

APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA TABLA DE EQUIVALENCIAS DEL SISTEMA DE RIESGOS LABORALES AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES EN EL RÉGIMEN JURÍDICO COLOMBIANO

HIGGINS MOLINA, Carlos Fidel*

RESUMEN

Con el presente trabajo de investigación jurídica, se pretende mostrar una falencia o fisura identificada en el Sistema General de Pensiones, respecto de la regulación, normación, reconocimiento de una prestación económica o derecho económico, para los afiliados que padezcan una incapacidad permanente parcial, es decir, pérdida de fuerza de trabajo inferior al 50%, para cubrir este tipo de contingencias sociales en el sistema.

Es difícil situación de muchos afiliados del sistema de pensiones que no cumplen con el requisito de invalidez, quienes, de acuerdo con el estudio adelantado, no reciben la misma protección que la brindada y establecida en el Sistema de Riesgos Laborales, el cual señala una indemnización económica, de acuerdo con el daño o pérdida de la fuerza de trabajo experimentada que sea inferior al 50%.

PALABRAS CLAVES: Derecho a la seguridad social; Sistema General de Pensiones; Sistema de Riesgos Laborales; contingencia social; tabla de equivalencia para la indemnización; analogía; derecho a la igualdad; lagunas jurídicas; prestación económica.

ABSTRACT

With this legal research, wants to show a flaw or crack identified in the general pension system, regarding the regulation or recognition of a benefit or economic law, for its members who suffer a permanent partial disability, ie loss workforce less than 50%, to cover this type of social contingencies in the system.

We just have to advance the plight of many members of the pension system that do not meet the requirement of invalidity, which according to the study conducted not receive the same protection afforded to the system and established occupational risk, the which indicates financial compensation, according to the damage or loss of experienced workforce that is less than 50%.

KEY WORDS: Right to social security; general pension system; system of occupational hazards; social contingency; table of equivalence for compensation; analogy; right to equality; loopholes; financial benefit.

* HIGGINS MOLINA, Carlos Fidel. Egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico, miembro del Semillero de Investigación Pedro Lafont Pianetta.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación, de carácter jurídico, se encuentra motivada principalmente por la situación actual que padecen o en la que puedan verse envueltas muchas personas, afiliados o cotizantes al Sistema General de Pensiones, que sufran pérdida de su capacidad laboral o fuerza de trabajo inferior al 50%, como consecuencia de la ocurrencia de accidentes y enfermedades de origen común, la cual desemboca en incapacidad permanente parcial.

Hay que indagar si en el ordenamiento jurídico colombiano y específicamente en el Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 y las demás normas que lo modifican, contemplan prestaciones de carácter económico para estas personas que sufren pérdida de su fuerza de trabajo en el porcentaje señalado y como causa de las contingencias sociales indicadas.

Conforme con lo anterior, es preciso determinar si existen normas jurídicas que protejan a ese grupo de personas o afiliados en el caso concreto mencionado o a *contrario sensu* existe un vacío normativo en el Sistema General de Pensiones. Por lo tanto, en el presente trabajo se tratará de esbozar y comprobar la existencia o no de la falta de regulación normativa, en caso afirmativo, proponer la posibilidad de aplicar, por vía de analogía, la tabla de equivalencias para la indemnización contemplada en el Sistema de Riesgos Laborales al Sistema General de Pensiones, para resarcir o reparar a aquellos afiliados que padezcan pérdida de su capacidad laboral inferior al 50%, de acuerdo con el origen de accidente y enfermedades mencionadas.

También se procurará demostrar, a la luz de los planteamientos y conceptos contemporáneos de la

seguridad social, que este grupo de afiliados, que experimentan ese tipo de necesidades sociales, se encuentran en estado de desprotección, de desigualdad y de aislamiento por parte del Sistema de Pensiones y del Estado.

La investigación surge del estudio jurídico a fondo adelantado sobre el Sistema General de Pensiones colombiano y en el cual se escrudiña un posible vacío normativo, el cual se busca exteriorizar de la manera más clara posible, mediante los cronogramas y subtemas que serán desarrollados a lo largo de este trabajo.

El esquema propuesto consiste en una sintética explicación, sobre el concepto del derecho a la seguridad social, sus principios, la situación jurídica de los afiliados que no cumplen con el requisito de la invalidez para obtener la pensión de invalidez en el régimen jurídico colombiano y se explicará la analogía aplicada al caso concreto.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

La Constitución Política de 1991 acogió la tendencia mundial de constitucionalizar el sistema de seguridad social, consagrándolo específicamente en el artículo 48 como un derecho irrenunciable y como un servicio público de carácter obligatorio para toda la población. La Ley 100 de 1993 reglamentó el Sistema General de Seguridad Social, estableciendo para tal efecto, los subsistemas que lo componen, el sistema General de Pensiones, el Sistema General de Salud, el Sistema de Riesgos Profesionales y Sistema Complementario, sin mencionar las normas que posteriormente modificaron algunos subsistemas.

Desde una panorámica ligera a la Ley 100 de 1993 y los decretos que la reglamentan y la modifican, es posible indicar que los subsistemas se edifican con fundamento en las necesidades sociales que se presentan en cada uno de ellos, en las prestaciones asistenciales y económicas que se establecen para atender las contingencias presentadas, los procedimientos a seguir, las entidades prestadoras de los servicios, etc.

En particular, el Sistema General de Pensiones fue establecido en el libro primero de la Ley 100 de 1993 (arts. 10 a 151). Conforme lo declara su texto, el sistema de pensiones tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones y prestaciones señaladas en la ley. También tiene como finalidad la ampliación progresiva de la cobertura.

De acuerdo con lo anterior, hay que afirmar que el Sistema General de Pensiones cubre la contingencia social de la invalidez. Ésta se presenta cuando una persona previa declaración pierde su capacidad de trabajo en un porcentaje igual o superior al 50% como consecuencia de un accidente o enfermedad de origen común o no profesional no provocado intencionalmente. Tal como lo dispone el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, en tal caso el sistema ofrece una pensión de invalidez, sin embargo, que ocurre con aquellas personas que pierden su fuerza de trabajo en un porcentaje inferior al 50%. Entonces, hay que indagar o preguntarse lo siguiente: ¿El sistema general de pensiones contempla prestaciones económicas respecto de aquellos trabajadores que sufren pérdida de su capacidad laboral inferior al 50% como consecuencia de

accidentes y enfermedades de origen común y cuya incapacidad sea permanente parcial?

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

En este punto se aborda, el concepto del derecho a la seguridad, las características, los principios, las contingencias sociales protegidas, las prestaciones generales establecidas, la diferencia del derecho a la seguridad social respecto del Sistema de Seguridad Social y a la política de seguridad social. Lo anterior se hace desde la perspectiva de la doctrina colombiana especializada, de la jurisprudencia local y de las organizaciones internacionales, con el propósito de hacer una idea general sobre este aspecto.

CONCEPTO

La seguridad social está normada en el ordenamiento jurídico colombiano en los artículos 48 constitucional y en la Ley 100 de 1993, los cuales la conciben como: derecho irrenunciable y servicio público de carácter obligatorio.

Para el presente trabajo solo se explica la seguridad social concebida como un derecho, para determinar su clase, su naturaleza, etc.

Para el maestro Gerardo Arenas Monsalve el derecho a la seguridad es lo siguiente: “El conjunto de normas y principios que ordenan ese instrumento estatal específico de protección de necesidades

sociales y específicamente las relaciones jurídicas a que da lugar”¹.

Siguiendo a la doctrina colombiana el Dr. Augusto Enrique Torregrosa Sánchez, dice: “por él se entiende el conjunto estructurado de normas, principios y técnicas cuyo objeto es atender la satisfacción de necesidades sociales derivadas de la realización de determinadas contingencias, que se estiman socialmente dignas de protección”²

PRINCIPIOS

En el presente acápite se desarrolla el tema de los principios que informan a la seguridad social desde la perspectiva constitucional y legal colombiana.

Los principios en la seguridad social constituyen la base axiológica sobre las que se asientan o las ideas madres que la animan o informan.

Los principios cumplen tres importantes funciones: sirven de guías interpretativas o criterio orientador; igualmente ayudan a resolver asuntos no previstos en el ordenamiento jurídico, es decir, el juez echa mano de ellos para llenar las lagunas o vacíos normativos; y además constituyen mandatos para que el legislador y el ejecutivo apliquen en la producción de normas jurídicas. De la misma manera el maestro Augusto Torregrosa sintetiza este aspecto señalando lo siguiente: “los principios de la seguridad social cumplen una triple función, de importancia sin par en

el mundo jurídico: inspiradora o informadora, normativa o integradora e interpretativa”³

Para efectos de este trabajo, hay que detenerse un poco en la función integradora de los principios y especialmente de aquellos que sirven de fundamento a la seguridad social, tal como se ha mencionado, esta función sirve para que el juez pueda resolver todos los problemas jurídicos que no encuentren solución de manera explícita, ni implícita en las normas jurídicas atinentes al asunto jurídico, aquí el juez hace un esfuerzo mayor en su intelecto, bajo criterios de razonabilidad, igualdad, lógica, etc., para aterrizar en una solución justa del caso; no se acepta que un juez deje de resolver un asunto, so pretexto de la inexistencia de normas jurídicas generales y particulares para la resolución del caso concreto, mientras exista un juez no deben existir vacíos en el ordenamiento jurídico.

Si el juez tiene a su disposición la utilización de los principios de la seguridad social, para resolver asuntos o controversias que se presentan en el subsistema de pensiones, en el subsistema de salud o en el subsistema de riesgos profesionales y cuyas normas jurídicas generales o particulares de tales subsistemas no prevean una solución al asunto, el juez debe acudir a aplicar la función integradora de los principios del Sistema General de Seguridad Social, como fuente supletoria y además puede servir de fundamento a la analogía y otras figuras, para desatar ese conflicto jurídico-social y no dejar el problema a la sazón de la incertidumbre jurídica.

De manera que una correcta labor de interpretación de cada uno de los fenómenos,

¹ ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano a la seguridad social. Tercera edición actualizada. Editorial Legis. 2011, p. 52.

² TORREGROZA SANCHEZ, Augusto. Introducción al Derecho de la Seguridad Social, Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2009. p. 68.

³ *Ibíd.* p. 80.

instituciones y figuras de la seguridad social jamás puede desdeñar los principios que alienta en ellos.

Desde la perspectiva constitucional es posible señalar que la Constitución de 1991 señaló tres principios y, por ende, adquirieron rango constitucional, el principio de universalidad, el principio de solidaridad y el principio de la eficiencia.

Desde la perspectiva legal, la Ley 100 de 1993 consagró seis principios de la seguridad social, los cuales son: eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

A continuación se explicará cada uno de estos principios:

El principio de la universalidad:

Este principio es considerado como la garantía de protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.

La universalidad implica un esfuerzo enorme del Estado por llevar la protección a todas las personas en el régimen, a través de la ampliación de cobertura de todos riesgos.

Los nuevos esquemas de la seguridad social se caracterizan por su tendencia a la protección colectiva, en tanto que la seguridad social ha desbordado restricciones clasistas, ya que la necesidad de las contingencias no se admite como privativa de ciertas categorías sociales.

Aunque hay que decir que la universalidad se ha logrado llevar en el subsistema de salud nada más.

El principio de la integralidad.

La seguridad social tiene una indudable orientación: la protección integral o total del hombre. De modo que su aspiración está fundada en el amparo

de todas las personas contra todas las contingencias sociales.

Esta aspiración de protección de toda la población contra toda clase de contingencias sociales hace parte, fundamentalmente, de las teorías de la seguridad social plena, que buscan el bienestar y la tranquilidad del individuo y de la colectividad.

Mientras la universalidad alude al campo de aplicación personal, la integralidad atañe al campo de aplicación material de la seguridad social, esto es, la de proteger a toda la sociedad contra cualquier contingencia social, ambas son expresiones claras del fenómeno expansivo de la seguridad social.

No debe de existir una necesidad social producto de una contingencia que no esté satisfactoriamente cubierta por algunos de los subsistemas de la seguridad social en Colombia, en especial el Subsistema General de Pensiones, aspecto de la temática que se abordará más adelante.

En este sentido, el subsistema general de pensiones, en sus dos regímenes, el solidario de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, cubre las contingencias sociales de invalidez, vejez y muerte, a través de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobreviviente y del auxilio funerario.

Aunque valga decir que hay algunas contingencias sociales que el Sistema General de Pensiones no protege, tema que se abordará detalladamente más adelante.

SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS AFILIADOS QUE NO CUMPLEN CON EL REQUISITO DE INVALIDEZ PARA OBTENER PENSIÓN DE INVALIDEZ EN EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

La Ley 100 de 1993, en sus artículos 38 y 39, requisitos para obtener la pensión de invalidez, ha señalando para tal fin, la declaración de la pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y el cumplimiento de 26 semanas mínimas de cotización para los que se encuentren cotizando y para los que no se encuentren cotizando, deben haber cotizado en el año inmediatamente anterior al momento de producirse el estado de invalidez.

Luego entonces, la normatividad exige para obtener la pensión de invalidez, en cuanto a semanas mínimas, el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores, así: en caso de enfermedad, las 50 semanas cotizadas deben ser anteriores a la fecha de la estructuración; y en caso de accidentes, éstas deben ser anteriores al hecho del causante de la invalidez y la pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%.

En caso de que los afiliados al sistema cumplan con estos dos requisitos concomitantes tendrán derecho a obtener la prestación particular de pensión de invalidez.

Para efectos de este trabajo, es válido proponer la siguiente hipótesis: ¿cuál es la situación jurídica de los afiliados al Sistema General de Pensiones que sufran pérdida de fuerza laboral inferior al 50% debidamente declarada y que no les permita acceder a la pensión de invalidez por no cumplir dicho requisito?

Valga aclarar, antes de abordar el asunto planteado que el presente estudio parte del supuesto de que el afiliado ya se le haya declarado *la incapacidad permanente parcial definitiva* por los organismos o entidades competentes, es decir, ya se encuentra agotada la etapa en la cual el afiliado ha pasado la incapacidad laboral temporal, donde éste recibe los subsidios por incapacidad laboral transitoria, a cargo de la entidad promotora de salud (EPS) a la que se encuentre afiliado por un término de 180 días, o si esta entidad emite el concepto favorable de rehabilitación, el fondo de pensiones debe postergar la calificación de invalidez por 360 días adicionados a los 180 días definidos por la EPS, y pagarle al afiliado un subsidio equivalente al que venía recibiendo (Decreto 019 de 2012, artículo 143).

Con la aclaración anterior, sería preciso ubicarse en la situación concreta o fáctica del afiliado al sistema pensional que sufra un accidente o enfermedad de origen común, que le produzca una incapacidad permanente parcial, con pérdida de su capacidad laboral inferior al 50%, concretamente que pierdan su fuerza laboral en un porcentaje superior o igual al 40% e inferior al 50% y se hayan surtido todos los trámites ante las juntas calificadoras de invalidez.

Los afiliados que hayan sufrido una pérdida de su fuerza laboral inferior al 50% no cumplen con uno de los requisitos señalado en la ley para obtener la pensión de invalidez, por lo que es preciso afirmar, desde la dinámica propia del actual sistema de pensiones, que los afiliados quedan en estado de desprotección jurídica, desabrigados por la ley, no cuentan con las herramientas legales expresas para conjurar el estado incapacitante en que se encuentran, que repercute directamente en una disminución de sus ingresos económicos.

Es sabido que el sistema de pensiones contempla generalmente para aquellas personas que sean declaradas inválidas, pero que no cumplan con las semanas mínimas de cotización, ya sea para el régimen de prima media con prestación definida, una indemnización sustitutiva para esos afiliados-inválidos, ya que no se devuelven las cotizaciones efectuadas al sistema, por funcionar éste con las técnicas de seguro y las primas de seguro no se devuelven, y, para los afiliados al régimen de ahorro individual, el sistema establece la figura de la devolución de saldos de su cuenta pensional, con todos sus componentes, es decir, las cotizaciones, los rendimientos y el bono pensional respectivo.

Pero como ya se ha mencionado, es necesario adentrarse en la situación jurídica a la inversa, es decir, cuando el afiliado cumple con las semanas mínimas de cotización y no cumple con el requisito del porcentaje de invalidez establecido en la ley, al respecto se pregunta: ¿qué señalan las disposiciones normativas reguladoras del Sistema General de Pensiones?

Realizando un estudio a fondo del Sistema General de Pensiones, para buscarle respuesta a este asunto, a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, hasta las reformas que ha experimentado, puede afirmarse categóricamente que no existe ninguna norma jurídica que establezca algún tipo de prestación económica para los afiliados que sufran una incapacidad permanente parcial en el sistema general de pensiones.

Sobre el punto, en la doctrina colombiana especializada sobre la materia, uno de los pocos autores que mediante un dicho de paso señaló tal problema, es el maestro Gerardo Arena Monsalve,

quien explica: “En el sistema de pensiones, las discapacidades que resulten inferiores al 50% de pérdida de su capacidad laboral no originan derechos económicos para el afiliado. Ésta es una grave falencia del sistema de pensiones, que no se presenta en el sistema de riesgos profesionales”⁴.

Revisando algunos conceptos expedidos por el extinto Ministerio de la Protección Social, se pudo encontrar el concepto administrativo N° 71138-15-03-2011, el cual reseña: “...Finalmente, se observa oportuno señalar que en los eventos de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, cuando es de origen común, no existe ninguna disposición normativa que consagre el reconocimiento de prestaciones económicas, a cargo del Sistema...”⁵

Sobre este aspecto, hasta la fecha el autor no ha encontrado alguna sentencia de la Corte Constitucional, ni de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia o las Secciones del Consejo de Estado, en que se hayan pronunciado específicamente sobre el asunto planteado, lo que no significa que no exista una sentencia no publicada, que se refiera o explique dicho punto. Pero sí es cierto que el tema no ha sido tratado abierta y abundantemente por la jurisprudencia colombiana.

Entiéndase por prestación económica tal como lo señala el maestro Etala: “Prestación es la cosa, dinero, servicio, ventaja que recibe el sujeto titular del beneficio que es afectado por una contingencia social

⁴ ARENAS MONSALVO, Gerardo. Op cit p. 361.

⁵ MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Concepto administrativo N° 71138-15-03-2011. Bogotá D.C., 2011.

cubierta por el ordenamiento jurídico de la seguridad social”⁶.

Los efectos que pueden producir desde el punto de vista laboral individual y del sistema de pensiones, la incapacidad laboral permanente o pérdida de la fuerza de trabajo superior al 40% e inferior al 50%, teniendo en cuenta que este tipo de incapacidad puede extenderse en el tiempo y además si se mira la edad del afiliado, la naturaleza del afiliado, si éste es afiliado de carácter dependiente o afiliado de carácter independiente o contratista de prestación de servicios.

A partir de este punto se pasa a presentar una hipótesis que se pueden visibilizar en el decurso de la vida laboral y la seguridad social cotidiana:

Se plantea un asunto para los afiliados al sistema de pensiones de carácter independiente o contratistas de prestación de servicios, es decir, los contratistas o trabajadores independientes dedicados a desarrollar actividades de mantenimiento de maquinarias pesada u otras similares, que sufran un accidente de riesgo común o padezcan enfermedad de origen no laboral que sufran incapacidad o limitación de sus funciones, con pérdida de capacidad laboral en los porcentajes indicados, (>40% y <50%) derivativo de una incapacidad permanente parcial, es claro que estos afiliados disminuyen considerablemente su fuerza de trabajo y no podrán a ejercer con la misma destreza y eficacia las actividades a la que estaban dedicados o confinados.

Esta situación conlleva a que el afiliado de naturaleza independiente vea disminuidos sus ingresos u honorarios al extremo, en muchos casos, de impedir seguir cotizado al sistema de pensiones,

⁶ ETALA, Carlos Alberto. Derecho a la seguridad social, Segunda Edición, Editorial Astria, Buenos Aires, 2002. p. 22.

teniendo en cuenta la capacidad económica del contratista o independiente, trátese aquí de un contratista o independiente modesto.

Por lo dicho anteriormente, la edad avanzada del contratista, la situación económica, la pérdida de su fuerza de trabajo, son un cúmulo de situaciones que crean dificultades y necesidades, que obligan al afiliado a solicitar la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, con las consecuencias que ya se han señalado: la frustración de pasar una vejez en tranquilidad, recibiendo la pensión por ese evento.

ANALOGÍA APLICADA AL CASO CONCRETO

La analogía consiste, pues, en atribuir a situaciones parcialmente idénticas las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto.

El maestro Valencia Zea señala que: “Mediante la analogía se trata de elaborar una regla jurídica para regular un caso imprevisto en la ley, pero con fundamento en la misma ley.”⁷

Asimismo, el maestro Noguera Laborde indica que: “La analogía, que también se llama razonamiento *a pari* o *a simili*, consiste en aplicar a un caso dado no previsto en la ley una norma expedida para un supuesto de hecho distinto, pero que tiene semejanza con aquél”⁸.

Carlos Cossio explica que: “decidir si dos hechos deben producir las mismas consecuencias de derecho

⁷ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, Parte general y personas, Novena Edición, Editorial Temis, Bogotá D.C., 1981, p. 183.

⁸ NOGUERA LABORDE, Rodrigo. Introducción al derecho, Vol II, Edición Fondo de Publicaciones, Bogotá D.C., 1994. p. 78.

no es un problema lógico, sino axiológico, ya que supone un juicio de valor sobre aquellos”⁹.

La Corte Constitucional en sentencia C-083 de 1995 M.S. Dr Carlos Gaviria Díaz, definió la analogía de la siguiente manera: “Es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos irrelevantes, es decir, ajenos aquellos que explican y fundamentan la *ratio juris* o razón de ser de la norma”. Continúa la Corte diciendo: “la consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual”¹⁰.

El maestro Monroy Cabra agrega al tema lo siguiente: “se dice que la analogía es un principio de integración del derecho, por cuanto mediante ella se agregan a éste soluciones que no ha formulado.”¹¹

En el ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 157 de 1887 en su artículo 8 se reguló la aplicación de la analogía a saber: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes y, en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”¹². (Norma declarada exequible por la sentencia C-083 de 1995. M.S Carlos Gaviria Díaz).

⁹ COSSIO, Carlos. La plenitud del orden Jurídico, Ediciones Losada, Buenos Aires, 1936.

¹⁰ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C- 083 de 1995 M.S Carlos Gaviria Díaz.

¹¹ MONROY CABRA, Marcos Gerardo. Introducción al derecho, Editorial Temis, Decimo Quinta Edición, Bogotá, Año 2010, Página 458

¹² REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 157 de 1887, Artículo 8.

Para concluir con la conceptualización de la analogía, se cita al ilustre catedrático internacional Norberto Bobbio, quien sintetiza: “Por analogía se entiende el procedimiento por el cual se atribuye a un caso regulado el mismo régimen dado a un caso regulado similarmente”¹³.

A lo largo de esta investigación jurídica, se ha planteado la duda, la incertidumbre jurídica, sobre cuál es la protección o beneficios económicos que brinda u ofrece el Sistema General de Pensiones, a sus afiliados que sufran pérdida de capacidad laboral en un porcentaje inferior al 50%, provocado por el acaecimiento de un accidente o enfermedad extralaboral y quienes deben padecer definitivamente de una incapacidad permanente parcial.

Sobre este punto se ha afirmado arriba que existe un vacío normativo, que el sistema general de pensiones no contempla ningún tipo de prestación económica para los afiliados que se encuentren en la situación descrita, por lo que resulta paradójico que estos afiliados, en un esquema de protección de la seguridad social integral, se encuentran desprotegidos, descubiertos, circunstancia a la postre injusta, inhumana, inequitativa, desigual, ante la que es necesario plantear algunas posibles soluciones para conjurar el estado de desprotección jurídica a la que se ven avocados esos afiliados.

Es justo comenzar por aludir a los principios del Sistema de Seguridad Social Integral, los principios de la integralidad y de la universalidad, explicados arriba, los cuales se desea resaltar en esta parte del trabajo. El primero referido a la protección integral o

¹³ BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho, Tercera Edición revisada y corregida, Editorial Temis, Bogotá D.C., 2007. p. 239.

total del hombre, de modo que su aspiración está fundada en el amparo de todas las personas contra todas las contingencias sociales, no debe existir contingencias sociales, que no estén cubiertas por el sistema. En cuanto al segundo principio, se manifestó que la universalidad implica un esfuerzo enorme del Estado por llevar la protección a todas las personas en el sistema, a través de la ampliación de cobertura de todo riesgo. Ambos principios direccionados a la cobertura total de las contingencias sociales, con la diferencia de que la integralidad atañe al campo de aplicación material de la seguridad social, esto es, la de proteger a toda la sociedad contra cualquier contingencia social; mientras la universalidad alude al campo de aplicación personal. Ambos son expresiones claras del fenómeno expansivo de la seguridad social.

Además, destacar el principio a la igualdad, el texto constitucional, en su artículo 13, dispone la igualdad ante la ley, el derecho de las personas a la igualdad de trato por las autoridades, la prohibición de la discriminación, la obligación estatal de promover la igualdad de grupos discriminados o marginados y la protección del Estado a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta.

Este principio se caracteriza por atravesar todo el ordenamiento jurídico constitucional y legal. La Corte Constitucional en sentencia T-432 de Junio 25 de 1992 hace referencia al principio de la igualdad, al respecto esgrimió lo siguiente: “El principio de la igualdad se traduce en el derecho a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se sigue necesariamente, que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los

acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos” (Subrayado por fuera del texto)¹⁴.

Ya en sentencia C-221 de 29 de mayo de 1992, la Corporación, al desentrañar el alcance del principio de la igualdad, señaló:

“Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales...Que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos...” (Subrayado por fuera del texto)¹⁵.

Para efectos de este trabajo, es importante destacar el derecho a recibir la misma protección de las autoridades, conocido como la igualdad de trato. La expresión constitucional “la misma protección y trato” tiene un carácter general e impersonal, referido a diversas situaciones, pero no exige la uniformidad, sino la coherencia de la respuesta o de la acción estatal, ante supuestos que bajo un mismo aspecto relevante pueden ser comparables y semejantes.

Al igual que los principios de la integralidad, de la universalidad y de la igualdad, es digno destacar la teoría de la plenitud del orden jurídico, expuesta claramente por el maestro argentino Carlos Cossio quien responde al interrogante sobre si existe laguna en el ordenamiento. Cossio responde manifestando que en el ordenamiento no ha lagunas, porque hay jueces, aquí se agrega, porque existen operadores jurídicos.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 432 de 1992, M.S Simón Rodríguez Rodríguez. Bogotá D.C.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 221 de 1992 M.S Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C.

La Corte Constitucional destaca en su sentencia T-083 de 1995 algunos aspectos fundamentales de la teoría de Carlos Cossio, señalando: "...La teoría de Cossio, subraya el hecho innegable de que el juez constituye un momento esencial del derecho, puesto que la vocación inherente a las normas jurídicas generales es la aplicación. Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, puesto que sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es. A diferencia de las otras normas que simplemente se observan o no, las normas jurídicas se aplican..."¹⁶ (Se agregó *operadores jurídicos* en vez de *jueces*, para ser más amplios).

El maestro el Eduardo García Maynez, también se refiere a la plenitud hermética del orden jurídico, subrayando al respecto: "Cuando se habla de la plenitud hermética del orden jurídico quiere expresarse que no hay situación alguna que no pueda ser resuelta jurídicamente, esto es, de acuerdo con principios de derecho. Se ha sostenido que en todos aquellos casos en que no existe un precepto legal que prevea la situación concreta, pueda ésta ser resuelta de acuerdo con la regla de que todo aquello que no está prohibido, está permitido"¹⁷

El maestro García agrega en este punto una regla cardinal de interpretación del orden jurídico, "lo que no está prohibido, está permitido", para que los operadores jurídicos resuelvan aquellas situaciones jurídicas no previstas en la ley.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 083 de 1995, M.S. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá D.C.

¹⁷ GARCIA MAYNEZ Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, Ediciones Esquilo, Trigésimo Séptima. Edición 2003. p. 359.

Luego de señalar los anteriores aspectos, es preciso abordar la propuesta concreta del presente trabajo.

El autor tiene la entereza y modestia de proponer a la analogía concebida como fuente subsidiaria del derecho, como el mecanismo mediante el cual se puede aplicar la tabla de equivalencia para indemnización del Sistema de Riesgos Laborales al Sistema General de Pensiones, como una fórmula de solución provisional o temporal a la situación de desprotección jurídica planteada, mientras el legislador ordinario o el ejecutivo central regulen de forma expresa el asunto concreto.

Particularmente, se ha tomado partido por la postura doctrinal que concibe a la analogía como un mecanismo integrador de derecho, no como criterio de interpretación del derecho. La Corte Constitucional ha dicho en sentencia citada, que el razonamiento analógico se funda en el principio de la igualdad, es decir, a casos semejantes, hay que aplicar soluciones semejantes.

En Colombia se habla de un Sistema de Seguridad Social Integral, con sus principios, características y elementos, el cual se refiere a un conjunto de normas jurídicas, de instituciones, de derechos y obligaciones, que buscan la satisfacción de las necesidades sociales. En ese sistema, está instituido el subsistema general de seguridad social en pensiones y como parte del Sistema de Seguridad Social Integral, también se encuentra el subsistema de riesgos laborales, ambos forman partes de un todo jurídico, del sistema.

El subsistema general de pensiones, al momento de ser estructurado, no contempló protección o derechos económicos como se aseveró atrás, a las

personas que sufran pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, producto de un accidente común o enfermedad de origen común, quedando el afiliado o persona de por vida con una incapacidad laboral permanente parcial.

El subsistema de riesgos laborales, a contrario *sensu*, sí reguló este aspecto al contemplar una indemnización económica, para aquellos afiliados que sufran pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, que aparezca una incapacidad laboral permanente parcial. Al respecto este subsistema estructuró una tabla de equivalencia para la indemnización, estableciendo los montos indemnizatorios, conforme o correlativos con los porcentajes de pérdida de capacidad laboral del afiliado, indemnización que va desde un dos por ciento de la base de cotización hasta un veinte cuatro por ciento.

En esta parte hay que decir, que si bien es cierto, los subsistemas de aseguramiento son distintos, que protegen contingencias sociales distintas, unas originadas en el ámbito laboral y las otras surgidas en la vida común o cotidiana o extralaboral, que la clase de prestaciones médicas y económicas son las mismas, con algunas diferencias y salvo la prestación económica que se reclama, que la distribución de las cotizaciones es distinta, etc. Algunos harán el razonamiento, dadas las diferencias entre los dos subsistemas, de que no es posible que puedan complementarse, compenetrarse, auxiliarse o subsidiarse normativamente.

Empero no es menos cierto que la persona que sufra un accidente de trabajo o de origen común, o una enfermedad laboral o de origen común, es decir, no importa el origen de la contingencia social, el resultado o afectación desemboca en una misma

situación, o consecuencias, a saber, una incapacidad laboral permanente parcial, pérdida de capacidad laboral inferior al 50%. El ser humano, es un ser unívoco, que no se puede escindir en dos, que no se le puede tratar de forma distinta, diferenciada, ante el padecimiento de unos mismos efectos o consecuencias.

Además, si se habla de un Estado Social de Derecho, donde se privilegia la dignidad del ser humano, si la seguridad social en este Estado Social de Derecho, es considerada en muchas hipótesis por la Honorable Corte Constitucional, como derecho fundamental autónomo, si se habla del principio a la igualdad, la igualdad de trato, la misma protección y trato para las personas en unas mismas circunstancias, si se habla del principio de la integralidad y el principio de la universalidad, como principios expansivos de la seguridad social, que pretenden cubrir todas las contingencias sociales presentadas, si se habla de la plenitud del orden jurídico, de la regla de interpretación jurídica, referida, lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido.

Dado lo anterior, es posible que un operador jurídico, llámese juez, funcionario administrativo, en especial el juez, en atención a los argumentos planteados, pueda aplicar por vía de analogía la tabla de equivalencia para la indemnización de los afiliados al subsistema de riesgos laborales a los afiliados del subsistema general de pensiones que sufran de la contingencia social mencionada, con el propósito de resolver los casos que puedan advenir o presentar. Se reitera, donde existen jueces no hay lagunas, como decía el maestro García Maynez, hay lagunas en la ley, pero no en el derecho, asimismo se considera: “Lo más correcto sería declarar que antes de que las deficiencias de la ley sean suplidas, el derecho

aparece entre nosotros llenos de lagunas, y que, cuando éstas son colmadas, se presenta como totalidad perfecta”¹⁸.

Existe claridad, como se ha expuesto en el decurrir del trabajo, el cumplimiento de los presupuestos para aplicar la analogía Legis; al respecto se había señalado que ésta supone una identidad parcial de los supuestos de hecho y de la ratio de la norma que se pretende aplicar, con los supuestos de hecho del asunto no regulado, al que se le pretende aplicar dicha norma.

Para el caso concreto, las normas que se pretenden aplicar analógicamente son el artículo 7 de la Ley 776 de 2002 y el artículo 1 del Decreto 2644 de 1994, normas que hacen parte del subsistema de riesgos laborales, normas que se complementan.

El artículo 7 de la Ley 776 de 2002 señala: “Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales a quien se le defina una incapacidad permanente parcial, tendrá derecho a que se le reconozca una indemnización en proporción al daño sufrido, a cargo de la entidad administradora de riesgos profesionales, en una suma no inferior a dos (2) salarios base de liquidación, ni superior a veinticuatro (24) veces su salario base de liquidación”.

Y el artículo 1 del Decreto 2644 de 1994 reza: “Se adopta la siguiente Tabla de equivalencias para las indemnizaciones por pérdida de la capacidad laboral como parte integrante del Manual Único de Calificación de Invalidez...”

El supuesto de hecho o *factico* y la razón o *ratio* de la norma a aplicar, es el padecimiento de un afiliado de una incapacidad permanente parcial

reconocida, incapacidad originada por un accidente laboral o enfermedad de trabajo, para tener derecho a la indemnización allí contemplada.

El supuesto de hecho o *factico* de la situación con identidad parcial a la que se le pretende aplicar tales normas, es el sufrimiento de una incapacidad permanente parcial reconocida, con la diferencia de que se origine en un accidente de origen común o enfermedad común.

Tales supuestos de hechos iguales al momento de presentarse, deben ser tratados por el orden jurídico de la misma manera, con los mismos privilegios, derechos, no se justifica un tratamiento diferencial, injusto, que raya con la dignidad humana, con el principio a la igualdad, el principio de la justicia y tampoco es aceptable el argumento de la no aplicación de la analogía Legis, sólo por el origen diferenciado de la contingencia social, cuando, se reitera, el ser humano es unívoco, inescindible en dos partes, sólo por razón del origen de la contingencia.

Es en estos casos en donde el operador del derecho debe echar mano de las herramientas interpretativas que le brinda el derecho, para no dejar de resolver los asuntos jurídicos o problemas de ausencia de ley positiva, que se presentan en el ordenamiento jurídico, utilizar las bondades establecidas en el método sistemático, es decir, mirar al derecho, como un conjunto sistemático de normas jurídicas, tal como lo indica el maestro Jaime Giraldo Ángel: “El método sistemático parte de la concepción filosófica según la cual el derecho constituye un sistema, y solamente bajo la perspectiva de entenderlo como tal, puede el jurista aproximarse a su conocimiento, de tal manera que la norma jurídica

¹⁸ Ibid. p. 360.

debe ser comprendida como parte de ese sistema”¹⁹. Como es el caso del Sistema de Seguridad Social Integral, entendido como un conjunto de normas jurídicas.

Se había subrayado al principio: lo que no está prohibido, está permitido, para afirmar concluyentemente que no existe ninguna norma en el subsistema de riesgos laborales, que prohíba expresa, ni implícitamente la remisión o aplicación de alguna de sus disposiciones jurídicas al subsistema general de pensiones. Asimismo, en este subsistema tampoco existe una norma jurídica que prohíba expresa, ni implícitamente la aplicación de normas del subsistema de riesgos laborales.

Habría que señalar qué consecuencias prácticas traería la propuesta de aplicación analógica de la tabla de equivalencia para la indemnización de incapacidades laborales permanentes parciales del subsistema de riesgos laborales al subsistema general de pensiones.

La consecuencia práctica es para las administradoras del Sistema General de Pensiones, teniendo en cuenta si el trabajador o persona, se encontraba afiliado y cotizando al régimen de prima media con prestación definida o al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Entratándose del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el Instituto de Seguro Social, hoy Colpensiones, sería pagar al afiliado que se encuentre afectado con su incapacidad permanente parcial la indemnización a la que tiene derecho, proporcional al daño, o porcentaje de

pérdida de la capacidad laboral, sustraído del 3% del pago total de la cotización que se destina para administración y demás pensiones, o del 13% destinados al pago de pensión de vejez y reservas.

Respecto de las administradoras o fondos privados de pensiones, que administran el régimen de ahorro individual con solidaridad, éstos deberán pagar al afiliado afectado la suma correspondiente a su indemnización, correlativa a la pérdida de capacidad laboral reconocida o incapacidad permanente parcial, con cargo al 13% de la cotización destinado al pago de pensiones, o el 3% para seguros de gastos y administración.

Esta es la situación práctica que se puede presentar si aplica la analogía Legis para este caso, mientras el legislador ordinario o el ejecutivo central, decida reglamentar, regular este aspecto de manera expresa. Para lo cual deberá modificar la distribución de la cotización en ambos regímenes, o aumentar el monto de la cotización.

CONCLUSIÓN

En la investigación jurídica adelantada, tal como había propuesto, se demuestra el vacío o laguna jurídica que existe actualmente en el Sistema General de Pensiones respecto del reconocimiento de derechos económicos de los afiliados que sufran pérdida de la capacidad laboral inferior al 50%, producto de un accidente o enfermedad de origen común.

La dirección del trabajo se enfocó en estudiar conjuntamente las disposiciones del sistema de pensiones y del sistema de riesgos laborales, como partes del sistema de seguridad social integral, en aras de comparar el tratamiento o protección jurídica que

¹⁹ GIRALDO A., Jaime; GIRALDO L., Oswaldo. Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica. Décima Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá D.C. 2007. p. 140.

se le brinda a sus afiliados al momento en que éstos padezcan de una incapacidad permanente parcial, producto de un accidente o enfermedad laboral o accidente o enfermedad de origen común.

Del estudio comparativo de ambos sistemas de la seguridad social integral, se determinó que el Sistema de Riesgos Laborales contempla una prestación de carácter económica, para aquellos afiliados que sufran una incapacidad permanente parcial inferior o pérdida de fuerza laboral inferior al 50%, cuya contingencia social sea haya originado dentro del ejercicio laboral u ocasión de este, este sistema señala una tabla de equivalencia indemnizatoria, estableciendo para ello unos porcentajes indemnizatorios conforme con el daño experimentado por el afiliado. Sin embargo, el Sistema General de Pensiones, respecto de la ocurrencia de un accidente o enfermedad de génesis común a sus afiliados, cuya consecuencia sea la pérdida de la fuerza de trabajo inferior al 50% y superior al 5%, es decir, que cause una incapacidad permanente parcial, no contempló derechos de tipo económico o indemnizatorio, como sí lo reguló y consagró el Sistema de Riesgos Laborales²⁰.

Identificada y demostrada la ausencia de regulación normativa de parte del sistema de pensiones, respecto de la contingencia social en estudio, y si regulada esta misma consecuencia el sistema de riesgos laborales, se asumió tarea de estudiar la analogía como mecanismo integrador del derecho, como figura encaminada a aplicar normas jurídicas que regulen un caso concreto, a aquellos casos presentados que no reciben tratamiento normativo, con el propósito de aplicar las normas que

regulan o protegen la contingencia social mencionada del sistema de riesgos laborales al sistema de pensiones.

De ser aceptada esta propuesta de aplicación analógica, se estaría solucionando, de manera provisional, una de las falencias que presenta el Sistema General de Pensiones colombiano, mientras se regula este aspecto de manera directa y expresa por el legislador ordinario o el ejecutivo central.

BIBLIOGRAFIA

ALMANZA PASTOR, José Manuel. Derecho de la Seguridad Social, Vol I.4º Edición, editorial Tecnos, Madrid, 1984.

ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho Colombiano a la Seguridad Social, Editorial Legis, Bogotá D.C. primera edición 2006, segunda edición 2009 y tercera edición 2011.

BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho, Tercera Edición revisada y corregida, Editorial Temis, Bogotá D.C., 2007.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 432 de 1992, M.S Simón Rodríguez Rodríguez. Bogotá D.C.

_____. Sentencia C 221 de 1992 M.S Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C.

_____. Sentencia T 083 de 1995, M.S Carlos Gaviria Díaz. Bogotá D.C.

COSSIO, Carlos. La plenitud del orden Jurídico, Ediciones Losada, Buenos Aires, 1936.

²⁰ REPUBLICA DE COLOMBIA. Decreto 2644 de 1994, Artículo 1.

ETALA, Carlos Alberto. Derecho a la seguridad social, Segunda Edición, Editorial Astria, Buenos Aires, 2002.

GARCIA MAYNEZ Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, Ediciones Esquilo, Trigésimo Séptima. Edición 2003.

GIRALDO A., Jaime; GIRALDO L., Oswaldo. Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica. Décima Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá D.C. 2007.

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Concepto administrativo N° 71138-15-03-2011. Bogotá D.C., 2011.

MONROY CABRA, Marcos Gerardo. Introducción al derecho, Decimoquinta edición, Editorial Temis, Bogotá D.C., 2010.

NOGUERA LABORDE, Rodrigo. Introducción al derecho, Vol II, Edición Fondo de Publicaciones, Bogotá D.C., 1994.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 157 de 1887. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1887.

____. Decreto 2644 de 1994. Diario Oficial. Bogotá D.C. 1994.

TORREGROZA SANCHEZ, Augusto. Introducción al Derecho de la Seguridad Social, Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2009.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, Parte general y personas, Novena Edición, Editorial Temis, Bogotá D.C., 1981.