

La prescripción de los seguros previsionales en Colombia

JORGE EDUARDO NARVÁEZ BONNET*

RESUMEN

Este trabajo se ocupa del tema de la prescripción en los seguros previsionales (invalidez y sobrevivencia) adquiridas por las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones donde han surgido dos tesis en el Derecho colombiano. Por una parte, quienes propugnan por la aplicación del artículo 1081 del código de comercio y de otra, quienes consideran que los seguros previsionales tienen una regulación especial contenidas en las disposiciones sobre la seguridad social que tienen prevalencia por ser posteriores a la expedición del código de comercio y porque tales disposiciones de seguridad social en pensiones fueron el origen de esta modalidad de seguros.

Además, el hecho de ser considerada la seguridad social un derecho fundamental por conexidad por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y que se halla estimado como imprescriptible el derecho al pensión y sólo sujetas a prescripción

Fecha de recepción: 30 de abril de 2007

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado litigante y árbitro de los centros de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, Federación Nacional de Comerciantes y Sociedad Colombiana de Ingenieros. Director sección informativa Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. Miembro de la Sección Colombiana de Derecho de Seguros Acoldece

las mesadas pensionales, esas consideraciones tienen una influencia directa en la manera como opera la prescripción en este tipo de seguros.

ABSTRACT

This work relates to the topic of the limitation action under social welfare (disability and survivors) insurance policies bought by pension funds as two different opinions have arisen in the Colombian Law. On one hand, a doctrine sector considers the application of the article 1081 of the code of commerce and of the other hand, some other sector who considers that such type of insurance policies have a special regulation contained in the social security regulation and therefore are prevalent as were issued after the issuance of the commercial code and such social security regulation on pensions were the origin of this type of insurances.

Also, the fact of being considered the social security a fundamental right by conexity under the jurisprudence of the Constitutional Court and being established as non subject to limitation action the right to the pension and only subject to limitation action the monthly provisions, those considerations have a direct influence on the way limitation action has to be applied on this type of insurances.

SUMARIO

A. Consideraciones preliminares

1. Las tesis sobre la prescripción en los seguros previsionales
 - a. La tesis de la aplicabilidad del artículo 1081 del Código de Comercio
 - b. La inaplicabilidad de la prescripción del contrato de seguro a los derechos pensionales
2. Seguro sociales y seguros privados
3. La intervención de la industria aseguradora en la seguridad social
4. Naturaleza de las entidades que intervienen en la seguridad social
5. Naturaleza de los recursos de la seguridad social
6. Componentes de la tasa de cotización
7. Naturaleza jurídica de la seguridad social
8. La seguridad social como derecho fundamental por conexidad
9. Consecuencias del carácter constitucional del derecho a la seguridad social

B. Los seguros previsionales

1. Precisión terminológica
2. Características de los seguros de la seguridad social - Normatividad aplicable
3. Naturaleza jurídica de los seguros previsionales
4. Características propias de los seguros previsionales
 - a. El carácter restringido del principio de libertad de gestión
 - b. Obligación de contratar los seguros previsionales
 - c. El marco normativo especial aplicable a los seguros previsionales
 - d. Justificación de ese marco normativo especial
5. Financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivientes
6. Generalidades aplicables a los seguros de invalidez y sobrevivientes

C. Prescripción de las acciones derivadas de los seguros previsionales

1. Prescripción de los derechos pensionales
 - a. La aplicabilidad del artículo 1081 del Código de Comercio
 - b. La aplicabilidad de la prescripción de los derechos pensionales
2. La prescripción en el contrato de seguro
3. Prescripción de los seguros previsionales
 - a. Los seguros previsionales son contratos normados
 - b. Fundamento del carácter colectivo y de participación
 - c. Comunidad de álea de los afiliados al fondo de pensiones
 - d. El carácter de administradoras de las AFP
 - e. Naturaleza jurídica de los fondos que administran las AFP
 - f. Carácter coligado de la vinculación al fondo y el seguro previsional
 - g. Consecuencias de esa conexidad contractual
 - h. Imprescriptibilidad y prescriptibilidad en los seguros previsionales

4. Crítica a la posición que propugna por la aplicación del artículo 1081 del Código de Comercio a los seguros previsionales
5. La constitucionalización del derecho y la irradiación de los derechos fundamentales al ordenamiento

A. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

I. Las tesis sobre la prescripción en los seguros previsionales

a. La tesis de la aplicabilidad del artículo 1081 del Código de comercio

Quienes propugnan por la validez de esta tesis comienzan por reconocer que las sociedades administradoras de fondos de pensiones están obligadas a contratar los seguros que garanticen los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes (artículo 108 Ley 100 de 1993).

Sin embargo, aducen que la obligatoriedad legal de celebrar este tipo de contratos por parte de la AFP, no altera la estructura típica del contrato de seguro, ni hace partícipe al asegurador de la actividad del tomador por el hecho de asumir el riesgo.

En este sentido, aseveran que la administradora del fondo de pensiones tiene interés asegurable en los términos del numeral 3 del artículo 1137 del Código de Comercio, cuyo tenor es el siguiente:

“Toda persona tiene interés asegurable:

(...)

3. En la de aquéllas (personas) cuya muerte o incapacidad pueda aparejarle un perjuicio económico, aunque éste no sea susceptible de una *valoración cierta*”.

Por lo mismo, concluyen que el riesgo asegurado consiste conforme con la Resolución 530 de 1994 expedida por la Superintendencia Financiera en el capital faltante para financiar la respectiva pensión y por lo mismo, se entiende ocurrido el siniestro al fallecimiento del afiliado o al momento de la declaración en firme de su estado de invalidez.

En consecuencia, la obligación condicional del asegurador consiste en reconocer a la AFP la suma asegurada prevista en el respectivo seguro previsional en la eventualidad de que, al momento de reconocer la pensión, la AFP no cuente con el capital suficiente para financiar el monto de la misma y que, es precisamente el riesgo que traslada la AFP a la aseguradora a través del seguro previsional.

Como tomadora del seguro, la AFP paga el importe de la prima.

Ponen de presente que es evidente que coexisten dos tipos de relaciones contractuales simultáneas, pero diferentes. Por una parte, entre la AFP y el afiliado, derivada del acto de afiliación al sistema y la cual, aducen que se rige por las normas propias y especiales del sistema general de seguridad social en pensiones y por ello le son aplicables normas relativas a irrenunciabilidad e imprescriptibilidad de los derechos pensionales.

Por otro lado, entre la AFP y la compañía de seguros, que surge de un contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes, cuyo objeto es garantizar el pago de los aportes adicionales necesarios para financiar el pago de la pensión y en cuanto tal se le aplican las normas del contrato de seguro contenidas en el Código de Comercio.

Esto los lleva a abogar porque se deba diferenciar entre el derecho del afiliado a reclamar su pensión frente a la AFP y el derecho de la AFP a reclamar ante la aseguradora, pues enfatizan que tales relaciones jurídicas nacen de fuentes diferentes y a pesar de estar consagrada en la ley la obligatoriedad para las AFP de reconocer estas pensiones a sus afiliados, esto es contratando un seguro para que pague el saldo faltante, esto determina que el contrato de seguro previsional tiene su fuente en la voluntad de las partes, al menos del asegurador y en ese orden de ideas, consideran que no se encuentra sustento legal para establecer que esté exento de la aplicación del art. 1081 del C. de Co. que rige el contrato de seguro en general.

En otras palabras, que siendo el seguro previsional un contrato celebrado entre dos entidades mercantiles de derecho privado, se rige por las disposiciones propias de la ley comercial (artículo 1º Código de Comercio) y que en ausencia de norma legal expresa, mercantil o de cualquier otra naturaleza que disponga lo contrario, los seguros previsionales están sujetos a las normas generales que rigen el contrato de seguro, entre ellas, la terminación por mora en el pago de la prima (decreto 876 de 1994) y la prescripción prevista en el artículo 1081 del Código de Comercio.

Por contera, los partidarios de esta tesis estiman que inferir la imprescriptibilidad de las acciones derivadas del contrato de seguro “por vía de interpretación extensiva”, atenta contra elementales pautas de interpretación jurídica, puesto que la imprescriptibilidad es una excepción a la regla general de la prescripción, la cual debe tener un soporte normativo o legal.

Por lo demás, del deber de diligencia que la ley le impone a las sociedades administradoras de Fondos de pensiones, deducen que las AFP deben cumplir la prestación

del servicio a su cargo, en forma eficaz, eficiente y oportuna y por tanto, es responsable de los perjuicios que por su culpa puedan ocasionar a los afiliados.

Por lo demás, en vista del pronunciamiento de la Superintendencia Financiera contenido en el concepto 61870 de diciembre 19 de 2006, estiman que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo los conceptos emitidos por las entidades de derecho público en atención a los derechos de petición no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni comprometen la responsabilidad de la administración, porque el concepto jurídico de la administración no es un acto administrativo.

Además, puntualizan que no es jurídicamente admisible afirmar que el contrato de seguro está sometido al régimen especial propio de la seguridad social para extender a él los efectos de la imprescriptibilidad del derecho a la pensión, el cual sólo es aplicable a las relaciones que surgen entre la sociedad administradora y los afiliados y/o beneficiarios del sistema.

Para abundar en razones, argumentan que el hecho que la Ley 100 de 1993 haya inspirado la creación de los seguros previsionales no significa, *per se*, que se haya modificado la estructura propia del contrato de seguro y que del marco normativo que la Superintendencia traza a los seguros previsionales, no es posible derivar que la acción contra el asegurador para el pago de la suma adicional sea imprescriptible.

Por otro lado, destacan que los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, hacen referencia exclusiva a la imprescriptibilidad del derecho a recibir la pensión, lo que *no* implica que las acciones derivadas del contrato de seguro previsional sean también imprescriptibles.

Precisan también que el pago que la aseguradora hace a la administradora del fondo de pensiones (indemnización) no puede tomarse como un recurso parafiscal; cuestión diferente es que realizado el pago, la suma representativa de éste pase a ser un recurso parafiscal, propio del sistema de seguridad social en pensiones. Por lo demás, aducen que cuando la aseguradora atiende al pago del siniestro no está acatando una disposición legal, sino dándole estricto cumplimiento a una obligación contractual.

Son también categóricos en que los seguros provisionales, si bien tienen como destino el financiamiento del pago de una pensión, esto nada dice en pro de la imprescriptibilidad.

Por lo demás, invocan pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que no resultan pertinentes por cuanto no se refieren al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, sino a aspectos puramente colaterales.

En efecto, los primeros reiteran que ante la renuencia de la aseguradora para cubrir el valor de las sumas adicionales, le corresponde a la AFP, en su condición de responsable del pago de la pensión, ejercer las acciones legales tendientes a la reclamación del

seguro, sin que pueda diferir el reconocimiento y el pago de la pensión a las resultas de ese litigio, pues ello constituiría una carga irrazonable para el beneficiario de la prestación.

Respecto de los segundos, ponen de presente que pese a que la Ley 100 de 1993 posibilitó el seguro previsional, no es menos cierto que las controversias surgidas entre el tomador y el asegurador, deben ser dirimidas por la jurisdicción civil y no por la laboral, acudiendo a las normas que prevén los trámites para hacer cumplir los contratos de seguros, independientemente de las obligaciones que surjan a cargo de las entidades administradoras o prestadoras del Sistema de Seguridad Social.

b. La inaplicabilidad de la prescripción del contrato de seguro a los derechos pensionales

Las razones en que se sustenta esta tesis están contenidas en el concepto emitido por la Superintendencia Financiera en diciembre de 2006. Sin embargo, vale la pena destacar que, anteriormente, la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) reiteradamente adoptó la tesis de la aplicación de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro establecida en el artículo 1081 C. Co., en conceptos tales como el 94049253-0, en donde adujo:

“No existe disposición expresa que establezca un régimen especial de prescripción en relación con las pólizas de seguros que contratan las sociedades administradoras de fondos de pensiones. En efecto, el artículo 108 de la Ley 100 de 1993, únicamente establece la obligación de tales sociedades de suscribir seguros que garanticen los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, subrayando que sólo podrán ser colectivos y de participación, cuyos requisitos mínimos fueron establecidos por esta Superintendencia mediante la resolución 530 de 1994. En este orden de ideas, no existiendo disposición especial sobre la materia, debe concluirse que los términos de prescripción, deben sujetarse a lo establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio el cual regula de manera general la prescripción para el contrato de seguro” (bastardilla fuera de texto)

En el mismo sentido, en concepto número 94049253-1 de enero 10 de 1995 el superintendente delegado para entidades administradoras de pensiones y cesantías señaló:

“...no existe disposición expresa que establezca un régimen especial de prescripciones en relación las pólizas de seguros que contratan las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías ... debe concluirse que los términos de prescripción, deben sujetarse a lo establecido en le artículo 1081 del Código de Comercio el cual regula de manera general la prescripción del contrato de seguro ...” (bastardilla fuera de texto).

El concepto de la Superintendencia de diciembre de 2006, se apoya en que a los seguros previsionales no les son aplicables en su integridad las normas que regulan el contrato de seguro en el Código de Comercio, como es el caso de la prescripción porque:

“...Haría nugatorio el derecho a la pensión que es de carácter imprescriptible y quebrantaría el mecanismo para el pago de las pensiones que el Estado garantiza...”,

ante la naturaleza jurídica especial de los seguros previsionales y porque,

“... la prestación a cargo de las aseguradoras en el régimen de ahorro individual con solidaridad, constituye un componente de las pensiones de invalidez y sobrevivencia, en la medida en que se concreta el pago de la suma adicional requerida para completar el capital que financie el monto de la pensión, recibiendo como contraprestación, una prima proveniente del ingreso base de cotización de los afiliados al sistema...”,

y para concluir que,

“... esa contraposición entre la naturaleza inextinguible del derecho a la pensión y la institución de la prescripción de acciones del contrato comercial de seguro, jurídicamente debe resolverse dándole prevalencia al derecho de superior jerarquía, que en este caso es el derecho al reconocimiento y pago de la pensión como expresión directa del derecho constitucional a la seguridad social”.

En verdad, los seguros provisionales están inmersos en el sistema pensional y por tanto, no pueden equipararse a un seguro privado, habida cuenta que los seguros provisionales por el cometido que están llamados a cumplir se nutren también de las normas propias del régimen pensional y por supuesto, de los desarrollos jurisprudenciales de carácter constitucional, habida cuenta que el derecho a la pensión se encuentra en conexión con derechos fundamentales tales como el derecho a la vida y al mínimo vital y por ende, alcanza el rango de derecho fundamental por conexidad.

Como quiera que los seguros provisionales tienen por finalidad amparar la suma adicional necesaria para financiar las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, el carácter imprescriptible del derecho a reclamar la pensión (sentencia C-230/98) impone que no pueda aplicarse la prescripción prevista en el artículo 1081 del C. de Co. a los seguros provisionales y por lo mismo, que el derecho a reclamar dicha suma adicional sea imprescriptible y que respecto de las mesadas pensionales la prescripción sea de tres años.

2. Seguros sociales y seguros privados

Los seguros desde el punto de vista de su forma de explotación, habida cuenta de la finalidad que están llamados a cumplir, tradicionalmente se han clasificado en seguros sociales y seguros privados y dentro del prototipo de los primeros, se señala a la seguridad social, que como se ha visto, surgió de la necesidad y de la exigencia de protección de la fuerza del trabajo con respecto a los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte.

La importancia de esta clasificación radica en que, sin duda, existen elementos diferenciadores¹ entre el seguro privado y la seguridad social, así:

1. Quienes son *beneficiarios de la seguridad social*, gozan de un derecho establecido en el ordenamiento jurídico y que correlativamente implica una obligación para el empresario de afiliar a sus trabajadores y pagar las cotizaciones con la periodicidad prevista en los reglamentos. No derivan sus beneficios de un contrato concluido por ellos en su propio beneficio;
2. En los seguros sociales, se trata de un mismo *nivel de cotización* que se aplica sobre los ingresos del trabajador en todos los casos y por tanto, no se toma en consideración las condiciones de salud o la edad de la persona, a diferencia de los *seguros privados donde se establece una prima*, ya que cada riesgo es tarifado de acuerdo con sus propias condiciones y características;
3. En el seguro privado, uno de los componentes de la prima o precio de la protección lo constituye un margen razonable de utilidad para el asegurador y por tanto, como actividad mercantil que es, existe siempre un ánimo de lucro; al paso que *en los seguros sociales la finalidad es de protección* a los afiliados y por tanto, lo primordial es la prestación de un servicio que lo anima un principio más altruista: la *solidaridad social*.
4. En el seguro privado y en la seguridad social, no opera el principio de indemnización integral, porque en la seguridad social, salvo en el régimen de salud, los beneficios se miden con base en las cotizaciones y el tiempo en que se hayan efectuado y en los seguros privados depende del valor asegurado, la valoración del bien al momento del siniestro, etc.
5. Como la seguridad social es un derecho fundamental de la persona humana y una necesidad que debe satisfacer el Estado, la función del seguro privado dentro de la seguridad social, de manera genérica, es de *carácter complementario*, aunque en el caso de los seguros previsionales es de carácter conexo. Característica que, como se examina más adelante, tiene unas consecuencias muy significativas.

3. La intervención de la industria aseguradora en la seguridad social

Sin duda, entre la seguridad social y la institución del seguro existe un elemento común: el riesgo de afectación de la integridad física o la capacidad productiva de una persona por razón de hechos accidentales, o por circunstancias propias de la misma actividad en que el ser humano desarrolla sus habilidades y destrezas; sin embargo, como acaba de reseñarse, la seguridad social y el seguro privado tienen múltiples facetas que los distancian y que llevan a considerar que, si bien son instituciones diferentes, comparten unos fines comunes, como son: la previsión y la protección.

1 SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil*, vol. I, Montecorvo, Madrid, 1993, pág. 410.

Se justifica entonces la intervención de la industria aseguradora en la seguridad social, porque el seguro cumple una función de previsión y de ahorro y desde este punto de vista la actividad aseguradora es cercana a la financiera; esa proximidad se manifiesta más claramente en el sistema pensional como vehículo para el manejo del ahorro privado de mediano y largo plazo.

Al desempeñar un papel protagónico el seguro privado en la seguridad social, ha conducido a que los presupuestos técnicos de la actividad aseguradora comiencen a utilizarse y es así como las cotizaciones, no son un precio político sino que responden a un cálculo actuarial (tablas de mortalidad, de morbilidad y de invalidez), adicionado con los gastos administrativos y un margen razonable de utilidad.

4. Naturaleza de las entidades que intervienen en la seguridad social

En materia de seguridad social, participan distintos tipos de entidades, así: el Ministerio de Protección Social quien formula, adopta, dirige y coordina las políticas de empleo, trabajo, previsión y seguridad social bajo las directrices del gobierno.

Por su parte, la Superintendencia Bancaria ejerce la inspección, vigilancia y control de la actividad financiera y aseguradora, cuenta con una delegatura para entidades administradoras de pensiones y cesantías y por otro lado, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, FOGAFIN actúa como mecanismo de protección de la confianza de los cotizantes y afiliados a las entidades administradoras del régimen de ahorro individual.

En cuanto a las entidades administradoras del sistema, en el régimen de ahorro individual, operan las sociedades administradoras de pensiones, AFP y en el régimen de prima media con solidaridad, el ISS y las demás cajas o entidades del sector público o privado que administren sistemas de pensiones, legalmente autorizadas.

En el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad, tienen la *calidad de administradoras* de los fondos de pensiones, las sociedades administradoras de fondos de pensiones y las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantías (arts. 90 Ley 100/93 y 35 DR 692/94) y están sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, quien tiene facultades en materia de comisiones, determinación de rentabilidad mínima establecimiento del margen de solvencia, aprobación de planes de inversión, exigencia de garantías e información a los afiliados e imposición de sanciones.

Ese carácter de administradoras de las AFP, se destaca porque el administrador *desarrolla actos de gestión respecto de los recursos que le son confiados* y que se cumplen, fundamental, aunque no exclusivamente, en el interior de la sociedad para el desenvolvimiento de las actividades sociales y lo cual se puede traducir en actos de representación que se relacionan, principalmente, con el desarrollo de actividades al exterior de la sociedad, vale decir, con terceros a la misma, y en los cuales manifiesta la

voluntad de ésta a través de la adquisición de compromisos o de la celebración de contratos.

5. Naturaleza de los recursos de la seguridad social

Se ha aseverado que se trata de dineros públicos que las administradoras del sistema de seguridad social manejan y en consecuencia, no pueden destinarse a fines distintos de los previstos en la ley y por lo mismo, su manejo debe estar acorde con el carácter específico de su función y lo cual pone de presente el artículo 48, en su inciso 5° al disponer que:

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

En consecuencia, son recursos de naturaleza parafiscal como reiteradamente lo han expresado las altas cortes en distintos pronunciamientos por cuanto tienen una destinación específica y no son titulares de éstos las entidades administradoras del sistema pensional.

En relación con la naturaleza jurídica de los recursos de la seguridad social, en sentencia C-655 de agosto 5 de 2003, MP: RODRIGO ESCOBAR GIL, la *Corte Constitucional* puntualizó:

“6.1. Acorde con la exigencia constitucional que prohíbe destinar o utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social “para fines diferente a ella”, la jurisprudencia constitucional viene sosteniendo en forma unívoca que los recursos del Sistema General de la Seguridad Social son rentas de naturaleza parafiscal.

“6.2. Las rentas parafiscales, lo ha dicho la Corte, constituyen un instrumento para la generación de ingresos públicos representada en aquella forma de gravamen que se establece con carácter impositivo por la ley para afectar a un determinado y único grupo social económico y que debe utilizarse en beneficio del propio grupo gravado. De acuerdo con la concepción jurídica de este tipo de tributo, la Corte ha establecido que son características de los recursos parafiscales su obligatoriedad, en cuanto se exigen como los demás tributos en ejercicio del poder coercitivo del Estado; su determinación o singularidad, en cuanto sólo grava a un grupo sector o gremio que los tributa: su condición de contribución, teniendo en cuenta que no comportan una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, su naturaleza pública, en la medida en que pertenecen al Estado aún cuando no comportan ingresos de la Nación y por ello no ingresan al presupuesto nacional; su regulación excepcional, en cuanto así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 de la Carta; y su sometimiento a control fiscal, ya que por tratarse de recursos públicos, la Contraloría General de la República, directamente o través de las contralorías territoriales, debe verificar que los mismos se inviertan de acuerdo con lo dispuesto en las normas que los crean.

6.3. “En atención a las características citadas, no duda la Corte en calificar los recursos de la seguridad social como rentas parafiscales, pues en verdad estos comportan contribuciones obligatorias de naturaleza pública, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que no ingresan al presupuesto nacional, que tienen como sujeto pasivo un

sector específico de la población, y que deben ser utilizadas para financiar globalmente los servicios que se prestan y para ampliar su cobertura. De hecho, el Sistema de Seguridad Social Integral, consagrado en la Ley 100 de 1993 y en otras disposiciones complementarias, se ocupó de regular todos los elementos que definen una renta parafiscal, señalando quienes son los destinatarios de los servicios de la seguridad social, cuales son sus beneficiarios, las prestaciones económicas, de salud y de servicios complementarios que se ofrecen, y principalmente, identificando la fuente de los recursos que se destinan para obtener las finalidades propuestas”².

Bajo esta misma línea jurisprudencial, en distintos pronunciamientos la *Corte Constitucional* ha reiterado el carácter parafiscal de los recursos de salud y pensiones que ingresan al Sistema de Seguridad Social (sentencias C-577/97 MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, C-542/98 MP HERNANDO HERRERA VERGARA, C-179-97 MP FABIO MORÓN DÍAZ, C-086/02 MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, C-789 de 2002, MP RODRIGO ESCOBAR GIL) y en consecuencia con una destinación específica.

Más recientemente, en sentencia C-155 de febrero 24 de 2004, MP Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS expresó que:

“...los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones, llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales con destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones”.

En cuanto a la naturaleza parafiscal de los recursos del sistema general de pensiones, jurisprudencialmente, es un tema pacífico porque así también lo expuso *la Sala de Casación Laboral del la Corte Suprema de Justicia* en sentencia del 6 de junio de 2003, MP Dr. EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS, cuando expresó:

“Los recursos para el pago de las prestaciones que se origina en el Sistema General de Pensiones son de carácter parafiscal como lo ha enseñado la doctrina.

“Uno de los elementos esenciales de la parafiscalidad es el de que esta clase de recursos constituyen un patrimonio de afectación, esto es, que los bienes que lo integran han de destinarse a la finalidad que la ley lo señala en el momento de su creación; así, los fondos constituidos con las cotizaciones o los aportes que efectúan por mandato de la ley, el Estado o los particulares, a cualquiera de los regímenes de pensiones han de consagrarse exclusivamente a pagar las prestaciones del servicio de la seguridad social en pensiones.

2 *Gaceta Jurisprudencial*, n° 127, septiembre de 2003, pág. 213.

“La Constitución Política de 1991 incorporó al mundo normativo la institución de la parafiscalidad, creada por la doctrina a partir de figuras legales como las contribuciones destinadas a cubrir los riesgos en salud y pensiones; la ley que regula el sistema de seguridad social plasmó en su texto los elementos esenciales con las que esta doctrina ha diferenciado los recursos parafiscales; así, la Ley 100 de 1993, en su artículo 283 consagra la exclusividad del beneficio en pensiones; los artículos 25, 52 y 90 le otorgan el carácter de administradoras a las entidades a las que se le confía la gestión de los recursos, en su orden, del Fondo de Solidaridad Pensional, del régimen de prima media con prestación definida, del de ahorro individual con solidaridad, de manera que, de los patrimonios de afectación no puede predicarse propiedad —solo antitécnicamente— por cuanto nadie puede ejercer el poder de libre disposición sobre ellos.

“De esta manera, el fondo económico del que proviene el pago de las pensiones de vejez, de invalidez o de sobrevivientes aunque esté radicado en cabeza del Instituto de los Seguros Sociales, no es ni ha sido propiedad suya, sino que éste ha sido sólo administrador de aquellos”³.

Si estas consideraciones no fueran suficientes, baste señalar que esa naturaleza parafiscal también ha sido reconocida por el legislador, como quiera que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que introdujo algunos literales con respecto a las características del sistema previstos en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y respecto de los recursos aclaró que:

“...m) Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la nación, ni a las entidades que los administran”.

6. Componentes de la tasa de cotización

Las prestaciones derivadas del régimen pensional se financian con el importe de las cotizaciones, las cuales tienen el carácter de obligatorias mientras subsista la relación laboral y la obligatoriedad de hacerlas cesa cuando el afiliado cumpla con los requisitos para devengar la pensión mínima de vejez o cuando se pensione por invalidez o anticipadamente (arts. 17 Ley 100/93 4º. Ley 797 de 2003). De igual manera, el artículo 282 de la Ley 100, modificado posteriormente por el artículo 114 del decreto 2150 de 1995, estableció la obligación para los contratistas del Estado de afiliar a sus trabajadores, con la excepción de los contratos de prestación de servicios con vigencia inferior a tres meses.

De manera que, la obligación de efectuar cotizaciones se causa desde el inicio de la vinculación laboral sin importar el período de prueba. (art. 19 decreto 692/94) e igualmente, deben hacerse durante los períodos de incapacidad laboral (art. 6º DR 1161/94), vacaciones, licencias y permisos remunerados.

3 *Gaceta jurisprudencial*, n° 125, junio de 2003, págs. 44 y 45.

En lo relativo a la determinación del monto de la respectiva cotización, en ningún caso el ingreso base de cotización puede ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente y por tanto, las personas que perciban ingresos inferiores al salario mínimo legal mensual vigente, podrán ser beneficiarias del Fondo de Solidaridad Pensional, a efectos de que éste le complete la cotización que les haga falta y hasta concurrencia de un salario mínimo legal mensual vigente.

En consecuencia, la *base de cotización* corresponde al salario mensual devengado por el trabajador y no puede ser inferior al salario mínimo mensual vigente, ni superior a 25 salarios mínimos a partir de marzo de 2003, como quiera que anteriormente el límite era de 20 salarios mínimos. El límite de la base de cotización es de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen mensualmente más de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes la base de cotización será reglamentada por el gobierno nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales.

En cuanto a la *distribución de la tasa de cotización*, a los empleadores corresponde cubrir el 75% de la cotización total y a los trabajadores el 25% restante (art. 20 L100/93 y art. 21 DR 692/94).

En el caso de los fondos de pensiones propios del régimen de capitalización individual, las cotizaciones se abonan a las cuentas individuales de ahorro y en el régimen de prima media, dichos dineros ingresan al fondo común de naturaleza pública que se destina al pago de las pensiones de vejez y a la eventual capitalización de las reservas. Para la pensión de invalidez, sobrevivientes gastos de administración y costo de protección del FOGAFIN se encuentra previsto el 3.5% en ambos sistemas.

Pero, lo que es preciso destacar en esta materia, es que en el régimen de ahorro individual con solidaridad, entre los mecanismos para garantizar las *pensiones de invalidez y sobrevivientes* se exige la contratación de seguros (artículo 108 Ley 100/93) y de esta forma, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se precaven de la insuficiencia de los fondos depositados en la respectiva cuenta de ahorro individual para sufragar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, en los términos previstos en la ley y por ello puede aseverarse categóricamente que la pensión de invalidez se financia con los recursos de la cuenta individual, el bono pensional, si a él hubiere lugar y con la suma adicional que sea necesaria para completar el capital necesario la cual corre por cuenta de la aseguradora con quien se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes (art. 70 Ley 100/93).

Por su parte, la pensión de sobrevivientes se financia con los recursos de la cuenta individual, el bono pensional, si a él hubiere lugar y la suma adicional que sea necesaria para completar el capital necesario, como sucede con la pensión de invalidez, corre por cuenta de la aseguradora con quien se haya contratado el seguro de sobrevivientes (art. 77 Ley 100/93).

Esto significa que, para contratar el amparo de invalidez y sobrevivencia, que es una obligación legal respecto de la AFP, *el importe de la prima hace parte integrante de la cotización* y lo cual se comprueba con lo dispuesto por el artículo 7º. de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que dispone que un 3% del ingreso base de cotización se destina para:

“financiar los gastos de administración, la prima de reaseguro de FOGAFIN y las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes”.

7. La naturaleza jurídica de la seguridad social

En el marco de un Estado social de derecho que tiene como fundamentos el respeto a la vida, a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general y como fines: servir a la comunidad; promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes; facilitar la participación de todos en las decisiones que lo afecten en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y preservar la vigencia de un orden justo⁴ y la cual se encuentra plasmada en el artículo 366 de la Constitución de 1991, los derechos fundamentales adquieren un contenido nuevo, pues lo nutren los derechos individuales, al igual que los económicos y sociales y de ahí porque, con alguna frecuencia, se haga mención de derechos de distinta generación por los momentos históricos en que cobran importancia, que este debe tutelar a través de diversos mecanismos previstos en la Constitución y desarrollados por la ley que son de contenido diverso.

Es así como los denominados derechos fundamentales⁵ e inalienables del ser humano, que pueden ser exigidos de manera directa y sin que sea necesaria una reglamentación en la ley e imponen al Estado una conducta de abstención, se les denomina *de primera generación* porque corresponden a derechos individuales que se encuentran previstos en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Dichos derechos, en nuestra Carta Política se consagran en los artículos 11 a 41, aunque la Corte Constitucional ha considerado que no se restringe a ellos sino que también comprende algunos otros cosustanciales a la dignidad de la persona humana y que tiene la virtud de poner en peligro otros derechos fundamentales como la vida (art. 11 CP), la dignidad humana (art. 11 CP), la integridad física y moral (art. 12 CP), el libre desarrollo de la personalidad (art. 16, CP), entre otros.

4 MARTÍNEZ CABALLERO, ALEJANDRO, “Estado social de derecho en la Constitución de 1991”, artículo publicado por la Universidad del Rosario en la obra *Hermeneútica jurídica - Homenaje al maestro Darío Echandía*, Bogotá, 1997, págs. 97 y sigs.

5 FERRAJOLI, LUIGI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

En relación con los *derechos fundamentales conexos*, en sentencia T-548 de 2 de octubre de 1992 (MP: Dr. CIRO ANGARITA BARÓN), la Corte Constitucional expresó:

“Los derechos constitucionales fundamentales se determinan no sólo por la mención expresa que de ellos haga la Constitución, sino también por su significación misma para la realización de los valores y principios consagrados en ella y, además, por la conexión que tengan con otros derechos fundamentales expresamente consagrados. En la Carta del 91 la salud de los colombianos es —por conexidad— un derecho fundamental cuya efectividad corresponden en buena medida garantizar al Estado, tomando muy en cuenta las específicas necesidades de su titular y los recursos existentes para satisfacerlas” sentencia T-144/95. Seguridad social. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

“La Corte ha considerado que no obstante su naturaleza prestacional, el derecho a la seguridad social y en especial a la pensión de invalidez, como derivado de aquel, pueda asumir en determinadas circunstancias el carácter de fundamental, dada su íntima relación con los derechos a la vida, al trabajo y a la salud. El derecho a la seguridad social tiene su expreso reconocimiento de manera genérica en el artículo 48 de la Constitución ...”.

8. La seguridad social como derecho fundamental por conexidad

En un Estado social de derecho, la seguridad social es considerada como un *derecho de carácter constitucional pero no fundamental* y que alcanza ese rango de constitucional como consecuencia de esa nueva concepción de nuestro sistema democrático, es irrenunciable y es un derecho de los denominados de segunda generación, como quiera que hace parte de los derechos económicos, sociales y culturales que reconoce la Constitución y para que su efectividad se materialice en la prestación de un servicio público, requiere de que el Estado adopte medidas presupuestales, de organización, establezca procedimientos que garanticen la existencia y la permanencia del mismo.

Esto implica que no tienen el carácter de ejercicio inmediato, pues demandan que el Estado adopte un plan y unos programas que respondan a esa necesidad de bienestar de los ciudadanos. En este sentido, la seguridad social se refiere a la atención de las necesidades básicas de vivienda, educación, ambiente sano, agua potable, y aún, en este sentido amplio, comprendería también la paz y una oportuna y adecuada administración de justicia. Mientras que en sentido restringido, hace referencia a las contingencias a las cuales se encuentra expuesto el ser humano durante su vida productiva como también a lo largo de su existencia.

Sin embargo, en nuestro medio se le ha reconocido amparo bajo la acción de tutela por ser catalogado como un derecho fundamental por conexidad.

La evidencia es que los derechos al trabajo y a la seguridad social representan los campos en que mayor número de tutelas se presentan ante el aparato jurisdiccional del Estado, lo cual denota el incumplimiento reiterado en materia de estos derechos prestacionales y que ha conducido a que, aunque no se trata de derechos fundamentales en sí mismos, se les cobije con la tutela acudiendo en ocasiones, *al criterio de conexidad* con otros derechos de carácter fundamental como el derecho a la vida, a la integridad física; en otras, al de afectación del mínimo vital de las personas de la tercera edad para reconocerle al pago de la pensión de vejez o de jubilación su calidad de derecho constitucional fundamental y en el caso de los niños, a reconocerles el carácter de fundamental en aplicación del artículo 44 de la Carta Política y de la Convención sobre derechos del niño, ratificada y aprobada mediante la Ley 12 de 1991, desarrollada a su turno por el decreto ley 1298 de 1994 mediante el cual se expidió el Estatuto Orgánico del Sistema General de seguridad Social en Salud.

Esto ha conducido a que, como las pautas que traza la Corte en fallos de revisión de tutelas, *tienen por finalidad orientar a los jueces* sobre el sentido y los alcances de las normas constitucionales, deben ser atendidos por éstos y por tanto, *no se pueden apartar de esos criterios*, pues, según lo dispuesto por la Corte:

“no se apartan simplemente de una jurisprudencia —como podría ser la penal, la civil, o la contencioso-administrativa— sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquella en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad...” (sentencia T-150/98 de abril 27, MP: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO)

y que posteriormente justifica

“...en la inseguridad jurídica que se crearía si cada funcionario judicial interpretara según su criterio las normas legales. Es por esto que esta Corporación es la competente para sentar la jurisprudencia constitucional con efectos unificadores, integradores y vinculantes para todos los jueces que conocen los procesos de tutela (sentencia T-164/98 de abril 30, MP: FABIO MORÓN DÍAZ).

9. Consecuencias del carácter constitucional del derecho a la seguridad social

Este tema resulta relevante cuando se analiza el régimen pensional y el papel que en ella cumplen los seguros privados, porque permite identificar en materia de prestaciones asistenciales y económicas, que sobre ellas gravita un *riesgo jurídico* que se manifiesta en la multitud de normas reglamentarias, los ajustes que se viene realizando dentro de esa normativa de los sistemas que componen la seguridad social ante reformas que han resultado fragmentarias por la persistencia de situaciones de déficit que debe asumir el Estado y los *pronunciamientos judiciales que en ocasiones privilegian la protección del derecho a la seguridad social por su conexidad con el derecho a la vida y el mínimo vital, aún por encima del equilibrio financiero del sistema.*

Con base en estas consideraciones el, *riesgo jurídico* podría definirse como aquellas circunstancias derivadas del ordenamiento positivo o de su interpretación, que pueden llevar a alterar la exposición al riesgo y que por ende, generan una eventual insuficiencia en las tarifas o en el precio del seguro. En el caso de los seguros de salud, previsionales y de personas, ese riesgo jurídico viene determinado por los fallos de tutela que, en ocasiones han reconocido prestaciones, excediendo el marco legal establecido para el sistema de seguridad social.

Claro está, dicho riesgo jurídico afecta no sólo a las entidades estatales que se ocupan de la atención del sistema integral de seguridad social, ya sea en materia de salud, pensiones o riesgos profesionales, sino también a las privadas.

La aparición de dicho riesgo jurídico, obedece a la concepción de Estado social de derecho y la tarea que a este corresponde de velar por los derechos fundamentales de las personas, lo que implica que en el ámbito jurídico, hoy día, que lo preponderante no es lo que dispone el ordenamiento positivo, sino lo que establece la Constitución y por ende, prevalece las garantías y las disposiciones constitucionales en la solución de los casos concretos.

B. Los seguros previsionales

1. Precisión terminológica

Los denominados *seguros de la seguridad social* podrían catalogarse como *seguros previsionales en sentido amplio*, porque comportan un elemento de previsión y de ahorro con respecto a determinados tipos de contingencias.

Los seguros previsionales, en sentido amplio, en consecuencia, son mecanismos que contribuyen a asegurar el pago de las prestaciones que brinda el sistema de seguridad social en materia de salud, pensiones y riesgos profesionales, o bien, pueden ser esquemas complementarios de protección, como acontece con los planes complementarios de salud, los seguros de accidentes personales y los planes de renta vitalicia, que encuentran su marco normativo, no sólo en el régimen propio de los seguros de personas previsto en el Código de Comercio sino también en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias.

Es innegable en materia de seguridad social, la importancia de la institución del seguro. Se encuentra presente en materia pensional y particularmente, en el régimen de ahorro individual con solidaridad a través de las pólizas de *seguro colectivo de invalidez y fallecimiento* que las sociedades administradoras de fondos de pensiones contratan para precaverse de la insuficiencia de los fondos depositados en la respectiva cuenta de ahorro individual para sufragar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, en los términos previstos en la ley.

Por otro lado, en materia de pensiones, también cobran relevancia los *seguros de renta vitalicia*, para aquellos cotizantes que, bajo el régimen de ahorro individual, opten bajo el esquema obligatorio o el voluntario, por esta modalidad de pensión.

Lo que no puede perderse de vista es el cometido teleológico de *los seguros previsionales, en sentido estricto o restringido*, ya que tienen por finalidad amparar los riesgos de muerte o la invalidez anticipada o prematura de los cotizantes, para que la sociedad administradora de fondos de pensiones a la cual cotizaba el afiliado fallecido o inválido, para que pueda contar con el capital suficiente para satisfacer las pensiones de sobrevivientes o de invalidez y que usualmente, revisten la forma de pólizas colectivas y cuyas condiciones son establecidas de antemano por el mismo Estado.

2. Características de los seguros de la seguridad social – normatividad aplicable

Los seguros de la seguridad social, no tienen un marco jurídico único, porque es menester conjugar disposiciones propias de la Ley 100 de 1993 y su reglamentación, así como las normas del Código de Comercio.

Las primeras, porque establecen el contenido de las prestaciones que se pretende amparar y las segundas, porque determinan los presupuestos técnicos propios para la gestión de este tipo de amparos, pero con una clara prevalencia de aquéllas sobre éstas.

Esto se pone de manifiesto que los seguros previsionales en general y de manera particular en aquellos que tienen carácter pensional poseen un marco regulatorio propio contenido en los artículos 108 y sigs. de la Ley 100 de 1993, el decreto 718 de 1994, el decreto 1161 de 1994 art. 15, la resolución 530 de 1994 de la Superintendencia Bancaria, la circular básica jurídica 007 de 1996 y las disposiciones contenidas en el Código de Comercio sobre los seguros de personas.

Para otros, de su marco normativo hacen parte también los artículos 59, 70, 77, 60 literal b, 20, 108 y 135 de la Ley 100 de 1993; y el decreto 449 de 2003.

3. Naturaleza jurídica de los seguros previsionales

Se trata de seguros de personas, lo que trae como consecuencia que sean amparos de carácter tuitivo y no indemnizatorios, aunque la suma asegurada debe establecerse con base en criterios establecidos en la ley para que cumplan con la finalidad que ésta les ha asignado.

Como acaba de exponerse, en el campo propio de los seguros de la seguridad social, ante la finalidad que les asigna la misma ley; se reitera que, es menester conjugar disposiciones propias de la Ley 100 de 1993 y su reglamentación, así como el marco

contenido en disposiciones del Código de Comercio y lo propio acontece con el marco regulatorio de los denominados seguros previsionales.

4. Características propias de los seguros previsionales

a. El carácter restringido del principio de libertad de gestión

En lo atinente a la *libertad de gestión* prevista en la Ley 45 de 1990, este principio es restringido en esta materia, porque en los seguros previsionales las condiciones mínimas de amparo son señaladas por la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera).

De la misma forma, dicha entidad debe velar por la transparencia en las operaciones que desarrollan las AFP, de tal manera que las cuentas de capitalización y administración se lleven de forma separada, asimismo que las administradoras de los fondos de pensiones informen el valor de las primas de seguros y de las comisiones cobradas.

Además, el artículo 95 de la Ley 100 de 1993 dispone que las entidades autorizadas para actuar como administradoras o aseguradoras dentro del sistema pensional deben someter a la aprobación de la Superintendencia Bancaria los planes de capitalización y de pensiones que pretendan administrar y como requisitos para la aprobación de los planes de pensiones, el artículo 96 del mismo estatuto señala que *todo plan debe amparar a los afiliados y pensionados contra los riesgos a que hace referencia la Ley 100* y señalar las condiciones específicas de amparo. Condiciones que por mandato de la citada norma, no pueden modificarse posteriormente para desmejorar cualquiera de las condiciones establecidas. En caso de modificaciones a los condicionados, estos deben remitirse previamente a la Superintendencia Financiera para su aprobación y si la modificación es respecto de las tarifas, la nota técnica respectiva debe remitirse para su aprobación previa (circular básica jurídica 007 de 1996).

Por su parte, la circular básica jurídica 007 de 1996, establece que, las aseguradoras que deseen explotar este ramo deberán obtener autorización previa de conformidad con lo previsto en el artículo 95 de la Ley 100 de 1993. Para ello, se deberá remitir en todos los casos el modelo de póliza, sus anexos y la respectiva nota técnica, la cual deberá cumplir con los requisitos establecidos en el numeral 1.1.6 del presente capítulo.

b. Obligación de contratar los seguros previsionales

El artículo 108 de la Ley 100 establece la obligación para las administradoras de contratar seguros para garantizar el cubrimiento de los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y de sobrevivientes.

En este sentido, en ellas se radica el interés asegurable, porque el tomador de la póliza, por disposición de la ley, es la sociedad administradora de fondos de pensiones,

en consecuencia, tienen un interés asegurable como administradoras de fondos de pensiones, sobre la vida y la integridad física de sus afiliados y por ello, en caso de prescindir de su contratación, o en el evento que el amparo fuera terminado por la aseguradora por mora en el pago de la prima por parte de la AFP estaría en la obligación de responder con su propio patrimonio por el daño que esa burda negligencia o descuido ocasione (art. 1137, num. 3º, C. de Co.).

Sin embargo, se enfatiza que el interés asegurable de la AFP se deriva del cumplimiento de una obligación que le impone la ley y no obedece en estricto sentido, a lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 1137 del Código de Comercio, porque la AFP no es titular del fondo de pensiones sino tan sólo administradora.

c. El marco normativo especial aplicable a los seguros previsionales

Como acaba de exponerse, el artículo 108 de la Ley 100 de 1993 establece la obligación de las administradoras de suscribir seguros que garanticen los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, los cuales deben ser colectivos y de participación.

A su vez el artículo 79 de la mencionada ley consagra los planes que pueden expedir las entidades aseguradoras como opciones de pensión para los afiliados de una administradora.

En esta materia existe una prolija reglamentación, como se evidencia con la existencia de otras normas, como son: a través del decreto 718 de 1994 se determinó el procedimiento para garantizar la libre concurrencia de oferentes en la contratación de los amparos que tengan por finalidad garantizar los aportes adicionales para financiar las pensiones de invalidez y de sobrevivientes de tal forma que se observen los principios de igualdad de acceso, igualdad de información, objetividad en la selección del asegurador, unidad de póliza, periodicidad en el procedimiento mínimo cada cuatro años y en su publicidad; las características de los amparos; la posibilidad de intervención de intermediarios de seguros; publicidad de la comisión del intermediario. Por su parte, la Superintendencia Bancaria en la Resolución 2102 de 30 de septiembre de 1994 estableció los criterios de evaluación para determinar el cumplimiento por parte de las administradoras de lo dispuesto en el decreto antes mencionado y la oportunidad e informaciones que aquéllas deban remitir al organismo de supervigilancia estatal.

Asimismo, el decreto 719 de 1994 estableció el procedimiento a observar para que se dé cumplimiento a la obligación de asesorar a los afiliados en la selección de las rentas vitalicias por parte de las sociedades administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad; para ese efecto, la Superintendencia Bancaria mediante circular externa 003 de 20 de enero de 1995, adoptó un formulario que debe diligenciar la respectiva entidad administradora de pensiones respecto de cada una de las aseguradoras que ofrezcan ese tipo de productos.

Por su parte, el decreto 876 de 1994 reglamentó diversos aspectos sobre el régimen general de seguros de invalidez y sobrevivencia y en especial, la participación de utilidades, la terminación del seguro de invalidez y sobrevivientes por el no pago de la prima, el trámite de las reclamaciones, el amparo de auxilio funerario, la garantía de renta vitalicia por la aseguradora de vida que hubiere expedido los seguros de invalidez y sobrevivencia, el seguro en caso de cesión del fondo de pensiones. Asimismo, dicho decreto se ocupa de los planes alternativos de pensiones y en particular, los requisitos para que el afiliado pueda hacer uso de esta opción, los requisitos de dichos planes, las entidades autorizadas y las exigencias que éstas deben cumplir en materia de patrimonio técnico y margen de solvencia.

Finalmente, el decreto 1889 de 1994 aplicable al Sistema General de Pensiones y en lo pertinente al Sistema de Riesgos Profesionales, regula diversos aspectos sobre la financiación de las pensiones y entre ellos la forma de calcular el capital necesario y el capital adicional para cubrir la pensión de referencia del respectivo afiliado, e igualmente contiene normas sobre el orden de beneficiarios en la pensión de sobrevivientes, la forma de acreditar la calidad de tal y las consecuencias que la extinción o disminución de invalidez, conllevan en la administración del retiro programado o la renta vitalicia entre las administradoras y las aseguradoras.

d. Justificación de ese marco normativo especial

Esas disposiciones especiales se justifican por:

- La naturaleza del amparo, la protección que brindan como soporte de la garantía de la seguridad social que por mandato constitucional se encuentra a cargo del Estado;
- El hecho que el importe de la prima de este tipo de amparos haga parte de la cotización que recibe el sistema de seguridad social del afiliado y su empleador, y
- Los beneficiarios en últimas de estas prestaciones estén determinados en las normas propias de la seguridad social y en especial, en los artículos 74 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 7º y 8º del decreto 1889 de 1994, el art. 13 de la Ley 797 de 2003, aunque del seguro en sí mismo el beneficiario es la AFP, quien recibe la indemnización a título de administrador del respectivo fondo de pensiones.

5. Financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivientes

Como el objeto de los seguros previsionales, consiste en cubrir el capital faltante para sufragar la pensión de referencia que le correspondería al respectivo afiliado o a sus beneficiarios, en caso de sobrevenir su invalidez o su muerte, es claro que el riesgo

asegurado, consiste en completar el capital para financiar la pensión de referencia (con base IBL- art. 21 Ley 100/93) cuando el afiliado fallezca o se invalide, al igual que el monto del auxilio funerario en el evento de muerte del afiliado.

A ello obedece que el *valor asegurado* deba ser suficiente para cubrir las cotizaciones de los afiliados declarados inválidos y de aquéllos que generen pensión de sobrevivientes y en este último caso, también comprende el auxilio funerario, o expresado en otros términos, debe ser suficiente para cubrir íntegramente los siguientes beneficios: los aportes adicionales necesarios que correspondan a los afiliados declarados inválidos por las juntas seccionales o regionales de calificación de invalidez, como también los aportes adicionales necesarios que deben abonarse en las cuentas para afiliados a la administradora no pensionados, que generen pensiones de sobrevivientes, como también el auxilio funerario del afiliado.

6. Generalidades aplicables a los seguros de invalidez y sobrevivientes

En este tipo de amparo de invalidez, el tomador, es la sociedad que administra fondos de pensiones que contrata el seguro de invalidez y el *asegurado y beneficiario* de la protección es el afiliado al fondo de pensiones, en caso de ser declarado *inválido* y por ello en las condiciones generales de la póliza se dice que tiene ese carácter el afiliado declarado como tal conforme al artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y las normas que lo reglamenten, por las juntas regionales o seccionales de calificación de Invalidez cuando ésta resuelva en segunda instancia.

La extensión del *riesgo asegurado* viene determinada por el capital necesario, definido en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993 y las normas que lo reglamenten y en este sentido es evidente el *carácter conexo* respecto de los recursos de la cuenta de ahorro pensional y bono pensional.

Es más, en materia de *solvencia de las aseguradoras*, el artículo 94 de la Ley 100/93 facultó al gobierno para determinar el *patrimonio técnico* de las aseguradoras de vida que se ocupen de los seguros previsionales, lo cual fue reglamentado en el decreto 717/94 y a través del artículo 17 del decreto 1661/94 estableció reglas especiales para la reserva técnica; el decreto 2345/95 se ocupó del cálculo de la reserva para siniestros pendientes no avisados para el ramo de invalidez y sobrevivencia y las bases técnicas para los seguros de renta vitalicia, invalidez y sobrevivencia, planes de pensiones se encuentran desarrolladas en la circular externa 007 de 1996 que adoptó distintas tablas de mortalidad, invalidez y rentistas.

Aún, a riesgo de ser repetitivo, en relación con el seguro de invalidez, en una apretada síntesis, puede decirse que el amparo consiste en la protección respecto de accidentes

por causa común o enfermedad general, como quiera que su finalidad es la de satisfacer el pago de suma adicional para financiar la pensión. La prima, opera en función de los riesgos de accidentalidad que cumplan con los requisitos de homogeneidad y representatividad (art. 184, núm. 3º decreto 663/94) y con las bases técnicas en materia de tablas de mortalidad e invalidez (decreto 656/94). En caso de mora en el pago de la prima, opera la terminación y en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 decreto reglamentario 1661 /94 los perjuicios que esto ocasione corren a cargo de la AFP.

De manera que, en el supuesto de retardo en el pago de la prima, respecto de los seguros de invalidez y sobrevivientes, el artículo 2º del decreto 876/94, remite al art. 1152 C. de Co. y contempla la terminación del amparo dentro del mes siguiente, sin que el asegurador tenga derecho a exigirla y debe cursarse aviso en ese sentido a la Superintendencia Financiera dentro de los 3 días siguientes (art. 2º decreto 87/94)

En cuanto a las *características propias* de los seguros de invalidez y sobrevivientes, se encuentran señaladas en los artículos 108 Ley 100/93 y 1º del decreto 876 /94, vale decir, de carácter *colectivo*, por cuanto cobija un número plural de afiliados al respectivo fondo de pensiones y opera de forma automática para quienes vayan ingresando al respectivo fondo de pensiones, y de *participación*, pues se contempla la distribución de las utilidades resultantes de las pólizas; para ese efecto, la aseguradora debe remitir previamente a la Superintendencia las notas técnicas en las cuales se establezcan la forma de cálculo de dicha participación.

En materia de extensión del amparo, las *exclusiones*, sólo pueden consistir en los siguientes supuestos: participación del afiliado en guerras, motines, rebelión, sedición, asonada, actos terroristas, suspensión de hecho de labores, movimientos subversivos, conmociones populares de cualquier clase; fisión o fusión nuclear o contaminación radioactiva como consecuencia de hostilidad; Invalidez provocada intencionalmente; Invalidez o muerte como consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Dentro de la reglamentación también se establece que se entiende ocurrido el siniestro al fallecimiento en el caso de la pensión de sobrevivientes o al momento en que acaezca el hecho que origine la invalidez de un afiliado, si se trata de pensión de invalidez.

No obstante, en este último caso, el asegurador solo está obligado al pago al producirse la declaración en firme de la invalidez. De todas maneras, el aviso de siniestro, debe surtirlo la administradora en su condición de tomador, dentro de los dos días siguientes a la presentación de la solicitud de dictamen ante la junta regional, el capital que a la fecha hubiere en la cuenta de ahorro pensional y el bono pensional a que tenga derecho el afiliado, si es el caso.

Por supuesto, si omite hacerlo, ello no invalida el derecho a reclamar, por cuanto se aplicaría supletivamente lo dispuesto en el artículo 1078, inc. 1º del C. de Co.

De la misma manera, la regulación vigente le impone a la AFP la obligación de reclamar ante al aseguradora dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que el dictamen de invalidez quede en firme o se solicite la pensión de sobrevivientes.

Como consecuencia de tal reclamo, dando por descontada la existencia de amparo, la aseguradora debe satisfacer el monto necesario para financiar la pensión (art. 3º decreto 876/94) y el auxilio funerario (art. 4º decreto 876/94) que hubiere pagado la AFP, con cargo al respectivo seguro de sobrevivientes.

De lo expuesto se colige que las obligaciones de la aseguradora consisten en trasladar los montos necesarios a la administradora, si el pensionado opta por un retiro programado; expedir un seguro de renta vitalicia inmediata o de retiro programado con renta vitalicia diferida cuando lo solicite el pensionado (afiliado) o sus beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. En este supuesto, el seguro de renta vitalicia debe corresponder a una mesada pensional no inferior al 100% de la pensión de referencia utilizada para el cálculo del capital necesario.

En caso que, posteriormente aparezcan otros beneficiarios, se deben recalculan las pensiones determinadas inicialmente incluyendo a todos los beneficiarios de acuerdo con la ley. Dicho recálculo se debe efectuar en función de la reserva matemática que mantenga la entidad aseguradora al momento de acreditarse los nuevos beneficiarios.

C. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DE LOS SEGUROS PREVISIONALES

Los seguros previsionales son de carácter tuitivo, por cuanto brindan protección como soporte de la garantía del reconocimiento y pago de las pensiones, que por mandato constitucional se encuentra a cargo del Estado; el importe de la prima de este tipo de amparos hace parte de la cotización que recibe el sistema del afiliado y de su empleador; los beneficiarios en últimas de estas prestaciones están determinados en las normas propias de la seguridad social y en especial en los artículos 74 de la Ley 100 de 1993, 7º y 8º del decreto 1889 de 1994, el art. 13 de la Ley 797 de 2003. Aunque el beneficiario es la AFP, recibe la indemnización con el mismo carácter con que contrata el amparo, vale decir, como administrador del fondo de pensiones.

I. Prescripción de los derechos pensionales

La Corte Constitucional en sentencia C-230 de mayo 20 de 1998, con ponencia del magistrado HERNANDO HERRERA VERGARA, se ocupó del análisis de la constitucionalidad del artículo 2º de la Ley 116 de 1928 en virtud de la cual en materia de pensiones a docentes,

se amplió plazo para la revisión de las pensiones en un año y se estableció en el segundo párrafo de esa disposición que el derecho a solicitar pensiones prescribía a los 30 años.

La disposición fue acusada de violar el deber de protección y asistencia en favor de las personas de la tercera edad (art. 46 CP), el derecho a la seguridad social y al pago oportuno de las pensiones (arts. 48 y 53 CP), en cuanto se restringía la oportunidad para garantizar unas condiciones de vida digna.

La Corte al declarar la inexecutable del segundo párrafo de la disposición antes mencionada, proclamó *la imprescriptibilidad de los derechos pensionales* con base en las siguientes consideraciones, que por su trascendencia ameritan ser transcritas:

“De esta forma se tiene que, el fundamento que sustenta el señalamiento de una prescripción de corto plazo para las acciones laborales, radica en la efectividad del principio de la seguridad jurídica, que evita la configuración de controversias laborales indefinidas, a través de mecanismos que faciliten el tránsito por las vías legales y del entendimiento racional su correspondiente resolución.

“Ya en lo atinente al tiempo para presentar el reclamo de prestaciones, cabe observar que, con anterioridad a la vigencia del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, que consagra la prescripción en tres años de las acciones que emanen de las leyes sociales, se dio aplicación a lo dispuesto en el Código Civil (art. 2536) en cuanto a la prescripción de las acciones ordinarias y ejecutivas; las primeras, por un término de veinte años y las segundas, de diez; de manera que, compartiendo los criterios esbozados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado la expedición de dicha norma procesal laboral unificó en forma integral el régimen de prescripción de los derechos laborales mediante la llamada prescripción trienal, una vez la obligación se haga exigible, es decir a través de una prescripción de corto tiempo, salvo en los casos de excepción legal expresa.

“No obstante, no todo derecho de naturaleza laboral se extingue con el transcurso del tiempo. Como ocurre en el específico evento de las pensiones, tan pronto una persona reúne los requisitos establecidos en el ordenamiento legal para obtener el mencionado “status” de pensionado, el derecho adquirido no puede ser desconocido, y se enmarca dentro de la categoría de los derechos que no prescriben en relación con su reconocimiento; de manera que, sólo el fallecimiento de la persona hace viable la terminación del mismo, salvo cuando haya lugar a la sustitución pensional establecida en la ley o en las normas convencionales sobre la materia, para los beneficiarios de dicho derecho.

“Para la Corte el derecho a solicitar la pensión de jubilación es imprescriptible, con sujeción a los mandatos constitucionales consagrados en la Carta Política de 1991; basta con recordar el artículo 48 constitucional que garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y el 53 que obliga al pago oportuno de las pensiones.

“Lo anterior, dada la naturaleza de la prestación económica y social de la cual se trata, según la cual, “... el derecho a pensión de jubilación o vejez, en los términos definidos por la ley, constituye un derecho de aplicación inmediata en aquellos eventos en los cuales está destinado a suplir el mínimo vital básico de las personas de la tercera edad. Lo anterior, no sólo por su estrecha relación con el derecho al trabajo, sino porque en tratándose de personas cuya edad; hace incierta una virtual vinculación laboral, su transgresión compromete la dignidad de su titular como quiera que depende de la pensión para satisfacer sus necesidades básicas”.

“Así las cosas, la pensión de jubilación, vejez e invalidez, entre otras, no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos, lo cual no significa que se atente contra el principio de seguridad jurídica; por el contrario, constituye un pleno desarrollo de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad, la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, para mantener más condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social (CP, arts. 1º, 46 y 48), determinando a su vez una realización efectiva del valor fundante que impone la vigencia de un orden económico y social justo, dentro de un Estado social de derecho; consideraciones que hacen inexecutable la disposición demandada, salvo para lo relacionado con las denominadas “pensión gracia” de que tratan las disposiciones legales pertinentes, que se conceden por razones diferentes al tiempo de servicio, edad del trabajador o incapacidad para laborar.

“Cabe agregar, que dada la naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia de las pensiones, la prescripción resulta viable, exclusivamente, respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho. Este criterio, ha sido igualmente sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia...” (se subraya).

2. La prescripción en el contrato de seguro

En cuanto a los lineamientos generales de la regulación, el artículo 1081 del Código de Comercio ha suscitado las más diversas interpretaciones, dados los términos ambiguos de su tenor literal.

Sin embargo, el alcance y contenido de tal precepto fueron precisados por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 4 de julio de 1974 en relación con el término que se tiene para solicitar del asegurador la satisfacción de la obligación indemnizatoria que tiene a su cargo. En apretada síntesis, el parecer de la Corte se resume así: La prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato opera con respecto al tomador, el asegurado, el beneficiario y el asegurador, por cuanto estas personas son las únicas que pueden tener algún derecho dentro del contrato y por lo mismo, el carácter de “interesados”.

La prescripción extraordinaria corre contra los incapaces (CC, arts. 2530, 1º y 2541) y contra todos aquellos “interesados” que no hayan tenido o podido tener conocimiento del siniestro.

En lo relativo a los términos de una y otra prescripción, la Corte señaló que la prescripción ordinaria comienza a contarse, tratándose del ejercicio del derecho a la prestación indemnizatoria a cargo del asegurador, desde el momento que el “interesado” tuvo conocimiento, o razonablemente pudo tenerlo, del siniestro; el de la extraordinaria comienza, a correr desde la fecha de ocurrencia del siniestro y en este sentido, considera que las expresiones “... hecho que da base a la acción...” y “... momento en que nace el respectivo derecho...” son sinónimas.

En consecuencia,

“las correspondientes acciones prescriben en contra del respectivo interesado así: cuando se consuma el término de dos (2) años de la prescripción ordinaria a partir del conocimiento real o presunto de este, o en todo caso, cuando transcurran cinco (5) años a partir del siniestro, a menos que se haya consumado antes la prescripción ordinaria. La extraordinaria —se repite— corre aún contra personas incapaces o aquellos que no tuvieron ni pudieron tener conocimiento del hecho que da origen a la acción”.

Posteriormente, en pronunciamiento del 4 de marzo de 1989 con ponencia del magistrado ALBERTO OSPINA BOTERO, la Corte precisó que:

“Todas las acciones que tengan como soporte el contrato de seguro, sea que busquen la satisfacción del derecho, como acontece con la ejecución, sea que persigan su esclarecimiento y reconocimiento, como sucede con las de naturaleza cognoscitiva, están sometidas inexorablemente a los plazos extintivos que prevé el art. 1081 del ordenamiento comercial”.

Algunos pronunciamientos posteriores se han referido al cómputo de la prescripción cuando se pretende la declaratoria de la nulidad relativa del contrato o la devolución de la prima no devengada en caso de terminación del contrato.

En sentencia del 18 de mayo de 1994, la Corte expresó que los términos de prescripción se fundan en criterios distintos. En esa oportunidad dijo:

“Como surge del texto mismo del artículo 1081 del Código de Comercio, el legislador colombiano, al establecer dos clases de ‘prescripción’ respecto de las acciones que se derivan del contrato de seguros o de las disposiciones que lo rigen, funda la ordinaria en un criterio subjetivo y la extraordinaria en un criterio objetivo. Así, la primera sólo corre desde que el interesado ‘haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción’, al paso que la segunda empieza a contarse desde cuando ‘nace el respectivo derecho’.

“Por lo que hace a la ‘prescripción ordinaria’ a que se refiere el artículo 1081 del Código de Comercio, se precisa por la Corte que no es suficiente para que empiece a computarse esta especie de ‘prescripción’ el simple acontecer del ‘hecho que da base a la acción’, sino que, por imperativo legal, se exige además que el titular del interés haya tenido conocimiento del mismo efectivamente, o a lo menos, debido conocer ese hecho, momento a partir del cual el término fatal que puede culminar con la extinción de la acción, ‘empezará a correr’, y no antes, ni después”.

3. Prescripción en los seguros previsionales

a. Los seguros previsionales son contratos normados

Dentro de las características propias de los seguros previsionales, es evidente que se trata de un contrato normado porque las pólizas respectivas se encuentran reglamentadas y por lo mismo, la delimitación de los riesgos viene determinada por las reglamentaciones gubernamentales, con lo cual se rompe el principio de autonomía de gestión que consagra el artículo 1056 del Código de Comercio.

El hecho causante de la materialización del riesgo también es definido en esas reglamentaciones y el momento en que se hace exigible la prestación a cargo del asegurador.

Como ya se expuso, en materia de *prescripción de los derechos pensionales*, en sentencia C-230 de 1998 MP: HERNANDO HERRERA VERGARA, la Corte Constitucional estableció que el derecho a solicitar la pensión es imprescriptible y que la prescripción opera sólo respecto de las mesadas pensionales que no se hubieren solicitado dentro de los tres años anteriores, lo cual también ha sido acogido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de julio 15 de 2003, MP: ISaura VARGAS.

Por otro lado, es claro que el derecho a la pensión es un derecho fundamental por conexidad con el derecho a la vida, a la salud y al mínimo vital y que las disposiciones legales, ante la supremacía de la Carta, deben interpretarse en función de tutelar y preservar las garantías constitucionales, ante lo que se ha dado en llamar como la constitucionalización del derecho, donde el principio de legalidad cede lugar al principio de constitucionalidad.

Por contera, es evidente que *el derecho a reclamar la pensión y sus componentes*, como lo son los importes de los seguros de invalidez y de sobrevivientes son imprescriptibles y como quiera que de lo que se trata es de proteger la efectividad de los derechos pensionales, los términos de prescripción aplicables no pueden ser distintos de aquellos que estén establecidos en las normas especiales del régimen pensional y no en las propias del contrato de seguro, como pasa a demostrarse enseguida.

Como lo reitera la circular básica jurídica 007 de 1996, el artículo 108 de la Ley 100 de 1993 establece la obligación de las administradoras de suscribir seguros como un mecanismo para garantizar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, los cuales deben ser colectivos y de participación. A su vez, el artículo 79 de la mencionada ley consagra los planes que pueden expedir las entidades aseguradoras como opciones de pensión para los afiliados de una administradora.

Por esa razón, la Superintendencia estableció los requisitos mínimos que deben reunir tales pólizas de seguros y entre ellos al referirse al objeto dispuso:

“Mediante las pólizas de seguro de invalidez y sobrevivientes que contraten las sociedades que administren fondos de pensiones, la entidad aseguradora debe otorgar cobertura automática a las personas afiliadas a la administradora y asegurar el pago de las sumas adicionales que sean necesarias para completar el capital que financie el monto de la pensión, originadas por la declaración de invalidez que emitan las respectivas juntas regionales o seccionales de calificación de invalidez y de los aportes adicionales para afiliados no pensionados que generen pensiones de sobrevivientes...”.

En materia de valores asegurados estableció lo siguiente:

“*Valores asegurados.* El seguro debe ser suficiente para cubrir íntegramente los siguientes beneficios:

“a. Los aportes adicionales necesarios que correspondan a los afiliados declarados inválidos por las juntas seccionales o regionales de calificación de invalidez.

“b. Los aportes adicionales necesarios que deben abonarse en las cuentas para afiliados a la administradora no pensionados, que generen pensiones de sobrevivientes.

“c. El auxilio funerario del afiliado”.

Por lo mismo, sin mayor esfuerzo se colige que, *la finalidad que cumplen los seguros previsionales es garantizar uno de los componentes de la pensión* y en cuanto tal, servir igualmente de soporte a una garantía constitucional como es el derecho al reconocimiento y pago de la pensión.

Por ello, es preciso destacar que en concepto de diciembre de 2005 la Superintendencia Financiera consideró que a los seguros previsionales:

“...no les resultan aplicables en su integridad las normas del derecho privado contenidas en el Código de Comercio que regulan los seguros privados; es el caso de la prescripción contenida en su artículo 1081, cuya aplicación haría nugatorio el derecho a la pensión que es de carácter imprescriptible y quebrantaría el mecanismo para el pago de pensiones que el Estado garantiza a través de la regulación examinada”.

De manera que, como se ha expuesto, los seguros provisionales son contratos regulados, lo que abarca tanto el procedimiento para su celebración como el contenido prestacional del mismo, porque se reitera, es fijado por vía de reglamentación gubernamental.

Esto se explica, porque lo que pretende protegerse es el derecho a la mesada pensional por invalidez o sobrevivencia, garantizar que, cuando se produzca el hecho causante, se satisfaga el capital faltante para cubrir lo requerido por la pensión de referencia.

Sin duda, las pólizas así instrumentadas responden a un contrato de derecho privado, pero con unas notas particulares que pone de relieve la reglamentación y en donde su origen primigenio viene dado por una garantía de rango constitucional, con todas las consecuencias que esto apareja.

b. Fundamento del carácter colectivo y de participación

De manera que, los seguros de invalidez y sobrevivientes son contratos de seguro de derecho privado, pero con una función económico social que se manifiesta a través de su consagración legal, que los hace obligatorios para las AFP, y donde, en virtud del carácter colectivo que, tiene asignado, es un contrato de previsión de carácter asociativo pero cuya celebración no da lugar a una asociación con personalidad jurídica, pues lo que la ley pretende es sólo una asociación entre los afiliados al respectivo fondo de pensiones que es de carácter mutualista y consecuente con ese carácter que tiene un plan de pensiones, vale decir, su naturaleza jurídica es un patrimonio autónomo, es un instrumento de ahorro e inversión con el fin único de satisfacer las pensiones pretendidas por sus afiliados, de dar cumplimiento a las prestaciones asignadas en la ley para los planes de pensiones propios del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Desde este punto de vista, puede afirmarse que los planes de pensiones son patrimonios autónomos que tienen adscrita la finalidad de satisfacer las prestaciones propias de nuestro régimen pensional.

En efecto, el artículo 173 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los define como:

“un acuerdo por el cual se establece la obligación de contribuir a un fondo de pensiones de jubilación e invalidez y el derecho de las personas, a cuyo favor se celebra, de percibir una prestación en la forma prevista por este estatuto”.

Es tan evidente ese carácter mutualista que existe entre los afiliados a un fondo de pensiones, que conlleva una relativa comunidad de riesgos, pues las resultas de la inversión de sus cotizaciones o aportes es compartida por todos los afiliados al respectivo fondo y lo cual opera, también de manera refleja en los seguros de invalidez y sobrevivencia, de ahí la característica de ser amparos de participación.

Es por esto último que a ese tipo de pólizas se les asigna, se reitera, no sólo el carácter de colectivas, sino también “de participación”.

c. Comunidad de álea de los afiliados al fondo de pensiones

De manera que esa comunidad de riesgos conlleva igualmente una comunidad de álea, porque entre los afiliados al respectivo fondo de pensiones como cotitulares del mismo se comparten los buenos o malos resultados de los recursos del fondo y de esta manera se materializa un principio de solidaridad de carácter particular, porque su operancia tan sólo cobija, o si se quiere, se restringe a los afiliados al respectivo fondo.

Para evitar equívocos en este punto cabe distinguir entre los fondos de pensiones propios del régimen de ahorro individual con solidaridad y los planes complementarios de pensiones.

Si bien, ambos comparten el carácter de mecanismos de previsión, cumplen funciones y finalidades diferentes.

Los planes complementarios de pensiones tienen un origen voluntario, obedecen al querer del afiliado de constituir un esquema de previsión adicional y por lo mismo, en éstos no sólo prevalece la libertad de elección del fondo al cual acogerse sino también la tutela a la propia iniciativa, nota característica que precisamente también recoge la ley al denominarlos planes voluntarios de pensiones.

De este carácter voluntario también se deriva el hecho que no son de tipo sustitutivo, sino complementario o adicional a las prestaciones consagradas en el régimen pensional.

Por su parte, los fondos de pensiones propios del régimen de ahorro individual, se derivan en primer término, de la afiliación obligatoria al régimen de seguridad social en general y al régimen pensional, en particular y en segundo lugar, a la selección por el afiliado bajo el régimen de ahorro individual.

Con esta premisa en mente, resulta entendible que como mecanismos de instrumentalización de ese régimen de ahorro individual, se encuentran claramente articulados dentro del régimen pensional de la seguridad social, como quiera que es una de sus modalidades.

d. El carácter de administradoras de las AFP y sus consecuencias legales

Es claro que las AFP son administradoras de los fondos y esto explica que respecto de los fondos de pensiones obligatorias, la regulación legal de su actividad se encamina a establecer un marco normativo estricto y a cumplir una función encauzadora de la gestión que deben adelantar las AFP, de tal manera que el ordenamiento jurídico viene a cumplir

una finalidad de tutela entre los intereses subyacentes de los afiliados y los propios de la SAFF y como éstas adelantan una función de gestión y administración de ahorro privado de largo plazo, las sujeta tanto a procedimientos para su constitución y durante su decurso vital al monitoreo de la Superintendencia Financiera, con respecto a sus resultados y a la conservación de niveles adecuados de solvencia, liquidez y rentabilidad.

Es evidente, entonces, que la intervención del Estado en la gestión de la iniciativa privada en el sistema pensional colombiano, se justifica por la finalidad social que es inherente al sistema de previsión pensional, por una parte, y por otra, a que los recursos que administran las sociedades administradoras de fondos de pensiones constituyen ahorro de largo plazo, una de las modalidades de las que los economistas catalogan como ahorro contractual y de ahí, porque están sujetos a un régimen especial de inversiones, a reservas de distinto tipo y a estrictos requerimientos de solvencia.

De manera que, la intervención de la iniciativa privada a través de las sociedades administradoras de pensiones y de las compañías de seguros (porque pueden comercializar planes alternativos de pensiones que, como su nombre lo indica, es otro mecanismo para cumplir con las cotizaciones derivadas de la afiliación obligatoria al sistema pensional) satisface una necesidad de interés público y por lo mismo, la naturaleza jurídica de las prestaciones a cargo de unas y otras no es, en estricto sentido, jurídico-privada.

e. Naturaleza jurídica de los fondos que administran las AFP

En lo relativo a los fondos de pensiones obligatorias, que las AFP administran, son patrimonios autónomos sin personalidad jurídica y que están afectos al cumplimiento de la finalidad de previsión que les asigna la misma ley y los cuales se encuentran conformados por una parte de las cotizaciones de los afiliados y por los rendimientos de éstas y cuya administración corresponde a entidades profesionales y especializadas, sujetas a la supervigilancia estatal y a un régimen de garantías no sólo de tipo económico sino también de solvencia, entre estas últimas cabe destacar la reserva de estabilización y por supuesto, la contratación de los denominados seguros previsionales, vale decir, los seguros de invalidez y de sobrevivencia.

f. Carácter coligado de la vinculación al fondo y el seguro previsional

Como los fondos de pensiones obligatorias están conformados por las cotizaciones obligatorias al sistema pensional, constituyen un contrato de previsión al que se vinculan los afiliados a una determinada sociedad administradora de fondos de pensiones y para cuya preservación, ésta última está obligada a contratar los denominados seguros previsionales con entidades autorizadas para operar ese tipo de productos.

En este sentido, este último tipo de pólizas tienen el carácter de contratos coligados o conexos, respecto de la relación jurídica de vinculación al respectivo fondo de pensiones

por parte del afiliado al régimen pensional, para utilizar la terminología de la doctrina jurídica contemporánea y, que merecen ese calificativo por la conexión funcional y causal entre la vinculación de un afiliado al fondo de pensiones de la sociedad administradora de pensiones y los seguros previsionales que ésta debe contratar para proteger el fondo; conexión que no tiene la virtud de convertir en accesorios a los contratos de seguros previsionales, porque la conexión funcional y causal permite que conserven su individualidad, aunque la invalidez, terminación o ineficacia, de la vinculación del afiliado con el fondo de pensiones tienen un efecto directo o repercuten certeramente en tales pólizas de seguros.

g. Consecuencias de esa conexidad contractual

Los seguros previsionales son, por tanto, negocios coligados o conexos por disposición legal, porque la evidencia es que no está al arbitrio de la respectiva sociedad administradora de fondos de pensiones su contratación, sino que por tratarse de una obligación impuesta por la ley, es de carácter compulsivo o lo que es igual, de ineludible cumplimiento.

Ello, es así, por virtud de su vinculación funcional, porque poseen una finalidad conjunta orientada al pago de una pensión de invalidez o de sobrevivencia en función de una pensión de referencia y esa finalidad los hace inescindibles y ello explica que el principio de libertad de configuración del asegurador (art. 1056 C. de Co.) se ve seriamente restringido porque el contenido prestacional de esos seguros lo determina la misma ley y por supuesto, las cláusulas que se incorporan en las pólizas deben interpretarse bajo ese contexto que le determina ese nexo de interdependencia, de tal manera que la vocación o finalidad que le impuso el mismo legislador se materialice, habida cuenta que fue éste quien estableció esa conexidad entre la relación jurídica de vinculación al régimen pensional de ahorro individual y la relación jurídica asegurativa y bajo dicho contexto, los seguros previsionales cobran una proyección más amplia, ante el carácter que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se le ha reconocido al derecho a la pensión como un derecho fundamental por conexidad.

Contexto que no sólo lo determina el marco normativo propio de los derechos a la pensión de invalidez y sobrevivientes, sino que se ve enriquecido por los pronunciamientos jurisprudenciales a ese respecto, como claro desarrollo de la garantía constitucional, relativa al derecho a la pensión.

Por otro lado, si la percepción de las prestaciones del régimen pensional es una garantía constitucional y en este sentido, involucra el interés público, esto justifica con creces el régimen excepcional previsto para la actividad de las sociedades administradoras de fondos de pensiones, los requerimientos exigentes de solvencia, la garantía subsidiaria del Estado Colombiano a través del FOGAFIN y la contratación de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia.

Pero, como la Corte Constitucional en sentencia C-230 de 20 de mayo de 1998, MP: HERNANDO HERRERA VERGARA expresó que,

“...el derecho a solicitar la pensión de jubilación es imprescriptible, con sujeción a los mandatos constitucionales consagrados en la carta política de 1991; basta con recordar el artículo 48 constitucional que garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y el 53 que obliga al pago oportuno de las pensiones”

y agregó en la misma providencia:

“Lo anterior, no sólo por su estrecha relación con el derecho al trabajo, sino porque en tratándose de personas cuya edad hace incierta una virtual vinculación laboral, su transgresión compromete la dignidad de su titular como quiera que depende de la pensión para satisfacer sus necesidades básicas.

Así las cosas, la pensión de jubilación, vejez e invalidez, entre otras no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos, lo cual no significa que se atente contra el principio de seguridad jurídica; por el contrario, constituye un pleno desarrollo de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad, la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, para mantener más condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social (CP, art. 1º, 46 y 48), determinando a su vez una realización efectiva del valor fundante que impone la vigencia de un orden económico y social justo, dentro de un Estado social de derecho...”.

De manera que la *ratio decidendi* contenida en la providencia anterior se funda en el derecho al mínimo vital que la Corte Constitucional comenzó a perfilar en la sentencia T-426/92 de 24 de junio MP: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y de la cual resultan pertinentes para este estudio los siguientes apartes:

“... Aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la constitución busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad”.

Sin embargo, contrariamente a lo que pudiera pensarse, no es esta una innovación en materia jurisprudencial, pues la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de octubre 21 de 1985 (rad. 10842) así lo había expuesto y lo cual reitero en sentencia de 15 de julio de 2003, MP: ISaura VARGAS DÍAZ.

h. Imprescriptibilidad y prescriptibilidad en los seguros previsionales

En lo relativo a la imprescriptibilidad de los derechos, puede afirmarse con el profesor FERNANDO HINESTROSA FORERO que,

“Siendo la regla general la de la extinguiabilidad las acciones y de los derechos subjetivos por prescripción, parejamente en todos los ordenamientos siempre ha habido un sector reservado, inmune a los efectos consuntivos de la inercia del titular frente al paso del tiempo: el de “la relación jurídico-familiar que no esté enderezada al establecimiento hacia el futuro de un estado correspondiente a ella”, el de “los derechos indisponibles y los demás derechos indicados en la ley”, como prevé el artículo 2934 del Código Civil italiano; “en principio, los derechos extrapatrimoniales son imprescriptibles”. Por regla general, todo derecho y toda acción son susceptibles de extinguirse por medio de la prescripción. Sin embargo, no se debe perder de vista que, así sea en número reducido, hay derechos y pretensiones inmunes a la prescripción, es decir que escapan al efecto nocivo del tiempo, o dicho sin más, que son imprescriptibles, por razones diferentes”⁶.

De manera que, hay derechos imprescriptibles como el derecho de dominio o de propiedad, la pretensión sobre el estado civil de las personas y aquellos derechos que guardan relación con la existencia de la persona física y por lo mismo, si el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes guarda conexidad con derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la salud y al mínimo vital, es apenas evidente que tenga ese carácter de imprescriptible.

Imprescriptibilidad del derecho a la pensión y prescriptibilidad de las mesadas que no resulta exótico porque como lo expresara un magistrado del Tribunal Supremo español en la compilación

“Derecho de la seguridad social”: “...Una garantía particularmente intensa es la declaración de imprescriptibilidad que afecta a las prestaciones de jubilación y de muerte y supervivencia (art. 164 y 178 LGSS). El derecho a las restantes prestaciones prescribe a los cinco años del hecho causante, aunque en caso de retraso en la solicitud los efectos del reconocimiento sólo se retrotraen hasta los tres meses anteriores a la solicitud (art. 43.1 LGSS); límite este último que sólo se aplica a los retrasos en el reconocimiento, pero no a la declaración de diferencias de una prestación ya reconocida, (STS-7-7-1993, art. 5967). Hay una prescripción más corta, que la ley llama impropiamente caducidad y que no se refiere al derecho, sino a los devengos de una prestación ya reconocida. Si se trata de una prestación a tanto alzado el derecho al percibo caduca “al año al contar desde el día siguiente al de haber sido notificada en forma al interesado su concesión”; si las prestaciones son periódicas “el derecho al percibo caduca al año de su respectivo vencimiento”⁷.

La conexidad o interdependencia causal y funcional entre la relación jurídica de vinculación al régimen de ahorro individual del sistema pensional y la relación jurídica

6 *La prescripción extintiva* Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2000, pág. 35.

7 *Acción protectora (II). Régimen jurídico, garantías. Responsabilidades en materia de prestaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 339.

asegurativa derivada de los amparos de invalidez y sobrevivencia es tan clara que en materia de financiación de las prestaciones que de éstas se derivan, en punto de la pensión de invalidez, el artículo 70 de la Ley 100 de 1993 dispone que ésta se financia con los recursos de la cuenta individual, el bono pensional, si a él hubiere lugar,

“... y la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que le financie el monto de la pensión. La suma adicional estará a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes”.

Por su parte, el artículo 77 del mismo estatuto al referirse a la financiación de la pensión de sobrevivientes incluye:

“... los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional generados por cotizaciones obligatorias, el bono pensional si a ello hubiere lugar, y con la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. Dicha suma estará a cargo de la aseguradora”.

Lo expuesto anteriormente permite traer a colación esta reflexión:

“...la norma jurídica, como quiera que se le conciba, sea como una mera creación del hombre (autoridad en sentido *lato*) o de la sociedad misma (en los sistemas consuetudinarios), tiene un ingrediente valórico (axiológico). Este ingrediente, para algunos (jusnaturalistas), alcanza un carácter trascendente, superior y constante, y para otros (juspositivistas), lo incorpora el creador de la norma positiva. La norma jurídica, ausente de todo contenido axiológico es un absurdo, ya que si existe es porque se estima útil, conveniente, necesaria, buena o preferible”⁸.

Y a propósito del carácter normativo de la Constitución de 1991 y de su superioridad jerárquica que proclama el artículo 4º de la Carta, resultan también conducentes estas apreciaciones:

“las cosas ya no son como antes. La ley era “la medida” suprema, hoy es la Constitución. En otros tiempos se hablaba del principio de legalidad; hoy se habla del principio de constitucionalidad. La supralegalidad parecía poco simbólica y el control de su respeto era un propósito por alcanzar, una evolución deseable e ineluctable; hoy ocurre lo mismo con la supraconstitucionalidad.

“Los juristas, y quienes hablan de derecho, como filósofos y demás, deberían tomar conciencia de esta profunda transformación y no seguir fundamentando su razonamiento en la identidad entre derecho y ley, en la negación de la existencia de

8 RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Teoría de la interpretación jurídica*, Jurídica de Chile, Santiago, 2ª edición, 2004, pág. 18.

un derecho de la Constitución, que ya no es un “derecho de preámbulo” o un “derecho político”, sino un verdadero derecho”⁹.

Por lo anterior, a manera de colofón caben estas apreciaciones:

“...parece plausible sostener que toda controversia y en particular todas las soluciones formuladas al amparo de un ordenamiento jurídico dotado de una Constitución con carácter normativo, pueden considerarse constitucionalizadas; esto debido a que una de las premisas normativas —explícitas o implícitas— con apoyo en las cuales pueden ser presentadas tales controversias o justificadas dichas soluciones por los denominados órganos primarios, recurre a un argumento fundamentado en una cláusula constitucional”¹⁰.

4. Crítica a la posición que propugna por la aplicación del artículo 1081 del Código de Comercio a los seguros previsionales

En las páginas anteriores fueron expuestos los argumentos centrales de quienes a raja tabla propugnan por la prescriptibilidad de las acciones derivadas de la póliza de seguro previsional, con fundamento en el artículo 1081 del Código de Comercio.

Sea lo primero precisar que, para evitar equívocos, lo que se propugna es por la imprescriptibilidad del derecho a reclamar:

“la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión”

de invalidez o de sobrevivientes, mas no por el importe de mesadas que integren dicho capital y respecto de las cuales discurre el término de tres años consagrado en las disposiciones laborales (art. 151, CP del T).

Los partidarios de esta postura no desconocen la sentencia C-230/98 pero formulan la salvedad que,

“Pero de allí hasta concluir que las imprescriptibilidad también se extiende hasta las propias acciones del acciones del contrato sobre los seguros previsionales, existe un largo camino sembrado de escollos no superables” y por supuesto aducen que el

9 FAVOREAU, LOUIS, *Legalidad y constitucionalidad, la constitucionalización del derecho*, colección Temas de Derecho Público, Universidad Externado de Colombia, 1ª edición, Bogotá, 2000, pág. 61.

10 LÓPEZ CUÉLLAR, NELCY; CALDERÓN VILLEGAS, JUAN JACOBO y RINCÓN CÁRDENAS, ERICK, *La constitucionalización del derecho privado: un intento de revisión a partir de la experiencia de la jurisprudencia constitucional colombiana*, Universidad del Rosario, 1ª edición, Bogotá, 2005, pág. 19.

“derecho a solicitar la pensión” es, en realidad, “...el derecho que no se extingue por e transcurso del tiempo. Distinto es el derecho que, surgió del respectivo contrato, tiene la AFP en frente del asegurador para que le pague el siniestro representado por la suma necesaria para integrar el capital que, permitirá, a su vez, el pago de la pensión. Puesto que el origen de este derecho se halla en el contrato de seguro y éste es autónomo, el destino que le corresponde a la suma que el asegurador le pague a la AFP es algo que se sitúa por fuera de su esfera, lo que conduce a observa que los rasgos del derecho a la pensión, en particular el de su imprescriptibilidad no se trasvasan al contrato de seguro”¹¹.

Con el respeto que me merecen los personeros de tan novedosa postura y ante la evidencia de la fragilidad de las premisas en que se apoya dicha tesis, tales como: la pretendida autonomía del seguro previsional; la inexistencia de una norma en la ley o en las disposiciones que la reforman o reglamentan que así lo consagre; la diligencia que el decreto 656 de 1994 impone a las AFP, y lo cual, con evidente ligereza, conduce a concluir que:

“...el contrato de seguro cuando recaiga en los denominados seguros previsionales no se ve influido por la imprescriptibilidad del derecho a reclamar la pensión de invalidez o de sobrevivientes y que queda sujeto a la regla del artículo 1081 del C. de Co, lo que sigue es determinar el momento a partir del cual los plazos allí previstos empiezan a correr en lo tocante con la acción de la ATP en contra del asegurador...”¹².

En verdad, fundarse en una interpretación eminentemente subjetiva de la pretendida significación técnica y económica del contrato de seguro en general y aducir que:

“sería una gran paradoja la de que una actividad, como es la aseguradora; que parte precisamente de observar un cierto número de eventos dentro de un lapso de tiempo (*sic*) determinado, a la hora de ser contractualmente encausada tropiece con que e asegurador puede ver comprometida su responsabilidad de manera indefinida, así sea sólo dentro de un sector de la misma, como es el que en estas páginas habrá de examinarse, y sin que por tanto pueda liberar recursos a fin de destinarlos al cubrimiento de otros riesgos”¹³,

no resulta ser argumento valedero para pretender desvertebrar la garantía constitucional del derecho a la pensión, derecho fundamental por conexidad cuyo desconocimiento vulnera no sólo el derecho a la vida, sino también el mínimo vital.

11 MARÍN NARANJO, HÉCTOR, “La prescripción en los seguros previsionales en Colombia”, *Revista Iberoamericana de Seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, n° 24, junio de 2006, Bogotá, pág. 105.

12 MARÍN, ob. cit, pág. 111.

13 MARÍN, ob. cit, pág. 91.

Quienes sostienen que la prescripción consagrada para el contrato de seguro en el Código de Comercio, se aplica tal como está expresada en el texto legal, *descontextualizan los seguros previsionales* y por eso, llegan a conclusiones que generan desequilibrios tanto para la AFP como para los beneficiarios de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y resultan aplicando una norma de una manera que resulta contraria a la finalidad de tales seguros previsionales, porque olvidan que las reglamentaciones de los seguros previsionales se encaminaron a poner de presente la especialidad de ese tipo de amparos y que cumplieran la finalidad específica que, efectivamente, desde la Ley 100 de 1993, les adscribió el legislador.

De la misma manera, dejan de lado la estructura del contrato en los seguros previsionales, en el cual la AFP actúa como tomadora no para proteger su propio patrimonio sino el fondo de pensiones, del cual no es titular sino administradora y por lo mismo, tampoco es de recibo que se asevere que:

“...en esa responsabilidad que tiene la sociedad administradora del fondo de pensiones de cumplirle al afiliado o a los beneficiarios con el pago de la pensión es donde reside el interés en los contratos de seguros previsionales, interés que, como se ha dicho, no puede situarse en cabeza de los afiliados al sistema porque el de éstos tiende es al reconocimiento y pago de la pensión. Dicho en otros términos, a los afiliados al sistema el déficit del capital es un problema que, a los efectos del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez o de sobreviviente, no los afecta en razón de que la ley ha dejado su solución en manos de la sociedad administradora del fondo”¹⁴.

Es bien sabido que la aplicación e interpretación del derecho ha ocupado la atención de los estudiosos de la ciencia jurídica desde los primeros esfuerzos de codificación y el trabajo en este campo, ciertamente, ha sido prolífico como quiera que entre los métodos y escuelas de interpretación del derecho se distinguen, fundamentalmente: el método exegético; el método de interpretación savigniano; el método de la libre investigación científica; la escuela del derecho libre; la jurisprudencia de intereses; el método teleológico; el realismo y el trialismo jurídico; la teoría pura del derecho de HANS KELSEN; el método histórico evolutivo; el pluralismo metódico; la interpretación científica el método sistemático; etc. todas las cuales tienen como lugar común identificar las fuentes del derecho o procedimientos de creación del derecho y la manera cómo se manifiestan.

Esas posturas doctrinales en el ámbito de la hermenéutica jurídica, que acaban de enunciarse se ven claramente afectadas, hoy día, ante el valor normativo de la Constitución que el artículo 4º de la Carta política consagra. Es evidente la supremacía de la Constitución como “*norma de normas*” de ahí porque de forma cada vez más extendida se utilice la expresión “constitucionalización del derecho” para poner de manifiesto la prevalencia de las disposiciones constitucionales y por ende, de las pautas que ella determine en una materia en particular, las garantías y valores que han de preservarse, la posibilidad

14 MARÍN, ob. cit, pág. 94.

de aplicar directamente las disposiciones constitucionales sin que sea menester un desarrollo legal complementario.

Superioridad jerárquica de las normas constitucionales que conduce a que el sistema o metodología para la solución de antinomias conduzca a la aplicación sucesiva del principio de jerarquía en la forma prevista en los artículos 3º, 4º y 230 de la Constitución Política; el principio de sucesión temporal consagrado en los artículos 45 de la Ley 57 de 1887 y 2º de la Ley 153 de 1887; el principio de especialidad que proclama el artículo 5º de la Ley 57 de 1887; el principio de competencia o de habilitación previa que requiere la administración pública para actuar y el principio o técnica de reservas que se presenta cuando una disposición constitucional establece que la ley estará a cargo de regular determinada materia.

Como el principio o criterio de jerarquía claramente prevalece en nuestro ordenamiento jurídico, es evidente que ante la antinomia entre una disposición constitucional y una norma legal, prevalecería la primera y de esta manera, lo que se privilegia es la primacía de la protección de los derechos fundamentales y de las garantías consagradas en la Constitución.

Y conviene reseñar que ya el artículo 5º de la Ley 57 de 1887 establecía que en caso de incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, daba preferencia a aquélla; sin embargo, el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 al consagrar la aplicación analógica, extensiva o indirecta de la ley propugnaba por la aplicación de leyes que regularán casos o materias semejantes y en defecto de éstas, autorizaba a acudir a la doctrina constitucional y a los principios generales del derecho.

De manera que, la prevalencia de las disposiciones constitucionales, conduce a preguntarse el valor de la jurisprudencia constitucional o, dicho de otra forma, de los pronunciamientos de la Corte Constitucional al interpretar disposiciones, garantías o valores consagrados en la Carta.

Como las disposiciones en materia de derechos fundamentales son normas que proyectan el fundamento axiológico de la Carta y de las cuales pueden derivarse principios relevantes y en ese sentido, se ha dicho que son normas abiertas, lo que conduce a que el intérprete tiene una amplia discrecionalidad para precisar su extensión y contenido y por lo mismo, el papel del juez resulta relevante porque a través de ese proceso de interpretación y de aplicación de esos valores y principios constitucionales cumple una función creadora de derecho que no es absoluta, no está ausente de límites, porque su fallo ha de ser motivado y su conclusión ha de estar conforme con uno o varios textos de la Constitución, de manera que lo que hace es establecer el alcance de la Constitución ante la realidad social prevalente al momento de producir su providencia, por naturaleza cambiante y dinámica porque la nutre la vida humana.

Por tanto, la interpretación constitucional que tiene un papel relevante dentro de la función protagónica que a la Constitución corresponde dentro de nuestro Estado social

de derecho, pues de acuerdo con el artículo 4º de la carta es norma de normas, tiene supremacía sobre todo el ordenamiento jurídico y por otro lado,

“la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia. Las modificaciones a la doctrina existente, deberán ser explícitas en la sentencia”. (Sentencias C-104 de marzo 11 de 1993).

En este último sentido, ha dicho la Corte que:

“La doctrina constitucional tiene la virtud especial de definir el contenido y alcance de los derechos constitucionales, por ello la función primordial de la jurisprudencia de esta Corporación es orientar la hermenéutica constitucional que debe aplicar derechos consagrados en la Constitución. Asimismo la doctrina que esboza esta Corte, tiene la finalidad de otorgar mayor grado de seguridad jurídica en la aplicación de la ley por igual a casos iguales y diferente a casos disímiles, garantizando de este modo la justicia en la aplicación de la ley por parte de los jueces. En este sentido el principio de autonomía funcional del juez cuyo sustento constitucional también es claro, no debe confundirse con arbitrariedad del fallador, pues como autoridad que es, está limitado a la Constitución, la ley y la doctrina constitucional, en caso de inexistencia de norma legal específica que rijan el caso” (sentencia T-295/98 de junio 10, MP: CARLOS GAVIRIA DÍAZ).

Por lo anterior, no se trata de inferir la imprescriptibilidad de las acciones derivadas del contrato de seguro por vía de interpretación extensiva, sino a través del contexto de las instituciones y de esta forma alcanzar una verdadera integración del ordenamiento.

5. La constitucionalización del derecho y la irradiación de los derechos fundamentales al ordenamiento

En el Estado social de derecho que fue adoptado bajo la Constitución Política de 1991, ha surgido la necesidad de proteger al ciudadano frente a los poderes económicos a través de la intervención del poder jurisdiccional que busca, a través de sus sentencias, la aplicación directa de los derechos fundamentales.

Esto ha puesto de presente, según la doctrina, la estructura dual de los derechos fundamentales, de tal manera que se abandona su concepción de derechos subjetivos puramente y se proyecta como normas objetivas que contienen unos valores de validez en todo el ordenamiento y de esta forma, se proyecta en todos los ámbitos del derecho, lo que se ha denominado como el efecto de irradiación de tales derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y en consecuencia, se erigen en un principio de interpretación de las distintas normas.

También ha traído como consecuencia que los derechos fundamentales tengan otra función en el ámbito jurídico, que se ha denominado como el deber de protección,

porque ante este tipo de situaciones se incentiva la intervención del poder judicial para que satisfaga una obligación de protección de los derechos fundamentales y cuyo fundamento se ubica en dicho deber de protección.

A este respecto conviene recordar que históricamente no hubo conexión material entre derecho constitucional y derecho privado porque la garantía de la libertad del individuo se consideraba propia del derecho civil mientras que en el estado actual de la ciencia jurídica se pretende que los preceptos y principios de la Constitución gobiernen todas las actividades y de esta forma que la Constitución tenga eficacia directa, habida cuenta que el juez no puede rehusarse a aplicar la Constitución (art. 48, Ley 153/87) y porque el artículo 4º de la Carta le imprime el carácter de norma de normas y en cuanto tal, lo que impone al operador jurídico es un criterio general de interpretación de todo el sistema jurídico.

A esto obedece que regularmente se utilice la expresión de *constitucionalización del derecho privado* que se manifiesta en varios sentidos: la concesión de la acción de tutela respecto de particulares y de sentencias judiciales, como también en la interpretación de las normas del derecho privado en función de los derechos fundamentales, los principios y las garantías consagradas en la Constitución.

Esa constitucionalización del derecho privado, ha recibido fundamentalmente dos objeciones. La primera, motivada en la postura de algunos que estiman que ese tipo de intervención destruye la esfera de lo privado y genera un dirigismo contractual que rompe el postulado de la autonomía de la voluntad privada y por consiguiente, se restringe sensiblemente la libertad de configuración o autodeterminación que el mismo ordenamiento le confiere a los particulares.

La segunda, por parte de quienes consideran que de esta manera se hace inane o superfluo el derecho ordinario y en consecuencia, al privilegiar la aplicación de los derechos fundamentales, como también de las garantías y valores constitucionales, se atenta contra el principio de la seguridad jurídica.

A pesar de esas críticas, es evidente que la realidad de la hora presente denota que los derechos fundamentales prevalecen sobre la totalidad del ordenamiento jurídico y por eso, la doctrina ha acuñado expresiones como las de proyección horizontal y vertical de eso derechos fundamentales y las cuales se patentizan, porque lo que se busca es la materialización del valor superior que está consagrado en las disposiciones constitucionales y que la legislación ordinaria no hace, otra cosa distinta que reglamentarla.

En este sentido se dice que los efectos horizontales en las relaciones entre particulares se han puesto de presente fundamentalmente en materia de salud, educación y pensiones.

Quienes propugnan por la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones contractuales estiman que el principio de la buena fe es necesario para el recto desarrollo de éstas y particularmente a través de los deberes de colaboración y lealtad, manifestaciones

de la confianza recíproca que la aplicación de dicho principio de protección debe generar entre los contratantes.

Aunque el principio de la autonomía de la voluntad ha sido moderado en las últimas décadas por obra de la doctrina y la jurisprudencia, ante la realidad que muestra los tratos y negociaciones entre empresarios, lo que se evidencia es la necesidad de establecer límites de carácter legislativo, ante la aparente insuficiencia de los jurisprudenciales, para proteger a aquellas partes que en una relación contractual denotan un estado de debilidad y cuyo fundamento se encuentra en lo dispuesto por el artículo 13 de la Constitución.

De manera que, con respecto a la restricción del postulado de la autonomía privada, lo que se pretende hoy día, fundamentalmente por la doctrina alemana, es que en el marco de una relación contractual no se obtenga una libertad puramente formal y para lo cual se precisa que se tomen en consideración las desigualdades de carácter técnico, económico o puramente circunstancial que resultan manifiestas, en sinnúmero de ocasiones, entre las partes contratantes.

Por tanto, la libertad de configuración en las relaciones contractuales no es absoluta, sino que tiene como límites la lesión o el menoscabo de los derechos fundamentales y lo cual genera un deber de protección de parte del órgano jurisdiccional del Estado y por tanto, se reconoce que aunque es factible que a través de estipulaciones contractuales libremente acordadas, se genere una situación de desequilibrio y una disminución considerable en la libertad de la parte más débil, porque la *praxis* de los negocios, demuestra por lo regular que uno de los contratantes hace gala de tal preponderancia en el proceso de formación del contrato que llega a determinar el contenido prestacional de forma unilateral y lo cual sin duda, genera sujeción en la otra parte y por consiguiente, una pérdida efectiva de su propia autonomía.

Este panorama ha conducido a aseverar que es clara la vinculación del Estado y sus distintos entes con respecto al respeto de esos derechos fundamentales, pero es evidente que no guarda igual simetría en relación con la eficacia de esos derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Ante esta realidad insoslayable, esta nueva temática ha sido materia de análisis en la doctrina y la jurisprudencia alemana y española, con el claro propósito de dar prevalencia al valor normativo de la Constitución y por consiguiente, a lograr aún una mayor profundización en la constitucionalización del derecho, lo que de se ha cumplido prioritariamente en frente de ciertas actividades que hoy día desarrollan los particulares, en virtud de la cesión que en las últimas décadas se ha presentado en materia de prestación de servicios públicos hacia el sector privado.

Tan claro resulta que la eficacia de los derechos fundamentales se proyecta también en las relaciones entre particulares, que tiene cabida el recurso de amparo o de tutela contra las decisiones judiciales, supuesto bajo el cual se le reconoce operancia tanto en la jurisprudencia alemana como en la española y a lo cual no ha resultado extraña

nuestra jurisprudencia, a través de la figura de las vías de hecho en las decisiones judiciales y con fundamento en la doctrina del precedente constitucional, según el cual, en aras del principio de igualdad y de seguridad jurídica, las interpretaciones que haga la Corte Constitucional en sus pronunciamientos que constituya la *ratio decidendi* de la respectiva decisión se erige en precedente y debe ser interpretado de esa forma por el juez ordinario y por lo mismo, apartarse de él constituye una vía de hecho.