prima media
Findeter	Compañías de seguros	Sociedades de reaseguro
Sociedades de capitalización	Sociedades sin ánimo de lucro dedicadas a ATEP	Corredores de seguros y reaseguros
Agencias colocadoras de seguros	Oficinas de bancos y reaseguradores del exterior	Banco de la República
Fogafín	Fonade	Casas de cambio

Cuenta con una delegatura para entidades administradoras de pensiones y cesantías y sus funciones dentro del sistema son:

- Aprueba u objeta el funcionamiento de las entidades.
- Autoriza la apertura y cierre de sucursales
- Aprueba ramos, pólizas y tarifas.
- Controla, vigila y supervisa el funcionamiento de las entidades.
- Certifica y publicita tasas y estados financieros.
- Sanciona.

### **7.9.1 FOGAFÍN**

Persona jurídica autónoma de derecho público vigilada por la Superbancaria.

Preserva el equilibrio y la equidad económica impidiendo injustificados beneficios económicos de accionistas y administradores causantes de perjuicios a las instituciones financieras.

Fortalece el patrimonio de las sociedades inscritas, participa transitoriamente en su capital, procura su liquidez, organiza y desarrolla el seguro de depósito, adelanta los procesos liquidatorios resultantes de las sanciones de la Superbancaria, y asume temporalmente la administración de las instituciones financieras con el fin de lograr su recuperación económica.

## **8. ENTIDADES DE ADMINISTRACIÓN**

### **8.1. RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.**

El régimen de prima media con prestación definida es administrado por el I.S.S. También lo pueden administrar las cajas, fondos o entidades de la seguridad social del sector público o privado respecto de sus afiliados mientras subsistan, pudiendo éstos, acogerse al I.S.S. o a las Administradoras de Fondos.

Estas administradoras podrán:

1. Verificar la exactitud de las cotizaciones.
2. Investigar por hechos generadores no declarados.
3. Citar a los empleadores para que rindan informes.
4. Ordenar la exhibición y examen de libros, comprobantes y documentos del empleador y realizar las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de las obligaciones.

#### **8.1.1. CARACTERÍSTICAS:**

- Sus reservas se administrarán por contrato de fiducia con entidades del sector financiero especializado o en Títulos de la Nación.

- Buscarán la rentabilidad que ordene el Gobierno Nacional.
- Si no se logra se colocarán en cuenta de la Tesorería General para garantizar una rentabilidad que preserve su poder adquisitivo.
- Podrán cobrar coactivamente sus créditos.

## **8.2. RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**

### **8.2.1. SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES.**

Pueden promover su creación y ser socias:

- a.- Las sociedades que administren los fondos de cesantía.
- b.- Las entidades de derecho público de cualquier nivel territorial.
- c.- Las entidades del sector solidario cooperativas, organizaciones sindicales, fondos mutuos de inversión, bancos cooperativos, fondos de empleados y cajas de compensación familiar).

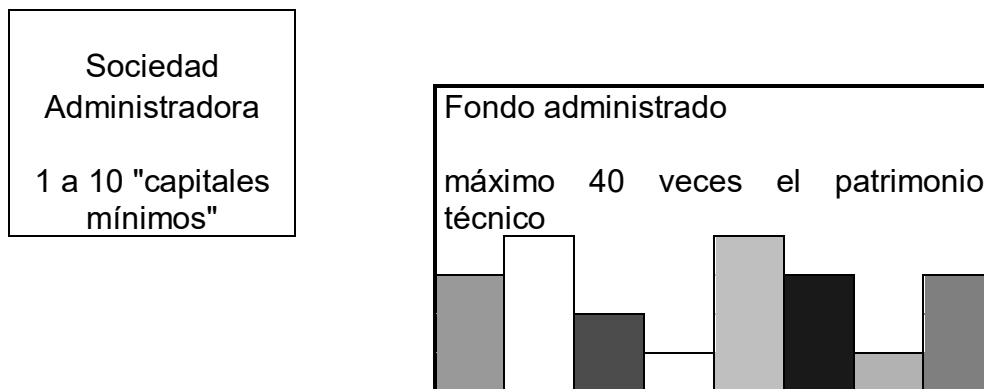
#### **8.2.1.1. CONSTITUCIÓN DE LAS SAFFP: (Requisitos)**

- Deben constituirse bajo la forma de Sociedad Anónima.
- Disponer de un patrimonio igual al 50% del exigido a una corporación financiera para respaldar exclusivamente el desarrollo del negocio de administración de fondos de pensiones.
- Desde su constitución y por 5 años debe ofrecer públicamente hasta el 20% de sus acciones al sector solidario.
- Disponer de la capacidad humana y técnica especializada suficiente.

Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones
BBVA Horizonte
Colfondos
Santander
Porvenir
Protección
Skandia

## **CAPITAL:**

El mínimo visto es de aproximadamente tres mil quinientos millones de pesos (\$ 3.500'000.000<sup>00</sup>). No pueden tener un capital superior a diez (10) veces ese monto mínimo. No pueden administrar más de cuarenta (40) veces su patrimonio técnico.



## **INFRAESTRUCTURA TÉCNICA:**

Deben contar con sistemas básicos de información:

- Sistema de gestión contable.
- Sistema de valoración diaria del portafolio de inversiones de los fondos y de la administradora.
- Sistema de manejo de afiliados y beneficiarios (Recaudo de aportes, manejo de comisiones, bonos pensionales, traslados, retiros).
- Sistema para el manejo de pensiones.
- sistema para el manejo de información histórica.

## **INFRAESTRUCTURA ADMINISTRATIVA:**

Deben contar con una gerencia general y las siguientes áreas:

- Comercial

- Operativa
- Financiera
- Técnica
- Jurídica
- Control interno, y
- Administrativa.

### **DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:**

De acuerdo con lo fijado en el estatuto financiero (Ley45/90), pero en las juntas directivas tendrán asiento con voz, dos (2) representantes de los afiliados.

### **OBLIGACIONES DE LAS SAFF:**

- Mantener los activos y pasivos de los fondos que administren, separados de los demás activos de su propiedad.
- Conservar y mantener actualizada la información y documentación relativa a las operaciones de los fondos y a los afiliados.
- Enviar trimestralmente extractos de las sumas depositadas y sus intereses.
- Invertir los recursos en las condiciones que establezca el gobierno nacional a través de la Superbancaria.
- Abonar los rendimientos del fondo a las cuentas individuales.
- Garantizar una rentabilidad mínima. La determina el Gobierno Nacional. Si no se cubre, deberá responder con sus propios recursos (Reserva de estabilización de rendimientos).
- Adelantar acciones de cobro por cotizaciones atrasadas.
- Devolver los saldos.

### **INVERSIÓN:**

Hasta el 50% de los recursos del fondo podrán invertirse en títulos de deuda pública. Se seguirán los parámetros establecidos por el gobierno a través de la Superintendencia bancaria.

### **COMISIONES:**

Son ingresos de las SAFF:

- Sobre aportes obligatorios.

- Administración sobre aportes voluntarios.
- Administración de ahorros de personas que se encuentren cesantes (3 meses).
- Administración de pensiones bajo la modalidad de retiro programado, y
- De traslado.

### **RÉGIMEN DE LAS AFP:**

Garantizan a sus afiliados las siguientes prestaciones económicas:

- a.- Pensión de Vejez;
- b.- Pensión de Invalidez;
- c.- Pensión de sobrevivientes, y
- d.- Auxilio funerario.

## **9. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA PENSIONAL**

Su vigencia comenzó el 1° de abril de 1994.

### **CARACTERÍSTICAS:**

- Proporcionalidad entre aportes y beneficios.
- Cotizaciones obligatorias
- No hay fondo común sino cuentas individuales.
- Cotizaciones voluntarias a la misma cuenta.
- Libertad de elección del fondo y la aseguradora.

### **AFILIACIÓN:**

#### *Obligatoria*

Contrato de Trabajo  
Servidores públicos

#### *Voluntaria*

Trabajadores independientes  
Todos los residentes en el país y colombianos residentes en el exterior.  
Extranjeros vinculados por contrato de trabajo no cubiertos por un régimen de pensiones en el exterior.

## **COTIZACIÓN:**

Los trabajadores particulares cotizan sobre el salario ordinario mensual o el 70% del salario integral.

Los trabajadores independientes declaran sus ingresos.

*Empleados oficiales:*

- Asignación básica
- Gastos de representación
- Prima técnica cuando sea factor del salario
- Primas de antigüedad, ascensional y de capacitación, cuando sean parte del salario
- Remuneración por dominicales y festivos
- Remuneración por horas extras y jornada nocturna, y
- Bonificación por servicios prestados.

## **9.1. REGÍMENES DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES**

El Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber:

- a.) Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.
- b.) Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

El primero, permite a los afiliados o sus beneficiarios, obtener pensiones de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, cuando se cumplen los requisitos establecidos.

El segundo, consiste en la administración de recursos públicos y privados destinados al pago de pensiones de vejez, invalidez y de sobrevivientes, en el que los beneficios y la cuantía de las pensiones depende de los aportes individuales.

### **9.1.1. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES**

- a.) La afiliación es obligatoria salvo lo previsto para los trabajadores independientes;
- b.) La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.



- El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones estipuladas.
- c.) Los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes.
  - d.) La afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen.
  - e.) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el Gobierno Nacional;
  - f.) 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.
  - g.) Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos;
  - h.) En desarrollo del principio de solidaridad, los dos regímenes previstos garantizan a sus afiliados el reconocimiento y el pago de una pensión mínima;
  - i.) Existirá un fondo de Solidaridad Pensional destinado a ampliar la cobertura mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, tales como campesinos, indígenas, trabajadores independientes, artistas, deportistas y madres comunitarias;
  - j.) Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez;
  - k.) Las entidades administradoras de cada uno de los regímenes del Sistema General de Pensiones estarán sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

## **9.2. REAJUSTE DE PENSIONES**

Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno.

### **9.3. AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES**

Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

En forma obligatoria:

Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo excepciones previstas. Así mismo, los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegibles para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

Los trabajadores independientes y en general todas las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados en el exterior, que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos.

Los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o de cualquier otro.

### **9.4. INCOMPATIBILIDAD DE REGÍMENES**

Ninguna persona podrá distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos Regímenes del Sistema General de Pensiones.

Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la facultad de los afiliados para contratar o ser partícipes en planes de pensiones complementarios dentro o fuera del Sistema General de Pensiones.

El Gobierno Nacional reglamentará, la integración y funciones de una comisión permanente de trabajadores, empleadores y pensionados, para analizar las fallas en la prestación del servicio administrativo de seguridad social, para que con un enfoque de rentabilidad social mantenga el objetivo básico de redistribución de la riqueza.

La razón de ser de esto se halla en la incompatibilidad que se estableció entre los dos regímenes que se crearon. Pero en uno y otro pueden contratarse planes de pensiones complementarios, los que han tenido existencia desde antes de la ley 100, y tienen como finalidad proporcionar un ingreso mayor al pensionado.

La reglamentación, se llevó a cabo mediante el Decreto 692 de 1994.

## **9.5. COTIZACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES**

Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los Regímenes del Sistema General de Pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquellos devenguen.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

o anterior será sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad.

La cotización fue definida por el acuerdo 044 de 1988 como “el porcentaje del salario total del trabajador con que deben contribuir patronos y trabajadores para financiar un determinado seguro”.

Se contempla así mismo, la intervención de la población directamente vinculada con la seguridad social a través de una comisión con el objeto de analizar las fallas que se observen en el sistema en cumplimiento del principio general de la participación.

Las cotizaciones deben hacerse hasta que se reúnan requisitos para adquirir la pensión de vejez, o qué pasa entonces con las que se efectúen después de que se cumplan aquellos? La Ley autoriza a cotizar hasta por cinco años adicionales para aumentar el monto de su pensión, al afiliado, en el régimen de prima media con prestación definida. En el de ahorro individual puede seguir cotizando mientras dure la vinculación y hasta que llegue a la edad de pensión. La cotización esta a cargo de empleador y empleado. .

## **9.6. BASE DE COTIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES DEPENDIENTES DE LOS SECTORES PRIVADO Y PUBLICO**

La base para calcular las cotizaciones a que se hace referencia, será el salario mensual.

El salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

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

El límite base de cotización será de 25 salarios mínimos mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen más de 25 salarios la ase será reglamentada por el gobierno nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos para garantizar pensiones hasta de 25 S.M.L.V.

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

En aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario devengado de cada uno de ellos, y dichos salarios se acumularán para todos los efectos de la Ley.

El CST. establece en el artículo 127 que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio sea cualquiera la forma o denominación que se adopte como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor de trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Con respecto al salario mensual de los servidores públicos dispone la ley en su artículo 3°. Que su sistema salarial se integra por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.

Compagina también la norma con lo establecido en la Ley 50 de 1990 sobre salario integral como quiera que en ella se dispuso que cuando el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías, y sus intereses, subsidios y suministros en especie, y, en general, las que se incluyen en dicha estipulación, excepto las vacaciones.

## **9.7. BASE DE COTIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES**

Los afiliados al sistema que no estén vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, cotizarán sobre los ingresos que declaren ante la entidad a la cual se afilien, y serán responsables por la totalidad de la cotización.

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

Los afiliados a los cuáles nos referimos, podrán autorizar a quien realice a su favor pagos o abonos en cuenta, para que efectúe la retención de la cotización y haga los traslados correspondientes.

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

Hay que distinguir entre los trabajadores independientes con recursos económicos y los que no los poseen, pues estos deben ser subsidiados con recursos provenientes del Fondo de Solidaridad Pensional.

No debemos olvidar que una de las finalidades de la ley es la Universalidad.

## **9.8. MONTO DE LAS COTIZACIONES**

La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.

En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas APRA tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinara a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al fondo de garantía de pensión mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad y el 3% restante se destinara a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

A partir del 1º de enero del año 2004 la cotización se incrementará en un uno por ciento sobre el ingreso base de cotización. Adicionalmente, a partir del 1º de enero de año 2005 la cotización se incrementará en medio por ciento y otro medio punto en el 2006. a partir del 1º de enero de 2008, el Gobierno Nacional podrá incrementar en un punto adicional la cotización por una sola vez, siempre y cuando el crecimiento del producto interno bruto sea igual o superior al 4% en promedio durante los dos años anteriores.

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

En ningún caso en el régimen de prima media se podrán utilizar recursos de las reservas de la pensión de vejez, para gastos administrativos u otros fines.

Los afiliados que tengan ingreso mensual igual o superior a 4 salarios mínimos mensuales, tendrán a su cargo un aporte adicional de un uno por ciento, sobre el ingreso base de cotización, destinado al fondo de solidaridad pensional.

### **9.8.1. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN.**

Se entiende por ingreso base para liquidar el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto anteriormente, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

El Decreto 692 de 1994, especifica que el número de semanas que se toma como base deben ser las “efectivamente cotizadas”, aclaración que se entiende si tenemos en cuenta que antes de la Ley 100, el I.S.S. relacionaba todas las semanas que debieron cotizarse, y no se cotizaron por darse la mora en el aporte.

Se dan dos opciones para liquidar la pensión, a saber: promedio de salarios o rentas sobre los cuales cotizó los últimos 10 años o el promedio de los ingresos base de toda la vida laboral del trabajador, dando la opción de tomar el más beneficioso al trabajador.

En este régimen se sabe a ciencia cierta cuál será la pensión que se va a tener, pues se sabe en condiciones normales a que porcentaje del ingreso base, se va a llegar tomando el promedio de los 10 últimos años de cotizaciones. Así las cosas, una persona sabe que si toma el promedio de ingreso base de cotización indexado, porque el porcentaje que corresponde con el número de cotizaciones que lleve, será el valor de su pensión. Se conoce, en consecuencia, cuáles son los mecanismos de determinación del valor de su pensión.

Se escogieron 10 años para promediar y no dos, como estaba en el Seguro Social porque 10 años es lo representativo de un promedio, no así dos años. Además se toma el promedio económico año por año, o sea cada uno de los salarios que devengaba la

persona en los 10 años inmediatamente anteriores, simplemente se actualiza con el índice de precios al consumidor, y eso le va a dar una suma que verdaderamente representa un promedio real de lo que le ha costado a él aportar, porque el problema grave que se presentaba, es que muchas veces se aportaba sobre una base muy baja durante casi toda la vida de aportes y solo se incrementaba en los dos últimos años, que era los que se consideraban lo que le implicaba al Seguro Social pagar pensiones sobre bases aumentadas, con el consecuente.

### **9.8.2 OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR**

El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos fijados.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

El plazo para el pago de cotizaciones fue determinado por el Decreto 692 que determina los 10 primeros días del mes siguiente a aquel objeto de las cotizaciones. Dicho plazo es el mismo previsto para la consignación de los aportes.

El I.S.S. fijó las fechas para consignar según los últimos dígitos de la Cédula o Nit del empleador.

### **9.8.3 SANCION MORATORIA**

Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según el caso..

Los ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

En todas las entidades del sector público será obligatorio incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal a la Seguridad Social, como requisitos para la presentación, trámite y estudio por parte de la autoridad correspondiente.

La norma prevé el pago oportuno de los aportes en el sector público, ello para que el sistema no se aparte de los lineamientos financieros presupuestados al concebir y elaborar la ley, para obtener tal efecto se impone como causal de mala conducta el no disponer oportunamente la consignación de los aportes.

#### **9.8.4. ACCIONES DE COBRO**

Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación existente. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.

#### **9.9. FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL**

Se ha creado este Fondo de Solidaridad Pensional, como una cuenta especial de la Nación, sin Personería Jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyos recursos serán administrados en fiducía por las sociedades fiduciarias de naturaleza pública y preferencialmente por las sociedades fiduciarias del sector social solidario, o por las administradoras de fondos de pensiones y/o cesantía del sector social solidario, las cuales quedan autorizadas.

El fondo de Solidaridad Pensional contará con un consejo asesor integrado por representantes de los gremios de la producción, las centrales obreras y la confederación de pensionados, de conformidad con la reglamentación existente. Este consejo deberá ser oído previamente, sin carácter vinculante, por el Consejo Nacional de Política Social para la determinación del plan anual de extensión de cobertura.

Este fondo tiene por objeto 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, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción, de conformidad de producción.

La Administración del Fondo, su funcionamiento y la destinación de sus recursos, además de lo prescrito, está sujeto a la reglamentación de los Decretos 1127 de 1994 y 305 de 1995.



Las entidades administradoras del fondo de solidaridad pensional deben disponer de una infraestructura operativa y técnica adecuada y suficiente para cumplir con la administración apropiada de los recursos y contar con un sistema de información permanente de los beneficiarios, servicios y personal capacitado en las oficinas de la sociedad administradora o en las redes de establecimientos de crédito que contraten.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, podrá elegir de las entidades autorizadas que le presenten propuestas, mediante el proceso de licitación.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 30 de enero de 1997. C.P. Dr. Luis Camilo Osorio Isaza.

La fuentes de recursos del fondo de seguridad pensional son así:

El 50% de la cotización adicional del 1% sobre la base de cotización, a cargo de los afiliados al sistema general de pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a 4 smlv.

Los recursos que aporten las entidades territoriales para planes de extensión de cobertura en sus respectivos territorios, o de agremiaciones o federaciones para sus afiliados.

Las donaciones que reciba, los rendimientos financieros de sus recursos, y en general los demás recursos que reciba a cualquier título.

Las multas a que se refieren los arts. 111 y 271 de la ley 100 de 1993.

Se creo la cuenta de subsistencia, destinada a al protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema, mediante subsidio económico.

Además de lo anterior, el Fondo tendrá una “sub cuenta de solidaridad” cuya finalidad es la misma de la ley 100 había señalado como objeto del fondo, es decir, para subsidiar los aportes al sistema de pensiones de las personas que carezcan de los recursos suficientes para efectuar la totalidad de los mismos, tal como lo señala el art. 26 de la ley 100 que conserva su texto original.

En el art. 6º de la ley 797 señala que las personas subsidiadas temporalmente en sus aportes “deberán cubrir la diferencia entre la totalidad del aporte y el subsidio recibido.”

El artículo 8º precisa en el párrafo 1º los requisitos para ser beneficiario de subsidio a los aportes: los afiliados al ISS deben ser mayores de 55 años y los afiliados a los fondos de pensiones deben ser mayores de 58 años y carecer de capital suficiente APRA financiar la pensión mínima.

### **9.9.1. OBJETO DEL FONDO**

El Fondo de Solidaridad Pensional tiene por objeto subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural o urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte.

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

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

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

No podrán ser beneficiarios de este subsidio los trabajadores que tengan una cuenta de ahorro pensional voluntario, ni aquellos a quienes se les compruebe que pueden pagar la totalidad del aporte.

### **9.9.2.RECURSOS**

El Fondo de Solidaridad Pensional tendrá las siguientes fuentes de recursos:

- a.) La cotización adicional del 1% sobre el salario, a cargo de los afiliados al Régimen General de Pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes;
- b.) Los aportes del presupuesto nacional. Estos no podrán ser inferiores a los obtenidos anualmente por concepto de las cotizaciones adicionales y se liquidaran con base en lo reportado por el fondo en la vigencia del año inmediatamente anterior, actualizados con base en la variación del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE.
- c.) Los recursos que aporten las entidades territoriales para planes de extensión de cobertura en sus respectivos territorios o de agremiaciones o federaciones para sus afiliados;
- d.) Las donaciones que reciba, los rendimientos financieros de sus excedentes para liquidez, y en general los demás recursos que reciba a cualquier título;
- e.) Las multas también formen parte de los recursos destinados a este fondo.

### **9.9.3. PARCIALIDAD DEL SUBSIDIO**

Los subsidios serán de naturaleza temporal y parcial, de manera que el beneficiario realice un esfuerzo para el pago parcial del aporte a su cargo.

El monto del subsidio podrá ser variable por períodos y por actividad económica, teniendo en cuenta además la capacidad económica de los beneficiarios y la disponibilidad de recursos del Fondo.

El Consejo Nacional de Política Social determinará el plan anual de extensión de cobertura que deberá incluir criterios de equilibrio regional y los grupos de trabajadores beneficiarios de este subsidio, así como las condiciones de cuantía, forma de pago y pérdida del derecho al subsidio.

El subsidio que se otorgue a las madres comunitarias o trabajadoras solidarias de los hogares comunitarios del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar será mínimo el 50% de la cotización establecida.

### **9.9.4. EXIGIBILIDAD DEL SUBSIDIO**

Cuando el afiliado que haya recibido subsidios del Fondo de Solidaridad Pensional exceda de los sesenta y cinco (65) años de edad y no cumpla con los requisitos mínimos para acceder a una pensión de vejez, la entidad administradora respectiva devolverá el monto de los aportes subsidiados con los correspondientes rendimientos financieros a dicho fondo.

Las entidades administradoras deberán llevar cuentas separadas de los aportes recibidos del Fondo y establecerán los mecanismos de seguimiento de los beneficiarios.

### **9.9.5 SUBSIDIO A TRABAJADORES DEL SERVICIO DOMESTICO**

Los aportes del presupuesto Nacional tal como lo señala la Ley 11 de 1988, para el subsidio en los aportes de los trabajadores del servicio doméstico, se girarán al Fondo de Solidaridad, en cuentas separadas, para que éste traslade el subsidio correspondiente a la entidad que haya seleccionado el trabajador.

## **10. REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA**

El Régimen 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.

Sistema que venía manejando el Instituto de Seguridad Social, pero al que se le introdujeron algunas modificaciones.

### **10.1. CARACTERÍSTICAS**

- a.) Es un régimen solidario de prestación definida;
- b.) Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas.
- c.) El Estado garantiza el pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados.

## **11. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ**

- a.) Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta (60) años de edad si es hombre.
- b.) Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

Para efectos del computo de las semanas se tendrá en cuenta:

\*El número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones.

\*El tiempo de servicios como servidores públicos remunerados.

\*El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente.

\*El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

Se entenderá por semana cotizada el período de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se hará sobre el número de días cotizados en cada período; cuando el trabajador lo estime conveniente, podrá seguir trabajando y cotizando durante 5 años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso.

A partir del primero (1°) de enero del año dos mil catorce (2014) las edades para acceder a la pensión de vejez se reajustarán a cincuenta y siete (57) años si es mujer y sesenta y dos (62) años si es hombre.

En el año 2013 la Asociación Nacional de Actuarios, o la entidad que haga sus veces, o una comisión de actuar los nombrados por las varias asociaciones nacionales de actuarios si las hay, verificará, con base en los registros demográficos de la época, la evolución de la expectativa de vida de los colombianos, y en consecuencia con el resultado podrá recomendar la inaplicabilidad del aumento de la edad, lo cual dicho incremento se aplazará hasta que se establezca una nueva norma que trate sobre este punto.

El régimen de las prestaciones sociales a cargo del Seguro Social no dispuso que la tardanza del afiliado en solicitar su reconocimiento - salvo las prescripciones naturalmente - conlleva la pérdida del derecho ya adquirido, pues cumplidas la edad y la densidad de cotizaciones exigidas por los reglamentos para la pensión de vejez el beneficiario consolidaba su situación de manera que ya no podía ser desconocida por normas posteriores que eventualmente modificarán los requisitos para la causación de la prestación.

Existe el caso del no cumplimiento total de los requisitos para acceder a la pensión de vejez y por lo tanto fue creada la figura denominada Indemnización Sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido las edades mínimas exigidas para adquirir el derecho a la pensión de vejez, se retiraren definitivamente de las actividades sujetas al seguro social y no hubieren acreditado el número mínimo de semanas de cotización requeridas para que tal derecho se cause, percibirán en sustitución, por cada veinticinco (25) semanas de cotización acreditadas, una indemnización equivalente a una mensualidad de la pensión por invalidez permanente total que les hubiere correspondido en el supuesto de haberse invalidado al cumplimiento de la respectiva edad.

Para conceder esta indemnización se requiere, que no hayan transcurrido más de diez (10) años entre el período a que corresponde la última cotización acreditada y la fecha de cumplimiento de las edades para adquirir el derecho a la pensión de vejez, y que el asegurado tenga acreditadas no menos de cien (100) semanas de cotización.

Las personas que en cualquier tiempo reciban la indemnización, no podrán ser inscritas nuevamente en el seguro de vejez, invalidez y muerte. Las semanas tenidas en cuenta para efectos de la indemnización, no se computarán para la pensión de jubilación.

Es importante tener en cuenta para poder acceder a la indemnización sustitutiva el término de prescripción; La prescripción para el reconocimiento de una mesada pensional prescribe en cuatro (4) años, la acción para el reconocimiento de las demás

prestaciones y el derecho a cobrar cualquier subsidio, prestación o mesada pensional ya reconocida, prescribe en un (1) año.

Las prescripciones comenzarán a contarse a partir de la exigibilidad del respectivo derecho.

## **12. RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSION**

La pensión se reconocerá a solicitud de la parte interesada o a solicitud del empleador . Una vez reunidos los requisitos mínimos para tal efecto se debe adjuntar:

- Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía ampliada a tamaño postal.
- Registro Civil de Nacimiento, si nació después del 14 de junio de 1938.
- Partida de bautismo, si nació antes del 15 de junio de 1938.

Si se trata de la pensión especial para los Servidores Públicos que desarrollen actividades de alto riesgo en el DAS, Cuerpo de Bomberos, Rama Judicial en la Jurisdicción Penal, Ministerio Público y Unidad Administrativa especial de la Aeronáutica Civil, además se debe aportar certificación de la respectiva entidad empleadora sobre las funciones o cargo desempeñado y haberse cancelado por parte del empleador el aporte adicional establecido por la Ley.

Para el cómputo del tiempo necesario para la pensión, se tiene en cuenta el cotizado en cualquiera de los dos regímenes de pensión y el trabajado como servidor público.

## **13. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA**

Hay derecho a esta prestación cuando la persona que habiendo cumplido la edad para obtener la Pensión de Vejez, no haya cotizado el mínimo de semanas exigidas y declare su imposibilidad de seguir cotizando para el Sistema General de Pensiones.

## **14. PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ POR ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO PARA LA SALUD DEL TRABAJADOR**

Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores los trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos; trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles determinados por las normas técnicas de salud ocupacional; trabajos con exposición a radiaciones ionizantes y trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.

La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos: haber cumplido 55 años de edad y haber cotizado un mínimo de 1.000 semanas.

La edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá un (1) año por cada 60 semanas de cotización especial adicionales a las primeras 1.000 sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.

En cuanto hace referencia a la ley 797 dio pie a concluir la exclusión de regímenes de excepción, excepto las fuerzas militares.

## **15. PENSION MINIMA DE VEJEZ O JUBILACIÓN**

El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente.

## **16. REGIMEN DE TRANSICIÓN**

La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) años o más de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de dichas personas que les falta menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuera superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Lo señalado anteriormente para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco años (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Aquellas personas que al entrar en vigencia la ley 100 de 1993 hubieren cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

Para que se de el reconocimiento de la pensión de vejez, de que hablamos anteriormente se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la Ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.

## **17. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ**

Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

## **GARANTIA PENSIÓN MINIMA DE VEJEZ**

De acuerdo a lo preceptuado en la ley 797 de 2003, en cumplimiento de los artículos 53 de la Constitución Política y 14 y 35 de la ley 100 de 1993, todo afiliado tiene derecho a una pensión mínima en el evento de cumplir con los requisitos pertinentes; la ley 100 dispuso, en desarrollo del principio de solidaridad, que en tal evento el Gobierno Nacional debía completar la parte que hiciera falta hasta obtener el monto inferior de toda pensión.

Para corregir el hueco fiscal la nueva ley crea el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del régimen de ahorro Individual con Solidaridad como un patrimonio autónomo con la finalidad principal de cumplir esa garantía en el evento que los afiliados, a pesar de haber reunido los requisitos de edad y cotizaciones, no han alcanzado a generar la pensión mínima.



## **18. PENSION DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN**

### **ESTADO DE INVALIDEZ**

Se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

La Corte ha considerado que no obstante su naturaleza prestacional, el derecho a la seguridad social y en especial a la pensión de invalidez como derivado de aquel, pueda asumir en determinadas circunstancias el carácter de fundamental, dada su íntima relación con los derechos a la vida, al trabajo y a la salud.

El derecho a la pensión de invalidez es una de las formas de expresión del derecho a la seguridad social; busca compensar la situación del infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral mediante el otorgamiento de una prestación económica y de salud.

No sólo la íntima conexidad entre la pensión de invalidez y los derechos a la vida y el trabajo llevan a la Corte a afirmar su linaje de derecho fundamental. La pensión de invalidez es una especie del derecho a la seguridad social, el cual ostenta igualmente el carácter de fundamental cuando su titularidad se predica de personas de la tercera edad o de disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos (Sentencias T-427/92, T-426/92, T-011/93).

La condición de disminuido físico, sensorial o psíquico que subyace a la calificación médica de pérdida de la capacidad laboral como presupuesto del reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez, coloca a la persona afectada bajo la órbita del derecho a la igualdad y la hace acreedora de una protección especial del Estado por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta. El desconocimiento del derecho fundamental a la pensión de invalidez y a su pago oportuno puede entrañar igualmente una vulneración del derecho a la igualdad, en este caso al derecho a ser tratado de modo especial por encontrarse en una situación de desventaja frente a las demás personas. En consecuencia, no es desacertada la invocación del derecho a la igualdad por parte del accionante de tutela frente a lo que considera una omisión arbitraria de la autoridad pública que atenta contra sus derechos fundamentales.

### **18.1. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSION DE INVALIDEZ**

Tienen derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a.) Invalidez causada por enfermedad, que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la estructuración y su fidelidad de

cotización para con el sistema sea menos del 255 del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

- b.) Invalidez causada por accidente: haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.
- c.) Los menores de 20 años sólo deberán acreditar que han cotizado 26 semanas en el último año al hecho causante de la invalidez o su declaratoria.

Para la Corte es necesario reiterar que la pensión de invalidez y su equivalente, la sustitución pensional, son medidas de justicia social a favor de personas que se encuentran en condiciones de involuntaria e insufrible necesidad o, que por circunstancias de debilidad manifiesta, de carácter económico, físico o mental, requieren un tratamiento diferencial positivo y protector, con el fin de recibir un trato digno e igualitario en la comunidad.

## **18.2. MONTO DE LA PENSION DE INVALIDEZ**

El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a :

- a.) El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%;
- b.) El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación. En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.

Los criterios sobre el monto de la pensión de invalidez no sufrieron modificaciones con respecto a la norma anterior, la única novedad consiste en que se establece incompatibilidad expresa entre pensiones de origen común y profesional originadas en el mismo evento, desapareció el parágrafo 3º del artículo 48 del decreto 1295 de 1994 que establecía que el pensionado invalido que se reintegrara al trabajo perdía la pensión de invalidez.

### **18.3. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ**

El estado de invalidez será determinado con base en el manual único para la calificación de la invalidez, que deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de la capacidad laboral.

### **18.4. JUNTAS REGIONALES DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**

En las capitales de departamento y en aquellas ciudades en las cuales el volumen de afiliados así lo requiera, se conformará una comisión Interdisciplinaria que calificará en primera instancia la invalidez y determinará se origen.

Las comisiones estarán compuestas por un número impar de expertos, designados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quienes actuarán de conformidad con la reglamentación que se expida.

Los honorarios de los miembros de la comisión serán pagados por la entidad de previsión o seguridad social o la sociedad administradora a la que este afiliado el solicitante.

### **18.5. JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**

Esta integrada por un número impar de miembros designados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Esta junta, que será interdisciplinaria, tiene a su cargo la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión para las juntas regionales o seccionales respectivas.

El Gobierno reglamentará la integración, financiación y funcionamiento de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, de su secretaría técnica y de las Juntas regionales o seccionales, el procedimiento de apelación, el manual único para la calificación de la invalidez y aquellas normas necesarias para su adecuado funcionamiento.

Estos miembros de los cuáles hablamos no tienen el carácter de servidores públicos.

#### **18.5.1. REVISIÓN DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ**

El estado de invalidez podrá revisarse:

- a.) Por solicitud de la entidad de previsión o seguridad social correspondiente cada tres (3) años, con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión que disfruta su beneficiario y proceder a la extinción, disminución o aumento de la misma.

El pensionado tendrá un plazo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de dicha solicitud, para someterse a la respectiva revisión del estado de invalidez. Salvo casos de fuerza mayor, si el pensionado no se presenta o impide dicha revisión dentro de dicho plazo, se suspenderá el pago de la pensión. Transcurridos doce (12) meses contados desde la misma fecha sin que el pensionado se presente o permita el examen, la respectiva pensión prescribirá.

Para readquirir el derecho en forma posterior, el afiliado que alegue permanecer inválido deberá someterse a un nuevo dictamen. Los gastos de este nuevo dictamen serán pagados por el afiliado;

b.) Por solicitud del pensionado en cualquier tiempo y a su costa.

La norma establece una prescripción de la pensión de invalidez dentro de condiciones detalladas y precisas. Pues se prescribe la posibilidad de revisar el estado de invalidez, por solicitud, previsión o seguridad social, cada tres años, con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión que disfruta su beneficiario y procede a la extinción, disminución o aumento de la misma, si a ello hubiere lugar, si el pensionado en un plazo de tres (3) meses no se presenta, salvo fuerza mayor se producen dos (2) consecuencias: 1. Se le suspende el pago de la pensión. 2. Transcurridos doce (12) meses desde la solicitud, si no se presenta prescribe la acción.

Esta disposición busca evitar que se pueda ser titular de una pensión de invalidez, sin ser inválido. Sin embargo, se permite al interesado romper la prescripción, si con posterioridad, y a su costa, luego de alegación sobre permanencia en invalidez, se a nuevo examen, resulta contraria al espíritu de la Constitución esta disposición, pues trata de evitar fraudes al sistema de pensión de invalidez o por lo menos controlar la real circunstancia de permanencia en invalidez de beneficiarios.

Cumplir estas medidas, salvo los casos de fuerza mayor, impone una carga al interesado, completamente legítima, toda vez que dentro de los deberes de los ciudadanos está el de contribuir al financiamiento, los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad. De otra parte, es claro que el servicio público puede ser oneroso o puede ser exonerado de la seguridad social. (Corte Constitucional Sent. C-408 del 15 de septiembre de 1994. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz).

#### **18.5.2. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE INVALIDEZ**

El afiliado que al momento de invalidarse no hubiere reunido los requisitos exigidos para la pensión de invalidez, tendrá derecho a recibir, en sustitución, una indemnización

equivalente a la que hubiere correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

## **19. PENSION DE SOBREVIVIENTES**

Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes

Tienen derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 1.) Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y
- 2.) Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:
  - a.) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos cincuenta (50) semanas dentro de los tres años anteriores al momento de la muerte;
  - b.) Muerte causada por enfermedad, si es mayor de 20 años, haya cotizado el 25% transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años y la fecha del fallecimiento.
  - c.) Muerte causada por accidente, si es mayor de 20 años, haya cotizado el 20% del tiempo transcurrido entre el momento que cumplió 20 años y al fecha del fallecimiento.
  - d.) Cuando el afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima media anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva o devolución de saldos que trata el art. 66 de la ley 797 de 2003, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2º tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes. El monto de la pensión será del 80% del monto que les hubiere correspondido en una pensión de vejez.
  - e.) Si la causa del fallecimiento es homicidio, se aplicará lo prescrito para accidente y si es suicidio se aplicará lo de enfermedad

Cabe indicar que la pensión de sobrevivientes constituye para sus beneficiarios un derecho fundamental de carácter legal que el Estado esté en la obligación de garantizar en relación con el pago oportuno de la misma, así como en lo concerniente a su reajuste periódico.

### **19.1. BENEFICIARIOS DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES**

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a.) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.

- b.) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez;
- c.) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste;
- d.) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez y hasta su muerte, siempre y cuando dependa económicamente de él o de ella y carezca de medios para atender a su propia subsistencia y ha ya vivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.

El derecho a la pensión de sobrevivientes se reclama por su propia naturaleza, nace con la muerte del asegurado, de ahí que el cumplimiento de la densidad de semanas requeridas para su causación bajo la vigencia de normas anteriores no sea suficiente para su actual configuración, porque el nuevo ordenamiento modificó las exigencias para que se originara tal garantía, de manera que en esas condiciones no es procedente invocar un derecho adquirido por parte de los sobrevivientes del afiliado que falleció cuando se encontraban rigiendo nuevas disposiciones que regulan de manera distinta el tema.

## **19.2. MONTO DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES**

El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquél disfrutaba.

El monto mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993, equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las condiciones establecidas.

## **19.3. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES**

Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiere correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

## **19.4. PRESTACIONES ADICIONALES**

### **19.4.1. MESADA ADICIONAL**

Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

### **19.4.2. AUXILIO FUNERARIO**

La persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, tendrá derecho a percibir un auxilio funerario equivalente al último salario base de cotización, o al valor correspondiente a la última mesada pensional recibida, según sea el caso, sin que este auxilio pueda ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario.

Cuando los gastos funerarios por disposición legal o reglamentaria deban estar cubiertos por una póliza de seguros, el Instituto de Seguros Sociales, cajas, fondos o entidades del sector público podrán repetir contra la entidad aseguradora que lo haya amparado, por las sumas que se paguen por este concepto.

## **20. ADMINISTRADORAS DEL REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA**

El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.

Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos.

Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales.

Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria.

### **20.1. FISCALIZACIÓN E INVESTIGACIÓN**

Las entidades administradoras del régimen solidario de prestación definida tienen amplias facultades de fiscalización e investigación sobre el empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas. Para tal efecto podrán:

- a.) Verificar la exactitud de las cotizaciones y aportes u otros informes, cuando lo consideren necesario;
- b.) Adelantar las investigaciones que estimen convenientes para verificar la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones no declarados;
- c.) Citar o requerir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros para que rindan informes;
- d.) Exigir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros, la presentación de documentos o registros de operaciones, cuando unos y otros estén obligados a llevar libros registrados.



- e.) Ordenar la exhibición y examen de los libros, comprobantes y documentos del empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, y realizar las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de las obligaciones.

Inversión y rentabilidad de las reservas de invalidez, vejez y muerte (IVM) y accidentes de trabajo y enfermedad profesional (ATEP)

La inversión de las reservas de IVM y ATEP del Instituto de Seguros Sociales y del Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, se manejarán, mediante contrato de fiducia con las entidades del sector financiero especializado en este servicio o en títulos de la nación donde se busque obtener la rentabilidad mínima.

En caso de no garantizarse la rentabilidad señalada, las reservas de IVM y ATEP del Instituto de Seguros Sociales y del Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional se colocarán en una cuenta de la Tesorería General de la Nación que les garantizará una rentabilidad que preserve su poder adquisitivo.

Dichas entidades podrán efectuar retiros de la cuenta de la Tesorería General de la Nación para celebrar nuevos contratos de fiducia o para invertir en Títulos de deuda de la Nación colocados en el mercado de capitales. Cuando dentro del plazo de un (1) año la rentabilidad de los títulos de deuda de la Nación no mantenga el poder adquisitivo de las reservas, la Nación efectuará la compensación necesaria para cumplir el mandato Constitucional, mediante apropiación y giro del Presupuesto General de la Nación.

Las reservas de las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público deberán administrar el régimen de prima media con prestación definida y manejarlo mediante encargo fiduciario o títulos de la Nación, con arreglo a las normas que sobre inversión, rentabilidad y control se determinen.

La Ley 797 de 2003 modifico los requisitos establecidos en el régimen de prima media con prestación definida..

## **21. REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**

La reforma pensional colombiana se caracteriza fundamentalmente por prever la operación de dos regímenes en competencia, entre los cuales los afiliados pueden escoger, con la opción de trasladarse a posteriori. De un lado, se encuentra el sistema de prima media con prestación definida administrado por el ISS, el cual, en estricto rigor técnico, operará basado en el mecanismo de reparto ( este sistema supone el

incremento escalonado de las cotizaciones en el tiempo, lo que resulta incompatible con la Ley 100). tal como lo estudiamos anteriormente. De otro lado, el régimen de capitalización individual, que estudiaremos seguidamente, esta a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, AFP, y también de las compañías de seguros de vida que administren planes alternativos de pensiones, a los cuales podrán vincularse los afiliados una vez reúnan requisitos mínimos de capitalización fijados.

Así mismo, vale la pena relieves que la reforma buscó suprimir el monopolio estatal en la administración de la seguridad social en todos los sistemas, permitiendo igualmente la participación del sector privado. Así el sistema de pensiones las administradoras de fondos de pensiones y las compañías de seguros de vida competirán con el ISS.

El sistema de capitalización individual opera en dos etapas perfectamente diferenciadas: la etapa activa comprendida entre el momento en que la persona ingresa a su vida productiva y la fecha en que se pensiona iniciando así la etapa pasiva. Esta última surge entonces cuando se empieza a disfrutar de la pensión y culmina con la muerte del pensionado y de sus beneficiarios, según el caso. En otros términos, lo que se ahorra y acumula en la etapa activa se utiliza para cubrir las mesadas en la etapa pasiva.

El monto de las mesadas dependerá de la cuantía de los recursos acumulados durante la etapa activa, sin que exista una prestación definida. Como cada generación paga su propia pensión, desde el punto de vista financiero, no se generan pasivos.

Sobre el sistema de capitalización individual se ciernen algunas contingencias que deben ser objeto de cobertura. Por una parte, el sistema es extremadamente sensible a la variación de los rendimientos de las inversiones, de forma tal que el descenso de la tasa de interés de los recursos del fondo afectará el valor futuro de las pensiones. Otro inconveniente radica en que el afiliado pueda morir o quedar inválido durante la etapa activa, riesgo que le impediría acumular los recursos suficientes para obtener la pensión esperada.

En cuanto al primero, una persona puede ingresar al sistema de capitalización, efectuar los aportes obligatorios y, sin embargo, luego de su etapa activa no reunir la cuantía requerida para financiar una pensión igual a un salario mínimo, lo cual se originará muy seguramente por una tasa de rendimientos inferior a la proyectada. Para contrarrestar la dificultad señalada una solución consiste en que el Estado garantice un nivel mínimo de pensión, aportando el capital faltante para que se obtenga una pensión igual al salario mínimo.

Con el objeto de otorgar la garantía de pensión mínima el Estado requerirá utilizar recursos provenientes del presupuesto nacional, lo cual representa un mecanismo de

solidaridad general a favor de estas personas que necesitan apoyo para obtener un estipendio mínimo.

Ahora bien, la capitalización individual también lleva implícitos los riesgos de invalidez y de muerte del afiliado. En la etapa activa el afiliado puede morir o quedar inválido. Lo ahorrado hasta ese momento probablemente no será suficiente para financiar una pensión completa a favor del inválido o de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. La protección contra estos riesgos se logra mediante la contratación, por parte de la administradora, de un seguro de carácter colectivo con una compañía de seguros de vida que cubra los riesgos de muerte y de invalidez de sus afiliados, de tal suerte que si alguno de ellos muere o queda inválido la compañía de seguros consignará en la cuenta individual del inválido o del muerto lo que se denomina técnicamente en los decretos reglamentarios "suma adicional". La suma adicional, valor de la indemnización que pagará la aseguradora, es la diferencia entre dicho capital necesario y los recursos disponibles en la cuenta de ahorro más el bono pensional. Así las cosas, tratándose de personas que ingresan por primera vez al sistema de capitalización, no habrá lugar al bono pensional si son trabajadores nuevos, y, en todo caso, no habrán acumulado recursos significativos en su cuenta. Lo anterior significa que en caso de invalidez o de muerte de este tipo de personas la suma adicional a cargo de la compañía de seguros será de gran magnitud.

## **21.1. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL**

1. Existencia de un gran número de decretos reglamentarios y algunos de jerarquía legal que dificultan la labor de conocimiento y análisis y que en nada ayudan a hacer didáctico el sistema.
2. Los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las pensiones, así como de las indemnizaciones, cuya cuantía dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado.
3. Una parte de los aportes, se capitalizará en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado. Otra parte se destinará al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del régimen.
4. Los afiliados podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras, y seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones.
5. El conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora.

6. Las entidades administradoras deberán garantizar una rentabilidad mínima del fondo de pensiones que administran.
7. El Estado garantiza los ahorros del afiliado y el pago de las pensiones a que éste tenga derecho, cuando las entidades administradoras o aseguradoras incumplan sus obligaciones, revirtiendo contra el patrimonio de las entidades administradoras y aplicando las sanciones pertinentes por incumplimiento.
8. Tendrán derecho al reconocimiento de bonos pensionales los afiliados al régimen que hayan efectuado aportes o cotizaciones al ISS o a las cajas, fondos o entidades del sector público, o prestado servicios como servidores públicos, o trabajado en empresas que tienen a su exclusivo cargo las pensiones de sus trabajadores y trasladen la parte proporcional del cálculo actuarial.
9. El control y vigilancia de las entidades administradoras de los fondos de pensiones corresponde a la Superintendencia Bancaria.

En el Régimen de Ahorro Individual se encuentran excluidos los pensionados por invalidez por el ISS o por cualquier fondo, caja, o entidad del sector público y aquellas personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad si son mujeres salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes.

## **21.2. MODALIDADES DE PENSIÓN EN EL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL:**

**21.2.1. RETIRO PROGRAMADO:** Consiste en dejar los recursos en la AFP, manteniendo los derechos sobre dichos recursos, los que se utilizarán mediante retiros mensuales calculados en función de la vida probable del grupo familiar del beneficiario de la pensión.

En esta modalidad el pensionado decide asumir el mismo el riesgo de la extralongevidad, ya que al calcularse los retiros en función de la expectativa de vida que es el resultado del promedio de la población, si el pensionado supera el promedio posiblemente los recursos de su cuenta se habrán agotado y en tal caso no quedaría más que recurrir a la garantía de pensión mínima, siempre y cuando se reúnan los requisitos para tener derecho a ella. Por el contrario, en caso de muerte temprana del pensionado antes, de llegar a la edad que corresponde a la expectativa de vida promedio, muy seguramente quedarán recursos remanentes en la cuenta individual que formarán parte del acervo sucesoral. El retiro programado conviene entonces a aquellas personas que al llegar a la vejez sufren dolencias que no les permitirán vivir siquiera hasta una edad equivalente al promedio.

**21.2.2. RENTA VITALICIA:** Es un contrato de seguro que celebra quien va a pensionarse con una compañía de seguros, en virtud del cual, a cambio de una prima única que

corresponde al valor de los recursos acumulados en la cuenta, la compañía de seguros de vida se obliga a pagar una pensión a dicho pensionado y su grupo familiar en forma vitalicia, o hasta cuando cese el correspondiente derecho (los hijos por ejemplo hasta que cumplan la mayoría de edad o dejen de estudiar). La renta vitalicia, conviene advertirlo, es un contrato de carácter irrevocable, de suerte que ni el asegurador ni el pensionado podrán retractarse de su compromiso.

Desde el punto de vista técnico y actuarial la operación de la compañía consiste en compensar los riesgos entre quienes tienen un período de vida inferior con aquellos que superan la expectativa de vida. Por esta razón, el sistema permite que la aseguradora pague las pensiones hasta la muerte del asegurado y sus beneficiarios así éstos vivan muchos años. A las personas longevas entonces les convendrá optar por la modalidad de renta vitalicia, ya que allí siempre tendrán derecho a una mesada, a diferencia del retiro programado en el que los recursos disponibles se pueden extinguir.

**21.2.3. RETIRO PROGRAMADO CON RENTA VITALICIA DIFERIDA:** Es la modalidad de pensión por la cual un afiliado contrata con la aseguradora de su elección, una renta vitalicia con el fin de recibir pagos mensuales a partir de una fecha determinada, reteniendo en su cuenta individual de ahorro pensional, los fondos suficientes para obtener de la administradora un retiro programado, durante el período que va desde la fecha en que ejerce la opción por esta modalidad de pensión, y la fecha en que la renta vitalicia diferida comience a ser pagada por la aseguradora. La renta vitalicia diferida contratada tampoco podrá en este caso, ser inferior a la pensión mínima de vejez vigente.

Los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad podrán cotizar, periódica u ocasionalmente, valores superiores a los límites mínimos establecidos como cotización obligatoria, con el fin de incrementar los saldos de sus cuentas individuales de ahorro pensional, para optar por una pensión mayor o un retiro anticipado.

### **21.3. PRESTACIONES OTORGADAS**

En el Sistema de Ahorro Individual el monto de la pensión dependerá del capital acumulado en la cuenta, la edad la escogerá cada afiliado y al respecto la Ley sólo exige que el afiliado tenga un capital que permita una pensión superior al 110% del salario mínimo. Como se dijo en un comienzo, la ley colombiana otorga una garantía de pensión mínima con 1.150 semanas de cotización, hecho que representa una diferencia gravosa frente al régimen de prima media dado que se exigirían tres años más de

cotización. Esto ameritará en el futuro una revisión. Se podría pensar que lo anterior es un privilegio a favor del ISS, pero desde una óptica distinta también el argumento opera en contra dado que una persona podrá afiliarse a un fondo de pensiones y antes de cumplir la edad si la pensión que obtendría en el fondo de pensiones es menor a la mínima, trasladarse al ISS y solicitar sólo con las 1.000 semanas de la pensión mínima.

En adición a lo anterior, también es procedente establecer el alcance de lo que es una prestación definida en el ISS, porque en materia pensional los derechos adquiridos surgen tan sólo cuando se reúnen los requisitos para la pensión (tiempo de cotización y edad). Ello significa que el legislador puede cambiar las reglas y hacerlas aplicables a aquellas personas que no hayan adquirido el derecho. Tan es así que la Ley 100 para quienes no se encuentran en el régimen de transición aumento el número mínimo de cotización de 500 a 1.000. Es posible que en el futuro a quienes estén afiliados al régimen de prima media se les aumenta la edad, o el número mínimo de cotizaciones o simplemente le reduzcan el valor de la prestación, y ello es esperable por cuanto ya se están escuchando opiniones desde el punto de vista actuarial, en el sentido de que el régimen de prima media entrará de nuevo en una crisis a mediano plazo que obligará al Estado a asumir un pasivo enorme y muy seguramente a reformar de nuevo el sistema de reparto.

Aparece también la situación de las pensiones de invalidez, las cuales son iguales en ambos regímenes. La Junta Nacional de Calificación de Invalidez otorgará pensiones si la incapacidad supera el 50% y en caso de que exceda el 66% se otorgará una pensión mayor. Sobre el particular, en el sistema de pensiones se prevé un mecanismo único para determinar el origen de la contingencia y el grado de la invalidez.

Por último, nos referimos a las pensiones de sobrevivientes que surgen en caso de muerte del afiliado o pensionado. Las diferencias que existen entre los dos regímenes versan exclusivamente sobre el último orden de beneficiarios que en el ISS se encuentra ocupado por los hermanos inválidos del causante, en tanto que en el régimen de ahorro individual no existe dicho orden.

En otras palabras, en defecto de cónyuge, compañera o compañero, hijos o padres con derecho, en el régimen de ahorro individual el saldo de la cuenta formará parte de la sucesión del causante.

Ello a su vez produce un efecto que debemos traer a colación. En el ISS, si un afiliado no tiene beneficiarios de una eventual pensión de sobrevivientes y muere, no habrá lugar a pensión alguna, así tenga herederos (por ejemplo hijos mayores no estudiantes o nietos). En tal caso, podría decirse que esta persona no generó derecho a prestación alguna. En tal caso, podría decirse que esta persona no generó derecho a prestación alguna. En el sistema de ahorro individual, por el contrario, siempre habrá derecho a alguna prestación o por lo menos a la restitución del saldo de la cuenta individual.

## **21.4. FINANCIACION DE LAS PENSIONES**

En el régimen de ahorro individual funcionan varias fuentes de financiación:

- Las pensiones de vejez se financiarán con el saldo de la cuenta individual y si se trata de una persona que venía del sistema de prima media tendrá derecho a un bono pensional. En adición, la pensión de vejez podrá financiarse con el complemento que dará el Estado si los anteriores recursos no son suficientes para financiar una pensión mínima.
- En los casos de pensiones de invalidez y de sobrevivientes, además de las fuentes de financiación indicadas precedentemente, hay un mecanismo de financiación que proviene de la suma adicional que paga la compañía de seguros, mediante su consignación en la cuenta de ahorro individual.

## **21.5. ENTIDADES ADMINISTRADORAS**

En Colombia el plan genérico de capitalización individual es administrado por sociedades de derecho privado con objeto exclusivo. (Decreto Ley 656 de 1994). El afiliado es libre de seleccionar la AFP y de cambiarla. En cuanto a la administración de los planes alternativos, las compañías de seguros de vida son autorizadas para su desarrollo el Decreto Reglamentario 876 de 1994.

## **22. BONOS PENSIONALES**

El sistema prevé la existencia de bonos pensionales cuya función consiste en reconocer a quienes se trasladen al régimen de ahorro individual las sumas aportadas al régimen de prima media.

Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones. Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad hayan cumplido con sus cotizaciones y además que estas no sean menores a 150 semanas.

### **22.1 CARACTERÍSTICAS DE LOS BONOS PENSIONALES**

- a.) Estos bonos pensionales se expresarán en pesos.
- b.) Serán nominativos.

- c.) Serán endosables a favor de las entidades administradoras o aseguradoras, con destino al pago de pensiones.
- d.) Entre el momento de la afiliación del trabajador y el de redención del bono, devengarán, a cargo del respectivo emisor, un interés equivalente a la tasa DTF, sobre saldos capitalizados.

Los bonos pensionales guardan la misma entidad formal con los instrumentos de deuda pública interna, no es menos cierto que ellos son aportes cuyos fines tienden a darle viabilidad financiera al sistema general de pensiones. De acuerdo con la definición legal de los bonos pensionales, éstos son aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general; por ello no corresponden a la noción de recursos captados del público, sino por el contrario, subyace un reconocimiento patrimonial para el trabajador aportante sin el cual no podría acceder a su derecho pensional.

El acto de emisión de los bonos pensionales a cargo de la nación y de los títulos de la deuda pública interna, tal como lo determina la misma Ley 100 de 1993, debe contar con el concepto previo de la Junta Directiva del Banco de la República en reconocimiento de sus atribuciones constitucionales.

## **22.2 CLASES DE BONOS PENSIONALES**

Los bonos pensionales serán de tres clases:

- a.) Bonos pensionales expedidos por la Nación.
- b.) Bonos pensionales expedidos por las cajas, fondos o entidades del sector público que no sean sustituidas por el Fondo de Pensiones Públicas de nivel Nacional y cuya denominación genérica de bono pensional se complementará con el nombre de la Caja, Fondo o Entidad emisora.
- c.) Bonos pensionales expedidos por empresas privadas o públicas, o por cajas pensionales del sector privado que hayan asumido exclusivamente a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones y cuya denominación genérica de bono pensional se complementará con el nombre de la entidad emisora.

Los bonos pensionales serán expedidos por la última entidad pagadora de pensiones a la cual haya pertenecido el afiliado antes de entrar al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siempre y cuando el tiempo de cotización o de servicios, continuo o discontinuo, haya sido igual o mayor a cinco (5) años.



Cuando el tiempo de cotización o de servicios en la última entidad pagadora de pensiones, sea inferior a cinco (5) años, el bono pensional será expedido por la entidad pagadora de pensiones, en la cual el afiliado haya efectuado el mayor número de aportes o haya cumplido el mayor tiempo de servicio.

El régimen de ahorro individual cuenta con una serie de garantías del Estado, entre las cuales se destacan la que se otorga para la pensión mínima por parte del Estado directamente, la garantía que brinda FOGAFIN sobre los recursos administrados por las AFP que se predicará igualmente de la rentabilidad mínima, así como las garantías que otorga el Estado para las pensiones en sus distintas modalidades, incluidas aquellas que paguen las entidades aseguradoras.

El régimen de ahorro individual reconoce derechos al afiliado así no se reúnan los requisitos para que éste pueda pensionarse. Hay lugar, en consecuencia, a devolución de saldos en los siguientes supuestos:

- Cuando no se cumplen los requisitos para obtener las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes. En el régimen de prima media hay lugar a una indemnización sustitutiva.
- Cuando el afiliado muere y no existen beneficiarios, las sumas de la cuenta formarán parte de la sucesión
- Finalmente, cuando el afiliado se invalida o muere por causa profesional se concede el derecho a la pensión por parte del sistema de riesgos profesionales, el cual dispone que se devolverán al afiliado o beneficiarios los recursos de la cuenta individual incluido el bono pensional que se redimirá anticipadamente.

### **23. LA SEGURIDAD SOCIAL – RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS PENSIONES A TRAVES DE LA ACCION DE TUTELA**

Contenido Constitucional protegido del Derecho a la Pensión. El artículo 1° de la C. P. dice que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y en la solidaridad de las personas. El artículo 25 establece que el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. El artículo 53 dice cuales son los principios mínimos constitucionales en la relación laboral y el artículo 93 habla de la buena fe.

Una de las consecuencias y proyecciones del trabajo constitucionalmente protegido es el derecho a la pensión, que también es uno de los grandes capítulos de la seguridad social, que según el artículo 48 es irrenunciable, se prestará de conformidad con la ley y se sujetará a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

La ley 100 de 1993 "Crea el Sistema de Seguridad Social Integral", el verbo rector es crear. Y define la universalidad como "la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida". Y al determinar el campo de aplicación del sistema general de pensiones expresamente dice: El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

La pensión de vejez se ha definido por la jurisprudencia constitucional como un "salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo". Por lo tanto, "el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador". Así mismo, se ha indicado que la pensión es aquella prestación social que se obtiene por "la prestación del servicio durante un número determinado de años, con la concurrencia del factor edad", requisitos estos que no son meramente condiciones de exigibilidad del pago de la mesada pensional, sino elementos configurativos del derecho a disfrutarla, sin los cuales el trabajador no puede reclamarla válidamente.

Esto muestra que la pensión es un derecho constitucional de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los requisitos para acceder a la misma. Además, se trata de un derecho que no es gratuito, pues surge de una acumulación de cotizaciones y de tiempos de trabajo efectuados por el trabajador. Esto explica que, de conformidad con los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993, tanto la afiliación como la cotización al sistema de seguridad social en pensiones son obligatorias para asalariados pues, la seguridad social no es un servicio gratuito para las personas que tienen capacidad de pago.

Así pues, la Ley 100 de 1993 reguló el tema de los riesgos laborales, dentro del cual incluyó el riesgo de vejez, el cual había sido asumido para el sector privado por el Instituto de Seguro Social a partir de 1967, con algunas excepciones, y lo estructuró dentro del sistema general de pensiones, el cual tiene por objeto "garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura de los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones" (artículo 10 de la Ley 100 de 1993). A su vez, los artículos 33 a 37 de la Ley 100 de 1993 establecen las condiciones mínimas para la consolidación del beneficio, las cuales si bien surgen de amplias facultades legislativas "encaminadas al desarrollo del derecho a la seguridad social,

dentro de las cuales están las de señalar la forma y condiciones en que las personas tendrán acceso al goce y disfrute de la pensión legal" , también es cierto que aquellas deben respetar disposiciones y límites constitucionales.

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9º de la ley 797/03 señala cuáles son los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el sistema de prima media con prestación definida, esto es en el sistema de reparto simple que administra el Instituto de Seguros Sociales y las cajas, fondos o entidades de seguridad social, públicos o privados, existentes a la entrada en vigencia de la Ley 100 (Art. 52 de la ley citada). Uno de los requisitos para obtener el derecho es la cotización, que es obligatoria al tenor del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, la cual se efectúa a la entidad en donde posteriormente se solicita el reconocimiento del derecho.

Como es natural, y con el fin de evitar desequilibrios financieros en el sistema y que una entidad que no ha recibido cotizaciones de una persona se vea obligada a pagar su pensión, sin contar con el dinero necesario para ello, la ley prevé que en general la acumulación de tiempos y semanas implica un traslado de los aportes de una entidad a otra. Este traspaso se verifica a través de un título pensional, que incluye el valor de la reserva actuarial, según lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1887 de 1994, y requiere de aprobación por parte de la entidad administradora.

Ahora bien, para determinados casos, la ley establece que esa acumulación de tiempos laborados y de semanas cotizadas sólo será procedente si el empleador o las cajas anteriores, según el caso, han trasladado efectivamente, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora. Por ende, en tales casos, las cotizaciones administradas por diferentes entidades sólo se suman si, además de la afiliación, existe el correspondiente traslado. Esto ocurre, según lo preceptuado por el inciso final del primer párrafo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, cuando se trata (i) de semanas que fueron cotizadas a cajas de previsión del sector privado que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, así como (ii) del tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley.

Un ejemplo práctico explica mejor el contenido de la norma . Supongamos que un trabajador ha cotizado durante 8 años en una caja de previsión privada, como podría ser la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles "Caxdac"; posteriormente ese trabajador se vincula al Instituto de Seguros Sociales (ISS) en donde aporta 12 años más. En tales circunstancias, el trabajador sólo puede lograr que el ISS reconozca 20 años de semanas cotizadas si opera el correspondiente traslado de Caxdac al ISS. Por consiguiente se consagran dos momentos diferentes: de un lado, la afiliación a una determinada entidad de seguridad

social encargada del manejo del régimen de prima media, como podría ser el ISS, que opera mediante un acto de voluntad del trabajador; y de otro lado, el traslado de las cotizaciones anteriores, de las cuales depende que se puedan acumular semanas para cumplir los requisitos legales y poder lograr el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez.

Así las cosas, la pregunta que surge es si esa exigencia del traslado se justifica constitucionalmente o, por el contrario, viola el derecho del trabajador a su pensión y desconoce la buena fe, en la medida en que se entiende que a éste le fueron efectivamente descontadas sus cotizaciones para la pensión, o al menos cumplió con la obligación de laborar durante un determinado período ya que, en ciertos casos, y por acuerdo colectivo o singular entre empleador y empleado, de algunas empresas asumen también la cuota legal que corresponde al asalariado.

El reconocimiento y pago de la pensión de vejez encuentra sustento constitucional en la protección especial que debe brindar el Estado al trabajo humano en todas sus modalidades (Art. 25), pues se impone que el fruto del trabajo continuado durante largos años sea la base para disfrutar el descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de la producción laboral es evidente. Así mismo, la pensión de vejez goza de amparo superior en los artículos 48 y 53 de la Constitución, los cuales establecen que el pago de la pensión debe realizarse de manera oportuna dentro de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, propios de la Seguridad Social en Colombia.

Existe entonces un contenido constitucionalmente protegido al derecho a la pensión, que puede ser caracterizado así: en la medida en que un asalariado ha realizado las cotizaciones determinadas por la ley, o ha laborado los tiempos legalmente previstos en aquellos casos en que el empleador asume la integralidad de la cotización, entonces se entiende que el trabajador tiene derecho al reconocimiento y pago oportuno de la pensión legalmente establecida, la cual goza de protección y garantía efectiva por parte del Estado, todo lo cual, a su vez, deriva de una obligación legal y constitucional de afiliarse a la seguridad social, derecho que es irrenunciable (C.P. Art. 48). Así quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma .

Un punto importante a tratar en el aspecto de la pensión de vejez es el hecho de la acumulación de tiempos en diversas empresas donde el empleo ejercido por los trabajadores implica regímenes diferentes o cambios de fondos al seguro o viceversa. Al respecto se tiene que a pesar de que el derecho a la pensión es de configuración legal, por tanto las personas que efectivamente han cotizado durante determinadas semanas a empresas o cajas privadas no pueden acumular esos períodos por una razón que no les es imputable, puesto que no depende de ellos, sino de las empresas o las cajas que efectúen el traslado de la correspondiente suma actualizada. Ahora bien,

en la medida en que los derechos constitucionales no son absolutos, la Carta admite restricciones a los mismos. Sin embargo, estas restricciones, para ser constitucionales, deben ser proporcionales a la finalidad buscada y deben en todo caso respetar el contenido esencial del derecho fundamental. El interrogante que surge es entonces si esa restricción es proporcionada o no.

### **POSIBILIDADES DE RESTRICCIÓN DE RECONOCIMIENTO DE SEMANAS TRABAJADAS POR FALTA DE TRASLADO.**

El fin de la normatividad es proteger los recursos acumulados por el sistema de Seguridad Social para el pago oportuno de las pensiones (CP Art. 48). En efecto, en la medida en que se exige el traslado de las sumas actualizadas para poder acumular las semanas o tiempos trabajados y cotizados, se evita que la entidad a la que se afilia el trabajador, como podría ser el ISS, deba reconocer y pagar pensiones sin haber recibido los dineros necesarios para suministrar esa prestación, a fin de prevenir desequilibrios en el sistema que podrían incluso afectar a los afiliados que han efectivamente cotizado a esa entidad. Es pues una exigencia adecuada para alcanzar una finalidad que tiene expresa consagración constitucional, pues la Carta exige que la ley proteja los recursos destinados al pago oportuno de las pensiones (CP Art. 48 y 53).

Con todo, la pregunta que surge es si ese mecanismo no implica una carga desproporcionada para aquellos trabajadores que por razones que no les son imputables ven limitado su derecho a reconocerles las semanas durante las cuales efectivamente trabajaron y realizaron los aportes determinados por la ley.

Para responder a ese interrogante, a modo de ilustración, es necesario distinguir dos hipótesis similares pero con diferencias muy importantes a fin de precisar si existen casos en donde un trabajador está vinculado a una empresa que no reconoce directamente ni paga pensiones. En tales eventos, el empleador debe retener los aportes pensionales del empleado, cotizar la parte que le corresponde y remitir la suma total a una entidad administradora de pensiones, en general el ISS, puesto que nos encontramos en el sistema de prima media con prestación definida. En esta primera hipótesis se configura una suerte de relación triangular así:

P - EAP : Patrono - Entidad Administradora de Pensiones

T : Trabajador

Al igual que en el caso de la salud, la relación entre T y P genera la potestad del empleador de descontar unilateralmente el pago de la cuota correspondiente al trabajador y los deberes de retención, de pagar en proporción legal y de trasladar la respectiva cotización a la EAP. Por su parte, el trabajador asalariado debe admitir que el empleador efectúe la retención del porcentaje de su salario determinado por la ley.

El vínculo entre el P y la EAP produce el deber patronal de pagar y transferir oportunamente la cotización, que genera a su vez la facultad de la EAP de exigir lo acordado. Así mismo, esta relación genera la obligación de la EAP a reconocer la pensión a que tiene derecho el trabajador afiliado y cancelar las correspondientes mesadas, todo lo cual exime de responsabilidad al empleador.

Finalmente, entre la EAP y el T se origina el deber de la primera de reconocer la pensión, si se cumplen los requisitos de ley, y cancelar las mesadas, con el consecuente derecho del trabajador a reclamar tales prestaciones.

Esa relación triangular es aún más compleja si se tiene en cuenta que en desarrollo del principio de solidaridad que rige la seguridad social, los artículos 25 y SS de la Ley 100 de 1993 prevén la existencia de un Fondo de Solidaridad Pensional, que se financia con aportes del presupuesto nacional y con cotización adicional del 1% sobre el salario de quienes devenguen cuatro o más salarios mínimos legales mensuales, y que pretende subsidiar los aportes de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad de su cotización.

En esta primera hipótesis, cuando el empresario descuenta los aportes del trabajador, no lo hace por el hecho de ser empleador y por las relaciones jurídicas laborales que existen con el trabajador, sino que el empresario actúa como una especie de agente retenedor del sistema de Seguridad Social. Por consiguiente, el dinero así retenido no es propiedad del empleador sino que es un recurso parafiscal del sistema de pensiones. A su vez, el trabajador no está efectuando un pago al patrono sino al sistema, por lo cual bien hubiera podido la ley prever que el empleado cotizara directamente a la EAP. Son estrictamente razones de eficiencia las que justifican la facultad patronal de retención, lo cual significa que los dineros descontados representan contribuciones parafiscales, que son propiedad del sistema y no del empleador. Es pues necesario separar jurídicamente el vínculo entre el empleador y la EAP y la relación entre la EAP y el trabajador. Por ende, se ha concluido que exigir el traslado efectivo de las cotizaciones para que se puedan reconocer las semanas o tiempos laborados por el trabajador constituye un requisito innecesariamente gravoso para el empleado, pues la propia ley confiere instrumentos para que la entidad administradora de pensiones pueda exigir la transferencia de los dineros, mientras que el trabajador carece de esos mecanismos. En efecto, en este caso, la EAP tiene las potestades y los deberes para vigilar que el empleador cumpla con la obligación de efectuar la correspondiente cotización y traslado de los dineros. Así, en particular, el artículo 53 de la Ley 100 de 1993 precisa que estas entidades "tienen amplias facultades de fiscalización e investigación sobre el empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, para asegurar el efectivo cumplimiento de la presente ley", entre las cuales figura la posibilidad de (i) verificar la exactitud de las cotizaciones y aportes u otros informes; (ii) adelantar las investigaciones que estimen convenientes para verificar la

ocurrencia de hechos generadores de obligaciones no declarados; (iii) citar o requerir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros, para que rindan informes; (iv) exigir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros, la presentación de documentos o registros de operaciones, cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados; (v) ordenar la exhibición y examen de los libros, comprobantes y documentos del empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, y realizar las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de las obligaciones. Además, la misma ley, en su artículo 24 precisa que para que esas entidades puedan adelantar las acciones de cobro, se entiende que "la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo." Por su parte, el artículo 57 confiere a las entidades administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida la posibilidad de establecer el cobro coactivo, para hacer efectivos sus créditos. En tales condiciones, y con ese abanico de facultades, resulta inaceptable que una EAP invoque su negligencia en el cumplimiento de sus funciones para imponer una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación triangular, esto es, al trabajador. Esta situación es aún más grave si se tiene en cuenta que en muchos casos estas situaciones afectan negativamente a personas de la tercera edad, las cuales merecen una especial protección del Estado (CP Art. 13 y 46).

El reconocimiento del derecho para trabajadores cuyo empleador hace la respectiva transferencia y la negativa para quienes no hacen el traslado, por actos ajenos a la voluntad del asalariado, transgrede el principio de igualdad ya que "no sería entendible que, habiendo cumplido los requisitos para acceder a la pensión, algunos trabajadores se vieran privados de esa prestación debido a circunstancias que, por ajenas a su voluntad, no están obligados a soportar, como para el caso lo serían la actitud renuente de las empresas a pagar el déficit y la no utilización, de las vías jurídicas de las que se le ha dotado con la finalidad de obtener esos pagos.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la acción de tutela de los derechos fundamentales, ha sido enfática en sostener que los conflictos suscitados entre las empresas que no realizan los aportes de ley al sistema de seguridad social y las entidades encargadas de prestar ese servicio no tienen por qué afectar al trabajador que requiera la prestación de los mismos o que aspire al reconocimiento y pago de pensiones, toda vez que para lograr la cancelación de los aportes se cuenta con las acciones de ley.

No sería justo ni jurídico hacer recaer sobre el trabajador de una empresa que se abstuvo de efectuar los pertinentes aportes las consecuencias de ese incumplimiento, más aún cuando los trabajadores, con apoyo en su buena fe, confiaron en que una vez reunidos los requisitos de ley accederían a la pensión.

Conforme a todo lo anterior, y reiterando sus criterios jurisprudenciales, se tiene que en esta primera hipótesis, esto es, en aquellos eventos en que ya se encuentra estructurada la obligación del patrono de cotizar a una determinada entidad administradora de pensiones (EAP), resulta contrario al derecho al reconocimiento y pago oportuno de las pensiones (CP art. 53) exigir el traslado efectivo de las sumas del empleador a la EAP para que el trabajador pueda acumular esas semanas cotizadas.

La segunda hipótesis, que es la efectivamente regulada, es similar a la anterior puesto que condiciona el reconocimiento por parte de una EAP de determinadas semanas o tiempos trabajados por un empleado a que efectivamente la EAP reciba las sumas actualizadas de los dineros cotizados por tal concepto. Sin embargo, la situación es diversa, pues en este caso no se trata del incumplimiento de una empresa que tenía el deber de cotizar a una EAP sino de la relación entre distintas entidades de seguridad social o entre una éstas y una empresa que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

Para comprender lo anterior, es necesario tener en cuenta que antes de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, Colombia no contaba realmente con un sistema integral de pensiones, sino que coexistían múltiples regímenes, administrados por distintas entidades de seguridad social. Así, en el sector oficial, el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos correspondía en general a la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL) y a las cajas de las entidades territoriales, aun cuando también existían otras entidades oficiales encargadas de ese manejo para determinados sectores de empleados, como los miembros de la Fuerza Pública. Por su parte, inicialmente, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios, ya que la jubilación, conforme a la legislación laboral, en especial al artículo 260 del Código del Trabajo y a las leyes 6 de 1945 y 65 de 1946, era una prestación especial únicamente para ciertos empleadores, a saber para las empresas con capital mayor a ochocientos mil pesos. Igualmente, en algunos casos, y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como CAXDAC. Finalmente, sólo a partir de 1967, el ISS empezó a asumir el reconocimiento y pago de pensiones de trabajadores privados.

Esas distintas entidades de seguridad social no sólo coexistían sino que prácticamente no había relaciones entre ellas. Así, en el sector privado, el ISS no tenía responsabilidades directas en relación con los trabajadores de aquellas empresas que reconocían directamente pensiones, ni con los empleados afiliados a las cajas de previsión privadas. Es cierto que existían algunos mecanismos para establecer algunos mínimos vínculos entre las entidades, como el sistema de conmutación pensional, regulado por los decretos 2677 de 1971 y 1572 de 1973, y que permitía que ISS sustituyera a una empresa en el pago de las pensiones cuando se daban unas excepcionales condiciones y previo un trámite legal. Sin embargo, en términos



generales, había una suerte de paralelismo entre los distintos regímenes de Seguridad Social que, era una de las principales causas "de la ineficiencia en el sector y de la vulneración de los derechos de los trabajadores" . En tal contexto, una de las finalidades esenciales de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social (CP Art. 48), fue superar esa desarticulación entre los distintos regímenes pensionales, que no sólo hacía más difícil el manejo general de esta prestación sino que se traducían en inequidades manifiestas para los trabajadores. Así, durante mucho tiempo fue imposible acumular semanas o tiempos de trabajo laborados frente a distintos patronos, con lo cual las posibilidades de muchos empleados de acceder a la pensión eran mínimas.

Otro aspecto no menos grave que los anteriores y que ha incidido en el estado de crisis que aqueja a la Seguridad Social se refiere a la eficacia de la misma. Esta puede analizarse a partir de dos puntos de vista que, aunque independientes, han contribuido al descrédito de las instituciones que prestan los servicios de la Seguridad Social.

El primero se refiere a la multiplicidad de regímenes, la mayoría de ellos incompatibles entre sí. En efecto, existen más de 1.000 instituciones con funciones de Seguridad Social, la mayoría, si no todas, con regímenes propios que implican para los beneficiarios graves problemas en la consolidación de sus derechos frente a una expectativa de movilidad laboral. Sólo hasta 1988 con la ley 71 se logró crear un sistema que integrase los diversos regímenes, pero sin embargo este beneficio sólo es aplicable a partir de 1998. Con la reforma propuesta, se unifican todos esos regímenes a partir de su vigencia y se crean los mecanismos para que esto sea una realidad.

La Ley 100 de 1993 creó entonces un sistema integral y general de pensiones, que no sólo permite, como ya se destacó, la acumulación de tiempos y semanas trabajadas, sino que genera relaciones recíprocas entre las distintas entidades administradoras de pensiones, todo con el fin no sólo de aumentar la eficiencia del manejo de seguridad social sino también de ampliar su cobertura hasta llegar a una verdadera universalidad. Por ello, de conformidad con el artículo 10 de esa ley, ese régimen se aplica a todos los habitantes, con las solas excepciones previstas por esa misma ley. Además se prevé que, a partir de la vigencia ley, y según lo establece el artículo 13, para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos. Y finalmente, como se vio, para corregir injusticias del pasado, se amplían las posibilidades de acumular semanas y períodos laborados antes de la vigencia de la ley. Por supuesto que para el régimen de transición previsto por el artículo 36 de esa ley y ahora con la ley 797/2003 , se deberá tener en cuenta el principio de favorabilidad y de la condición más beneficiosa tema que se desarrolló en la sentencia C-596 de 1997, y se respetarán los derechos adquiridos, como lo señalan los artículos 11 de la misma Ley 100 de 1993 y el artículo 58 de la Carta.

En tal contexto , para que en estos casos pueda operar la acumulación de tiempos y semanas, es necesario que la anterior caja de previsión privada o la empresa efectúe el correspondiente traslado del bono pensional. Por ende, en este caso la norma impugnada no sólo es claramente adecuada para alcanzar una finalidad constitucionalmente importante, como es proteger los recursos parafiscales destinados a pensiones, sino que, no resulta razonable imponer, en el sistema de prima media con prestación definida, a una EAP, como el ISS, el reconocimiento de unas semanas cotizadas ante una empresa o ante otra entidad de seguridad social, cuando la EAP no sólo no recibió los dineros sino que, además, no tenía ninguna responsabilidad por el recaudo de esas sumas.

Por tanto las diferencias de trato encuentran mayor justificación en estos procesos de cambio en que el Legislador pretende alcanzar una mayor justicia social, ampliando la cobertura de estos derechos prestacionales. En efecto, en tales eventos, la ley no está incrementando las desigualdades sociales en un determinado aspecto, caso en el cual el control constitucional debería ser más intenso, sino que, por el contrario, está reduciendo progresivamente y por etapas tales desigualdades. Y esta estrategia es constitucionalmente admisible ya que en muchas ocasiones es irrazonable exigir al Legislador que corrija de manera inmediata agudas desigualdades del pasado, si los recursos son limitados para tal efecto, o los diseños institucionales necesarios para lograr el objetivo previsto son complejos y requieren difíciles procesos de ajuste. En tales casos, y siempre y cuando la ley no recurra a categorías discriminatorias, o no imponga cargas excesivas a determinados grupos poblacionales en condiciones de debilidad manifiesta, la Carta autoriza una corrección progresiva de las desigualdades. En efecto, la igualdad real y efectiva entre los colombianos es un objetivo que el Estado debe promover y buscar (CP Art. 13) pero resulta ingenuo pensar que esa igualdad puede ser alcanzada de manera inmediata en todos los campos.

A veces es necesario y razonable que estos problemas acumulados sean corregidos en forma progresiva, siempre y cuando, al hacerlo, las autoridades no utilicen criterios discriminatorios, por cuanto la asignación de recursos escasos para corregir injusticias acumuladas implica difíciles problemas de evaluación del impacto y de las posibilidades reales de las distintas políticas, por lo cual en principio corresponde a los órganos políticos debatirlas y adoptarlas. El Legislador goza entonces de una cierta libertad para escoger entre cursos alternativos de acción, según la razonable evaluación que haga de las diferentes estrategias.

Por ello la propia Carta establece que la ampliación de la cobertura de la seguridad social debe ser progresiva (CP Art. 48), lo cual concuerda con lo preceptuado por los pactos internacionales de derechos humanos, los cuales han precisado que los derechos prestaciones, como la seguridad social, son de realización progresiva y deberán ser garantizados por el Estado de acuerdo a los recursos de que disponga , lo cual no significa, empero, que tales derechos carezcan de eficacia jurídica.

El deber de realización progresiva de los derechos sociales prestacionales no significa que no pueda haber violación de los mismos, debido a omisiones del Estado o a actuaciones insuficientes de su parte. En efecto, así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional considera que existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los "derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico" (Principio de Limburgo No. 25). Por ende, se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si los Estados no aseguran ese mínimo vital, salvo que existan poderosas razones que justifiquen la situación. Además, el Estado adquiere el compromiso de tomar "todas las medidas que sean necesarias, y, hasta el máximo de los recursos disponibles", por lo cual, si se constata que los recursos no han sido adecuadamente utilizados para la realización de estos derechos, también se puede considerar que el Estado está incumpliendo sus obligaciones internacionales. "

No se puede olvidar que la Carta Política no sólo protege el pago oportuno de las pensiones sino que garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (CP Art. 48 y 53). Además, tampoco se puede desconocer que de todos modos, en esas relaciones, el trabajador sigue siendo el sujeto jurídico más débil del sistema, por lo cual merece una especial protección del Estado (CP Art. 13 y 25). Por ende, y para lograr un mayor equilibrio y protección a los derechos de los trabajadores, sin afectar la viabilidad financiera del sistema general de pensiones.

Esto significa que una vez que un trabajador se afilia a la nueva EAP, entonces es deber de la anterior caja o empresa remitir inmediatamente los dineros, y es igualmente obligación de la EAP a la cual se afilió el empleado recibirlos, salvo que exista justa causa comprobada para negarse. Ahora bien, para que esa regla sea operativa y proteja verdaderamente los derechos de los trabajadores, no sólo deben ser sancionadas las omisiones de las entidades en este punto sino que, además, los asalariados cuentan con una acción judicial expedita para que se realice la transferencia (la acción de tutela) .Los derechos fundamentales no son exclusivamente aquellos consagrados de manera taxativa en el Título II, Capítulo I de la Carta . Por ende, la seguridad social puede ser un derecho fundamental por conexidad con otros derechos de rango fundamental, cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad (C.P. Art. 46) . Así mismo, la doctrina constitucional ha señalado que, cuando se afecte el mínimo vital de personas de la tercera edad, el derecho al pago de la pensión de vejez o de jubilación también tiene el carácter de derecho constitucional fundamental , como quiera que se deriva directa e inmediatamente de los derechos a la seguridad social y al trabajo, pues "nace y se consolida ligado a una relación laboral" . Igualmente, en determinados

casos, el derecho a la pensión puede adquirir carácter de fundamental en conexidad con la violación a la igualdad o al debido proceso,, en sentencia de la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-111 de 1997. En tales circunstancias, la Corte entiende que la tutela puede ser procedente en aquellos casos en que la acumulación de esas semanas, y por ende el traslado de las sumas cotizadas, el no pago de mesadas o en algunos casos al reconocimiento de la pensión como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable donde aparecen asociados al desconocimiento del mínimo vital o a la violación de la igualdad y del debido proceso.

¿Qué sucede cuando se trata de situaciones colectivas derivadas de un deterioro de la capacidad económica de la empresa o la caja susceptible de poner en peligro la posibilidad misma del traslado del bono pensional?

En estos eventos, la Corte Constitucional ha considerado que, para proteger adecuadamente los derechos a la pensión de los trabajadores, y en especial la posibilidad de exigir el traslado de las sumas cotizadas para poder acumular tiempos y semanas ante otra EAP, es necesario tomar en cuenta los criterios sentados por esta Corporación en anteriores decisiones en donde tuvo que estudiar situaciones similares . Dijo entonces la Corte:

"Las normas legales que obligan a las empresas que han asumido directamente el pasivo pensional a constituir las garantías necesarias para asegurar el pago oportuno de las mesadas pensionales ( artículo 13 ley 171 de 1961 y artículo 10 del Decreto Reglamentario 426 de 1968); aquellas que establecen la figura de la conmutación pensional, aún a riesgo de que la empresa tenga que liquidarse o de que se dejen de pagar otros créditos (Decreto 2677 de 1971 y decreto reglamentario 1572 de 1973); las que adjudican a las autoridades públicas la tarea de vigilancia y control de las empresas que tienen acreencias pensionales (artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo); entre otras, deben ser entendidas como el desarrollo manifiesto del deber de especial protección que la Carta impone a los poderes públicos respecto de las personas de la tercera edad.

Así por ejemplo, el decreto 2677 de 1971 indica que habrá lugar a la conmutación pensional cuando una empresa con pensiones de jubilación pendientes entre en proceso de cierre o de liquidación, o en cualquier otra circunstancia que pueda "hacer nugatorio el derecho de jubilación de los trabajadores". En estos casos el Instituto Colombiano de Seguros Sociales iniciará los trámites de rigor y, dado el caso, procederá a dictar la correspondiente resolución ordenando el pago de la suma necesaria para garantizar los derechos comprometidos. El artículo 9 del mencionado decreto indica que no se autorizará la liquidación ni el cierre mientras la empresa interesada no presente la constancia de pago, a favor del ICSS, de la suma necesaria para que el Instituto pueda sustituirla en el pago de sus obligaciones pensionales. Adicionalmente, el artículo 9 del decreto 1572 de 1973, establece, claramente, que "los

patronos o empresas a cuyo cargo existan obligaciones pensionales y que aún no tengan constituida garantía suficiente para pagarlas, no podrán efectuar enajenación de sus haberes, ni negociación alguna con respecto a ellos, desde el momento en el que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social haya iniciado los estudio de que trata este Decreto - se refiere a los estudios para adelantar el trámite de conmutación pensional -, lo cual se hará saber al patrono o empresa por comunicación oficial". A este respecto, el parágrafo del artículo citado señala : "La enajenación o negociación que las empresas o patronos efectúen con violación de este artículo tendrá causa ilícita".

Si una empresa que ha asumido directamente el pasivo pensional incumple las normas que tienden a garantizar el pago prioritario de las acreencias pensionales, las autoridades competentes deben actuar de inmediato para evitar la eventual vulneración de los derechos fundamentales de los pensionados. "

Por tanto a fin de resguardar los derechos de los trabajadores, en función del principio hermenéutico de concordancia práctica y a fin de proteger el derecho al reconocimiento y pago oportuno de las pensiones (CP Art. 38 y 53). en manera alguna implican una absolución de las responsabilidades de quienes hayan incumplido sus obligaciones en materia pensional, ya sea que se trate del empleador que no efectúa el traslado de las cotizaciones o de la EAP que no ejerce adecuadamente sus funciones, que no exista el presupuesto u otra razón que implique el no reconocimiento. Por todo ello las entidades administradoras de pensiones y los órganos administrativos encargados de velar por el cumplimiento de las obligaciones legalmente impuestas a los empleadores, deberán actuar con toda energía, eficiencia y prontitud para que los traslados correspondientes a las cotizaciones obrero- patronales se realicen de manera oportuna y no afecten los derechos económicos de las entidades respectivas, para lo cual deberán utilizar todos los medios jurídicos y técnicos necesarios que les permitan mantener el equilibrio financiero. En efecto, en razón a que al Estado le corresponde efectuar una función de vigilancia y control de los servicios públicos (Art. 365), es su deber que otorgue una garantía de estabilidad y consolidación económica de las empresas que administran la seguridad social. En este orden de ideas, la inspección que ejercen las superintendencias autorizadas debe ser eficiente, eficaz y rápida (C.P. Art. 209), pues lo contrario exige que el Estado asuma la responsabilidad económica que se origina por su negligencia (C.P. Art. 90).

#### Ley 797 bonos pensionales de entes territoriales

Frente a este punto la reforma estableció en su artículo 23. "Se adiciona el parágrafo 2º del artículo 115 de la ley 100 de 1993 . Par. 2º. –Para el cubrimiento de estas obligaciones los entes territoriales podrán utilizar hasta el 50% del saldo disponible en al cuenta del fondo de pensiones de las entidades territoriales creado por la ley 549 de 1999 aun cuando no esté constituida la reserva correspondiente al 100% del pasivo pensional. Conforme a las reglas que establezca el gobierno, estos recursos podrán

transferirse directamente a las entidades administradoras en nombre de entes territoriales emisores con la previa autorización.”

La finalidad de la norma es garantizar los recursos necesarios para el pago de bonos pensionales de los servidores públicos de los entes territoriales. La ley 549 había creado un fondo especial para el pasivo pensional de dichos entes, denominado Fondo de Pensiones Territoriales, Fonpet. Esta nueva forma permite utilizar hasta la mitad de los saldos de la cuenta de cada ente territorial en dicho fondo.

Para efectos de bonos pensionales el Decreto 510 de 2003, al respecto determinó:

Art. 6º . El inciso 8º del artículo 14 del decreto 1474 de 1997, el cual modifica el artículo 52 del decreto 1748 de 1995, quedará así: “El emisor producirá una liquidación provisional del bono y la hará conocer de la administradora, a mas tardar noventa (90) días después de la fecha en que, habiendo recibido la primera solicitud, tenga confirmada o no objetada por el empleador y las entidades que deban asumir las cuotas partes, la información laboral certificada correspondiente.”

“Parágrafo. Los bonos que vayan a financiar pensiones de personas que hubieren cumplido la totalidad de los requisitos en vigencia de la ley anterior, o que se haya causado por muerte o invalidez en vigencia de la misma ley, deberán emitirse con base en las normas vigentes sobre bonos pensionales al momento que se hubiere causado la prestación correspondiente.”

“Artículo 7. Para los efectos del parágrafo 1º del artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003, la obligación de los fondos encargados de reconocer pensión, dentro del término legal establecido, procederá una vez se presente la solicitud de reconocimiento junto con la documentación requerida para acreditar el derecho, a través de la cual se prueben los presupuestos de hecho y de derecho de la norma que confiere la respectiva prestación de vejez, de invalidez o de sobrevivientes.”

“Cuando la pensión se financie a través de bono pensional o cuota parte de bono pensional no se requiere que estos hayan sido expeditos, pero será necesario que el bono pensional o cuota parte de bono pensional hayan sido emitidos conforme a lo señalado por el art. 1º del decreto 1513 de 1998.”

## **24. ACCION DE TUTELA - JURISPRUDENCIA**

En numerosos fallos, la Corte Constitucional ha señalado, que tanto el reconocimiento de la pensión como el pago de las mesadas pensional ha ser objeto de una protección especial, pues con su cancelación puntual y completa se están asegurando unas condiciones de vida dignas y justas para quienes dependen del mismo.

De igual manera, ha considerado que la acción de tutela, es procedente, sólo en casos excepcionales, cuando con ella se logra una protección efectiva de los derechos fundamentales, en este caso, del derecho a la seguridad social el que como se ha visto va en conexidad con muchos derechos como lo son la vida, el mínimo vital, la tercera edad entre otros, pues ante la privación de dichos pagos al que se tiene derecho, se atenta directamente contra las condiciones mínimas de vida de quienes ya han prestado su fuerza laboral y esperan la retribución por ella, poniéndose además, en peligro, otros derechos fundamentales como la subsistencia y eventualmente la vida misma.

El derecho de todos los trabajadores al pago oportuno de sus mesadas pensionales, es una garantía que no se agota en la simple enunciación de un deber surgido de la relación laboral, sino que se trata de un verdadero derecho fundamental. La figura de la retribución pensional está directamente relacionada con la satisfacción del derecho fundamental de las personas a la subsistencia, reconocido por la Corte Constitucional como emanación de las garantías a la vida (Art. 11 C.P.), a la salud (Art. 49 C.P.), al trabajo (Art. 25 C.P.), y a la seguridad social (Art. 48 C.P.); pero no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador.

El retardo en el que incurre las entidades del régimen del sistema de pensiones,, que se verifica por el lapso transcurrido entre la fecha en que se causan el reconocimiento del derecho y el pago oportuno de las mesadas máxime si dicho pago se produce en virtud de una orden judicial, causa un grave perjuicio económico a los pensionados

Quienes están obligados a pagar pensiones, deben cubrir oportunamente todas las sumas adeudadas y actualizarlas. Es necesario precisar que la falta de presupuesto de la administración, o la insolvencia de la entidad, como motivo para no pagar oportunamente las mesadas pensionales , no constituye razón suficiente para justificar el desconocimiento de derechos fundamentales como la vida en condiciones dignas y el bienestar del trabajador y sus familiares.

Es procedente la tutela contra actos u omisiones de los particulares cuando la solicitud sea para tutelar a quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción, indica el numeral 9° del artículo 42 del decreto 2591 de 1991.

“Esta facultad tiene fundamento jurídico en el derecho de igualdad, toda vez que quien se encuentra en alguna de las situaciones referidas no cuenta con las mismas posibilidades de defensa que otro particular. Por ello, el Estado debe acudir a su

protección -en caso de haberse violado un derecho constitucional fundamental- , lo cual no es otra cosa que una compensación entre el perjuicio sufrido y el amparo inmediato del derecho. Con todo, también debe advertirse que las situaciones de indefensión o de subordinación deben apreciarse en cada caso concreto”<sup>1</sup>.

Un jubilado tiene condición de inferioridad como persona de la tercera edad que se halla indefenso si su pensión de jubilación es suprimida o disminuida en forma unilateral por la entidad que la ha otorgado; y, adicionalmente se encuentra en condición de subordinación respecto a quien le paga la mesada. Luego, puede válidamente instaurar la acción de tutela.

La pensión de jubilación es un derecho subjetivo.

En numerosas sentencias de la Corte Constitucional, entre ellas la T-355/952 y la T-313 del mismo año<sup>3</sup> se dijo que la pensión, cuando ha adquirido la condición de situación jurídica concreta, merece la especial protección constitucional. Esta posición garantista es resultado no solo de la Constitución de 1991, sino que tiene su antecedente en la transformación jurisprudencial que a partir de 1946 se dio al tema de las pensiones por parte de la Corte Suprema de Justicia, superándose el anterior criterio, que provenía desde el 10 de diciembre 1915, en decisión dividida porque cuatro de los nueve magistrados salvaron el voto<sup>4</sup> y que consideraba a la pensión como una gracia o recompensa gratuita <sup>5</sup> y sin características de derecho adquirido<sup>6</sup>. Se necesitó que el Consejo de Estado principiara a darle un nuevo enfoque a la liquidación de las pensiones para que lo que había sido salvamento de voto en 1915 se convirtiera en doctrina mayoritaria de la Corte Suprema el 28 de febrero de 1946<sup>7</sup> cuando se declaró inexecutable el artículo 9 del Decreto de 1932. Dijo la Corte Suprema:

"El régimen jurídico de la pensión de retiro, como el del sueldo, depende de la naturaleza jurídica de la pensión, en tanto que las condiciones legales no se han llenado (pensión eventual) el agente público se halla en una situación legal y reglamentaria; cuando las condiciones legales se han llenado, aquél se encuentra en una situación jurídica individual"<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> C-134/94, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

<sup>2</sup> M. P. Alejandro Martínez Caballero

<sup>3</sup> Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>4</sup> El ponente fue Augusto N. Samper y salvaron el voto: Pardo, Juan N.Méndez, Pulido y Bartolomé Rodríguez

<sup>5</sup> Sentencia de 25 de octubre de 1918, Ponente: Gnecco Laborde, ver G.J.T. XXVI, #1380, pág. 378 y la de 10 de diciembre de 1915 (g.j. #1225, p.165) ambas de la Corte Suprema, Sala Plena.

<sup>6</sup> Ver. G.J.T. XLV, # 1928, pág. 600. Sentencia de 18 de octubre de 1937, Ponente : Pedro Alejo Rodríguez.

<sup>7</sup> M.P. Aníbal Cardoso Gaitán

<sup>8</sup> Gaceta Judicial #2029, pág. 1°.



"Desde que un agente público ha llenado las condiciones preestablecidas y se ha producido por los medios legales el reconocimiento de una pensión en su favor, tiene el status que corresponde a una pensión adquirida. El derecho del trabajador es entonces irrevocable en el sentido de que las condiciones, las bases de la liquidación, las tarifas que resultan de los textos legislativos en vigor en tal momento, no podrían ser modificados en detrimento suyo".<sup>9</sup>

En 1961 reitera la Corte Suprema, en sentencia de constitucionalidad, que las pensiones son derechos personales de los beneficiarios y otorga créditos contra la entidad que la concede<sup>10</sup> .

El tema ya no ofrece complicación alguna en la Constitución de 1991, por cuanto ésta se expidió precisamente con el fin de asegurar el trabajo dentro de un marco económico y social justo (Preámbulo de la Carta), caracterizándose al Estado como social de derecho, fundado entre otras cosas en el respeto al trabajo (artículo 1º), teniendo como uno de sus fines esenciales la efectividad de los derechos dentro de los cuales está la remuneración, el reajuste y el pago oportuno de la pensión (artículos 53, 46 y 48), todo ello dentro del marco de la dignidad (artículo 53). Luego, la protección a quien ha adquirido su derecho a la pensión debe ser efectiva.

Ahora bien, en derecho público como en derecho privado, la efectividad de las obligaciones sólo se logra si existen los mecanismos judiciales necesarios para que los individuos puedan exigir tales conductas por parte del Estado. De lo contrario el derecho se convierte en una mera proclamación de propósitos que nadie asume como propios. En el caso de los derechos constitucionales fundamentales se ha establecido la tutela con el fin de hacer efectivos los derechos de manera pronta y adecuada.

La acción de tutela es la respuesta instrumental al propósito del constitucionalismo contemporáneo, según el cual las personas deben gozar efectivamente de sus derechos fundamentales"<sup>11</sup>

Hasta dónde va la protección del derecho fundamental, ha sido tema en varias sentencias de la Corte Constitucional, por ello, viene al caso hacer esta referencia analógica:

Las conductas omisivas de las entidades encargadas de la seguridad social (Caja Nacional de Previsión Social, Instituto de los Seguros Sociales) en atender y cumplir debida y prontamente con sus obligaciones frente a los pensionados atenta contra el

---

<sup>9</sup>Ibidem.

<sup>10</sup>Sentencia de 11 de diciembre de 1961, Ponente: Enrique López de Pava, G.J.T. XCVII, #2246-9, pág. 18.

<sup>11</sup>Ponente: Ciro Angarita Barón, T-526, 18 de septiembre de 1992.

principio fundamental que rige nuestro Estado social de derecho y que constituye uno de sus fines esenciales, consistente en la eficacia real y no formal de los derechos fundamentales de los asociados.

En efecto, el simple reconocimiento de las pensiones no implica que el derecho haya sido satisfecho en debida forma. Para ello es indispensable en aras de darle eficacia material, que efectivamente al pensionado se le cancelen cumplidamente las mesadas futuras y atrasadas, y que se le reconozca en aquellos casos que así se solicite, obviamente si se dan los presupuestos legales, la reliquidación o reajuste de la pensión a que tiene derecho. Obligación que debe hacerse efectiva dentro de los términos legales previstos para ello, en aras a no afectar ni desmejorar los derechos ni la calidad de vida de los pensionados.<sup>12</sup>

Respeto a los derechos subjetivos (inmutabilidad e intangibilidad).

En la sentencia T-292/9513, en un caso en el cual la tutela prosperó, se dijo:

“Razones de seguridad jurídica y de respeto a los derechos adquiridos o de las situaciones jurídicas subjetivas que han quedado consolidadas en cabeza de una persona, como también la presunción de legalidad de las decisiones administrativas en firme, avalan el principio de la inmutabilidad o intangibilidad de los derechos subjetivos reconocidos por la administración a través de un acto administrativo”.

Aunque esta jurisprudencia se refiere a actos administrativos, tiene aplicación para los casos en que la situación jurídica concreta proviene de un acto de gestión que reconoce una jubilación.

También es predicable contra los particulares la jurisprudencia que se ha venido desarrollando contra la administración (sería inequitativo que se aplicara para actos de la administración y se excluyera en el caso de tutela contra particulares) y que se expresa en la sentencia T-315/9614 :

“Esta prerrogativa con que cuenta el particular, como lo ha expuesto la Corte a través de sus distintas salas de revisión, tiene como objetivos, entre otros, evitar que la administración, en uso de ciertos poderes y aduciendo una serie de necesidades, desconozca derechos subjetivos cuya modificación o desconocimiento requiere de la anuencia de su titular, pues, sólo él, por la misma naturaleza del derecho, puede renunciarlo. Si la administración no logra obtener ese consentimiento debe buscar la

---

<sup>12</sup>Sentencia T-181, 7 de mayo de 1993, Ponente: Hernando Herrera Vergara.

<sup>13</sup> M.P. Fabio Morón Díaz

<sup>14</sup> M.P. Jorge Arango Mejía

intervención del aparato jurisdiccional, que decide si es posible modificar o desconocer los derechos reconocidos al particular.

Se busca, así, darle algún equilibrio a las relaciones que surgen entre la administración y el particular, asegurándole a éste que aquélla no modificará o desconocerá sus derechos, sin el agotamiento previo de ciertos requisitos. Se evitan así decisiones que asalten la buena fe del titular del derecho y rompan la seguridad jurídica”

### El principio de la buena fe

En la sentencia anteriormente citada se invoca la buena fe, que antes era un principio general del derecho y ahora ha adquirido rango constitucional.<sup>15</sup>

Como principio general del derecho, ha sido reconocido por la jurisprudencia colombiana especialmente desde 1935,<sup>16</sup> citándose la jurisprudencia y doctrina francesa y sobre todo el artículo 1603 del Código Civil Colombiano: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”. Norma que tiene su correspondencia en numerosos artículos del Código Civil<sup>17</sup> y que en la década del treinta también tendrá en Colombia importante tratamiento doctrinal: “De ahí que se hable de la buena fe como de un criterio primordial en la interpretación de las convenciones, gracias al cual el juez puede sacar triunfante la equidad sobre los rigores del formalismo”<sup>18</sup>.

El principio de la buena fe es también principio del derecho laboral, ha sido incluido en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 55 y aparece en la jurisprudencia laboral desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo: “El principio de la buena fe, que no es nuevo sino que data de las mejores tradiciones romanas, debe presidir la ejecución de los contratos, incluido el de trabajo”<sup>19</sup>. Sentencia ésta proferida el 9 de febrero de 1949<sup>20</sup> y que llega hasta analizar no solo la buena fe sino la mala fe, en los siguientes términos:

---

<sup>15</sup> Ver T-475/92, M.P. Eduardo Cifuentes MUñoz

<sup>16</sup> Ver Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, de 20 de mayo de 1936, G.J. #1904, p. 444 y ss.; 20 de octubre de 1937, G. J. 1928. Y, la Corte Suprema Colombiana hizo el análisis de la presencia de la buena fe en la jurisprudencia francesa desde un fallo de la Corte de Casación de dicho país el 3 de agosto de 1815 y uno famoso del 20 de junio de 1910. Ver también G. J. 1943, p.466

<sup>17</sup> Por ejemplo, artículos 768, 515, 716, 728, 732, 737, 764, 768, 769, 916, 963, 964, 966, 967, 983, 1033, 1324, 1512, 1633, 1877, 1974, 2804, entre otros.

<sup>18</sup> FRANCISCO TAFUR MORALES, La Nueva jurisprudencia de la Corte, edición de 1939, p. 78

<sup>19</sup> Gaceta del trabajo, T. IV, p. 82

<sup>20</sup> M.P. Luis Alberto Bravo

“La mala fe –ha dicho la Corte Suprema de Justicia- debe ser la deducción acertada hecha sobre la plena comprobación de hechos precisos de naturaleza incompatible con la bona FIDE, como lo sería, en tratándose de la buena fe contractual, la demostración evidente de una visible ventaja pecuniaria en una negociación celebrada con un incapaz, que mostrara un aprovechamiento inhonesto del estado de inferioridad en que ocurrió una de las partes a su celebración, es decir, la prueba de que se abusó de un estado de debilidad para obtener un indebido e injusto provecho, apreciable en el desequilibrio de los valores. Sin olvidar tampoco que la calificación de la fe jurídica, el rigor con que se exige o es exigible buena fe en los negocios de hecho, conformada probatoriamente y adoptada en las situaciones de cada caso”. (Lo resaltado es fuera del texto).

Y, la Corte Constitucional, habla de la proyección de la buena fe, C-68/9921 que hace adicionalmente un pormenorizado recuento de jurisprudencias anteriores:

“Con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, la buena fe tuvo en el derecho colombiano el carácter de principio jurídico que informa la normatividad, y al que se le dio aplicación como “regla general de derecho”, por la jurisprudencia nacional, con fundamento en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

Esa situación varió con la Constitución de 1991, cuyo artículo 83, de manera expresa elevó la buena fe a norma constitucional, como deber jurídico al cual habrán de “ceñirse” las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas y que, además, se presume en las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

En torno a lo dispuesto por el artículo 83 de la Constitución vigente, La H. Corte Constitucional se pronunció en diferentes oportunidades, así:

En sentencia C-544 de 1º de diciembre de 1994, se dijo entonces por la Corte: “La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe”. (Magistrado ponente, doctor Jorge Arango Mejía).

---

<sup>21</sup> M. P. Alfredo Beltrán Sierra

De esta suerte, es claro entonces que el comportamiento de los particulares en sus relaciones jurídicas, conforme a la Constitución se presume que se realiza con observancia plena de la lealtad, probidad y recto proceder que, además, con legítimo derecho espera cada uno que procedan los demás. Por ello, no puede el legislador suponer el quebranto del deber jurídico que impone la Constitución para que tanto los particulares como las autoridades públicas actúen en sus relaciones recíprocas, pues la confianza legítima en el proceder de buena fe, esto es en ceñirse a una conducta irreprochable en el comportamiento con los demás, es decir, en el proceder con lealtad y, en general con corrección y rectitud, son el soporte necesario para que exista seguridad y credibilidad en las relaciones sociales.

Cuando se trata el tema de las pensiones y la acción de tutela se tiene que se debe pensar en la justicia social. Si bien es cierto que entre lo que un asegurado cotiza y lo que se debe aplicar el principio de la proporcionalidad, es imprescindible, por otro lado guardar ciertos mecanismos redistributivos.

Así al crearse al sistema de seguridad social integral se dio impulso decisivo a la privatización del sistema previsional, no obstante que no se llegó al total manejo privado de las pensiones como ha ocurrido en Chile.

Es así que a través de las diversas reformas en las cuales se encuentra cimentado el régimen pensional ha procurado corregir, buscando alcanzar a toda la población, a todas las regiones geográficas y a todos los niveles de desarrollo económico.

De lo anterior se tiene que la carta política de 1991 se constituye en un antecedente fundamental para la concepción de la seguridad social como un servicio público permanente, con la consagración de principios rectores de la gestión privada y de la descentralización por niveles de atención con participación de la comunidad

Si bien se han desarrollado mecanismos a fin de que el mayor número de ciudadanos tengan acceso a la seguridad social, teniendo derecho a percibir el reconocimiento de la pensión y sus respectivos pagos; también lo es el hecho de que no siempre las normas establecidas se cumplen de forma regular y allí aparece la acción de tutela como mecanismo sencillo y eficaz mediante el cual el ciudadano puede hacer valer el mismo sus derechos, los cuales el Juez constitucional sopesa a fin de que si en efecto le asiste la razón y ante la vulneración de un derecho fundamental se le reconozcan derechos o se paguen obligaciones nacidas de ese derecho.

Si bien en principio la acción de tutela sesgo su decisión frente a determinados derechos fundamentales con el desarrollo de esta y la necesidad surgida para el conglomerado se ha hecho necesario el avance en la creación de un mecanismo expedito para la consecución de derechos en forma rápida.

Así desarrollado el tema de la acción de tutela hay lugar a determinar en que consiste la pensión y es así como ya se ha reiterado el derecho que le asiste al cotizante a que le sea pagada de forma sucesiva una mesada pensional una vez se reúnan los requisitos exigidos por la ley como los son las semanas cotizadas y la edad.

Así es importante anotar que el Tribunal Superior de Bucaramanga y los Juzgados Laborales a tono con las decisiones emitidas por la Corte Constitucional se ha determinado proteger el derecho a la seguridad social en los eventos en que no se ha reconocido la pensión por no encontrarse el bono pensional y en cuanto tiene que ver con la mora en las mesadas pensionales y así se traen a colación procesos dictados por la Sala del Tribunal en este aspecto así:

Dra. Ethel Cecilia Mesa de Mariño, en decisión de febrero de 2003, dijo que:

Se refiere a Mora en el pago de mesadas ,las cuales se ordena realizar.

“La Sala siguiendo el criterio de la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades, ha señalado que el pago puntual y completo de las mesadas pensionales se constituye en un derecho fundamental<sup>22</sup>, en particular para las personas de la tercera edad, para quienes sus mesadas constituyen la única fuente de ingresos que les permite llevar una vida en condiciones dignas y justas.

Y sobre la procedencia de la tutela para la obtención del pago del derecho al pago oportuno de la pensión de jubilación, la Alta Corporación ha precisado lo siguiente:

“Así, ha encontrado la Corte que puede tutelarse el derecho del trabajador a obtener el pago de su salario cuando resulta afectado el mínimo vital (Cfr. sentencias T-426 del 24 de junio de 1992, T-063 del 22 de febrero de 1995 y T-437 del 16 de septiembre de 1996); que es posible intentar la acción de tutela para que se cancelen las mesadas pensionales dejadas de percibir por una persona de la tercera edad en circunstancias apremiantes y siendo ese su único ingreso (Cfr. sentencias T-426 del 24 de junio de 1992, T-147 del 4 de abril de 1995, T-244 del 1 de junio de 1995, T-212 del 14 de mayo de 1996 y T-608 del 13 de noviembre de 1996); que cuando la entidad obligada al pago de la pensión revoca unilateralmente su reconocimiento, procede la tutela para restablecer el derecho del afectado (Cfr. Sentencia T-246 del 3 junio de 1996); que es posible restaurar, por la vía del amparo, la igualdad quebrantada por el Estado cuando se discrimina entre los trabajadores, para fijar el momento de la cancelación de prestaciones, favoreciendo con un pago rápido a quienes se acogen a determinado

---

<sup>22</sup> Cfr. sentencias T-484 y T-528 de 1997, T-031, T-071, T-072, T-075, T-106, T-242, T-297 y SU-430 de 1998, entre otras.

régimen y demorándolo indefinidamente a aquellos que han optado por otro (Cfr. Sentencia T-418 del 9 de septiembre de 1996); que resulta admisible la tutela para eliminar las desigualdades generadas por el uso indebido de los pactos colectivos de trabajo con el objeto de desestimular la asociación sindical (Sentencia SU-342 del 2 de agosto de 1995. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell).”(Negrilla y subraya fuera del texto original).<sup>23</sup>

“En el orden de ideas expuesto, para la Sala resulta claro, de acuerdo a los hechos alegados por la demandante, que su situación particular se adecua de manera correcta a una de las excepciones en las cuales la tutela resulta procedente como mecanismo judicial para hacer efectivo el pago de una acreencia laboral, porque las mesadas pensionales constituyen la única fuente de ingresos de la peticionaria.

“Y es que resulta evidente la trasgresión de los derechos alegados por la actora como violatorios al mínimo vital; pues si la única fuente de recursos económicos para la subsistencia del actor y de su familia se suspende o se elimina por el no pago de la pensión de jubilación, la omisión atenta de manera indiscutible contra su propia existencia haciendo imposible cubrir los gastos que se requieren para tener una vida en condiciones dignas y justas.

“Ahora bien, es importante insistir en que el derecho a la seguridad social adquiere el carácter de fundamental cuando su desconocimiento acarrea la vulneración o la amenaza de derechos de esa categoría y su protección resulta indispensable tratándose de la solicitud de pago oportuno de las pensiones reconocidas, ya que la pensión guarda una estrecha relación con el trabajo, principio fundante del Estado Social de Derecho, por derivar de una relación laboral y constituir una especie de salario diferido al que se accede previo el cumplimiento de las exigencias legales.

“Sobre este aspecto, la Corte Constitucional ha reiterado que el reconocimiento de las pensiones si bien hace parte del derecho a la seguridad social no agota la totalidad de su contenido, pues además de ese paso inicial es necesario que se dé cumplimiento al artículo 53 superior, de acuerdo con cuyas voces "El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales".

“En desarrollo del mandato que se acaba de citar, corresponde a las entidades públicas adelantar, con la suficiente anticipación, las gestiones indispensables para que los

---

<sup>23</sup> *Sentencia T-001 de 1997, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo,*

presupuestos, en los diversos niveles de la administración, contemplen las partidas que permitan sufragar las pensiones de manera oportuna y completa.

“La finalidad social del Estado se ve resquebrajada cuando las entidades públicas faltan a sus deberes e incurrir en mora, afectando de ese modo los derechos de los pensionados que, al igual que los trabajadores a quienes se les deja de cancelar el salario, sufren las consecuencias de la negligencia administrativa que no tienen el deber jurídico de soportar.

“De ahí que ante las incidencias de una economía inflacionaria, la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la precariedad de los ingresos del pensionado, se impone el mandato plasmado en el artículo 53 de la Constitución y procede la tutela para ordenar el pago de las pensiones, pese a que el juez no sea, en principio, el llamado a disponer la ejecución de partidas presupuestales ya que existen otros medios de defensa judicial que, según la jurisprudencia, no son eficaces para neutralizar con prontitud los perjuicios irrogados.

“Por lo tanto, vistas las anteriores consideraciones, se procederá a tutelar el derecho y en consecuencia se ordenará el pago de las mesadas pensionales de mayo a noviembre de 2002 junto con la mesada adicional de junio, y las mesadas pensionales y adicionales que en futuro se causen, fijando como término para el cumplimiento del pago de las mesadas adeudadas a la peticionaria el de un mes contado a partir de la notificación del presente proveído y en el evento de no existir apropiación presupuestal para ello, los entes demandados dispondrán del mencionado término para iniciar los trámites correspondientes a fin de lograr la consecución de dichos recursos, y proceder de esa manera a cancelar a la accionante las mesadas pensionales ya señaladas.

Las entidades accionadas deberán informar a ésta corporación el cumplimiento de lo ordenado dentro del término dispuesto para ello.”

Dra. Laura Elsa Gamarra de Noriega, 26 de junio de 2002

Proceso ordenando que se emita la resolución de reconocimiento de la pensión, se tutelo el derecho de petición.

“En el caso concreto, las entidades obligadas a financiar el pago del derecho pensional del actor, se trasladan mutuamente la responsabilidad por la morosidad en el reconocimiento y pago del derecho, aduciendo de una parte el trámite burocrático, en el caso del ISS o la deficiencia presupuestal, planteada por la Universidad Industrial de Santander.



“Pacíficamente la jurisprudencia especializada ha establecido los parámetros respecto del ejercicio y alcance del derecho fundamental de petición, uno de cuyos pronunciamientos la Sala se permite recordar:

“a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

“b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

“c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

“d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita”.<sup>24</sup>

“En ese orden, la Sala estima errado el planteamiento del cognoscente cuando afirma que el actor “ya tiene certeza”, sobre el reconocimiento de la prestación que reclama “pues, existe un proyecto de resolución de reconocimiento (fls. 49 a 51)”, si se tiene en cuenta que el llamado “proyecto de resolución”, carece del acto de notificación y por ende resulta abiertamente inoperante e inocho un pronunciamiento de esta naturaleza frente a los requisitos que reclama la respuesta que la administración debe proporcionar a los ciudadanos cuando se trata de resolver sus peticiones, como quedó visto precedentemente.

En esa forma se pronunció la Corte Constitucional, cuando señaló ante una situación de reconocimiento de un derecho de esta estirpe que “no resulta acertada la consideración de los jueces de instancia, al entender que la entidad accionada cumplió con su deber, al emitir un proyecto de resolución, pues no se ha realizado la notificación al interesado de la misma “<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-377 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero

<sup>25</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-164-98, 30 de abril de 1.998, M.P. Fabio Morón

“De otro lado no puede pasarse por alto, que el candidato a pensionarse es un tercero ajeno, extraño a las relaciones jurídicas entre entidades de seguridad social y los patronos públicos o privados en materia de trámite, emisión, corrección, liquidación de bonos pensionales tipo A o B, pues el peticionario no tiene por qué soportar una carga excesiva u onerosa en el trámite, así como en los riesgos de las relaciones jurídicas, más aún cuando la Ley 100 de 1993 y el decreto 1513 de 1998 otorgan a las entidades de la seguridad social mecanismos legales para obtener la emisión, trámite y liquidación de las cuotas partes o bonos pensionales según sea el caso y que corresponda pagar a prorrata a los patronos del sector público y privado en materia pensional.

“Incluso repárese que a términos del artículo 4 de la Ley 700 del 7 de noviembre de 2001, a partir de la fecha de su vigencia “los operadores públicos y privados del sistema general de pensiones y cesantías que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional, tendrán un plazo no mayor de seis (6) meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de reconocimiento por parte del interesado para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes”.

“En el presente asunto, la Universidad Industrial de Santander simplemente expidió con destino al Instituto de Seguros Sociales la liquidación provisional del bono pensional (fls.52 y SS.) y si bien este trámite constituye un paso previo al reconocimiento del derecho pensional, no se puede convertir en disculpa para prolongar en el tiempo, incluso como ocurre en este evento superando los límites que señala la ley, el pronunciamiento que corresponde para resolver en forma definitiva la pretensión del accionante.

“En consecuencia, se procederá a revocar la decisión de primera instancia y en su lugar se dispondrá la tutela del derecho de petición que demanda el doctor Eduardo Hanssen Villamizar, ordenando para tal efecto al Instituto de Seguros Sociales, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda, sino lo hubiere hecho, a resolver en forma definitiva y de fondo, el derecho a la pensión de jubilación que reclamó el accionante desde el 25 de abril de 2001 ante esa entidad.”

Es tan escaso el número de tutelas que se interponen frente a la consecución del derecho al reconocimiento de la pensión, reajuste y pago, que se hace difícil un estudio a nivel del departamento de Santander.

---

Es importante anotar que la negativa de las tutelas se refleja en cuanto a la situación de que se considera que todo lo referente a las pensiones son negadas; no obstante hay que considerar que la Corte Constitucional como se ha venido estudiando tutela el derecho a la seguridad social cuando está en conexión con la vida y es así que ante un perjuicio irremediable hay lugar a proteger al mayor adulto.

Del análisis realizado se puede considerar la acción de tutela como un mecanismo alternativo en casos donde por la inminencia de un perjuicio irremediable se hace necesario solicitar la protección por parte del estado y este tiene como principal objetivo el velar porque los ciudadanos que se encuentran en estado de indefensión y es el caso de los mayores adultos que han entregado su vida y su fuerza laboral a fin de que con sus aportes y los de los empleadores se configure un ahorro el cual se hace necesario cuando la edad no permite realizar trabajo alguno y mejor después de laborar la mayor parte de la vida requieren de el sustento a fin de culminar la existencia de manera digna y conforme al esfuerzo de toda una existencia.

## **CORTE CONSTITUCIONAL- JURISPRUDENCIA**

### **BONOS PENSIONALES**

“En la sentencia C-177 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, se dijo:

“El reconocimiento y pago de la pensión de vejez encuentra sustento constitucional en la protección especial que debe brindar el Estado al trabajo humano en todas sus modalidades (Art. 25), pues se impone que el fruto del trabajo continuado durante largos años sea la base para disfrutar el descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de la producción laboral es evidente. Así mismo, la pensión de vejez goza de amparo superior en los artículos 48 y 53 de la Constitución, los cuales establecen que el pago de la pensión debe realizarse de manera oportuna dentro de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, propios de la seguridad social en Colombia”.

“Así mismo, la doctrina constitucional ha señalado que, cuando se afecte el mínimo vital de personas de la tercera edad, el derecho al pago de la pensión de vejez o de jubilación también tiene el carácter de derecho constitucional fundamental<sup>26</sup>, como

---

<sup>26</sup> Sentencias T-005 de 1995, M.P. Dar. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-063 de 1995, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, T-606 de 1995, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, T-051 y T-202 de 1996, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, T-

quiera que se deriva directa e inmediatamente de los derechos a la seguridad social<sup>27</sup> y al trabajo, pues "nace y se consolida ligado a una relación laboral"<sup>28</sup>. Igualmente, en determinados casos, el derecho a la pensión puede adquirir carácter de fundamental en conexidad con la violación a la igualdad o al debido proceso, conforme a la doctrina constitucional elaborada por esta Corporación en la sentencia SU-111 de 1997. En tales circunstancias, la Corte entiende que la tutela puede ser procedente en aquellos casos en que la acumulación de esas semanas, y por ende el traslado de las sumas cotizadas, aparecen asociados al desconocimiento del mínimo vital o a la violación de la igualdad y del debido proceso."

Significa lo anterior, que el señor Hincapié Suárez, en aras de obtener su pensión de jubilación, puede acudir a la tutela para reclamar la remisión de los bonos pensionales a la entidad que le va a decretar la prestación.

Emisión del bono pensional.

La liquidación y remisión de los bonos pensionales a la entidad que finalmente debe reconocer y pagar una pensión, ha sido ordenada mediante tutela por la Corte Constitucional<sup>29</sup>, y en ellas se ha protegido el derecho a la vida y la seguridad social de los aspirantes a pensionados. Inclusive se ha procedido de esa manera tratándose de pensiones especiales. Particular importancia tiene la sentencia T-577/9930, por cuanto señala que el decreto 1474 de 1997, debe interpretarse favoreciendo los intereses del actor (en el mismo sentido se había pronunciado la T-01/9931). Dijo la T-577/99:

"Es claro en el presente caso y siguiendo jurisprudencia reiterada de esta Corporación, que no corresponde a la Corte ordenar el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, pero sí le compete advertir en este preciso caso, que la negativa del ISS en reconocer la pensión a la señora Graciela Mejía, estriba en que la entidad accionada no cancela efectivamente el bono, tal como lo expresa el decreto 1474 de 1997, disposición que debe interpretarse favoreciendo los intereses de la actora. Sobre el punto debe la Corte insistir en que el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la norma laboral configura un mandato imperativo del Constituyente, motivo por el cual ninguna autoridad puede sustraerse a darle plena eficacia.<sup>32</sup>

---

081 de 1997, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, T-299 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, entre muchas otras.

<sup>27</sup> Sentencias T-135 de 1993, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, T-181 de 1993 y T-156 de 1995, M.P. Dr. Dr. Hernando Herrera Vergara.

<sup>28</sup> Sentencia T-453 de 1992, T-181 de 1993. M.P. Dr. Hernando Hererra Vergara

<sup>29</sup> Cfr. Sentencias T-241 DE 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, T-360 DE 1998, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, T-440, T-549 y T-551 de 1998, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>30</sup> M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>31</sup> M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>32</sup> C-168 del 20 de abril de 1995 M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

“De ahí que en el fallo de la Corte se hubiere ordenado que en 48 horas la entidad que debiera haber emitido el bono lo hiciera y pusiera a disposición del ISS el dinero correspondiente al bono pensional necesario para el trámite de la pensión de jubilación de quien interpuso la acción de tutela.”

En el expediente de tutela, cuyos fallos se revisan se observa que la entidad demandada no ha procedido a efectuar la cancelación del respectivo bono pensional al Seguro Social, aduciendo la inexistencia de “los recursos en el flujo de caja para el pago de los bonos pensionales de los ex empleados de la Gobernación que han cumplido los requisitos para su jubilación...” (folio 28), no obstante haber cumplido el tutelante con los requisitos legales para gozar de la pensión respectiva; sin embargo, el I.S.S. no ha procedido al reconocimiento de la pensión de jubilación debido a la negativa de la entidad obligada a poner a disposición de dicha entidad el correspondiente bono pensional a que tiene derecho el actor por haber laborado en otras entidades.

La situación antes descrita necesariamente ha repercutido en los derechos fundamentales del demandante, a quien se le ha afectado su derecho al mínimo vital, pues mientras no se produzca su reconocimiento, su vida en condiciones dignas y justas se encontrará desprotegida.

Vía de Hecho, dignidad, seguridad social, derechos adquiridos.

En la sentencia T-671 de 2000, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, se agregó:

“Se incurre en una vía de hecho si a sabiendas de que una persona tiene el tiempo y la edad requerida, a través de Resolución se les niega la pensión con la disculpa de que no ha llegado la plata del bono. Esto ocurre en la gran cantidad de tutelas que se interponen por esta razón. Particularmente grave es lo que se aprecia en algunas tutelas objeto de revisión: con mucho esfuerzo el aspirante a jubilado consigue que se solicite el bono, pero luego o no lo emiten o lo emiten pero no sitúan el dinero. Lo más inhumano es que si el afectado reclama o interpone tutela, el Seguro Social profiera Resolución no concediendo la pensión, con el peregrino argumento de que la ley prohíbe reconocer pensiones a quien no esté amparado por la expedición del bono y previo el envío del dinero a la Entidad administradora de pensiones.”

“En conclusión, se afectan derechos fundamentales (especialmente el de dignidad, mínimo vital, seguridad social, derechos adquiridos) cuando la demora en la emisión del bono impide el acceso a una pensión de jubilación a la cual tiene derecho quien haya

adquirido el status de jubilado. Y se incurre en vía de hecho si estando probado que una persona tiene derecho a la pensión se le niega ésta por lo de los bonos, máxime cuando hoy la misma normatividad ha adoptado una posición ecléctica: reconocimiento con la expedición, sin necesidad del pago.”

La acción de tutela, como es obvio, no esta prevista para dirimir disputas ni para tramitar reclamos en torno a la aplicación de la ley, pero sí para establecer si frente a la Constitución, una determinada conducta es lesiva de los derechos fundamentales.

Así las cosas, en el presente caso, como se ha mencionado en otros similares a éste<sup>33</sup>, resulta inaceptable la prolongación en el tiempo, y la dilación, casi contumaz, de los trámites administrativos, de un asunto que lleva implícitos derechos fundamentales como el de la vida, seguridad social y el derecho al pago oportuno de las pensiones.

Por tanto, esta Corporación al analizar que evidentemente el actor requiere de este bono para el reconocimiento de su respectiva pensión y que está demostrado que sí laboró en el ente demandado, concederá la tutela para garantizarle sus derechos a la vida y a la dignidad humana, por lo que en la parte resolutive de esta sentencia se impartirán las órdenes respectivas, en el entendido de que la entidad accionada, en este caso la Gobernación del Valle deberá destinar los recursos necesarios para el pago del bono pensional al Seguro Social.”

En este orden de ideas se tiene que la pensión no puede negarse so pretexto de que el bono no se ha emitido y en este punto es de vital importancia la utilización de la acción de tutela interpuesta.

### **MORA DE LAS MESADAS PENSIONALES- MINIMO VITAL**

Sentencia de tutela No. 335 de 2001- 29 de marzo de 2001

“La vulneración al mínimo vital por la omisión del pago oportuno de la mesada pensional aumenta cuando se trata de personas de la tercera edad. Si el mínimo vital es consecuencia del principio de dignidad humana, la protección de este derecho de subsistencia se hace más exigente cuando se relaciona con personas de la tercera edad. La ancianidad constituye una condición de debilidad manifiesta cuando se depende del pago oportuno de la mesada pensional porque el anciano no posee alternativas de manutención al quedar por fuera del mercado laboral.

---

<sup>33</sup> Cfr. sentencias, T-690 y T-691 de 1999, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

La Constitución reconoce a las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección por ser susceptibles, con mayor facilidad, de encontrarse en situaciones que comprometan la efectividad de sus derechos. El artículo 46 de la Carta Política reconoce el derecho de quienes al final de su vida laboral tienen la facultad de gozar de una vejez digna y plena. La Corte en desarrollo de la protección efectiva de los derechos de los ancianos ha dado preciso alcance al mandato constitucional de defender prioritariamente, el mínimo vital necesario para la promoción de la dignidad de los ancianos.

En un Estado social de derecho la efectiva protección de la dignidad humana pasa por la convicción de que su mera consagración no es suficiente para que algunas personas puedan gozar de la verdadera autodeterminación. La libertad se torna en una ilusión cuando las personas no pueden acceder a un mínimo de medios materiales que les garantice su subsistencia. Por ello, la relación existente entre el pago oportuno de la mesada pensional y el mínimo vital de las personas de la tercera edad no es algo superfluo sino por el contrario reviste carácter de fundamental al garantizarle a los ancianos las condiciones para asegurar autónomamente su propia subsistencia.

En el caso sub-examine, el fallo que se revisa negó la acción de tutela por considerar que la autoridad municipal cumple su obligación con los pensionados al crear la asignación presupuestal así no se pague oportunamente la mesada pensional y permite la vulneración del mínimo vital de las personas de la tercera edad hasta tanto las arcas de tesorería posean los recursos.

Procede entonces, revocar la decisión de instancia y en su lugar ordenar al Alcalde Municipal de Agua de Dios Cundinamarca, para que en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas (48) cancele las mesadas pensionales adeudadas a los actores. Si no dispusiere de los recursos suficientes para ello dispondrá del término anteriormente señalado para iniciar las gestiones tendientes a la obtención de los recursos económicos que le permitan cumplir en su totalidad con el pago de las obligaciones pendientes con los accionantes, para lo cual dispondrá de un plazo máximo de tres (3) meses.”

En igual sentido se ha pronunciado así, de fecha junio 29 de 2001.

En un fallo reciente de unificación, la Corte reiteró que la pensión de jubilación es un componente del derecho al trabajo cuyo sentido es garantizar la subsistencia en condiciones dignas de quien, por razones de la edad y del tiempo de cotización, adquiere tal derecho, el cual ha sido reconocido como fundamental en el caso de las personas de la tercera edad<sup>1</sup>:

“La Seguridad Social que se reclama mediante el reconocimiento de la pensión de vejez, no puede verse como algo independiente o desligado a la protección del derecho al trabajo el cual es garantizado de manera especial en la Constitución, por considerar que es un principio fundante del Estado Social de Derecho que ella organiza. Como el derecho controvertido nace y se consolida ligado a una relación laboral, en cuyo desarrollo la persona cumplió los requisitos de modo, tiempo de cotización y edad a los cuales se condicionó su nacimiento, es necesariamente derivación del derecho al trabajo”<sup>1</sup>

En un fallo de 1992, esta Corporación se refirió en los siguientes términos a la relación que surge entre el derecho a la pensión de jubilación y el derecho de petición cuando la entidad competente no da respuesta a la solicitud del accionante para el reconocimiento de dicho derecho.

“Dos son los derechos fundamentales que ostensiblemente se violaron al petente, a saber, el de petición (Art. 23, C.N.), pues la suya no fue resuelta dentro de los términos legales, pero ni siquiera dentro de periodos humanamente imaginables, como se ha descrito, y se cometió con él una absurda arbitrariedad en todas las formas reprochable; y el del trabajo (art. 25. C.N.) que es uno de los fines del estado y constituye fundamento de la República. [...]

Es de notar que él [el derecho de petición] consiste no simplemente en el derecho de obtener una respuesta por parte de las autoridades sino de que haya una resolución del asunto solicitado, lo cual si bien no implica que la decisión sea favorable, tampoco se satisface sin que se entre a tomar una posición de fondo, clara y precisa, por el competente; por esto puede decirse también que el derecho de petición que la Constitución consagra no queda satisfecho con el silencio administrativo negativo que algunas normas disponen, pues esto es apenas un mecanismo que la ley se ingenia para que el adelantamiento de la actuación sea posible y no sea bloqueada por la Administración, especialmente con vista en la promoción de las acciones judiciales respectivas, pero en forma ninguna cumple con las exigencias constitucionales que se dejan expuestas y que responden a una necesidad material y sustantiva de resolución y no a una consecuencia meramente formal y procedimental, así sea de tanta importancia”<sup>1</sup>.

En el caso presente de conformidad con lo que aparece probado en el expediente, el Instituto de Seguros Sociales no sólo no ha respondido oportunamente, sino que la

---

ensión de jubilación como un derecho fundamental para las personas de la tercera edad.

<sup>34</sup> Corte C

nstitucional, Sentencia T-481 de 1992, MP: Jaime Sanín Greiffenstein. En esta oportunidad, la Corte Constitucional confirmó el fallo proferido en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el qu



información solicitada por el accionante sólo ha sido posible obtenerla cuando en el curso del proceso de tutela la accionada es requerida por el juez de tutela para informar sobre las razones de la demora en el pago de la pensión de jubilación del actor. La solicitud presentada inicialmente el 2 de noviembre de 1994, fue respondida 9 meses después, denegando la pensión, a pesar de que al parecer, según se deduce del oficio CAPSE—2915—20001, para esa fecha el accionante cumplía con los requisitos de edad y semanas cotizadas<sup>1</sup>.

Luego, las solicitudes presentadas por el accionante en octubre de 1999 y mayo de 2000 sólo fueron atendidas por la accionada en diciembre de 2000, durante el trámite de la acción de tutela y por razón de la misma, sin responderle directamente al actor. La vulneración del derecho de petición se presenta en este caso por no haberse dado una respuesta pronta y formal al actor sobre el estado de su pensión de jubilación, como quiera que a pesar de cumplir con los requisitos para su reconocimiento y existir una liquidación del valor del bono pensional, al actor no se le ha informado cuál es el acto administrativo mediante el cual ésta le fue reconocida, ni se le ha comunicado cuáles son los trámites pendientes y la fecha a partir de la cual efectivamente se le empezarán a pagar las mesadas pensionales correspondientes. Este comportamiento, a la luz de la jurisprudencia citada, resulta lesivo de derechos fundamentales que deben ser protegidos a través de la acción de tutela.

2.3. Presunción de la vulneración del mínimo vital y procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo para el pago de acreencias laborales y pensionales.

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la indefinida y prolongada dilación del pago de las mesadas pensionales hace presumir la vulneración del mínimo vital del pensionado y de su familia y en tal evento, cabe la tutela como mecanismo excepcional para el pago de estas acreencias. Así lo ha dicho la Corte:<sup>1</sup>

“La improcedencia de la acción de tutela para el pago de acreencias laborales y pensionales, es la regla general, por la existencia de mecanismos judiciales de defensa

---

se ordenó al I.S.S. iniciar los trámites pertinentes para el reconocimiento al accionante de la pensión de jubilación por invalidez. La Corte Constitucional adicionó en el fallo en comento la orden al I.S.S. que definiera de forma definitiva si la solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación era procedente.

<sup>35</sup> Cfr. Folios 8 a 11.

<sup>35</sup> Si se aplica la fórmula definida por la Ley 100 de 1993, el 2 de noviembre de 1994 el accionante no sólo cumplía con el requisito de edad, sino que había cotizado más de 1000 semanas para su pensión de jubilación.

<sup>35</sup> Ver C

rte Constitucional, S

ntencias T-308/99, MP: Alfredo Beltrán Sierra, T-259/99, MP: Alfredo Beltrán Sierra y T-554/98, MP: Fabio Morón Díaz, entre otras.

<sup>36</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-308/99, MP: Alfredo Beltrán Sierra. En esta sent

distintos de esta acción, que permiten la satisfacción de esta pretensión (T- 246 de 1992, T-063 de 1995; 437 de 1996, T- 01, T- 087, T-273 de 1997, T- 11, T- 75 y T-366 de 1998, entre otros). Sin embargo, cuando la cesación de pagos representa para el empleado como para los que de él dependen, una vulneración o lesión de su mínimo vital, la acción de tutela se hace un mecanismo procedente por la idoneidad e ineficacia de las acciones ante la jurisdicción laboral para obtener el pago de salarios y mesadas pensionales futuras, que garanticen las condiciones mínimas de subsistencia del trabajador o pensionado (sentencias T- 246 de 1992, T-063 de 1995; 437 de 1996, T- 01, T- 087, T-273 de 1997, T- 11, T- 75 y T-366 de 1998, entre otras).

“El cese de pagos salariales y pensionales, prolongado o indefinido en el tiempo, hace presumir la vulneración del mínimo vital tanto del trabajador, del pensionado y de los que de ellos dependen, hecho que justifica la procedencia de la acción de tutela, a efectos de ordenar al empleador o la entidad encargada del pago de mesadas pensionales, el restablecimiento o reanudación de los pagos (sentencia T-259 de 1999). En tratándose del pago de pensiones, ha de presumirse que su pago está afectando el mínimo vital del pensionado y, por ende, corresponderá a la entidad encargada de pagar esta prestación, desvirtuar tal presunción.”<sup>1</sup>

En consecuencia, tal como ocurre en el caso presente, la carga de la prueba se invierte, correspondiéndole a la entidad encargada de pagar esta prestación desvirtuar dicha presunción. Al no haber sido desvirtuada por parte de la accionada y haber transcurrido un lapso prolongado sin la emisión del bono pensional y sin el pago de las mesadas correspondientes, procede la tutela como mecanismo excepcional para la protección del derecho al mínimo vital.

## **IMPOSIBILIDAD DE TRASLADAR AL INDIVIDUO LAS CONSECUENCIAS DE LA INEFICIENCIA DE LAS ENTIDADES**

Sorprende en el presente caso la forma como el Instituto de Seguros Sociales ha omitido el cumplimiento eficaz y eficiente de sus funciones constitucionales y legales.

Esta Corporación ha señalado que frente al cumplimiento de los compromisos laborales y pensionales por parte de entidades estatales, éste debe regirse por los principios de eficacia y eficiencia consagrados en el artículo 209 de la Carta. La función pública debe ajustarse al cumplimiento de estos dos principios, los cuales son, a la vez, pautas de comportamiento de la administración dentro del Estado Social de Derecho y

---

ncia la Corte tuteló los derechos laborales y pensionales cuyo pago había sido aplazado indefinidamente debido a la crisis financiera por la que atravesaba la entidad accionada.

<sup>37</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-089 de 1999 MP: José Gregorio Hernández Galindo. En este fallo la Corte señaló que “*Los entes territoriales incumplen de manera grave sus obligaciones cuando abandonan a sus trabajadores privándolos de sus sa*

mecanismos para desarrollar los fines esenciales del Estado<sup>1</sup>. Al respecto, la Corte ha dicho:

"El principio de eficacia (CP Art. 209) no se reduce al simple cumplimiento de las disposiciones y exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión, esto es, por la persona destinataria de la acción o de la abstención estatal.

"El principio de eficacia es especialmente importante cuando se trata de procesos administrativos que involucran derechos fundamentales. El acatamiento de las normas del Estado social de derecho impone a los funcionarios una atención especial a la persona y a sus circunstancias.

"Tratándose de derechos fundamentales, la administración pública está obligada a cumplir con unos resultados y no simplemente con la puesta en obra de unos medios. En este sentido son, por lo menos hasta cierto punto, indiferentes las causas del retraso administrativo. La deliberada negligencia administrativa, las fallas ocasionadas por la ineptitud o incompetencia de los funcionarios o simplemente la ineficacia del sistema, no pueden ser presentadas como razones válidas para disculpar la protección de los derechos de las personas."<sup>1</sup>

"Una actuación desordenada e ineficiente<sup>1</sup> de la administración, aunque el objetivo buscado con ella sea la prevaencia del interés general sobre el particular, comporta, casi con seguridad, daños que, por el mismo caos generado en la falta de previsión de quienes debieran desplegarla en grado sumo habida cuenta de sus responsabilidades públicas, se salgan de su propio control y se produzca, entonces, además del perjuicio al interés colectivo, una violación a los derechos fundamentales de los asociados involucrados en tal situación. La responsabilidad por la vulneración de los derechos en casos como el señalado recae en la administración. Sería injusto que la soportaran los particulares, sobre todo si, como sucede en el caso bajo examen, ellos están ejerciendo una actividad lícita.<sup>1</sup>

---

*arios o pensiones, y con dicha actitud, no solo quebrantan clarísimos derechos individuales y colectivos, sino que dejan inaplicados principios constitucionales de primer orden que deberían haber presidido su gestión, como los del artículo 209 de la Carta".*

<sup>38</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-056/94. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>38</sup> Sobre este tema de la eficacia y eficiencia, también pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-479/92. MP: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Cballero, T-074/93, MP: Ciro Angarita Barón, T-005/95, MP, José Gregorio Hernández Galindo, T-716/96. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>39</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-115 de 1995, MP: José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>39</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-259/99, MP: Alfredo Beltrán Sierra y T-308/99, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>39</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-387/99, MP:

En el caso presente, el Instituto de Seguros Sociales ha condicionado el reconocimiento de la pensión de jubilación del actor y el pago de la misma con base en dos tipos de argumentos: i) la existencia de trámites que deben ser agotados; y ii) la falta de recursos para el pago de la pensión.

En cuanto al primer motivo, el Instituto de Seguros Sociales ha justificado el incumplimiento de sus deberes en la existencia de términos exigidos por las normas legales vigentes en la materia, aun cuando posteriormente no los respete; y en la necesidad de esperar indefinidamente a que se adelanten unos trámites.

En relación con el segundo motivo, el Instituto asegura que no está obligado a reconocer y pagar la pensión de jubilación hasta tanto no sea expedido el bono pensional respectivo por la Gobernación de Antioquia. La Corte analizará este punto, después de hacer unos breves comentarios sobre el primero.

Invocar trabas de índole práctica a manera de justificación para postergar indefinidamente el respeto de los derechos resulta contrario a la Constitución Política. La ineficiencia administrativa no puede servir de excusa para desconocer los derechos constitucionales y los costos no pueden ser trasladados a los ciudadanos, y menos aún cuando se trata de sujetos especialmente protegidos por la Constitución, como es el caso de las personas de la tercera edad, respecto de quienes se presume que la omisión en el pago de la pensión a la que tienen derecho, afecta también su derecho al mínimo vital.

La Corte reitera que el cese prologando e indefinido en el pago de las pensiones legalmente debidas, así como cualquier otra traba administrativa, en ningún caso es excusa válida para vulnerar las condiciones mínimas de existencia del ex trabajador y de su familia.<sup>1</sup>

Ha puesto de relieve la jurisprudencia de esta Corporación<sup>1</sup> que el asunto adquiere más gravedad cuando el incumplido es el Estado, porque éste debe respetar las consecuencias que trae consigo el principio constitucional que define a Colombia como un estado social de derecho<sup>1</sup>.

En este orden de ideas se concluye que la acción de tutela frente a la vulneración de los derechos es un mecanismo expedito y rápido siempre y cuando se encuentre que el derecho al reconocimiento y pago de la pensión va unido a un derecho fundamental.

---

Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>40</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-525/99, MP: Carlos Gavir a Díaz.

<sup>41</sup> Sentencia C-177/98, MP: Alejandro Martínez Caballero, en la que la Corte Constitucional examinó si lo

Lo anterior no indica que frente a situaciones que se desarrollan la justicia ordinaria ha adquirido una forma eficaz y para ello se ha tornado más rápida y cada vez más el funcionario ve la necesidad de un trabajo eficaz, rápido y acorde al material probatorio; por tanto podemos observar que el Consejo Superior de la Judicatura ha establecido los mecanismos pertinentes para que el ciudadano pueda considerar que la justicia ordinaria saca adelante los procesos dentro de una dinámica eficaz y rápida.

Nos obstante que ante un perjuicio irremediable la acción de tutela esta en la primera línea de protección del mayor adulto.

Es de resaltar para finalizar el pronunciamiento hecho por la H. Corte Constitucional frente a la indexación de la primera mesada pensional y que a contrario de al H. Corte Suprema de Justicia que solo aceptaba aplicar la indexación a las pensiones reconocidas después de la ley 100, la Corte Constitucional sitúa un precedente frente a la variación de los salarios en el tiempo y es así como a través de la sentencia, Sentencia SU-120 de mayo 13 de 2003, CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA, Dr. Alvaro Tafur Galvis en alguno de sus apartes planteo:

5. Mas, existen aspectos puntuales sobre esta materia que en esta oportunidad la Sala de Casación Laboral precisa, a fin de rectificar los criterios que en ocasiones anteriores se han esbozado:

a) Huelga resaltar, en principio, que no se indexan las obligaciones contractuales, en tanto acreedor y deudor han tenido la oportunidad de pactar mecanismos de protección contra el proceso inflacionario. El juez no puede interferir en el libre juego de las voluntades de los contratantes, quienes, en presencia de un hecho notorio como la inflación, deciden celebrar una negociación y mantener incólumes el valor de sus prestaciones exigibles en un mediano o largo plazo. Teniendo los contratantes la posibilidad de prever un fenómeno absolutamente notorio para cualquier hombre de mediana capacidad que entra en la esfera negocial, deben actuar ellas con diligencia y cuidado (*nemo auditur propiam turpitudinem alegans*).

Ahora bien, esta primera tesis es válida mientras se cumpla la obligación en la oportunidad convenida. Porque no satisfecha en tiempo, si del incumplimiento se deriva una significativa depreciación de la misma, entonces puede solicitarse su indexación como un componente del daño emergente ocasionado al acreedor.

b) Se indexan las obligaciones puras y simples, vale decir, existentes y exigibles, cuya fuente es directamente la ley, cuando ésta no previó ningún mecanismo para que al acreedor se le entregara la prestación a que realmente tiene derecho. Se propende con ello restablecer el equilibrio perdido en la relación jurídica emanada de la norma, por no haber precavido los alcances de su tendencia nominalista. El presupuesto es, se reitera, la presencia de una obligación cierta, respecto de la cual existe una situación jurídica constituida y cuyos efectos se surtieron o se están surtiendo. Ilustra lo afirmado en este punto, el caso de las prestaciones sociales, respecto de las cuales ha dispuesto el legislador, de manera expresa, la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de manera que siendo ésta, por definición del precepto en cita, una

“indemnización”, no desvirtuada la mala fe y condenándose a ella, tórnase improcedente la indexación por haberse previsto una fórmula indemnizatoria propia.

c) No se indexan, pues, en primer lugar las obligaciones condicionales suspensivas, es decir, las pendientes “de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no”, según las voces del artículo 1530 del Código Civil, en tanto enerva la adquisición del derecho mientras él no se cumpla (art. 1536 ib.). En segundo término, tampoco se revalorizan los derechos eventuales. Estos, conforme a la teoría de las obligaciones, son los que emanan de un acto, hecho o negocio jurídico en formación (in nuce), o incompleto o imperfecto, como los que han reunido uno o varios de los elementos necesarios para su existencia, pero les falta otro u otros de ocurrencia futura. Mucho menos, no está demás decirlo, pueden ser valorizadas las meras expectativas de derechos, respecto de las cuales no cabe hablar, siquiera, de obligación.

6. Lo antes expresado conduce a la Corte a rectificar su doctrina expuesta en fallos de mayoría, citados por el juzgador ad quem, para dejar por sentado que no es posible, jurídicamente hablando, indexar la primera mesada pensional cuando el derecho se reconoce en la oportunidad indicada en la ley y el empleador, obligado a su pago por no haberla sustituido en ninguna entidad encargada del riesgo, no ha retardado su cancelación. Lo dicho se funda en las siguientes razones:

a) Porque el derecho a reclamar la pensión solo surge respecto de su acreedor a partir de la concurrencia de dos elementos esenciales para su existencia: 1) el cumplimiento de una cantidad pre-establecida de cotizaciones o de un determinado número de años de labores, según se estuviera, o no, cubierto por el régimen de la seguridad social; y 2) el advenimiento de la edad señalada en la ley para obtenerla. Quien, como en el caso del actor, ha satisfecho uno solo de los dos factores esenciales para alcanzar la pensión (el tiempo de servicio fijado en la ley o pactado en la convención) tiene, a no dudarlo, un derecho eventual, apenas en ciernes, en tanto falta el otro de los componentes imprescindibles para que se pueda consolidar, con un titular del derecho, de una parte, y un obligado a su satisfacción, por la otra.

Sostienen algunos que en el caso antes referido hay más bien un derecho sometido a condición suspensiva; pero, en rigor jurídico, se trata de un derecho in nuce, por cuanto en la relación jurídica condicionada el derecho se encuentra perfeccionado, solo que sus efectos se hallan en estado de latencia por estar pendientes de un hecho futuro e incierto, ajeno a su esencia y no requerido para su constitución. El derecho eventual y su obligación correlativa, en cambio, nacen a la vida jurídica en el momento en que se completan los requisitos exigidos en la ley o en el contrato; tal es el caso de los derechos del nasciturus, o el del asignatario (C.C., art. 1215), o el de los esposos (art. 1771 y SS, ib.), los del constituyente de una hipoteca (art. 2441, ib.), y, en materia laboral, entre otros, los del trabajador con derecho a la pensión de invalidez (L. 100/93, art. 39), de vejez (art. 33 ibídem), de jubilación (CST, art. 260), por aportes (L. 71/88, art. 7º), de sobrevivientes, para no citar más.

Muchos doctrinantes van más allá, pues consideran que en el caso de que sólo se haya satisfecho uno de los componentes vitales para la existencia del derecho a obtener la pensión, lo que hay es una mera expectativa. Esto implica, por supuesto, la posibilidad de negociación y renuncia de parte del trabajador de su esperanza de adquirir un derecho fundado en una norma vigente, e incluso de modificación o extinción mediante ley de lo que hasta entonces no era un derecho por falta de los presupuestos materiales o de hecho.

En cambio, en tanto derecho eventual, el empleador o la entidad de previsión, deudor futuro de la pensión que se le reclamaría en caso de completarse los elementos requeridos para su existencia, sabe que hay una “expectativa de derecho” y no una “mera expectativa”, expresiones que no se deben confundir, como no lo hace la doctrina ni la ley, en la medida en que la primera comprende los derechos condicionales y los eventuales, que por su especial naturaleza confieren al futuro titular (de cumplirse la condición suspensiva, en los primeros, o completarse los elementos faltantes, en los segundos) posibilidades jurídicas de administración, conservación y disposición (C.C., arts. 575, 1215 y 1547 a 1549).

b) Así pues, integrados los requisitos necesarios para la consolidación del derecho en cabeza de su titular, nace la obligación de pagar la mesada que la ley impone, conforme a los parámetros en ella señalados, y el derecho correlativo de quien adquiere la pensión. Antes no, porque mientras el derecho eventual se perfeccionaba había apenas una expectativa de derecho, o mejor, un derecho en perspectiva, esto es, en vías de adquirirse; pero, jamás, un derecho adquirido.

c) La obligación surgida a la luz del derecho es la indicada en la ley, esto es, la mesada pensional, para cuyo cálculo el legislador dispuso, de manera expresa, factores matemáticos precisos. No existe, pues, vacío legal alguno al respecto y, por lo mismo, no le cabe al juzgador apartarse de lo preceptuado en las normas vigentes, según cada caso, por cuanto sería asumir una conducta contraria a su claro tenor literal, so pretexto de decidir en equidad que, valga decirlo, sigue siendo criterio auxiliar en la resolución de los conflictos. No existe, en consecuencia, laguna legal que llenar con los principios generales del derecho, y tanto es ello así, que desde la década del sesenta se dispusieron mecanismos para conjurar el deterioro real de las pensiones, hasta llegarse a la actualización anual con base en el salario mínimo legal, en la Ley 71 de 1988, mejorada con la fórmula consagrada en la Ley 100 de 1993.”

“d) Puede reclamarse el reconocimiento de la pensión, de acuerdo con lo antes dicho, desde cuando se constituye el derecho, esto es, se completan los elementos requeridos para su existencia. Y sólo entonces se podrá exigir la mesada reconocida, entendiéndose, desde luego, que el acreedor de ella deberá estar retirado del servicio, en la medida en que esta sí es una condición de la cual pende la exigibilidad de su pago.”

“7. Las conclusiones expuestas constituyen la nueva doctrina de la Sala Laboral de la Corte sobre esta temática, para lo cual se tuvo en cuenta, además, que la tesis estricta de la “indexación de la primera mesada pensional” conduciría al extremo de tener que actualizar, con base en el costo de la vida, no sólo los derechos exigibles, sino las bases salariales de su establecimiento, principio que aplicado a otras situaciones iguales aparejaría fatalmente una indexación general de los salarios y de las bases de liquidación de todas las prestaciones con sus perturbadoras consecuencias jurídicas y económicas; así las cosas, los acuerdos celebrados en el contrato de trabajo o en las convenciones colectivas perderían su validez, en tanto tendrían que quedar sujetos a la referida actualización. De igual modo, aplicados esos criterios aún después de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se aniquilarían los efectos del inciso 3º de su artículo 36, que sí estableció, por primera vez, la corrección monetaria del ingreso base de liquidación de pensión de vejez o jubilación, pues lo concebido en los fallos anteriores al presente sobre el punto

contraría el texto de la nueva ley, si en cuenta se tiene que ésta actualiza la base de las cotizaciones de los años indicados en el precepto, y no la primera mesada.”

Finalmente no puede desconocerse que la equidad también está consultada por la Ley 100 de 1993, dado que a partir de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, además de éstas, debe cancelar el deudor a tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se cancele la obligación.”

## **PENSIÓN DE INVALIDEZ**

La Corte ha considerado que no obstante su naturaleza prestacional, el derecho a la seguridad social y en especial a la pensión de invalidez, como derivado de aquel, pueda asumir en determinadas circunstancias el carácter de fundamental, dada su íntima relación con los derechos a la vida, al trabajo y a la salud. El derecho a la seguridad social tiene su expreso reconocimiento de manera genérica en el artículo 48 de la Constitución y específicamente con respecto a las personas disminuidas físicas, sensoriales y psíquicas en el artículo 47 ibídem.

El derecho a la pensión de invalidez es una de las formas de expresión del derecho a la seguridad social; busca compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral mediante el otorgamiento de una prestación económica y de salud.

La seguridad social constituye un servicio público obligatorio dirigido, controlado y coordinado por el Estado para salvaguardar la vida, la dignidad humana, la integridad física o moral, contra toda clases de adversidades que pongan en peligro el desenvolvimiento de la vida individual y social, por cuanto su gran misión es combatir las penurias económicas y sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la colectividad, prestándoles asistencia y protección. La institución de dicho servicio encuentra además soporte en el artículo 13 de la C.P. que le impone al Estado la obligación de proteger especialmente a aquellas personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

La H. Corte Constitucional en la sentencia T- 239/931 se pronunció sobre la materia en los siguientes términos:

---

<sup>1</sup> M.P. Antonio Barrera Carbonell.



"Si bien el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez compete a la entidad empleadora o a la institución de seguridad social a la que está adscrito el trabajador y, en caso de conflicto, a la justicia ordinaria, una vez obtenido su reconocimiento le corresponde al Estado garantizar la efectividad de este derecho fundamental, principalmente, mediante su pago oportuno ( C. P. Art. 53)".

"La pensión de invalidez representa para quien ha perdido parcial o totalmente la capacidad de trabajar y no puede por sí mismo proveerse de los medios indispensables para su subsistencia, un derecho esencial e irrenunciable (C.P. Art. 48). El no pago oportuno de las pensiones de invalidez atenta directamente contra el derecho a la vida y los principios de dignidad y solidaridad humana sobre los que está fundado nuestro Estado Social de Derecho (C.P. Art. 1º)".

"No sólo la íntima conexidad entre la pensión de invalidez y los derechos a la vida y el trabajo llevan a la Corte a afirmar su linaje de derecho fundamental. La pensión de invalidez es una especie del derecho a la seguridad social, el cual ostenta igualmente el carácter de fundamental cuando su titularidad se predica de personas de la tercera edad (Sentencias T-426/92; T-011/93; T-135/93) o de disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos (Sentencia T-427/92)"

"3. La condición de disminuido físico, sensorial o psíquico - que subyace a la calificación médica de pérdida de la capacidad laboral como presupuesto del reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez -, coloca a la persona afectada bajo la órbita del derecho a la igualdad y la hace acreedora de una protección especial del Estado por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta (C.P. Art. 13). El desconocimiento del derecho fundamental a la pensión de invalidez y a su pago oportuno puede entrañar igualmente una vulneración del derecho a la igualdad, en este caso al derecho a ser tratado de modo especial por encontrarse en una situación de desventaja frente a las demás personas (C.P. Art. 2 y 13). En consecuencia, no es desacertada la invocación del derecho a la igualdad por parte del accionante de tutela frente a lo que considera una omisión arbitraria de la autoridad pública que atenta contra sus derechos fundamentales".

las personas que se encuentran en situaciones de discapacidad, requieren de un trato especial encaminado a promover y proteger sus condiciones de empleo y su rehabilitación e integración social, toda vez que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, debilidad que fácilmente puede materializarse, en el momento que se determine diagnóstico de una disminución de la capacidad laboral del 50%, hecho que en sí mismo, y en el estado actual de cosas que vive el país, ha de generarle una incertidumbre sobre las posibilidades reales de empleo, muy superior a la de cualquier otra persona que no se encuentre en condiciones de minusvalía.

En este orden, la Carta Política, en su artículo 47 señala que “el Estado adelantará una política de prevención, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”. Y así lo ha reconocido también el legislador en la Ley 361 de 1997, que en su artículo 22 establece que "El Gobierno dentro de la política nacional de empleo adoptará las medidas pertinentes dirigidas a la creación y fomento de las fuentes de trabajo para las personas con limitaciones para lo cual utilizará todos los mecanismos adecuados a través de los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social, Salud Pública, Educación y otras entidades gubernamentales, organizaciones de personas con limitación que se dediquen a la adecuación, a la educación especial, a la capacitación, a la habilitación y rehabilitación. .

En igual sentido fue promulgado el Convenio N° 159 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, conforme al cual "todo Miembro [de la OIT] deberá considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de la persona en la sociedad" (numeral 2, artículo 1). Y como una forma de desarrollo de tal mandato, la misma ley 361 de 1997 prevé claramente que "en ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo(...)" (artículo 26), al tiempo que su artículo 27 ordena a las entidades públicas considerar a los discapacitados en condiciones de igualdad con los demás participantes para los concursos de ingreso al servicio público y la preferencia en la vinculación de los discapacitados en caso de que se presente empate en los mismos.

Estas, como aparece claro de los apartes transcritos, son algunas de las disposiciones tendientes a lograr que los discapacitados tengan acceso a fuentes de trabajo, o las conserven.

No obstante al presentarse una situación de minusvalía y para efectos de solucionar las dificultades económicas, se tiene que ver que habría lugar a amparar a través de la acción de tutela y como mecanismo transitorio el reconocimiento de la pensión de invalidez.

La invalidez por riesgo común se entiende como la pérdida del 50% o más de la capacidad laboral, originada en un accidente no ocurrido por causa o con ocasión del trabajo, así como la originada en un estado patológico, congénito o adquirido, que sobreviene por causas distintas a la actividad que desarrolla el trabajador, o por factores independientes de la clase de labor que ejecuta". Y así lo ratificó la Junta Nacional de Calificación de invalidez al señalar cómo, conforme al artículo 12 del

Decreto 1295 de 1994, "toda enfermedad o patología, accidente o muerte que no hayan sido calificados como de origen profesional, se considera de origen común".

En igual sentido, los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, señalan que:

"Art. 38. Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

"Art. 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan algunos de los siguientes requisitos:

"a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos cincuenta (50) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y

"b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos cincuenta (50) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez..."

Finalmente, y aún cuando en principio el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, contemplaba que la valoración del estado de invalidez para efectos de tramitar la correspondiente pensión, se encontraba a cargo de las Juntas de Calificación de Invalidez, actualmente, dicha disposición se encuentra modificada por el artículo 102 del Decreto 266 de 2000, cuyo inciso segundo señala que "(...) Corresponde al Instituto de los Seguros Sociales, a las administradoras de riesgos profesionales, ARP, a las compañías de seguros que asumen el riesgo de invalidez y muerte, a las entidades promotoras de salud, EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de la capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación, se acudirá a las juntas de calificación de invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la junta nacional. (...)", de manera que la constancia expedida por el Seguro Social el 8 de febrero de 2000, en la que se certifica sobre el estado de invalidez del actor, es suficiente para que éste inicie el trámite a su derecho pensional.

## **PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES**

La pensión de sobrevivientes busca impedir que, ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento. Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte,

"la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria". La ley prevé entonces que, en un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del occiso y compartían con él su vida, reciban una sustitución pensional para satisfacer sus necesidades. Esta naturaleza jurídica de la pensión de sobrevivientes muestra que ésta goza de una autonomía propia, que la hace separable del conjunto del régimen de pensiones, puesto que es específica y beneficia de manera concreta a determinadas personas, que se ven afectadas por la muerte de su padre, su cónyuge o compañero permanente, o sus hijos o hermanos. Por consiguiente, siendo separable esa prestación, en principio es discriminatorio que la ley señale que los beneficiarios de los regímenes especiales tienen un régimen más restrictivo en este campo que el previsto para la población en general.

La Corte Constitucional, la Carta Política estableció un marco de protección constitucional que reconoce y protege, tanto a la familia matrimonial como a la extramatrimonial, siempre, claro está, que esta última se constituya por la voluntad libre, responsable y seria de un hombre y una mujer, de conformidad con los elementos de estabilidad y permanencia. Es decir, la Carta Magna protege la familia matrimonial y extramatrimonial, en cuanto llenen las características que establece el legislador para proteger este tipo de instituciones sociales. Las diversas formas de familia protegidas constitucionalmente, encuentran reconocimiento pleno en las normas sobre la seguridad social integral, entendida ésta como el conjunto de instituciones, procedimientos, sistemas legales, de que disponen las personas y la comunidad, para garantizar los derechos irrenunciables a la misma, cuyo propósito es obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana y precaver el cubrimiento de necesidades futuras, mediante la estructuración de un régimen de salud o uno pensional que proteja al trabajador y a su núcleo familiar ante las contingencias como la invalidez, la enfermedad, la vejez o aún la muerte.

En múltiple jurisprudencia, la Corte Constitucional, ha estimado que la Carta Política estableció un marco de protección constitucional que reconoce y protege, tanto a la familia matrimonial como a la extramatrimonial, siempre, claro está, que esta última se constituya por la voluntad libre, responsable y seria de un hombre y una mujer, de conformidad con los elementos de estabilidad y permanencia. Es decir, la Carta Magna protege la familia matrimonial y extramatrimonial, en cuanto llenen las características que establece el legislador para proteger este tipo de instituciones sociales.

Para la Corte, es claro, que las diversas formas de familia protegidas constitucionalmente, encuentran reconocimiento pleno en las normas sobre la seguridad social integral, entendida ésta como el conjunto de instituciones, procedimientos, sistemas legales, de que disponen las personas y la comunidad, para

garantizar los derechos irrenunciables a la misma, cuyo propósito es obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana y precaver el cubrimiento de necesidades futuras, mediante la estructuración de un régimen de salud o uno pensional que proteja al trabajador y a su núcleo familiar ante las contingencias como la invalidez, la enfermedad, la vejez o aún la muerte.

Para la Corte resulta relevante reiterar en este caso concreto lo expuesto por esta Corporación sobre la denominada pensión de sobrevivientes:

En efecto, dijo la Corte en sentencia C-081 de 1999, la cual declaró exequible la expresión normativa “la compañera o compañero superviviente contenida en los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993, lo siguiente:

“Ahora bien, la situación reconocida por la Carta en el artículo 42 sobre la familia extramatrimonial, es a su vez, reafirmada por la legislación, por el derecho comparado y aún por la jurisprudencia colombiana, penal, civil, laboral o contencioso administrativa, en cuanto aceptan y reconocen las diferentes formas de relaciones familiares extramatrimoniales y ordenan darle un tratamiento igual al que se le otorga a la familia matrimonial. Ese tratamiento de igualdad, previsto por la Carta, es una preceptiva de aplicación directa y no programática, por cuanto el constituyente no exige un desarrollo, por parte del legislador, como sí lo obliga en otros aspectos normativos contenidos en Constitución de 1991, para dar protección y reconocimiento a las diversas estructuras familiares que asumen en el mundo contemporáneo las diversas modalidades de orden filial o sanguíneo.

“En este orden de ideas, la unión marital de hecho, esto es la comunidad familiar constituida por un hombre y una mujer, y forma una familia que merece reconocimiento jurídico y social, siempre y cuando acredite los elementos básicos de permanencia y estabilidad por lo que , es innegable, a juicio de la Corte que faltando tan solo la formalización de su vínculo conyugal, deban recibir un tratamiento jurídico equiparable o semejante por muchos aspectos al que merece la unión conyugal.

"....

“Ahora bien, sobre la denominada pensión de sobrevivientes, que es el tema que ocupa la atención de la Corte, esta Corporación debe advertir, que sobre esta materia, objeto de reflexión constitucional, actúan circunstancias fácticas y principios jurídicos superiores relativos a esta disciplina jurídica, los cuales poseen sus propios ámbitos y principios teleológicos, que en algunos aspectos difieren ostensiblemente del régimen legal de la familia, dado que éste último se halla conectado e influenciado estrechamente con derechos clásicos del derecho privado como los de propiedad y sucesiones, mientras que los principios de la seguridad social se encuentran animados por razones de servicio público, y de protección social, cuyas normas, instituciones y

procedimientos tienden a proteger la calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad diseñan legislativa y administrativamente, para proporcionar una cobertura integral, en cuanto a las contingencias y riesgos, especialmente, las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad; por lo tanto, como servicio público de carácter obligatorio, éste se concreta o materializa frente a los ciudadanos como derechos irrenunciables (Art. 48 C.N.) y especialmente fundamentales, con relación a los menores (Art. 44 C.N. ), los cuales procuran solucionar y satisfacer problemas vitales e inmediatos de subsistencia, que nacen como consecuencia de las contingencias previamente establecidas por el legislador; por lo tanto, estima esta Corte, que los principios generales de esta materia, condicionan la interpretación del ordenamiento jurídico que regula las instituciones sobre previsión social, como ocurre con la sucesión o los beneficiarios de un pensionado. Por lo tanto, el legislador establece, en el régimen de la seguridad social integral, a propósito de la muerte de un afiliado, órdenes sucesorales o requisitos de hecho que procuran proteger a quienes dicha contingencia afecta directamente, es decir al núcleo familiar más próximo del titular de la prestación pero, entendido éste, más con un criterio material y socioeconómico que puramente legal, sin que, desde luego se abandone absolutamente este último enfoque.

“Dadas estas circunstancias, por razones de orden constitucional y de los principios propios del derecho de la seguridad social, los cuales puede el legislador configurar libremente, según el artículo 48 superior en aplicación, en cuanto a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, éste en el artículo 47 literal a) de la ley 100 de 1993, toma más en cuenta factores sociológicos, reales o materiales, en el entendido de lo que es una relación material de pareja, como quiera que se trata de una prestación de previsión, con lo cual procura aliviar la condición de precariedad económica en que queda la familia al desaparecer su cabeza, vale decir, el titular de la pensión, independientemente, de que alguno de los miembros de la pareja goce de la condición de cónyuge o de compañera o compañero permanente.” (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz).

Ahora bien en este mismo sentido, en la sentencia de julio 1º de 1993, proferida por el H. Consejo de Estado, sección segunda, dijo a propósito del criterio de "la convivencia" con el pensionado, como el factor decisorio para resolver los conflictos que se suscitan entre los beneficiarios de la prestación social, lo siguiente:

“Pues bien, la ley da preferencia al cónyuge sobreviviente en la sustitución de los derechos pensionales de la persona fallecida sobre la eventual compañera o compañero permanente de ésta, privilegio que solamente pierde cuando, conforme a lo dispuesto por el artículo 7º del Decreto 1160 de 1989, exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del causante no hubiere vida en común con él, salvo en caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber

abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía.

“En este orden de ideas, se tiene que a falta del cónyuge es beneficiario de la sustitución pensional el compañero permanente según corresponda; entendiéndose que falta el cónyuge, según lo dispone el artículo 6º del decreto citado, en los siguientes casos: por muerte real o presunta, por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico, y por divorcio; pero también se entiende que falta el cónyuge para efectos de que la compañera o compañero permanente puedan adquirir el derecho a la sustitución pensional cuando aquél, con anterioridad al fallecimiento del causante, ha perdido ese derecho sin que posteriormente lo haya recobrado por haberse restablecido la vida en común de los casados, puesto que el espíritu que orienta la normas que rigen la sustitución pensional a cargo de los empleadores particulares es el de proteger a la persona que en realidad prestó asistencia y compañía al trabajador o a la persona pensionada hasta el momento de su fallecimiento, claro está, que sin perjuicio del cónyuge que no lo pudo hacer por culpa del causante.”

De otra parte, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, en sentencia de fecha junio 17 de 1998 (M.P. Dr. José Roberto Herrera Vergara), dijo en relación con la pensión de sobrevivientes lo siguiente:

“Dentro del esquema normativo de la ley 100 de 1993, en el régimen de prima media con prestación definida se consagran las eventualidades de la pensión de sobrevivientes ocasionada en muerte de origen común, tanto por fallecimiento del pensionado como del afiliado. Respecto de aquel, basta que al momento del deceso tenga derecho a una pensión por vejez o invalidez, al paso que para éste se necesita haber cotizado 26 semanas y estar aportando al sistema al momento de su muerte o haberlas sufragado dentro del año inmediatamente anterior en el caso de haber dejado de aportar.

“En ambos casos, son ‘beneficiarios’ los miembros del grupo familiar en las condiciones previstas en el literal a) del artículo 47 de la ley 100 de 1993, esto es ‘en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite...’ y ‘...en caso de que la pensión de sobreviviente se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido’...”

“Así las cosas, la norma en cuestión, en síntesis, enuncia básicamente tres requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, ya con la calidad de cónyuge o compañera (o) a saber: a) la convivencia del pensionado con el reclamante al momento de su muerte; b) que haya hecho vida marital desde el momento en que el fallecido tuvo derecho a la pensión y c) que haya convivencia por lo menos dos años continuos con anterioridad al fallecimiento, salvo que se haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.

“En desarrollo de la norma legal mencionada, se dictó el decreto reglamentario 1889 de 1994, cuyo artículo 9, intitulado ‘cónyuge beneficiario de la pensión de sobreviviente por muerte del pensionado’; es del siguiente tenor: ‘el cónyuge del pensionado que fallezca tendrá derecho a la pensión de sobreviviente cuando cumpla los requisitos exigidos por los literales a) de los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993.

Por otra parte, esta Sala de Revisión de la Corte, debe reiterar, nuevamente, los criterios vertidos en las sentencias C-389 de 1996 y C-081 de 1999, a propósito de las pautas de interpretación que permiten entender la constitucionalidad y el alcance de los artículos 46 y 74 de la ley 100 de 1993. En efecto, sostuvo la Corte que:

“...la legislación colombiana acoge un criterio material - esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte - como elemento central para determinar quien es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido.

Por todo lo anterior, la Corte considera que es equivocada la interpretación que efectúa el actor del literal parcialmente acusado, pues la norma establece que para que el compañero o cónyuge supérstite pueda acceder a la pensión de sobreviviente es necesario:

- que conviva con el pensionado al momento de su muerte;
- que haya hecho vida marital desde el momento en que el fallecido tuvo derecho a la pensión;
- y, finalmente, que haya convivido al menos dos años continuos, y sólo este último requisito puede ser reemplazado por la condición alterna de haber procreado uno o más hijos con el pensionado.” (C-389/96 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

En este orden de ideas, de conformidad con las consideraciones anteriores de índole jurisprudencial, es apropiado entonces afirmar que la convivencia efectiva, al momento de la muerte del titular de la pensión, constituye el hecho que legitima la sustitución pensional y que, por lo tanto, es el criterio rector material o real que debe ser satisfecho, tanto por la cónyuge como por la compañera permanente del titular de la prestación



social, ante la entidad de seguridad social, para lograr que sobreviniera la muerte del pensionado, la sustituta obtenga la pensión y de esta forma el otro miembro de la pareja cuente con los recursos económicos básicos e indispensables para subvenir o satisfacer las necesidades básicas.

En la sentencia C-081 de 1999, que declaró exequible, el literal a) del artículo 47 de la ley 100 de 1993, la Corte acogió el criterio real o material, esto es la convivencia al momento de la muerte del pensionado, como el supuesto de hecho para determinar el beneficiario sustituto de la pensión, pero, claro está, conforme con lo dispuesto en la sentencia C-389 de 1996, requisito que puede remplazarse por la condición alterna de haber procreado o adoptado uno o más hijos con el pensionado fallecido para que se proceda a su pago.

La acción de tutela, ha dicho la Corte, no es en principio el mecanismo idóneo para lograr el reconocimiento de pensiones, o para lograr que se liquiden ellas o que se reanude su pago interrumpido, ya que para ello existen otros medios de defensa judicial.

Sin embargo, con miras a de la protección de la subsistencia de las personas en condiciones de dignidad, es procedente la tutela cuando el no pago de las mesadas atenta en forma directa contra el mínimo vital, que se ha definido como aquella suma estrictamente necesaria para cubrir las necesidades básicas de alimentación, educación, vestuario y vivienda, sin la cual es prácticamente imposible lograr el objeto constitucional enunciado dentro de los postulados del Estado Social de Derecho.

En cuanto tiene que ver con la pensión de sobrevivientes la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha realizado en el campo de la pensión de sobrevivientes ha hecho avances ostensibles que sobrepasan lo dispuesto en las normas establecidas, así en materia de pensiones de sobrevivientes, la acción de tutela se supedita a la continuidad en el pago de la prestación cuando esta ha sido suspendida.

## **25. SITUACIÓN FRENTE A LA EXPECTATIVA DEL ACTO LEGISLATIVO DE LA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN MATERIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

En este momento “ad portas” de la reforma de la administración de justicia y el artículo 86 de la Constitución Política sufrirá modificaciones, que de acuerdo a los planteamientos esbozados en el acto legislativo, habrá de ser como a continuación se transcribe:

**Artículo 86.-** Toda persona, natural o jurídica, tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces no colegiados, competentes de acuerdo con la ley, en todo momento y mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de los derechos fundamentales de que trata el Capítulo I del Título II de la Constitución cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. No habrá tutela contra decisiones judiciales, ni a través de ella podrán los jueces imponer a las autoridades públicas obligaciones de imposible cumplimiento o que supongan alterar las Leyes, Ordenanzas o Acuerdos del Plan de Desarrollo o del Presupuesto Nacional, Departamental o Territorial.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez (10) días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La Ley establecerá taxativamente los casos en los que la acción de tutela proceda contra particulares encargados de la prestación de un servicio público y cuya conducta afecte grave y directamente el interés particular del solicitante, o respecto de quien se halle en estado de indefensión.

Si bien dentro del desarrollo del estudio de este tema se observa que la tutela no ha sido el mecanismo por el cual la protección a la seguridad social en pensiones haya tenido una amplia incidencia, si es de anotar que frente a situaciones como la mora en el pago de las mesadas es un mecanismo alternativo, frente a instituciones que por la situación económica, el presupuesto, sin la previsión del pasivo, omitían estos pagos, que generalmente era por desviación de los dineros.

Sin embargo, considerar que no hay lugar por medio de la tutela a exigir el cumplimiento de pagos de mesadas, es un punto que se debatirá en su momento, ya que sigue habiendo la protección a los derechos a la vida y hasta donde una persona que depende de su mesada para cubrir sus gastos de vivienda y alimentación puede sobrevivir ante el no pago de sus mesadas.

La reforma a la tutela se da ante la necesidad de dar seguridad frente a la administración de justicia, y ese es su principal objetivo, por ello consideramos que el objetivo del constituyente como lo fue salvaguardar de manera rápida los derechos de

los desprotegidos frente a la burocracia, que no se excusa por cuanto los pensionados por su misma calidad son personas que han desgastado la vida trabajando y aun más se encuentran en desventaja frente a la consecución de un empleo.

Nuestro país un territorio dominado por la falta de planeación frente a las contingencias naturales de los ciudadanos, donde la seguridad social como derecho fundamental es irrenunciable, y que empieza a implementarse frente a la aplicación del principio de solidaridad y es que llegado al punto del extremo en que vivimos, donde en este momento las altas tasas de desempleo, conducen necesariamente a que los pensionados que se encuentran en este momento dependiendo de los activos queden al margen por la no consecución de los recursos.

La solución no necesariamente será como se está viendo , creación de normas que cada vez van restringiendo más las posibilidades de obtener una pensión de jubilación, sin embargo la falta de previsión en cuanto a la obtención de recursos para los actuales y futuros pensionados se hacen necesarias.

No obstante lo que se vislumbra a futuro es que la fuerza laboral no será la que debe sostener el régimen pensional sino los impuestos ya que el avance dentro de las economías se están deslaborizando los contratos de trabajo.

Así la única forma rápida y eficaz solución frente a los derechos de los pensionados se encuentran en la acción de tutela, acción que si bien se predica frente a perjuicio irremediables, es de todas el mecanismo idóneo frente a la solución de conflictos.

Dado que para la fecha el punto de la reforma no ha sido aprobada, lo que se vislumbra frente a la tutela es el hecho de que la reforma limitara los derechos de la tutela, excluyendo los derechos económicos y sociales, se desconocerán los derechos de los niños a la salud, el bienestar, al educación

Del anterior estudio realizado se infiere que la idea de la nueva normatividad es concluir la existencia de los derechos, donde cada institución vele por la celeridad y eficacia ante las peticiones a ellas realizadas y esto en principio sería un buen punto de partida, pero hasta donde en un país que requerirá un gran número de años para que su funcionarios maduren en la idea de eficacia, solidaridad y aun más donde hasta la fecha los recursos no se encuentran y el incumplimiento genera caos y el desmejoramiento del bienestar del ciudadano que tanto se ha predicado en la carta política como en las nuevas políticas implementadas puede convertirse en una quimera.

Otro punto relevante frente a las pensiones para este momento lo es el de el referendo

## **BASE JURÍDICA**

El artículo 378 de la Constitución que le da poder al pueblo para efectuar el referendo reza así:

Art.- 378- Por iniciativa del gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.

La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de éstos exceda la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.

Las condiciones del artículo 155, referidas anteriormente, son las siguientes:

ART. 155.- Podrán presentar proyectos de ley o de reforma constitucional, un número de ciudadanos igual o superior al cinco por censo del censo electoral existente en la fecha respectiva o el treinta por ciento de los concejales o diputados del país. La iniciativa popular será tramitada por el congreso, de conformidad con lo establecido en el artículo 163 para los proyectos que hayan sido objeto de manifestación de urgencia.

Los ciudadanos proponentes tendrán derecho a designar un vocero que será oído por las Cámaras en todas las etapas del trámite.

A través de la ley 792 el Congreso aprobó la iniciativa presidencial y después de sancionarla, se encuentra para su estudio y decisión de la Corte Constitucional. Una vez esa Corte decida y la apruebe en todo o en parte se fija y es así como en octubre 24 se procederá a la votación correspondiente.

## **ANÁLISIS DE LA PREGUNTA REFERENTE A PENSIONES**

El artículo 187 de la Constitución Política , con el siguiente texto.

A partir de la vigencia de la presente reforma constitucional, la persona que adquiera el derecho a pensionarse no podrá recibir con cargo a recursos de naturaleza pública una

pensión superior a veinticinco (25) salarios mínimos mensuales 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 , o provenientes de normas y acuerdo entre nacionales de cualquier naturaleza expirará el 31 de diciembre de 2007, con excepción del régimen pensional de los Presidentes de la República que tendrán eficacia desde la 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 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, con abuso del derecho.

A partir del 1º 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 Ley 100 llega a sus 10 años y académicos piden ajustes al sistema de pensiones, así es vista su aplicación

Un estudio de la Universidad Externado sostiene que no se han alcanzado los objetivos que fueron planteados en 1993.

Las propuestas del Gobierno para solucionar el problema pensional solo se preocupan por el aspecto financiero de conseguir recursos para financiar las futuras mesadas, y dejan de lado la realidad salarial de los colombianos y el factor humano, según el estudio que hace un balance de los primeros diez años de la Ley 100.

De acuerdo con el estudio, en la última reforma pensional, aprobada en diciembre, solamente se modificaron los parámetros básicos del régimen (montos, tasas y tiempos de cotización requeridos), pero no se abordaron aspectos administrativos, ni los pronunciamientos jurídicos de las altas cortes, ni los costos de operación.

"Mas allá de solucionar el problema de caja del sistema, hoy es necesaria una discusión sobre si el modelo actual de pensiones es pertinente a las circunstancias reales del país. Por ejemplo, habría que estudiar por qué razón el sistema promueve el ahorro individual sin considerar la verdadera capacidad de ahorro de la población trabajadora", sostuvo Luis Hernando Macías, uno de los coautores del estudio del Externado.

Agregó que el modelo pensional actual parece desconocer la estructura de salarios del país, dado que 94 por ciento de la población está cotizando por debajo de 4 salarios mínimos (1'280.000 pesos), en un entorno de desempleo del 14 por ciento y en donde 6 por ciento de la población obtiene subsidios de los más pobres en su pensión.

"Si no se modifica la estructura del modelo, periódicamente los trabajadores colombianos se encontrarán con nuevas reformas, siempre lesivas a sus intereses", enfatizó Macías.

Sí es social

Mauricio Rubio, asesor de pensiones del Ministerio de Protección Social, dijo que es errado desligar el tema financiero del social, ya que los dos sí están estrechamente relacionados. "En pensiones tenemos un déficit enorme, que si no se corrige a tiempo llevará a que colapsen varios sectores económicos, lo que definitivamente tiene un impacto social", indicó.

Cálculos oficiales estiman que el déficit del Seguro Social puede llegar a 1,5 billones de pesos en el 2004 y que luego cada dos años crecerá en 500.000 millones de pesos.

Rubio aseveró que en el Gobierno sí analizan la estructura laboral y salarial del país, pero explicó que la situación se agrava porque hay un alto porcentaje de cotizantes que son independientes o que están en la informalidad y que por la situación del desempleo dejan de pagar sus aportes con alguna frecuencia.

Otro de los puntos que analiza el estudio del Externado es la participación del Estado en el subsidio de las pensiones de los trabajadores, especialmente en el ISS, en donde hay mesadas mínimas y altas así el afiliado no haya ahorrado lo suficiente. Así mismo, temen que los ahorradores del sistema privado terminen financiando el Seguro.

Rubio aceptó la crítica con respecto a los subsidios, aunque aclaró que parte de ese problema se solucionó con la pasada reforma pensional. En lo que respecta al aporte de los del sistema privado al ISS, dijo que eso no es así porque los afiliados de las AFP cotizan 13,5 por ciento de sus salarios y esos recursos se van para su ahorro individual, un seguro provisional y los gastos de administración del fondo de pensiones.

"Los únicos afiliados del sistema privado que se podrían ver afectados por el déficit del Seguro son los que se salieron del ISS para pasarse a una AFP, ya que aún tienen pendientes sus bonos pensionales, pero eso precisamente es lo que se está tratando de evitar", dijo el funcionario.

Los investigadores del Externado también dijeron estar preocupados por la forma como se ha planteado la competencia entre el ISS y las AFP, porque ha llevado a que la gente se salga del Seguro, lo que deteriora sus finanzas cada vez más.

Rubio dijo que la competencia entre los dos sistemas es válida, pero que lo que se necesita es que la gente entienda los beneficios y las desventajas de cada uno.

En lo que sí hay consenso entre Gobierno e investigadores, es en que es necesario ampliar la cobertura del sistema pensional en el sector rural y en las microempresas.

Empresarios sí están satisfechos

Una encuesta de la Andi sobre percepción de los sistemas de salud, pensiones y riesgos profesionales encontró que la mayoría de los empresarios consultados están satisfechos con la seguridad social del país: 58,8 por ciento considera que la Ley 100 ha tenido impactos positivos en salud. En pensiones, este porcentaje fue de 62,5 por ciento, y en riesgos profesionales del 90 por ciento.

Así mismo, los empresarios calificaron a las principales entidades prestadoras de la seguridad social. En una escala de 1 a 5 la mejor nota fue para las Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP) y las cajas de compensación familiar, que sacaron 4,1. Por el contrario, el Sena pasó raspando con 3,1.

En pensiones, los empresarios dijeron que les parece buena la libertad para escoger el fondo y el régimen, al igual que el monto que se quiere ahorrar. También vieron como positiva la pérdida del monopolio del ISS. Sin embargo, les preocupa la magnitud del pasivo pensional y los problemas de sostenibilidad financiera.

Frente a los diversos debates que se suscitan por el hecho de que una normatividad que si bien lleva diez años, infinidad de decretos reglamentarios y modificaciones dadas por la ley 797 de 2003, no podría darse una apreciación del todo negativa ya que si bien

el problema que se ha de presentar no es producto de la ley 100 si no de la mala planeación presupuestal que hubo desde el inicio y que a pesar de las políticas de aumento de semanas de cotización de la edad , el monto de la misma cotización, no se ven cercano el éxito donde el sistema por si solo provea una eficaz protección y cobertura de los colombianos.

Sin embargo y haciendo conjeturas frente a un futuro donde los sistemas de comunicación avancen de manera tal que cada individuo de acuerdo a su verdadera capacidad socio económica este en disponibilidad de hacerlo , haga sus aportes y esto repercutirá en un buen sistema ya que no habrá evasión por parte de muchos y los mismos informales podrán de acuerdo a lo que realmente reciben. Así a real número de recursos , mayor probabilidad de que se desenvuelva el sistema de manera fluctuante de acuerdo a la población afiliada y a la población beneficiada.



## 26. CONCLUSIONES

Después de realizar el estudio sobre la Seguridad Social y en especial de la pensión, se observa que la situación actual del país en esta materia es crítica y nada consecuente con la realidad social. Lo anterior debido a los requisitos exigidos por el gobierno en la reforma pensional como son: el aumento en las semanas de cotización y en la edad para obtener la pensión teniendo presente que este requisito “sine qua non” es una política del Estado para poder cubrir la contingencia en el futuro. Es innegable que esto genera en los actuales afiliados una desmotivación y una lejana expectativa en el reconocimiento de su pensión.

Pero las razones por las cuales estos pagos no se efectúan radica muchas veces en la falta de recursos que toman otros destinos por cuenta de la corrupción de empleados y de los mismos beneficiarios, sumado al incipiente nacimiento del sistema, que partiendo del monto de la cotización y de acuerdo a los cálculos actuariales, no cubriría a los futuros pensionados en sus mesadas pensionales.

En este momento en que nuestro país atraviesa por una situación económica muy complicada las Cajas de Previsión y hasta el mismo Seguro Social pasan por alto el reconocimiento del pago de mesadas a ciudadanos de los sectores más afectados y desprotegidos como son los miembros de la tercera edad, los que sufren invalidez y por ende sus familias. Esto sin lugar a dudas afecta el derecho a la seguridad social, derecho que han obtenido no por una concesión graciosa del Estado, sino por largos años de ahorro para llegar a la vejez con la tranquilidad de poder suplir sus necesidades básicas.

Si bien la Seguridad Social consagrada en el artículo 48 de la C.P. no es un derecho fundamental, en algunos eventos son conexos a los de primero y segundo orden, por ejemplo en casos de no reconocimiento de la pensión o el no pago de las mesadas cuando la persona requiere de estos recursos para garantizar su derecho a la vida y al mínimo vital. Sin embargo a la luz del acto legislativo, el mecanismo de la Tutela se centrará en la protección de los derechos de primer y segundo orden, dejando de lado otros, negándole la característica de fundamental a la Seguridad Social muy a pesar de que indiscutiblemente va atado a estos primeros. La reflexión que hacemos es ¿por qué dejar de lado los derechos de personas que por su misma situación de vejez o

invalidez, no están en condiciones de sostener las mínimas necesidades con el argumento del gobierno de limitar pensiones y salarios con cargo a recursos de naturaleza pública.

Lo que se pudo comprobar claramente es que la acción de tutela, que ha estado vigente desde la Constitución de 1991, fue en su momento y seguirá siendo hasta que se sancione el proyecto de acto legislativo, un triunfo de las clases oprimidas las cuales eran tenidas en cuenta no solamente por su condición desfavorable sino por la obligación que le asiste al Estado Social de Derecho de brindar el bienestar que se predica en la Constitución Nacional. Lo que está haciendo el Gobierno nacional es sin duda alguna una intervención neoliberal enfocada a engordar el Estado con la supuesta consigna de “controlar el gasto público” pero contribuyendo a la desigualdad social.

Por tanto consideramos que la acción de tutela como mecanismo expedito y eficaz, debe conservar su identidad frente al otorgamiento de la pensión, consecución en el pago de mesadas y seguir operando como mecanismo transitorio ante la mora de las entidades. Para que en el futuro todos los colombianos de escasos recursos que tengan la edad y no hayan alcanzado las semanas de cotización puedan recibir su pensión y en los eventos en donde soliciten el reconocimiento del derecho a la seguridad social, las instituciones atiendan sus requerimientos oportunamente evitando trámites insuperables que en algunos casos los llevan a la muerte.

## **BIBLIOGRAFIA**

**AFANADOR NUÑEZ, Fernando.** “El Sistema Pensional Colombiano”, Editorial Legis, Bogotá, Colombia, 2001.

**JAIME, Patricia.** “La puesta en Marcha de un sistema de Pensiones en estrategias de Lanzamiento”. Publicación de Anif, Bogotá, Colombia, 1992

**LEGIS,** “Régimen de Seguridad Social en Colombia”, Bogotá, Colombia

**LEY 100 DE 1993. Diario Oficial No. 41148, dic, 23 de 1993**

**LEY 797 DE 2003, REFORMA AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES**

**UNIVERSIDAD NACIONAL.** Corte Constitucional y Seguridad Social, T. 7, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, Colombia, 1996

**CAMARGO, Pedro Pablo.** “Manual de la Acción de Tutela”, 1991

**PEREZ VILLA, Jorge.** Constitución Política de Colombia, Legis, Bogotá, Colombia, 1993

**CEPEDA, Manuel José.** “Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1.991”, Leyer Editores 1992

**CORTE CONSTITUCIONAL,** Sentencias T-017, C-247, C-262, T-020, T-022, T-030, T-111, T-136, T-165, T-188 DE 2.001

T-842 de 1999, C-870 de 1999, C-090 de 2000, T229 de 1994, T-152 de 1998, T- 144 de 1995, T-888 de 1995, T- 1698 de 2000