

Conferencia Interamericana de Seguridad Social



**Centro Interamericano de
Estudios de Seguridad Social**

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

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

REVISTA CIESS

PUBLICACIÓN DEL
CENTRO INTERAMERICANO DE
ESTUDIOS DE SEGURIDAD SOCIAL



PRIMERA ÉPOCA

DICIEMBRE

2001

NÚMERO

2



R E V I S T A

CIESS

Revista CIESS 2

Diciembre
2001

PUBLICACIÓN SEMESTRAL



**CENTRO
INTERAMERICANO
DE ESTUDIOS DE
SEGURIDAD
SOCIAL**

Órgano de docencia, capacitación e investigación de
la Conferencia Interamericana de Seguridad Social

LA DIGNIDAD Y LA SOLIDARIDAD COMO PRINCIPIOS RECTORES DEL DISEÑO Y APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL *

En el Estado social de derecho, el diseño y la aplicación de la legislación en materia de seguridad social debe sustentarse en la realización de los principios fundamentales de dignidad humana y solidaridad.

Fabio Morón Díaz **

La expedición de la Constitución de 1991 constituyó en nuestro país el momento histórico a partir del cual la sociedad, representada en la Asamblea Nacional Constituyente, decidió y adoptó un cambio de paradigma que sirvió para fundamentar una nueva estructura y una nueva forma de organización jurídico-política, dando el paso trascendental del Estado liberal al Estado social de derecho.

* Conferencia dictada en el Diplomado: "Seguridad Social. Desafío, Transición y Prospectiva", realizado por el CIESS del 30 de octubre al 1º de diciembre de 2000.

** Colombiano, abogado, Presidente de la H. Corte Constitucional de Colombia.

Una crisis profunda, originada parcialmente en un modelo de organización que no correspondía a las características propias de una estructura política que aceleradamente se introducía en la modernidad, el cual se sustentaba en los principios de un individualismo extremo y un marcado abstencionismo del Estado frente a la problemática de orden social, sirvió de argumento para justificar la construcción de un nuevo ordenamiento superior, que reivindica como epicentro del Estado al individuo mismo, en cuanto ser único, singular y diferente, el cual encuentra en la garantía de efectividad de los principios de dignidad, libertad, igualdad y solidaridad, la posibilidad real de desarrollarse como tal y contribuir, a través del ejercicio de su autonomía, a la consolidación de la sociedad de la cual no sólo hace parte, sino es protagonista.

Ese nuevo ordenamiento implica la implementación de un paradigma ético, en el cual se reivindica un individuo cuya condición esencial es la dignidad, condición que encuentra espacio propicio para su realización en aquel que garantice la efectividad de los principios que viabilizan su propio desarrollo integral, en tanto sujeto autónomo dotado de razón; principios que el Estado social de derecho consagra como esenciales a su propia filosofía, entre ellos, la igualdad en la diferencia, la convivencia armónica a partir de la tolerancia, el respeto a la heterogeneidad como condición básica para impulsar procesos de cohesión social y el pluralismo, como presupuesto esencial para el desarrollo de una sociedad que se fortalece en la diversidad.

La realización efectiva del principio fundamental de dignidad implica, para este modelo de Estado, la obligación de garantizar la integridad del ser humano, pues éste constituye razón de ser, principio y fin último de su organización estatal.

Ha señalado la Corte que el principio fundamental de la dignidad humana es también una norma jurídica de carácter vinculante para todas las

autoridades. El individuo es el centro y el fin de las acciones del Estado, y reclama de aquél el respeto y la promoción de los derechos inherentes a su condición y naturaleza, los llamados derechos fundamentales; la realización de esos derechos por lo general está estrechamente ligada a la satisfacción de ciertas necesidades básicas, a las cuales, sin embargo, *per-se* no se les reconoce esa categoría. Ese es el caso de la seguridad social.

En el Estado social de derecho la dignidad se refiere en esencia a la calidad de vida de las personas, que para ejercer su autonomía y participar activamente en el desarrollo de la sociedad a la cual pertenecen, requieren de un contexto en el que se les garanticen ciertas condiciones inherentes a su propia naturaleza. Sobre el particular la Corte Constitucional ha dicho:

“Ahora la Carta no sólo propende por la persona sino que a su materialidad ontológica le agrega una cualidad indisoluble: la dignidad.

“Se trata pues de defender la vida pero también una cierta calidad de vida. En el término “dignidad” predicado de lo “humano”, está encerrada una calidad de vida, que es un criterio cualitativo. Luego para la Carta no basta que la persona exista; es necesario aún que exista en un marco de condiciones materiales y espirituales que le permitan vivir con dignidad.” (Corte Constitucional, Sentencia C-575 de 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

En esa perspectiva, el principio fundamental de la dignidad humana -ha dicho también la Corte Constitucional- no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades, según lo establece el artículo 1o. de la Carta.

“Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en

su vida, entendida en un sentido amplio como “vida plena”. La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la auto-realización individual y social.” (Corte Constitucional, sentencia T-499 de 1992).

En esa perspectiva, el individuo —epicentro y fin de las acciones del Estado— reivindica y reclama de aquél el respeto y la promoción de ciertos derechos inherentes a su condición y naturaleza, cuyo desconocimiento o restricción lo desvirtúan; son los llamados derechos fundamentales, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros; la realización de esos derechos por lo general está estrechamente ligada a la satisfacción de ciertas necesidades básicas, a las cuales, sin embargo, *per-se* no se les reconoce esa categoría.

Se trata de los denominados derechos sociales, económicos y culturales consagrados en el Título II, Capítulo 2 de la Constitución Política. Sobre ello, algunos sostienen que disponen de fuerza normativa constituyendo plenos derechos constitucionales y otros consideran que se trata de enunciados programáticos que adquieren condición de normas jurídicas sólo cuando el legislador los ha desarrollado. La Corte en esta controversia adoptó una posición intermedia, manifestando que como estos derechos implican una prestación por parte del Estado y, por consiguiente, una erogación económica que por lo general depende de una decisión política,

“... es necesario advertir que los derechos económicos, sociales y culturales, promovidos a nivel constitucional durante las primeras décadas del siglo y conocidos como la segunda generación de derechos humanos, no han sido incorporados al ordenamiento jurídico de las democracias

constitucionales simplemente por ser considerados como un elemento adicional de protección. La razón de ser de tales derechos está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Dicho de otra forma: sin la satisfacción de unas condiciones mínimas de existencia, o en términos del artículo primero de la Constitución, sin el respeto "de la dignidad humana" en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en el capítulo primero del título segundo de la Carta, se reducirá a un mero e inocuo formalismo, irónicamente descrito por Anatole France cuando señalaba que todos los franceses tenían el mismo derecho de dormir bajo los puentes. Sin la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos son una mascarada. Y a la inversa, sin la efectividad de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales son insignificantes¹.

Por otra parte, la doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente en relación con la formulación inicial. Aquello que en un principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno de ellos depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, en la democracia constitucional actual, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos. Lo dicho está en acuerdo, además, con una interpretación contemporánea de la separación de los poderes, a partir de la cual el juez pueda convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que éste, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo

legal que le corresponden y expida las normas del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados”.

Pero, ante la falta de intervención de un órgano legislativo que desarrolle los derechos prestacionales consagrados en la Constitución Política, se pregunta la Corte, ¿debe el Juez permanecer inerte y a la espera de que se produzca el desarrollo efectivo correspondiente, y mientras tanto, considerar los textos que consagran los mismos como carentes de fuerza normativa?; o más bien, ¿debe el Juez entrar a definir el alcance de ellos, anticipándose al legislador a través de una aplicación directa de la Constitución Política? Al respecto ha dicho la Corte:

“Ante este dilema el juez debe actuar con prudencia y firmeza a la vez”. En primer lugar, la intervención judicial en el caso de un derecho económico, social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental. En estas circunstancias, el juez actúa bajo condiciones similares a aquellas que se presentan cuando debe resolver un problema relacionado con un vacío o una incoherencia de la ley. Es claro que en todos estos casos el juez decide algo que en principio le corresponde al legislador. Sin embargo, en estas precisas condiciones, la falta de solución proveniente del órgano que tiene la facultad de decidir, implica la posibilidad de que otro órgano, en este caso el judicial, decida, para un caso específico, con la única pretensión de garantizar la validez y efectividad de la norma constitucional.

La solución opuesta —es decir la que supone la no intervención judicial—

desconoce los valores y principios constitucionales que consagran la efectividad de los derechos (Art. 2: "Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados..."; Art. 5: "El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables..."; Art 13 inc. 2:" El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva...") y desconoce la prevalencia del derecho sustancial sobre los procedimientos, consagrada en el artículo 228. Pero quizás lo más grave de la solución que se comenta consiste en el desconocimiento del artículo 4° de la Constitución, en el cual se afirma que «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales». Este artículo no solo plantea un asunto relacionado con la validez de las normas constitucionales, también prescribe una clara definición en cuanto a su efectividad.

Con independencia de la función programática-finalista y de la función simbólica que sin duda ocupan un lugar importante en los preceptos sobre fines y valores, la Constitución es una norma jurídica del presente y debe ser aplicada y respetada de inmediato. Por esta razón, sostener que los derechos sociales, económicos y culturales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, es no sólo una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución. Si la responsabilidad de la eficacia de los derechos mencionados estuviese sólo en

manos del legislador, la norma constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad legislativa. Es más razonable pensar que el constituyente quiso otorgarle verdadero carácter normativo a los textos del capítulo segundo, título segundo, entregándole al legislador la prerrogativa de discrecionalidad política en la materia pero facultando al juez para ejercer dicha discrecionalidad, limitada a casos concretos, en ausencia de ley. De esa manera se logra el respeto de las prioridades en materia de delimitación política de los textos fundamentales y el respeto de la superioridad jurídica de la Constitución sobre la ley. De esta manera se logra - parafraseando a Herbert Kruger- que las leyes valgan en el ámbito de los derechos fundamentales en lugar de que los derechos fundamentales sólo valgan en el ámbito de la ley²".

Por consiguiente, sería viable el instrumento constitucional de la acción de tutela (artículo 86), para la protección de los derechos prestacionales, pero únicamente cuando se presente amenaza o vulneración de un derecho fundamental. Entonces sólo en este caso podría el juez, ante la falta de intervención legislativa, pronunciarse sobre el sentido y alcance de la norma para el caso concreto y, si fuere menester, pedir la intervención de las autoridades correspondientes para que se brinde efectivamente la prestación por parte del Estado.

Ese es el caso de la seguridad social, concepto amplio que incluye desde luego el derecho a la salud, pero que, como lo ha señalado la Corte Constitucional, no se restringe al mismo.

"La seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley, que en principio no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias

concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales". (Corte Constitucional, Sentencia T-491 de 1992).

La seguridad social, reconocida como derecho de las personas y como un servicio público, está consagrada en el artículo 48 de la Constitución Política:

"Artículo 48. 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 el derecho irrenunciable a la seguridad social.

"El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

"La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

"No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.

"La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante."

Así las cosas, la realización de este derecho pasa por la activación del principio constitucional de la solidaridad, cuyo alcance definió la Corte en el siguiente sentido:

[en el Estado Social de Derecho] "...velar por el bienestar de los asociados implica

..... asumir una posición activa en torno a lo que sucede en la sociedad, persiguiendo “contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales³”. Lo que se persigue es asegurar a la comunidad unas condiciones materiales mínimas de existencia, por lo que el Estado debe intervenir de manera decidida en la búsqueda de ese fin.

Pero también del Estado social de derecho se derivan⁴ obligaciones constitucionales tanto para el Congreso como para el Estado y la sociedad. El primero en cuanto a la adopción de medidas indispensables para la construcción de un orden político, económico y social justo como lo contempla el Preámbulo de la Constitución. Los segundos, en cuanto de manera conjunta, atendiendo principios de dignidad humana y solidaridad, contribuyan a garantizar a las personas un mínimo vital para una existencia en condiciones dignas. Es que, agregó la decisión:

“El derecho al mínimo vital no sólo incluye la facultad de neutralizar las situaciones violatorias de la dignidad humana, o la de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta, sino que, sobre todo, busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta y desigual, con factores culturales y económicos de grave incidencia en el «déficit social». El derecho a un mínimo vital, no otorga un derecho subjetivo a toda persona para exigir, de manera directa y sin atender a las especiales circunstancias del caso, una prestación económica del Estado. Aunque de los deberes sociales del Estado (C.P. art. 2) se desprende la realización futura de esta

garantía, mientras históricamente ello no sea posible, el Estado está obligado a promover la igualdad real y efectiva frente a la distribución inequitativa de recursos económicos y a la escasez de oportunidades.

Existe una íntima relación entre el derecho a un mínimo vital y el compromiso institucional para garantizar el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas (C.P. arts. 324, 334, 350, 357, 366). El carácter programático de las disposiciones económicas no es óbice para que el Estado desatienda sus deberes sociales cuando las necesidades básicas ya han sido cubiertas mediante el desarrollo de la infraestructura económica y social y, por lo tanto, se encuentre materialmente en capacidad de satisfacerlas, ya de manera general o particular. En estas circunstancias se concretiza la existencia de un derecho prestacional del sujeto para exigir del Estado el cumplimiento y la garantía efectiva de sus derechos sociales, económicos y culturales”.

El derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental; sin embargo, este derecho establecido en forma genérica en el artículo 48 de la Constitución adquiere el carácter de 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.

Lo anterior implica que el ejercicio que le corresponde desarrollar al legislador en materia de seguridad social, deberá estar regido y sustentado en los principios fundamentales de dignidad de la persona humana, entendido como se ha dicho, y en el principio de solidaridad, que en nuestro ordenamiento superior también se erige como principio fundante del Estado.

De otra parte, es pertinente señalar, que la Carta adopta un concepto amplio de la seguridad social, que incluye el mayor número de servicios, auxilios, asistencias y prestaciones en general. Un conjunto de derechos cuya eficacia compromete al Estado, la sociedad, la familia y la persona, y que gradualmente deben quedar comprendidos en la seguridad social. También muestra la norma superior con claridad el derecho de los particulares a la realización de la seguridad social. Sin perjuicio de que la tarea superior en la dirección, coordinación, reglamentación y vigilancia, corresponde al Estado, los particulares tienen el derecho y el deber concomitante de participar en la ampliación de la cobertura y en la ejecución de las prestaciones que les son propias.

Ahora bien, ¿qué pasa con la realización de este derecho en un país de escasos recursos, altos niveles de pobreza y crecientes necesidades en materia de seguridad social?. Esto es, ¿cuál es el papel del Estado en materia asistencial cuando las posibilidades financieras son restringidas?.

“El Estado social de derecho se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. A la luz de esta finalidad, no puede reducirse el Estado social de derecho a mera instancia prodigadora de bienes y servicios materiales. Por esta vía, el excesivo asistencialismo corre el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal. En este sentido, los derechos prestacionales, la asunción de ciertos servicios públicos, la seguridad social, el establecimiento de mínimos salariales, los apoyos en materia laboral, educativa y de salud pública, entre otros institutos propios del Estado social de derecho, deben entenderse como fines sociales de la acción pública que se ofrecen a los individuos para que éstos puedan contar con un capacidad

real de autodeterminación. Las finalidades sociales del Estado, desde el punto de vista del individuo, son medios para controlar su entorno vital y a partir de allí desarrollar libremente su personalidad, sin tener que enfrentarse a obstáculos cuya superación, dado su origen, exceda ampliamente sus fuerzas y posibilidades.

El Estado social de derecho se proyecta en la Constitución, en primer término, en la consagración del principio de igualdad y en su consecuencia obligada: los derechos sociales y económicos y en la prestación de los servicios públicos. En segundo término, a través de los derechos de participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, que se compendian en el principio democrático y gracias al cual se socializa el Estado y las diferentes instancias de poder dentro de la comunidad. La orientación social del Estado, elevada a rasgo constitutivo suyo, articulada en varias disposiciones de la Constitución, resulta vinculante y obligatoria para todas las ramas del poder público. En particular, corresponde al Congreso definir en cada momento histórico, dentro del marco de la Constitución, la política social del Estado y asignar cuando a ello haya lugar los recursos necesarios para su debida implementación. El cumplimiento de prestaciones sociales y económicas a cargo del Estado y la asunción de servicios públicos, requieren del desarrollo de esquemas organizativos y demandan la generación de gasto público, y todo esto normalmente se financia con la imposición de contribuciones fiscales o parafiscales. En suma, el avance del Estado social de derecho, postulado en la Constitución, no responde al inesperado triunfo de ninguna virtud filantrópica, sino a la actualización histórica de sus exigencias, las cuales no

son ajenas al crecimiento de la economía y a la activa participación de los ciudadanos y de sus organizaciones en el proceso democrático”.

Así las cosas, estimo importante esbozar someramente el marco jurídico colombiano, en torno a la seguridad social en materia de salud como instrumento institucional a través del cual se desarrollan los cometidos de la seguridad social, ello con el propósito puramente académico, de explicar, reitero, en forma fugaz sobre el desarrollo legal en Colombia, en materia del derecho a la salud.

En efecto, los artículos 48, 49 y 50 de la Constitución Política establecen:

ARTICULO 48. Derecho a la salud. Saneamiento ambiental. 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.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

ARTICULO 49. Servicio de salud y saneamiento ambiental. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

ARTICULO 50. Derecho de los menores a la protección o seguridad social por parte del Estado. Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia."

El artículo 48 de la Constitución Política se inicia con el título "derecho a la salud" y luego en su texto habla de la seguridad social. Es decir que, para lograr el derecho a la salud, el instrumento institucional es la seguridad social. La verdad es que ha habido un aumento constante y considerable en el número de tutelas que los pacientes presentan, especialmente contra las

EPS, reclamando una atención médica pronta, adecuada y completa. Aunque la Corte Constitucional ha dicho que la salud no es un derecho fundamental, de todas maneras es la propia Corte quien con sus sentencias de tutela la protege en alto grado.

Según la jurisprudencia, el derecho a la salud es tutelable en conexión con el derecho a la vida. No sería pues, en principio, un derecho fundamental autónomo.

Se entiende por derecho a la vida no solamente la posibilidad de existir, sino también *"una existencia en condiciones dignas y cuya negación es, precisamente, la prolongación de dolencias físicas, la generación de nuevos malestares y el mantenimiento de un estado de enfermedad, cuando es perfectamente posible mejorarla en aras de obtener una óptima calidad de vida."*

Es, además, un derecho irrenunciable para todos los habitantes de Colombia. En conclusión, la seguridad social en cuanto a la salud se torna tutelable, cuando se trata de proteger la vida en razón de que integra los derechos a algo:

"El derecho social a la salud y a la seguridad social, lo mismo que los demás derechos sociales, económicos y culturales, se traducen en prestaciones a cargo del Estado, que asume como función suya el encargo de procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración puramente retórica. No obstante la afinidad sustancial y teleológica que estos derechos mantienen con la vida y la libertad —como que a través suya la Constitución apoya, complementa y prosigue su función de salvaguardar en el máximo grado tales valores superiores— las exigencias que de ellos surgen no pueden cumplirse al margen del proceso democrático y económico."

La Corte Constitucional, al tratar este tema señaló las premisas del servicio público de seguridad social en salud:

"Los objetivos del sistema de seguridad social en salud se concretan en la necesidad de regular la prestación de este servicio público esencial, creando las condiciones para el acceso de toda la población en los diferentes niveles de atención (L.100/93, art. 152).

Estos propósitos responden a los planteamientos programáticos formulados por el Constituyente de 1991, en cuanto consagran la responsabilidad del Estado en la atención de la salud como un derecho irrenunciable a la seguridad social en su condición de servicio público de carácter obligatorio (art. 49)."

Las normas constitucionales sobre esta materia han sido desarrolladas por la Ley 100 de 1993. Pese a las críticas que se le han hecho a la Ley 100, es indudable que en lo referente a la salud ha habido un avance frente a lo que antes existía. Por supuesto que el ideal sería que se prestara un servicio de salud no oneroso pero, por ahora, el sistema es mixto con todas las complejidades que eso significa. En la investigación desarrollada por la Universidad del Rosario, se llegó a esta conclusión:

"En cuanto al sistema de seguridad social en salud, uno de los principales fines de la Ley 100 de 1993 fue el de ampliar la cobertura (afiliación familiar, régimen subsidiado, creación de las EPS). Como concepción es buena y en principio está bien pensada, aunque no hubo suficiente planificación que permitiera un proceso de capacitación y de conocimiento, el cual ahora se torna impostergable. Es muy pronto para evaluar debidamente el impacto de la Ley 100 y la enorme cantidad de decretos que la reglamentan, en una puntualización extrema que ha generado oscuridad; por eso bien vale la pena hacer una compilación precisa en un solo texto normativo. Se estableció la universalidad en el sistema de salud, pero no la integración, por cuanto en muchas ocasiones no se cubre la totalidad de las enfermedades (lo

cual afecta el modelo del Estado Social de Derecho). Si bien es cierto se puede indicar que la cobertura ha aumentado, no se puede decir lo mismo de los recursos oficiales, aunque esto se compensa con las cotizaciones de los usuarios. Las formas de solidaridad principian a operar pese al caos en los mecanismos de irrigación. Pero se plantea la inquietud de si la descentralización ha cumplido sus objetivos en materia de salud. El ISS tiene un enorme impacto en el sistema, desafortunadamente es un fortín político del gobierno de turno porque le permite manejar recursos e imagen. El informe de la OIT sobre el ISS ha sido leído según le convenga a cada quien. El sistema ha perjudicado a las IPS, hasta el punto que hay quiebra de los hospitales públicos, esto debe ser rápidamente solucionado. Hay la sensación en las EPS de que la jurisprudencia de la Corte Constitucional desequilibra el sistema, especialmente en la protección que se le da a las enfermedades de alto riesgo y terminales, sin embargo, la visión humanista de la jurisprudencia justifica las reglas y subreglas que la jurisprudencia señala".

Atención básica en salud

En el artículo 154 de dicha ley se señala que una de las facetas de la intervención del Estado es la de establecer la atención básica en salud, que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria; disposición que se compagina con aquella parte del artículo 49 de la Constitución que dice: "*La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria*". El artículo 156 de la mencionada ley indica las características básicas del sistema y el artículo 165 ibídem precisa el concepto así:

Artículo 165. Atención Básica. El Ministerio de Salud definirá un plan de

atención básica que complemente las acciones previstas en el Plan Obligatorio de Salud de esta ley y las acciones de saneamiento ambiental. Este plan estará constituido por aquellas intervenciones que se dirigen directamente a la colectividad o aquellas que son dirigidas a los individuos pero tienen altas externalidades, tales como la información pública, la educación y fomento de la salud, el control de consumo de tabaco, alcohol y sustancias psicoactivas, la complementación nutricional y planificación familiar, la desparasitación escolar, el control de vectores y las campañas nacionales de prevención, detección precoz y control de enfermedades transmisibles como el sida, la tuberculosis y la lepra y de enfermedades tropicales como la malaria.

La prestación del plan de atención será gratuita y obligatoria. La financiación de este plan será garantizada por recursos fiscales del Gobierno nacional, complementada con recursos de los entes territoriales".

El sistema de seguridad social en salud cuenta con dos regímenes diferentes mediante los cuales se puede acceder al servicio. El régimen contributivo, al que pertenecen las personas vinculadas laboralmente tanto al sector público como al privado y sus familias; los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Y el régimen subsidiado, al cual se afilia la población más pobre del país.

El Estado está obligado a prestar el plan de atención básica en salud, y las EPS especialmente deben prestar el plan obligatorio de salud y el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, dentro de los parámetros que el mismo Estado ha fijado. De ahí que se permite la existencia de las entidades promotoras de salud, EPS, de carácter privado, que presten el servicio por delegación que el Estado hace.

Artículo 177. Ley 100. Definición. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del el plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitalización al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el Título III de la presente ley".

Y el artículo 179 establece:

"Artículo 179. Campo de acción de las entidades promotoras de salud. Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las entidades promotoras de salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las entidades promotoras de salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como captación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos. Cada entidad promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de instituciones prestadoras de salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el Consejo nacional de Seguridad Social en salud".

La realización del principio constitucional de solidaridad está ligada al concepto de efectividad de los derechos fundamentales

El principio de solidaridad, como anotábamos antes, irradia todo el orden jurídico y se manifiesta

en distintas instituciones y principios constitucionales. Él mismo debe delimitarse de manera tal que encuentre un justo medio entre el alcance retórico y la vinculación directa, general e inescindible que se deriva del texto constitucional.

“La solidaridad es un principio que no puede ser entendido a cabalidad con independencia del concepto de efectividad de los derechos fundamentales. En efecto, ambos postulados constitucionales obran en aquellas circunstancias en las cuales la aplicación del sistema legal de derechos y obligaciones resulta disfuncional en relación con la protección de los derechos fundamentales. Dicho en otros términos, el estricto seguimiento de las prescripciones legales no siempre conduce a los objetivos propuestos por el sistema. La efectividad del derecho, entendida como correspondencia entre la conducta y el contenido normativo, no siempre trae consigo la eficacia del derecho, entendida como correspondencia entre contenidos y resultados. En el Estado social de derecho no basta con que las normas se cumplan; es necesario, además, que su cumplimiento coincida con la realización de principios y valores constitucionales”.

Es esa la perspectiva que debe tener el juez constitucional a la hora de decidir acciones de tutela relacionadas con el derecho a la seguridad social, es decir verificar que los servicios constitutivos de ese derecho, el de salud principalmente, se presten de conformidad con las disposiciones legales vigentes, actualmente las contenidas en la ley 100 de 1993, pero sobre todo, que las mismas contribuyan efectivamente a la realización de los derechos fundamentales del usuario; no basta, y así lo ha expresado en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional, con que las empresas promotoras de servicios de salud, acojan de manera estricta las disposiciones legales, deberán también verificar que la

aplicación de dichas normas sirva para garantizar la protección y realización efectiva de los derechos a los cuales, por lo general, está estrechamente vinculado el servicio, valga decir el derecho a una vida digna y el derecho a la integridad física, entre otros.

“La realización del servicio público de la Seguridad Social (art. 48) tiene como sustento un sistema normativo integrado no solamente por los artículos 48, 49, 11, 366 de la Constitución sino también por el conjunto de reglas en cuanto no sean contrarias a la Carta. Todas esas normas contribuyen a la realización del derecho prestacional como status activo del Estado. Es decir, el derecho abstracto se concreta con reglas y con procedimientos prácticos que lo tornan efectivo. Lo anterior significa que si se parte de la base de que la seguridad social se ubica dentro de los principios constitucionales de la igualdad material y el Estado social de derecho, se entiende que las reglas expresadas en leyes, decretos, resoluciones y acuerdos no están para restringir el derecho (salvo que limitaciones legales no afecten el núcleo esencial del derecho), sino para el desarrollo normativo orientado hacia la optimización del mismo, a fin de que esos derechos constitucionales sean eficientes en gran medida. Es por ello que, para dar la orden con la cual finaliza toda acción de tutela que tenga que ver con la salud es indispensable tener en cuenta esas reglas normativas que el legislador desarrolló en la Ley 100/93, y en los decretos, resoluciones y acuerdos pertinentes. Lo importante es visualizar que la unidad de los principios y las reglas globalizan e informan el sistema y esto debe ser tenido en cuenta por el juez de tutela.”

Es en esas circunstancias específicas en las que debe activarse el principio de solidaridad de los diferentes actores que participan en los procesos de realización del derecho a la seguridad social;

ellos, desde sus diferentes posiciones, como Estado, administradores, médicos en ejercicio, pacientes, deberán participar en la toma de decisiones que, dentro del marco de legalidad a la que están supeditadas, garanticen y hagan prevalecer la realización efectiva de los derechos fundamentales.

“El principio de solidaridad permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de una prestación adicional por parte de entidades que han cumplido con todas las obligaciones previstas en la legislación competente. El principio aludido impone un compromiso sustancial del Estado y de los empleadores, en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y sus familiares”. (Corte Constitucional, Sentencia T-005 de 1995.)

En el Estado social de derecho no es admisible que las organizaciones, públicas o privadas, encargadas de la administración y prestación de servicios propios de la seguridad social, se muestren “...insensibles a las necesidades de los ciudadanos, pues ello no se compadece con sus fines esenciales, sino que al contrario, cosifica al individuo y traiciona los valores fundamentales del paradigma de organización jurídico-política por la cual optó el Constituyente.”⁵

Ese ha sido el fundamento principal de muchas de las decisiones de la Corte Constitucional cuando, en instancia de revisión, ha confirmado o concedido tutelas a favor de los usuarios del servicio de salud, no obstante que los contratos que éstos hayan suscrito con las respectivas empresas prestadoras de esos servicios no incluyan determinadas prestaciones o restrinjan específicos beneficios al cumplimiento de ciertas condiciones.

Lo anterior, por cuanto el Estado social de derecho realiza una forma de organización política que tiene como uno de sus principales

objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección. Ese tipo de organización "...exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad."⁶

Así pues, son esos dos principios fundantes del Estado social de derecho, el de dignidad de la persona humana y el de solidaridad, los que deben regir el proceso de toma de decisiones, cuando se trate de aplicar la legislación vigente en materia de seguridad social; el intérprete no debe limitarse a la aplicación en abstracto de esa normativa, alejándose del universo que representa cada uno de los usuarios; deberá cuidar que el objetivo último de su acción concreta, que no es otro que la protección y realización del individuo titular de ese derecho, entendido como ser integral y autónomo, encuentre respuestas inmediatas y eficaces a sus necesidades de salud y bienestar, pues si ellas no se atienden y satisfacen adecuadamente, sus derechos fundamentales a la vida y a la integridad se pondrán en peligro.

"La solidaridad como deber, de que trata el artículo 95.2 de la Carta, tiene como contrapartida el concepto de la solidaridad como derecho, que se expresa en la seguridad social. Se advierte (del art. 48 CP) en primer lugar que fue deseo del constituyente consagrar una definición amplia de la seguridad social. Ello es manifiesto al consultar los antecedentes de la norma en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, donde se afirmó:

"Nuestra concepción de la Finalidad Social del Estado debe ir necesariamente más allá

de la retórica. La Seguridad Social constituye un elemento indispensable para posibilitar unas condiciones de vida dignas; tal vez no haya instrumento más eficaz para el cumplimiento de la Finalidad Social del Estado. En este sentido es necesario consagrar en la Carta el derecho irrenunciable a la Seguridad Social, garantizado por el Estado a todos los habitantes del territorio Nacional.

La seguridad y la previsión social tienen por objeto la protección de la población contra las contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica. La seguridad social ha dejado de ser una noción abstracta para convertirse en un derecho concreto reconocido internacionalmente. La declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 22 dice: "Toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la Seguridad Social..."

Desde el punto de vista de la cobertura de la Seguridad Social una concepción amplia permite el derecho a toda la población; una más estrecha únicamente a los trabajadores. Con respecto a las contingencias previstas, la concepción amplia involucra aspectos como recreación, vivienda, desempleo y otros derechos indispensables a la dignidad del ser humano..."⁷.

Esta concepción de la seguridad social que hace la Constitución de 1991, recoge la tendencia normativa universal, expresada por ejemplo en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968 y con fuerza normativa en el derecho interno por disposición del artículo 93 de la Carta, cuyo artículo 9º dice:

"Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social."

La doctrina igualmente ha afirmado desde 1942 que la seguridad social «trata de combatir los ‘cinco grandes malignos’: la necesidad, por falta de medios de subsistencia; la enfermedad, que con frecuencia deriva de aquella necesidad; la ignorancia, que ninguna democracia debe permitir entre sus ciudadanos; la miseria, inadmisibles en países civilizados y entre laboriosos capaces; y la ociosidad, por los peligros sociales que implica este pésimo ejemplo...”⁸.

Ahora del artículo 48 superior sobresalen los tres principios que rigen la solidaridad social en Colombia: eficiencia, solidaridad y universalidad.

La eficiencia es un principio que tiene como destinatario a los propios organismos responsables de la prestación del servicio público de la seguridad social -el Estado y los particulares-. Ella es reiterada por el artículo 209 de la Carta como principio rector de la gestión administrativa. Así mismo la eficacia implica la realización del control de resultados del servicio.

Pero más significativos para el negocio que nos ocupa son los principios de solidaridad y universalidad, porque ellos se dirigen tanto a los responsables como a los beneficiarios de la seguridad social.

En cuanto a la solidaridad, es un principio que aspira a realizar el valor justicia, que bebe en las fuentes de la dignidad humana. En este caso ello es evidente, como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, cuando afirmó que "el subsidio familiar es, desde otro punto de vista, un mecanismo para la redistribución de los ingresos, fundamentado en principios universales de bienestar y solidaridad"⁹.

Y la universalidad es el principio relacionado con la cobertura de la seguridad social: todas las personas. Ello es natural porque si, como se estableció, la dignidad es un atributo y un fin inherente de la persona, no es entonces concebible que unas personas gocen de vida digna y otras no. Las calidades esenciales de la existencia no sabrían ser contingentes. Simplemente, si son esenciales, se predicen de todas las personas.

Es por ello que la seguridad social es un requisito de la dignidad, y la dignidad es un atributo esencial de la persona.

Por otra parte el artículo 48 precitado hace alusión en el inciso tercero a la facultad del legislador para ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social, bajo la dirección del Estado y con la participación de los particulares.

Esta facultad del legislador es concordante con el numeral 23 del artículo 150 constitucional, en donde se atribuye al Congreso la competencia para regular la prestación de los servicios públicos. Recuérdese a este respecto que el artículo 48 ídem empieza por definir la seguridad social como un servicio público”.

La aplicación estricta y exegética de los reglamentos del sistema de seguridad social, en algunos casos conlleva la negación de la finalidad del mismo y la vulneración de derechos fundamentales.

En razón de los principios de solidaridad y universalidad que rigen el derecho constitucional a la seguridad social, contenido en el artículo 48 de la Carta Política, el Plan Obligatorio de Salud creado a través de la ley 100 de 1993, que pretende cubrir la totalidad de la población colombiana en un plazo determinado y relativamente corto, excluye ciertos medicamentos, tratamientos e

intervenciones médicas considerados de alto costo, para que con los aportes que llegan a dicho sistema puedan atenderse las necesidades primarias de más personas, sacrificando otras de segundo orden y que implican una erogación superior, pues, de lo contrario, los aportes hechos al régimen contributivo y extendidos al subsidiado, apenas alcanzarían para algunos de su afiliados. En este sentido, existen servicios que deben incluirse con mayor prioridad y no todos los servicios de salud posibles pueden considerarse iguales: algunos de ellos son prioritarios por la mayor efectividad, por requerirse con urgencia o por lo común de su ocurrencia.

No obstante, la anterior consideración, no debe observarse automáticamente, es decir, sin tener en cuenta la situación concreta que está padeciendo la persona afiliada al sistema porque, en ciertas ocasiones, la aplicación estricta de los reglamentos del sistema de seguridad social integral en salud, antes que cumplir con los principios señalados, no solo conllevan la negación rotunda de la finalidad del sistema, sino, lo más grave, la vulneración de derechos fundamentales.

“...se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales”.

Por fuera del principio de la dignidad humana que origina pretensiones subjetivas a un mínimo vital —que impide la completa cosificación de la

persona por causa de su absoluta menesterosidad—, la acción de tutela, en el marco de los servicios y prestaciones a cargo del Estado, puede correctamente enderezarse a exigir el cumplimiento del derecho a la igualdad de oportunidades y al debido proceso, entre otros derechos que pueden violarse con ocasión de la actividad pública desplegada en este campo. En estos eventos, se comprende, la violación del derecho fundamental es autónoma con relación a las exigencias legales que regulan el servicio público.

En esos, como en la mayoría de los casos, la acción de tutela, dadas sus características, se ha constituido en un instrumento eficaz para reivindicar la condición de dignidad de los individuos respecto a la aplicación literal y fría de las normas, es decir, que cumpliendo con los objetivos propios del Estado social de derecho, a través de dicha acción, el juez constitucional ha puesto al ser humano por encima incluso del ordenamiento legal, aunque sin desconocerlo, cuya integridad es responsabilidad de sí mismo, de la sociedad toda y del Estado.

En esos casos la función del juez constitucional trasciende la mera confrontación entre el contenido material de la norma acusada y el precepto superior que se alega transgredido; su ejercicio debe extenderse a confrontar la norma impugnada con el paradigma mismo que se consagra en la Constitución; en consecuencia el análisis ha de propender por garantizar no sólo que la norma no contraríe el texto de la Carta Fundamental, sino que su mandato contribuye efectivamente a la realización de los fines y objetivos que caracterizan el Estado social de derecho.

La Corte Constitucional se ha ocupado de innumerables casos en los cuales se ha aplicado la reglamentación del Plan Obligatorio de Salud, sin tener en cuenta el perjuicio que con ello se causa a quienes requieren de los procedimientos excluidos, a tal punto que de ellos dependen sus

derechos constitucionales fundamentales a la vida y a la integridad personal, como regla general. En tales eventos, la Corte ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado y evitar de ese modo que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales.¹⁰

Ahora bien, no en todos los casos procede la inaplicabilidad de las disposiciones legales o reglamentarias sobre la materia, pues no siempre ellas significan vulneración de derechos constitucionales fundamentales, y tampoco procede una inaplicación automática.

"Naturalmente, los derechos económicos, sociales y culturales disponen, además, de otras vías de garantía y protección constitucional. La acción de inconstitucionalidad puede ser el medio más apto para poner coto a las acciones y omisiones del legislador que se aparten de los mandatos generales y específicos del Estado social de derecho, particularmente del principio de igualdad.

De otro lado, corresponde a las leyes organizar y regular los servicios y prestaciones económicas y sociales a cargo del Estado y, para el efecto, disponer los procedimientos que sean necesarios para acceder a los mismos y para defender los derechos de los titulares. Dentro de cada ámbito prestacional, independientemente de su naturaleza y forma de funcionamiento, la ley debe desarrollar mecanismos de participación de los ciudadanos dirigidos a su control y fiscalización por parte de los ciudadanos.

Sin necesidad de agotar los instrumentos genéricos diseñados por el Constituyente para asegurar la efectividad de la cláusula del Estado social, baste señalar que es principalmente a través del presupuesto y

del proceso de planificación, a los cuales son inherentes diversos mecanismos de participación, como progresivamente puede hacerse realidad dicho ideario. Ciertamente todos los derechos constitucionales presuponen, en mayor o en menor grado, prestaciones a cargo del Estado y se proyectan en el plano de los principios objetivos del ordenamiento desde el cual las autoridades y los miembros de la comunidad reciben sus orientaciones de sentido más fundamentales y vinculantes. Sin embargo, los derechos tentativamente llamados económicos, sociales y culturales, tienen un contenido prestacional más acusado y permanentemente están necesitados de soporte presupuestal -en los distintos niveles territoriales y funcionales del Estado-, extremo éste que se gobierna por las reglas del principio democrático y que no puede quedar librado a la discrecionalidad judicial.

La defensa y protección de los derechos constitucionales no es idéntica en todos los casos. Derechos para cuya efectividad se precisa del ineludible agotamiento de un trámite democrático y presupuestal, no pueden, en los aspectos íntimamente vinculados con éste, ser objeto de amparo a través de la acción de tutela. Ya se han mencionado los mecanismos judiciales, administrativos y políticos, a los cuales cabe apelar a fin de buscar la protección y promoción de estos derechos. A éstos se agrega la acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales que tengan las características de vía de hecho. Si los procedimientos judiciales ordinarios dispuestos por la ley para ventilar asuntos o pretensiones relacionadas con prestaciones a cargo del Estado -por acciones u omisiones arbitrarias de los jueces competentes- se revelan incapaces de ofrecer a los ciudadanos una tutela

judicial efectiva, éste será siempre un motivo suficiente para que la acción de tutela pueda ser instaurada”.

El mínimo vital al que se ha hecho referencia supone un derecho constitucional fundamental a la vida no entendido como la mera subsistencia, sino como la realización de un proyecto de vida digna, contando con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de lo posible, todas las facultades de que puede gozar la persona humana; así mismo, un derecho a la integridad personal en todo el sentido de la expresión que, como prolongación del anterior y manifestación directa del principio de la dignidad humana, impone tanto el respeto por la no violencia física y moral, como el derecho al máximo trato razonable y la mínima disminución posible del cuerpo y del espíritu.

El fundamento ético del Estado social de derecho se realiza entonces cuando a los individuos, en cuanto titulares del derecho a la seguridad social, se les garantiza la prestación del mismo en condiciones tales que no amenacen ni vulneren sus derechos fundamentales a la vida y a la integridad.

El fundamento ético que subyace en el Estado Social de Derecho, reivindica la condición de dignidad de todos los actores que participan en los procesos que hacen efectivo el derecho a la seguridad social, incluidos desde luego los profesionales de la salud.

Hemos comentado cómo el diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social, en el Estado social de derecho, exige como principios rectores los de respeto a la dignidad humana y a la solidaridad, dado que el objetivo último que se persigue con su prestación, es garantizarle a los individuos la realización plena de sus derechos fundamentales, principalmente de los derechos a la vida y a la integridad.

No obstante, el énfasis se ha colocado hasta ahora en el individuo receptor de los servicios que, aunados, constituyen el derecho a la seguridad social en el paciente, llámese usuario o beneficiario del sistema que creó la ley 100 de 1993, para el cual se reclaman condiciones que garanticen su derecho fundamental a una vida digna.

Sin embargo, él no es el único actor que participa en los procesos de realización del derecho a la seguridad social; se encuentran también, asumiendo un papel protagónico, los profesionales de la salud, los médicos y los administradores de esos servicios, los cuales con la implementación del nuevo sistema de seguridad social; se vieron abocados a replantear y reformular sus relaciones con el paciente, la sociedad, el Estado y su propia comunidad; para esos profesionales el paradigma propio del Estado social de derecho también reclama el respeto a su condición de dignidad la cual, cuando se trata de la prestación de servicios de seguridad social, puede verse afectada si el trato que se les brinda al interior del sistema no corresponde a su doble condición de sujetos autónomos, como tal dignos, y de profesionales competentes sin los cuales sería imposible que el sistema cumpliera sus cometidos esenciales. Ello ha hecho necesario que la Corte Constitucional aborde este problema y se pronuncie señalando que la remuneración de los profesionales de la salud es un factor primordial en el servicio:

"La Corte reitera que el de la salud, independientemente de quien lo preste (Estado o particulares), es un servicio público cuya prestación por tener incidencia en la calidad de vida de las personas, exige altos niveles de eficiencia, constancia y credibilidad de parte de los entes a cuyo cargo se encuentra.

“Dentro del conjunto de factores relevantes para definir la calidad de los servicios de salud reviste gran importancia el de la

remuneración de la actividad profesional de los médicos, de cuya idoneidad y destreza dependen en buena parte la vida y la integridad de los pacientes que les son confiados.

“Tanto las entidades clínicas y hospitalarias como las E.P.S. y las empresas de medicina prepagada tienen la obligación de velar por la calidad de los servicios médicos y, por tanto, lo que de ellas se espera es que contraten facultativos generales y especializados del más alto nivel profesional, que brinden seguridad a pacientes, afiliados y usuarios, lo que a su vez exige justa, adecuada y profesional remuneración de aquéllos, acorde con su grado de preparación, especialidad, experiencia, tipo o clase de servicio prestado y características de la enfermedad que tratan”. (Corte Constitucional, Sentencia T-161 de 1998)

En cuanto a la remuneración de los médicos en el actual sistema de seguridad que rige en Colombia, la Sala Plena de la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente :

“...frente a un régimen como el contemplado en la ley 100 de 1993, se hace imperioso garantizar no sólo el derecho del médico a recibir una contraprestación digna y justa como resultado de la actividad profesional, sino la protección de éste frente a terceras personas que pretendan explotarlo comercial o políticamente.

“Como ya se señaló con la creación de las E.P.S. e I.P.S, dichas instituciones contratan directamente con los médicos, con el objeto de garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados, con la consiguiente retribución de aquellos emolumentos provenientes de su actividad profesional.

“Por ello, resulta evidente que mediante el sistema mencionado, para los efectos de la

atención y protección de los afiliados a una E.P.S., éstos no contratan la prestación de los servicios de salud con el galeno en forma particular, sino con la misma institución, quien es la obligada a cubrir las asignaciones u honorarios por concepto de la labor realizada, sin que exista por consiguiente una vinculación directa entre el médico y el paciente para los efectos de la remuneración de aquél, lo cual no constituye por sí solo una explotación comercial o política, en atención al nuevo modelo del servicio público de seguridad social consagrado en la Carta Fundamental vigente, que permite que éste sea prestado por entidades públicas o privadas, “de conformidad con la ley”.

“Cabe recordar que el trabajo como derecho y obligación social, debe gozar en todas sus modalidades de una especial protección del Estado y que, además, la persona tiene derecho al mismo en condiciones dignas y justas, lo que constituye uno de los principios fundamentales de nuestro Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran (artículos 1 y 25 C.P.).

“En estas circunstancias, no puede pretenderse que a raíz de la expedición de la ley 100 de 1993 y la creación del nuevo sistema de seguridad social en salud, para el caso particular de los profesionales de la medicina, puedan fijarse tarifas por concepto de servicios profesionales que no estén a la altura de las condiciones de dignas y justas y de la delicada labor médica, desarrollada en el ejercicio de la profesión liberal.

“Así pues, el nuevo modelo de seguridad social no puede ser pretexto para disminuir o compensar de manera irrisoria los

emolumentos derivados de la prestación del servicio de la medicina que le corresponde cubrir a las entidades prestadoras de salud en desarrollo del servicio público de seguridad social prestado por entidades públicas o privadas.

El nuevo esquema de seguridad social consagrado en el artículo 48 constitucional, y desarrollado por la ley 100 de 1993, en virtud de la cual se crearon las entidades promotoras de salud, las instituciones prestadoras de salud y el plan obligatorio de salud, fijando las nuevas condiciones del sistema de seguridad social persigue, como se ha expresado, la ampliación de la cobertura del servicio de salud a través de la subordinación laboral o mediante contrato de prestación de servicios profesionales de destacados especialistas de la medicina, que contribuyen a la eficiencia, universalidad y solidaridad de la seguridad social en el país.

En síntesis, el respeto a las condiciones dignas y justas en la relación laboral o contractual que se establezca entre el médico y la empresa prestadora de servicios de salud, se constituye en presupuesto esencial, no sólo de la realización de principios fundamentales que rigen la vida del individuo, sino del cumplimiento de los objetivos que se imponen a un sistema de seguridad social en el marco de un Estado social de derecho.

El caso de la medicina prepagada

Lo dicho hasta ahora es aplicable al plan obligatorio de salud, no así a los contratos de medicina prepagada que como tales están regidos por una legislación especial, lo que no es óbice para que ellos también encuentren sustento en los principios constitucionales de solidaridad y dignidad a los cuales se ha hecho referencia; aspecto sobre el que la Corte Constitucional se ha pronunciado de fondo, unificando su jurisprudencia a través de la Sentencia SU-039 de 1998.

“La gestión de los servicios de medicina prepagada como actividad económica y servicio público a cargo de particulares.

El legislador en la Ley 10 de 1990 que reorganizó el Sistema Nacional de Salud, autorizó la prestación del servicio de salud mediante la forma de la medicina prepagada, dentro de un esquema de contratación particular y voluntaria, bajo la intervención del Estado a fin de establecer su organización y funcionamiento (art. 1º, literal k), en razón de lo cual se expidieron los Decretos No. 1570 de 1993 y 1222 de 1994, el primero de ellos modificado por el Decreto 1486 de 1994.

El artículo 1º de ese Decreto 1486 de 1994, definió la medicina prepagada en los siguientes términos:

“ARTICULO 11: El numeral 1º del Artículo 1º del Decreto 1570 de 1993, DISPOSICIONES GENERALES, quedará así:

“Medicina Prepagada. El Sistema organizado y establecido por entidades autorizadas conforme al presente decreto, para la gestión de la atención médica y de la prestación de los servicios de salud y/o para atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado. No se consideran como entidades de prepago aquellas que se limitan a otorgar descuentos sobre el costo de la utilización de los servicios de salud, que debe ser asumido por parte de un grupo de usuarios.”

De lo anterior puede deducirse que las actividades que se adelantan con ese propósito están fundamentadas en dos presupuestos básicos : 1.) el ejercicio del derecho a la libertad económica y a la iniciativa privada dentro de un marco de libertad de acción limitada únicamente por el bien común, el ambiente y el patrimonio cultural de la

nación, sin condicionamientos para su realización en materia de expedición de permisos previos o requisitos no autorizados legalmente, y 2.) la prestación de un servicio público, como es el de salud, que ligado a su condición de actividad económica de interés social, está sujeta a la intervención, vigilancia y control del Estado para precisar sus fines, alcances y límites, a través de la Superintendencia Nacional de Salud¹¹ (C.P., arts. 49, 150-21, 333 y 334).

Sobre los fundamentos que justifican la intervención estatal ha dicho la Corte Constitucional:

En síntesis, la intervención estatal sobre la medicina prepagada tiene un fundamento constitucional múltiple: uno general, que es la intervención del Estado en la economía (CP art. 334) y otros tres mucho más específicos: de un lado, ella es la expresión de la inspección y vigilancia de una profesión de riesgo social; de otro lado, por tratarse del servicio público de atención de la salud, el Estado mantiene la regulación, el control y la vigilancia de esta actividad (CP art. 49 y 365) y, finalmente, por la particular naturaleza de las medicinas prepagadas, puesto que en ellas se manejan recursos captados del público, estamos en presencia de una actividad de interés público sometida a la especial intervención del Gobierno (CP arts. 150 ord 19 literal d), 189 ordinales 24 y 25, y 335)."

La ejecución y cumplimiento del contrato de servicio de medicina prepagada regido por el principio de la buena fe.

El contrato de servicios que suscribe una entidad de medicina prepagada y una persona interesada en obtener beneficio directo o el de terceros, o de ambos, con destino a fijar los derechos y las obligaciones que se derivarán de la gestión de ese servicio, puede comprender el servicio

relacionado con la promoción de la salud y prevención de la enfermedad, consulta externa, general y especializada, en medicina diagnóstica y terapéutica, hospitalización, urgencias, cirugía, exámenes diagnósticos y odontología. (D. 1570/93, arts. 1º, num. 6º, y 6, núms. 1o. y 2o.).

La sujeción a los límites instaurados por la intervención estatal para el desarrollo de esa actividad determina que el contenido de dichos contratos deba ser aprobado por la Superintendencia Nacional de Salud, al igual que los planes de salud que con ellos se ofrezcan (D.1750/93, art. 15, num. 1º - 4º). Así pues, los acuerdos sobre las prestaciones y obligaciones contraídas por cada parte tienen que gozar de claridad en sus términos, según el régimen contractual consignado en el Decreto 1750 de 1.993 -en concordancia con las modificaciones introducidas por el Decreto 1486 de 1.994, arts. 7 y 8- y las demás disposiciones legales que los regulen, so pena de presentar una ineficacia en la estipulación respectiva, derivándose como consecuencia esencial su obligatorio cumplimiento, en el entendido de que constituyen una "ley para las partes".

Comoquiera que la celebración de un contrato de esa clase se desarrolla dentro del campo de los negocios jurídicos en la forma de un acuerdo de voluntades para producir efectos jurídicos, lo que supone un desarrollo bajo la vigencia de los principios generales que los informan, como ocurre con el principio de la buena fe que no sólo nutre estos actos sino el ordenamiento jurídico en general y el cual obtiene reconocimiento expreso constitucional en el artículo 83 de la Carta Política de 1991, como rector de las actuaciones entre los particulares, significa que, desde su inicio y especialmente durante su ejecución, al incorporarse el valor ético de la *confianza mutua*¹² en los contratos de medicina prepagada, se exige un comportamiento de las partes que permita brindar certeza y seguridad jurídica respecto del cumplimiento de los pactos convenidos y la satisfacción de las prestaciones acordadas.

Como lo ha señalado la Corte:

“Los particulares deben conducirse en todas sus actuaciones según el principio de la buena fe (CP art. 83). En el plano negocial, las partes deben comportarse con lealtad, lo que se traduce, en términos prácticos, en el respeto de los derechos ajenos y en el no abuso de los propios (CP art. 95-1). El abuso de las posiciones dominantes rompe el equilibrio contractual (...).” (Sentencia T-125 de 1.994, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

De otro lado, el contrato de servicios de medicina prepagada reúne las características de ser bilateral, oneroso, aleatorio, principal, consensual y de ejecución sucesiva en los términos del Código Civil y surge al mundo jurídico como un contrato de adhesión, según el cual las partes contratantes se obligan mutuamente a través de cláusulas y condiciones que no son discutidas libre y previamente, sino preestablecidas por una de las partes en los términos aprobados por el organismo de intervención estatal y sobre las cuales la otra expresa su aceptación y adherencia o su rechazo absoluto. Como lo ha señalado la doctrina, en los contratos de adhesión una de las partes impone “*la ley del contrato*”¹³ a la otra.

De manera que, son pocos los asuntos que quedan sometidos a la discusión totalmente libre de las partes, los cuales, en lo posible, no pueden exceder el marco delimitado por el ordenamiento jurídico en vigor, pero que requieren al igual que las situaciones no expresamente pactadas en estos contratos, aún cuando derivadas de la ejecución de los mismos, que la actuación de una y otra parte se adelante mediante una actitud de confianza y credulidad en el estricto cumplimiento de lo negociado y en la realización de las prestaciones en la forma esperada, según el objeto contratado, lo que en consecuencia demanda de una máxima expresión del principio de la buena fe para la interpretación del vínculo contractual y de los anexos que lo conforman

integralmente, especialmente por ese carácter de adhesión que, como ya se dijo, se le reconoce a esta clase de contratación.

Las preexistencias en los contratos de medicina prepagada.

A diferencia de lo que ocurre en el Sistema General de Seguridad Social, en donde las Empresas Promotoras de Salud E.P.S. “*no podrán aplicar preexistencias a sus afiliados*” como se deduce de la prohibición contenida en la Ley 100 de 1993, art. 164, tal concepto es totalmente aceptable en el contrato de servicios de salud de medicina prepagada, el cual fue definido por el Decreto 1222 de 1994¹⁴, en la forma que se señala a continuación:

“ART.1º- Definición de preexistencia. Se considera preexistencia toda enfermedad, malformación o afección que se pueda demostrar existía a la fecha de iniciación del contrato o vinculación, sin perjuicio de que se pueda diagnosticar durante la ejecución del contrato sobre bases científicas sólidas.

La demostración de la existencia de factores de riesgo, como hábitos especiales o condiciones físicas o genéticas, no podrán ser fundamento único para el diagnóstico a través del cual se califique una preexistencia.”.

Así mismo, dicho Decreto consagra las llamadas exclusiones como aquellos servicios que se exceptúan de prestación en los contratos de medicina prepagada, en forma expresa y precisa, y que al tenor del mismo consisten en:

ART. 2º- Exclusiones. Las exclusiones deberán estar expresamente previstas en el contrato. Sobre el particular se deberán precisar las patologías, los procedimientos, exámenes, diagnósticos específicos que se excluyan y el tiempo durante el cual no

serán cubiertos por parte de la entidad de medicina prepagada. Las exclusiones que no se consagren expresamente no podrán oponerse al usuario.

No se podrán acordar exclusiones sobre malformaciones, afecciones o enfermedad que se puedan derivar de factores de riesgo propios de éstas.”.

Al respecto, la Corte Constitucional en sede de revisión de tutelas se ha pronunciado en reiteradas oportunidades fijando los criterios fundamentales que rigen la vigencia de dichas preexistencias dentro de los contratos de medicina prepagada, que vale la pena reiterar una vez más. Con tal fin, en seguida se transcriben las partes pertinentes de la Sentencia T-533 de 1996, con ponencia del Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo:

“Las preexistencias médicas.

Los contratos de medicina prepagada parten del supuesto de que la compañía prestadora del servicio cubrirá, a partir de su celebración o de la fecha que acuerden las partes, los riesgos relativos a la salud del contratante y de las personas que sean señaladas por él como beneficiarias.

Mientras el obligado en virtud del contrato pague oportunamente sus cuotas a la entidad, tiene pleno derecho a exigir de ella que responda por la totalidad de los servicios de salud ofrecidos.

Desde luego, el cumplimiento de tales compromisos va, en esta materia, mucho más allá del simple y literal ajuste a las cláusulas contractuales, ya que está de por medio la salud y muchas veces la vida de los usuarios.

Por supuesto, quienes contratan con las compañías de medicina prepagada deben

ser conscientes de que ellas, aunque se comprometen a prestar un conjunto de servicios que cobijan diferentes aspectos de salud (consultas, atención de urgencias, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, suministro de medicinas, entre otros) operan con arreglo a principios similares a los que inspiran el contrato de seguro, pues, como se trata de garantizar el cubrimiento de los percances y dolencias que afecten a los beneficiarios a partir de la celebración del contrato, están excluidos aquellos padecimientos anteriores al mismo.

Se conoce, entonces, como «preexistencia» la enfermedad o afección que ya venía aquejando al paciente en el momento de suscribir el contrato, y que, por tanto, no se incluye como objeto de los servicios, es decir, no se encuentra amparada.

Por supuesto, en razón de la seguridad jurídica, las partes contratantes deben gozar de plena certidumbre acerca del alcance de la protección derivada del contrato y, por tanto, de los servicios médico asistenciales y quirúrgicos a los que se obliga la entidad de medicina prepagada y que, en consecuencia, pueden ser demandados y exigidos por los usuarios.

Así las cosas, desde el momento mismo de la celebración del contrato, quienes lo suscriben deben dejar expresa constancia, en su mismo texto o en anexos incorporados a él, sobre las enfermedades, padecimientos, dolencias o quebrantos de salud que ya sufren los beneficiarios del servicio y que, por ser preexistentes, no se encuentran amparados.

Para llegar a esa definición, bien puede la compañía practicar los exámenes correspondientes, antes de la suscripción del convenio, los cuales, si no son aceptados por la persona que aspira a tomar el

servicio, pueden ser objetados por ella, lo cual dará lugar -obviamente- a que se practiquen de nuevo por científicos diferentes, escogidos de común acuerdo para que verifiquen, confirmen, aclaren o modifiquen el dictamen inicial.

Sobre esas bases, determinada con claridad la situación de salud vigente a la fecha del contrato en lo que respecta a cada uno de los beneficiarios, se deben consignar de manera expresa y taxativa las preexistencias, de modo que las enfermedades y afecciones no comprendidas en dicha enunciación deben ser asumidas por la entidad de medicina prepagada con cargo al correspondiente acuerdo contractual.

A juicio de la Corte, la compañía desconoce el principio de la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales, y pone en peligro la salud y la vida de los usuarios cuando se niega a autorizar —a su cargo— la prestación de servicios, la práctica de operaciones y la ejecución de tratamientos y terapias referentes a enfermedades no incluidas en la enunciación de la referencia —que, se repite, es taxativa—, pues ella se entiende comprendida como parte integral e inescindible de la relación jurídica establecida entre las partes.

Es evidente que lo expuesto elimina toda posibilidad de que, ya en el curso del contrato, la compañía modifique en contra del usuario las reglas de juego pactadas y pretenda, con base en dictámenes médicos posteriores emanados de profesionales a su servicio, deducir unilateralmente que una enfermedad o dolencia detectada durante la ejecución del convenio se había venido gestando, madurando o desarrollando desde antes de su celebración y que, por tanto, pese a no haber sido enunciada como preexistencia, está excluida.

Tal comportamiento resulta altamente lesivo del principio de la buena fe, inherente a todo servicio público (artículo 83 C.P.), y se constituye en peligroso instrumento contra los derechos fundamentales de las personas, quienes, en las circunstancias descritas —dada la unilateralidad de la decisión— quedan totalmente a merced de la compañía con la cual ha contratado.”.

Así, las actuaciones destinadas a garantizar una prestación eficiente del servicio de medicina prepagada deben adecuarse a los parámetros constitucionales que consagran la garantía de la prestación del servicio público de salud y la protección de los derechos a la vida, salud, integridad personal y dignidad humana de los individuos, circunstancia que no desconoce el ejercicio de la libertad contractual propia de los mismos; por lo tanto, la exoneración de la empresa de medicina prepagada de llevar a cabo algunas actividades, mediante el señalamiento y determinación de preexistencias, debe constar en forma expresa y taxativa en el texto del contrato o en los anexos a él incorporados y que precisamente por esa condición no resultan cubiertos por las obligaciones contractuales; de manera que las enfermedades y afecciones que no sean determinadas oportunamente deberán ser asumidas por la entidad de medicina prepagada con cargo al contrato convenido.

Lo anterior, porque no es posible admitir que con posterioridad a la celebración del respectivo contrato se modifiquen en forma unilateral las prestaciones que deben ser asumidas por la entidad de medicina prepagada, ya que una interpretación o cláusula en sentido diferente resulta abiertamente inconstitucional, en cuanto, como ya se expresó por la Corporación, rompe con el equilibrio contractual de las partes, vulnera el principio de la buena fe que debe imperar en la ejecución del contrato y amenaza los derechos antes mencionados, reconocidos y protegidos en la Constitución Política de 1991, y aquellos otros de rango fundamental que se determinen en el

análisis que realice el juez de tutela en cada caso concreto.

La dignidad y la solidaridad como principios rectores del sistema de seguridad social en materia de derecho pensional en la legislación colombiana.

En el Estado Social de Derecho, el diseño y la aplicación de la legislación en materia de seguridad social ha implicado que la Corte Constitucional colombiana, por vía de recurso de tutela o de amparo, haya abordado la problemática del tema pensional, entendido éste como el fenómeno de la remuneración diferida del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo; es decir, aquella prestación social que se obtiene por la actividad personal e individual al servicio de un patrono público o privado durante un número determinado de años, con la concurrencia del factor edad, elementos estos que son meramente condiciones de exigibilidad del pago de la mesada pensional, amén de constituir elementos configurativos del derecho a disfrutarla, sin las cuales el trabajador no puede reclamarlas válidamente.

En este sentido, es importante resaltar que en el ordenamiento constitucional colombiano, en forma similar al de otras naciones de nuestro hemisferio, la seguridad social en materia pensional comporta una doble connotación; de una parte es un derecho irrenunciable de todos los trabajadores y que, por lo tanto, adquiere el carácter de fundamental por conexidad, en la medida en que su vulneración resulta comprometiendo otros derechos que participan de esa naturaleza, como la vida, la dignidad, la igualdad, la remuneración justa. De otra parte, la seguridad social implica la creación de un conjunto de órganos y de procedimientos que se encargan del desarrollo programático y material, a través de un servicio público de carácter obligatorio, que pueden prestar las entidades

públicas o privadas, según lo establezca la ley, bajo la dirección, coordinación y control del poder público, con sujeción a los principios casi siempre aceptados en todas partes del mundo de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En un Estado Social de Derecho, como el colombiano, la seguridad social adquiere una trascendental importancia pues con ella se busca la protección de la persona humana, cualquiera sea su sexo, raza, edad, condición social y naturalmente contribuye a su desarrollo y bienestar, con especial énfasis en las personas marginadas y hacia los sectores más vulnerables y pobres de la población.

Resulta para mí importante exponer que con la expedición en el caso colombiano de la ley 100 de 1993, se creó en Colombia un nuevo régimen de pensiones, iniciándose un proceso complejo y ambicioso, aún no acabado, de transformación de la estructura de la seguridad social, el cual tiene como propósito desarrollar los postulados propios de un Estado Social de Derecho acorde a su vez con el desarrollo económico nacional.

En materia de pensiones, la ley colombiana y la jurisprudencia de la Corte Constitucional de mi país, han otorgado a los trabajadores colombianos nuevas alternativas, opcionales y diferentes, al clásico sistema de la seguridad social obligatoria como monopolio estatal, para garantizar el pago oportuno y cierto de las pensiones a través de la creación de un sistema basado en el ahorro y la capitalización individual de las contribuciones hechas por los trabajadores y empleadores, es decir, con la expedición de la ley 100 se crearon dos regímenes pensionales: el régimen solidario de prima media con prestación definida (administrado por el I.S.S.), y el régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por los fondos privados de pensiones; sistemas cuyos objetivos son garantizar a la población afiliada el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones

consagradas en la ley y cuya cobertura agrupa a los trabajadores vinculados por contrato de trabajo (sector privado de la economía) o relaciones laborales con el sector público, así como los trabajadores independientes y a la población sin capacidad de pago.

La característica del sistema pensional colombiano, luego de la expedición de la ley 100 de 1993, es que los regímenes atrás anotados son excluyentes entre sí; la afiliación es única y obligatoria, salvo para el caso de los trabajadores independientes; igualmente, existe libertad para la selección de cualesquiera de los regímenes pensionales, con derecho a traslado de uno a otro; así mismo, la cotización es obligatoria y está diseñada sobre una parte del salario de los trabajadores o de las cuotas de aporte si son independientes, se garantiza el pago de las pensiones de jubilación y existe un fondo de solidaridad; es incompatible el recibimiento de las pensiones de invalidez y de vejez, se garantiza el derecho al reajuste pensional anual, la mesada pensional es inembargable y la misma comporta unos beneficios tributarios, todo lo cual se traduce en el desarrollo sistemático de los principios de la dignidad y la solidaridad como pilares rectores del diseño y aplicación de la legislación colombiana en esta materia.

En el caso colombiano, en simetría común con otros sistemas pensionales latinoamericanos, la pensión goza de protección constitucional, vía recurso de tutela o amparo como se denomina en algunas otras legislaciones. En efecto, en la Sentencia C-177 de 1998, se lee lo siguiente:

"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".

Hoy, todas las pensiones, sean de vejez o no, están en el ojo del huracán, porque se quiere hacer recaer el peso de la crisis económica en un sector poco combativo, restringiéndoles al máximo la posibilidad de acceder al status de jubilado, y disminuyéndose beneficios con el argumento de que las nuevas generaciones no tienen por qué sostener a las antiguas generaciones (política que raya con la deshumanización) y, además, pese a que la jurisprudencia reconoce que las pensiones son derechos en un simple ahorro. De ahí la inclinación a privatizarlas, olvidando que el número de pensionados en Colombia en comparación con otros países es escaso. Afortunadamente, la Corte Constitucional, en la práctica, se ha convertido en una esperanza para el respeto de los derechos de los jubilados. Ya su jurisprudencia es conocida al respecto, pero si se limitaran las facultades de la Corte Constitucional para la revisión de las decisiones de instancia sobre este tema, se estaría acabando con una esperanza. Es tan garantista la Corte Constitucional en materia de pensiones que en un reciente caso —SU-062/99— se dice que si no se afilia a una trabajadora del servicio doméstico al régimen de pensiones, el empleador puede verse obligado a pensionarla por su cuenta y, en el caso concreto, pese a que apenas había 17 años de servicios, pero teniendo la solicitante 69 años de edad, se ordenó como mecanismo transitorio cancelar mensualmente un equivalente al salario mínimo mensual, sin que ello implicara la prestación de servicios. Se protegió en esa sentencia la dignidad y la seguridad social. Otro ejemplo de garantismo, profundamente arraigado en los fundamentos de la revocatoria directa, es el que aparece en la T-748/98 (en el mismo sentido la T-720/98) según

las cuales la revocación total o parcial de los actos del ISS que reconocen el derecho en cabeza de un pensionado, en cuanto afectan los intereses del titular de los derechos, requieren de su consentimiento expreso o de la decisión de la justicia.

Que lo de las pensiones es una necesidad muy sentida se ve fácilmente en la cantidad de acciones de tutela que los colombianos han presentado durante siete años. Allí se aprecia que las solicitudes referentes a pensiones han venido ocupando casi siempre el primer lugar en la cantidad de tutelas instauradas. Por supuesto que esto no es extraño en una sociedad que se distingue por no respetar a las personas de mayor edad. De los expedientes que llegan a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, en el tema de pensiones, se pueden agrupar los casos más frecuentes, así:

TUTELAS POR DEMORA EN PROFERIR RESOLUCIONES SOBRE PENSIONES

El retardo de la Caja Nacional de Previsión o del Instituto de los Seguros Sociales para conceder pensiones o reajustarlas, y los obstáculos que se ponen a las decisiones sobre las pensiones de invalidez o a las pensiones de sobrevivientes, son problemas muy comunes que se detectan por la tutela. Desde cuando principió a funcionar la Corte Constitucional en 1992 hasta principios de 1998, un 30% de las tutelas que llegaban a la Corporación correspondían a solicitudes de personas de la tercera edad con esa clase de problemas pensionales. (Ese porcentaje disminuyó a partir de junio de 1998 por la razón que luego se explicará). Era especialmente palpable la demora en la Caja Nacional de Previsión, entidad que se caracterizaba por su dilación en los trámites de las pensiones hasta el punto de que prácticamente se desconocían los derechos fundamentales, en medio de prácticas de influencias políticas y de corrupción. Las tutelas contra ella instauradas invocaban e invocan

el derecho de petición porque la mencionada entidad no resolvía las solicitudes de los aspirantes a gozar de una pensión. Si se analizan a fondo todas estas tutelas presentadas contra la Caja, que son aproximadamente 30.000 en 7 años, se ve que, en realidad no son violaciones de derechos de petición, porque si ello fuera así, según lo dice el Código Contencioso Administrativo, la orden de tutela sería que se contestara al interesado cuál es la razón para la demora y cuándo se respondería mediante acto administrativo; lo que realmente ocurre es que hay fallas ostensibles de organización que conducen a una retardada decisión sobre las pensiones de jubilación, de invalidez, de sobrevivientes o pensión gracia o reajuste de pensión; es decir, se trata propiamente de la vulneración a lo calificado por Alexy como "Derechos prestacionales a organización y procedimiento".

Tan cierto es que se trata de fallas en la organización de la entidad que debe conceder las pensiones, que un fallo de la Corte Constitucional, el T-068/98, no solamente protegió el derecho de petición sino que dio órdenes a la Caja Nacional de Previsión para que organizara mejor el funcionamiento de sus dependencias, y eso sirvió para que un altísimo porcentaje de tutelas presentadas disminuyera porcentualmente a mediados de 1998, hasta el punto de que las reclamaciones contra la Caja Nacional de Previsión, con base en un muestreo hecho durante quince días hábiles en el mes de agosto de 1998, indica que la proporción de tutelas descendió al 13%. Sea cual fuere la razón jurídica para la prosperidad de las tutelas, la verdad es que casi todas prosperan por violación al derecho de petición, que dejó de ser un derecho inofensivo para ser el más invocado en la tutela.

DERECHOS A ORGANIZACIÓN Y PROCEDIMIENTO.

El derecho de las personas a que se les dé una adecuada organización del Estado y unos procedimientos serios y expeditos, son tema

básico dentro de los derechos prestacionales, en los conceptos de Robert Alexy. Él parte de la base de que en el Estado Social de Derecho las personas tienen derecho a algo. En el pensamiento constitucional colombiano, el ejercicio de los derechos implica que se desarrollen y cumplan los principios reseñados tanto en el artículo 2º como en el artículo 209 de la Constitución Política. El artículo 2º dice que *"Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución..."*. Y el artículo 209 enseña: *"La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones."* Por supuesto que esa eficiencia también debe ser propia de las otras ramas del poder público, puesto que el artículo 1º de la C.P. señala que Colombia es un Estado Social de Derecho, y, el artículo 4º establece que la Constitución es norma de normas. Dentro de un contexto doctrinal, los derechos a organización y procedimiento adquieren particular relevancia. Hesse sostiene la tesis de que *"a menudo, la organización y el procedimiento (resultan ser) un medio -posiblemente el único existente- para producir un resultado acorde con los derechos fundamentales y, con ello, asegurar eficazmente los derechos fundamentales en vista de la problemática moderna"*. Dice Alexy: *"Las normas de organización y procedimiento pueden tener no sólo este carácter de medio, sino también ser un fin en sí mismas. Una norma de procedimiento N tendría el carácter de un fin iusfundamental en sí mismo si estuviese también iusfundamentalmente exigida, si fuera seguro que el resultado del procedimiento, en caso de validez de N, bajo ninguna circunstancia y en ningún respecto sería más conforme al derecho fundamental que en caso de no validez de N. Puede quedar abierta la cuestión de saber si existen normas de organización y procedimiento con carácter de fin iusfundamental en sí mismo"*.

Es también frecuente que se instaure tutela por el no reajuste de pensiones. Aquí hay que distinguir: si no se ha resuelto la petición de

reajuste, lo que prosperaría sería la violación al derecho de petición, en cuanto el Juez obligaría a que se resuelva (no a que se resuelva favorablemente, sino a que se determine lo justo). Pero si se decidió negativamente la petición de reajuste, la vía adecuada es la ordinaria laboral o la contencioso administrativa; pero, hay una excepción, si el jubilado es ya un anciano, aunque exista otro medio de defensa judicial diferente a la tutela, podría ser inocuo ese medio de defensa ordinario o contencioso-administrativo porque el anciano no alcanzaría a conocer el fallo dada la tradicional demora en la definición de los conflictos jurídicos; en esta situación, la Corte en la conocida sentencia 456/94 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) expresó entre otras consideraciones:

"Hechas estas aclaraciones se puede decir que si una persona sobrepasa el índice de promedio de vida de los colombianos,¹⁵ y ella considera que se le ha dado un trato discriminatorio en el reajuste pensional y por tal motivo ha reclamado ante juez competente, pero se estima razonablemente que el solicitante ya no existiría para el momento que se produjera la decisión judicial debido a su edad avanzada, unido esto al alto volumen de procesos que razonablemente producen demora en la decisión, pese al comportamiento diligente del juzgador, entonces ese anciano no tiene otro medio distinto al de la tutela para que, provisionalmente, mientras se decide el fondo del asunto por el juez natural, se ordene el respeto a su derecho. Por supuesto que el Juez de Tutela debe hacer un equilibrado análisis en cada caso concreto...".

Significa lo anterior que la tutela solo cabría como mecanismo transitorio, luego previamente habría que instaurar el juicio ordinario laboral o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso y, con posterioridad, hacer la solicitud de tutela, en cuyo caso es la razonabilidad o la ponderación dentro de la teoría de Perelman, la que determinaría la decisión del juez constitucional, lo cual significa, entre otras cosas, que el índice de promedio de vida no sería el único factor determinante.

Lo interesante de los ejemplos anteriormente reseñados es que tienen un elemento común: aunque estos derechos prestacionales son consecuencia jurídica obvia del derecho al trabajo y resultado también obvio que hay falta de organización en el Estado, la verdad es que su protección jurisprudencial se logra, en Colombia, invocándose especialmente el derecho de petición o el mínimo vital. Este rasgo (minimizar el derecho al trabajo) es muy frecuente en el constitucionalismo occidental.

PROBLEMAS POR NO COTIZAR PARA PENSIONES

¿Qué ocurre cuando el trabajador va a reclamar su pensión y encuentra que el empleador no cotizó lo debido, pese a que hubo los descuentos?

En la SU-430/98 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) con ocasión del reclamo de un piloto a CAXDAC, la Corte Constitucional consideró que *"No puede entonces la entidad administradora de pensiones (EAP) obstaculizar el otorgamiento de una pensión de vejez a un trabajador al que se le han descontado en forma periódica los aportes correspondientes, debido al incumplimiento del empleador de consignar algunos aportes a la EAP. No es justo que el trabajador deba soportar tan grave perjuicio por una falta del empleador, como aconteció en el caso sub iudice, en donde la entidad administradora CAXDAC no reconoció su pensión al señor Sierra por haber dejado AEROCODOR de cotizar algunos meses"*. Agregó la mencionada sentencia que las pensiones son derechos adquiridos, imprescriptibles, y concedió la tutela y le ordenó a CAXDAC reconocerla, *"independientemente de que hayan aportado o no las empresas a las cuales el actor prestó su fuerza laboral por más de 20 años pues, se repite, el accionante no tiene por qué soportar el incumplimiento de éstas tal como quedó señalado en la Sentencia C-386 de 1997 proferida por esta Corporación"*.

La anterior decisión armoniza con la Sentencia T-177/98 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) cuando decidió sobre la impugnación al artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Dijo la Corte:

"Ese artículo 33 de la Ley 100 de 1993 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. Sin embargo, las cotizaciones realizadas a empleadores y a las cajas previsionales del sector público o privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión coexistirán, es decir que se amplía la posibilidad de acumulación de aportes que había sido prevista por la Ley 71 de 1988. En efecto, antes de esa ley, y como bien lo precisó esta Corte, "no era posible acumular el tiempo servido en entidades oficiales, afiliadas a instituciones de previsión social oficiales y a las cuales se habían hecho aportes, con el tiempo servido a patronos particulares, afiliados al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, y al cual, igualmente se había aportado, aun cuando sí era procedente obtener el derecho a la pensión acumulando el tiempo servido a diferentes entidades oficiales, cuando se hubieren hecho aportes a diferentes entidades de previsión social oficial o al ISS". "El artículo 7° de la Ley 71 de 1988 permitió entonces la acumulación de aportes efectuados como servidor público o como trabajador privado, sistema que conserva y amplía la Ley 100 de 1993, la cual precisa, en su artículo 13, literal f), que para el reconocimiento de las pensiones "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".

"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 la caja anteriores, según el caso, han efectivamente trasladado, 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, que es precisamente la norma acusada, cuando se trata (i) de semanas que fueron cotizadas a cajas previsionales 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 acusada. Así, 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". Supongamos que posteriormente ese trabajador se vincula al Instituto de Seguros Sociales (ISS) en donde aporta 12 años más. En tales circunstancias, conforme al inciso impugnado, 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, la norma acusada consagra 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 para poder lograr el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez."

Luego plantea la Corte Constitucional otras argumentaciones:

"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 patronos, 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 previsionales 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 el 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, como esta Corte lo ha reconocido, era una de las principales causas "de la ineficiencia en el sector y de la vulneración de los derechos de los trabajadores"¹⁶. 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 traducía 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".

"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, se deberá tener en cuenta el principio de favorabilidad, 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.

12- Como es natural, para poner en marcha ese sistema general de pensiones, resultaba necesario establecer mecanismos de transición que permitan acumular semanas o períodos efectuados ante distintas empresas o entidades de seguridad social, puesto que no resulta armónico con principios elementales de responsabilidad que una entidad de seguridad social deba reconocer los tiempos laborados y cotizados por un trabajador ante otra entidad. Así, según el ejemplo presentado anteriormente en esta sentencia, no parece justo que el ISS deba reconocer las semanas cotizadas por un aviador ante CAXDAC, si ésta última entidad no hace el traslado efectivo del bono pensional, puesto que el ISS no tenía ninguna vigilancia sobre CAXDAC ni sobre las empresas de aviación. Por ende no puede imponerse al ISS una responsabilidad por un hecho totalmente ajeno a sus competencias y a su voluntad. En esta segunda hipótesis no son válidas entonces las razones señaladas en los fundamentos 8 y 9 de esta sentencia para imponer a la EAP el reconocimiento y pago de las semanas laboradas por el trabajador, incluso si el patrono no había efectuado el correspondiente traslado, por cuanto la situación es distinta. En efecto, en la primera hipótesis, la EAP no sólo tiene un deber de vigilancia sobre la empresa sino que cuenta además con amplias facultades para hacer efectivo el pago de los aportes. En esta segunda hipótesis, por el contrario, el ISS carece de mecanismos de control sobre CAXDAC ya que, en el pasado, se trataba de regímenes prácticamente separados.

13- En tal contexto es que encuentra perfectamente sentido la disposición acusada, según la cual, para que en estos casos pueda operar la acumulación de tiempos y semanas, es necesario que la anterior caja previsional 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. La declaratoria de inexecutable impondría entonces, de manera inmediata, una carga financiera a determinadas EAP, la cual puede resultar no sólo contraria a criterios elementales de responsabilidad sino que además podría afectar la solvencia financiera de esas EAP, con lo cual se podría incluso poner en peligro la viabilidad misma del sistema general de pensiones diseñado por la Ley 100 de 1993".

Se ha hecho una extensa transcripción porque el fallo C-177/98 y el SU-430/98 son determinantes para muchos casos de reclamación de quienes habiendo trabajado los veinte años, se encuentran ante una realidad probatoria difícil; demostrar semanas cotizadas cuando ocurre incumplimiento del empleador (que es lo contemplado en los aludidos fallos), pero analógicamente estas jurisprudencias podrían ser aplicadas en situaciones especiales en las cuales no se cotizan semanas, pero no han consolidado derechos adquiridos, como por ejemplo: períodos de diputados en los cuales, según la ley, los meses de asistencia a la Asamblea Departamental, para efecto de pensión, equivalen a un año calendario.

La ley 100 de 1993 establece el sistema general de pensiones desde el artículo 10 hasta el 151, haciendo una prolija descripción y señalando las reglas centrales del sistema general de pensiones para amparar las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte. Después de la expedición de la Ley 100 de 1993 ha surgido una tendencia muy peligrosa a simplificar los elementos a tener en cuenta para decretar la pensión de vejez, limitándolos a las semanas

cotizadas y la edad del beneficiario. Se olvida que hay una serie de situaciones especiales, que hay derechos ya adquiridos, que existen sistemas especiales, en cuyo caso debe aplicarse el principio de favorabilidad.

Muchas veces la realidad de una relación laboral es difícil de demostrar, es indispensable en ocasiones apelar al derecho de simples datos de computador que indica cuántas semanas aparecen cotizadas y a un registro civil de nacimiento.

Al margen de esas situaciones, es importante decir que el sistema se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, pero el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 consagró como excepciones al deber de inscribirse al sistema general de pensiones a los siguientes grupos de personas: servidores públicos de Ecopetrol y pensionados de la misma empresa, personal que ingrese después de la vigencia de la ley a Ecopetrol por vencimiento de contratos de asociación o concesión y celebren acuerdo individuales o colectivos para beneficiarse del régimen interno de seguridad social; personal docente oficial afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; miembros de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional; personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía, miembros no remunerados de las corporaciones públicas; trabajadores de las empresas que al iniciar la vigencia de la ley estén en concordato preventivo y obligatorio en el que se hayan pactado sistemas de protección de las pensiones, mientras dure el respectivo concordato; personas con derechos pensionales adquiridos; y los hombres mayores de 40 años y mujeres mayores de 35 que decidieran acogerse al régimen de transición, todo ello sin perjuicio de lo exceptuado por otras disposiciones.

MODIFICACIONES FUTURAS DE LA LEY 100 DE 1993

Desde su nacimiento el Instituto de Seguros Sociales en 1949 comportaba ya una crisis

creciente en razón a que antes de la Ley 100/93 era la única entidad que atendía a millones de afiliados durante varias décadas hasta que la reforma constitucional de 1991 le abrió las puertas a la Ley 100 de Seguridad Social, eliminando el monopolio estatal sobre el tema a través de la competencia de las Empresas Promotoras de salud, EPS, creando graves problemas porque la entidad no estaba preparada para dicha competencia. Con este nuevo panorama de la Ley 100, once millones de colombianos se encuentran cubiertos por el sistema de seguridad social, se calcula que las EPS privadas atienden a 3 millones de afiliados, mientras que el ISS atiende cerca de 7 millones de afiliados.

Así las cosas, el ISS se encuentra ante una grave crisis de carácter económico pues tiene un déficit cercano a los 2.2 billones de pesos y se calcula que más de 128.000 empresarios evaden sus aportes obrero-patronales.

Ante este cuadro de carácter económico el Gobierno Nacional presentó a consideración un proyecto de liquidación del Seguro Social que consiste en que el Congreso de la República estudie una profunda modificación al régimen de salud y de pensiones que implican la propuesta de 4 grandes fórmulas para salir de la crisis, para lo cual se convocó a una Comisión Permanente de Concertación por parte del Consejo Directivo del Seguro Social. Para buscar un acuerdo tripartito de Gobierno, Empresarios y Trabajadores la reforma pasará a una subcomisión, que se encargará de elaborar un proyecto de ley.

En materia de salud, el Gobierno propone la eliminación del Seguro Social como una empresa industrial y comercial del estado y la creación de dos grandes sociedades comerciales de carácter anónimo o de economía mixta: la una que se encargará de la administración de los hospitales y los centros de salud del ISS y la otra que se encargará del manejo de pensiones y de reconocimiento y pagos de las mesadas de jubilación.

Por su parte los trabajadores al servicio del I.S.S. se oponen a dicha reforma y plantean como fórmula de salida de la crisis del Seguro el fortalecimiento patrimonial de la misma, a razón de 1.2 billones de pesos por año durante los próximos 10 años. Por su parte, los gremios económicos de la producción plantean, como fórmula de solución a la crisis, la liquidación actual del Seguro Social y la entrega patrimonial de dicha entidad a Administradoras de Fondos Privados de carácter pensional, modelo similar al de Chile. Por su parte también hay que advertir que el Gobierno nacional presentó el 21 de enero del 2000 al Congreso de la República un nuevo proyecto de Régimen Pensional en el cual básicamente se propone bajar los beneficios establecidos en la Ley 100 de 1993, subir los aportes de los trabajadores del 12% actual del salario al 16%, aumentar la edad de jubilación para hombres a los 65 años y para mujeres a los 60, y aumentar el número de semanas cotizadas de 1200 a 1350 y la mesada bajaría del 75% de salario base actual, a un 60%, todo ello como parte del tema de la gran reforma laboral concertado con el Fondo Monetario Internacional.

Finalmente hay que advertir que las centrales obreras, los gremios económicos y el Gobierno firmaron un gran pacto nacional para salvar el esquema de la seguridad social en Colombia.

Referencias bibliográficas

1. Cfr .Gross Espiell, Los derechos económicos, sociales y culturales, 1986
2. Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, 1950, p. 12.
3. SU-747/98.
4. T-426 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
5. Al respecto ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencia T-499 de 1992.
6. Corte Constitucional, Sentencia T-426 de 1992.
7. Gaceta Constitucional del 21 de mayo de 1991. Informe Ponencia para Primer Debate en Plenaria, pag 2.
8. Informe Beveridge. Inglaterra, 1942.
9. Vid, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de marzo de 1987. MP Dr. Fabio Morón Díaz. Expediente No. 1530. Demanda contra la Ley 21 de 1982.
10. Al respecto ver, Corte Constitucional, Sentencias T-328 y T-329 de 1998.
11. Ver la Sentencia C-274/96, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía .
12. Ver la Sentencia T-059/97, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero .
13. Concepto mencionado por el Tratadista chileno Arturo Alessandri Rodríguez en su obra "De los contratos", Editoriales Temis y Jurídica de Chile, pág. 40 .
14. Por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 10 de 1990 en cuanto a la organización y funcionamiento de la medicina prepagada .
15. Se estima en 71 años.
16. Ver sentencia C-017 de 1998. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte B.1.