UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
SEDE BOGOTÁ
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

RECONOCIMIENTO PENSIONAL DE VEJEZ TARDÍO EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA: Efectos de los aportes retroactivos- violación Al Derecho Fundamental De Salud En Colombia a partir de la Ley 100 de 1993.

MERLY PATRICIA PUPO MORELOS

C.C.50937589

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá, Colombia

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
SEDE BOGOTÁ
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

RECONOCIMIENTO PENSIONAL DE VEJEZ TARDÍO EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA*: *Efectos de los aportes retroactivos- violación Al Derecho Fundamental De Salud En Colombia a partir de la Ley 100 de 1993.

MERLY PATRICIA PUPO MORELOS

C.C.50937589

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de: **Magister en Derecho profundización en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

Director: Ph. D en Derecho y Filosofía. Juan Camilo Salas Cardona
Co-Director: Dr. Hernando Torres Corredor
Director Evaluador: Dr. Carlos Luis Ayala Cáceres

Línea de Investigación: Seguridad Social

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá, Colombia

2014

PRESENTACIÓN

Apreciados miembros integrantes del Jurado: Para optar al título de Magister, de la Facultad de Derecho, profundización en Derecho Laboral y Seguridad Social y atendiendo a lo contemplado en las normas del Reglamento de la Universidad Nacional de Colombia frente a los trabajos finales de maestría, presento muy respetuosamente a ustedes el trabajo final titulado: "*RECONOCIMIENTO PENSIONAL DE VEJEZ TARDÍO EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA: Efectos de los aportes retroactivos - Violación Al Derecho Fundamental De Salud En Colombia a partir de la Ley 100 de 1993"*.

Las razones conducentes a este estudio de profundización se forjan para realizar un análisis de los efectos de los aportes retroactivos para la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, en el derecho fundamental a la salud a partir de la Ley 100 de 1993. Esto implica la consideración del derecho fundamental a la salud, y la violación efectiva que genera la entidad prestadora del servicio de salud por un servicio no prestado hasta cuando se le hace el ingreso a nómina como pensionado activo para que entre a gozar del derecho a la seguridad social en salud de forma plena, dado por la cancelación previa por servicios retroactivos nunca prestados por el sistema.

Es así como el presente trabajo final de maestría pretende buscar una solución jurídica plausible para la desprotección generada en cuanto al derecho fundamental a la salud en relación directa al reconocimiento pensional en el régimen de prima media en Colombia.

Atendiendo al cumplimiento de requisitos exigidos por la Universidad de Colombia y observando las indicaciones y parámetros para el trabajo final de maestría, sea de su aprobación.

Cordialmente,

MERLY PATRICIA PUPO MORELOS

AUTORA.

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Nota de aceptación

Bogotá D.C., 2014

NOTA DE CONFIDENCIALIDAD Y EXCLUSIÓN

El pensamiento contenido en la presente tesis de grado para optar por el título de magister en Derecho con profundización en Derecho Laboral y Seguridad Social, implica de manera exclusiva el pensamiento de la autora, no se haya en ningún aparte comprometida la ideología de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, ni de su facultad de Derecho área de Posgrado. Se certifica por medio escrito que el presente trabajo de grado se encuentra protegido por los derechos de confidencialidad de la autora MERLY PATRICIA PUPO MORELOS.

DEDICATORIA

A DIOS, porque bajo su amor y protección ha iluminado cada uno de los días de mi vida y ha permitido que siga creciendo como mujer, como madre y como profesional.

A mi madre, GUADALUPE DEL ROSARIO MORELOS SIERRA, desde su regalo de vida, por dejarme ser; porque con su ejemplo de lucha y empuje, bajo sus enseñanzas y paciencia me ha motivado a seguir creciendo como ser humano. Y aunque esté lejos en distancia está cerca de corazón.

A mi esposo, VICTOR JIMMY MARIÑO GARZON, porque con su infinito amor y paciencia, me ayudó en el día a día a seguir mejorando y a dedicarme a seguir creciendo y estudiando, por cuidar a nuestros hijos y por estar a mi lado siempre.

A mis pequeños hijos, JUAN MANUEL y VALERIA porque cada uno soportó a su manera mi ausencia, porque he sido ejemplo de estudio y dedicación para ellos, y a mi pequeña bebé FRANCHESKA con sus 11 meses de vida y apenas emprendiendo camino, al no disfrutar de su compañía; pero hoy es satisfactorio saber que bajo el sacrificio puedo brindarte un mejor mañana.

A toda la familia de JIMMY, porque nunca dejaron de apoyarme y de brindarme sus mejores deseos, y fueron mi soporte como única familia en esta tierra bogotana, lejos de mi costa querida.

A mis MAESTROS, porque de sus valiosos aportes y enseñanzas ayudaron a forjar este sueño que hoy lo veo más cercano. Con especial afecto, al Doctor JUAN CAMILO SALAS CARDONA porque con su paciencia, su enseñanza y la humildad que lo caracterizan lo hacen un ser maravilloso, no sólo como profesional sino como una persona íntegra, de la cual estoy inmensamente agradecida. A PABLO IGNACIO REYES BELTRÁN, por permitirnos cada día mejorar y apoyar sin ningún interés, con amabilidad y cordialidad, pero con un alto nivel de profesionalismo bajo su asesoría constante y oportuna. Que Dios le conceda infinitas bendiciones y multiplique esa luz que proyecta que le caracteriza.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por permitirme estar viva, por existir y por disfrutar cada momento bajo su infinita presencia.

A la Universidad Nacional de Colombia, que me acogió en su claustro y me permitió siendo Contador Público, ingresar a la Maestría en Derecho, dando uno de los más claros ejemplos que buscan líderes que resalten su grandioso nombre.

Al rector, IGNACIO MANTILLA PRADA.

Al vice-rector, DIEGO FERNANDO HERNÁNDEZ LOSADA.

Al director del Área Curricular de Derecho, CAMILO ALBERTO BORRERO GARCÍA.

Al Coordinador Académico de la Maestría en Derecho, Dr. HERNANDO TORRES CORREDOR, porque con su espíritu colaborador y entusiasta, por darme la oportunidad de hacer parte de la maestría siendo Contador Público, sumado al profesionalismo determinante e integral ha logrado impregnarnos de sus enseñanzas bajo una óptica más globalizada.

A mi director de trabajo final, Dr. JUAN CAMILO SALAS CARDONA, por su paciencia, por su tiempo, por cada uno de sus aportes a mi trabajo, por permitirme ser su aprendiz y porque la distancia nunca fue obstáculo para corregirme e indicarme como mejorar.

Al Dr. CARLOS LUIS AYALA CACERES, porque me enseñó que podemos ver el derecho bajo otra óptica, por acogerme y mostrarme que aunque no soy abogado, logré el reto, porque con su pedagogía única e irrepetible hizo de mí una mejor profesional.

Nuevamente al Investigador y Maestro, PABLO IGNACIO REYES BELTRÁN y a la colaboradora inigualable ANDREA HERNADEZ. Mil Bendiciones.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
Resumen	9
Abstract	10
Introducción	11
Formulación y Mínima Sustentación del Problema	14
Descripción del Problema	14
Planteamiento del Problema	14
Hipótesis de Trabajo	15
Objetivos	15
Itinerario	16
1. ESTADO DEL ARTE DEL PROBLEMA: SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL EN COLOMBIA: DEFICIENCIAS, PERSPECTIVAS Y ALCANCES	18
1.1 Principales Deficiencias de la Seguridad Social Integral: Una visión internacional	18
1.2 Seguridad Social en Colombia: Una Mirada a las Pensiones	22
1.3 Salud como Derecho Fundamental – Pago aportes Retroactivos	30
2. MARCO TEÓRICO PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA: COLOMBIA COMO ESTADO SOCIAL DE DERECHO BAJO EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL A PARTIR DE LA LEY 100 DE 1993	34
2.1 Debate Jurisprudencial de la Seguridad Social	35
2.2 Las precisiones de Robert Alexy y Dworkin	42
2.3 Derechos Sociales Fundamentales: La propuesta de Rodolfo Arango	47
3. VALIDACION DE LA HIPOTESIS Y PROPUESTA	50
Hipótesis Formulada	50
Ilustración de la Hipótesis	50
Proyecciones teóricas y empíricas	53
4. CONCLUSIONES FINALES	57
BIBLIOGRAFÍA	62
GLOSARIO DE TÉRMINOS	67
ABREVIATURAS	70
SIGLAS	71

RESUMEN

¿Es realmente vulnerado el derecho a la salud al radicar la solicitud para obtener el derecho a pensión en el régimen de prima media en Colombia? Sí efectivamente es vulnerado, ¿estaría obligado a pagar el retroactivo de seguridad social en salud por un servicio no recibido? La respuesta es que, si bien el legislador previó que el término para reconocer la pensión es de cuatro meses, la realidad es que se aprecian otros términos mucho más extensos. Asimismo no es garantía de la protección a la salud el simple hecho que se le reconozca, porque se le cobra por el tiempo desde la fecha de resolución hasta que ingresa efectivamente en nómina por los períodos de cotización a salud, por una contraprestación no percibida.

La presentación global y sintética de las afirmaciones fundamentales de la investigación están basadas en la forma de protección a los derechos sociales fundamentales, desmontando los pagos a seguridad social sobre retroactivos pensionales para suplir la brecha existente entre el ingreso a nómina y la prestación del servicio de salud, y que inmediatamente se cumplan los requisitos y se validen por parte de la entidad pagadora haciendo el reconocimiento que respete el término legal de la afiliación del pensionado quedando cubierto por el sistema, aboliendo los pagos sobre un servicio no prestado por la entidades de salud ni recibido por los pensionados.

Es con esto que la propuesta desarrollada de desmonte nos hacen usarla bajo la óptica necesaria para salirnos del pensamiento normativista y con esta generar nuevas alternativas que permitan solucionar el problema planteado sobre los pagos retroactivos de seguridad social en salud en relación con el reconocimiento pensional del régimen de prima media en Colombia, a partir de la Ley 100 de 1993

PALABRAS CLAVE

Cotización, Retroactividad, Pensión de Vejez, Régimen de Prima Media, Derecho a la Salud.

ABSTRACT

Is it really violated the right to health to file the application for pension rights in the scheme average premium in Colombia? Yes, it is indeed violated, would I be required to pay the retroactive social security health for a service not received? The answer is that, although the legislature provided that the term pension is to recognize the four months; the reality is much more extensive than other terms are appreciated. It also does not guarantee the health protection simply to be recognized because you are charged for the time from the date of termination until entering payroll effectively in periods of contribution to health, for a consideration not perceived.

The comprehensive and concise presentation of the basic statements of the research are based on the form of protection of fundamental social rights , removing payments to social security on pension retroactive to fill the gap between income and payroll service delivery health, and immediately the requirements are met and are validated by the paying agent by the recognition that respects the legal term of membership of the pensioner it being covered by the system , abolishing payments on a service not provided by the health agencies nor received by pensioners.

It is with this that the proposal developed clearing make us use the perspective needed to get out of this normativity thought and generate new alternatives to solve the problem posed on retroactive payments of social security health in relation to the pension scheme recognition average premium in Colombia , from Act 100 of 1993.

KEYWORDS

Prices, Retroactivity, Age Pension, Media Prima Scheme, Right to Health.

INTRODUCCIÓN

En Colombia con la Ley 100 de 1993, Por la cual se creó el sistema de seguridad social integral y se dictaron otras disposiciones relativas al sistema en sí mismo; a pesar de esto, aún después de dos décadas de vigencia, no existe una normatividad condensada ni jurisprudencia en la misma línea sobre los efectos que produce el pago de seguridad social retroactiva realizada por los pensionados en el régimen de prima media con prestación definida hasta la prestación efectiva de los servicios de salud. La explicación de este hecho, es que el servicio se surte en teoría, cuando la afiliación al sistema de salud es inmediata al reconocimiento e inclusión de la pensión en el régimen de prima media.

El legislador previó que el término para reconocer la pensión de vejez en Colombia es de cuatro meses, pero en la realidad se dan otros términos mucho más extensos que sobrepasan hasta los años. Asimismo no es garantía de la protección a la salud el simple hecho que se le reconozca la pensión, porque se le cobra por los períodos de cotización a salud por el tiempo transcurrido desde la fecha en que es reconocido el derecho hasta que ingresa efectivamente en nómina, por una contraprestación no percibida en servicios de salud.

Finalmente, cuando los pensionados logran el reconocimiento y pago de la pensión, a través del régimen de prima media, considerando que se requiere cumplir los requisitos de edad y de tiempo de cotización previstos en la normatividad[1], se liquidan y pagan al pensionado las mesadas pensionales atrasadas desde el momento en que adquirió el derecho (retroactivo) sobre este retroactivo se aplica el descuento mensual del porcentaje destinado a aportes en salud (actualmente en el año 2014: 12% sobre IBC)"; no obstante las entidades promotoras a las que se giran estos descuentos no prestan los servicios de salud al beneficiario durante todo el tiempo que tarda el reconocimiento de la pensión, e incluso estando ingresado en nómina sólo hasta cuando ellos reciben efectivamente los recursos retroactivos a su sistema de información y pagos.

Son un sinnúmero de dificultades por las que atraviesa el sistema de salud colombiano, tratando de dar paso a una reforma que hasta el momento no ha surtido los efectos esperados, la crisis se acentúa desde los escándalos por la malversación de los fondos de la salud, como la mala prestación de los servicios por parte de la EPS, los llamados paseos de la muerte y la crisis financiera que atraviesa el sistema son varios de los escenarios que se viven en el día a día.

Pero si la crisis de la salud no da tregua un vistazo a las pensiones nos deja sin alientos. La Corte Constitucional entre las causas de las dificultades administrativas que padece la entidad en Colombia que actualmente hace reconocimientos en el régimen de prima media: Colpensiones[2] señaló las siguientes: (i) el número de peticiones sin atender por el ISS al

---

[1] ARENAS MONSALVE, Gerardo. *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social.* Legis, 2011. Pág. 275. Considerando que la Ley 797 de 2003 en su artículo 9º modificó la Ley 100 de 1993 en su artículo 33 y estableció los requisitos vigentes para reconocer la pensión de vejez.

[2] Corte Constitucional de Colombia. Sala Novena de Revisión Ref. *Expediente acumulado T-3287521*. Acción de tutela instaurada por *Raúl* y otros, en forma separada contra el Instituto de Seguros Sociales y Colpensiones. Magistrado Sustanciador: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, Junio 05 de 2013

momento del traslado excedían los cálculos que razonablemente había realizado Colpensiones. En efecto, se había calculado que las peticiones acumuladas serían 184.762 basado en el promedio mensual, pero estas excedieron dicha previsión en 67.238. Este volumen a su vez excedió la capacidad mensual calculada por Colpensiones; (ii) se incrementó el número de peticiones interpuestas directamente contra Colpensiones, pues desde su entrada en funcionamiento se recibieron en promedio 16.000 peticiones mensuales entre octubre y diciembre de 2012, las cuales también deben ser atendidas; (iii) de los 87.018 trámites relacionados con acciones de tutela recibidas durante los primeros 4 meses de funcionamiento de Colpensiones, el 100% correspondían a situaciones que debía resolver el ISS, y en los meses de enero y febrero de 2013 aumentó considerablemente el número de trámites de tutela interpuestos contra Colpensiones (de estos ha tramitado el 38%;) (v) más del 90% de las acciones de tutela en contra del régimen de prima media se refieren a falta de respuesta a derechos de petición que dependen del efectivo traslado de los expedientes administrativos del ISS en liquidación, y del término necesario para evacuar esa cantidad.

Podemos apreciar que cerca del 38% de acciones constitucionales contra Colpensiones son por reconocimiento de derechos pensionales, demostrando que sólo en cabeza del ISS (en liquidación) y de la nueva entidad hay una ineficiencia en el cumplimiento a lo que establece el ámbito legal, este como un panorama actual y abrumador, sin dejar de lado que ésta no es la única que en la actualidad hace reconocimientos en prima media. A esto sumado la precaria prestación de servicios de salud una vez se hace el respectivo reconocimiento del derecho.

Por las cifras de espera de reconocimiento[3] iniciando el mes de septiembre se habían recibido 308.419 expedientes, de los cuales 180.905 correspondían a solicitudes pendientes de reconocimiento. A 30 de septiembre, Colpensiones ha recibido un total de 313.664 solicitudes de pensión por parte del ISS en Liquidación, de las cuales 189.894 corresponden a solicitudes por tramitar. Esta circunstancia, ha exigido a Colpensiones un proceso permanente de ajuste e innovación en procura de cumplir las metas asociadas a los grupos priorizados. Adicionalmente, es necesario reiterar que la cifra a cierre del mes de septiembre no es definitiva; el ISS en Liquidación aún está cerrando y depurando su inventario.

Teniendo en cuenta el panorama de la situación problemática presentada las razones conducentes a este estudio investigativo se forjan para realizar un análisis de los efectos de los aportes retroactivos para la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, en relación con el derecho fundamental a la salud a partir de la Ley 100 de 1993. Esto tomando como punto de partida que el acceso al derecho a la salud parte del reconocimiento pensional en el régimen de prima media y que a su vez implica la consideración del derecho fundamental a la salud, y la violación efectiva que genera la entidad prestadora del servicio de salud cuando nunca ha sido utilizado el servicio de salud como tal hasta cuando se le hace el ingreso a nómina como pensionado activo para que entre a gozar del derecho a la seguridad social en salud de forma plena, por la cancelación por servicios retroactivos nunca prestados por el sistema.

[3] Colpensiones. *Informe de Rendición de Cuentas. Período Enero – Septiembre de 2013*

En el trasfondo de estos complicados asuntos, se haya un problema referido a lo que ordinariamente comprendemos por derecho, ya que, gracias al profundo influjo del positivismo jurídico, en el que hemos vivido por más de medio siglo, nos olvidamos de que, como lo decía Dworkin en su conocida obra Los derechos en serio, el derecho no son sólo normas, sino también principios y directrices de acción. Para el caso presente, uno de los ejes principales del problema, es que en el reconocimiento de los derechos en materia de seguridad social, se olvidan los principios vigentes de la Constitución del 91 en el que Colombia se reconoce como un Estado Social de Derecho, al lado de los principios y directrices de acción presentes en el resto de la legislación sobre la materia.

Pero ¿Cómo transformamos la concepción de que el derecho es sólo un conjunto de las normas, y no reconocemos sus principios y directrices de acción desde los cuales se podrían solucionar un sinnúmero de problemas que se constituyen en verdaderos atentados en contra de los Derechos sociales fundamentales de los ciudadanos?

A través de este trabajo final de maestría lo que se pretende es que se convierte en necesario incluir y definir de forma definitiva en la legislación de Colombia, la forma de protección, desmontando los pagos a seguridad social sobre retroactivos pensionales para suplir la brecha existente entre el ingreso a nómina y la prestación del servicio de salud, y que inmediatamente se cumplan los requisitos y se validen por parte de la entidad pagadora haciendo el reconocimiento que respete el término legal de la afiliación del pensionado quedando cubierto por el sistema, aboliendo los pagos sobre un servicio no prestado por la entidades de salud ni recibido por los pensionados.

En este punto, proponemos como alternativa para una garantía eficaz de tales derechos, una relación de principios y normas que nos permita identificar el régimen de tipo jurídico colombiano, en que se enmarca el reconocimiento pensional el régimen de prima media en conexidad al derecho fundamental en salud.

Es con esto que la propuesta desarrollada de desmonte nos hacen usarla bajo la óptica necesaria para tomarlos como derechos sociales fundamentales y con esta generar nuevas alternativas que permitan solucionar el problema planteado sobre los pagos retroactivos de seguridad social en salud en relación con el reconocimiento pensional del régimen de prima media en Colombia, a partir de la Ley 100 de 1993. Con base en esta propuesta, precisamos los criterios que permitan garantizar los mecanismos de protección para las personas en espera del reconocimiento pensional en relación con la salud, como derecho fundamental.

- **Formulación y mínima sustentación del problema**

La formulación del problema de la investigación desarrollada en el trabajo final de maestría radica desde el término para reconocer la pensión de vejez en Colombia es de cuatro meses, y con este reconocimiento se extiende la protección y acceso al sistema de seguridad social en salud. Asimismo este reconocimiento, no se convierte en garantía de la protección a la salud el simple hecho que se le reconozca la pensión, porque se le cobra por los períodos de cotización a salud por el tiempo transcurrido desde la fecha en que es reconocido el derecho hasta que ingresa efectivamente en nómina, por una contraprestación no percibida en servicios de salud. La pregunta objeto de investigación a resolver en este trabajo de investigación de forma general, ¿Proveen las disposiciones legales y reglamentarias del régimen de pensiones en Colombia el acceso y protección al Sistema de Seguridad Social en Salud de los pensionados reconocidos por el Régimen de Prima Media con Prestación Definida a partir de la Ley 100 de 1993?

Se toma como punto de partida que el acceso al derecho a la salud parte del reconocimiento pensional en el régimen de prima media y que a su vez implica la consideración del derecho fundamental a la salud, y la violación efectiva que genera la entidad prestadora del servicio de salud cuando nunca ha sido utilizado el servicio de salud como tal hasta cuando se le hace el ingreso a nómina como pensionado activo para que entre a gozar del derecho a la seguridad social en salud de forma plena, por la cancelación por servicios retroactivos nunca prestados por el sistema.

- **Descripción del problema**

Para describir el problema se toma el término de reconocimiento de la pensión de vejez en Colombia es de cuatro meses y paralelo a este reconocimiento se efectúan las afiliaciones a seguridad social en salud.

Cuando los pensionados logran el reconocimiento y pago de la pensión, a través del régimen de prima media, se liquidan y pagan al pensionado las mesadas pensionales atrasadas desde el momento en que adquirió el derecho (retroactivo) y "(…) sobre este retroactivo se aplica el descuento mensual del porcentaje destinado a aportes en salud (actualmente 12% sobre IBC)"; no obstante las entidades promotoras a las que se giran estos descuentos no prestan los servicios de salud al beneficiario durante todo el tiempo que tarda el reconocimiento de la pensión, e incluso estando ingresado en nómina sólo hasta cuando ellos reciben efectivamente los recursos retroactivos a su sistema de información y pagos.

- **Planteamiento del problema**

Teniendo en cuenta el panorama de la situación problemática presentada las razones conducentes a este estudio investigativo se forjan para realizar un análisis de los efectos de los aportes retroactivos para la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, en relación con el derecho fundamental a la salud a partir de la Ley 100 de 1993.

Al pensionado se le descuentan los aportes a EPS por salud sobre el retroactivo, así se preste o no el servicio a la salud, endilgándolo como si fuera simplemente procesamiento de recursos y financiamiento y no de personas que están descubiertas por el mismo sistema, cuando no se le asegura la prestación hasta que ingresen efectivamente los recursos al sistema de cada EPS.

Pero ¿Cómo transformamos la concepción de que el derecho es sólo un conjunto de las normas, y no reconocemos sus principios y directrices de acción desde los cuales se podrían solucionar un sinnúmero de problemas que se constituyen en verdaderos atentados en contra de los Derechos sociales fundamentales de los ciudadanos? Es lo que se quiere validar con este trabajo final de maestría.

- **Hipótesis de Trabajo**

Al tomar como punto de inicio de la sustentación problemática, se propone la siguiente hipótesis: En Colombia no existe una normatividad condensada ni jurisprudencia en la misma línea sobre los efectos que produce el pago de seguridad social retroactiva hasta la prestación efectiva de los servicios de salud; es preciso apuntar como solución incluir en la legislación de Colombia, la forma de protección, desmontando los pagos a seguridad social sobre retroactivos pensionales para suplir la brecha existente entre el ingreso a nómina y la prestación del servicio de salud, y que inmediatamente se cumplan los requisitos y se validen por parte de la entidad pagadora y respetando los términos de cumplimiento de forma, que la afiliación del pensionado permita que quede cubierto por el sistema, aboliendo los pagos sobre un servicio no prestado por la entidades de salud ni recibido por los pensionados.

- **Objetivos:**

Objetivo General:

Describir la normatividad vigente sobre el reconocimiento pensional en el régimen de prima media y la seguridad social en salud en Colombia, y basada en la articulación de principios y normas acerca de los efectos de los aportes retroactivos derivados de la legislación nacional a partir de la Ley 100 de 1993.

Objetivos Específicos:

1. Identificar el régimen de tipo jurídico colombiano, en que se enmarca el reconocimiento pensional el régimen de prima media en conexidad al derecho fundamental en salud.

2. Describir el alcance que provee la normatividad vigente de las pensiones en el régimen de prima media que se contraponen a principios y valores contenidos en el derecho a la salud.

3. Analizar nuevos criterios encaminados a la protección a la espera del reconocimiento pensional en el régimen de prima media en relación con la Seguridad Social Integral.

- **Itinerario**

Para poder dar un trasfondo de solución dando respuesta al cuestionamiento planteado y considerando los soportes de consorte legal, académico y lograr desarrollar la hipótesis dispuesta y desarrollar los objetivos planteados, se esbozó el siguiente itinerario, dividido en tres capítulos que pretenden estudiar:

1) En el primer capítulo se estudia la seguridad social integral en Colombia: Deficiencias, perspectivas y alcances que contienen las principales deficiencias de la seguridad social integral estudiadas bajo una visión internacional, para luego enfocarnos en la seguridad social en Colombia dando una mirada a las pensiones y finalmente la salud como derecho fundamental con el pago de aportes retroactivos, que vislumbra la situación actual en que se encuentra bajo la óptica del derecho a la salud, bajo el reconocimiento pensional en el régimen de prima media, iniciando con el carácter internacional cómo está enfocado con respecto a otros países, hasta llegar a Colombia y de esta manera estudiar los pagos retroactivos de la seguridad social en salud.

2) En el segundo capítulo una exposición de los fundamentos interpretativos y argumentativos que permiten una mejor garantía de los derechos sociales fundamentales, iniciando con el estudio de Colombia como estado social de derecho bajo el reconocimiento pensional a partir de la Ley 100 de 1993 iniciando con el debate jurisprudencial de la seguridad social, siguiendo con las precisiones de Robert Alexy y de Dworkin en cuanto a derechos fundamentales para en una última escala estudiar los derechos sociales fundamentales para analizar la propuesta de Rodolfo Arango.

3) En el tercer capítulo finalmente se hace la validación de la hipótesis y la propuesta fundada en una articulación de principios y normas acerca de los efectos de los aportes retroactivos derivados de la legislación nacional a partir de la Ley 100 de 1993, puede aportar herramientas para una garantía más eficaz de tales derechos. Enmarcando la seguridad social como un derecho social fundamental, analizando el derecho a la salud y a las pensiones bajo la óptica de la teoría de la argumentación jurídica, centrándonos en la propuesta de Rodolfo Arango. Tomando como punto de partida que "*los debates polarizados no parecen tener mucho sentido ya que la experiencia internacional muestra que todo sistema de pensiones requiere de sólidas bases actuariales, de eficiente administración, del complemento de lo individual con lo colectivo y del concurso de los sectores público y privado*"[4]

En este último apartado también se abordan los derechos adquiridos en pensiones y la prestación del servicio de Salud, validando lo que se quiere proponer como alternativa para una garantía eficaz de tales derechos, una relación de principios y normas que nos permita identificar el régimen de tipo jurídico colombiano, en que se enmarca el reconocimiento pensional el régimen de prima media en conexidad al derecho fundamental en salud.,

[4] SCHIRRMACHER, Frank. *El complot de Matusalén,* Santillana Ediciones Generales, 2004.

precisamos los criterios que permitan garantizar los mecanismos de protección para las personas en espera del reconocimiento pensional en relación con la salud, como derecho fundamental a partir de la Ley 100 de 1993.

Finalmente se hace la validación de la hipótesis y la propuesta fundada en una articulación de principios y normas acerca de los efectos de los aportes retroactivos derivados de la legislación nacional a partir de la Ley 100 de 1993, puede aportar herramientas para una garantía más eficaz de tales derechos.

1. ESTADO DEL ARTE DEL PROBLEMA: SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL EN COLOMBIA: DEFICIENCIAS, PERSPECTIVAS Y ALCANCES

Cuando se analiza la situación problemática que refleja en la actualidad colombiana que al pensionado se le descuentan los aportes a EPS por salud sobre el retroactivo, así se preste o no el servicio a la salud, asumiendo el manejo de los aportes como recursos y financiamiento y no de personas que están descubiertas por el mismo sistema, cuando estamos en un estado social de derecho, cuando no se le asegura la prestación y acceso al sistema de seguridad social hasta que ingresen efectivamente los recursos al sistema de cada EPS, sin contar los problemas administrativos y contables en el manejo de esta información, son las formulaciones al problema objeto de estudio.

En este apartado se estudiará inicialmente, la seguridad social tomándola con una visión integral, para en una primera escala analizar las principales deficiencias con la que cuenta el sistema, bajo la óptica internacional que permita identificar las falencias en la que se encuentra inmerso dentro de lo contemplado a escala de los países distintos a Colombia,

En una segunda escala se hace la descripción inicial del marco jurídico de seguridad social en Colombia, considerando el Derecho a las pensiones en Colombia: un breve estudio histórico, las realidades normativas, las principales características del sistema y el enfoque jurisprudencial del "estatus del pensionado".

Finalizando el capítulo se contempla el análisis del Derecho fundamental a la salud en un sentido integrador, bajo un marco conceptual, legal y jurisprudencial, que permita identificar la realidad en la que se encuentra este derecho subjetivo en Colombia, bajo lo contemplado a partir de la Ley 100 de 1993.

1.1 Principales Deficiencias de la Seguridad Social Integral: Una visión internacional

A pesar del reconocimiento universal de que la seguridad social es un derecho humano fundamental y un componente esencial del desarrollo económico y social, la mayor parte de la población mundial no recibe ningún tipo de protección. Se estima que apenas el 20 por ciento aproximadamente de la población mundial en edad de trabajar (y sus familias) tiene acceso efectivo a sistemas de seguridad social integral[5]. Las principales deficiencias encontradas en el sistema de seguridad social, según el estudio de la OIT son:

En una primera escala se encuentran las deficiencias de la cobertura de la población[6] demuestran que aunque se han observado progresos en la ampliación de la cobertura de la seguridad social en algunas partes del mundo, en otras se ha producido un estancamiento e, incluso, una contracción. En muchos países una incidencia cada vez mayor del trabajo informal dio por resultado el estancamiento de las tasas de cobertura o, incluso, su disminución. En relación con la cobertura de las prestaciones contributivas, la evolución de la situación está muy vinculada a las tendencias del empleo, en particular a la cantidad y la

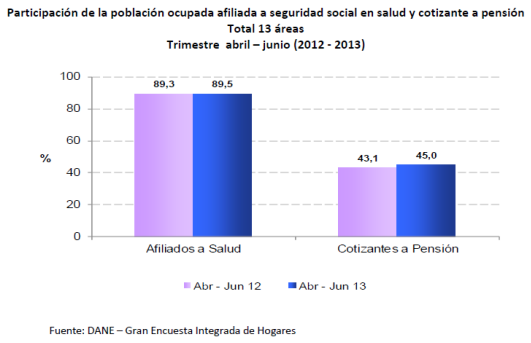
[5] World Social Security Report 2010/11, pág. 33

[6] Conferencia Internacional del Trabajo. Informe IV: *Pisos de Protección para la justicia social y una globalización equitativa*. Conclusiones relativas a la seguridad social (2011), párrafo 19-20

calidad de los puestos de trabajo disponibles en la economía formal. En un principio, el seguro social se estableció para beneficio de los trabajadores asalariados y a sueldo que tuvieran un contrato explícito (y un ingreso periódico y determinado) con empresas del sector formal en el contexto de una relación de trabajo identificable. En esas condiciones, es posible efectuar un seguimiento de los ingresos y velar por el cumplimiento de las obligaciones contributivas. Los trabajadores que tienen condiciones de trabajo menos formales, en particular en los países de bajos y de medianos ingresos, generalmente no están amparados por el seguro social.

Por otra parte, en muchos países con una cobertura limitada de seguro social —principalmente países de bajos y de medianos ingresos—, se hace un uso insuficiente de otros mecanismos de seguridad social no contributivos y financiados mediante impuestos, que al menos podrían proporcionar un nivel básico de cobertura a aquellas personas que están fuera de una relación de trabajo formal y, por tanto, permitir subsanar las insuficiencias en materia de cobertura. Si bien la evolución reciente demuestra, con muchos ejemplos, las grandes posibilidades que ofrecen los regímenes de seguridad social no contributivos para subsanar, al menos en parte, las deficiencias que existen en materia de cobertura, muchos países todavía tienen carencias en materia de políticas y/o no disponen de la capacidad administrativa y la voluntad política para aplicar esos regímenes y asignar los recursos presupuestarios necesarios.

Para analizar la situación actual de Colombia: El Departamento Administrativo Nacional de Estadística (Dane) presentó recientemente el informe 'Medición del empleo informal y seguridad social'[7], el cual registraba datos para el trimestre junio - agosto del 2013. Según el informe, la proporción de ocupados informales en las trece áreas fue 49,6% para el trimestre móvil junio - agosto de 2013



Siguiendo la línea y en una segunda escala en cuanto a las deficiencias por el número de contingencias cubiertas[8] la protección social integral, es decir, que abarque todas las ramas de la seguridad social por lo menos en un nivel mínimo de prestaciones como las que se

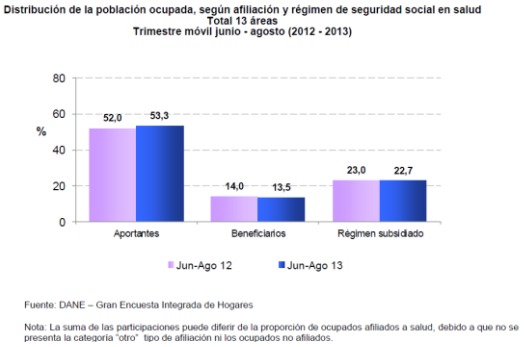
[7] DANE. *Medición del Empleo Informal y Seguridad Social Trimestre: Abril – Junio 2013* Consultado en: http://dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/re_ech_informalidad_jun_ago2013.pdf

[8] Conferencia Internacional del Trabajo. Informe IV: *Pisos de Protección para la justicia social y una globalización equitativa.* Óp. Cit. párrafo 21-22

garantizan en el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), no es una realidad para la gran mayoría de la población mundial. De los 165 países respecto de los cuales se dispone de información, solamente 59 países cuentan con sistemas de seguridad social integrales que abarquen por lo menos ocho ramas de la seguridad social. En muchos países, la cobertura se limita a un número pequeño de ramas y únicamente una minoría de la población tiene acceso — tanto legalmente como en la práctica — a los regímenes existentes.

Todos los países establecen alguna forma de protección social de la salud, lo cual permite, en teoría, acceder, cuando menos, a un conjunto limitado de servicios de atención de salud. Estos servicios comprenden el acceso a algunos servicios públicos de atención de salud gratuitos o a servicios que se financian por medio de seguros de enfermedad en el caso de ciertos grupos de población. La mayoría de los países cuenta con regímenes que proporcionan pensiones de vejez contributivas, aunque en muchos la cobertura se limita a determinados grupos de trabajadores de la pequeña economía formal. Muchos de estos regímenes son relativamente nuevos, de modo que la cobertura efectiva, medida en términos del porcentaje de personas de edad que reciben alguna prestación, es muy escasa.

Para las contingencias cubiertas en Colombia según el DANE para el trimestre móvil junio - agosto de 2013, 90,0% de los ocupados en las 13 áreas estaba afiliado a seguridad social en salud. Del total de ocupados, el 64,2% estaba afiliado al régimen contributivo, 22,7% al régimen subsidiado y 3,0% al régimen especial. Los cotizantes a pensiones representaron 45,0% de los ocupados en las 13 áreas metropolitanas.



La protección que se proporciona por medio de las prestaciones de seguridad social deberían, cuando menos, garantizar que las personas de todas las edades puedan adquirir o tener acceso a todos los bienes y servicios esenciales, incluidos los servicios de salud, de manera que puedan vivir dignamente. Lo anterior significa que habría que elevar sus ingresos por encima del nivel de pobreza o de un nivel mínimo de ingresos, y que deberían poder tener un acceso real a un conjunto de bienes y servicios en materia de asistencia de salud esencial que habrá de definirse por medio de un proceso nacional transparente. Los niveles persistentes de pobreza y exclusión social y la carga que representan las enfermedades evitables ponen de manifiesto que, a menudo, las prestaciones de seguridad social no están a la altura del desafío de lograr una vida digna para todos. La Comisión de Expertos observó, en el Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa (2011), una «brecha entre los países de elevados ingresos, por una parte, y los países de

ingresos bajos y medios, por la otra, en relación con el valor y la adecuación de las prestaciones que brindan sus respectivos sistemas de seguridad social. Si bien en el primer grupo de países, por regla general, las prestaciones son superiores incluso a las normas más avanzadas establecidas en los posteriores convenios de seguridad social, en los países de ingresos bajos y medios el nivel de las prestaciones por lo general no alcanza los parámetros mínimos […] para permitir que el beneficiario pueda mantenerse a sí mismo y asegurar a su familia condiciones de vida sanas y convenientes» (dignas)[9]

La necesidad de armonizar normas y resolver los problemas de los trabajadores extranjeros ha obligado a la internacionalización de la seguridad social. La globalización y la crisis económica de los países subdesarrollados que derivan en desplazamientos de trabajadores, tornan necesarias medidas de carácter normativo para lograr la igualdad de trato[10].

Algunos países ***con sistemas de seguridad social maduros***[11] como Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Países Bajos y Suecia han logrado una cobertura casi universal, mientras que en Bulgaria, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y otros países la cobertura sigue siendo incompleta. Salvo Grecia e Italia, todos los Estados miembros de la UE 27[12] cuentan con algún tipo de sistema de ingresos mínimos no contributivo, supeditado a la comprobación de recursos, que se aplica a nivel nacional. Estos sistemas funcionan esencialmente como un último recurso para todas las personas necesitadas que no reciben ninguna prestación de seguro social o cuyos derechos para beneficiarse de este tipo de prestación han expirado, es decir, que aspiran a garantizar una cobertura universal. La mayoría de los sistemas se centran en las personas sin trabajo, aunque en algunos Estados también complementan los ingresos de los trabajadores con salarios muy bajos. El grado en que los Estados logran proporcionar cobertura para todos no es el mismo en todos los casos. Las deficiencias de cobertura, incluso en los sistemas con un carácter más integral, suelen afectar a grupos específicos, por ejemplo los migrantes indocumentados, las personas sin hogar o los jóvenes.

Algunos países con grandes deficiencias de cobertura desarrollaron regímenes innovadores que propiciaron una rápida extensión de la seguridad social a (casi) toda la población con respecto a determinadas contingencias, o elaboraron toda una serie de garantías de seguridad social. En las últimas décadas varios países han hecho rápidos progresos en

---

[9] Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa (2011), párrafo 460, en referencia al artículo 67 del Convenio núm. 102

[10] DUEÑAS RUIZ, Oscar José. *Las Pensiones: Teoría, Normas y Jurisprudencia.* Librería Ediciones del Profesional, 4ª Edición, Bogotá, 2010. Pág. 39

[11] En este párrafo se resumen los resultados del documento titulado *Mínimum Income Schemes Across EU Member States – Synthesis Report en EU Network of Independent Experts on Social Exclusion* (octubre de 2009); para mayor información sobre la cobertura de diversas contingencias véanse el World Social Security Report 2010/11, capítulos 3 a 6; el informe preparado para la discusión recurrente sobre la seguridad social, capítulo 3; el Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social (2011), Parte III, capítulo 1; y la guía Extending social security to all, capítulos 2.1 y 2.2

[12] La UE 27 comprende los siguientes países: Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Estonia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovenia, Eslovaquia, España, Suecia y Reino Unido.

cuanto al alcance de la cobertura que ofrecen los sistemas nacionales de protección de la salud. En algunos países de Asia, por ejemplo en China, República de Corea, India, Sri Lanka y Tailandia, se ha alcanzado un nivel de cobertura completo o casi completo de la población en un período de tiempo relativamente breve. La mayoría de estos sistemas utilizan modelos de financiación mixtos.

Los dos grandes regímenes pensionales[13] son los de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual. Los países europeos se acogen al de prima media, (la joya de la corona es su sistema de jubilaciones), al igual que los países africanos casi en su totalidad y la mayor parte de los asiáticos; solamente en algunos países, Latinoamérica y en unos pocos más se ha impulsado el de ahorro individual. Existen también regímenes mixtos en número cada vez mayor. En cuanto a los regímenes paralelos o verticales (emulan dos regímenes: públicos [prestación definida] y privado [ahorro individual], seleccionando la persona uno de ellos) prácticamente solo existen en Perú y Colombia.

En una investigación hecha para la OIT, *Pensiones de seguridad social, desarrollo y reforma,* se estudiaron 60 países y el resultado fue muy diciente: en 48 países el régimen es de prestación definida, en 4 de ahorro individual, en 4 de contenido mixto, en 2 existen otros sistemas; y en Colombia y Perú el modelo es paralelo[14].

Estudiado el panorama internacional visto desde un marco integral, así como el estudio de modo general en Colombia, en el siguiente apartado se estudiará la seguridad social en Colombia referido a las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida, siguiendo el estudio de la situación fáctica que se sustenta.

1.2 Seguridad Social en Colombia: una mirada a las pensiones

Si damos un breve vistazo a la historia pensional constatamos como con anterioridad a la vigencia del sistema pensional, organizado en la Ley 100 de 1993, era notoria la proliferación de regímenes pensionales, todos ellos construidos bajo el sistema de reparto simple, es decir, la entidad obligada al reconocimiento y pago de pensiones calculaba el valor anual de las mesadas pensionales a pagar y apropiaba la cantidad respectiva en el presupuesto.

En este proceso histórico, que pasa por la expedición de la Ley 6 de 1945, que contiene el primer estatuto orgánico laboral, prevé que la parte prestacional laboral debe ser asumida por un seguro social que cobije a todos los trabajadores, incluidos los independientes, pero se comete el error de asignar, de manera temporal, el pago de las prestaciones sociales al empleador, dejando abierta la posibilidad que no pudiesen realizarse los respectivos pagos y que se fijaran controles que permitieran saber que efectivamente se realizaron los pagos asignados, y la posterior expedición de la Ley 90 de 1946, bajo el modelo adoptado en este

---

[13] DUEÑAS RUIZ, Oscar José y Otros. *Derechos Humanos y Políticas Públicas para el Adulto Mayor: Situación en Colombia y Referencias Iberoamericanas Colombia, España, Ecuador, Cuba, Costa Rica,* OISS-Universidad del Rosario, Bogotá, 2011. Pág. 87

[14] GUILLON, Collin, TURNER, Jhon, BARLEYM Clive y LATULIPE, Denis. *Pensiones de seguridad social, desarrollo y reforma,* Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España (con autorización de la OIT), Madrid, 2012, Página 893 y ss.

precepto es el seguro social alemán, en funcionamiento desde 1883 por iniciativa del canciller Otto Von Bismarck y extendido por Europa y América antes de la Segunda Guerra Mundial. Esta ley siguió el modelo de aporte tripartito: por el empleador, el trabajador y el Estado. El aporte del Estado se dirigía a subsidiar a trabajadores de bajos ingresos para la ampliación de la cobertura, a subsidiar en regiones de bajo poder adquisitivo la iniciación de los seguros, constituyendo con estos recursos unos fondos denominados de solidaridad, y con esto dio origen al Instituto de Seguros Sociales - ISS, llegaron a existir múltiples regímenes pensionales especiales y 1040 cajas de previsión territoriales y nacionales, las cuales no se auto - sostenían financieramente y funcionaban principalmente con aportes del Estado y trabajadores públicos.

Sin embargo, con el devenir de los años, la legislación fue siendo sujeta de un proceso de cambio que la hizo más genérica, para dejar de establecer beneficios pensionales de acuerdo a la profesión o actividad desempeñada por el trabajador. Ante este gran tránsito legislativo, parece existir una primera conclusión clara: "*La pensión de vejez se ha venido ligando cada vez más y de manera estrecha al requisito fundamental de la edad relacionada con el tiempo de servicios"*[15].

Por su lado, el período transcurrido entre los años 1977 y 1990, es considerado por Gerardo Arenas Monsalve[16], como un período donde los estudios económicos y sociales señalan la magnitud de la crisis del sistema y se proponen los diversos mecanismos estructurales de solución. En ese contexto de cambios y crisis, menciona tal autor algunas particularidades del período en el tema pensional, que son entre otras que:

> *1. Se producen interesantes esfuerzos legislativos en materia de pensiones, con la expedición de las leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, con sus correspondientes reglamentaciones. En estas leyes se estructuran las condiciones pensionales en el sector oficial, se fortalece financieramente a las entidades, se modifica el estatuto del pensionado y se ordena hacia el futuro la unificación de los tiempos pensionales en el sector público y privado.*
>
> *2. Diagnósticos como el Informe Chenery, desarrollando una visión de la problemática laboral y de seguridad social en el país que inspiró en buena parte el contenido de las reformas surgidas en la década siguiente.*

Con todas estas transiciones y los inminentes bríos por estabilizar el reconocimiento pensional, lo que busca el Estado para esa época es establecer una congruencia entre los diferentes factores que hacen parte del sistema dentro del espectro económico y social.[17]

---

[15] MUÑOZ SEGURA, Ana María. *La pensión como premio o derecho.* Editorial Temis. Bogotá 2011. Págs. 36 – 38.

[16]ARENAS MONSALVE, Gerardo. *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social.* 3ª Edición. Legis Editores S. A., Bogotá, 2011. Págs. 88 – 91.

[17] ACUÑA DIEGO y Otros. *Salud y Pensiones: los grandes retos de la política de seguridad social.* Subtítulo: *Sistema General de Pensiones: buenas intenciones, pocas soluciones* Revista Supuestos, Universidad de los Andes, Artículo Central. Octubre 2009.

En este proceso histórico en Colombia a partir de la década de 1990 la seguridad social se concibe como un derecho irrenunciable de la persona, el cual se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio[18].

Por su lado, con la expedición de la Constitución Política de 1991, en su artículo 48, se estableció que la Seguridad Social es un derecho de carácter irrenunciable, lo que aunado al mandato del artículo 93 constitucional, que dio lugar al concepto de Bloque de Constitucionalidad, implica que tal garantía debe interpretarse de "*conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*".

Podemos abstraer que si bien en los años explicados era dispersa y numerosa la legislación y asimismo tanto las cajas de previsión como la categorización de las personas para reconocimiento del derecho pensional, eran factores concluyentes en que los albores de las legislaciones debían apuntar a la unificación de criterios y servir de fuente de posteriores reformas, introducidas con la Ley 100 de 1993. La definición legal de la Seguridad Social se encuentra en el preámbulo de la Ley 100 de 1993: *"La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad"*

Con la Ley 100 de 1993 se introdujeron reformas estructurales al sistema pensional colombiano con el objetivo de reducir la alta dependencia fiscal y hacer sostenible el pago futuro de jubilaciones, que en la inmediatez del tiempo presentarían altos problemas de financiación y sostenimiento financiero.

Tenemos en primer lugar que el legislador hizo énfasis en un respeto hacia el *derecho adquirido* de quienes estaban amparados bajo los regímenes pensionales existentes antes de la vigencia de esta Ley 100 de 1993, que como sabemos, es aquel que por disposición de la misma ley se encuentra irrevocablemente incorporado al patrimonio de una persona en un momento determinado, en otras palabras, que una nueva legislación o una nueva disposición que pueda modificar, adicionar o derogar las situaciones reguladas por la anterior, no prevalece sobre el derecho ya obtenido por el titular, es decir, resulta inaplicable o inobservable[19]

Las dos principales leyes vigentes que han regulado el tema son la Ley 100 de 1993 de las cuales se han visto algunos de sus aspectos más relevantes y la Ley 797 de 2003. La ley 100 de 1993 consagró dos regímenes: el de prima media con prestación definida (RPM) y el de ahorro individual (RAIS). Respecto del primero estableció que el Instituto de Seguros Sociales sería el organismo gestor, junto con las instituciones que anteriormente existieran, pero que, hacia el futuro, no podría existir ningún organismo gestor nuevo; sin embargo, en

[18] Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-408 de 1994*, en relación con el artículo 3º de la Ley 100 de 1993. M.P. Dr. MORON DIAZ, Fabio.

[19] AFANADOR NUÑEZ, Fernando. *El sistema Pensional Colombiano: Régimen General, Regímenes Especiales y de Transición.* Legis Editores. 1ª Edición, Bogotá, 1999.

la exposición de motivos se pintaba un porvenir catastrófico si se continuaba con el sistema de reparto y se le achacaban a las pensiones las causas de las crisis económicas (como siempre ocurre cuando se proponen reformas a las pensiones)[20]. Esta ley inicialmente fue propuesta como una del modelo chileno, pero, en el curso del debate, tal influencia se minimizó y se adoptó un modelo paralelo similar al que se propuso en Perú.

Con la ley 797 de 2003 bajo los motivos[21] que fue concebida buscaba una mayor equidad, solidaridad y viabilidad financiera de un nuevo sistema que le dé un trato igualitario a todos los colombianos, respeta las expectativas de las personas próximas a pensionarse, los derechos adquiridos y se ajusta a las condiciones fiscales del país, promoviendo mayor solidaridad y equidad para todos los colombianos.

Luego el Iss es reemplazado por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, creada por la Ley 1151 de 2007 en su artículo 155: se concibe como una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo. Bajo el Decreto número 2011 del 28 de septiembre de 2012 por el cual se determina y reglamenta la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES y se dictan otras disposiciones, cuya misión es gestionar integralmente las prestaciones y beneficios económicos legalmente establecidos a lo largo del ciclo de vida de sus clientes, en condiciones sostenibles, eficientes y trabajando por una mejor calidad de vida de los colombianos generando la mayor rentabilidad social.

Partiendo de lo previsto normativamente para realizar un análisis de la situación problemática del sistema general de pensiones para el régimen de prima media a partir de las consideraciones del Ministerio de trabajo[22]: El sistema general de pensiones tiene baja cobertura, es desigual e insostenible socialmente. Su baja cobertura responde a la informalidad laboral que no permite que los trabajadores cumplan con los requisitos de tiempo y monto. Pero además, los trabajadores formales por circunstancias de su vida laboral tampoco lo logran. La desigualdad se ve reflejada en que solo 1 de cada 10 colombianos llega a pensionarse por falta de opciones y mecanismos de inclusión al sistema. En cuanto a la insostenibilidad en el RPM a mayor pensión, mayor subsidio. Además los trabajadores que están en igualdad de condiciones reciben mayor pensión en el RPM que en el RAIS.
Todos los antecedentes expuestos, nos permite evidenciar como el desarrollo pensional colombiano ha venido siendo motivado por factores como la ampliación de cobertura, la financiación y la generalización de condiciones, y por tanto el sistema jurídico pensional no puede entenderse de manera aislada a tales motivaciones, en el que los análisis económicos, han sido y son, una directriz omnipresente.

---

[20] DUEÑAS RUIZ, Oscar José y Otros. *Derechos Humanos y Políticas Públicas para el Adulto Mayor: Situación en Colombia y Referencias Iberoamericanas Colombia, España, Ecuador, Cuba, Costa Rica, Uruguay.* OISS-Universidad del Rosario, Bogotá, 2011. Pág. 282

[21] Exposición de Motivos ley 797 de 2003. Consultado en: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7222#1

[22] Consultado: http://www.mintrabajo.gov.co/pensiones.html#abece_cuatro

Específicamente en el problema de estudio que nos ocupa, es claro que el sistema pensional no ha sido un sistema estático, más bien fluctuante y cambiante y que puede asimilarse a lo que Eduardo Ángel Russo denomina un sistema abierto cuyo equilibrio ha de ser dinámico, y en el cual organización de aquel estará encaminado a *"capitalizar los cambios favorables a la finalidad, y a neutralizar a aquellos que atenten contra esta"*[23]. Bajo ese presupuesto, las diversas normas que han sido expedidas no pueden entenderse aisladas de su finalidad histórica.

Si bien hoy en día el principio de la progresividad en la realización de los Derechos Sociales y Económicos y Culturales, es un pilar innegable, debido a la importancia asumida en los últimos tiempos, que deriva su obligatoriedad del mismo texto constitucional, su aplicación al régimen de prima media, como criterio de interpretación a preceptos normativos anteriores a la ley 100 de 1993, puede no soportar verificaciones de orden lógico: ¿Estamos obligados a progresar hacia el pasado?, es decir, en los casos en los que debamos realizar la aplicación ultractiva de normas que ha perdido vigencia, debemos aplicarlas de forma aislada al contexto histórico pensional.

La ley 100 de 1993 tuvo como virtud el haber destapado un problema oculto al que muchos gobiernos no prestaron atención que requería iniciándose la búsqueda de soluciones. El legislador de ese entonces no quiso acoger en su integridad la propuesta del gobierno de Cesar Gaviria, en el sentido de dejar sólo el sistema de ahorro individual y suprimir el de prima media o régimen público[24]. La ley 100 de 1993, a través de su artículo 5º, creó el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia, *cuya dirección, coordinación y control estará a cargo del Estado.* Está conformado por los regímenes generales del sistema que son: Pensiones, Salud, Riesgos Profesionales y Servicios Sociales Complementarios.

La persona se vincula al sistema de seguridad social y se ubica dentro del subsistema que le corresponda, no se vincula a uno u otro operador, es decir, se trata de una noción integral institucional. Refiriéndose al subsistema de salud, la Corte Constitucional, señaló que "La persona se afilia al sistema, no a una de las entidades integrantes del mismo"[25]

Por su parte el derecho a la pensión que en principio nos ocupa, constitucionalmente consagrado se diluye en la lógica del mercado que convierte la pensión en un favor y a las personas con derechos adquiridos en simples trámites, a la espera de la resolución que los convierte en verdaderos pensionados; es cuando podemos ver que el reconocimiento pensional tardío permite vulnerar el derecho fundamental de salud enfocada de tal manera, que no es difícil comprender las formas de aplicación de la norma no de forma taxativa, sino de forma que se integre a los principios intrínsecos en ella. Para estudiar lo que nos concierne en esta investigación, bajo lo que contempla la Ley 100 de 1993 el Sistema Pensional se entiende aquel que "*tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el*

---

[23] RUSSO, Eduardo Ángel. *Teoría General del Derecho, en la modernidad y postmodernidad. Cuarta Edición Editorial. AbeledoPerrot. Buenos Aires. 2009. Pág. 287.*

[24] VELASQUEZ FERNANDEZ, Mauricio. El sistema pensional Colombiano. Señal Editora. Pág. 41 y ss.

[25] Corte Constitucional de Colombia. *Sentencias T-250 de 1996; T-437 de 1997*, M. P. José Gregorio Hernández, y *C-112 de 1998*, M. P. Carlos Gaviria.

reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la Presente Ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de la población no cubiertas con un sistema de pensiones".

Esta nueva realidad normativa de orden constitucional que irradió todas aquellas normas pertenecientes al sistema jurídico, incluso aquellas expedidas de forma anterior a la Carta, implicaron, una nueva forma de entender el derecho. Y ha sido la Corte Constitucional la que de manera preponderante ha transformado el entendimiento de la normativa relativa a la seguridad social. La seguridad social se entiende desde entonces como un servicio público prestado por entidades públicas y privadas, esencial en salud y en aquellas actividades relacionadas con el reconocimiento y pago de las pensiones[26].

El Sistema General de Pensiones como funciona en la actualidad, está compuesto por dos regímenes que coexisten, pero excluyentes entre sí. El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, manejado por las administradoras de Fondos de Pensiones, AFP; y el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una Pensión de Vejez, Invalidez o Sobrevivientes o en su defecto la Indemnización Sustitutiva, previamente definidas en la Ley.

Se constitucionaliza[27] un tema que en la jurisprudencia se venía debatiendo, sobre lo cual no se ha dicho aún la última palabra acerca de los elementos estructurantes del estatus de pensionado como son: La edad, el tiempo de servicios, o las semanas de cotización, o el capital necesario, y las demás condiciones que señale la Ley.

El estudio del estatus del pensionado puede abocarse desde 3 ópticas distintas[28]:

Para algún sector de la jurisprudencia, el estatus de pensionado se adquiere con el cumplimiento de los 20 años de servicios continuos o discontinuos o el tiempo de trabajo que establezca la norma legal o extralegal, o con el número de semanas cotizadas en el régimen de prima media con prestación definida, y en los reductos de sistemas pensionales especiales, con el tiempo de servicios oficiales. Siendo la edad una condición suspensiva para la recepción de la mesada, esto es, el derecho se estructura o nace cuando se cumplen los tiempos de servicio o las semanas cotizadas, pero su pago se suspende hasta tanto no acredite cumplir la edad por parte del hombre o de la mujer. Las demás condiciones que señale la ley, sólo entran en juego para determinar los factores que integran el Ingreso Base de Cotización (IBC) que en el momento de fijar la mesada se toman como factores del Ingreso Base de Liquidación (IBL).

Para otro sector de la doctrina, tanto la edad como el tiempo de servicios de semanas cotizadas en el régimen de prima media en un mismo plano de igualdad, son los elementos

---

[26] CORTES GONZALEZ, Juan Carlos. *Estructura de la Protección Social en Colombia: Reforma a la Administración Pública*. Legis Editores, 1ª Edición. Bogotá. 2012. Pág.44

[27] Respecto del inciso 3º del artículo 1 del Acto Legislativo No.1, la Corte Constitucional se declaró INHIBIDA de fallar sobre este inciso por ineptitud de la demanda, mediante *Sentencia C-153* de 7 de marzo de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

[28] MORENO LOVERA, Luis Gabriel. *Las reformas pensionales: Estudio analítico de las Reformas a la Ley 100 de 1993.* Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2010. Pág. 221 y ss.

estructurantes de la pensión, y se deben dar cumplido el tiempo de servicios o semanas cotizadas, se halla el trabajador o afiliado ante una mera expectativa, pudiendo el legislador variarle la edad y las condiciones de liquidación de la pensión, es decir, no hay respeto por los derechos adquiridos porque todavía no ha entrado a su haber jurídico el derecho. Con mayor razón, cuando cumplida la edad y no ha cumplido el tiempo de servicios o semanas de cotización, debe someterse a que el legislador de un momento a otro le cambie los requisitos y las condiciones de pensión. No habiendo derechos adquiridos sino meras expectativas, el legislador puede variarle los requisitos, reglas y condiciones de pensión.

Un tercer sector de los doctrinantes, exigen el cumplimiento de la edad y el tiempo de servicios o semanas cotizadas en el régimen de prima media, pero la pensión se liquida con base en las normas que regulan el tercer requisito, esto es, las condiciones que establece la Ley 100 de 1993 comoquiera que estas pensiones obligan al operador jurídico porque va a mantener el equilibrio entre la anterior y la nueva legislación, siendo de poca importancia que no se apliquen principios con el de conglobamento o inescindibilidad de la norma, el de favorabilidad y condición más favorable, aún en detrimento de la calidad de vida del pensionado. A mayor mesada mayor calidad de vida.

Pero si estudiamos los elementos estructurantes de esa pensión en el estudio del Régimen de Prima Media como un sistema de reparto, en que el reconocimiento pensional debe hacerse como lo contempla la ley. Para cada tipo de pensión existen unos términos específicos que deben cumplir las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones para el reconocimiento en materia pensional. Como es la pensión de vejez la que nos ocupa podemos ver que tratándose del reconocimiento de la pensión de vejez, señala el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, (modificado mediante el artículo 9° Inciso Final de la Ley 797 de 2003[29] que "los fondos encargados *reconocerán* la pensión en un tiempo no superior a ***cuatro (4) meses*** después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte."

Toda esta legislación lo que recopila son los términos en que las entidades encargadas del reconocimiento lo cumplan. Pero no es sólo mirarlo en términos taxativos. Sino la función fundamental que tienen para adelantar los trámites necesarios para el desembolso efectivo del monto de las mesadas pensionales, es decir el ingreso a nómina, que lo hace pensionado como tal. Pero vemos que los términos suelen excederse, no sólo por parte del ISS sino de todas las entidades que actualmente hacen este tipo de reconocimientos.

Según lo reportado por Colpensiones en su informe de rendición de cuentas[30] inició su operación el 28 de septiembre de 2012, fecha en la cual recibió un inventario estimado por parte del Seguro Social - ISS, con las siguientes solicitudes pendientes de trámite y respuesta:

[29] Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales
[30] Colpensiones. Informe de Rendición de Cuentas. Período Enero – Septiembre de 2013

Tipo de Trámite	28 de septiembre de 2012
Solicitudes de Reconocimiento de Prestaciones Económicas	140.000
Corrección de Historia Laboral	142.000
Novedades de nómina	30.000
Cumplimiento de Sentencias	3.000
Tutelas	131.371
Derechos de Petición	184.762
Bonos Pensionales y otros	51.729

Tabla 1Trámites pendientes recibidos del ISS al inicio de operación. Fuente: Presidencia Colpensiones

A 28 de febrero de 2013 el anterior inventario estaba de la siguiente manera:

Tipo de Trámite	28 de febrero de 2013
Solicitudes de Reconocimiento de Prestaciones Económicas	216.000
Corrección de Historia Laboral	259.500
Novedades de nómina	30.000
Cumplimiento de Sentencias	10.215
Tutelas	131.371
Derechos de Petición	252.147
Bonos Pensionales y otros	51.729

Tabla 2 Trámites pendientes recibidos del ISS al 28 de febrero de 2013. Fuente: Presidencia Colpensiones

Entre las principales causas que se mencionan del desolador panorama estudiado se cuenta con el aumento de las intervenciones judiciales para reconocimientos de derechos, las dificultades administrativas y operativas entre el manejo del ISS y la transición a Colpensiones, y la dilación sin causa alguna para el reconocimiento y pago de los derechos a que hay lugar. A eso sumado al bajo rendimiento operativo de la entidad como tal y el manejo efectivo y oportuno a las solicitudes presentadas por la ciudadanía.

A través de las innumerables peticiones vía judicial y de tutela Colpensiones y partiendo de la situación actual del Régimen de Prima Media[31], y de la capacidad de Colpensiones en su etapa de inicio de operación, para atender las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas y demás peticiones entregadas por el ISS y radicadas en Colpensiones dentro de los términos reglamentarios, se propuso un Plan de Acción a 31 de diciembre del 2013 en cumplimiento de los fallos 110, 182 y 202 de la Honorable Corte Constitucional, emitidos para ofrecer a COLPENSIONES; así Colpensiones solicitó a la Corte Constitucional la aprobación del Plan de Acción, que implica la adopción de medidas temporales para garantizar los derechos de los afiliados y pensionados.

En tal sentido, la Corte[32] fijó tres grupos diversos de prioridad. En el primero ubicó a los sujetos con mayor vulnerabilidad y menor capacidad para soportar la espera en la resolución de sus peticiones pensionales y el cumplimiento a los fallos de tutela que protegieran sus derechos (Solicitudes de reconocimiento o pago de una pensión y solicitud de trámites previos al reconocimiento de personas con 74 años o más; menores de edad; personas con invalidez, personas con enfermedad catastrófica o de alto riesgo; afiliados de los últimos tres meses y sobrevivientes entre 1 y 1.5 salarios mínimos mensuales legales vigentes). En los grupos dos y tres situó, progresiva y proporcionalmente, a los sujetos con una mayor capacidad para asumir cargas públicas con respecto al grupo uno, que contienen solicitudes de reconocimiento o pago de una pensión para afiliados de los últimos tres meses y sobrevivientes mayor a 1.5 y hasta 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes

[31] *Informe de Rendición de Cuentas* Colpensiones. Pág. 14

[32] Corte Constitucional de Colombia. Auto 110 Referencia: *Expediente acumulado T-3287521* MP Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá, 05 de junio de 2013. Auto 182 de Agosto 22 de 2013.

y solicitudes de reconocimiento o pago de una pensión para afiliados de los últimos tres meses y sobrevivientes mayor a 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Por las cifras de espera de reconocimiento enunciadas en el Plan de Acción iniciando el mes de septiembre se habían recibido 308.419 expedientes, de los cuales 180.905 correspondían a solicitudes pendientes de reconocimiento. A 30 de septiembre, Colpensiones ha recibido un total de 313.664 solicitudes de pensión por parte del ISS en Liquidación, de las cuales 189.894 corresponden a solicitudes por tramitar. Esta circunstancia, ha exigido a Colpensiones un proceso permanente de ajuste e innovación en procura de cumplir las metas asociadas a los grupos priorizados. Adicionalmente, es necesario reiterar que la cifra a cierre del mes de septiembre no es definitiva; el ISS en Liquidación aún está cerrando y depurando su inventario.

De esta forma es preciso que sigamos con el estudio del Derecho a la Salud para determinar finalmente el engranaje del estudio investigativo.

1.3 Salud Como Derecho Fundamental – Pago de Aportes Retroactivos

De conformidad con la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho a la salud es un derecho humano "fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos[33]

La doctrina internacional también ha afirmado que el derecho a la salud no debe ser entendido como el "derecho a estar sano" sino como aquel que implica ciertos derechos y libertades[34] como:

[…] *El derecho a controlar su salud y su cuero, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar el más alto nivel posible de salud"*[35]

En lo concerniente a la legislación y desarrollo normativo del derecho a la seguridad social y del derecho a la salud, igualmente, no se hace referencia alguna al concepto de salud como tal. De hecho, la Ley 100 de 1993, la ley 1122 de 2007 por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones y la Ley 1438 de 2011 por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones no se refieren al concepto aludido; por tanto tampoco a su contenido. Lo contempla nuestra Constitución Política en los artículos 48 derecho a la seguridad social y 49 derecho a la salud. En igual sentido, como fundamento del servicio público de salud y como característica del Sistema General de Seguridad Social en Salud se consagra la obligatoriedad, lo que significa que nadie

[33] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General 14*, Párrafo 1.
[34] Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo. *Manual de Calificación de Conductas Violatorias: Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.* 2004, Pág. 324
[35] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 14, Párrafo 8.

puede sustraerse a la obligación de pertenecer al Sistema y, por lo mismo, que ninguna norma o persona pueden impedir o restringir este derecho; y parte de la protección social hoy en Colombia (Ley 789 de 2002, 1122 de 2007 y 1151 de 2007).

La base del desarrollo del modelo constitucional para suministrar la salud a todos los colombianos está en la Ley 100 de 1993, sus reformas y las modificaciones efectuadas en la Ley 1122 de 2007. Su gran virtud crear el Sistema de Seguridad Social Integral, en cuanto a la salud, consisten en una unificación institucional de ésta como servicio público organizado en forma de sistema (Sistema General de Seguridad Social en Salud SGSSS), que integra normativamente su financiación, organización administrativa y prestación bajo la garantía, dirección y control del mismo en cabeza del Estado[36].

Es a través de estos principios en que están basados las legislaciones en la incidencia tan trascendental que tiene la realidad social en la que opera. Siguiendo esta línea, con la ley 1438 de 2011 se complementan además de los principios generales consagrados en la Constitución política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del sistema general de seguridad social en salud las siguientes: Universalidad, Solidaridad, Igualdad, Obligatoriedad, Prevalencia de los derechos, Enfoque diferencial, Equidad, Calidad, Eficiencia, Participación Social, Progresividad, Libre Escogencia, Sostenibilidad, Transparencia, Descentralización Administrativa, Complementariedad y concurrencia, Corresponsabilidad, Irrenunciabilidad, Intersectorialidad, Prevención y Continuidad. Todos estos principios hacen que se cumpla el objetivo del aseguramiento y la cobertura en todos los niveles en términos de lo descrito por la ley (más no que se acentúe con la realidad social actual).

En la misma línea, en consonancia con la doctrina internacional, la jurisprudencia constitucional colombiana ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud y su protección como tal. Lo que ha llevado a proteger el derecho a la salud y su protección como tal. Si bien, la Corte Constitucional ha reconocido la naturaleza esencialmente prestacional de los derechos sociales, también ha señalado que esta no excluye que estos puedan ser fundamentales en ciertos aspectos y que no vacía de contenido las obligaciones de las autoridades para la plena realización de tales derechos[37].

En la jurisprudencia de la Corte constitucional se encuentra definido como el estado *"en que el ser orgánico humano ejerce normalmente todas las funciones"*[38]o como lo ha estudiado la Sentencia T-307 de 2006: *"la salud como concepto integral incluye no sólo los aspectos físicos sino también aspectos psíquicos, emocionales y sociales".*

En Colombia el derecho fundamental a la salud, lo que implica que es de aplicación inmediata, esencial, inalienable e inherente a la persona, que no puede negársele y por el contrario, debe garantizarse a todos los ciudadanos, por lo que la regulación que ha sido

[36]CONTRERAS BAUTISTA, Juan Darío. *Derecho y Economía de la Salud en Colombia. Teórico y Práctico (Jurisprudencia, Doctrina y Modelos).* Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2009. Pág. 133

[37] UPRIMNY, Rodrigo y GUARNIZO, DIANA. *El Derecho a la Salud.* Procuraduría General de la Nación y de Justicia, 2008.

[38] Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T341 de 1994*. MP Carlos Gaviria Díaz Pág. 9. Bogotá, 27 de julio de 1994

creada por el Estado debe garantizar la prestación de los servicios de salud y estar orientada de forma prioritaria a garantizar el goce efectivo de todas las personas a este derecho, en condiciones de universalidad, eficiencia, solidaridad y equidad. Entonces, cómo atacar los problemas mínimos con que cuenta el sistema, cuando la gente necesita ser atendida, y de forma prioritaria las personas de la tercera edad, inválidas, o en condición de viudez; más aún cuando a la espera del reconocimiento por el que han dedicado su vida a laborar, o a esperar por una fecha de estructuración, y en últimas a que reconozcan los derechos adquiridos por el fallecido; se encuentran con alguna de las siguientes barreras: Como primera barrera, para que se haga el ingreso a nómina y sólo con este inicia la efectiva prestación de los servicios; como segunda barrera después de obtener el servicio, el pago del retroactivo pensional en seguridad social por el tiempo que éste demore, aunque no se haya recibido la prestación y la tercera barrera cuando sobrepasadas las dos anteriores, se encuentran con un sistema de salud que sólo tiene demoras en autorizaciones, negación de servicios y limitaciones geográficas impuestas por ellas, falta de infraestructura y profesionales especializados, sustentado con la poca cobertura y la regulación contractual con las IPS.

El propósito de trasfondo es desestimular a los pre pensionados a un agotamiento innecesario por la falta de vigilancia a los términos que ha establecido el legislador. Pero dejamos de lado el concepto para lo que fue creado, realmente no es sólo el conjunto de normas jurídicas, sino ponderar los principios y construir nuevas líneas de interpretación y argumentación que no releguen el sentido para las que propician las relaciones. Es de vital importancia el alcance de permitir que todos (en nuestro caso los pre pensionados) conozcan los derechos que tienen y no se fragmenten los servicios. Es así como lejos de lo que verdaderamente se requiere, se estimula la acción de tutela como mecanismo de protección en un momento distante, cuando no se realiza el control pertinente.

Si verificamos las garantías que empiezan a notarse en la legislación actual vemos que el decreto 4248 de 2007[39], en su artículo 2º menciona**:**

> *La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de las personas a las que se refiere el artículo primero del presente decreto (las personas que les haya sido o les sea reconocida su pensión por parte de las entidades administradoras de pensiones del Sistema General de Pensiones), se efectuará de la siguiente manera:*
>
> *La entidad administradora del Sistema General de Pensiones que reconozca una pensión, le solicitará al interesado que informe la Entidad Promotora de Salud, EPS, del Sistema General de Seguridad Social en Salud seleccionada, que podrá ser la misma a la cual ha estado afiliado. Esta solicitud deberá efectuarse en la citación para notificación del acto que reconoce la pensión y deberá ser atendida por el interesado a más tardar a la fecha de ejecutoria del acto de su reconocimiento. Si vencido este término el interesado no informa lo pertinente, el administrador de pensiones escogerá en su nombre la Entidad Promotora de Salud y procederá a afiliarlo. Esta afiliación se considerará válida por un período de tres (3) meses, que se prolongará hasta por nueve (9) meses más, si el pensionado no manifiesta en este período otra decisión.*

[39] Por el cual se establecen las reglas para garantizar la afiliación y la prestación del servicio de salud de los pensionados del Sistema General de Pensiones

La entidad administradora de pensiones, deberá informar de manera inmediata tanto a la Entidad Promotora de Salud, como al pensionado, la decisión adoptada; para efectos de esta afiliación, el pensionado deberá presentar ante la EPS respectiva, los documentos que acrediten la condición legal de sus beneficiarios inscritos de conformidad con la normatividad vigente. La Entidad Promotora de Salud seleccionada deberá garantizar la prestación de los servicios de salud, a partir del primer día calendario del mes siguiente a la fecha en que el pensionado o la administradora de pensiones según sea el caso, presentó la solicitud de afiliación y hasta tanto será responsabilidad de la entidad que le venía prestando los servicios de salud al pensionado. La entidad administradora de pensiones, girará los aportes en salud a la EPS escogida, a partir del mes en que se incluya en nómina al pensionado; así mismo, girará los aportes a la entidad que venía prestándole los servicios de salud al pensionado hasta el momento de su afiliación a la EPS escogida.

La dificultad estriba cuando no se garantiza ese acceso al servicio de salud antes de la ejecutoria del acto de su reconocimiento del derecho pensional, cuando es una de las obligaciones del Estado como protector de este derecho que se convierte en fundamental. Solo hasta ese tiempo es cuando la afiliación entra a surtir efectos. En la práctica se genera de otro modo, ya que pueden reconocer la pensión, a modo de ejemplo en enero de 2010, pero solo lo ingresan a nómina hasta marzo de 2011, generando una brecha de prestación del servicio en este lapso de tiempo.

Se ratifica en el Concepto 59110 del 01 de Marzo de 2010 emitido por el Ministerio de la Protección Social - Pago de aportes a salud para pensionados:

Ahora bien el artículo 65 del Decreto 806 de 1998, establece que ingreso base de cotización de los pensionados se calculara con base en la mesada pensional.

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que los Actos Administrativos que reconocen una pensión son declarativos de un derecho y no constitutivos de él, por tal razón y debido a que es obligatorio cotizar en salud sobre los ingresos que se perciben por pensión, toda Administradora de Pensiones una vez reconocida la misma, debe proceder a descontar la cotización en salud con retroactividad a la fecha a partir de la cual se determina que empieza a devengar la pensión y transferirla a la EPS a la cual se encontraba afiliado el trabajador, salvo que haya hecho uso de su derecho de traslado, caso en el cual el aporte se efectuará a la EPS escogida por el trabajador.

Así las cosas se concluye lo siguiente: De conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, los aportes en materia de salud no pertenecen al trabajador ni al empleador, pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud, al respecto, es importante señalar que las cotizaciones por delegación, las recaudan las Entidades Promotoras de Salud, por tal razón, se considera que el descuento de las cotizaciones en salud que se efectúan de la pensión en los términos señalados en su comunicación se ajusta a lo que al respecto establecen las normas legales, aclarando para el efecto que, el pago de las cotizaciones en salud es obligatorio, independientemente de que se preste o no el servicio de salud.

Hecha la aclaración anterior y teniendo presente que sobre las mesadas pensiónales debe cotizarse en salud, caso en el cual el ingreso base de cotización lo constituye el valor de la mesada pensional, sobre el incremento de su pensión que se ha obtenido y le ha sido

reconocido en forma retroactiva también debe cotizarse en salud, por los mismos periodos que cubre su retroactivo y desde la fecha a partir de la cual el mismo opera, es decir desde el evento en el cual los respectivos aportes deben ser girados conforme lo determine la EPS donde se encuentre afiliado.

Pero ahora bien si las cotizaciones pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y este a su vez es quien debe garantizar el acceso al servicio se contrapone con los principios del sistema, y más aún cuando afirma que se preste o no el servicio a la salud. Es preciso valorar el alcance que provee esta normatividad en contraposición a los principios y valores, definiendo de manera estructural el choque entre paradigmas, partiendo de la aplicación estricta en cuanto al contenido de la norma y el nuevo albor que propicia la hermenéutica jurídica. Como insiste Gadamer que "*la hermenéutica no dicta conductas, que renuncia a un concepto normativo y regulador: "ella no dice más de lo que es necesario hacer para comprender, ella dice simplemente lo que pasa cuando comprendemos efectivamente, en otras palabras, ella enuncia las condiciones de posibilidad de toda comprensión"*[40]

Con estos apartados se concluye que son distintas las barreras con que cuenta el sistema de seguridad social en Colombia, no sólo puede basarse en la condensada y compleja normatividad con que cuenta, indicando las condiciones declaradas y estáticas, constantes en el tiempo, que por su opción normativista, no ha logrado una garantía eficaz de tales derechos para los ciudadanos, no identificando que lo necesario es verle el sentido social, incluirle tanto los principios como las políticas como parte de un sistema integrador y hacerlo mucho más dinámico.

Una vez realizado el análisis de la visión internacional de la seguridad social, y agotado el primer objetivo que permitió que se identificara el régimen de tipo jurídico colombiano, en que se enmarca el reconocimiento pensional el régimen de prima media en conexidad al derecho fundamental en salud, enmarcado en Colombia para salud y pensiones, el capítulo siguiente nos enfoca en las garantías y análisis de la seguridad social como un derecho social; por lo que es inminente la necesidad de comprender la garantía de los derechos sociales fundamentales desde otra racionalidad jurídica.

2. MARCO TEÓRICO PARA LA SOLUCIÓN POTENCIAL DEL PROBLEMA: COLOMBIA COMO ESTADO SOCIAL DE DERECHO BAJO EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL A PARTIR DE LA LEY 100 DE 1993

Tenemos los sustentos legales y jurisprudenciales, pero ¿cómo lo llevamos a otro contexto? Es aquí donde debemos integrar el verdadero sentido que le damos al derecho en virtud a lo contemplado en lo intrínseco de la norma. Si bien una teoría aproximada a lo que se

[40] Cf. Jean Greisch, La crise de l'herméneutique. Reflexions méta-critiques sur un débat actuel, en J. Greisch, K. Neufeld, C. Théobald, *La crise contemporaine. Du modernisme a la crise des herméneutiques*, Beauchesne, Paris, 1973. Consultado en Teología y Vida, Vol. XLVI (2005), 167 – 205 Estudios Paul Ricoeur y los desplazamientos de la hermenéutica SILVA ARÉVALO, Eduardo Profesor de la Facultad de Teología Pontificia Universidad Católica de Chile http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0049-34492005000100008&script=sci_arttext

pretende hacer a través de la teoría de la argumentación jurídica, es fundamental acercarme a autores contemporáneos como Robert Alexy, Carlos Nino y Manuel Atienza, de acuerdo con este último vemos que:

> "*El derecho es una técnica para resolver [...] cierto tipo de problemas [y] para ello han de utilizarse -además de las normas vigentes- una serie de procedimientos conceptuales y de técnicas de argumentación características; que en el fondo de cada caso jurídico que no sea puramente rutinario suele esconderse una cuestión moral y/o política de envergadura....*"[41]

El esquema de este capítulo lo desarrollaremos iniciando por la conceptualización de lo que considera la doctrina, la legislación internacional como un derecho humano, y el enfoque jurisprudencial vista bajo la lupa de Colombia, seguidos con las precisiones de Robert Alexy y de Dworkin, para finalizar con la propuesta de Rodolfo Arango, bajo el marco teórico que permita sustentar potencialmente el problema a resolverse y de esta forma describir el alcance que provee la normatividad vigente de las pensiones en el régimen de prima media que se contraponen a principios y valores contenidos en el derecho a la salud.

2.1 Debate Jurisprudencial de la Seguridad Social

Se inicia este apartado con el enfoque teórico y jurisprudencial en principio de la seguridad social y luego en salud y pensiones de forma específica.

La seguridad social[42] se inició y aún permanece en la mayoría de los países latinoamericanos y en Colombia bajo la modalidad de *seguros sociales.* Estos fueron introducidos en Alemania en 1880 por el canciller Bismarck, y están basados en la relación de empleo dependiente que es la que moldea el sistema:

- Programas separados para atender los diversos riesgos (principalmente los profesionales, pensiones y enfermedad general).

- Cobertura obligatoria restringida a la fuerza laboral asalariada (principalmente la urbana y vinculada a lo que hoy se considera a empresas 'formales').

- Cotizaciones basadas en los salarios y aportadas por los asegurados, por las empresas que los emplean, y a veces también por el Estado (no sólo como empleador sino como subsidiador).

- Prestaciones (especialmente las pensionales) directamente relacionadas con las cotizaciones.

---

[41] ATIENZA, Manuel *Tras la justicia*, Editorial Ariel, Barcelona, 1993, Página 11.

[42] AYALA, Ulpiano, RODRIGUEZ, Oscar y Otros. *Estructura y Crisis de la Seguridad Social en Colombia: 1946-1992*, Centro de Investigaciones para el Desarrollo, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional. Bogotá, 1992. Pág.18 y ss.

- Regímenes técnico-financieros de capitalización para las pensiones (esto es, basados en los ahorros de los aportes y sus rendimientos)[43].

Lo cual suele distinguirse de la seguridad social más comprensiva que se ha alcanzado en los países más desarrollados de Occidente y que se deriva de la concepción expuesta en el informe inglés de William Beveridge a comienzos de la década de 1940, fuertemente influida por el keynesianismo económico. Para Lord William Beveridge, definía la seguridad social como: *"la organización necesaria para abolir estados de necesidad en todos los ciudadanos, garantizando a los individuos contra los riesgos que le sobrevengan, realizando, a la vez una política general destinada a garantizar el equilibrio económico"*[44]

Siguiendo otros autores que definen la seguridad social como Linares, Deveali y Shoup tenemos que inicialmente para Francisco Walker Linares, la definió como el *"conjunto de instituciones y medidas implantadas por la colectividad para que sus miembros puedan hacer frente a los diversos riesgos y contingencias a que se hallan expuestos en forma de garantizarles condiciones humanas y decorosas de existencia"*[45]

Por su parte, para Mario Deveali, dice que la seguridad social es la *"política del bienestar, generador de la paz social, basada en el concepto más amplio de la solidaridad humana"*[46]

El autor Carl S. Shoup, en el capítulo de la obra citada[47] titulado "Pagos sin contraprestación específica", trata de los pagos de bienestar social como los beneficios y los pagos de los sistemas de seguridad social realizados según fórmulas legales que son: pensiones de vejez y viudedad, subsidio de pago (pagos condicionados por los recursos), impuesto negativo y ayuda familiar, ayuda a la natalidad.

Desde la fundación de la OIT en el año 1919, la seguridad social ha sido un elemento fundamental del mandato de la Organización y, por consiguiente, uno de sus ámbitos principales de actividad normativa. En la Declaración de Filadelfia (1944) se instó a la OIT a «fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan […] extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa» […]. El reconocimiento universal de la seguridad social como un derecho inherente a todas las personas se consagró posteriormente al incluirse el derecho a la seguridad social en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948, en el Pacto International de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en 1966, y en otros muchos tratados internacionales y regionales de derechos humanos.

La inclusión de la seguridad social en varios instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, así como en la legislación nacional, también representa un reconocimiento de que la seguridad social es una necesidad humana. Se reconoce que unos

---

[43] Ver CARMELO MESA LAGO, *El Desarrollo de la Seguridad Social en América Latina.* CEPAL, 1985, Pág. 3
[44] BEVERIDGE, William. *Bases de la Seguridad Social.* México 1946
[45] WALKER LINARES, Francisco. *Nociones Elementales de Derecho del Trabajo.* Santiago, 1957
[46] DEVEALI, Mario. *Lineamientos de Derecho del Trabajo.* Buenos Aires, 1956.
[47] SHOUP, Carl. S. *Hacienda Pública,* Madrid, 1980

sistemas nacionales de seguridad social eficaces son instrumentos poderosos para proporcionar seguridad de los ingresos, prevenir y reducir la pobreza y la desigualdad y promover la inclusión social y la dignidad[48]. La seguridad social es, además, una necesidad económica. Si se concibe adecuadamente y se vincula a otras políticas, promueve la productividad y la empleabilidad y apoya el desarrollo económico. En épocas de crisis, actúa como estabilizador económico y social, y contribuye a mitigar el impacto económico y social de las recesiones económicas, aumentando la capacidad de recuperación y logrando una recuperación más rápida hacia un crecimiento incluyente[49]

El derecho humano a la seguridad social consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos fue reconocido y reafirmado en la reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2011, al igual que el compromiso de la OIT de lograr seguridad social adecuada para todos, de conformidad con su mandato constitucional[50]

Además de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales — ratificado por 160 Estados — reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social. En su observación general Nº 19 sobre el derecho a la seguridad social (artículo 9), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) precisa los aspectos esenciales de este derecho y el contenido de las obligaciones adquiridas por los Estados Parte. Se indica que éstos tienen la obligación de lograr gradualmente el ejercicio del derecho a la seguridad social para todos en sus respectivos territorios.

Todos estos instrumentos representan un marco de referencia único y útil para el diseño de sistemas nacionales de seguridad social. Sin embargo, subsisten algunas insuficiencias importantes, que deben subsanarse por medio de un instrumento complementario que ofrezca orientaciones. A pesar de la importancia de su papel y sus funciones, la seguridad social todavía dista mucho de ser una realidad para la gran mayoría de la población mundial, que carece de acceso a la protección de la seguridad social o apenas lo tiene.[51]

Considerando que debe abocarse el estudio de la seguridad social de forma integral la Corte Constitucional de Colombia se ha ocupado de delimitar el alcance de la seguridad social como bien jurídico objeto de protección constitucional. Para tal efecto, la ha definido *"como el conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales*

[48] Conferencia Internacional del Trabajo. Informe IV: *Pisos de Protección para la justicia social y una globalización equitativa.* Conclusiones relativas a la seguridad social (2011), párrafo 5, b).
[49] Ibíd., párrafo 5, c)
[50] Conclusiones relativas a la seguridad social (2011), párrafo 5.
[51] Habida cuenta de esta importante deficiencia de la cobertura, que la OIT ha estimado que deja a aproximadamente el 80 por ciento de la población mundial sin la seguridad de unos ingresos adecuados y/o sin acceso a la asistencia médica, en numerosas ocasiones durante el último decenio, los mandantes de la OIT han reafirmado la importancia de la seguridad social y la función primordial de la OIT de prestar asistencia a sus Estados Miembros para que amplíen la cobertura de la seguridad social. Ibíd., párrafo 31

que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano"[52]

También ha expresado que la seguridad social, en su doble connotación jurídica -derecho y servicio público-, tiene como objetivo, propiciar la prosperidad de los asociados, con apoyo en los programas que desarrollen los distintos gobiernos, los cuales deben estar dirigidos a permitir que el individuo y su familia pueda afrontar adecuadamente las contingencias derivadas de las enfermedades, la incapacidad laboral, el desempleo, el sub-empleo y las consecuencias de la muerte; a brindarle una adecuada protección a ciertos estados propios de la naturaleza humana como la maternidad y la vejez; y a ofrecerle unas condiciones mínimas de existencia y recreación social que le permitan desarrollarse física y sicológicamente en forma libre y adecuada, facilitando de este modo su total integración a la sociedad.[53]

Teniendo en cuenta los objetivos que está llamada a cumplir, la misma Corte ha destacado la trascendencia constitucional de la seguridad social, indicando que ésta *"se comporta como patrón y prototipo específico a través del cual el Estado cumple con sus fines esenciales, y por ende se manifiesta como un instrumento de justicia distributiva, así como agente emancipador social, de garantía general y particular para hacer efectivos derechos fundamentales de los asociados"*[54]

Siendo la seguridad social uno de los ejes centrales de la política social del Estado, exige por parte de éste, en primer lugar, el diseño de una estructura básica que establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y que determine los procedimientos bajo los cuales el mismo debe discurrir, y en segundo lugar, definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garantice su buen funcionamiento[55].

Y bajo la concepción el estado social de derecho y en el caso más específico que nos ocupa en cuanto a la protección económica de los adultos mayores, siendo las pensiones[56], una de las formas de recibir dicha protección; el objetivo de una pensión es tener recursos suficientes para una vida digna, enfrentar así las necesidades básicas, porque el derecho a tener un ingreso suficiente es un derecho fundamental. La jubilación tiene tres proyecciones: pensión de vejez, pensión de sobrevivientes, pensión de invalidez. En la práctica universal, la respuesta dada a quien pasa de trabajador activo a pasivo fue la de la pensión de vejez, pero inicialmente se consideró como una prestación íntimamente ligada a la relación laboral. La invalidez motivada por una enfermedad o accidente de trabajo da lugar a la llamada pensión de invalidez. Y, para el cónyuge o compañero permanente

---

[52] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1040 de 2008. M.P. VARGAS HERNANDEZ, Clara Inés, Bogotá, Octubre 23 de 2008.

[53] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-655 de 2003. M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Bogotá, Agosto 05 de 2003.

[54] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1040 de 2008. M.P. VARGAS HERNANDEZ, Clara Inés, Bogotá, Octubre 23 de 2008.

[55] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-176 de 2011. M.P. MENDOZA MARTELO, Gabriel Eduardo. Bogotá, Marzo 14 de 2011.

[56] DUEÑAS RUIZ, Oscar José y Otros. *Derechos Humanos y Políticas Públicas para el Adulto Mayor: Situación en Colombia y Referencias Iberoamericanas Colombia, España, Ecuador, Cuba, Costa Rica, Uruguay.* OISS-Universidad del Rosario, Bogotá, 2011. Pág. 11

sobreviviente a un pensionado o a un trabajador, para los hijos de estos (inválidos o que están en tiempo de educación) y para otras personas que dependían del fallecido, se ha venido reconociendo la sustitución pensional, en varias ocasiones el favorecido también es adulto mayor.

Al hablar de pensiones es preciso considerar como bien dice Olea lo siguiente: "La regla básica que en seguridad social preside las situaciones públicas transitorias mandar que se aplique a éstas el derecho en vigor al causarse la prestación, entendiendo por *prestación causada* 'aquella a la que tenga derecho el beneficiario por haberse producido las contingencias o situaciones objeto de protección y hallarse en posesión de todos los requisitos que condicionan sus derechos, aunque aún no lo hubiere ejercitado'"[57]

Uno de los elementos estructurales del SGP lo constituye el régimen de prima media con prestación definida, a través del cual se obtiene, entre otras prestaciones, la pensión de vejez, cuyo reconocimiento, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, se dirige a garantizarle al trabajador que ha alcanzado el límite de edad y de tiempo de servicios cotizados, un ingreso equivalente al salario que venía devengando al momento de su retiro, con el fin de asegurar de manera vitalicia su mínimo vital y el de su familia, ante la manifiesta disminución de su fuerza laboral. Por tal razón, se ha puntualizado que "*el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador"*[58]

Así las cosas, en la medida en que un trabajador alcance la edad y logre reunir el número de semanas cotizadas que exige la ley, adquiere el derecho al reconocimiento y pago oportuno de la pensión de vejez legalmente establecida. A este respecto, la Corte ha sostenido que, *"quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma"*[59].

En la misma línea cuando se busca por vía jurisprudencial el reconocimiento para pagos de pensiones de forma retroactiva. Es por ello, que en relación a la pretensión de conceder el pago retroactivo de la pensión de vejez[60,] esta Corte reiterará su jurisprudencia al respecto, toda vez que considera que dicha petición es procedente[61], de acuerdo a lo preceptuado en sentencia T – 482 de 2010 (M.P, Juan Carlos Henao Pérez):

> *"En primer lugar, cuando el conflicto puesto a consideración del juez constitucional versa en torno al reconocimiento de un derecho pensional, éste adquiere competencia para pronunciarse y amparar la pretensión de pago retroactivo de este derecho, cuando, a juicio de la Sala: a) hay certeza en la configuración del derecho*

---

[57] OLEA Y PLAZA, Tortuero. *Instituciones de seguridad Social.* 17 edición, Pág. 431

[58] Ver Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-107 de 2002*. M.P. VARGAS HERNANDEZ, Clara Inés, Bogotá, Febrero 14 de 2002.

[59] Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-168 de 1995*. Bogotá, M.P. GAVIRIA DIAZ, Carlos. Abril 20 de 1995.

[60] Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-722 de 2012*. Bogotá, M.P. VARGAS SILVA, Luis Ernesto. Septiembre 18 de 2012.

[61] Ver entre otras Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-480 de 2012*. Bogotá, M.P. VARGAS SILVA, Luis Ernesto.

pensional y b) se hace evidente la afectación al mínimo vital, al constatarse que la pensión es la única forma de garantizar la subsistencia de la accionante y que por una conducta antijurídica de la entidad demandada, los medios económicos para vivir han estado ausentes desde el momento en que se causó el derecho hasta la fecha de concesión definitiva del amparo. Estas dos circunstancias hacen que el conflicto que por naturaleza es legal y que posee medios ordinarios para su defensa, mute en uno de índole constitucional, en donde los medios ordinarios se tornan ineficaces para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados[62]*. "*

Al respecto, en consonancia con el precedente mencionado esta Sala concluye, que la función que realiza la Corte para este tipo de procesos es meramente declarativa, pues al constatar la existencia de un derecho que ha sido negado de manera indebida por parte de la entidad demandada, "el juez constitucional en sede de revisión tiene el deber jurídico de remediar una situación que ha contrariado los principios de la Carta Política y por ende debe declarar la existencia del derecho y en consecuencia ordenar las acciones que permitan garantizarlo de manera debida."[63]

En este orden de ideas, es pertinente mencionar que esta la Corte Constitucional de Colombia ha ordenado el pago retroactivo en materia pensional en ocasiones anteriores[64], y por lo tanto, ordenar el pago retroactivo en pensión de vejez está dentro del camino que ha trazado la jurisprudencia de la Corte para este tipo de situaciones.

Pero si tratamos de concatenar la protección de la pensión en Colombia con la prestación de los servicios de salud, considerando esa protección especial que le da el estado a los adultos mayores y bajo el entendido de que estos derechos son respetados y considerando que se configuran los requisitos para acceder al reconocimiento y pago de la pensión, y sobre este se infiere que se beneficiarán de esa protección especial que ampara la vejez y con esto en una relación directamente proporcional con la prestación del servicio de salud, entendida no sólo al aspecto físico, pues son tan variados como numerosos son los conceptos que sobre "salud" puedan estudiarse, no sólo porque desde los principios de consolidación de los estados de derecho se buscaba su protección sino porque día enfocarse al aplicarse a todo el conglomerado humano. Salud, es entonces tanto la ausencia de enfermedad como el estado de bienestar del individuo.

Como lo hace Mónica Arbeláez, pretende indicar que "la salud es un estado de existencia, no algo que pueda ser dado […] por ellos, reclamar un derecho a la salud no tendría mayor sentido que reclamar el derecho a la sabiduría o a la valentía"[65].

La Corte Constitucional en lo que respecta a la naturaleza y condiciones esenciales del derecho de atención en salud, ha señalado entre otros postulados a partir del ordenamiento

---

[62] Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T – 482 de 2010* M.P, HENAO PÉREZ, Juan Carlos.
[63] Ibídem.
[64] Cfr. Sentencias T-019 de 2012, T-127 de 2012, T-297 de 2012, T-480 de 2012, T-482 de 2012 M.P, VARGAS SILVA, Luis Ernesto.
[65] ARBELAEZ RUDAS, Mónica. *Derecho a la salud en Colombia: el acceso a los servicios del sistema general de seguridad social en Salud.* Instituto de Derecho Público (IDP), CINEP y Colciencias. Bogotá, 2006

jurídico vigente en Colombia y teniendo en cuenta pronunciamientos jurisprudenciales anteriores[66], que se trata de un derecho con carácter constitucional fundamental, no obstante su contenido prestacional[67].

Jurisprudencialmente en Colombia desde 1992 se venía protegiendo a la Salud por tres vías: La primera, estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana; la segunda, reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección (en el caso de los niños); la tercera, afirmando la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, abarcando los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con la sentencia T-760 de 2008. Este "salvavidas jurisprudencial" señala serias deficiencias del Estado colombiano para garantizar la libertad (en sentido integral) y la dignidad de los ciudadanos[68].

Para entrar al sistema contributivo de salud el trabajador dependiente escoge una EPS y efectúa las cotizaciones al patrono o empleador, quien debe remitirlas a la Entidad Promotora seleccionada. La Corte Constitucional en Sentencia C-177 de 1998, concluyó que en principio el trabajador tiene un derecho constitucionalmente protegido a las prestaciones de salud siempre y cuando esté afiliado al Sistema.

En salud las EPS; si bien deben recaudar las cotizaciones, no financian los servicios directamente con base en estos dineros sino a partir de las unidades de pago por capitación (UPC) que reciben del Sistema por cada afiliado. En efecto, en el régimen contributivo, las EPS recaudan por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía (FSG), por lo cual deben descontar de las cotizaciones el valor de las Unidades de Pago por Capitación -UPC- fijadas para el Plan de Salud Obligatorio y trasladar la diferencia al fondo. En caso de que la suma de las UPC sea mayor que los ingresos por cotización, el FSG cancela la diferencia a las EPS que así lo reporten[69].

No obstante, en el caso de los pensionados y jubilados, estos están sometidos al tiempo que tarde la entidad de previsión para reconocer su derecho pensional con el fin de poder efectuar los aportes con destino a salud, aspecto totalmente ajeno a su voluntad. En este punto se comparte la posición asumida por la Superintendencia Nacional de Salud, en

---

[66] Referencia en el fallo a las sentencias de la Corte Constitucional: *T-597 de 1993*, M.P. Eduardo Cifuentes, *T-379 de 2003*, M.P. Clara Inés Vargas, *SU-225 de 1998*, M.P. Eduardo Cifuentes, *T-01 de 1992, T-462 de 1992, T-1306 de 2003*.

[67] La jurisprudencia constitucional considera, entonces, que la condición de 'prestacional' no se predica de la categoría 'derecho', sino de la 'faceta de un derecho'. Es un error categorial hablar de ´derechos prestacionales' pues, como se dijo, todo en derecho tiene facetas prestacionales y no prestacionales. Sentencia T-595 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda, citada de la Sentencia T-760 de 2008.

[68] DIAZ RICARDO, Tatiana y ARRIETA LOTTEAU, Yanina. *La Salud colombiana en la jurisprudencia constitucional.* Universidad Libre de Cartagena, artículo de investigación, pág. 5 http://www.unilibrectg.edu.co/Descarga/PDF/ciencias_Derecho/lasaludcolombianaenlajurisprudenciaconstitucional.pdf

[69] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 177-98.4 de mayo. M.P. Alejandro Caballero.

reiterados conceptos, en cuanto a que "en tales eventos, la continuidad del servicio no puede ser interrumpida pues su beneficiario no ha dado lugar a ella"[70].

Una sentencia que diagnostica ampliamente las falencias de la prestación del servicio público de la salud por particulares fue proferida por la Corte Constitucional de Colombia. Se trata de la sentencia T-760 de 2008. En esta decisión de control constitucional a la política pública en materia del derecho a la salud se ven reflejadas todas las contradicciones en materia de garantía del derecho fundamental en cabeza de todos los habitantes del país, y el medio elegido por el constituyente colombiano y el legislador para la realización de este derecho. En resumen, el ánimo de lucro en la prestación, la ineficacia del control del Estado y la alta desprotección de amplios sectores de la población debido a un inexistente o deficiente cubrimiento del servicio, son factores que contribuyen a la violación sistemática y flagrante de los derechos sociales[71]

De esta manera tenemos que la Corte se expresó de la siguiente forma, en la Sentencia T-760 de 2008: "el carácter fundamental de un derecho no se debe a que el texto constitucional lo diga expresamente, o a que ubique el artículo correspondiente dentro de un determinado capítulo…pues no pueden negarse como derechos aquellos que 'siendo inherentes a la persona humana', no estén enunciados en la Carta". De manera que "La fundamentalidad del derecho a la salud exige que las autoridades de regulación adopten las determinaciones para protegerlo… y garantizar el goce efectivo del derecho por todos los usuarios del sistema de seguridad social en salud"

A partir de esta sentencia se le da un vuelco a la concepción que se tenía referente al derecho a la salud y se esgrime de forma fehaciente la relación y la importancia que se le da a la seguridad social como un derecho fundamental de ser reconocido por cualquier vía legal, siempre que garantice y respete la dignidad de los individuos que acceden al sistema.

2.2 Las precisiones de Robert Alexy y de Dworkin.

Para darle otro sentido a la seguridad social: tomando los derechos a la salud y pensión, como derechos subjetivos debemos iniciar el análisis con las consideraciones que realizan los autores Robert Alexy y Ronald Dworkin que permiten enfatizar lo que en estas líneas nos ocupa y considerando que los principios fortalecen las bases de un estado social de Derecho.

Los derechos sociales no están hoy generalmente reconocidos ni en la doctrina ni en las legislaciones positivas. El ámbito geográfico más favorable a los derechos sociales es el europeo, así como el ámbito académico y doctrinal es el de profesores y teóricos que se mueven en entornos ideológicos liberal-progresistas y socialdemócratas. El profesor Alexy, en su *Teoría de los derechos fundamentales*, los reconoce y los sitúa en el marco de los derechos a acciones positivas del estado (prestaciones en sentido amplio) junto con los

[70] Concepto de la Superintendencia Nacional de Salud NURC 8004-1-160365 de fecha 31 de enero de 2003.
[71] Los Derechos Sociales en Iberoamérica: Estado de la Cuestión y Perspectivas de Futuro. http://www.portalfio.org/inicio/archivos/cuadernos_electronicos/numero_5/1_%20Los%20derechos%20sociales%20en%20Iberoam%C3%A9rica.pdf

derechos a protección y los derechos a organización y procedimiento, denominándoles derechos a prestaciones en sentido estricto[72].

Para Robert Alexy[73], toda aseveración acerca de la existencia de un derecho fundamental, presupone la vigencia de una norma de derecho fundamental. Así, el autor afirma que está evitando tomar posición respecto al problema clásico de si ha de darse prioridad a la norma objetiva o la norma subjetiva, al derecho o al deber ser, que son cuestiones de contenido Ahora bien, una norma de derecho fundamental, según su estructura puede ser principio o regla. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no es de grado, sino cualitativa.

Según Robert Alexy, entendemos por norma tipo principio un mandato de optimización que ordena que algo sea cumplido en la mayor medida posible dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas. Son supuestos de hecho cuya consecuencia no está explícitamente formulada, es decir, son normas que admiten varias formas de aplicación cuya explicación es más concisa si se diferencian con las normas tipo regla cuyo supuesto de hecho y consecuencia jurídica son claras, las reglas son normas que admiten una única medida de cumplimiento, pueden cumplirse o no cumplirse, es decir, son mandatos definitivos, de todo o nada. Se debe aclarar que las reglas o derivan de los principios y su diferencia principal es la forma en que se resuelven sus conflictos, que es de hecho, nuestro objetivo a alcanzar en tanto el reconocimiento de un derecho pensional está ligado a la protección fundamental a la salud.

Siguiendo esta visión de normas y principios enfocadas al estudio investigativo, podemos considerar que con la expedición de la Constitución Política de 1991, en su artículo 48, se estableció que la Seguridad Social es un derecho de carácter irrenunciable, implicaron una nueva forma de entender el derecho. Y ha sido la Corte Constitucional la que dé mayor manera preponderante ha transformado el entendimiento de la normativa relativa a la seguridad social.

Si damos una mirada retrospectiva a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, respecto de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, las consideraciones de la Corte tomaron fuerza cada vez mayor desde los primeros años. En tal sentido, el aseguramiento de mínimos materiales que permitan el goce efectivo de otros derechos,

---

[72] PECES BARBA, Gregorio. *Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales* en Escritos sobre Derechos Fundamentales (1988): Eudema, Madrid, pp. 195 a 213. En el mismo ámbito de preocupaciones, vid. "Humanitarismo y Solidaridad social como valor de una sociedad avanzada" en Derecho y Derechos Fundamentales (1993): Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 121 a 175. Vid. igualmente "Escasez y solidaridad: una reflexión desde los clásicos" en El Desarrollo y la Cooperación internacional, edición a cargo de MARINO MENÉNDEZ, Fernando y FERNÁNDEZ LIES A, Carlos R. (1997): Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 19 a 33.

[73] ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993

dentro de una filosofía social inspirada en corrientes de orientación social y socialista, ha sido considerado como parte misma concepto del Estado Social de Derecho, que consagró la Constitución Política de 1991.[74]

En la providencia C – 671 de 2002, por ejemplo, se resalta que la Constitución y los tratados internacionales de Derecho Humanos determinan que para la efectividad de los derechos sociales prestacionales, el Estado tiene el deber de adoptar medidas que hagan posible su aplicación progresiva e integral y también asegurar su goce sin ninguna discriminación. Respecto al alcance del principio de progresividad se definió que:

> *"(…), existen unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de ese derecho que el Estado debe garantizar a todas las personas. Esto es, la progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales prestacionales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos, tal y como esta Corte ya lo había reconocido con anterioridad.*
>
> *Finalmente, el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional. Precisamente, con base en esos criterios, esta Corte declaró la inconstitucionalidad de una norma que reducía la cotización de solidaridad del régimen contributivo, pues consideró que esa disposición legal vulneraba el mandato de la ampliación progresiva de la seguridad social"*

El deber de progresividad en el alcance de los DSEC, implica una serie de responsabilidades para el Estado, que no se entienden agotadas en la actividad legislativa, sino que inmiscuyen a la actividad judicial, dentro de la cual se ha considerado que las providencias debe buscar la efectividad de los derechos sociales[75].

Pero siendo Colombia tan normativista y al estudiarse dentro del Positivismo Normativo, siguiendo las líneas como H. A. L. Hart y H. Kelsen, los cuales, a grandes rasgos, han aceptado el papel trascendental que cumple el poder judicial en la determinación del sentido de la ley, sin defender el activismo judicial y propendiendo por ceñirse a la seguridad jurídica. El último de los exponentes de esta teoría indica que "*el legislador es mucho más libre en el acto de creación de derecho que el juez; pero este también es creador de derecho y también es relativamente libre respecto de esta función. (…) en la*

---

[74] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 251 de 1997. M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Bogotá, Mayo 28 de 1997.

[75] Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-109 de 1995*. MP MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Bogotá, Marzo 15 de 1995.

aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación del derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra (…)"[76] y con base en lo anterior, considera que ese proceso interpretativo vas más allá de un conocimiento del derecho positivo y alcanza otros de tipo de normas como las morales, juicios de valor sociales, entre otras.

Dentro de la Teoría de Hart, se admite que el juez puede llegar a ser un creador de derecho cuanto se encuentra frente a reglas de carácter impreciso y por tanto admite la falta de coherencia y completitud que puede presentar el derecho[77]. En este proceso en el que el papel del legislador y el juez se ve diluido, para distinguirse solamente por el procedimiento utilizado, este asunto, es descrito así por la doctrina:

> (La) "*propuesta de Hart tiene dos consecuencias importantes: por un lado, afirma la imposibilidad de demostrar la existencia de una respuesta correcta en los casos difíciles y, de otro lado, sugiere que la discrecionalidad judicial está circunscrita por la forma por la "forma" propia en que los jueces toman sus decisiones. Como lo ha puesto de presente Mario Coppeletti, lo que diferencia al juez del legislador no es el contenido de sus decisiones, sino el procedimiento utilizado para llegar a ellas. Los jueces están obligados a actuar a actuar como terceros imparciales, dentro de un proceso en el que deben oír a todas las partes interesadas, obligación que no existe en el caso de la producción de las leyes*". [78]

Hasta aquí, podría decirse que respecto de la interpretación ajustada de las sentencias, se presentan diversas alternativas, ante la cuales más que el conocimiento de la norma en sí misma, el juez se ve forzado a sustentar su decisión mediante un proceso lógico, sin embargo, en este evento, como hemos dicho, la fundamentación alega no encaminarse por la vía de la discrecionalidad, sino por la vía de los principios, aspecto que es podemos identificar en el punto de vista de Ronald Dworkin, y a la cual nos ceñimos, considerando el carácter de fundamental que tiene la seguridad social.

En su obra *Los Derechos en Serio*, dentro de un modelo teórico que se ha denominado constructivista, Dworkin expone como el derecho es un sistema cerrado que no admite que el Juez actúe como un creador del mismo. En tal caso, los Principios, son preceptos que conducen a resultados más imprecisos, pero que son igualmente obligatorios y que llenan los vacíos en los que el derecho no provea reglas claras que puedan aplicarse a casos concretos, como el caso que nos ocupa[79].

Si la discrecionalidad judicial fuere cierta, considera tal autor, ello estaría en contra de los principios democráticos y de legalidad que funda nuestro Estado de Derecho; el juez no es

---

México. 1995, Pág. 351.

[77] Concepto que tiene coherencia con su noción de "textura abierta del derecho". HART, H. L. A. *El Concepto De Derecho*, Abeledo-Perrot, 2ª. Edición, 1977, Buenos Aires, Págs. 155-191.

[78] RODRÍGUEZ, Cesar. *El Debate Hart – Dworkin*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes. 1ra Edición. Bogotá D. C. Pág. 72.

[79] DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Traducción Marta Gustavino. Editorial Ariel. Barcelona. 1995.

libre de aplicar su principios morales o ideológicos cuando las normas no provean una solución concreta al caso examinado, sino que la existencia de división entre reglas y principios y dentro de estos últimos una jerarquía de aplicación, conducen al operador judicial a encontrar la respuesta buscada. Para Cesar Rodríguez[80], Dworkin deja de lado la dicotomía entre descubrimiento y creación judicial del Derecho porque el juez "*hace las dos cosas y no hace ninguna al decidir un caso*" en tal caso, lo que aquel emprende es el descubrimiento de cuáles son los principios que justifican mejor nuestra organización constitucional y con base en ello entra a resolver, es decir decide tomar como fundamento lo que ya ha sido creado, pero analiza y pondera cual es la directriz jurídica que debe guiar su decisión.

Pese a ello, la posición de Dworkin alega la existencia de una sola respuesta correcta fundamentada en principios, aún en los casos difíciles a los que hacemos mención, asunto que genera un sin número de debates, en los que por ejemplo el teórico Ducan Kennedy – *crítical legal studies* - considera que, el Derecho suele estar inspirado en corrientes ética – políticas contrapuestas, por ejemplo la libertad e igualdad y los derechos de 1ra y 2da generación; ante tal oposición de valores, un juez no será neutral ya que estará condicionado a elegir entre alguna de aquella líneas [81].

Precisamente en este punto es donde nos interrogamos sobre cómo funciona la relación directa del reconocimiento pensional en el régimen de prima media y el derecho fundamental a la salud, aquí analizada para analizar los nuevos criterios encaminados a la protección a la espera del reconocimiento pensional en el régimen de prima media en relación con la Seguridad Social Integral.

Dentro de las diversas teorías referentes a la interpretación ha estado presente el interrogante sobre sí existen o no respuesta correctas y lo cierto es que consideramos que el tipo de decisiones como la aquí expuesta es reflejo de que aquellas no existen.

En la relación directa entre el reconocimiento pensional en engranaje con la prestación de los servicios de salud garantizado por el estado colombiano es necesario utilizarse un método *"dworkiano"* de interpretación, en el que por supuesto, no se pretende hallar la intención que tuvo el autor de la norma, o suplir el vacío de las que no existen, sino que se construye el entendimiento de la misma a partir de los principios en que se fundamenta el sistema jurídico. En tal sentido, es producto del derecho fundamental a la seguridad social que se distingue con claridad la tarea del juez y del legislador, y se sustenta, como hemos dicho, en el principio de progresividad y favorabilidad, como mecanismos a través de los cuales supera la aparente indeterminación que presenta la norma estudiada en referencia a los pagos retroactivos de salud de los pensionados por el régimen de prima media con prestación definida.

---

[80] Up supra Pág. 81.

[81] KENNEDY, Duncan. Traductores LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo y POMBO, Juan Manuel *Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho*. ; estudio preliminar César Rodríguez. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes Facultad de Derecho, 1999, Págs. 62, 68,77.

2.3 Derechos Sociales Fundamentales: La propuesta de Rodolfo Arango

Para algunos los derechos sociales constitucionales dentro de los cuales se cuenta Rodolfo Arango[82,] los derechos sociales constitucionales son verdaderos derechos fundamentales. El concepto de derechos fundamentales, así como el de derechos subjetivos que le es implícito, puede ser esclarecido por la filosofía analítica y abarca tanto los derechos liberales como los sociales, independientemente de sus diferencias lógico-estructurales. El siguiente aporte busca esclarecer el concepto de los derechos sociales constitucionales, liberándolo del lastre de la confusión terminológica e ideológica.

Por su parte, Rodolfo Arango[83] desarrolla la tesis de que los derechos sociales pueden revestir la naturaleza de derechos fundamentales. Para ello recurre ante todo a la definición de derecho fundamental, y cita al profesor Robert Alexy, para quien derechos fundamentales son unas *"posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria"*

Con respecto al contenido de los derechos fundamentales y según Rodolfo Arango[84], donde se encuentra la seguridad social es en la tesis maximalista, en la cual los derechos sociales fundamentales deben ser garantizados a cualquiera, en cualquier circunstancia. Estos incluyen los derechos a la alimentación, a la salud, a la vivienda, a la educación, al trabajo y a la seguridad social y presuponen normas jurídicas, obligaciones jurídicas y posiciones jurídicas cuyo reconocimiento debería ser universal, sin limitarlo a determinadas personas.

Si hablamos entonces en torno a cómo se hacen efectivos los derechos, sobre todo por vía de reclamación judicial de los derechos sociales, es un debate considerado en dos posiciones extremas, por un lado de afirma que los derechos sociales, deberían cumplirse de manera plena e inmediata sin tener en consideración las posibles consecuencias de dicho cumplimiento ni los recursos económicos disponibles. Por otro lado, otro sector afirma que por tratarse los derechos sociales de meros ideales políticos, no debería emprenderse ninguna acción para que estos fueran garantizados[85].

Algunos estudiosos del tema como el profesor Rodrigo Uprimny han realizado un juicioso estudio sobre el desarrollo de dicho debate, sistematizando los argumentos a favor y en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales, con el propósito de responder a la pregunta sobre si ¿Existe una protección judicial óptima de los derechos sociales?[86]

Es entonces donde comenzaría el verdadero análisis de lo que viniese a reflejar lo que conciben las normas, más allá de lo contemplado como cierto, y observando que no es

---

[82] Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial EL OTRO DERECHO, número 28. Julio de 2002. ILSA, Bogotá D.C., Colombia Pág. 2 consultado http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr028/elotrdr028-05.pdf

[83] ARANGO, Rodolfo. *Derechos Fundamentales Subjetivos.* Legis, Bogotá, 1ª Edición, 2005.

[84] ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales.* Legis, Bogotá, 2ª Edición, 2012.

[85] Cfr. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo. *Manual de Calificación de Conductas Violatorias: Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.* Ob. cit., Pág. 338 y ss.

[86] UPRIMNY, Rodrigo. *¿Existe una protección judicial óptima de los derechos sociales?* Mimeo, 2011, se publica en el Marco Conceptual del Derecho a la Salud, con autorización del autor.

suficiente todo el engranaje legislativo que se convierte en soluciones decantadas y que el legislador entiende que fueron creadas con el fin, en este caso del sostenimiento financiero y económico del sistema, pero se deja de lado todos los factores políticos y sociales que están inmersos en ellas.

Es con esta conceptualización que arranca el verdadero sentido del Derecho en cuanto al reconocimiento pensional tardío en el régimen de prima media: y su violación al derecho fundamental de salud en Colombia. En el marco de un Estado social de derecho, éste debe garantizar estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, es decir, asegurarlos para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no como caridad. Precisamente la razón de ser del Estado social de derecho es la superación de la inequidad social, fruto del modelo liberal clásico en el que el mercado no logra asignar eficientemente a cada individuo los recursos necesarios para su subsistencia.

En este orden de ideas, en el Estado social de derecho opera un cambio cualitativo consistente en el surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho. Dicha idea ha sido expuesta por la Corte Constitucional en los siguientes términos: *Dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela.*

En consecuencia, como lo propone Rodolfo Arango resulta apropiado acoger un concepto evolucionado de los derechos bien como la visión integrada en el sentido de Amartya Sen que no separa entre titularidad y ejercicio o protección de los derechos o conceptos como el de indivisibilidad, propio de las nuevas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos, aplicable por vía del bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Carta. En este sentido los derechos sociales fundamentales son derechos subjetivos exigibles y por ello .la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor.

La otra tendencia de la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales, fue la acogida como derechos que se transmutan en derechos subjetivos (Sentencias SU-225 de 1998 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y SU-819 de 1999 M. P. Álvaro Tafur Galvis). Claramente la Corte acoge un criterio que muestra que los derechos fundamentales se deben ver plasmados en un derecho subjetivo, que como señalamos anteriormente, cumple con una serie de características.

En la misma línea de la Corte Constitucional, Rodolfo Arango se refiere a los derechos fundamentales considerando que son derechos subjetivos con un alto grado de importancia[87,] apoyándose en John Rawls lo denomina como un concepto "bien desarrollado" Una explicación de los derechos fundamentales como derechos subjetivos

[87] ARANGO, Rodolfo *Los derechos humanos como límite a la democracia: análisis de la ley de justicia y paz.* Editorial Norma. Bogotá, 2008 Pág. 37

con alto grado de importancia, es: “compatible con el enfoque pragmatista: presenta una estructura dialógica, discursiva, e implica un juicio valorativo de fundamentalidad que puede justificarse racionalmente bien sea acudiendo a la solidaridad o bien a valores epistémicos compartidos por los operadores del derecho e identificables con aceptabilidad garantizada bajo condiciones ideales

Nótese que el criterio principal es la existencia de un derecho subjetivo para la concreción de las garantías propias de los derechos fundamentales, lo que implica que los derechos deben ser unas garantías que tienen los sujetos frente a otros, por el otorgamiento del derecho objetivo, que se plasma en la disposición de un bien.

Confirmatoria de esta línea, es la Sentencia SU-819 de 1999 en la cual se trata el tema de la trasmutabilidad de los derechos sociales en derechos subjetivos:[88] En este sentido expresa la Corte: “Según lo ha expresado la jurisprudencia constitucional, estos derechos son prestacionales propiamente dichos, para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización, que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del sistema. La implementación de este servicio requiere, entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y de la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios. Por ello, en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva”, y su afectación puede acarrear la violación de los derechos fundamentales como lo son la vida o mínimo vital contemplando: “Los derechos económicos, sociales o culturales se tornan en fundamentales cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango fundamental o genera la violación de éstos, conformándose una unidad que reclama protección íntegra, pues las circunstancias fácticas impiden que se separen ámbitos de protección. A toda persona le asiste el derecho a la protección de un mínimo vital ‘por fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal’ y en la medida en que la vida abarca las condiciones que la hacen digna, ‘ya no puede entenderse tan sólo como un límite al ejercicio del poder sino también como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado’

El caso de la salud en Colombia es un buen ejemplo del retroceso en la protección de los derechos sociales[89] Pese a avances importantes en la primera década luego de la reforma constitucional de 1991 que universalizó la garantía del derecho a la salud, con un perceptible avance en el cubrimiento del servicio público de la salud, lo cierto es que la privatización de la prestación del servicio público y el ánimo de lucro que impera en las entidades prestadoras de la salud evidencian fallas significativas del diseño institucional, bien sea en el diseño de la política pública como en su ejecución administrativa, en especial en materia de supervisión y control por parte de agencias administrativas del Estado[90.]

---

[88] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-819 de 1999. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis

[89] O. PARRA, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, 2002; J. RESTREPO, “El seguro de salud en Colombia ¿Cobertura universal?”, *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, nº 2, Bogotá, 2002.

[90] ARANGO, Rodolfo “El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional”, en M. J. Cepeda y E. Montealegre (eds.), *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*, Bogotá, 2007, pp. 87-163.

3. VALIDACION HIPÓTESIS Y PROPUESTA

Los criterios a seguirse están determinados por el estudio que nos apunta en cuanto a la pensión de vejez en el régimen de prima media relacionado con el derecho fundamental de la salud, incorporando las características más importantes de cada uno de los temas dándole coherencia al estudio investigativo. Al iniciar de la hipótesis planteada y a la justificación y planteamiento del problema se llega a un resultado.

Hipótesis Formulada

Al realizar los análisis anteriores se busca engranar los principios al sentido de la norma y con base en la argumentación nos lleva a propender la modificación de la legislación para suprimir los pagos sobre los aportes retroactivos en salud para los pensionados en el régimen de prima media en Colombia y que se haga efectiva de cierta forma los derechos fundamentales vulnerados a la espera de lo que se pretende, bajo la sustentación que en Colombia no existe una normatividad condensada ni jurisprudencia en la misma línea sobre los efectos que produce el pago de seguridad social retroactiva hasta la prestación efectiva de los servicios de salud ya que el servicio se surte en teoría, cuando la afiliación al sistema de salud es inmediata al reconocimiento e inclusión de la pensión en el régimen de prima media.

Ilustración de la Hipótesis

Cuando entran a jugar los efectos retroactivos sobre las mesadas pensionales, pero para el caso de los pensionados se liquida el valor del retroactivo llevando la mesada a tiempo actual de liquidación, asimismo entra el retroactivo por seguridad social en salud. Pero efectivamente se paga ese retroactivo como una de las obligaciones contractuales del ente pagador cuando la entidad prestadora del servicio de salud nunca; hasta cuando no se le hace el ingreso a nómina como pensionado efectivo para que entre a gozar de estos derechos. Es preciso analizar que se cancelan servicios con retroactivos nunca prestados.

Aunque los pensionados tienen derecho a mantener su afiliación en forma vitalicia, es obligación del Fondo de Pensiones realizarla desde el momento de reconocimiento de la pensión. Por tanto no es posible su afiliación anterior a este tiempo, quedando desprovisto del servicio de seguridad social en salud, como se ha enfocado desde la perspectiva económica y actual de esta situación.

Entonces es claro que los derechos en conflictos son dos: El reconocimiento a la pensión, para la provisión de un mínimo vital y las condiciones de vida favorables y el derecho fundamental a la salud, ligado al acto administrativo que otorga el derecho, o bien, la condición de desprotección esgrimida a los supuestos fácticos para cada caso concreto. A su vez ¿qué primaría más: que se reconozca el derecho a tiempo, de tal forma que no se vulneren sus condiciones vitales o proteger la salud de tal forma que no quede en ningún tiempo desprovista por el sistema? Es aquí donde encontramos el análisis de lo que se viabiliza en la tesis a esgrimirse y los autores que lo sustentan.

Dworkin señala que los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Al ponderarse, se establece cuál principio pesa más en el caso concreto. El principio que tenga un mayor peso será el que triunfe en la ponderación y aquel que

determine la solución para el caso concreto. (…) La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas. La estructura de la ponderación queda así integrada por la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación[91].

Para entender las propuestas que afirman que la lógica jurídica remite a una teoría de la argumentación y no a una lógica formal, es importante tener presente la distinción entre reglas y principios jurídicos y entre casos fáciles y casos difíciles. Con respecto a la primera distinción tenemos que "las reglas son normas que dadas determinadas condiciones ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva".[92]

Los principios en cambio "son normas que ordenan que algo debe hacerse en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible".[93]

> *Por otra parte, "[s]i dirigimos nuestra atención, no ya a la construcción de teorías jurídicas, sino a la interpretación de normas jurídicas positivas, es fácil advertir que la asignación de significado y alcance a tales normas por parte de la dogmática está determinada, en última instancia, por consideraciones de índole valorativa, por más que ellas no sean expuestas explícitamente, sino que se recurra a razones de consistencia con otras normas, o que se refieren a la intención del legislador o a antecedentes históricos que explican el precepto, o que están relacionadas con la naturaleza de los conceptos empleados por la norma en cuestión, o que se conectan con la aplicabilidad de ciertos "métodos" de interpretación, como el analógico o el "a contrario", etc. El arsenal de argumentos de esta especie con que los juristas dogmáticos cuentan es muy rico y variado, pero la disponibilidad de argumentos alternativos de esta clase para justificar soluciones opuestas, hace que cuando ellos se han agotado en la defensa y ataque de cierta tesis, emerjan a la superficie las razones axiológicas que subyacen a las diferentes posturas interpretativas".*[94]
>
> *"Cuando se percibe que los sistemas jurídicos positivistas suelen presentar notorias indeterminaciones y que los argumentos 'dogmáticos' en apoyo de una u otra alternativa interpretativa no son nunca concluyentes, se advierte claramente la índole normativa de la tarea de reconstrucción del derecho positivo que la dogmática desarrolla y su dependencia de consideraciones axiológicas. Este contraste entre, por un lado, lo que los dogmáticos dicen que hacen y lo que efectivamente hacen, y entre, por otro lado, los argumentos explícitamente*

---

[91] BERNAL PULIDO, Carlos. *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*. Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel. Página 87.
[92] *Ibid.*, Páginas 40-41.
[93] *Ibid.*, Página. 41.
[94] NINO, Carlos, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Distribuciones Fontamara. México, 1999. Páginas. 18-19.

esgrimidos en apoyo de cierta solución y las consideraciones que podrían justificar tal solución, determina un modelo poco satisfactorio de teorización jurídica".[95]

Cuando los pensionados logran el reconocimiento y pago de la pensión, a través del régimen de prima media, se liquidan y pagan al pensionado las mesadas pensionales atrasadas desde el momento en que adquirió el derecho (retroactivo) y "(…) sobre este retroactivo se aplica el descuento mensual del porcentaje destinado a aportes en salud"; no obstante las entidades promotoras a las que se giran estos descuentos no prestan los servicios de salud al beneficiario durante todo el tiempo que tarda el reconocimiento de la pensión, e incluso estando ingresado en nómina sólo hasta cuando ellos reciben efectivamente los recursos a su sistema de información y pagos.
Podemos abordar dos alcances. Por un lado analizamos como el grado de afectación de cada uno de los derechos, no puede desligarse del otro. Es claro que atendiendo las personas que se encuentran dentro del Régimen de Pensiones y que la norma no contempló los pagos, es importante abarcar que:

<<Insto a las entidades promotoras de salud y demás agentes involucrados en este proceso para que establezcan mecanismos de compensación para los pensionados que tuvieron que pagar aportes sin recibir la prestación de servicios de salud para ellos y sus familias. Concepto emitido por el Procurador General de la Nación>>. (PROCURADURÍA, Boletín 430)

Por otra parte, en la circular emanada de su despacho, el Jefe del Ministerio Público requirió a estas entidades con el fin de que todo aporte que se cobre a los cotizantes obligatorios, y en especial a los jubilados o pensionados, corresponda a la efectiva prestación de los servicios médico-asistenciales y prestacionales.

Se encontró que cuando los pensionados logran el reconocimiento y pago de la pensión, se liquidan y pagan al pensionado las mesadas pensionales atrasadas desde el momento en que adquirió el derecho y "(...) sobre este retroactivo se aplica el descuento mensual del porcentaje destinado a aportes en salud no obstante las entidades promotoras a las que se giran estos descuentos" no prestan los servicios de salud al beneficiario durante todo el tiempo que tarda el reconocimiento de la pensión. Procurador General de la Nación. (PROCURADURÍA, Boletín 430)

De la misma forma, señalan los pensionados que no están en la obligación de cancelar los aportes de salud por servicios que no fueron prestados o que no han estado a su disposición, pues en muchos casos esta situación los obligó a cotizar a salud como independientes dada su condición médica, generando un doble pago al sistema. Situación que en ningún caso está reglada ni se han determinado las condiciones de devolución de aportes al sistema de seguridad social.

Dentro de este contexto, nos ubicamos en las personas que se encuentran dentro de este sistema general de pensiones, para darles por conexidad el derecho a salud hasta cuando se le reconozca este derecho. Un ejemplo claro de las consecuencias que produce la tardanza

[95] *Ibíd*., Páginas. 19-20.

del reconocimiento de la pensión, y la desprotección a la seguridad social es la Sentencia T 197 de 2009[96].

Proyecciones teóricas y empíricas

Siguiendo en la validación de la hipótesis y adaptándonos a los que para ARANGO el concepto de derechos consiste en su primera parte de tres elementos: 1) Una posición normativa, 2) Razones válidas que sustentan dicha posición normativa, y 3) la suficiencia de dichas razones válidas. Para la validación de la hipótesis lo haremos siguiendo este marco de referencia:

1) ***La posición normativa.*** La identificación de los derechos como posiciones normativas dentro de un sistema normativo enfatiza tres aspectos de los derechos[97:]

a) La posición en la que está situada una persona significa que ella o él está en una relación concreta respecto de otros[98.] Pero ésta no es una mera relación fáctica. Se trata de una relación normativa o deóntica dentro de un sistema normativo que vincula a una o varias personas –titular(es) de la obligación(es) – ordenando una o varias acciones de hacer o de abstenerse de hacer algo.

(b) Considerados como posiciones normativas, los derechos son el resultado de la imputación de un estatus deóntico a razones válidas. Esta conceptualización de los derechos resuelve el problema de su estatus ontológico, o sea el problema de si existen como existen los hechos empíricos o como entidades metafísicas. Ella asume que somos nosotros mismos, los seres humanos, quienes nos otorgamos mutuamente los derechos, no Dios o la naturaleza.

(c) La pregunta fundamental no es, por tanto, qué son los derechos sino cómo pueden y deben ser justificadas las posiciones normativas. Esto se determina mediante el lleno de los criterios de validez de las razones para justificar la posición normativa.

Al estar positivada esa norma es un deber acatarla, en el caso de Colpensiones, para conservar la denominada armonía frente a la comunidad. Las decisiones destacadas en cuanto al resarcimiento del perjuicio ocasionado por el no reconocimiento de la pensión, y por ende el no recibo de los servicios de salud, sin extenderse ni extralimitarse a lo contenido en la norma como tal, beneficiarse de forma económica más no se contempla la situación del pensionado como resarcimiento de los derechos fundamentales invocados.

En efecto, realidades como los derechos humanos fundamentales, el principialismo jurídico, la creación judicial, el consenso del derecho o su constitucionalización, la

[96] Acción de tutela ha lugar de determinarse la insuficiencia los medios ordinarios de defensa judicial a fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable. Principio de continuidad en la prestación del servicio público de salud

[97] Aquí se habla de posiciones normativas, no de posiciones jurídicas o morales. Aquéllas serían el género, ésta las especies. El concepto de derechos es así neutro frente a los derechos jurídicos y derechos morales.

[98] "Rights are relationships, not things" (Young, 1990: S. 25); "It [A right, R.A.] is a relationship and a social practice, and in both those essential aspects it is an expression of connectedness" (Michelman, 1987: S. 91).

globalización jurídica, la imprescriptibilidad de ciertos delitos, la objeción de conciencia, etcétera, configuran algunas de las características del mundo jurídico actual que implican un fuerte y mayor desafío al iuspositivismo que al iusnaturalismo[99].

Aparte del legislador que habla como autor del derecho ningún jurista enuncia normas jurídicas[100.] Incluso cuando un jurista participa en la elaboración del derecho, como el juez por ejemplo que a veces lo crea por vía de jurisprudencia, no enuncia directamente normas jurídicas, sino que habla de aquellas que supone existentes, pronunciándose por una interpretación apropiada del derecho explícito

Pero sucede que la interpretación jurídica —como en rigor toda interpretación— no sólo se ordena a alcanzar la significación de un enunciado normativo, sino que, de un modo constitutivo, se ordena también a la designación de una realidad, deóntica en este caso, de la que el enunciado normativo no es sino la expresión[101].

Entonces, considerando los apartados de Rodolfo Arango, debemos contextualizar el estudio pensional en términos de tiempo y reconocimiento del derecho, así como el manejo sustancial que se le da a la prestación de los servicios en salud, los casos concretos son los pensionados que no obtienen este servicio por no hacérsele el reconocimiento a tiempo.

2) *Razones válidas.* Las posiciones normativas se basan en razones que buscan reconocimiento. Para este propósito se requieren argumentos válidos adicionales. La insuficiente diferenciación entre los niveles antropológico y axiológico, por un lado, y el nivel lingüístico por el otro, lleva a multiplicidad de errores en la fundamentación de los derechos.

Para ser válidas, las demandas –o las razones que las sustentan – requieren que le sean reconocidas como derechos. Ellas tienen que llenar las reglas de validez para poder convertirse en hechos normativos[102].

Algunas demandas pueden ser transformadas en derechos morales, sin por ello tornarse en derechos jurídicos. En este respecto, los derechos humanos son una excepción. Con carácter moral y consagrado en declaraciones y convenios internacionales, los derechos humanos exigen y presionan su reconocimiento como derechos constitucionales (Alexy, manuscrito).

---

[99] VIGO, Rodolfo L. *Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo (un alegato iusnaturalista).*Prudentia Iuris No.62/63. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires, 2007

[100] Dado que la sentencia judicial y la decisión administrativa son normas jurídicas individuales, los órganos del poder judicial y administrativo que las enuncian deben ser asimilados al legislador.

[101] MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio. *Perspectivas actuales de la interpretación jurídica*, en el ámbito del Departamento de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de la Universidad de Mendoza.

[102] En relación con la validez debemos distinguir entre validez moral y validez jurídica. El derecho y la moral tienen diferentes reglas constitutivas. Cada una de ellas conduce a diversas clases de derechos. En la filosofía y la teoría jurídica ha habido mucha especulación en el intento de clarificar la relación entre validez moral y validez jurídica (Habermas, 1998: 82).

Las garantías constitucionales que a través de la jurisprudencia se toman, así como las personas en circunstancia de debilidad manifiesta le permite al juez de tutela identificar y ponderar un conjunto más o menos amplio y variado de elementos fácticos para deducir la ocurrencia de tal circunstancia y le da un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o restablecerlo cuando hubiera sido vulnerado[103].
Por esta razón tenemos la situación de los pensionados frente al hecho que se le reconozca a tiempo, y de esta forma tener el servicio de salud al alcance; y otras que reconocidos a tiempo no cuentan con el acceso por el pago retroactivo le dan las razones válidas al juez constitucional de garantizar los derechos cuando estos se ven afectados, y aunque el número de tutelas indican que no existe otro mecanismo idóneo que permita que se garanticen las condiciones dignas para acceder al sistema general de seguridad social es con la propuesta siguiente que se busca engranar la garantía de los derechos sociales fundamentales.

3) ***Razones válidas y suficientes.*** No podemos excluir posibles conflictos entre demandas válidas de diversos individuos. Las razones válidas para posiciones normativas fundamentan derechos prima facie, esto es, derechos no definitivos. Cuando diferentes razones entran en conflicto debe buscarse una solución razonable. Solamente razones válidas que puedan ser conocidas objetivamente como suficientemente justificadas pueden llevar al reconocimiento de derechos definitivos y ser exigibles.

Desarrollados los apartes anteriores la propuesta para validar la hipótesis es que se determine en la legislación el no pago retroactivo sobre los aportes al sistema de seguridad social que permitan que una vez reconocido el derecho de la pensión se pueda gozar del servicio de salud, dejando de lados las barreras de acceso a los derechos sociales fundamentales.

Las razones válidas y suficientes para determinar que el reconocimiento pensional cumpliendo con los tiempos para realizarse y siguiendo el carácter de derecho fundamental que tiene la seguridad social, permite determinar que verdadera esencia de esto la dará el desmonte los pagos a seguridad social sobre retroactivos pensionales para suplir la brecha existente entre el ingreso a nómina y la prestación del servicio de salud, y que inmediatamente se cumplan los requisitos y se validen por parte de la entidad pagadora haciendo el reconocimiento que respete el término legal de la afiliación del pensionado quedando cubierto por el sistema, aboliendo los pagos sobre un servicio no prestado por la entidades de salud ni recibido por los pensionados.

Para efectos prácticos, con la propuesta por ejemplo, el caso de un pensionado que con la certeza que ha cumplido los requisitos de edad y semanas cotizadas radica los documentos para obtener el derecho a su pensión a 01 de enero de 2014, bajo la mesada pensional que asciende a $2.000.000. El término que da la ley para reconocimiento de la misma vencería el 30 de abril de 2014, con la situación actual debería pagar por retroactivo la suma de $960.000 sin recibir ningún servicio; suponiendo que se incluya en nómina el 01 de mayo de 2014, que en términos reales nunca acontece de esta forma. Pero qué pasa si el tiempo de espera se convierte en 10 meses de retardo, aumenta a $2.400.000, y si aumenta el

[103] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T1040 de 2001. M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Bogotá, Septiembre 27 de 2001.

tiempo así como las condiciones en que se reconoce la pensión, toda vez que tendría que actualizarse al IPC o al aumento de salario mínimo legal vigente según sea el caso.

La propuesta permite no cancelar ni $960.000 ni $2.400.000 sino abolir definitivamente el pago retroactivo sobre recursos que se generan por la espera al reconocimiento, bajo los términos que señala la ley; o por la demora cuando se excede el plazo establecido en la legislación que en todo caso siempre supera los meses e incluso los años, visto desde el estudio realizado.

Es con esto que lo que se define sería un plan de acción y un llamado para que sea más eficaz el reconocimiento por parte de la Administradora de Pensiones y las entidades de salud no se lucren por servicios prestados pero si de recursos recibidos engrosándose económicamente.

CONCLUSIONES FINALES

La seguridad social entendida, como protección integral del ser humano contra las necesidades sociales, agrupa en un sentido amplio: la previsión social, los seguros sociales para trabajadores particulares y servidores públicos (incluye las asignaciones familiares y subsidio familiar), la asistencia pública, la salud y seguridad en el trabajo, la política de empleos y salarios, jornadas de descanso y todo lo que incida en el bienestar físico y mental de las personas.

A modo de conclusión del trabajo final de Maestría tenemos que es preciso incluir en la legislación de Colombia, la forma de protección, desmontando los pagos a seguridad social sobre retroactivos pensionales para suplir la brecha existente entre el ingreso a nómina y la prestación del servicio de salud, y que inmediatamente se cumplan los requisitos y se validen por parte de la entidad pagadora haciendo el reconocimiento que respete el término legal de la afiliación del pensionado quedando cubierto por el sistema, aboliendo los pagos sobre un servicio no prestado por la entidades de salud ni recibido por los pensionados.

Si partimos que desde la ilustración de la hipótesis cuando se confirma que en Colombia no existe una normatividad condensada ni jurisprudencia en la misma línea sobre los efectos que produce el pago de seguridad social retroactiva hasta la prestación efectiva de los servicios de salud.

Para proyectar de forma teórica y siguiendo la realidad empírica de nuestro estudio, es se estima la solución incluir en la legislación de Colombia, la forma de protección, desmontando los pagos a seguridad social sobre retroactivos pensionales para suplir la brecha existente entre el ingreso a nómina y la prestación del servicio de salud, y que inmediatamente se cumplan los requisitos y se validen por parte de la entidad pagadora y respetando los términos de cumplimiento de forma, que la afiliación del pensionado permita que quede cubierto por el sistema, aboliendo los pagos sobre un servicio no prestado por la entidades de salud ni recibido por los pensionados.

Se hace de forma que proyectados con lo contemplado de acuerdo con la Ley 100 de 1993 que conformó el Sistema General de Seguridad Social integral que comprende el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen las personas y la comunidad para mejorar la calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr bienestar individual y la integración de la comunidad. Entre la clasificación de los regímenes los analizados en este trabajo: pensiones y salud.

Bajo la situación fáctica estudiada y desarrollada en el trabajo es claro que los derechos en conflictos son dos: El reconocimiento a la pensión, para la provisión de un mínimo vital y las condiciones de vida favorables y el derecho fundamental a la salud, ligado al acto administrativo que otorga el derecho, o bien, la condición de desprotección esgrimida a los supuestos fácticos para cada caso concreto. Si lo que se busca es satisfacer las necesidades de protección de los derechos sociales fundamentales se partió de lo inicialmente el Sistema General de Pensiones, y este tiene como objeto garantizar a la población el amparo

contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones consagradas en la ley; así como propender por la ampliación progresiva de cobertura de los segmentos de población no protegidos con un sistema de pensiones.

En un sentido más específico y tratándose del reconocimiento de la pensión de vejez, para acceder a ese reconocimiento pensional señala el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, (modificado mediante el artículo 9° Inciso Final de la Ley 797 de 2003 que "los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte."

Si partiendo de este término nos enfocamos en la situación problemática por la que atraviesan los pensionados cobijados por el régimen de prima media con prestación definida, en la que el Estado es solidario, se cuenta con los argumentos suficientes para saber que no se cumplen con los tiempos de reconocimiento pensional estipulados por la norma, bien sea en calidad y en cantidad, porque si bien es cierto, las entidades de reconocimiento pensional cuentan con serios problemas de índole administrativo y la visión general es que no acatan las consideraciones legales así medien otros mecanismos distintos para la protección de los derechos fundamentales como la acción de tutela, podemos pasar de los términos de calidad a la cantidad que superan el término de validación inicial de cuatro meses para pasar a incluso años, inobservando las consideraciones que ha hecho la Corte Constitucional. Lo que en este espacio se requiere es que de manera concreta se estimen las especificaciones de los términos y los procesos administrativos que deben seguir las entidades de control para que se garanticen los derechos sociales fundamentales sin que medie otro tipo de acción legal.

Además de quedar “desprotegido” teniendo en cuenta que son las personas de la tercera edad y que en la inmediatez del tiempo lo que requieren una atención pronta, oportuna y permanente, se ven expuestos a una cantidad de obstáculos y barreras que le impiden culminar su vida laboral de forma tal que no obtienen lo que es un deber de dar la pensión sino asumido como un regalo o prebenda dado por el Estado, cuando se encuentran en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Es preciso que se tome la conciencia de que debe gestionarse la labor en términos de garantías y oportunidad para la protección de la Tercera Edad.

Es claro que cuando en el pago de mesadas atrasadas o retroactivos pensionales, en donde la demora y el no pago e inclusión de nómina a tiempo no dependen del pensionado pero sí de las entidades que a todas luces y utilizando los mecanismos judiciales que surtan obtener los beneficios, como las acciones de tutela y los procesos ordinarios laborales, cuando no se respeta la pensión, dentro de lo concebido para Colombia como estado social de Derecho y que no se protegen de manera eficaz que permitan que sean vistas las entidades de seguridad social en el espíritu de protección para la cual fueron creadas.

Sumado a los términos tardíos de reconocimiento pensional, tenemos el acceso a los servicios en salud. Para la situación específica la desprotección en salud es máxima ligada al tiempo en que se hace el reconocimiento pensional: siguiendo con el hecho de que mientras más tarde se reconozca más desprovisto frente al sistema está. No solo por el hecho que se adquiera el estatus de pensionado y con esto que se tenga acceso a salud, sino también porque la demora en uno u otro sistema afecta los derechos de las personas, derechos que a todas luces son fundamentales y que no pueden ceder ante la inoperancia de la administración y los vacíos que pueden presentarse en la legislación interna.

En el entendido de que el Derecho a la salud es un derecho fundamental, lo que implica que es de aplicación inmediata, esencial, inalienable e inherente a la persona, que no puede negársele y por el contrario, debe garantizarse a todos los ciudadanos, por lo que la regulación que ha sido creada por el Estado debe velar por la prestación de los servicios de salud y estar orientada de forma prioritaria a garantizar el goce efectivo de todas las personas a este derecho, en condiciones de universalidad, eficiencia, solidaridad y equidad. Asimismo no es garantía de la protección a la salud el simple hecho que se le reconozca la pensión, porque se le cobra por los períodos de cotización a salud por el tiempo transcurrido desde la fecha en que es reconocido el derecho hasta que ingresa efectivamente en nómina, por una contraprestación no percibida en servicios de salud. Finalmente, cuando los pensionados logran el reconocimiento y pago de la pensión, a través del régimen de prima media, se liquidan y pagan al pensionado las mesadas pensionales atrasadas desde el momento en que adquirió el derecho (retroactivo) y "(…) sobre este retroactivo se aplica el descuento mensual del porcentaje destinado a aportes en salud (actualmente 12% sobre IBC)"; no obstante las entidades promotoras a las que se giran estos descuentos no prestan los servicios de salud al beneficiario durante todo el tiempo que tarda el reconocimiento de la pensión, e incluso estando ingresado en nómina sólo hasta cuando ellos reciben efectivamente los recursos retroactivos a su sistema de información y pagos.

Aunque los pensionados tienen derecho a mantener su afiliación en forma vitalicia, es obligación del Fondo de Pensiones realizarla desde el momento de reconocimiento de la pensión. Por tanto no es posible su afiliación anterior a este tiempo, quedando desprovisto del servicio de seguridad social en salud, como se ha enfocado desde la perspectiva económica y actual de esta situación.

Al pensionado se le descuentan los aportes a EPS por salud sobre el retroactivo, así se preste o no el servicio a la salud, y con este propósito la Corte Constitucional (C. 177-98, C803-03, entre otras.) En el estudio de sus sentencias ha dejado claramente establecido que en caso de mora del patrono o empleador no procede la desafiliación o pérdida de antigüedad, con mayor razón en el caso de los pensionados cuando son estos de la tercera edad y que como adultos mayores urgen de los servicios que pueda suministrarle el sistema.

Es naturalmente violatorio de forma constitucional y excesiva que se imponga la suspensión de la afiliación a un trabajador y a su grupo familiar por el reconocimiento por fuera de tiempo de las entidades de reconocimiento pensional. Ante la mora de pago de aportes en salud por culpa de la entidad, y cuando el gasto se le traslada al pensionado y a éste le responde asumir la totalidad de los mismos para recibir los servicios y considerarse

que se lucran las Entidades Promotoras de Salud por servicios no prestados pero que si se encuentran a sus rubros de cotizaciones y aportes.

Las EPS tienen la obligación de brindar los servicios médicos a los cotizantes y especialmente a los pensionados o jubilados que no han cancelado sus aportes en salud porque aún no les ha sido reconocida su pensión. Pero es el caso que no acontece en la actualidad.

Cuando entran a jugar los efectos retroactivos sobre las mesadas pensionales, pero para el caso de los pensionados se liquida el valor del retroactivo llevando la mesada a tiempo actual de liquidación, asimismo entra el retroactivo por seguridad social en salud. Pero efectivamente se paga ese retroactivo como una de las obligaciones contractuales del ente pagador cuando la entidad prestadora del servicio de salud nunca; hasta cuando no se le hace el ingreso a nómina como pensionado efectivo para que entre a gozar de estos derechos. Es preciso analizar que se cancelan servicios con retroactivos nunca prestados.

Al pensionado se le descuentan los aportes a EPS por salud sobre el retroactivo, así se preste o no el servicio a la salud, endilgándolo como si fuera simplemente procesamiento de recursos y financiamiento y no de personas que están descubiertas por el mismo sistema, cuando no se le asegura la prestación hasta que ingresen efectivamente los recursos al sistema de cada EPS. Fuera de los problemas administrativos y contables en el manejo de esta información.

Es con esto que la propuesta desarrollada de desmonte nos hacen usarla bajo la óptica necesaria para tomarlos como derechos sociales fundamentales y con esta generar nuevas alternativas que permitan solucionar el problema planteado sobre los pagos retroactivos de seguridad social en salud en relación con el reconocimiento pensional del régimen de prima media en Colombia, a partir de la Ley 100 de 1993.

Validando la propuesta planteada se toma como lo considera Rodolfo Arango: en el sistema jurídico colombiano, los derechos sociales fundamentales son derechos a prestaciones positivas del Estado que han sido consagrados en un orden jurídico nacional y que han sido reconocidos como derechos fundamentales con carácter fundamental. Derechos sociales fundamentales son, según la jurisprudencia constitucional colombiana, los derechos a la alimentación, a la salud, la educación, la vivienda, el trabajo y la seguridad social, todos ellos derechos individuales a prestaciones positivas del Estado.

Según la investigación realizada se corregiría la prestación del servicio de salud a las personas en el tiempo en que son incluidos en nómina pensional hasta el efectivo beneficio de la pensión, en razón al descuento que se les hace en forma retroactiva para el pago de aportes a la seguridad social, servicios que no son prestados por la entidad encargada, durante este lapso de tiempo se hace con el desmonte de los pagos retroactivos que lo que se define es el plan de acción que permite que sea más eficaz el reconocimiento por parte de la Administradora de Pensiones y las entidades de salud no se lucren por servicios prestados pero si de recursos recibidos engrosándose económicamente.

La propuesta permite validar la hipótesis determinada de forma clara que en la legislación colombiana quede el no pago retroactivo sobre los aportes al sistema de seguridad social

que permitan que una vez reconocido el derecho de la pensión se pueda gozar del servicio de salud, dejando de lados las barreras de acceso a los derechos sociales fundamentales.

Las razones válidas y suficientes para determinar que el reconocimiento pensional cumpliendo con los tiempos para realizarse y siguiendo el carácter de derecho fundamental que tiene la seguridad social, permite determinar que verdadera esencia de esto la dará el desmonte los pagos a seguridad social sobre retroactivos pensionales para suplir la brecha existente entre el ingreso a nómina y la prestación del servicio de salud, y que inmediatamente se cumplan los requisitos y se validen por parte de la entidad pagadora haciendo el reconocimiento que respete el término legal de la afiliación del pensionado quedando cubierto por el sistema, aboliendo los pagos sobre un servicio no prestado por la entidades de salud ni recibido por los pensionados.

La propuesta permite no cancelar ningún valor económico que permita abolir definitivamente el pago retroactivo sobre recursos que se generan por la espera al reconocimiento, bajo los términos que señala la ley; o por la demora cuando se excede el plazo establecido en la legislación que en todo caso siempre supera los meses e incluso los años, visto desde el estudio realizado.

Con esto se pretende que una vez desmontado los pagos de forma que la norma lo contemple, y no se siga haciendo uso de las vías jurisprudenciales y se condenen y reprochen para que se conjuguen por una parte se cumpla el plazo dispuesto para la resolución definitiva de la solicitud de reconocimiento de pensión, y que las EPS atiendan la prestación al servicio de la atención en salud para evitar perjuicios a los pensionados.

Partimos de que se cumplen los términos administrativos y las entidades de seguridad social nos hacen desarrollar el objetivo general en el que nos visionamos para que de esta forma se dé el reconocimiento pensional en el régimen de prima media y la seguridad social en salud en Colombia, y basada en la articulación de principios y normas contemplando efectos de los aportes retroactivos derivados de la legislación nacional a partir de la Ley 100 de 1993, para tomar el alcance necesario que provee la normatividad vigente de las pensiones en el régimen de prima media que se contraponen a principios y valores contenidos en el derecho a la salud bajo el análisis realizado bajo el análisis nuevos criterios encaminados a la protección a la espera del reconocimiento pensional en el régimen de prima media en relación con la Seguridad Social Integral.

De esta manera se suple el vacío jurídico que deja al tener distinta normatividad con imprecisiones y argumentaciones aplicadas a cada caso específico y se plantea de forma concreta que el desmonte de los pagos retroactivos, ya no se cancelaría el porcentaje actual del 12% sobre el Ingreso Base de Cotización, soluciona la prestación al servicio de seguridad social en salud a la cual tienen derechos los pensionados a razón al estatus que adquiere así como de forma económica y social se cubren las garantías considerando a la seguridad social como un derecho social fundamental.

BIBLIOGRAFIA

ACUÑA DIEGO y Otros. Salud y Pensiones: los grandes retos de la política de seguridad social. Subtítulo: Sistema General de Pensiones: buenas intenciones, pocas soluciones Revista Supuestos, Universidad de los Andes, Artículo Central. Octubre 2009.

AFANADOR NUÑEZ, Fernando. EL sistema Pensional Colombiano: Régimen General, Regímenes Especiales y de Transición. Legis Editores. 1ª Edición, Bogotá, 1999.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.

ARANGO, Rodolfo. Derechos Fundamentales Subjetivos. Legis, Bogotá, 1ª Edición, 2005.

ARANGO, Rodolfo "El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional", en M. J. Cepeda y E. Montealegre (eds.), Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión, Bogotá, 2007

ARANGO, Rodolfo Los derechos humanos como límite a la democracia: análisis de la ley de justicia y paz. Editorial Norma. Bogotá, 2008

ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Legis, Bogotá, 2ª Edición, 2012.

ARBELAEZ RUDAS, Mónica. Derecho a la salud en Colombia: el acceso a los servicios del sistema general de seguridad social en Salud. Instituto de Derecho Público (IDP), CINEP y Colciencias. Bogotá, 2006

ARENAS MONSALVE, Gerardo. El Derecho Colombiano de la Seguridad Social. 3ª Edición. Legis Editores S. A., Bogotá, 2011.

ATIENZA, Manuel Tras la justicia, Editorial Ariel, Barcelona, 1993.

ATIENZA, Manuel, Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones jurídicas, UNAM. México 1ª Edición 2003. 3ª reimpresión 2005.

AYALA, Ulpiano, RODRIGUEZ, Oscar y Otros. Estructura y Crisis de la Seguridad Social en Colombia: 1946-1992, Centro de Investigaciones para el Desarrollo, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional. Bogotá, 1992.

BERNAL PULIDO, Carlos. La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel.

BEVERIDGE, William. Bases de la Seguridad Social. México 1946

CARMELO MESA LAGO, El Desarrollo de la Seguridad Social en América Latina. CEPAL, 1985,

Cf. Jean Greisch, La crise de l'herméneutique. Reflexions méta-critiques sur un débat actuel, en J. Greisch, K. Neufeld, C. Théobald, La crise contemporaine. Du modernisme à

la crise des herméneutiques, Beauchesne, Paris, 1973 Consultado en Teología y Vida, Vol. XLVI (2005), 167 – 205 Estudios Paul Ricoeur y los desplazamientos de la hermenéutica SILVA ARÉVALO, Eduardo Profesor de la Facultad de Teología Pontificia Universidad Católica de Chile http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0049-34492005000100008&script=sci_arttext

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 14, Párrafo 11.

Colpensiones. Informe de Rendición de Cuentas. Período Enero – Septiembre de 2013

Conferencia Internacional del Trabajo. Informe IV: Pisos de Protección para la justicia social y una globalización equitativa. Conclusiones relativas a la seguridad social (2011).

CONTRERAS BAUTISTA, Juan Darío. Derecho y Economía de la Salud en Colombia. Teórico y Práctico (Jurisprudencia, Doctrina y Modelos). Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2009

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-408 de 1994, en relación con el artículo 3º de la Ley 100 de 1993. M.P. Dr. MORON DIAZ, Fabio.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-341 de 1994. MP Carlos Gaviria Díaz Bogotá, 27 de julio de 1994

Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-250 de 1996; T-437 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández, y C-112 de 1998, M. P. Carlos Gaviria.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-153 de 7 de marzo de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional de Colombia. Sentencias: T-597 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes, T-379 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas, SU-225 de 1998, T-01 de 1992, T-462 de 1992, T-1306 de 2003.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-120 de 2003 M.P. TAFUR GALVIS, Álvaro. Bogotá, Febrero 13 d e 2003.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Novena de Revisión Auto 110 Ref. Expediente acumulado T-3287521. Acción de tutela instaurada por Raúl1 y otros, en forma separada contra el Instituto de Seguros Sociales y Colpensiones. Magistrado Sustanciador: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, Junio 05 de 2013

Corte Constitucional de Colombia. Auto 182 Referencia: expediente acumulado T-3287521 MP LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, Bogotá Agosto 22 de 2013.

Corte Constitucional de Colombia. Referencia: expediente acumulado T-3287521 Auto 202 MP LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, Bogotá, 13 de septiembre de 2013.

CORTES GONZALEZ, Juan Carlos. Derecho de la protección social. Legis Editores, 1ª Edición, Bogotá 2009.

CORTES GONZALEZ, Juan Carlos. Estructura de la Protección Social en Colombia: Reforma a la Administración Pública. Legis Editores, 1ª Edición. Bogotá. 2012.

CRISTANCHO MOYANO, Juan Pablo, CRISTANCHO MOYANO, Sandra Mabel, El reajuste de las pensiones por pérdida del poder adquisitivo, Pág. 133

CHARRY URUEÑA, Juan Manuel. Artículo Ámbito jurídico del 17 julio de 2004. Bogotá Legis 2004

DANE. Medición del Empleo Informal y Seguridad Social Trimestre: Abril – Junio 2013 Consultado en: http://dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/re_ech_informalidad_jun_ago2013.pdf

Declaración Universal de Derechos Humanos

DEVEALI, Mario. Lineamientos de Derecho del Trabajo. Buenos Aires, 1956.

DI CASTRO, Benito. Los Derechos económicos, sociales y culturales, análisis desde la teoría de los derechos humanos. Universidad de León, León, 1993

DUEÑAS RUIZ, Oscar José. Las Pensiones: Teoría, Normas y Jurisprudencia. Librería Ediciones del Profesional, 4ª Edición, Bogotá, 2010.

DUEÑAS RUIZ, Oscar José y Otros. Derechos Humanos y Políticas Públicas para el Adulto Mayor: Situación en Colombia y Referencias Iberoamericanas Colombia, España, Ecuador, Cuba, Costa Rica, OISS-Universidad del Rosario, Bogotá, 2011.

DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio. Traducción Marta Gustavino. Editorial Ariel. Barcelona. 1995

Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa (2011), párrafo 460, en referencia al artículo 67 del Convenio núm. 102

GAÑAN ECHAVARRIA, Jaime León. Los muertos de la Ley 100. Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud: una razón de su ineficacia. Caso del Plan Obligatorio de salud en el Régimen Contributivo. Universidad de Antioquia, 2013.

GUILLON, Collin, TURNER, Jhon, BARLEYM Clive y LATULIPE, Denis. Pensiones de seguridad social, desarrollo y reforma, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España (con autorización de la OIT), Madrid, 2012

HAYEK, FRIEDERICH A., Derecho, legislación y libertad, vol. II, .El espejismo de la justicia social., Unión Editorial, 1988,

http://www.colpensiones.gov.co/publicaciones/es-cO/567/Notificaciones_de_Reconocimiento

http://www.mintrabajo.gov.co/pensiones.html#abece_cuatro

http://www.seg-social.es/Internet_1/Masinformacion/TramitesyGestiones/PensiondeJubilacion/index.htm

JARA, Diego, GÓMEZ, Carolina, PARDO, Andrés, Análisis de La eficiencia de los portafolios pensiónales obligatorios en Colombia, Editorial Banco de la República de Colombia, Revista ESPE, No. 49 Diciembre 2005

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. 2a Edición. Traducción VERNENGO, Roberto. México D.F. UNAM, 1986. Página 18.

KENNEDY, Duncan. Traductores LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo y POMBO, Juan Manuel Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho. ; estudio preliminar César Rodríguez. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes Facultad de Derecho, 1999,

Minimum Income Schemes Across EU Member States – Synthesis Report en EU Network of Independent Experts on Social Exclusion (octubre de 2009); para mayor información sobre la cobertura de diversas contingencias véanse el World Social Security Report 2010/11, capítulos 3 a 6; el informe preparado para la discusión recurrente sobre la seguridad social, capítulo 3; el Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social (2011), Parte III, capítulo 1; y la guía Extending social security to all, capítulos 2.1 y 2.2

Ministerio de Salud. La reforma a la seguridad social en Salud: Antecedentes y resultados. Tomo I. Bogotá, 1994

MORENO LOVERA, Luis Gabriel. Las reformas pensionales: Estudio analítico de las Reformas a la Ley 100 de 1993. Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2010.

MORENO R, Álvaro Martin, ORTIZ, Fabio, Revista de Economía Institucional, "economía política de la reforma del sistema colombiano de pensiones" vol. 12, No 22, primer semestre /2010

MUÑOZ SEGURA, Ana María. La pensión como premio o derecho. Editorial Temis. Bogotá 2011

NINO, Carlos, Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica, Distribuciones Fontamara. México, 1999.

O. PARRA, El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, Bogotá, 2002

Observación general Nº 19 del PIDESC

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo. Manual de Calificación de Conductas Violatorias: Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. 2004.

OLEA Y PLAZA, Tortuero. Instituciones de seguridad Social. 17a edición.

OSORIO GONZÁLEZ, Javier H., MARTÍNEZ CUELLAR, Juliana, RODRÍGUEZ BARRAQUER, Tomás, 2005, El modelo DNPensión V 4.0, Colombia, 2005.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

RODRÍGUEZ, Cesar. El Debate Hart – Dworkin. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes. 1ra Edición. Bogotá D. C

RODRIGUEZ, Oscar, AREVALO, Decsi y Otros. Estructura y Crisis de la Seguridad Social en Colombia: 1946-1992, Centro de Investigaciones para el Desarrollo, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional. Bogotá, 1992. Pág.18 y ss.

ROJAS ASMANDI, Victor Manuel. El concepto de Derecho de Ronald Dworkin. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

RUSSO, Eduardo Ángel. Teoría General del Derecho, en la modernidad y postmodernidad. Cuarta Edición Editorial. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2009.

SCHIRRMACHER, Frank. El complot de Matusalén, Santillana Ediciones Generales, 2004.

SHOUP, Carl. S. Hacienda Pública, Madrid, 1980

WALKER LINARES, Francisco. Nociones Elementales de Derecho del Trabajo. Santiago, 1957

World Social Security Report 2010/11

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, Seminario Internacional "Autonomía del Derecho a la Seguridad Social. Jurisdicción y Procedimientos Especiales". Bogotá, Agosto 29 a 31 de 2007.

UPRIMNY, Rodrigo y GUARNIZO, DIANA. El Derecho a la Salud. Procuraduría General de la Nación y de Justicia, 2008.

UPRIMNY, Rodrigo. ¿Existe una protección judicial óptima de los derechos sociales? Mimeo, 2011, se publica en el Marco Conceptual del Derecho a la Salud, con autorización del autor.

UPRIMNY Reyes, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel. Interpretación Judicial, Módulo De Autoformación. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Primera Edición. Bogotá. 2006, Pág. 168.

VELASQUEZ FERNANDEZ, Mauricio. El sistema pensional Colombiano. Señal Editora.

VILLÁN DURÁN, Carlos. Historia Y Descripción General De Los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales en GONZÁLEZ MONGUI, Pablo Elías (Coordinador). Derechos Económicos, Sociales Y Culturales. Cátedra Gerardo Molina. Universidad Libre. 2009. Bogotá. Pág. 20.

GLOSARIO DE TERMINOS

Acción De Tutela: Derecho que tiene toda persona para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma, o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Afiliación: Es el procedimiento mediante el cual los potenciales beneficiarios del Régimen Contributivo y su núcleo familiar se vinculan al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Autoliquidación de aportes: Se trata de aquel monto de dinero a pagar a cargo del empleador, pensionado o trabajador independiente por concepto de pensión, salud y riesgos profesionales –según corresponda- el cual fue determinado por el mismo responsable del pago, es decir, de forma unilateral.

Cobertura: Se define, se calcula y/o se evalúa empleando indicadores relacionados con la disponibilidad o con la capacidad potencial para cubrir la demanda esperada de la población residente en un área geográfica determinada

Corte Constitucional: Es un organismo perteneciente a la Rama Judicial encargada de la guarda de la integridad y supremacía de la constitución, por consiguiente de declarar inexequible todas las leyes o proyectos de ley que estén en contradicción con la carta magna.

Cotización: Pago de una cantidad de dinero fija y proporcional por pertenecer a un grupo, organización o institución.

Cotizante: Es la persona que hace aportes tanto en el Sistema de Seguridad Social Integral como en el Sistema General de Pensiones. En el caso de las pensiones, un cotizante realiza aportes en cualquiera de los dos regímenes. Existen dos tipos de cotizantes: los obligatorios por disposición legal y los que voluntariamente lo realizan sin estar obligados a ello.

EPS- Empresas Promotoras de Salud: Son empresas del Sistema de Salud en Colombia, las cuales no prestan servicios médicos, sino que promueven dichos servicios a usuarios en un esquema de aseguramiento. Las personas se afilian a las EPS para luego ser atendidas en clínicas y hospitales, las cuales sí brindan los servicios médicos pero no cobran por estos a los pacientes

Estado Social De Derecho: Es aquel en el cual las autoridades públicas están sometidas a los ordenamientos jurídicos, pero en cuyos fines se encuentra a las de proteger las clases menos favorecidas.

IBC – Ingreso Base de Cotización: Corresponde a la base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones. En ningún caso puede ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, ni superior a 25 salarios mínimos legales vigentes.

IBL – Ingreso Base de Liquidación: Promedio de los salarios o cuotas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión (o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia). Es actualizado anualmente con base en el índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

IPC – Índice de Precios al Consumidor: Indicador que promedia el precio de todos los bienes que componen la canasta familiar. En otras palabras, es un cálculo que permite conocer cuánto le cuesta a una familia comprar los productos básicos que más se consumen. El IPC es uno de los principales instrumentos para medir la inflación, así como para calcular el aumento del salario mínimo. El encargado de calcularlo es el DANE, quien publica el índice del mes inmediatamente anterior.

Jubilación: es el nombre que recibe el acto administrativo por el que un trabajador en activo, ya sea por cuenta propia o ajena, pasa a una situación pasiva o de inactividad laboral, luego de alcanzar una determinada edad máxima legal para trabajar o edad a partir de la cual se le permite abandonar la vida laboral y obtener una retribución por el resto de su vida.

Jurisprudencia: Del latín jurisprudencia con el significado de "conocimiento del derecho". Es el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales. Ley 169 de 1896, Arts. 4 y 230 C. P.

Legislación. Conjunto o cuerpo de leyes que integran el derecho positivo vigente en un Estado.

Mesada: Sueldo correspondiente al trabajo realizado en un mes.

Ordenamiento. Colección o cuerpo de leyes. Determinación oficial de las fuentes del derecho.

Pensión: es un pago, temporal o de por vida, que recibe una persona cuando se encuentra en una situación, establecida por ley en cada país, que la hace acreedora de hecho de una cantidad económica, ya sea de los sistemas públicos de previsión nacionales o de entidades privadas.

Pensionados: Son aquellas personas que tienen un beneficio de pensión, al cumplir los requisitos establecidos en la norma.

Pensión de Vejez: Es la prestación económica a la que tiene derecho el afiliado que ha cotizado un número mínimo de semanas y ha cumplido la edad mínima establecida en la ley.

Persona Mayor: Persona sin distingo de género, mayor de 60 años; léase también como: Adulto mayor, persona de la tercera edad, anciano, entre otros.

Régimen Contributivo: Es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador.

Régimen de Prima Media con Prestación Definida: Régimen en el que los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes o una indemnización previamente definidas, de acuerdo con lo establecido en la ley. Es uno de los sistemas para afiliarse a pensiones y es administrado por Colpensiones, antes el Instituto de Seguros Sociales (ISS). En este régimen los recursos de los afiliados van a un fondo común, la mesada pensional depende de las semanas cotizadas y del salario de los últimos 10 años y no es heredable, es decir que en caso de que el afiliado no tenga herederos por ley (esposa, hijos menos, padres que dependan de él) el capital ahorrado no será heredado. No se pueden hacer aportes adicionales, ni anticipar la pensión.

Retroactividad. Efecto, eficacia de un hecho o disposición presente sobre el pasado. Por autoridad de derecho, extenderse una ley a hechos anteriores a su promulgación. Cuando una ley nueva se aplica a hechos ya consumados.

Seguridad Social: Es un derecho fundamental que tienen las personas para que el Estado les garantice por medio de servicios públicos el desarrollo pleno de su personalidad. (Ver art. 48 C. P. y Ley 100 de 1993).

Sentencia. Dictamen, opinión parecer propio. Decisión extrajudicial de la persona a quien se encomienda resolver una controversia, duda o dificultad. Resolución judicial de una causa. Fallo en la cuestión principal de un proceso. El más solemne de los mandatos de un juez o tribunal por oposición a auto o providencia. Sentencia procede del latín sentiendo. La sentencia puede ser: absolutoria, colectiva, congruente, de remate, definitiva, ejecutoriada, extra, política, indeterminada, interlocutoria y nula.

Sistema General de Pensiones: Tiene la función de velar por el bienestar del trabajador cuando su vida laboral termine, ya sea por vejez, invalidez o en caso de que el empleado fallezca para proteger a su familia. Funciona mediante el Régimen de la Prima Media y el Régimen de Ahorro Individual.

Sistema de Seguridad Social en Salud: Es un conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, que procuran la prestación del servicio y fijan condiciones de acceso en todos los niveles de atención, bajo el fundamento de garantizar la atención integral a toda población.

Unidad de pago por capitación (UPC): es el valor anual que se reconoce por cada uno de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud (SGSSS) para cubrir las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud (POS), en los regímenes contributivo y subsidiado. La UPC-Subsidiada, UPC-S, es el valor reconocido para cubrir el POS subsidiado y también es referida como UPC plena o subsidio pleno. Ese valor es definido actualmente por la Comisión de Regulación en Salud-CRES.

ABREVIATURAS

Abreviatura	Significado
AFP	Administradora de Fondo de Pensiones
POS	Plan Obligatorio de Salud
RPM	Régimen de Prima Media
RAIS	Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad
SGSSS	Sistema General de Seguridad Social en Salud
SSSI	Sistema de Seguridad Social Integral

SIGLAS

CAJANAL	Caja Nacional de Previsión Social
COLPENSIONES	Administradora Colombiana de Pensiones
DANE	Departamento Administrativo Nacional de Estadística
DESC	Derechos económicos, sociales y culturales
FSG	Fondo de Solidaridad y Garantía
ISS	Instituto de Seguros Sociales
OIT	Organización Internacional del Trabajo