



# Judicialización de la seguridad social\*

## The judicialization of social security

{ Alfonso Yepes Sandino}\*\*

---

\* Recibido: 15 de diciembre de 2019. Aceptado: 10 junio de 2020.

DOI: <https://doi.org/10.18601/25390406.n4.06>

\*\* Abogado de la Universidad Libre, con especializaciones en Derecho Procesal Civil y Seguridad Social de la Universidad Externado de Colombia y en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana. Magíster en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social, Especialista en Derecho Laboral y Derecho Procesal Civil. Conferencista, consultor y catedrático para las Universidades Rosario, Externado y Javeriana en áreas de posgrado en derecho laboral, seguridad social, pensiones y riesgos laborales.

## RESUMEN

Este artículo revisa aspectos que son motivo de controversia judicial y que requieren ser tratados por el legislador de manera concreta para limitar las generalidades que luego, bajo la potestad reglamentaria, ponen en riesgo su aplicación, generando inseguridad jurídica. A partir de este análisis, el autor profundiza en aspectos que convendría considerar en la configuración normativa de una futura reforma pensional, a fin de limitar el activismo y la congestión judicial, el desgaste administrativo y operacional de las entidades gestoras, y mitigar la desprotección del Estado a grupos poblacionales expuestos a situaciones de desigualdad e inequidad.

## PALABRAS CLAVE

Reforma pensional, controversia judicial, activismo judicial, congestión judicial, inseguridad jurídica, seguridad social.

## ABSTRACT

This paper reviews some of the main aspects that are subject of controversies within the judiciary that must be addressed by the legislature to limit ambiguities that under regulatory power, give rise to insecurity in the judicial affairs. Based on this analysis, the author aims attention at the main subjects that should be considered to define a new set of rules towards a pension reform. The latter to limit the judicial activism and delay, the administrative and operational exhaustion of managing bodies, and to reduce the levels of inequality that marginalize specific groups of people who lack of any protection from the State.

## KEYWORDS

Pension reform, judicial power and controversies, judicial activism, judicial delay, insecurity in the judiciary, social security.

Los conflictos administrativos y jurídicos que se suscitan en la seguridad social y específicamente el que se presenta con los derechos prestacionales consagrados por el Sistema General de Pensiones, deben ser un aspecto a considerar en una futura reforma pensional.

La situación en que se encuentran los sujetos protegidos por el Sistema Pensional colombiano al momento de su retiro laboral, enrarece el deber ser de un sistema creado precisamente para dar seguridad en esta etapa de la vida cuando se requiere la mayor tranquilidad para el tránsito de una vida productiva al disfrute pleno de una pensión; sin embargo, este momento se ve oscurecido en múltiples ocasiones por conflictos que surgen a partir de interpretaciones administrativas de las entidades gestoras que tienen a su cargo las prestaciones, lo que presiona la intervención judicial para que decida el conflicto jurídico de forma definitiva, situación que genera un desgaste en la administración de justicia y con ello el incremento de los litigios ante la autoridad judicial.

Ahora bien, esta intervención judicial permanente para resolver los conflictos, a su vez se convierte en generador de otros más, si casos similares son resueltos en sentidos diferentes, pues dependiendo de la autoridad judicial competente que conozca el asunto así será el sentido de la decisión judicial, y otras veces cuando la misma corporación cambia su jurisprudencia sobre la interpretación de la norma después de un periodo pacífico en su aplicación.

Así que las Altas Cortes en su papel de protectoras de los derechos fundamentales y unificadoras de la jurisprudencia, con sus decisiones pueden generar mayores demandas de los ciudadanos para la resolución judicial de sus conflictos, dadas las consecuencias implícitas que una nueva interpretación irradia en el campo del Derecho social.

Por su parte, el nuevo precedente judicial también ocasiona consecuencias administrativas para las entidades gestoras sobre sus decisiones prestacionales, que en muchos casos tendrán que acudir también a los jueces para solicitar ajustar los derechos prestacionales que ya fueron reconocidos bajo un criterio diferente al dictado por el precedente, viéndose obligadas a adelantar procesos ordinarios laborales y acciones de lesividad ante la jurisdicción contenciosa administrativa para corregir sus propios actos administrativos.

Es ejemplo de estas divergencias jurisprudenciales lo sucedido con ocasión del régimen de transición, en cuanto a la exigencia de haber ostentado o no la calidad de congresista o de magistrado de Alta Corte antes de la entrada en vigencia del sistema de pensiones para ser beneficiario del régimen especial en transición. También lo son las interpretaciones sobre el ingreso base de liquidación en las pensiones de jubilación del sector público, en donde criterios sostenidos en jurisprudencia pacífica por más de veinte años son cambiados abruptamente por las Cortes con un gran impacto para los ciudadanos.

Algo similar sucede, por ejemplo, con la compatibilidad entre las pensiones de vejez y las pensiones de invalidez de origen laboral o profesional, problemática que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha resuelto en forma pacífica. Existen tres momentos bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, en los cuales se cambió el criterio, lo que generó múltiples reclamaciones de los afiliados ante los jueces y cambios en la decisión al interior de las entidades gestoras con todas las consecuencias administrativas que esto conlleva.

De otro lado, es usual en la legislación de pensiones encontrar normas lejanas de la realidad social, campo de aplicación limitado, que excluyen a sujetos que deberían ser protegidos por sistemas previsionales. Por ejemplo, en el sistema de pensiones debería existir un concepto más amplio de *familia*, institución que cuenta con protección constitucional, y extender el derecho a la pensión de sobrevivientes a beneficiarios como compañeras o compañeros del mismo sexo, hijos, padres y hermanos de crianza.

Lo anterior genera una tensión entre los que se oponen a negar identidad jurídica a tales situaciones y quienes consideran que reconocer validez a las mismas atentaría contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema, por lo que esta controversia impone al juez la tarea de adecuar la ley a la realidad social, para lo cual, guiado por la Constitución, puede condicionar su decisión, haciendo un llamado al legislador para que reglamente el vacío u ordenando el reconocimiento de la prestación cuando se esté frente a la vulneración de un derecho fundamental.

El conocido activismo judicial es generado en gran medida por la falta de atención del legislador ante la realidad social, por la reglamentación que se hace al interior de los ministerios sin ninguna participación de los actores del sistema, que lejos de reglamentar los aspectos legales lo que se hace muchas veces es exceder el mandato legal, generando tensiones entre el poder reglamentario y la acción judicial, ocasionando mayor inestabilidad en la regulación del sistema, por lo que se afecta la tarea administrativa y operacional de las entidades gestoras, en perjuicio de la comunidad en general, afectando la eficiencia en la prestación del servicio a los afiliados, quienes se ven obligados a recurrir a las acciones judiciales para reclamar sus derechos.

No es menos común la falta de protección prestacional del Estado a grupos poblacionales expuestos a situaciones de desigualdad de trato, que requieren un tratamiento y amparo efectivo, como lo exige un Estado social de derecho, en el cual se procura integrar a todos los colectivos, para asegurar la igualdad consagrada en la Constitución<sup>1</sup>, a través de derechos prestacionales que garanticen una vida digna a todos los miembros de la comunidad.

1 Colombia, Constitución Política (1991), art. 13.

Es por ello conveniente, en una futura reforma pensional, atender aspectos que sean motivo de controversia judicial, y requieran ser tratados por el legislador de manera concreta para limitar las generalidades que luego, bajo la potestad reglamentaria, pongan en riesgo su aplicación, tratando de evitar al máximo la inseguridad jurídica, limitando así el activismo judicial.

Los siguientes son algunos ejemplos de aspectos a tener en cuenta en la configuración normativa de una futura reforma pensional:

## **PROTECCIÓN A LA FAMILIA**

El reconocimiento a la existencia de distintas formas de conformar la familia debe demandar de las políticas públicas, económicas y sociales, su cobertura y protección a todos sus miembros, como sujetos protegidos por el sistema general de pensiones, respondiendo a la mayoritaria voluntad de la sociedad, la cual boga por el reconocimiento de diferentes formas de conformar la familia, que deben estar protegidas por los mismos derechos y estar sujetas a las mismas obligaciones. No se puede perder de vista que el juez, al momento de dar solución a un conflicto, deberá confrontar la ley con la realidad social, para determinar si el texto legal constituye o no un obstáculo para la realización de la familia desde una dimensión constitucional.

Es una forma de integrar el Derecho Civil con el Derecho de la Seguridad Social, tendiendo puentes de comunicación para que se complementen, corrigiendo ciertas contradicciones, entre ellas, a modo de ejemplo, la que encontramos en la Ley 797 de 2003, cuando señala que para efectos de establecer los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, "... se requiere que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil"<sup>2</sup>, desconociendo la nueva unidad familiar, de la que hacen parte de ellas los hijos, hermanos y padres de crianza.

## **AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL FRENTE AL DERECHO TRIBUTARIO**

Grandes vacíos legislativos existen sobre los componentes que explican la naturaleza jurídica de las prestaciones de la seguridad social y los elementos de financiación de las mismas, campos que vienen siendo suplantados por normativa que proviene de otras ramas del Derecho, como la tributaria, que son ajenas a las normas propias de la seguridad social y del Derecho laboral, lo que desvirtúa su sentido.

.....  
2 Congreso de Colombia, Ley 797 de 2003, sobre sistema general de pensiones y los regímenes pensionales exceptuados y especiales, arts. 12-13.

Esta suplantación la encontramos en varias normativas sobre fiscalización en materia de seguridad social, que viene siendo aplicada por la UGPP al momento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales del sector de la protección social, que, desconociendo la naturaleza jurídica de algunos conceptos no salariales de acuerdo con la legislación laboral, aplica conceptos fiscales a los mismos para derivar de ellos la obligación de contribuir, como por ejemplo en el caso de algunas bonificaciones, auxilios, etc.

En igual sentido se desconoce la condición de trabajador independiente como sujeto protegido por la seguridad social, a quien el sistema le proporciona una cobertura integral de las contingencias que lo afectan, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, para confundirlo con la figura de *rentista de capital* propia del estatuto tributario en el que se le imponen obligaciones fiscales que nada tienen que ver con el aseguramiento social.

## **LA REALIDAD DEL MERCADO DE TRABAJO**

La sociedad actual se encuentra inmersa en un mercado de trabajo sustentado en una máxima de flexibilidad, donde la informalidad creciente demuestra la lucha por un ingreso bajo modalidades diferentes a la relación formal de trabajo, lo que debería replantear el sistema tradicional basado en cotizaciones que tienen su fuente en la existencia de una relación formal de trabajo, pues al desaparecer o limitarse esta en el mundo global actual, dificulta la consolidación del número de semanas de cotización requerido para acceder a una pensión al final de la vida productiva de los ciudadanos.

Una reforma debería considerar la posibilidad de crear un sistema pensional que provea formas de presupuestos que permitan a los ciudadanos acceder a una pensión construida durante toda una vida laboral, que no solo incluya el trabajo dependiente, cada vez más escaso, sino también que permita consolidar el derecho a una pensión con trabajos a tiempo parcial, temporales e intermitentes, si de verdad lo que se quiere es proteger la vejez en el mundo moderno.

## **LA CONFIGURACIÓN NORMATIVA DEL SISTEMA DE PENSIONES**

Uno de los grandes retos que debe proponerse la futura reforma pensional es la configuración, desde el punto de vista jurídico, de una normatividad que regule estrictamente las competencias de cada uno de los poderes públicos, legislativo, ejecutivo y judicial, en materia prestacional, para así evitar la intromisión del uno al otro, que se evite invadir espacios y competencias, para lo cual se debe identificar la *técnica jurídica* a utilizar en la configuración normativa del sistema, que

posibilite una comprensión clara del mismo, sobre todo para la práctica judicial. Es un buen ejemplo como ejercicio político el *Pacto de Toledo*.

En este mismo sentido, la futura normatividad deberá corregir la hegemonía del lenguaje económico utilizado en el contenido y redacción de la Ley 100 de 1993, que desnaturaliza el lenguaje jurídico técnico de la seguridad social necesario para desentrañar el elemento teleológico de la norma, aumentando la inseguridad jurídica, por las lagunas y vacíos, que desenfoca la correcta aplicación y comprensión de la ley.

En definitiva, lo que se busca es un marco jurídico claro, que permita la pacífica aplicación de la normatividad, garantizándose una seguridad jurídica que produzca unos niveles de confianza en los diferentes actores del sistema y que reduzca a su mínima expresión los altos niveles de conflictividad judicial. Para esto, debemos pensar en una producción normativa abierta, con espacios de participación de todos los poderes públicos y actores del sistema en su construcción, acercando e involucrando desde su configuración a toda la comunidad, para que conozca claramente las reglas que definen el acceso a las prestaciones y que le produzca al ciudadano una tranquilidad cuando tenga noticia de la decisión que la entidad gestora emitirá al resolverle su solicitud pensional.

## **LA INEQUIDAD DE LAS PRESTACIONES GENERADA POR LA EXISTENCIA DE DOS REGÍMENES**

Es indefendible la tesis según la cual aparezca como razonable que los afiliados al sistema puedan tener pensiones diferentes, solo porque pertenecen a regímenes distintos, cuando todos los trabajadores en su vida laboral realizaron idénticas cotizaciones.

Es contrario a los principios de la Seguridad Social trasladar a los propios afiliados la responsabilidad que tiene un sistema pensional de garantizar prestaciones suficientes, y dividir a los cotizantes entre quienes deciden confiar en el Estado para acceder a una prestación definida y quienes terminan confiándole su futuro a un mercado que no conocen, con el convencimiento equivocado de que obtendrán mejores pensiones; esto genera desigualdad e inequidad dentro de un grupo poblacional que solo busca que le sea atendida una necesidad social al momento del retiro laboral, cuando ya no puedan trabajar, que no es más que contar con un ingreso digno y proporcional a sus últimos salarios, para poder vivir en similares condiciones.

Si la Seguridad Social busca la atención de una necesidad social concreta, en este caso la vejez, no se entiende cómo pueden establecerse dos formas diferentes para atenderla, si la necesidad social es la misma. Crear dos regímenes que reconocen pensiones diferentes para atender a una idéntica necesidad, para lue-

go responsabilizar únicamente al afiliado de su mala decisión, a pesar de tener un administrador a quien le paga una comisión durante 30 o 40 años para que precisamente le asesorara, es partir de la idea de que pese a existir un régimen que le ofrecía una mejor prestación, fue el afiliado mismo quien libre y voluntariamente decidió optar por una menor pensión, y esa idea a mi juicio resulta equivocada.

Estas diferencias entre las pensiones de los dos regímenes están generando muchas acciones judiciales, a través de las cuales se solicita la declaratoria de la ineficacia de la selección de régimen, para que se disponga la permanencia en el régimen de prima media; pero a futuro las acciones judiciales de quienes no logren regresar a Colpensiones, van a estar dirigidas a solicitar a las administradoras de sus cuentas individuales, el pago de perjuicios o por lo menos la devolución de las comisiones que a lo largo de los años les pagaron para que los asesoraran y no lo hicieron.

Igualmente, los desempleados o cesantes también iniciarán las acciones judiciales correspondientes para obtener de las administradoras la devolución de las comisiones que les descontaron de sus propios recursos ahorrados en sus cuentas individuales, ya que, si están desempleados y no están cotizando, sería agravar más su situación obligándolos a pagar comisiones a las administradoras de los fondos de pensiones en periodos de inactividad laboral. Y mientras no se dé claridad sobre la fórmula utilizada para calcular la pensión de retiro programado, serán muchas las demandas que se presentarán para solicitar la reliquidación de las pensiones reconocidas bajo esta modalidad. Igualmente, es inconveniente que se pueda estar cambiando la metodología de la fórmula para liquidar las rentabilidades de los ahorros de los afiliados, por parte de la Superintendencia Financiera, aumentando la incertidumbre para el seguimiento real y efectivo que deberían hacer los afiliados a los saldos de sus cuentas individuales, lo cual generará conflictos judiciales que finalmente serán resueltos por un juez, seguramente con la ayuda de un perito, quien establezca el monto de las rentabilidades que deben hacer parte del saldo de la cuenta individual.

## **UNIFICACIÓN DE RÉGIMENES**

Por lo anterior, una verdadera reforma pensional debería unificar en un solo régimen la manera como se pensionan los colombianos, incluidos los miembros de la fuerza pública que son los que más generan déficit fiscal, para que no existan prestaciones diferentes que aumenten las desigualdades entre los sujetos protegidos por la previsión social y se garantice la equidad en el sistema pensional, evitando al máximo la conflictividad para disminuir la congestión judicial. Pensamos que con la Ley 100 de 1993, al ser unificadora y acabar con la dispersión de regímenes anteriores, la judicialización tendría que disminuir; sin embargo,



la consagración de dos regímenes diferentes está generando permanentes tensiones en cuanto a su administración y nivel de las prestaciones, que agudiza la congestión judicial.

Además de lo anterior, uno de los retos en la expedición de la próxima normatividad en materia pensional será disminuir al máximo la existencia de zonas grises en su redacción, para evitar interpretaciones subjetivas por parte de los encargados de la gestión jurídica al interior de las entidades responsables del reconocimiento de las prestaciones económicas, disminuyendo la posibilidad de que los afectados acudan a la jurisdicción como único mecanismo para obtener el reconocimiento de su derecho prestacional.

La gestión en el reconocimiento de las prestaciones económicas al interior de las entidades de previsión responsables, sean públicas, como Colpensiones, o privadas, como los fondos de pensiones, debe garantizar un proceso claro y transparente para los usuarios, que les genere confianza y conformidad con la decisión que se adopte, evitando acudir a la jurisdicción para su revisión.

Es muy llamativo que, en algunos estudios de la Procuraduría General de la Nación, se mencione la existencia de 79.680 procesos judiciales contra Colpensiones, de los cuales 58.057 corresponden a procesos ordinarios laborales, 17.893 ejecutivos y 3.730 a procesos contenciosos administrativos. Así mismo, se menciona la sistemática negativa de las solicitudes pensionales en vía gubernativa y el desconocimiento del precedente jurisprudencial, indicando, por ejemplo, la existencia de 6.000 expedientes en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia relacionados con Colpensiones.

Esta situación, sumada a las medidas de descongestión adoptadas en los juzgados laborales y tribunales, y a la implementación del procedimiento oral, generó tal congestión en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que fue necesario expedir la Ley 1781 de 2016 para modificar la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, con el fin de crear transitoriamente por un periodo de ocho años, cuatro salas de descongestión, compuestas cada una por tres magistrados, para resolver un retraso de 19 años para el año 2015, ya que ingresaban a dicha corporación 5.000 expedientes por año, de los cuales muchos corresponden a la materia pensional, cuya acumulación para el año 2016 sumó 18.000 expedientes.

Y precisamente se puso de manifiesto la necesaria creación de la descongestión, dada la sensibilidad social que genera para los accionantes la conflictividad judicial, por tratarse de acciones relacionadas con pensiones, en las cuales intervienen personas en especial situación de protección, como los miembros de la tercera edad, discapacitados, madres y padres cabezas de familia y menores de edad.

Igualmente, es preocupante que el fenómeno de la conflictividad judicial en materia pensional ya no sea un problema exclusivo de las entidades públicas

que administran el régimen de prima media o los regímenes especiales, sino que dicho fenómeno se traslada también a entidades privadas como los fondos de pensiones y Administradoras de Riesgos Laborales, que vienen presentado aumentos significativos de procesos judiciales en su contra, por similares razones, como la negativa de las solicitudes de prestaciones, el desconocimiento del precedente jurisprudencial y las demoras en la decisión, especialmente cuando se controvierten aspectos inherentes de la calificación de la invalidez.

Causa también inquietud el aumento de demandas dirigidas contra los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, en especial por la Junta Nacional, por ser la que resuelve en última instancia las controversias sobre el grado de pérdida de capacidad laboral, el origen de la contingencia y la fecha de estructuración.

No son pocos los casos en los que los jueces ordenan la nulidad de dichos dictámenes, con fundamento en dictámenes periciales proferidos por instituciones universitarias que cuentan con departamentos de salud ocupacional, estableciéndose porcentajes mayores a los señalados por las juntas, definiéndose un origen distinto de la contingencia y estableciendo una fecha de estructuración también diferente, a pesar de que la calificación se realiza con el mismo manual único de calificación de invalidez, lo que pone de manifiesto la dificultad que ofrece el manual en su interpretación y aplicación, y en otros casos la falta competencia de los calificadores cuando actúan como peritos.

Todo lo anterior genera un reto para el sistema general de pensiones, encargado de ofrecer prestaciones oportunas a quienes cumplen con los requisitos para acceder a ellas, responsable de garantizar un alto grado eficiencia en su reconocimiento y lograr la conformidad del beneficiario con la decisión, que le evite acudir a la jurisdicción para la definición de cualquier controversia.

Gran parte de la solución está en elaborar una normatividad que asegure claridad y transparencia en la interpretación, tanto para los responsables de la gestión en el reconocimiento de la prestación, como para los usuarios y los jueces de la República, lo cual puede lograrse con un proceso amplio de participación y discusión previo a la expedición normativa, ya sea legal o reglamentaria, acompañado de un alto componente de capacitación a los responsables de la gestión al interior de las entidades de previsión públicas y privadas, y a los operadores judiciales.

Por último, no es menos importante explorar mecanismos de resolución de conflictos en materia pensional, que hagan tránsito a cosa juzgada, para evitar procesos judiciales, implementado un sistema en el cual los usuarios obtengan una resolución expedita a la controversia, sin que tengan que recurrir al proceso tradicional, que, como se explica en párrafos anteriores, adolece de una preocupante congestión judicial.

## REFERENCIAS

Colombia. Constitución Política (1991).

Congreso de la República de Colombia. Ley 100 de 1993, sobre la creación del sistema de seguridad social integral. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0100\\_1993.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html)

Congreso de la República de Colombia. Ley 797 de 2003, sobre sistema general de pensiones y los regímenes pensionales exceptuados y especiales. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0797\\_2003.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0797_2003.html)

Congreso de la República de Colombia. Ley 1781 de 2016, sobre modificación de los artículos 15 y 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de la Justicia. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201781%20DEL%2020%20DE%20MAYO%20DE%202016.pdf>