

T.-D
187

1

TRABAJO DE GRADO PRESENTADA POR:

ALDA SANTANDER MEDINA

Y

CARMEN BALLESTEROS DE GUERRA

"SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA"

SCIB
00019110

PARA OPTAR EL TITULO DE

DOCTORA EN DERECHO, Y CIENCIAS

POLITICAS

BARTAGENA - COLOMBIA - 1970

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

RECTOR LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL

SECRETARIO GRAL.

DECANO RAFAEL BALLESTAS MORALES

SECRETARIO PEDRO MACIA HERNANDEZ



PRESIDENTE DE TESIS :

Dr. GUILLERMO GUERRERO FIGUEROA

EXAMINADORES :

DR. EDUARDO CAMACHO PIÑERES

DR. EDGARDO MORENO IRIARTE.

Dr. Paulo Brochet La Roche.

" LA FACULTAD NO APRUEBA NI
DESAPRUEBA LAS OPINIONES
EMITIDAS EN LA TESIS, TALES
OPINIONES DEBEN SER CONSIDERADAS PROPIAS DE CADA
AUTOR O A.

ARTICULO 103 DEL REGLAMEN
TO.

DEDICATORIA : -

A LA MEMORIA DE MI ABUELA

R OQUELINA FLOREZ

QUIEN ME INFUNDIO FE Y OPTIMISMO PARA INICIAR

LA CARRERA ~~QUE~~ HOY CULMINO

6

DEDICATORIA :

**CON CARINO A LA MEMORIA
DE MI ABUELO :**

NICOLAO MEDINA RIQUETT.

I N T R O D U C C I O N

Esta sencilla, pero explicativa tesis de grado es una sustancia extraída de investigaciones con la ayuda de nuestros esfuerzos realizados durante los cinco años de estudios universitarios, y del ilustre profesor laborista Dr. GUILLERMO GUERRERO FIGUEROA, ella es denominada " SEGURIDAD SOCIAL ", entidad ésta que está al servicio de una comunidad para satisfacer necesidades de carácter urgente tales como la protección a la clase de mayor importancia entre nosotros, es decir, a la clase trabajadora, en accidentes, enfermedades, fracasos y concluye amparándola hasta su muerte, protege a la niñez desamparada, a la mujer en estado de gestación más concretamente a la maternidad, etc.

La Seguridad Social creada por la Ley 90 de 1.940, tiene diversas funciones dentro de su campo de aplicación; es un conjunto de medidas tomadas por la sociedad y en primer lugar por el Estado para garantizar a la comunidad servicios médicos indispensables, asegurar todos los medios de vida en caso de reducción o disminución de medios existentes causados por circunstancias ajenas a su voluntad.

El primer párrafo es del autor y el segundo es Bibliografía
de la Dra. ANA I. MORALES.

CAPITULO I

CONSIDERACIONES SOBRE EL ORIGEN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Si bien el término de seguridad social tan en boga hoy en día, es un término nuevo, propio de las últimas décadas de esta era de la humanidad, no puede decirse lo mismo de su significado. En realidad, la seguridad social, entendida esta como el deseo del individuo de sentir alguna protección, debe ser tan antigua como la inseguridad misma o por lo menos tan antigua como la era cristiana, que introdujo básicamente el amor al prójimo.

El problema debe haberse iniciado por la inseguridad personal. Todo nos induce a pensar que el hombre se ha sentido inseguro desde que existe.

Los pueblos primitivos, con su magia o tabú; los griegos, iniciadores de la medicina como ciencia; el Estado Romano, que plantea la provisión social y los esbozos de la salubridad pública; la edad Media, con sus fundaciones y gremios; la Iglesia católica, que establece las hermandades de socorro y el concepto de caridad cristiana y de beneficencia; el estado moderno que crea la asistencia pública. Toda esta sucesión de hechos históricos que buscan insistentemente un mismo fin, con, en cierta forma sistemas de seguridad social. - No

es, pues, nueva la concepción en sí, como tampoco ha sido nueva la necesidad de protección. - Lo que ha cambiado, lo que puede considerarse una innovación, es el medio que se usa para proteger.

La libertad, la igualdad y la fraternidad, postulados de la Revolución Francesa, no llegaron a ser realizaciones para todas las clases sociales. Es cierto que se suprimieron ventajas y privilegios para los nobles, pero también es cierto que sólo la clase media, las burguesas disfrutaron de mejores condiciones de vida. - Poco o ninguno fue el cambio que experimentaron las clases económicamente más débiles. - Como consecuencia de esta omisión, tomaron fuerza en el mundo las ideas socialistas, que según lo preconizaban sus principales dirigentes, vendrían efectivamente a producir, cuando menos, la igualdad para todos los hombres.

Es interesante, sin embargo, señalar que el movimiento socialista del siglo diecinueve y su consecuencia más extrema el comunismo, al propugnar por la dictadura del proletariado, ponía especial énfasis, al menos inicialmente, en otorgar ventajas y privilegios a la clase de trabajadores manuales; de manera fundamental a los trabajadores de la industria, estableciendo la lucha contra la burguesía. - Fue así como la que se estableció en la revolución francesa entre la realeza y la burguesía, se transformó el movimiento socialista en una lucha entre la burguesía y el proletariado. A través del tiempo, nobles, burgueses y proletarios, en sucesión, han sido consideradas las clases privilegiadas pero siempre en detrimento de las otras dos, ya parece llegado el momento de buscar el bienestar de todas. -

Conviene analizar un poco el desarrollo de los seguros sociales, no sólo por la importancia que han cobrado en el mundo actual y por las repercusiones económicas y sociales que han producido, sino también porque ellos han sido un paso hacia el concepto de la seguridad social integral que se quiere exponer más adelante.

Definición de Seguridad Social.

La seguridad social es el conjunto de medidas tomadas por la sociedad y en primer lugar por el Estado, para garantizar a todos los ciudadanos medios necesarios, así como para asegurar los medios de vida en caso de pérdida o reducción importante de sus medios de existencia, causados por circunstancias no dependientes de su voluntad.

Sus fines esenciales son:

- a)- Salvaguardar la salud del trabajador para conservar su capacidad de ganancia.
- b)- Ayudar al trabajador y a su familia en los infortunios o calamidades, tales como accidentes, enfermedades y muerte.
- c)- Ayudar a los trabajadores y a sus familiares en sus estados de invalidez, vejez y desamparo, así como también en muerte.

Los Seguros Sociales.

Cuando el Canciller de Alemania, Otto Von Bismarck, aconsejado por los economistas Wagner y Schaffle, resolvió establecer en su país el seguro social obligatorio, lo hizo fundamentalmen

te por razones políticas. En efecto, en el año 1870, obteni-
 da ya la gran unificación de Alemania, después de la integra-
 ción de Austria y los estados alemanes a fines en torno a Pru-
 sia y después de la campaña victoriosa de Francia, el liberali-
 smo cede su paso al absolutismo prusiano. Inmediatamente
 Bismarck tomó la resolución de prohibir el partido socialista -
 denominado partido Social Democrata, que por entonces alcanza
 de gran crecimiento y popularidad. - Para contrarrestar el
 descontento que esta medida producía, implantó la reforma so-
 cial inspirada en el movimiento que se había originado en In-
 glaterra y que posteriormente pasó a ser el cristianismo so-
 cial. - Fue esta una reforma necesaria para atraer las ma-
 sas, combatir el socialismo y reunir en torno suyo la fuerza
 que lo era independiente. Pero fue esta también una medida
 política, que tendió a favorecer a los trabajadores organizados,
 que son los que representan fuerza política.

Así nació en Alemania la primera ley de seguro social en 1883,
 que fue la del seguro de enfermedad. -

Un año después se estableció el seguro de accidentes de traba-
 jo y en 1889 el de invalidez, vejez y muerte. - El último de
 los reglamentos de Seguro Social fue el desempleo que tuvo su
 origen en Inglaterra en 1886 y que adoptó Alemania durante la
 primera guerra mundial,

Como puede apreciarse, no obstante que el seguro social en su
 origen no fue una medida establecida por los socialistas, es in-
 dudable que éstos tuvieron una marcada influencia en su naci-
 miento. De aquí es que en las leyes posteriores de seguros
 sociales de los diferentes países, existen medidas y reglamen-
 taciones de inclinación socialista. -

Esto ha sido más marcado en el desmoronamiento de los seguros en América Latina, ya que se han establecido en la época en que el socialismo ha cobrado mayor influencia.

En Europa, en cambio por ejemplo, de Inglaterra, en donde el seguro social fue promovido por el partido liberal, con sus más eminentes exponentes de entonces, David Lloyd George y Winston Churchill.

La verdadera innovación que introdujo el seguro social clásico, creado por Bismarck, fue la de aplicar a la protección social el concepto de "seguro" perfectamente definido y experimentado en los seguros privados voluntarios. Esto produjo como una ventaja, dar a la protección que así se suministraba, el carácter de derecho, que no hiere la dignidad de quien recibe; offensa por tanto, la condición de dádiva. En realidad si se analiza bien en el asunto puede decirse que ese derecho es el mismo para quien recibe una protección del Estado a través de un sistema de asistencia pública. +

Al fin de cuentas, cualquiera que sea el sistema, les conviene con pagados por toda la colectividad. -

En el caso de asistencia pública por medio de impuestos indirectos; en el caso del seguro social por medio de cuotas. «Lo que sucede es que el sistema de seguro hace más aparente ese derecho, porque el pago que el asegurado efectúa, así como el de su patrono, es directo y preciso para el fin específico de la protección que persigue. La diferencia es casi solamente de orden estacional. +

El Seguro Social y la Seguridad Social fenómenos históricos. No estimamos necesario entrar a considerar la diversidad de opiniones que en torno al concepto de "Seguridad Social" se

han suscitado, cuando en realidad aún no se han agotado los temas de las polémicas sostenidas alrededor del de "Seguro Social", y creemos por el contrario de gran utilidad intentar un esfuerzo para realizar un ensayo de determinación del concepto de seguro social ya que, de un modo u otro, es innegable, que al menos por ahora, se reconoce generalmente como uno de los medios más logrados y eficaces de la Seguridad Social o la institución del Seguro Social.

Qué deba entenderse por Seguridad Social, cuáles debían ser sus límites y cuáles sus fines, es materia de enorme interés sin duda alguna que actualmente refrena la atención de los expertos, y de la que no podemos tratar aquí, por el momento, ya que, por las razones apuntadas, ahora ha de ocuparnos la investigación de estos mismos problemas en cuanto sirven para delimitar el concepto del Seguro Social, elemento básico y de precioso valor para la investigación posterior de lo que debe entenderse por Seguridad Social. Pero aún así sentaremos como presupuesto, en el que la mayor parte de las opiniones coinciden, que los seguros sociales son dentro de la acción organizada y armónica de política social de los Estados dirigida a obtener el bienestar social dentro de un sistema que garantice los medios de todo orden que los individuos precisan para lograrlo. Acción que consideramos constituye el contenido de la seguridad social— un medio del que hoy por hoy no puede prescindirse.

Los fenómenos sociales como productos vitales que son, difícilmente pueden ser sometidos a una descripción que con carácter permanente válido y universal, definan, pues los factores culturales económicos y hasta geofísicos incluyen en ellos

de un modo tan decisivo que si no los condicionan esencialmente al menos si de modo accidental, distinguiendo en tal variedad de modalidades y matices que hacen innumeras sus especialidades.

Parece preferible, abundando en el criterio antes anotado - acudir al estudio de los antecedentes lógicos e históricos del fenómeno social en cuestión y procurar investigar el momento en que se presenta por vez primera y, al fuera, las causas que motivaron su origen. -

EVOLUCION DE LOS SEGUROS SOCIALES.

La previsión social, cumple sus fines previendo los riesgos posibles con el medio ponderado y riguroso del seguro, instrumento recogido de la actividad privada.

Una lenta y sucesiva depuración del concepto lleva más tarde a plantear los terminos de la Previsión Social, en un campo más amplio y al mismo tiempo más exacto. Los riesgos que personalmente o en su medio familiar, gravitan sobre el trabajador pueden ser varios en sus manifestaciones, pero en realidad de verdad unicos en su origen; la falta del salario adecuado, y entonces bajo este prisma de observación se re-
vele el antiguo concepto de los seguros sociales como medio de la previsión social, y se introducen en nuevas modalidades tendientes a lograr esa seguridad en la percepción de los medios económicos que sustituytm el salario o, al menos, proporcionan un mínimo vital, en equivalencia de aquel.

El sector económico intenta en esta cuestión, imponer modificaciones en la técnica y es preciso abandonar el rigor actual de atraca (cuyas ventajas quedaban empílicamente derrotadas por los inconvenientes que se derivan de la capitalización, devaluación monetaria, etc.), y arbitrar otros regímenes financieros basados en mas amplio criterio, estableciendo la participación estatal y un sistema de prestaciones más extensas y eficaces para atender con la debida proporción las necesidades sentidas en la realidad.

A partir de este momento, es cuando, a nuestro modo de ver, los seguros sociales comienzan de verdad a serlo, rotas las estrechas ligaduras con que estuvieron fajados en sus primeros momentos, ya que es cuando en garantía, sin dejar de ser co-

"seguros" llegan a ser "Sociales" porque tienen la capacidad de servir verdaderamente de instrumento eficaz de una política social (aún consentida esta actividad política como protección de las clases obreras o económicamente débiles).

Los seguros Sociales, múltiples en número, creados en diferentes tiempos y ocasiones, con finalidades específicas, resultaron constituyendo un conjunto no siempre armonioso, en gran parte difuso y rebelde a una sistematización racional. - Su sustentividad impuso la creación de órganos gestores propios - y la existencia de fondos y administraciones especiales. - La consideración de este estado de cosas indujo realmentes buscar una solución racional, para que sin perjuicio de respetar las especialidades características de cada seguro impuesta por los riesgos a que atiendiera, se lograra una coordinación de servicios que hicieran más eficaz y menos costosa la administración en beneficio de su economía y perfección dibujase el ideal del seguro total y esbozarse, como seguros unificados. - Cuando estas realidades plasman y se aplican, qué queda ya de aquellos rudimentarios Seguros Sociales de los primeros tiempos ? . Apenas la denominación, todo lo demás puede afirmarse, es distinto. He aquí probada la necesidad de examinar con la mayor precisión posible el valor actual de una denominación si se quiere que la determinación de su concepto tenga una validez real, al menos, en el actual momento de su biología.

Por otra parte la consideración que queda hecha de su evolución lógica o histórica, ha de brindar el material necesario, junto con el examen de la realidad ontológica del momento para determinar el concepto del Seguro Social.

CAPITULO II

LA ASISTENCIA SOCIAL EN LA NACION

La crisis grave que el país afronta por este aspecto y la urgencia de resolverla con prelación sobre otras necesidades nacionales es de primera instancia. Se ha hecho un cálculo informal de \$ 200,000,000.00 como costo de la construcción de hospitalaria que él debe afrontar para ponerse al día con respecto a las necesidades de la salud de sus trabajadores. Sin embargo, aquél cálculo ha resultado a través de las investigaciones adelantadas por el Instituto sobre los índices de asistencia en la Nación, decididamente inferior a la auténtica cuenta de aquellas obras. En efecto, la construcción y dotación de los hospitales que hacen falta en el país valen en realidad \$400,000,000.00 como se demuestra a continuación.

El número de camas hospitalarias consideradas indispensables para cada mil habitantes en los Estados Unidos o en Inglaterra es de 25, de las cuales 10 deben destinarse a enfermedades generales y 5 a enfermedades nerviosas y mentales.

En ningún caso podría prescindirse en nuestro medio de un cálculo similar, porque si los índices nacionales de enfermedades psico-nerviosas son menos avanzadas que las de aquellos

medios anglosajones, la necesidad de asistencia popular en el país resulta compensada por otros factores no registrados en la población de los países en referencia: - Esos factores - son bien conocidos. En primer término, las endemias del trópico que en el grado unánimemente sabido merman la capacidad de trabajo de nuestra población asalariada. Y al lado de aquellas endemias y de los numerosos casos de enfermedades sociales como la tuberculosis, la sífilis, el alcoholismo, operan en detrimento de la salud popular las llamadas enfermedades carenciales a cuya cabeza figura la avitaminosis que todea los sectores de nuestra población registra en tan alarmante proporciones. De tal manera que las causas hospitalarias que podríamos economizar por la relativa escasez de enfermedades mentales y nerviosas, resultan compensadas por las que el país requiere, para restaurar a los desnutridos y controlar la lucha contra las agudas endemias de nuestras regiones de clima medio y tibido. Con todo, podríamos partir de la base de un cálculo menos exigente que el elaborado por los científicos ingleses y norteamericanos, y reducir hipotéticamente nuestra necesidad hospitalaria a la cantidad de 10 camas por cada mil habitantes. En este caso tendríamos - que con una población de diez millones ochocientos mil (10.000.000,) habitantes como es la de Colombia hace 20 años serían indispensables ciento ochenta mil (100.000) camas.

Fronte a esta necesidad, el país cuenta con un total de 20.000 camas de tal manera que su déficit nominal por este aspecto asciende a la cifra de 80.000 camas. - Pero ocurre que - la noción cama, en idioma hospitalario, no es simplemente la de cama o lecho informal donde reposan en la mayoría de los - casos nuestros pacientes. -

Cuando se habla de una cama hospitalaria, implícitamente se está indicando que fuera del cuarto donde se halla, el enfermo dispone de los servicios médicos y quirúrgicos esenciales para su curación y restablecimiento, lo que implica la necesidad de que el respectivo nosocomio disponga de la dotación científica indispensable. En este sentido estamos bien lejos de poder considerar como camas hospitalarias las correspondientes a la escasa cifra de que hoy dispone el país.

La demostración es bien simple: Por el sólo aspecto de los médicos hospitalarios que deberían ser en número de 2.200., si se tiene en cuenta la necesidad de un médico por cada 10 camas, encontramos que hacen falta 1.600 profesionales para esta destinación, ya que los que actualmente prestan servicio hospitalario son apenas 600. Y si se espere en los servicios básicos de los hospitales, encontramos que la diferencia es mucho mayor, pues de 253 establecimientos asistenciales que funcionaron en 1967, sólo 125 ofrecieron servicio de cirugía; 153 servicio de maternidad, 63 servicio de laboratorio y 22, servicio de rayos X. Pienso en lo que significa esta carencia de servicios básicos como factor de deficiencia en el tratamiento de nuestros enfermos.

una relación aseguradora. Diversamente, el seguro social entra regularmente en vigor automáticamente, ope legis, sin que haya tenido lugar previamente un acuerdo entre las partes.

Y, viceversa, para aclarar la naturaleza jurídica de seguros de los seguros sociales, se trata de mantenerlos a toda costa dentro de la categoría del contrato forzoso.

Así, PEREZ LEÑERO, en una construcción doctrinal francamente sugestiva, afirma que "el contrato no puede faltar en ningún seguro que actúe ya entrancho jurídico; es el que le da precisamente categoría jurídica a un concepto en su contenido estrictamente económico", y de ahí que define el que llama "seguro laboral" como contrato, tanto en el seguro de accidentes del trabajo como en los demás seguros que protegen directamente al trabajador (enfermedad, maternidad, vejez, etc.).

Aparte de la mayor bondad o error de las conclusiones de una y otras tendencias, el argumento común tiene que ser rechazado categóricamente, pues se trata de reducir las relaciones jurídicas obligacionales a las relaciones contractuales, confusión que se desvanece por sí sola inmediatamente que se atiende a que las "obligaciones" nacen, como resume el C.C. en su artículo 1494 de la ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y comisiones ilícitas". O, como dice la doctrina más progresiva, las obligaciones tienen su fuente, o en la voluntad autónoma de las partes o en la ley, con lo que, junto a las clásicas obligaciones contractuales, aparecen en el derecho nuevo y social de nuestro tiempo, reclamando una consideración al menos paritaria con aquellas obligaciones legales.

b) Constitución "adego y contrato forzoso".

En la actualidad, como observa el profesor FERRANDIZ, no deja de resultar sorprendente el hecho de que para la doctrina — haya merecido tan poca atención el tema de las obligaciones legales o, dicho en otros términos, "el de la ley como fuente de derechos de crédito".

La razón de esta desatención está, como anticipamos, en que el derecho tradicional, inconscientemente, descansaba en la identificación de relación obligacional y contrato, por lo que, al encontrarse con las especies más interesantes de obligaciones legales fue reduciéndola, en un proceso penoso, a la categoría de los "contratos obligatorios", o de los "contratos forzados" — o, en fin, a la de la "relación contractual de origen legal".

Con esta posición conservadora, tan cara a los civilistas de antiguo, no solo no se aclaró nada especialmente, sino que se llegó a ese agudo dilema que, en términos clarividentes, plantea DIEZ PICAZO, a saber: "o se ratifican los conceptos de negocio jurídico y contrato puesto que han dejado de ser los actos de autonomía privada reguladores de las relaciones jurídicas privadas, para englobar también los actos de autoridad creadores de esas mismas relaciones; o se construye, al lado de los actos de ordenación privada de relaciones (negocios jurídicos), una nueva figura que recoja y dé paso a toda esta nueva realidad de los actos de ordenación y creación públicos o estatales de estas mismas relaciones".

En primer término de la alternativa, en realidad, se destruye la figura del contrato, pues no se puede hablar de contrato donde no hay acuerdo de voluntades, al menos para dar vida a la

relación jurídica : la regulación del contenido (o efectos) de la relación jurídica puede estar excluida de la voluntad de las partes (autonomía sustituida por normas heterónomas); pero si la voluntad autónoma de la parte también cede su puesto a una imposición legal a efectos constitutivos, seguir hablando de contrato es un contrasentido.

En conclusión, pues y de acuerdo con la simplificación doctrinal de las fuentes de las obligaciones, cabe decir que la relación jurídica de seguro, como relación obligacional que es, puede responder a uno de estos dos supuestos:

1). La relación jurídica de seguro tiene su fuente en acto autónomo de las partes, es decir, en un negocio jurídico, o, más concretamente, en un contrato; estaremos así ante las obligaciones contractuales de seguro.

2). La relación jurídica de seguro tiene su fuente en un acto heterónomo, manifestación de una voluntad distinta de la de las partes de la relación jurídica que en fin respecto del titular de dicha voluntad constitutiva en una situación de sujeción; en este caso, estaremos ante las obligaciones legales de seguro.

La distinción, que nosotros exponemos siguiendo la línea de pensamiento de los profesores FERNANDEZ y DIEZ PICAZO, podrá invocarse a su favor la autoridad de otros autores en un orden de doctrina general, y en el caso específico de los seguros sociales aparece ya con toda nitidez en la mejor doctrina italiana pero de un modo categórico y sistemático se formula en un constructivo ensayo del profesor LAS HERAS, que lleva por título, precisamente, el de "La relación jurídica de seguro".

LAS ERAS critica la concepción jurídica del seguro como contrato, ya que el "acto o relación de seguro es uno e inalterable, pero que jurídicamente puede provenir de un convenio de voluntades o de una disposición legal, es decir, que puede tomar forma de contrato o de acto ex lege particular". Y así, junto al contrato de seguro coloca la relación legal de seguro, que es aquella relación jurídica que tiene la ley como fuente mediata o inmediata a la vez, en virtud de la cual una institución de Derecho Público, actuando como asegurador. Viene obligada a satisfacer, a quien legalmente corresponde, la prestación asistencial establecida por la ley, caso de ocurrir un determinado hecho, establecido en la misma, a cambio de la contraprestación, total o parcialmente fortuita, correspondiente, que viene obligada a satisfacer quien la ley determina". - Es decir, que la asunción del riesgo y pago de la prestación, así como la obligación de pago de la prima o cuota, son obligaciones ex lege (y no ex contractu) a favor y a cargo de determinadas personas.

c). La Obligación Legal de Contratar.

Hoy, sin embargo, una situación intermedia, que ha sido descubierta por los autores que se ocuparon del "contrato impuesto", o "forzoso", a saber, el contrato celebrado por disposición legal.

LAS ERAS, en el arranque de su ensayo, distingue entre el seguro contractual "libre", el seguro impuesto obligatoriamente por la ley (por ejemplo el seguro de accidentes del trabajo), y cierra su argumentación al indicar que, en

cambio hay casos en los que el seguro es obligatorio, y así mismo forzoso es establecer su vinculación con una entidad de Derecho Público o de Derecho Privado, con un régimen de monopolio a su favor".

Efectivamente, también hay que distinguir, con la mayor claridad posible entre la relación que tiene su fuente en un contrato celebrado voluntariamente por las partes; la relación que tiene su fuente en la propia ley (o en el supuesto de hecho establecido por la ley), pues tan solo en el último supuesto estamos ante una obligación nacida *ex lege*, mientras que en los dos primeros casos el contrato aunque se celebre cumpliendo una obligación legal sigue siendo la fuente de la obligación como tal contrato.

MOREL, en la misma línea doctrinal, había ya distinguido entre las distintas y describibles hipótesis de contrato impuesto - entre la situación de la persona que se va a imponer la obligación de celebrar un contrato, aun en contra de su voluntad (que es el verdadero contrato forzoso), y la situación de la persona que se encuentra, de pleno derecho, implicadas en una relación contractual sin que ella haya tenido que formular la menor declaración de voluntad, supuesto que el autor denomina, con terminología de JOSSERAND, "relación legal de origen contractual".

DUFANEO, que también se había ocupado de diferenciar el contrato forzoso de la relación legal logra aplicar al seguro social dicha distinción, en los términos siguientes el seguro social se caracteriza por su carácter obligatorio. Lo original

lidad de este rasgo se ha alterado un poco con la aparición de las formas obligatorias de seguro privada. Sin embargo, el seguro obligatorio impone una simple obligación de contratar, por lo que da origen a la conclusión de un contrato forzoso. En el seguro social, las relaciones jurídicas se forman entre el empleador, la institución de seguros y el asegurado, con independencia de cualquier consentimiento: se trata de una relación legal, puesta por vía de autoridad, y no de una relación contractual formada bajo el imperio de la ley. Con, pues, categorías distintas las de contrato forzoso y la de obligación ex lege.

La distinción gradación en la libertad de constitución de la relación jurídica, desde la autonomía de decisión de las partes a la de la formación automática, pasando por la obligación legal de conclusión de la relación, pero con facultades de incumplimiento, señala el definitivo valor que el estado, - como supremo ordenador de las relaciones sociales o de convivencia, concede al interés del sujeto protegido en el seguro; la constitución autónoma y voluntaria se aviene correctamente con la satisfacción de intereses particulares, pero a medida que la imposición legal se manifiesta hay que concluir que el interés asegurable presenta características públicas o sociales.

CAPITULO III

PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO SOCIAL

La clásica división de las personas jurídicas en dos categorías, las de derecho público y las de derecho privado fue suficiente en las épocas en que predominó el criterio individualista y en que se cercenó el derecho de asociación, se persiguió a los antiguos gremios o corporaciones y se prohibió su existencia con la famosa ley chapelier de 1791, en nombre de una mentida libertad de trabajo que arrojó al proletariado a la miseria y al desamparo.

Más, cuando la reacción de las clases menesterosas se hizo sentir en el Siglo XIX con su agrupación en asociaciones de finalidad estrictamente social, a saber la lucha y la defensa de sus intereses en quiebra, dando así nacimiento al movimiento sindical que tan hondas repercusiones ha tenido en la época contemporánea, se vio la necesidad de estudiar estas nuevas corporaciones con un criterio distinto al que se había venido empleando para las llamadas personas jurídicas de derecho privado, pues sus finalidades y empresas lejos de limitarse al campo del patrimonio económico individual causaban trastornos en toda la economía nacional y afectaban a las mayorías obreras y campesinas de todas las naciones creando así una verdadera conciencia de clase.

Los juristas no podían pues desconocer esos hechos y su obligación era estudiarlos a la luz del derecho y de la justicia para enmarcar este tipo de asociación gremial en una nueva categoría jurídica.

Al lado del sindicato como elemento de lucha contra los excesos de la clase patronal desconocedora de sus obligaciones, comenzaron a surgir otras asociaciones inspiradas en el concepto de que la unión hace la fuerza y tendientes a dar solución a los enormes problemas de carácter económico-social que aquejaban a las clases trabajadoras.

Fue así como surgieron las cooperativas de producción, de consumo y de crédito que al eliminar el intermediario entre el productor y el consumidor hacen descender el nivel de vida para la clase obrera y le facilitaba los medios de adquirir muchos bienes necesarios para su subsistencia que antes les fueron imposibles; las cajas de ahorros, las mutualidades, y en el terreno propio de la previsión que mira hacia el futuro del hombre para ponerlo a resguardo de los riesgos que con consecuencia necesaria e ineludible de su trabajo, nacieron cajas de previsión social y los Institutos de Seguro Social.

Todas estas personas jurídicas, como puede comprenderse fácilmente, rebasan los límites de actividades de una persona de derecho privado para convertirse en otra clase especial, de mucho mayor entidad como que de su funcionamiento depende en cierto modo el orden público y por consiguiente el Estado no puede ignorarlas, ni limitarse a reconocerlas su personería, sino que como ha acontecido realmente, la somete a su vigilancia y control, las estimula poderosamente como

facciones de progreso, pero les deja inalterable su autonomía y su independencia en el terreno de su organización y su patrimonio. Estas son las que podríamos llamar con toda propiedad personas jurídicas de derecho social.

Si las comparamos con las que hasta aquí hemos estudiado, encontramos e no dudarlo afinidades y semejanzas, pero también características especiales que las individualizan y especifican notablemente.-

En primer término debemos aceptar que esta clase de personas morales, por su origen, manera de actuar y finalidades, tienen mayores semejanzas con las personas jurídicas de derecho público que con las de derecho privado.

Claro está que si la expresión derecho social la tenemos en un sentido amplio, dentro de esta clasificación podrían haber muchas corporaciones que actualmente se consideran como de derecho privado por ser producto de la iniciativa individual pero que en cierta manera redundan en beneficio de la comunidad y del acrecentamiento de la riqueza.

Tal acontece con las sociedades comerciales o mercantiles y con las instituciones de utilidad pública. Pero, en un sentido estricto, los autores de derecho laboral, siempre han querido significar en el vocablo "social" todo cuanto mira a las relaciones entre el capital y el trabajo, y su regulación y armonía, a los conflictos que suelen surgir entre ellos por razón de lo encontrado de sus intereses y a las diversas formas como las escuelas que se perten al campo en el estudio de la cuestión social, pretenden dar solución al problema inquietante de la lucha de clases y del restablecimiento de la

armada y de la paz entre los que tienen más y los que tienen menos, entre los poderosos de la industria y del capital y los trabajadores organizados cooperativamente, así como también a las entidades nacidas al calor de esa histórica lucha por el predominio y el mantenimiento de sus respectivas posiciones dentro de la actual organización de la sociedad y por el progreso moral, intelectual y económico de las clases trabajadoras y la previsión de sus riesgos futuros.

Desde lo anterior, podemos observar una primera gran división entre las personas jurídicas de derecho social, tomando como base el origen o la fuente de donde nacen y se desarrollan, a saber: personas jurídicas de derecho social creadas por la iniciativa privada colectiva y personas jurídicas de derecho social creadas por la autoridad pública.

Entre las primeras tendríamos todas las instituciones de carácter sindical, y aquellas otras de índole más específicamente económico-social que miran de manera particular a la solución de los problemas económicos de los trabajadores, el abaratamiento del costo de la vida, el ahorro y la previsión, a facilitar vivienda barata tales como las cooperativas de consumo de producción, de crédito, de habitaciones, etc.

Las segundas estarían formadas por las entidades creadas por la ley, las ordenanzas, el acuerdo o el reglamento y en las cuales la autoridad pública colabora tanto en su establecimiento económico mediante auxilios o cuotas perfectibles, como en su dirección por medio de voceros suyos en los organismos rectores.

Dentro de esta segunda categoría deberíamos catalogar, pues los institutos de crédito para los trabajadores, cooperativas y

en el terreno de la previsión, las cajas Municipales, Departamentales y Nacionales de Previsión Social y los Institutos de Seguro Social cuya establecimiento en Colombia ha sido el mayor paso dado en el presente siglo a favor de las clases trabajadoras.

Esta enunciación bastará por el solo para que se comprendan cómo se existe alguna analogía entre las personas jurídicas de derecho social y las que ahora estudiamos y analizamos, ella no es otra que una semejanza o afinidad con las personas jurídicas de derecho público, vale decir, con los establecimientos públicos o servicios públicos descentralizados.

Forzosa en unas y en otras, fue la autoridad pública la que les dio vida, pero luego se les otorgó autonomía o independencia, se les reconoció personalidad jurídica y un patrimonio distinto del patrimonio del Estado, pero al paso que les dio derecho público están destinadas a prestar los servicios públicos en general, éstas de derecho social solo miran, como no dejó el punto ya, a cuanto se refiere a las relaciones obrero-patronales y a su mutuo progreso y engrandecimiento. En ambas fue la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento, la fuente de donde surgieron a la vida jurídica, en sus organizaciones están representadas las entidades de derecho público - Nación - Departamento, Municipio - su patrimonio está controlado por el Estado y en cuanto a la manera de formación de sus haberes, los integran en parte con dineros del erario público.

Y se explica esa analogía, porque si los establecimientos públicos no son otra cosa que servicios autónomos, las personas jurídicas de derecho social en último análisis, también están prestando una manera de servicio público a saber, dando satisfacción a las necesidades del conglomerado social que se

CAPITULO IV

CAMPO DE APLICACION

Antes de estudiar este aspecto, es necesario hacer resaltar a los cinco principios que enmarcan hoy la seguridad social, más precisamente sistematizados por Carlos Martí Duffill, así:

1) Principio de Universalidad; o sea la tendencia a cubrir a todos los seres humanos de la comunidad por el solo hecho de existir.

2) Principio de la integridad de las prestaciones. - Se perfecciona poco a poco el sistema para el trabajador y para su familia, tanto en calidad como en cuantía; es la aplicación del principio de integridad para satisfacer las necesidades humanas en toda su extensión. Si esto no se hace, la seguridad social no cumple este principio fundamental.

3) Principio de la solidaridad en la financiación. El aspecto de financiación del sistema tiene que estar precedido por la equidad humana.

Es curioso observar que los antiguos seguros sociales existían un afán por establecer la responsabilidad, con el objeto de ubicar el pago de las prestaciones. De esta materia se ensayan la teoría de la culpa del derecho romano, la teoría del riesgo, etc. Como el patrono tiene la obligación o la res-

posibilidad del pago del salario por el trabajo ejecutado, lle-
no también la responsabilidad de cubrir la indemnización por-
el daño causado.

Hay que abandonar todas estas tesis, para afirmar que los cos-
tos no pueden ubicarse en la responsabilidad patronal ni en
la teoría del riesgo, sino en el hecho de las contingencias -
que aparecen en la comunidad, especialmente en el mundo del
trabajo; por lo tanto, no existe responsabilidad sino un cúm-
ulo de contingencias que afecta a los miembros de la comuni-
dad y el pudieramos hablar de responsabilidad, esta sería sen-
cillamente social. Pero es mejor no hablar del concepto de
responsabilidad, ni aún en el concepto anterior, sino de con-
tingencia cuyos costos es necesario financiar basados en el
principio de solidaridad humana, mediante el cual cada quien
debe aportar lo necesario. Este principio de solidaridad se
abre paso y debe ser la base de la seguridad social.

4) Principio de la unidad de gestión. Se pretende con este
principio la unidad de gestión, es decir la abolición de todos
los entes gestores, o la coordinación de esfuerzo ? La políti-
ca de la seguridad social es una, que contiene muchos facto-
res : que no haya gastos superfluos, que no exista duplicidad
de servicio. Este unidad de gestión puede realizarse a tra-
vés de un solo organismo o de varios, pero coordinados, cuan-
do estos varios cumplen con el otorgamiento de prestaciones -
en el campo de la seguridad social. De manera que el princí-
pio de unidad coordinación de todos los entes gestores.

5) Principio de Internacional. Cuando un hombre pasa de -
un país a otro, es necesario que no se vea despojado de la
protección que tenía en su país de origen. Esto se aplica de

de manera especial en los trabajadores migrantes y el medio para el trabajo han sido los convenios internacionales, bilaterales o multilaterales. De esta manera se está gestando una verdadera política internacional de la seguridad social. Hoy tiene una gran importancia en Europa, debido a la migración de trabajadores hacia diferentes países en busca de trabajo. Desde luego que esto envuelve serios problemas en cuanto al reconocimiento de prestaciones, pues las condiciones no suelen ser iguales en todos los países; de ahí que al se obtiene el derecho con una legislación y en el país de origen no coinciden tales condiciones, el trabajador debe reunirla para poder consolidar su derecho; por lo menos así se ha pactado entre los países.

Estos cinco principios determinan el contenido del campo de aplicación en cuanto personas y en cuanto al territorio. Ya no se puede pensar en una seguridad social de tipo profesional, parroquial y de grupo, sino en una extensión ilimitada respecto a su contenido prestacional, personas y territorio.

2. Personas a quienes protege.

El principio de universalidad enunciado, hace referencia a las personas protegidas. Inicialmente, solo hubo preocupación por dar protección a los asalariados, pero apenas a los económicamente débiles, pues se tenía el concepto de que era la clase más necesitada. Así se inicia en Alemania en el año 1.881, cuyo tope de salario o renta fija se fija en mil marcos mensuales; desde luego, las demás personas que tuvieran salario superior al tope referido, quedaban por fuera del sistema.

En el número siguiente hablaremos de los criterios sobre el

campo de aplicación, que hoy existen.

Por ahora, bástanos decir las personas protegidas por la seguridad social deben ser las que viven en un territorio, y aplicado el criterio de la internacionalidad, el derecho debe acompañarlo donde quiera que se trasladan.

En forma orunciativa, mientras se llega al ideal de aplicación de los cinco principios anotados, la seguridad social protege hoy a las siguientes personas :

- a) Trabajadores por cuenta ajena o asimilados sin exigir edad, profesión, forma y cuantía de remuneración ;
- b) Trabajadores autónomo de cualquier clase ;
- c) Estudiantes ;
- d) Funcionario público ;
- e) Amos de casa ;
- f) Anciano y niños que no pueda trabajar ;
- g) Nacionales residentes en el exterior ;
- h) Extranjero residente en el país, contratado por un patrono o autónomo, en virtud de convenio bilaterales o multilaterales.

3. Criterio sobre el Campo de Aplicación.

Carlo Martf Buffil, en un estudio titulado Concepto y Naturaleza seguro social en legislaciones modernas, publicado en la "Revista Espa ñola de Seguridad Social, 1947 número 6, se expresa así sobre este tema :

El Seguro Social debe concebirse, en la actualidad, como un derecho subjetivo de hombre, que la sociedad debe garantizar, =

preservándote de los infortunios y accidentes que te pueda sobrevener^o.

"Sin embargo, tal derecho no ha sido interpretado por igual en la diversa legislaciones. A nuestro juicio, destacan tres criterios fundamentales, que son, a su vez tests jurídicos con que explica su naturaleza: derecho subjetivo de seguro social, fundado en el trabajo o la debilidad económica laboral en la propia vida^o.

"El derecho de seguro social, fundado en el trabajo tiene una lógica sencilla: el hombre que trabaja y vive de la remuneración que trabajo le produce, está en peligro de que acontezca un accidente o infortunio que, rompiendo, alterando o suspendiendo la eficacia de aquella remuneración, que origina una necesidad o la que no pueda el trabajador hacer frente en la carga familiares....., si no la necesidad que estos fenómenos crean en la familia del trabajador.

Necesidad que, además de ser distinta, según las características del fenómeno y de la familia, no es de responsabilidad exclusivamente patronal, ni obrera, sino sencillamente social. Ello hace que, para la sociedad que interviene en el trabajo, sea un deber el proteger los riesgos sociales del trabajador y su familia, y, para estos, sea un derecho general de garantía nacida del trabajador considerados como aplicación de fundamentales encomendadas a la producción y no como mercancía.

"Configurado así el derecho, tiene dos consecuencias: la primera es que si el derecho general de garantía nace del trabajador, es natural que ampare a todos los que viven de él, sean o no asalariados (principios de universalidad del campo de aplicación); la segunda es que si se trata de un derecho

constancial a la calidad de trabajador, el trasladarse éste - de un país a otro, no puede quedar despojado del mismo, siendo necesario llegar a la norma jurídica internacional que lo garantiza como uno de los derechos fundamentales del hombre - (principio de internacionalidad).

RIESGOS QUE CUBRE EL SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO.

Establécense el seguro social obligatorio de los trabajadores - contra los siguientes riesgos :

- a) Enfermedades no profesionales y maternidad.
- b) Invalidez y vejez.
- c) Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Organización y Administración :

El Instituto Colombiano de los Seguros Sociales en su organización y administración trata :

- a) De la creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales.
- b) De las funciones del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales.
- c) De la dirección de los Seguros Sociales.
- d) De la elaboración y modificación de estatutos y reglamentos generales.
- e) De las prescripciones, requisitos, plazos, etc., para las inscripciones de patronos y trabajadores.

~~-34-~~

- f) De la fijación y modificación del monto de los aportes o cotizaciones.
- g) De la formación del Consejo Directivo del Instituto y miembros que la integran.
- h) Del nombramiento del gerente general del Instituto.

CAPITULO V

GESTION ADMINISTRATIVA

La gestión de los bienes públicos corresponde al Estado, el cual no puede obrar sino en el caso y condiciones establecidas por el mismo legislador, con el fin de servirlo.

Pero el Estado centralista omnímodo, que a la vez legisla, administra y juzga, ha dividido su acción en los tres poderes clásicos que garantizan los derechos de los asociados. Mas si — tomamos exclusivamente el Estado administrador, su campo de acción es tan vasto, que sería imposible atender el servicio en forma total y con la eficiencia deseada para satisfacer las necesidades de los gobernados. Ante esta imposibilidad, se ha visto obligado a crear entidades descentralizadas por servicios que comprendan la descentralización patrimonial y funcional, la cual supone desde luego una dirección técnica.

Esta descentralización por servicios se encuentra claramente — destacada en los establecimientos públicos pero bajo la vigilancia de los agentes del gobierno, por cuanto a estos corresponde el cumplimiento o desarrollo de los planes adoptados por el gobierno.

El profesor EUSTORGIO GARRIA, después de hacer un estudio minucioso de las tarifas de los publicistas franceses, alemanes e iberoamericanos, según la de los primeros aplicándola y desarrollándola, así

Primero. El establecimiento público como organismo desconcentrado es parte de la administración, pero por razón de la autonomía que le es esencial, se halla sometido a normas obligativas especiales.

Segundo. Estas normas especiales son las que dan origen a una propia, patrimonio y gestores más o menos autónomos. Así, pues, no prescinda el establecimiento público como una creación de la ley. Pero la autonomía administrativa de que goza el establecimiento público no lo exime de la guarda de los gobernantes, la cual se ejerce en forma más o menos directa, y es indispensable para mantener la unidad de criterio en los servicios a cargo del Estado.

El establecimiento público es instrumento o medio de los gobernantes para ejecutar los planes generales de administración.

Tercero. Para la existencia de un establecimiento público se requiere la concurrencia de estos elementos:

- a) Que se trate de un servicio público o actividad cuya prestación u organización esté a cargo del Estado;
- b) Que el servicio sea por existencia técnica, contenido perfectamente económico, cultural o social;
- c) Que sea creado por acto legislativo, y que por medio de él se consagre su autonomía patrimonial, administrativa y jurídica;
- d) Que los gobernantes mantengan los necesarios control del organismo, como garantía de la unidad de criterio administrativo y de la debida protección del patrimonio público que a ellos corresponde.

En cuanto al patrimonio del establecimiento público, debe observarse que es esencial a su existencia jurídica el hecho de que ese patrimonio sea aportado en su totalidad por el Estado, pueden presentarse casos y se presentan, en los que los gobernantes, para mejor organización y prestación del servicio, buscan o permiten la cooperación del capital privado.

Lo importante es que el Estado aporte una parte de ese patrimonio, que no pierda, al mezclarse con el particular, su carácter de público. Cualquiera que sea la organización interna que se dé al establecimiento público, los gobernantes no pueden renunciar al deber de tutelar el patrimonio de la colectividad. Y esto se alcanza, en parte, por medio del control o vigilancia fiscal. Por lo tanto la tendencia opuesta, de innoble origen antidemocrático, es desechada. Pero sí debe atenderse a las modalidades del establecimiento, a la naturaleza del servicio y a las relaciones con los usuarios y el público en general.

° Cuarto. - En cuanto a la vinculación jurídica de los agentes o funcionarios de establecimiento público con el Estado, debe observarse que tanto la doctrina como la jurisprudencia aceptan la concurrencia de modalidades que los colocan en situación diferente a la de los demás agentes oficiales, pero sin perder su carácter de agentes de la administración pública.

Y ello debe ser así, si se pretende asegurar la eficacia en el servicio, lo que no sería posible si, por ejemplo, se alegara por parte de los gobernantes una facultad omnímoda de libre nombramiento y renovación, viable solo tratándose de actividades públicas que no requieren especiales conocimientos, continuidad de labor y unidad de responsabilidad.

Por ello, en el presente caso, se avertura el concebir el establecimiento público así: la entidad creada por acto legislativo, con autonomía jurídica administrativa y patrimonial, a cuyo cargo está una actividad o servicio público. El establecimiento público, en muchos casos, es la misma entidad denominada Instituto Oficial o semioficial⁴.

Después de estas bases sobre la gestión pública del Estado y su protección a través de entidades autónomas o institutos oficiales o semioficiales bien podemos entrar a estudiar la naturaleza de los entes administrativos de seguridad social.

1.- Naturaleza de los Entes Administrativos.

Al iniciar el estudio de la gestión administrativa, cabe hacer una distinción entre lo que corresponde a la seguridad social y a los seguros sociales.

Lo primero, como dice ENRIQUE LUIÑO PERA en su estudio «provisión social y seguridad social por ser una total y general, plantea la exigencia de una verdadera solidaridad nacional, que, al prescindir de los métodos tradicionales del seguro social, ofrece las características de un servicio público de los más eficaces y trascendentales, que, por interesar a toda la sociedad, debe ser organizado por el Estado. El oficio es así, la gestión administrativa de la seguridad social corresponde directamente al Estado, por cuanto interviene en la colectividad para garantizar y salvaguardar la vida del hombre. Es entonces un servicio público de imperio para el Estado, tan trascendental como el de la autoridad, el de justicia, educación o cualquiera de estos que crea, organiza, costea y vigila la

comunidad a través de sus gobernantes; es un organismo oficial que concreta la política social del gobierno, pese a que su financiación se haga no solo con recursos del tesoro público sino con la concurrencia de los asociados por medio de impuestos o tasas con destinación especial.

Pero como aún no hemos llegado a esta etapa final, es menester estudiar la gestión administrativa en esta parcela de la seguridad social y de su mejor modo de realización, que es el de los seguros sociales.

1.1. Los Entes Gestores.

PEREZ BOTIJA señala, muy acertadamente, tres sistemas practicados en gestión de los seguros sociales:

1. Gestión Pública;
2. Gestión Mixta;
3. Gestión Privada.

La primera tiene una doble canalización:

- a) Se utiliza directamente un ministerio o un departamento administrativo que se responsabilice de la inscripción de afiliados, recaudo de cuotas, financiación, prestación de servicios, jurisdicción coactiva, etc.

En la etapa que linda con la administración de la seguridad social, pero con un campo de aplicación más restringido; los seguros sociales así son otra rama de la administración pública, por su cobertura total.

- b) Se emplea la gestión por descentralización, de servicios a través de institutos descentralizados, autónomos, con perso-

nería jurídica y patrimonio propio. Tuvo su origen en Alemania y constituyó una de las características del seguro social alemán; fue acogida en Europa y América. En estos organismos tienen representación los patronos, los trabajadores y el Estado; vale decir, los interesados centraliza o permite cierta descentralización por riesgos y territorios.

Este sistema tiene las siguientes ventajas:

- 1) Propende por la tanificación de las diferentes secciones y de sus funcionarios.
- 2) Dejoja de las ingerencias políticas partidistas, para dejar cabida únicamente a la preparación y eficiencia en el trabajo.
- 3) Por tener patrimonio propio no se presenta la confusión de sus bienes con los del Estado y constituye una barrera para la financiación permanente del tesoro público con los recursos de patronos y trabajadores.
- 4) La representación de los diferentes grupos en sus cuerpos directivos, permite una constante fiscalización de los negocios y de la inversión de sus ingresos.

Pero los críticos de este sistema afirman que aumenta considerablemente la burocracia con desmedro en los servicios; la acumulación de grandes reservas en una institución de estas, acarrea el peligro de constituir un Estado dentro del Estado, y si sus inversiones no se controlan técnicamente, pueden provocar brotes inflacionarios difícilmente superables.

Cabe notar que este sistema tiene un sentido democrático, por cuanto permite la representación de los grupos interesados en la seguridad social: el Estado, los patronos y los afiliados. Como puede apreciarse, existe un equilibrio en la dirección administrativa y ninguna determinación se tomará sin consultar los intereses generales de la comunidad en la coordinación con su financiación; no se pretende dar mayores beneficios para los afiliados, sino que los programados tengan salida y puedan cumplirse exactamente. Mayor sentido social tiene una pensión pequeña, pagada oportunamente, que una muy alta sin reservas inmediatas para su efectividad.

Bien es cierto que las cuotas pagadas por los afiliados son parte de su salario o renta de que ellos hubieren podido disponer, pero tal consideración no es valerosa para comprometer el destino de la organización con la nunciación de prestaciones no previstas y por ende no calculadas. La dirección tiene una velle a toda demagogia en la expansión de los beneficios al cálculo actuarial, el cual como lo veremos luego, es la brújula que orienta su destino.

La segunda forma, o sea la gestión mixta, descarta la participación de los poderes públicos. Las entidades que más directamente intervienen en la administración son los patronos y los sindicatos; pero dada la naturaleza de estos dos por un arma de lucha y de protección mutua, derivan con frecuencia hacia la política de partido, y esto hace que no siempre ofrezcan confianza en su gestión.

La tercera forma, o sea la gestión privada, tuvo sus seguidores e confianzas de nuestro siglo, frente a la creciente importan-

cia que en todas partes tomaban las compañías privadas de seguros; pero con el correr de los tiempos se comprobó el fracaso de este sistema, dada las siguientes razones:

- a) La compañía privada busca siempre un fin de lucro, lo cual encarece su costo, pues las cuotas previstas deben dar margen para cubrir los riesgos y ganancias de la sociedad.
- b) Las compañías de seguros, por regla general, seleccionan los riesgos y solo asumen aquellos a largo término, como los de pensiones de invalidez, vejez y muerte, que permiten la capitalización y acumulación de grandes reservas — que mediante una sana política de inversiones les permiten cumplir con sus compromisos, a la par que obtener buenas utilidades. Pero como existen otros riesgos como los de enfermedades no profesionales y maternidad, que son de ocurrencia inmediata y de altísimo costo, arden de su compleja organización médica, hospitalaria, farmacéutica, odontológica, laboratorios y complementarios, pues las compañías los rechazan por no dar margen de rendimiento y, en el caso de calcularse — este, las cuotas serían tan altas que no se registrarían. Esta la razón para buscar un sistema diferente, ajeno al interés, sólo fijada la meta de protección del hombre como ente social.
- c) Todavía existen sociedades mutuales que encaminan su acción a la protección en los accidentes de trabajo.

III.- La función del Estado. Privilegios.

Dice JOSE MALLART, en un estudio sobre la Previsión Social y los grandes problemas actuales, que " se ha propuesto y, en parte, se está consiguiendo que los seguros sociales, no- bre todo cuando formen ya parte de una vasta organización de esas que se están montando en diversos países, llamadas de se- guridad social, sean un medio para mejorar la sanidad física y moral para establecer paz y armonía; para estabilizar la vi- da económica, regularizar el empleo, frenar el movimiento de los precios, evitar la inflación monetaria o ayudar a redistri- buir las riquezas que la codicia y el abuso de poder hayan con- centrado en pocas manos". -

Estos objetivos no pueden realizarse los hombres en forma alg- lada, ni aún unidos, sin la mediación imperativa del Estado ; entran así en el cuadrante de las obligaciones estatales para incorporarse en su política social.

MARTI BUIFILL, en su estudio, la seguridad social como políti- ca, afirma que " la política social es así la acción del Estado en función de la justicia social, por lo cual no se limita a ser un conjunto de medidas legislativas técnicas de solución de pro- blemas actuales, sino la consecución de un orden nuevo, de sig- no social, en función de una nueva interpretación de la vida - del hombre en la sociedad, que está de acuerdo con los astra- tos con que Dios la enriqueció. -

Ahora bien, si la entidad gestora en la seguridad es oficial, + con el fin de proteger a trabajadores particulares e independien- tes, sus propios funcionarios son oficiales y no pueden perder tal naturaleza para convertirse en particulares. -

Entonces, ¿ que alcances tiene el artículo 4o. del decreto - ley 2.324 de 1948, al afirmar que los empleados y obreros - del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y de las Cajas Seccionales serán trabajadores particulares y gozarán de los correspondientes derechos y prestaciones sociales ?

Conciliadamente, este artículo es aparentemente contradictorio con la naturaleza misma de la institución, pues si es de derecho público, mal podría considerer a sus trabajadores como privados. Tal vez ha existido una errónea interpretación del artículo 4o., ya que no se ha pretendido quitar a estos trabajadores su naturaleza de oficiales, sino que ha establecido el reconocimiento de sus prestaciones sociales según el Código Sustantivo del Trabajo, pero sin considerarlos como particulares. Además, la ley 151 de 1959, que regió la situación jurídica de todos los establecimientos públicos, el decreto-ley - 550 de 1960, reorganico de la administración pública, disposiciones que reafirman la naturaleza de los institutos descentralizados y por lo tanto de sus funcionarios, los decretos-leyes 1050 y 3130 de 1960, dicen claramente que los establecimientos públicos son organismos de la rama ejecutiva y sus trabajadores son oficiales. Si las normas citadas tienen a los establecimientos públicos como oficiales, y a sus empleados con igual carácter, el artículo 4o. del decreto-ley 2324 de 1948 quedó complementado.

El consejo de Estado, en concepto del 6 de Febrero de 1970, dice ; " Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Su naturaleza jurídica. Régimen legal aplicable al patronal a su servicio".

A lado del establecimiento público clásico y de otras formas de administración descentralizada, aparecieron en la reforma social, iniciada a partir de 1945, unas entidades diferentes, "cui generis", pero cesando bajo este rubro unas entidades específicamente destinadas a cumplir todas o algunos de los aspectos de la política social del Estado. Tal razón para que la ley 80 de 1946, en su artículo 10, y el decreto extraordinario 2324 que la desarrollan, también en su artículo 10, al crear el Instituto Colombiano de Seguros Sociales como entidad rectora de la seguridad social, y al señalar su naturaleza, lo hubiera calificado como "una entidad autónoma de derecho social con personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto de los bienes del Estado". En resumen, es una entidad oficial descentralizada denominada técnica y legalmente "establecimiento de derecho social", creada y organizada para cumplir la política de seguridad social señalada por el Congreso o por el gobierno, con facultades suficientes para desempeñarse como empresa privada. Así lo fue desde su fundación y ni entonces ni hoy es un establecimiento público ordinario o clásico. En cuanto al segundo punto, los personal que prestan su servicio al Instituto se hallan vinculados a él por un contrato de trabajo y pertenecen al sector oficial. A dichos trabajadores se les aplican las normas pertinentes del contrato de trabajo, pues ellas son consecuencia de la naturaleza de vínculo jurídico con el Instituto. Mientras una ley no disponga otra cosa distinta rigiendo lo dispuesto en el artículo 80, de decreto 2324 de 1946, que es consecuencia necesaria de la organización, estructuración y condiciones especiales en que y para que fue creado el Instituto. Pero cuando las disposiciones legales hablan de "trabajadores par-

ticulares" no han querido decir "trabajadores privados". El sentido de los textos, como se deja dicho, es el de que se trata de personas vinculadas por el contrato de trabajo con este organismo especial de la administración. El desde su fundación el Instituto fué un instrumento del Estado para realizar la política social, pertenece al sector oficial. De consiguiente, sus trabajadores, no obstante tener contrato de trabajo con él, también han pertenecido al sector público y su tiempo de servicio es computable con el servicio en otras entidades oficiales centralizadas o descentralizadas para los efectos legales pertinentes. Así se dispone desde las leyes 6a. de 1945, y 65 de 1946 y sus decretos reglamentarios un poco antes de la creación de l Instituto, y se dispone hoy por el decreto 3135 de 1969 y 1040 de 1969 para todas las presentaciones inherentes a una relación de trabajo con la administración, que exijan un lapso especial para su adquisición. Las personas que prestan su servicio al Instituto deben ser afiliados forzosos al mismo, conforme al artículo 4o. de la ley 90 de 1946, por el personal científico, y el 4o. del decreto 2324 de 1943, para todos, (cualquiera que sea su ocupación no se exceptúa la razón legal por la cual algunos servidores de esta institución, estuvieran o estén, por mérito de sus servicios, afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social). (Concepto del 6 de Febrero de 1970. - Sala de consulta y servicio civil. Consejo, no ponente, doctor Guillermo González Cherry, Solvedad de voto del consejero doctor Alberto Hernández Mora). -

En publicación fue autorizada mediante oficio 4036 del 4 de -
Marzo de 1970, por el señor Ministro del Trabajo. -

Recientemente sentencia del mismo Consejo de Estado, reafirma este concepto !

I V. El Control General.

El control general de la seguridad social entraña un problema bastante complejo, porque si el sistema es la resultante de la política social del gobierno, a esto corresponde el control general para que las normas se apliquen en su extensión e intensidad y no se desvíen de sus principios fundamentales. Pero por debajo de esta supervigilancia política existen controles de más inmediata eficacia.

El control puede ser:

- A) Administrativo
- B) Financiero, y
- C) Jurisdiccional.

A) El control administrativo, a su vez, pueden ser mediante la inscripción e inspección de empresas y afiliados para comprobar las condiciones de trabajadores, salarios, pago al día demás factores que puedan incidir en el recado y en el otorgamiento de prestaciones sociales posteriores; pueden ejercer el control interno sobre el reconocimiento de prestaciones, su costo, liquidación, análisis de documentos como prueba, periodicidad y términos.

B) El control financiero se diversifica en:

B-1) Control contable, encaminado a que todas las operaciones de la institución se registren según el plan contable, previamente aprobado, y no se efectúen imputaciones dudosas o erradas que desvirtúen después los resultados del balance y del ejercicio presupuestal.

- B-2.- Control Fiscal, ejercido en algunas instituciones a través de auditorías propias o de las contralorías del Estado, justificable en este último evento, por existir dineros oficiales en la institución.
- B-3.- Control de inversiones en desarrollo de los planes aprobados perfectamente por las directivas, ya en forma aislada o conjunta con otras entidades regionales; estas inversiones, como lo veremos más adelante, deben cumplir una función social y en lo posible buscar en beneficio de las mismas afiliadas, y su rentabilidad debe estar siempre por encima del porcentaje mínimo fijado por los cálculos actuariales para garantizar la solidez del sistema.
- B-4.- Control actuarial perfecto, basado en datos estadísticos sobre costos, frecuencia, índices de morbilidad, natalidad, mortalidad, muerte, vejez o invalidez y revisión de los estudios efectuados para concluir si los tomados como base para la asunción de los riesgos se cumplen estrictamente o si están por debajo de lo previsto, a fin de entrar a modificar los cálculos y determinar nuevas valorizaciones; esto se impone con tanta mayor razón en los países latinoamericanos, frente permanentemente en la devaluación monetaria que descompensa toda previsión.
- V.- Recuento y Control de Aportes.
- Para la percepción de los aportes se han ideado varios sistemas desde la iniciación del seguro, los cuales se han perfeccionado con el tiempo. Entre los más corrientes figuran los de estampillas, planillas de aportes y planillas prefabricadas.

a) Estampillas.

Los trabajadores reciben de la Institución unas libretas, en las cuales constatan su afiliación, monto del salario, semanas del año y demás datos importantes que se requieren para el otorgamiento del servicio. El patrono adquiere en la oficina del Seguro las estampillas correspondientes, y las adhiere a la libreta cuando efectúa el pago del salario. Así el afiliado encuentra un instrumento que demuestra que está a paz y salvo con la Institución, a la vez que le sirve de identificación.

La mayoría de los países lo adoptaron por su sencillez y economía administrativa. Pero se presta a falsificaciones, adulteraciones y su uso indolente de sus valores. Algunos patronos pueden hacer las retenciones del salario y no adherir las estampillas a la libreta sino en momentos requeridos al servicio; la Institución asume el riesgo, pero no existe equilibrio con el pago del siniestro y, desde luego si el procedimiento se generaliza, la quiebra es insalvable. Por ello hoy son pocos los países que lo usan.

b) Planilla de Aportes.

El patrono remite al Seguro la relación de sus trabajadores, con indicación del número de afiliación, número de semanas trabajada en el mes, monto de salario percibidos, categoría que corresponde a cada salario, cuando se adopta esta forma, determinación de aporte patronal y la del trabajador. -

El seguro verifica la planilla que comprueban los datos suministrados o investiga las condiciones económicas de la em-

prosa y trabajadores, bien directamente por conducto de los antecedentes que reposan en los archivos o mediante inspectores, quienes deben rendir informe detallado sobre la información encomendada; si encuentra correcta las planillas, la prueba sirve de base para la autorización de los servicios (sistema anterior colombiano). Si existe exceso en el aporte, produce una nota de crédito y los devuelve a la empresa; si a la inversa, existe un faltante en el aporte produce una nota débito y cobra al patrono la diferencia.

Este sistema recarga el trabajo de la empresa, y conduce a errores constantes no siempre superables.

c) Planilla Preelaborada.

Este sistema es el fruto de la experiencia del seguro social colombiano y se aplicó por vez primera en forma manual en la caja seccional del Cauca. Consiste en una planilla patrón que lleva el Seguro, la cual se liquida cada mes, de conformidad con los avisos de entrada y salida, enfermedades, cambio de sectorio, etc. que remite periódicamente al patrono, antes de cerrar el término señalado, para tal efecto. La institución hace la liquidación y envía al patrono el dato de sus aportes, de acuerdo con el movimiento y los documentos que reposan en sus archivos, distribuidos los valores de los trabajadores y los de la empresa. Si esta se manifiesta conforme con la liquidación, paga su valor en la caja; en caso contrario puede solicitar una revisión de su liquidación, paga su valor en la caja. Cualquier error es fácil de corregir en el acto y de rehacer el recibo. Mediante el empleo de la máquina de tabulación, se facturan, además del recibo de pago de tarjetas individuales de servicio para uso de los trabajadores con cuya

presentación se identifican, se comprueba el pago de los aportes y se concede el servicio inmediato. Este sistema es más inmediato. Este sistema es más económico que los anteriores, disminuye el porcentaje de errores y permiten un mejor control de los aportes. Fue presentado como recomendación al Congreso Iberoamericano de Seguridad Social celebrado en México en 1953, y la OCA lo adoptó y recomendó para los países latinoamericanos.

V L. Presupuestos y Balances.

Según la academia se entiende por presupuesto el cómputo anticipado del costo de una obra; y también de los gastos o rentas de un hospital, ayuntamiento u otros cuerpos, y aún de los generales de un Estado o especiales de un ramo como de guerra, marina, etc. Desde el punto de vista contable, los presupuestos generales de los Estados son la enumeración de las obligaciones que la Hacienda debe satisfacer cada año en relación con los servicios que tienen de mantenerse en aquél, y el cálculo de los recursos o medios que se consideran realizables para cubrir dichas atenciones.

Existe una fundamental diferencia entre el presupuesto del Estado y de las entidades de la Seguridad Social, a saber:

- a) El estudio del presupuesto del Estado vemos que éste normalmente, primero se determinan la renta y con su producto se satisfacen los servicios y las inversiones. En cambio, en las entidades de Seguridad Social, necesariamente se determinan primero los gastos, inversiones y reservas, y luego se

fijan las cuotas que deben satisfacer los asegurados para equilibrar tales egresos.

B) En cuanto al tiempo, el presupuesto del Estado se fija, por regla general para un año, y por excepción y sólo en casos especiales, para periodo bienales o superiores; en cambio las de la seguridad social, sobre todo cuando se trata de los riesgos a largos términos como invalidez, vejez y muerte, los presupuestos tienen alcances de varios años desde luego no fijos e inmodificables sino sujetos a revisiones periódicas para que su fin se cumplan en toda su extensión.

C) La buena administración y correcta ejecución del presupuesto del Estado produce superávit fiscal en cada ejercicio que se utiliza en un mejoramiento de los servicios de los asociados en cambio, en las entidades de Seguridad Social, una siniestralidad menor de la prevista y una inversión con interés superior al calculado conducen a un reforzamiento de las reservas y se supone pues que los servicios se prestaron con eficiencia dentro del marco de lo previsto. Ahora bien si el superávit es de tal magnitud que rebasa con exceso los cálculos actuariales, la entidad de la seguridad social debe proceder a revisarlos a fin de extender el campo de aplicación de los servicios o de rebajar las cuotas de aportación.

C) presupuesto de las entidades de seguridad social debe contener los principios básicos de la política financiera que desarrollará en el tiempo.- De ahí que como desarrollo del presupuesto se desprenden los presupuestos de inversiones que puedan ser conjuntas con otras entidades, o de una sola con los fondos de un solo riesgo.

Si tomamos una definición simplista, el balance es la agrupación de las cuentas que numéricamente representan los haberes y las deudas de una persona, natural o jurídica, en un momento dado. De lo anterior, se deduce que el capital es la diferencia entre la totalidad de los bienes que posee esa persona y sus deudas.

Los balances comerciales difieren de las entidades de seguridad social en una apreciación fundamental: en los primeros, existe el renglón de pérdidas y ganancias que demuestra el resultado o situación real de la empresa en su ejercicio; en cambio, en una entidad de seguridad social, aparece el renglón de reserva para indicar la mayor o menor solidez de la institución. Y esto se justifica, por cuanto la empresa comercial persigue fines de lucro; en cambio, la de seguridad social tiene hacia un fin de servicio público y de protección humana.

Las entidades de seguridad social deben elaborar dos clases de balances: el corriente, o sea de comparación de sus ingresos y haberes frente a sus obligaciones, que se produce cada año y los actuariales, cuyo análisis corresponde especialmente al actuario, quien no solo tiene la misión compleja de calcular las primas, sino la de vigilar su desarrollo, o sea, como dice THULLEN, establecer si las reservas matemáticas acumuladas son en todo momento suficientes para garantizar junto con las futuras primas, el cumplimiento de los compromisos adquiridos. Este examen se realiza por medio de los llamados balances actuariales.

Hoy se presenta una nueva posición con respecto a los presupuestos que se modifican fundamentalmente los regímenes exis-

tontos y es la del presupuesto-social, el cual se abre el camino con éxito en muchos países y que parece más lógico, más simple y más humano. Se confunde con los sistemas financieros que analizaremos en detalle más adelante, pero que para tener una idea de él, recojamos las ideas expuestas así por WALTER DITTEL ;

" La idea básica que inspira el método del presupuesto social, parte del principio de que un régimen obligatorio de previsión social no es un sistema de seguros sino que, en cambio, descansa sobre las siguientes bases fundamentales:

- a) Se trata, en esencia, de hacer que la población activa - o productora en un momento determinado, contribuya obligatoriamente a sufragar el costo de mantenimiento de los programas de protección que deben ser implantados para cubrir la población inactiva, o no productora, contra la ocurrencia de uno o varios riesgos de carácter social, es decir, que afecten directamente o indirectamente a todos los habitantes.
- b) La protección de los respectivos programas tienen que ser de carácter verdaderamente mínimo con prescindencia absoluta de toda noción de equidad individual (es decir, que quien más contribuye no es quien más recibe), para poder garantizar su financiación permanente y establecer a través de todas las generaciones y como quiera que ocurra o pueda ocurrir dichos riesgos; y
- d) Al prescindir de toda noción de equidad individual los respectivos beneficios que deben ser uniforme para todos los afiliados (los afiliados deben ser, finalmente, toda la población del país) y no deben tener relación directa alguna con la

remuneración que estos perciban o han percibido en el momento o antes de recibir dichos beneficios.

V I I .- Las Sanciones.

Secuela necesaria de la obligatoriedad de los seguros sociales es la de las sanciones establecer un sistema como obligatorio sin el suministro de los medios para ello, sería consagrarla utopía. La ley otorga a la institución administradora ciertas facultades para imponer sanciones de carácter económico por su no acatamiento. Estas sanciones pueden ser a las empresas o a los afiliados así:

- a) A las empresas : por no inscripción oportuna de ella y de sus trabajadores dentro de los términos establecidos por los respectivos reglamentos;
- b) Por no descontar las cuotas a sus asalariados o por no pagar sus aportes y los de sus dependientes en los lapsos fijados por el seguro o cuando relacionan salarios diferentes de los reales con el propósito de obtener una aportación inferior.
- c) Por inscribir fraudulentamente a personas no vinculadas a la empresa y por ende no obligadas a inscribirse, con el fin de obtener servicios asistenciales que en otra forma no pudieran recibir.
- d) Entre la institución central y las regionales, cuando se confía a esta la administración de determinados riesgos.

- e) Por el reconocimiento de prestaciones, cuando surge el conflicto respecto a los requisitos básicos para su otorgamiento, como la edad, tiempo mínimo de afiliación autónomos.
- f) Entre la Institución y sus afiliados autónomos.
- g) Cuando dentro del grupo familiar afilien a personas excluidas de los beneficios.

Toda jurisdicción implica un procedimiento, que debe seguirse ante ella.

El seguro posee siempre un procedimiento, pero este regula la reclamación administrativa en su primera etapa y no tiene efecto en la contenciosa; para esta se aplica el procedimiento general de la jurisdicción laboral en los países que confían en ella el dirimir los conflictos que se suscitan por la aplicación de las leyes y reglamentos del seguro. Pero cuando existe una jurisdicción especial desde luego se aplicará el procedimiento que a dicha jurisdicción especial corresponde.

Cabe hacer aquí una distinción entre el conflicto que surge - por la aplicación de la ley y los reglamentos del Seguro y los actos administrativos de carácter general de la entidad; los primeros corresponden a la jurisdicción especial, generalmente la laboral; los segundos competen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo por la vía de nulidad.

VIII La Prescripción.

Las acciones para reclamar los derechos dimanados de la ley

- e) Por el reconocimiento de prestaciones, cuando surge el conflicto respecto a los requisitos básicos para su otorgamiento, como la edad, tiempo mínimo de afiliación autónomos.
- f) Entre la institución y sus afiliados autónomos.
- g) Cuando dentro del grupo familiar afilien a personas excluidas de los beneficios.

Toda jurisdicción implícita un procedimiento, que debe seguirse ante ella.

El seguro posee siempre un procedimiento, pero esta regla la reclamación administrativa en su primera etapa y no tiene efecto en la contenciosa; para esta se aplica el procedimiento general de la jurisdicción laboral en los países que confían en ella al dirimir los conflictos que se suscitan por la aplicación de las leyes y reglamentos del seguro. Pero cuando existe una jurisdicción especial desde luego se aplicará el procedimiento que a dicha jurisdicción especial corresponda.

Cabe hacer aquí una distinción entre el conflicto que surge por la aplicación de la ley y los reglamentos del Seguro y los actos administrativos de carácter general de la entidad; los primeros corresponden a la jurisdicción especial, generalmente la laboral; los segundos competen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo por la vía de nulidad.

VIII .- La Prescripción.

Las acciones para reclamar los derechos dimanados de la ley

y los reglamentos del seguro, tienen su término de prescripción, y esto es apenas lógico, por cuanto su efectividad no puede consistir en términos indefinidos. Pero es necesario hacer aquí una distinción fundamental: la prescripción por servicios asistenciales e indemnizadores unitarios, y la que corresponde a las pensiones.-

La primera, o sea la relacionada con la petición de servicios e indemnizaciones unitarias prescribe en los términos que la ley y los reglamentos señalen, por lo común en un tiempo no mayor de un año.

La segunda, o sea la prescripción de pensiones no puede aplicarse igual principio. Las leyes no hacen distinciones en esta materia y de manera general señalan un término de cuatro o más años para reclamar el derecho pensional; esto significa literalmente, que vencido éste la entidad queda exonerada de reconocimiento, por dejar transcurrir el tiempo sin hacer efectivo el derecho.-

Pero bien cabe aplicar la tesis de la jurisprudencia laboral colombiana en cuanto al régimen de pensiones al afirmar que si estas son vitalicias, no puede perderse el derecho por la insociedad durante determinado tiempo; pero como la ley señala un término que armonizan los intereses institucionales y particulares mediante la recta interpretación de que por ser vitalicia la pensión, el derecho a reclamarla no prescribe; la prescripción solo es eficaz respecto de las mesadas pensionales no reclamables durante el lapso fijado por la ley.-

497-

La prescripción aquí librada y humana, pone fin a multitud de problemas que pueden presentarse en el futuro con personal - que, por diferentes razones de carácter económica transitoria, no ejerce su derecho; pero cuando la edad es avanzada y la necesidad de su ejercicio se impone, el derecho queda prescrito, haciendo más precaria la situación del afiliado y conduciéndolo inexorablemente a la miseria, lo cual ha querido evitar a todo trance la organización del seguro. Por ello, la tesis en cuestión concilia las disposiciones y humaniza el derecho.

El Régimen General Colombiano.

El seguro social fue creado en Colombia mediante la Ley 90 de 1966. El seguro social fue creado en Colombia mediante la Ley 90 de 1.966. En su artículo 9 confía la administración del sistema en una entidad autónoma con personalidad jurídica y patrimonio propio, denominado Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

El Instituto, pese a su autonomía es de tipo oficial y parte integrante del gran engranaje del Estado; es el ejecutor más fiel de su política social y no puede desconocerse esta naturaleza - ya que tiene las siguientes características:

- a) De creación Legal.
- b) Representantes gubernamentales en su Consejo Directivo.
- c) Director nombrado directamente por el Presidente de la República.
- d) Aportes del Estado en su contribución.

- e) Control Legal, pues los reglamentos de la institución no tendrán validez sino los aprueba el Presidente de la República; y
- f) Control Fiscal por parte de la Contraloría General de la República.

Su autonomía patrimonial y administrativa no le quitan la naturaleza de entidad oficial, y sólo se le han concedido con el objeto de que sus bienes y rentas no se confundan, dentro de concepto de unidad de caja, en la organización presupuestal nacional hoy existente, con los fondos del tesoro nacional por otra parte, su autonomía, es base para su organización técnica, alejada de las influencias políticas tan frecuentes entre nosotros.

La dirección administrativa, financiera y técnica, está a cargo de un Consejo Directivo en el cual están representados todos los sectores y de un director general.-

CONSEJO DIRECTIVO.

El Consejo Directivo está integrado por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, quien lo preside, o su Vice Ministro;

Por un representante de los patronos; por uno de los trabajadores, y por un representante del cuerpo médico.

Los representantes no gubernamentales tienen sus correspondientes suplentes personales, quienes los reemplazan en sus ausencias temporales o abso lutas.-

El período de los miembros no gubernamentales del Consejo Directivo es de dos años y pueden ser reelegidos.

Los representantes no gubernamentales son escogidos por el Presidente de la República, de ternas que presentan las entidades patronales y médicas, según decreto del gobierno nacional así:

- a) Para la representación de los trabajadores, las confederaciones de los trabajadores reconocidas por el Gobierno;
- b) Para la representación de los patronos las asociaciones patronales de los distintos sectores de la producción reconocidas por el gobierno.
- c) Para la representación del cuerpo médico, las asociaciones médicas que tengan el carácter de consultivas del gobierno nacional.

Las entidades postulantes envían a la Presidencia de la República por conducto del Consejo Directivo, las listas correspondientes, antes de la última semana del mes inmediatamente anterior al de la iniciación del período. En caso de que las entidades postulantes o algunas de ellas, dejen de participar en la integración de su correspondiente registro en el plazo señalado, el Presidente de la República hace internamente la designación del representante que le corresponde a tales entidades.

Decreto 443 de 1971 o artículo 10. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales tiene como funciones principales:

- 1o. La organización, dirección, administración y vigilancia de todos los ramos de los seguros sociales;
- 2o. Elaborar y modificar los reglamentos generales de los seguros cuya administración le corresponden. - Estos reglamentos determinarán las modalidades, cuantía y extensión de las prestaciones de los distintos riesgos, medidas y servicios del seguro social, en favor de los diferentes sectores o grupos de población que protejan;
- 3o. Determinar las regiones, actividades, empresas y patronos y grupos de población a los cuales se aplicará la obligación del seguro social.
- 4o. Señalar el orden de población de los riesgos que hay que asumir y las actividades a las cuales deben aplicarse total o parcialmente, y las etapas para la organización y extensión progresiva a las distintas regiones y actividades;
- 5o. Fijar y modificar, conforme a los principios técnicos que rigen los seguros sociales, el número de cotizaciones técnicas que den derecho a la respectiva prestación en cada modalidad del seguro, así como las cotizaciones necesarias para cubrir las prestaciones de los mismos seguros, cualquiera que sea la entidad que los administre, los niveles de las reservas técnicas y la forma de constituirlos y las cantidades que pueden dedicarse a los gastos de administración. Para determinar el valor de las prestaciones económicas que se reconocerán en los distintos seguros, deberán realizarse siempre los correspondientes estudios matemáticos actuariales, sin cuyos resultados favorables no se podrán adoptar medidas -

que impliquen modificaciones en la extensión de las prestaciones o en el monto de los aportes y en las condiciones de otorgamiento de dichas prestaciones;

6a. Organizar y ejecutar programas de salud en coordinación con el Ministerio de Salud, o en coordinación con la Nación, los Departamentos, los Municipios, las Entendencias y Comisarías, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixtas ;

7a. Realizar inversiones que le permitan servir oportunamente los objetivos propios de la institución y logren medidas de interés público o de progreso social, de manera que queden suficientemente garantizadas y en condiciones de máxima seguridad y adecuada rentabilidad ;

8a. Adoptar planes y programas en materia de seguridad social que deben proponerse para su incorporación a los planes sectoriales y generales de desarrollo, de acuerdo con los organismos nacionales de planeación ;

9a. Determinar la forma cómo el Instituto debe organizar su sistema de atención médica, de acuerdo con los principios y normas que para el efecto tenga el Ministerio de Salud ;

10. Crear, suprimir y fusionar cajas seccionales y oficinas seccionales, para la administración de los distintos seguros en las diferentes regiones del país, así como determinar su régimen administrativo ;

11o. Administrar directamente aquellos ramos del seguro cuya unificación o centralización sea indispensable o se considere conveniente.

Con funciones del Consejo Directivo :

- 1o. Dirigir, vigilar y controlar todos los ramos de los seguros sociales a cargo del Instituto ;
- 2o. Elaborar y modificar los estatutos y reglamentos generales de los seguros sociales, someterlos a la aprobación del Presidente de la República;
- 3o. Proscribir los requisitos, modalidades y sanciones referentes a obligaciones que tienen los patronos de inscribir a sus trabajadores, de avisar todo cambio de personal y de salario, así como las demás circunstancias que determinen los correspondientes reglamentos ;
- 4o. Determinar con aprobación del Presidente de la República, las actividades laborales, las localidades o regiones y los patronos a los cuales se aplican los seguros sociales, los riesgos que hayan de cubrirse las etapas para la organización y funcionamiento de los servicios ;
- 5o. Fijar y modificar de conformidad con los cálculos matemáticos actuariales y con aprobación del Presidente de la República el monto de cada uno de los aportes y cotizaciones correspondientes a cada clase de riesgos asegurados ; el pago mínimo durante el cual no podrá ser alterado dicho monto, que no será inferior a seis (6) meses, y el número de cotizaciones pre-

-6A-

vias quedan derecho a la respectiva prestación en cada modalidad del seguro;

- 6o. Organizar los seguros facultativos;
- 7o. Estatuir y organizar prestaciones adicionales a las establecidas por la ley y reglamentos, a favor de los asegurados obligatorios y de sus familiares ;
- 8o. Crear, organizar y reglamentar a iniciativa del director general las cajas de compensación destinadas a atender subsidios familiares en las forma establecida por la ley ;
- 9o. Planear la politica de inversiones de conformidad con los estatutos y de acuerdo con la comisión de inversiones ;
- 10o. Crear, organizar o suprimir las cajas seccionales y las oficinas locales en la forma prevista por la ley ;
- 11o. Administrar todos los ramos del Seguro Social directamente o a través de las cajas seccionales y oficinas locales en la forma prevista por la ley ;
- 12o. Designar los miembros de las juntas directivas de las cajas seccionales , de las ternas que presenten , por intermedio del director general las entidades previstas en el citado decreto 1696 de 1960 y removerlos en cualquier tiempo por justa causa;
- 13o. Aprobar modificar o improbar a propuesta del director general los reglamentos especiales del Instituto sobre:

- a) Elaboración, ejecución y control de los presupuestos del Instituto .
- b) Elaboración, ejecución y control de los planes generales y parciales de inversiones de los seguros sociales, de acuerdo con lo establecido en los estatutos ;
- c) Organización y funcionamiento administrativo y científico de los servicios médicos y actividades afines ;
- d) Organización administrativa y funciones de las divisiones del Instituto ;
- e) Cada uno de los proyectos en desarrollo de los planes de inversiones de fondos y reservas, cualquiera que sea su cuantía ;
- f) Los contratos del Instituto o de las cajas seccionales que se celebren en desarrollo de los planes o presupuestos de inversiones, y cuya cuantía no exceda de doscientos mil pesos (\$200,000, oo) ;
- g) Los contratos del Instituto que sean en desarrollo de los planes de inversiones y cuya cuantía exceda de cien mil pesos (\$100,000, oo).

El Director General tiene voz en las deliberaciones del Consejo Directivo y sólo podrá votar cuando se trate de decidir casos de empate.

Del Director General

El Director General del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales será designado por el Presidente de la República, - para periodos de cuatro años y podrá ser reelegido para los periodos subsecuentes y removido en cualquier tiempo - por justa causa. -

Con funciones del Director :

- 1o. Representar legalmente al Instituto ;
- 2o. Dirigir y controlar la actividad administrativa técnica y financiera del Instituto ; las cajas seccionales, las oficinas locales y las cajas de compensación ;
- 3o. Presentar oportunamente al Consejo Directivo las ternas para los directores de las cajas seccionales y administradores de las oficinas locales ;
- 4o. Crear los cargos, señalar las funciones y fijar las asignaciones del personal al servicio del Instituto .

El Control General. -

El Instituto de Seguros Sociales, fuera del control técnico del Consejo Directivo, tiene desde el punto de vista fiscal, el de la Contraloría General de la República, el cual se extiende a las cajas seccionales y a las oficinas locales.

Dentro de su engranaje tenemos, pues, dos clases de controles:

Uno de aspecto administrativo, ejercido por el Consejo Directivo, y por el Director general, en cuanto se desarrolle con la aplicación del ramo de los seguros y su financiación, recaudo de aportes, inversiones, prestación de los servicios, mejoramientos de los sistemas, et c., y otros estrictamente fiscal ejercido por la Contraloría, fundado en el principio de que como existen dineros del tesoro público en el seguro, debe ejercerse tal fiscalización a fin de que éstos, además de los recaudos de los patronos y trabajadores, cumplan el objetivo determinado en la ley y en los reglamentos.

Decreto 433 de 1.971. Artículo 48. La vigilancia de la gestión fiscal del Instituto colombiano de los seguros sociales y sus cajas seccionales correspondo a la Contraloría General de la República, a través de un auditor general, en el Instituto, y de auditores en las cajas seccionales de oficinas seccionales, con arreglo a lo previsto en la Ley 151 de 1959 y demás normas que lo adicionan.

Artículo 49. - Los funcionarios de la Contraloría General de la República que hayan ejercido control fiscal del Instituto colombiano de seguros sociales y sus cajas seccionales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, no pueden ser nombrados ni prestar sus servicios en estas entidades, sino después de un año de producido su retiro.

De la Jurisdicción.-

Las controversias que susciten la aplicación de la ley entre patronos y trabajadores ; entre el Instituto y las cajas ; entre el Instituto o las cajas, por una parte, y los patronos - asegurados como beneficiarios por la otra, en razón del seguro social, y que no versen sobre multas impuestas por las instituciones que lo administran, serán de competencia de la Justicia del trabajo una vez agotado el procedimiento interno. (artículo 30, del Decreto 1343 de 1949).

Las resoluciones que declaren la obligación de pagar las cuotas o las cotizaciones que se adeuden al Instituto o a las cajas seccional prestarán mérito ejecutivo ante la Justicia del trabajo, una vez agotado el procedimiento interno de reclamaciones ante la respectiva entidad.

De la Prescripción.

La acción para el reconocimiento de una pensión prescribe en cuatro años ; la acción para el reconocimiento de las demás prestaciones y el derecho a cobrar cualquier subsidio o pensión ya reconocidos, prescribe en un año. (Art. 35 Ley 90 de 1948).

Estos términos de la ley son viables en cuanto se refiere a subsidios en dinero e indemnizaciones de carácter uniliterario, pero no pueden precalizarse igual cosa de las pensiones, porque si son vitalicias, ellas deben durar lo mismo que el causante o beneficiario; de menor que si éste, por cualquier circunstan-

cia, no ejerce su acción teniendo derecho a ello, se pueda declarar la prescripción de las mesadas pensiones les correspondientes a los últimos cuatro años, más no puede enervarse, el derecho en sí mismo. Esta doctrina es más humana, más flexible y se acomoda más a la finalidad de la seguridad social de preponderar por encima de todo a la protección del hombre contra la miseria.

CAPITULO V I

SISTEMA ECONOMICO Y

FINANCIERO

I Sistema Económico.

Ya hemos dicho que la seguridad social no es gratuita ; es honorosa, al igual que el seguro privado, pero con la diferencia de que no persigue fines de lucro. Es una institución económica, pero sin desvirtuar sus objetivos.

Se trata de allegar los recursos necesarios para atender al costo de las prestaciones ; es decir, buscar el equilibrio entre los ingresos y los egresos. Los gastos no pueden cobrarse exactamente sino que están basados en cálculos de -- -- probabilidades relativas al ocurrencia de los diferentes sucesos que originan las prestaciones. Sobre estos cálculos se determinan las cuotas para satisfacer los egresos y las reservas apropiadas según el régimen financiero elegido.

A través del tiempo, múltiples son los criterios tenidos en cuenta para determinar los sujetos que deben pagar el costo de la seguridad social. Entre los principales, podemos estudiar los siguientes :

- a) La seguridad social debe ser financiada por patronos, -- trabajadores y estado ;

- b) La seguridad social debe ser financiada por patronos y trabajadores y con aportes voluntarios del estado ;
- c) La seguridad social debe ser financiada por la solidaridad nacional.

Dentro de cada uno de estos criterios existen diversos sistemas para fijar las cuotas que deben pagar las partes integrantes.

Quienes sostienen los dos primeros criterios, parten de una concepción restringida de la seguridad social dentro del campo de aplicación, pues consideran que debe beneficiar sólo a los económicamente débiles, y por tales entienden a quienes viven de un salario o de un tope de renta.

Quienes apoyan la tercera posición, tienen un concepto amplio de la seguridad social, puesto que se mira el factor humano, el hombre, por el solo hecho de existir, y, en consecuencia, estar sujeto a diferentes contingencias que pueden conducirle a la miseria. Dentro de esta posición el estado no debe ser indiferente, por tener a su cargo la protección de los asociados, y de ahí su obligación de contribuir, en una u otra forma, que coincide con el primer sistema, dentro del cual debe aportar en proporción a una de las partes.

A) Fuentes de las Contribuciones.

Dentro de los sistemas económicos enunciados, las cuotas deben determinarse por el actuario, y existen para ello las siguientes variantes :

1) Prima fija igual. Parte del principio del mínimo vital y, por lo tanto, todos los afiliados a la seguridad social deben pagar una prima mínima para tener derecho a recibir las distintas prestaciones. No se tienen en cuenta, según la salario posición; las prestaciones, tanto económicas como asistenciales, son perfectamente iguales.

2) Prima Diferencial sobre ingresos. Estado, a la inversa de lo anterior, la cuota no es igual para todos; es variable, según el monto de los ingresos, y suele determinarse por tablas de categorías de salarios o ingresos que van desde un mínimo hasta un máximo, pero siempre con un tope máximo, por encima del cual todos pagan igual.

3) Porcentaje sobre ingresos. Esta forma tiene una gran sencillez, pero se presta a multitud de errores de liquidación. El actuario determina, sobre el monto total de salarios o renta apreciable, el porcentaje que se debe satisfacer para la seguridad social, y lo divide entre las partes importantes: Patrono, Estado y Trabajador; al afiliado se le aplica el porcentaje correspondiente a su ingreso mensual y este determina la cuota que debe pagar en este período.

4) Tasas o impuestos generales con
destinación especial.

El Estado establece una tasa o impuesto especial para todos los asociados, sin distinción de renta, patrimonio, dependencia, autonomía, etc. Esta tasa tiene una destinación especial, como es la de atender a los gastos causados por la seguridad social, y no puede tener otros fines, pese a que ingresara el mismo tesoro público.

5) Combinación de cuotas y tasas.- También existe -
la variante de establecer cuotas, bien sean fijas, por porcentajes o por categorías, sobre los ingresos, en combinación con tasas o impuestos con destinación especial; pero - estas últimas solo sirven para coadyuvar a la solidez del sistema económico adoptado y permiten determinar cuotas bajas sobre los ingresos, que incrementados con las tasas, constituyen el fondo necesario para atender al monto de los egresos de la seguridad social.

6) Ingresos Financieros. En realidad, no por una variante como las anteriores, sino un complemento de

74

ellos; pero que ayuden a incrementar los ingresos. Como se verá más adelante, al estudiar el régimen financiero, las cuotas no pueden permanecer inactivas; deben producir una renta mediante una política de inversiones.

11. Régimen Financiero.

El cálculo de los recursos necesarios para el financiamiento de la seguridad social está a cargo del actuario.

El actuario tiene como función especial calcular los riesgos o contingencias y los beneficios de la seguridad social. -

Valor actual significa el monto de lo que es preciso disponer en la actualidad para que, zanon todo por los intereses compuestos, se oive en una época futura predeterminada el valor total del compromiso que entonces, el término de dicho período, deberá satisfacer.

Las bases financiera consiste en la ley de capitalización, o sea en la manera por la cual el capital aumenta con el tiempo en función de sus intereses.

La base estadística consiste en medir la intensidad del riesgo, calculando las probabilidades, es decir, la relación entre el número de casos favorables a determinado acontecimiento, y el número de casos posibles. -

La valuación de los recursos se hace con base en las previsiones demográficas (movimiento de los afiliados) y en las previsiones financieras (spertes e intereses de los capitales acumulados. La valuación de egresos se efectúa sobre las previsiones demográficas (movimiento de beneficiarios), y sobre las previsiones financieras (beneficios y gastos de administración). Del conjunto de esas valuaciones resulta el balance acturial, en cuyo activo figura el valor actual probable de las obligaciones.

La finalidad de la valuación acturial consiste, por lo tanto, en establecer el equilibrio (o señalar el desequilibrio que puede existir) entre los cálculos de los ingresos y las previsiones de gastos.

BEVERIANO AZNAR, dice que los sistemas empleados para la seguridad social son tres: el sistema de reparto, el de cobertura de capitales y el de capitalización. Para el sistema de reparto basta calcular el costo de las prestaciones, y distribuirlo entre los asegurados para obtener la prima anual por asegurado, o entre los salarios, sueldos o ingresos asegurados, para determinar la prima anual por unidad de salario, sueldo o ingreso.

Para el sistema de cobertura de capitales no basta el cálculo del sistema de reparto; hay que calcular además el valor actual de las prestaciones en curso de aquellas que están ya consolidadas y se van pagando, para así asegurarias durante todo el tiempo en que deben ser pagadas; es el sistema que se emplea en el seguro de accidente, y es en rigor un sistema de capitalización parcial. El sistema financiero de capitalización exige que se calcule el valor actual, no solo de las prestaciones en curso, sino también de las en período en constitución. La base de los cálculos varía y por eso antes de hacerlos, se decide el sistema preferido.

A) Inversiones.

Una escuela obligada del sistema financiero es la de la inversión. Este debe reunir los siguientes requisitos:

- a) seguridad; b) rendimiento; c) disponibilidad, y d) utilidad pública.

La seguridad debe ser de tal naturaleza, que en cualquier momento la institución pueda recuperar el valor invertido sin posibilidad de pérdida.

El rendimiento del capital invertido debe ser igual o superior al determinado por los cálculos actuariales para fijar el monto de las prestaciones. En todo caso no debe buscarse un mayor

rendimiento exponiendo el capital de los asegurados. -

La disponibilidad consiste en la posibilidad de realizar en cualquier momento el capital invertido, cuando se trate de gastos administrativos y de ciertas prestaciones de cancelación inmediata.

La utilidad pública se encamina a desenvolver una rama de la producción y de beneficios de los mismos afiliados, tal como la construcción de hospitales o dispensarios, viviendas, préstamos para el fomento de la industria, de la agricultura. En todo caso, las directivas del ente gestor son las encargadas de fijar la mejor política de inversiones dentro de los requisitos atrás anotados.

b) Seguro Social Colombiano. Régimen Colombiano.

El artículo 16 de la ley 90 de 1946, sustituido por el Artículo 20, del decreto legislativo 3350 de 1949, adopta el sistema tradicional de contribución obligatoria y tripartita de los asegurados, de los patronos y del Estado. -

Pero el decreto 433 de 1971 solo obliga al Estado a pagar aportes fijos y no en la misma proporción de los trabajadores.

49

Las normas de decreto-ley 453 de 1971, son los artículos 31 y siguientes.

CAPITULO VIII
HISTORIA DE LAS PRESTACIONES SOCIALES EN -
COLOMBIA

En cuanto al sector privado nuestras prestaciones sociales son ciertamente una novedad en nuestra legislación laboral porque aunque a fines del siglo pasado se habían expedido leyes, lo eran solo para los empleados públicos especialmente a militares y muy poco, a civiles, a quienes se les concedían pensiones de jubilación, pero no tenían el carácter de derecho, sino como una gracia del Estado, recuerdo indudablemente de nuestro Estado Gendarme, del Estado Policia, con su teoría del Laissez-Faire, Laissez-Paître, en que el Estado soberano discernía su generosidad a su merced a los súbditos, como recompensa por servicios notables o como estímulo.

En las dos primeras décadas del actual siglo se dan algunas leyes para garantizar a los trabajadores privados mejores condiciones de vida. Así, en el año 1.915, aparece la primera ley sobre accidentes de trabajo. La llamada Ley de Sillas, -

para trabajadores del comercio, ley sobre descanso dominical no remunerado en 1926.

Sólo a partir del año 1,930, se nota una preocupación jurídica -
co-social que trata de afrontar la defensa de las clases trabaja-
doras y de hacerle frente al problema social, pero esto se ha-
ce muy tímidamente, pues, políticas individualistas aún anidan
en la mente de nuestros gobernantes y que son incapaces de en-
frentárselas a las clases económicamente fuertes y lo peor es
que siguen siendo tímidos, o lo aparentan, ante esas mismas -
clases.

Cierto, algo se ha conseguido, pero no por acción directa de -
los gobernantes, ni muchos menos por venia de las clases de que
hablamos, sino por el avance de la industria en el país, creci-
miento en la necesidad de servicios públicos y privados, aumento
del comercio, las cuestiones del campo que siendo vital impor-
tancia son tratadas con evidentes injusticia y al mismo tiempo el
efflorescimiento a la vida pública, no a la administración pública, de
una clase verdaderamente proletaria que plantea la lucha organi-
zada por su mejoramiento económico, físico, físico-cultural e
intelectual, dirigidos por gentes nuevas, que buscan la fórmula -
salvadora, si no a todos a algunos de sus problemas.

Hoy por hoy la clase dirigente desde sus puestos de vanguardia, considera la cuestión social como de primera importancia, y el régimen de prestaciones sociales o de derechos adquiridos, deja de ser puntuario para convertirse en un programa motivado por un hondo sentido de sensibilidad social, pero la realidad es otra, porque las disposiciones en que se traban, los hace olvidarse de todas sus preocupaciones iniciales.

Regresamos al tema social de éste título y digamos que son normas de la época citada la primera ley sobre asociación profesional o sindicatos, (ley 83 de 1, 931). La de auxilio de cesantías, (Ley 10 de 1, 934). La de seguro de vida colectivo (ley 33 de 1, 931). La de vacaciones anuales remuneradas, las de remuneración del descanso dominical y termina con la gran reforma social de 1, 944 y de 1, 945 en que se adopta una transformación radical en la estructuración del contrato de trabajo, se consagra un régimen completo de prestaciones sociales, inspirado con el ánimo de lograr un equilibrio entre las necesidades de los trabajadores y los recursos económicos privados y públicos para satisfacerla.

La preocupación parece terminar con la expedición del Código Laboral, que en apariencia ha estabilizado las conquistas en una gran parte, pero que en el fondo son un freno a otras

cuestiones de importancia. Pero que en el fondo ese mismo Código ha sido criticado, llegando a decirse de él que es inconstitucional por la forma como fué elaborado y sancionado.

PRIMERAS MANIFESTACIONES LEGISLATIVAS.

Las primeras normas sobre Previsiones sociales en Colombia las encontramos en Leyes expedidas a finales del Siglo XVIII y en las primeras décadas del Siglo XX, muchas de ellas se refieren a pensiones de jubilación de funcionarios públicos y muy pocas a trabajadores de empresas privadas.

A las épocas mencionadas pertenecen las siguientes leyes:

Accidentes de Trabajo:

Ley 57 de 1.918.

Seguro de Vida obligatorio.

Ley 37 de 1.921.

Descanso dominical remunerado.

Ley 57 de 1.936

Auxilio de cesantías

Ley 87 de 1.928

Pensión de jubilación.

Ley 18. de 1.933

A trabajadores ferroviarios de empresas particulares.

Ley 53 de 1.933.

Primo de servicios.

Decreto 2327 de 1.940 y 2871/ 1.944.

FUENTES DE LAS PRESTACIONES SOCIALES.

Las prestaciones sociales como el salario, emanan también de contrato de trabajo. No como objeto buccado por el trabajador directamente ni primordial, tampoco ; ni como retri-
 butión de servicios, sino como consecuencia legal de la si-
 tuación en que el nexo jurídico-laboral coloca a los contratantes. Las leyes sociales disponen que los trabajadores, por el hecho de serlo- salvo ciertas limitaciones- adquieren derecho de beneficio o prerrogativas que llevan en mira no solo el interés individual de cada trabajador, sino el bienestar social,

la paz y el orden público. - Basta con que un individuo entre al servicio de otro mediante un contrato de trabajo que ipso-jure, surja el derecho a determinar esas prestaciones, tales como cesantías, descanso dominical remunerado, vacaciones etc.

En ningún caso puede deteriorarse la situación del trabajador ni renunciarse a las prestaciones, salvo algunas excepciones, - por medio de intereses generales de orden público.

Bastante clara es la diferencia entre salario y prestación social. El trabajo dependiente engendra el salario. La prestación fluye por ministerio de la ley, de la relación jurídica laboral, aunque las partes no la hayan pactado.

Sobre el punto que nos ocupa, comenta un autorizado tratadista:
" Es muy usual la expresión prestaciones sociales para comprender todas las obligaciones del patrono para con sus trabajadores, derivadas del contrato de trabajo y distintas de las obligaciones contractuales.

No es prestación social, sino una obligación contractual propiamente dicha, el pago del salario. Pero con prestaciones sociales las obligaciones impuestas a la empresa por la ley, -

tales como las indemnizaciones por accidentes de trabajo, por enfermedad profesional y no profesionales ; los auxilios por enfermedad o de vejez ; la jubilación y las vacaciones.

Las diferencias entre prestaciones sociales y obligaciones contractuales es jurídicamente sin importancia (E. Herxstadt),

CONCEPTO DE PRESTACION SOCIAL.

Como todo lo relacionado a la vida jurídica dar una definición sobre prestaciones sociales es difícil y más oneroso caso por la calidad de la materia que tratamos de definir.

Los autores inquietos en buscar una definición acorde con su finalidad han variado mucho en sus exposiciones por eso aquí consignaremos los conceptos tradicionales y luego escogeremos lo que a nuestro parecer sea lo acorde al respecto.

El término prestación social ha penetrado definitivamente en nuestro derecho laboral pero sin llegar a darse una definición concreta. Esto se debe a que su naturaleza jurídica no ha sido definida de una manera formal y general, sólo se hace cuando

se presenta ocasionalmente su estudio por relaciones obligacionales inherentes al derecho laboral.

Desde el punto de vista jurídico la locución prestación, es la obligación que tienen las partes de cumplir cuando se han comprometido laboralmente y además constituye el objeto mismo de la relación. Esto se entiende sin muchos esfuerzos por aquello de que todo contrato laboral, ha bilateralidad, un doble objeto : el servicio de parte del trabajador y la prestación económica de parte del empleador.

Según la materia podría decirse que el salario es la primera de las prestaciones y repetimos lo debe cumplir el patrono.

De aquí que nuestros leyes lo consideraron como uno de las "principales obligaciones". Pero la realidad es otra, pues, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han venido señalando diferencias entre el salario y las restantes obligaciones a cargo del empleador, y aquí, no sólo en el sector privado sino en el público le quitan el carácter de prestación social el salario y lo dan el de estrictamente remunerativo, por el servicio que se presta.

NATURALEZA JURIDICA DE LAS PRESTACIONES SOCIALES. =

Jurídicamente las prestaciones sociales consisten en derechos que los trabajadores adquieren por su relación laboral, algunas por el transcurso del tiempo y otras por imprevistos o casos fortuitos y en muchos casos hasta intencional por parte del trabajador.

Diciendo el Doctor GUILLELMO GONZALEZ CHARRY en cuanto a que las prestaciones sociales sean una contraprestación que la o la voluntad de las partes han establecido a cargo de los empleadores ya sean públicos o privados por razón inmediata y directa del servicio que reciben. Dice que es una contraprestación la hace perder lo esencial de la prestación, pues pongamos por caso el auxilio monetario en caso de enfermedad no profesional, en este caso el trabajador percibe su prestación social sin prestar un servicio, lo que sí es cierto y de aquí comporto la tesis del autor citado y es que las prestaciones tienen su origen y causa en la relación laboral.

La denominación de social se le da por su doble carácter :

Presencia de una relación jurídica de interés social y por estar orientadas a servir de defensas a una clase que sólo tiene como patrimonio su capacidad de trabajo y de aquí que para subsistir tenga que ponerla al servicio de otra. También es cierto que las prestaciones sociales hacen parte del objeto mismo del contrato de trabajo, examinado desde el punto de vista del trabajador, y por eso constituyen, sin lugar a equivocación, obligaciones principales del empleador y que deben ser satisfechas desde dos puntos de vistas en el curso del contrato, según el ejemplo citado anteriormente o a la terminación del contrato, por consiguiente con derechos encaminados a resolver por este aspecto el problema social.

LO ECONOMICO COMO SOLUCION SOCIAL DE LAS PRESTACIONES SOCIALES.

Queremos de existencia social, pero el mismo sistema lo hace inoperante, de aquí que tres pilares fundamentales se den o no den supuestos como son educación, vivienda y servicios de salubridad, cosa que en países con organización política igual o diferente a la nuestra están en gran parte solucionados.

Por eso veo una contradicción en el doble propósito de nuestras prestaciones sociales : El Social y el Económico, y que este último contenido no es para que el trabajador los disfrute sino que lo utilice para los tres aspectos fundamentales que se mencionan.

El Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY, dice : que la confianza se justifica por los bajos salarios existentes entre nosotros, por lo cual el trabajador al recibirlo no satisface casi ninguna de sus necesidades.

De todas maneras el legislador da a todas nuestras prestaciones sociales un contenido económico ya sea dinero o en especie, con esto ha buscado un mejor estar en las condiciones de vida personal y familiar del trabajador y constituyen bienes patrimoniales de notoria significación económica.

En síntesis y desde un punto de vista personal al analizar el problema y que el gobierno cree haberlo solucionado con garantías especiales como irrenunciabilidad, inembargabilidad, etc., tendientes a dignificar la condición humana del trabajador, mejor sería que para su comunidad sea cada día más sólida dentro de la organización social, que se crearan las leyes para

Por eso veo una contradicción en el doble propósito de nuestras prestaciones sociales : El Social y el Económico, y que este último contenido no es para que el trabajador los disfrute sino que lo utilice para los tres aspectos fundamentales que se mencionan.

El Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY, dice : que la compensación se justifica por los bajos salarios existentes entre nosotros, por lo cual el trabajador al recibirlo no satisface casi ninguna de sus necesidades.

De todas maneras el legislador da a todas nuestras prestaciones sociales un contenido económico ya sea dinero o en especie, con esto ha buscado un mejor estar en las condiciones de vida personal y familiar del trabajador y constituyen bienes patrimoniales de notoria significación económica.

En síntesis y desde un punto de vista personal al analizar el problema y que el gobierno cree haberlo solucionado con garantías especiales como irrenunciabilidad, inembargabilidad, etc., tendientes a dignificar la condición humana del trabajador, mejor sería que para que su seguridad sea cada día más sólida dentro de la restricción social, que se crearan las leyes para

dar los servicios a esta masa trabajadora y que no se les restituirá el patrono con el producto de las prestaciones sociales, que se aumentan los salarios y que los patronos pagan al estado y no a los particulares.

LA O PRESTACIONES SOCIALES Y SU CLASIFICACION.

A) Por su Orden :

- 1. Legales.
- 2. Extralegales.

B) Por su naturaleza :

- 1. Ordinarias.
- 2. Especiales.

C) Por su contenido.

D) Por su destinatario.

A) POR SU ORDEN :

Las normas que rigen el derecho del trabajo tienen carácter social, de orden público, de equidad, que esta clasificación es, y la eficiencia en nuestro concepto, ya que si los partes acuerdan determinada garantía prestacional, su cuantificación y cualifica -

ción nunca pueda ser inferior no contraria a la estipulada por la ley, de aquí se corrige que si las partes acuerdan lo estipulado por la ley, no hay tal acuerdo y si es inferior se tiene por no estipulado. Se me dirá que pueden convenir una remuneración superior, respondería que eso sería una gracia del patrono, por aquello de que hay una norma escrita que lo ampara.

De todas maneras clasifiquemos las prestaciones sociales por su origen, en legales y extralegales.

LEGALES .- Tienen su origen directamente con la ley, el decreto, la ordenanza o el acuerdo. Tienen el carácter de imperativas y contienen el mínimo valor que nuestra legislación la oral le asigne.

Las prestaciones legales por su origen pueden ser nacionales por nacer de la rama legislativa del poder público. Si son originadas por un decreto, también pueden ser nacionales pero en este caso las crea la rama ejecutiva del poder público.

Cuando decimos que una prestación social tiene origen en una ordenanza, entonces su alcance es el ámbito departamental, y puede emanar por un acto del gobernador o de la asamblea.

Los acuerdos son leyes expedidas y aprobadas por los concejos municipales, de aquí que cuando una prestación social se origina por acuerdo, tenga carácter municipal y su ámbito sea de la jurisdicción donde se crea o se origina.

EXTRALEGALIDAD : Tienen su origen fuera de la ley. No provienen de un acto de autoridad sino que dependen del libre albedrío de las partes unilaterales del empleador, pero, en este caso siempre las condiciones deben ser superiores a las mínimas contempladas por las leyes laborales.

Cuando una prestación social extralegal consta en el contrato de trabajo, en una convención colectiva, en el reglamento interno de trabajo, o por una liberalidad del empleador, será obligatorio para empleador su cumplimiento ? Podrá en determinado momento por las causas que el código contempla, el trabajador perder el "derecho" que le concedió la convención, el reglamento o la mera liberalidad del patrón ? La respuesta en concepto : ambas negativas, para ambas preguntas, la respuesta también el caso intermedio o tercera clase de prestaciones sociales por su origen, y son las que nacen de un laudo arbitral, que aunque la constitución del tribunal con obligatoria o voluntaria el fallo que se dicta se convierte en acto de autoridad ju-

jurisdiccional, es decir, el origen es mixto por que el derecho adquirido no proviene directamente, pero tiene su origen en la decisión de un organismo que por ministerio de aquella - ejerce acción, al reglamento a la mera liberalidad de pa - trón ? La respuesta en concepto : ambas negativas, para - ambas preguntas se responde también el caso Intermedio o ter - cera clase de prestaciones sociales por su origen, y son las que nacen de un laudo arbitral, que aunque la constitución del tribunal sea obligatoria o voluntaria el fallo que se dicta se convierte en acto de autoridad jurisdiccional, es decir, el ori - gen es mixto porque el derecho adquirido no proviene directa - mente, pero tiene su origen en la decisión de un organismo que por ministerio de aquella, ejerce actos de poder público de obli - gatorios cumplimientos.

B) POR SU NATURALEZA :

Esta clase de prestaciones sociales sí es razonable dividirlas - en ordinarias y especiales, pues hay una concreción, una espe - cificación de quien debe cumplirlas, a quienes obliga teniendo en cuenta aspectos especiales como el capital, la calidad de trabajo, el tiempo de servicio, etc.

ORDINARIAS : Estas obligan a todos los patronos o empleadores.

El Código Sustantivo del Trabajo las llama también comunes, en Título VIII, Capítulo 1 y en su artículo 193 de la regla general que a la letra dice :

1). Todos los patronos están obligados a pagar las prestaciones establecidas en este título, salvo a las excepciones que en el mismo se consagran.

2). Estas prestaciones deberán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo de ellos sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto².

El ICSS asume algunas prestaciones del sector privado, pero los aportes de las cuotas o cotizaciones no han tan obligatorias a todos los patronos que de acuerdo a un concepto del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social de marzo 30 de 1.970 en oficio No. 000200, estas deben "pagarse" en toda ocasión ; inclusive durante las suspensiones disciplinarias del trabajo, y añade : " La suspensión de un trabajador en labores como sanción disciplinaria, es una situación creada entre patrono y trabajador ajena a la obligación de cotizar al ICSS, pues el ICSS, sigue prestando la sala

tenencia social a que tiene derecho el afiliado".

A QUIENES BENEFICIAN ESTAS PRESTACIONES.

Indudablemente que si aceptamos que su cumplimiento debe hacerse en las condiciones mínimas que la ley exige, en su beneficio llega a la mayoría de la masa trabajadora, explotada en las zonas urbanas como rurales.

ENUMERACION DE LAS PRESTACIONES SOCIALES ORDINARIAS.

Las prestaciones que por mandato legal deben cumplir todos los patronos, sin excepción, son :

- a) Descanso dominical remunerado.
- b) Vacaciones anuales remuneradas.
- c) Auxilio de Cesantía.
- d) Las que provienen de accidentes de trabajo o enfermedad profesional.
- e) Auxilio monetario en caso de enfermedad no profesional.
- f) Calzado y overoles.
- g) Protección a la maternidad.
- h) Gastos por causa de muerte.
- i) Prima de servicio. El Código Sustantivo del Trabajo, clasifica esta prestación como especial, pero haciendo nuestra la expre-

del doctor GUILLERMO GONZALEZ CHARRY, ésta abarca a todos los patronos, la de la diferencia estriba en la cuantía del capital de la empresa, ya sea mayor o menor de 0.300, 000, 00

ESPECIALES.

Reciben el nombre de prestaciones sociales especiales, las que gravan a las grandes empresas, a los grandes patronos, es decir, que por su elevado capital pueden soportar cargas sociales de mayor entidad. Las prestaciones sociales especiales, con una especie de discriminación pero se justifican por su finalidad o sea salvar a los hombres pequeñas empresas.

Pero además es característico de nuestra cultura latina, estar evadiendo responsabilidades y las exigencias que hace el gobierno para aprobar el capital líquido que pueda tener una empresa se ve adulterado por mafias que se invierten en nuestros contadores, ayudando así, a nuestros patronos a no pagar lo que la ley exige.

Con muchas las grandes empresas que aparecen con el carácter de pequeñas y sólo cumplen con las prestaciones sociales comunes u ordinarias.

A QUIENES BENEFICIAN LAS PRESTACIONES SOCIALES ESPECIALES :

Los beneficiarios de estas prestaciones sociales son muy pocos; de su misma definición se deduce lo restringido que es el número de trabajadores que se benefician de ellas y además este reducido número siempre pertenece a las clases económicamente pudientes.

Sus beneficiarios son personas que poseen grandes patrimonios, solvencia económica envidiable.

ENUMERACION DE LAS PRESTACIONES SOCIALES ESPECIALES :

Se había consignado ya que la Prima de Servicio, según lo repetimos, discrepamos del código en cuanto a considerarlo prestación especial, porque aunque restringida obliga a todos los patronos.

Estas prestaciones son :

- a) Pensión de jubilación.
- b) Pensión de jubilación para heredero.
- c) Auxilio por invalidez.

- d) Auxilios médicos por enfermedad no profesional.
- e) Auxilios médicos para pensionado.
- f) Conversión de auxilio de inválidos en pensión vitalicia
- g) Gastos funerarios para pensionados.
- h) Seguro de vida.
- i) Vacaciones semestrales para el mismo grupo de profesiones.
- j) Vacaciones proporcionales para trabajadores de la construcción.
- k) Escuelas y becas o auxilios para especialización de trabajadores.
- l) En general obligaciones escolares, alimenticias y hospitalarias para trabajadores de empresas petroleras, de las zonas bananeras, mineras e industriales del Chocó, mineras de oro, platino y plata, agrícolas, ganaderas y forestales.

Las pensiones de jubilación, el auxilio de inválidos y el seguro de vida obligatorio dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo sea cubierto por el ICCO de acuerdo con la ley y las reglamentaciones que dicte el mismo Instituto.

POR SU CONTENIDO:

Esta clasificación sufre una subdivisión, que se justifica en cuanto que la misma legislación laboral específica que presta-

ciones deben remunerarse en dinero y cuáles deben pagarse en especies. En doctrina, no todas las prestaciones tienen un equivalente en dinero aunque todas sí tienen un equivalente económico.

Creemos también que, prestaciones en dinero son aquellas que su pago debe hacerse en moneda, ya sea nacional o extranjera. La regla dice que las prestaciones en dinero deben cumplirse en moneda nacional. Pero es el caso que el salario puede convertirse en moneda extranjera, esta conversión conlleva necesariamente una modificación en el momento del monto de las prestaciones. El Artículo 135 del Código Sustantivo del Trabajo, al hacer referencia al salario, dice que: "Puede extinguirse el pago en su equivalente en moneda nacional ecuatoriana, al tipo de cambio del día en que debe efectuarse el pago. Como las prestaciones son derivadas del salario, podría aplicarse a ellas el derecho de opción establecido en el mencionado artículo 135.

Prestaciones en especies son aquellas que el trabajador recibe en bienes de consumo, caso de las prestaciones médicas, comida, vivienda, servicios hospitalarios y farmacéuticos, etc.

Podrá en determinado momento las prestaciones en especies = cambiarse en dinero ? La regla es que son inconvertibles, ya que su objetividad es dar al trabajador de los bienes = que ellas mismas implican.

Pero es claro que de manera excepcional puedan recurrirse en dinero cuando el beneficiario se ha visto obligado proporcionárselo por el mismo y sobreviene una compensación, o cuando hacen parte de una indemnización de perjuicios decretada por sentencia o convenido en acto conciliatorio o transaccional.

POR SU DESTINATARIO :

También se da en esta clasificación una subclasificación : directas y familiares o indirectas, =

No es necesario consignar que estas prestaciones no son todas las enumeradas en nuestro trabajo, pues la misma naturaleza de ellas hace que no puedan traspasarse a terceros personas sino que sólo las reciba las personas directamente vinculadas a la empresa, aunque debido al carácter patrimonial y su equivalencia en dinero, podría darse el caso de que todas constituyeran un goce familiar.

Prestaciones directas son las que se pagan directamente al trabajador y las indirectas las que se pagan a sus familiares o causa despues de la muerte del trabajador.

CAPITULO VIII

1.- PRESTACIONES SOCIALES ORDINARIAS

Con las solas excepciones establecidas por la ley, las prestaciones sociales ordinarias o comunes deben pagarias todos los patronos, sin tener en cuenta ni la actividad económica que ejerzan, ni el capital que posean.

Esas prestaciones son, el auxilio de cesantía, la prima de servicios, las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, el auxilio monetario por enfermedad no profesional, la protección a la maternidad, el auxilio de gastos funerarios, gastos ocasionados por cambio de domicilio, y suministro de calzado y overoles.

1.1. Auxilio de Cesantía.

El auxilio de cesantía fué establecido en Colombia por medio de la ley 10 de 1934, para los empleados particulares que fueran despididos sin justa causa. Tenía, en esta primera etapa, un marcado carácter indemnizatorio.

La ley 61 de 1939 consagró el auxilio de cesantía para los trabajadores oficiales que se dedicaran a las labores de la construcción, fueran empleados u obreros.

La ley 3a. de 1943 extendió el auxilio a los obreros de las carreteras.

La ley 6a. de 1945, por su parte, abolió el tratamiento discriminatorio existente entre empleados y obreros, y estableció el auxilio para todos los trabajadores, sin hacer distinciones entre ellos por razón de la naturaleza de las labores que desarrollaron. Cada tres años de servicio, continuos o discontinuos, el auxilio se consolidaba y el trabajador no perdía el derecho aunque su retiro se produjera voluntariamente o incurriera en mala conducta o en incumplimiento del contrato.

Posteriormente, la ley 65 de 1946 consagró el auxilio en favor de todo trabajador, cualquiera que fuese la causa que motivara su retiro del trabajo.

El artículo 209 del Código del Trabajo dice que " todo patrono está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios, y proporcionalmente por fracciones de año. Esta norma, de carácter general, consagra los elementos que integran ese.

Por una parte, se refiere a todos los patronos. Esto es, que con las solas excepciones que se verán más adelante, todas las personas natural o jurídica que tenga personal subordinado a su servicio tiene esa obligación.

Por otra parte, el auxilio solo se paga al terminar el contrato de trabajo. Al respecto, existe expresa prohibición legal de efectuar pagos parciales del auxilio antes de la terminación del contrato, y los patronos que lo hagan, pierden las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado.

Por último, el valor del auxilio corresponde a un mes de salario por cada año de servicio, y proporcionalmente por fracciones de año.

1.1. Cesantía Restringida. Excepciones.

En embargo, los trabajadores del servicio doméstico, los de empresas industriales de capital inferior a veinte mil pesos (\$ 20.000,00), y los trabajadores de empresas agrícolas, ganaderas y forestales de capital inferior a sesenta mil pesos (\$ 60.000,00), tienen derecho a un auxilio de cesantía equivalente a quince días de salario por cada año de servicios, y proporcionalmente por fracciones de año.

Aparte de esto, los trabajadores de la construcción que laboren en obras cuyo valor sea superior a diez mil pesos (\$10,000.00), tienen derecho a un auxilio de cuantía equivalente a tres días de salario por cada mes de servicios.

Debe advertirse, además, que a los trabajadores que tuvieron restringido el auxilio de cesantía en virtud de la legislación vigente hasta el primero de enero de 1951, el auxilio se les liquida de acuerdo con esa legislación.

Por otra parte, están excluidos de él, esto es, no gozan de ese auxilio, los siguientes trabajadores: los que desempeñan funciones accidentales o transitorias, los de la industria puramente familiar, y los artesanos que, trabajando personalmente en sus establecimientos, no ocupen más de cinco trabajadores permanentes extraños a su familia.

I V . Determinación del Auxilio.

Para liquidar el auxilio de cesantía se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador, si no ha tenido variación en los tres últimos meses. Si ha habido variación o se trata de salarios variables, se toma como base para la liquidación el promedio de lo devengado en el último año de servicios, o en todo el tiempo servido, si fuere menor de un año.

El artículo 25 del Código del Trabajo, en numeral segundo establece: Para el tiempo de servicios anterior al treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962) se aplicarán las normas vigentes hasta esa fecha.

V. Pérdida del Auxilio.

Fuera de lo ya expuesto, conviene advertir que el trabajador puede perder el derecho al auxilio cuando el patrono da por terminado el contrato por cualquiera de las causas que enumeran a continuación.

Cada causa, como se recordará, la ley las considera justas para dar por terminado el contrato de trabajo, y, en consecuencia, el patrono puede darlo por terminado sin previo aviso, pero explicando en el momento oportuno la causal invocada para hacerlo.

Nuestro artículo 250 del Código del Trabajo, consagra las causas o motivos para perder el auxilio de cesantía. Estas causas o motivos son: -

- a) La Comisión de delitos. La comisión de cualquier delito o acto delictuoso contra el patrono o sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, el primero de afinidad, o contra el personal directivo de la empresa.
- b) Los daños materiales graves. - El daño material grave - causado intencionalmente por el trabajador a los edificios, -

obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo.

c) La Revelación de secretos. El hecho de que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o de a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio grave para la empresa.

En estos casos, como se ha dicho, el patrono tiene la facultad de dar por terminado el contrato de trabajo con el responsable de los hechos, el de retener el auxilio hasta cuando la justicia decida sobre la responsabilidad penal del trabajador.

Si judicialmente se demuestra que el contrato terminó por cualquiera de esos motivos, el trabajador pierde el auxilio. Si, por el contrario, se comprueba que el trabajador no cometió el ilícito que se aleja como causal para dar por terminado el contrato, el patrono debe reconocer el auxilio.

De esta manera, la facultad que se le otorga al patrono para retener el auxilio de cesantía por cualquiera de las causas enumeradas, tiene un carácter eminentemente previsional, en espera de que la justicia sea quien determine la responsabilidad del trabajador.

V I. Pago parcial del Auxilio.

A pesar de la terminante prohibición de efectuar pagos parciales e

de cesantía antes que termine el contrato de trabajo, estos pueden hacerse por los siguientes motivos :-

a) Servicio Militar. Los trabajadores que se retiran para cumplir la obligación de prestar el servicio militar, tienen derecho a que se les liquide el pago parcial y definitivamente el auxilio de cesantía, cualquiera que sea el tiempo trabajado, sin que tal hecho implique la terminación del contrato.

Como se explica, el servicio militar no da lugar para la terminación del contrato de trabajo. Simplemente, lo suspende, mientras el trabajador termina de pagarlo o se reintegra al trabajo. Por otra parte, el patrono tiene la obligación de conservarle el puesto durante los treinta días siguientes a la terminación del servicio, tiempo durante el cual el trabajador puede decidir si se reintegra o se retira definitivamente.

A pesar de ello, el auxilio de cesantía debe liquidarse en forma parcial pero definitiva.

b) Constitución de Patronos. Se entiende por sustitución de patronos el cambio de un patrono por otro, siempre y cuando subsista la identidad del establecimiento, esto es, que no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades.-

En estos casos, el antiguo patrono puede acordar con todos y cada uno de sus trabajadores el pago definitivo de los auxilios de cesantía

115

correspondientes al tiempo servido hasta el momento de la sustitución, sin que ello implique terminación del contrato.

En caso contrario, debe entregar al nuevo patrono el valor total de las cesantías de los trabajadores en la cuantía en que la obligación sea exigible, quedando a cargo exclusivo del nuevo patrono el pago, en la medida en que ellas se vayan causando.

El nuevo patrono tiene, también, la facultad de acordar con todos o con cada uno de los trabajadores el pago definitivo del auxilio por el tiempo servido hasta el momento de la sustitución.

c) **Financiación de Vivienda.** - Con el fin de contribuir al mejoramiento social del trabajador asalariado, la ley permite que se efectúen pagos parciales del auxilio de cesantía cuando tales dineros van a ser destinados en forma exclusiva a financiación de vivienda.

El pago del auxilio con esa finalidad está permitido en los siguientes casos :

1) **Adquisición de casa de habitación, o lote para edificar.** -

El trabajador interesado debe por los medios legales ante el inspector del trabajo o ante el alcalde respectivo, en su defecto, que la suma que va a recibir por concepto de liquidación parcial del auxilio de cesantía va a destinarse en su totalidad a la adquisición de casa de habitación o lote para edificar.

En este caso, el trabajador esp ciflará todos los detalles de la operación, a saber: nombre del vendedor, ubicación del inmueble, características y linderos, precio, forma de pago, etc. Además debe presentar los títulos del inmueble, el contrato de compraventa o promesa de venta, con el fin de que el inspector o el alcalde prueben el pago parcial del audito.

- 2) Construcción de vivienda, en lote de propiedad del trabajador o de su conyuge. El trabajador debe presentar ante el inspector del trabajo o ante el alcalde respectivo, según el caso, un certificado expedido por el registrador de instrumentos públicos y privados, sobre propiedad y libertad del inmueble.
- 3) Ampliación, reparación o mejora de la vivienda del trabajador o de su conyuge.
- 4) Cancelación de gravámenes hipotecarios o pago de impuestos.

V I I. Préstamos para vivienda.

Igualmente, están facultados los patronos para efectuar préstamos a sus trabajadores sobre el audito de cesantía, para los mismos fines, esto es, para adquirir casa o lote, para construir, para ampliar o mejorar vivienda, y para cancelar gravámenes hipotecarios o pago de impuestos.

En estos casos, terminado el contrato y liquidado el audito, el patrono puede deducir de él el valor del préstamo, y cancelar el exce-

dento al trabajador.

VIII. * Muerte del Trabajador.

Puede ocurrir también que el trabajador muera en el curso de la ejecución del contrato. Este hecho, como es apenas natural, da lugar a la terminación automática del respectivo contrato de trabajo. Abocado el patrono al pago del auxilio en estas condiciones, debe tener en cuenta las siguientes normas:

Si el valor del auxilio es de veinte mil pesos (\$ 20,000.00), o menos, puede pagarlo directamente a los herederos o beneficiarios del trabajador fallecido, debidamente reconocidos.

En este caso de ser mayor de veinte mil pesos (\$ 20,000.00) debe esperarse a que por medio de un proceso de sucesión se deducida a quiénes corresponde el auxilio.

CAPITULO IX

I. PRIMA DE SERVICIO

Es una prestación muy similar al cuadro de cesante, con la sola diferencia de que mientras esta se paga mensualmente, aqui se efectúa a la terminación del contrato de trabajo, como se ha visto.

Su origen radica en los decretos 2474 de 1940, que estableció la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, y en el 3371 de 1.940, que implantó la prima de bonificales para los trabajadores no aprobados por la disposición anterior.

En vista de la imposibilidad de darle aplicación a esas dos disposiciones, se optó por instituir en su lugar una prima de servicios que tuviera un carácter fijo y eliminara la índole aleatoria que causaban aquellas prestaciones.

113. Naturaleza jurídica de la prestación.

Dado que la prestación fue instituida para sustituir otras, conservó la naturaleza de aquellas. El artículo 20 del primero de los decretos 3070 de 1960 y 2071 de 1960 decía:

"Las sumas que el trabajador recibiere por concepto de participación en las utilidades de la empresa, no se computarán en su remuneración para efectos de la liquidación del crédito de cesantía y demás prestaciones sociales".

De ahí que en nuestra legislación la prima de servicios no sea salario ni pueda computarse como factor suyo en ningún caso.

114. Empresas obligadas a pagarla.

Pero el fue clara la ley al decir que todas las empresas de carácter permanente, esto es, aquellas cuyo fincaid es desarrollar actividades por un tiempo no inferior a un año, están obligadas a pagar a sus trabajadores una prima de servicios, en las siguientes condiciones:

- a) Las de capital inferior o igual a mil pesos (1.000,000.00), quince días de salario por cada año de servicios, pagaderos en un mes el último día de junio y otro en los primeros veinte días de diciembre.

b) Los de capital superior a Doscientos mil pesos - - - -
(C200,000.00), un mes de salario distribuido en dos quince-
nas y pagadero en las fechas indicadas.

I V. Trabajadores amparados. Excepciones.

La prestación se paga en las condiciones antes dichas, a los tre-
bajadores que hayan laborado en la empresa todo el semestre, o
proporcionalmente al tiempo trabajado, cuando se reúnan los si-
guientes requisitos :

- a) Que hayan trabajado por lo menos la mitad del respectivo -
semestre; y
- b) Que no hayan sido despedidos del trabajo por justa causa.

En caso de que el trabajador hubiera sido despedido del trabajo
por justa causa, perdería el derecho a la prima.

Están excluidos de esta prestación los trabajadores ocasionales
o transitorios y los del servicio doméstico.

LA JURISPRUDENCIA

La Jurisprudencia está compuesta por las disposiciones de los más altos tribunales de justicia sobre el sentido y alcance de las disposiciones legales. La fuerza que tiene la Jurisprudencia como fuente de derecho es innegable puesto que es orientadora de toda la actividad interpretativa, no solo en el terreno sustantivo sino en el terreno procedimental. Evidentemente, las decisiones de los tribunales más altos de cualquier país, son los que sirven de guía a los jueces menores y a los tribunales para la aplicación de la Ley sustantiva y de las leyes de procedimiento.

Conviene hacer notar, sin embargo, una diferencia entre la importancia teórica e ilustrativa que tiene la Jurisprudencia como fuente de derecho y la obligatoriedad de la misma. Tanto es así, que la misma Corte puede recoger sus tesis en un momento dado para acomodarlas a las nuevas situaciones sociales y a las nuevas creaciones jurídicas que los tiempos vayan imponiendo.

122

LA DOCTRINA.

La doctrina de los autores está constituida por los estudios de carácter jurídico, social y político, sobre los orígenes de las normas positivas, su desarrollo y su aplicación.

En realidad y así puede considerarse, como una fuente de derecho, pero de carácter secundario. No tiene la importancia de la legislación escrita, ni siquiera la importancia mediate que tiene la jurisprudencia; porque en tanto que aquella es el mandato directo del legislador sobre la regulación de situaciones objetivas, y esta es el examen directo o inmediato del sentido de esas normas, en cambio la doctrina de los autores está integrada por la especulación acerca de los principios del derecho y de las normas generales que forman la legislación.

En efecto, tanto los jueces en la aplicación de la Ley como el legislador al dictar los preceptos que regulan determinadas situaciones, tienen en cuenta la doctrina de los autores; pero es una fuente que no tiene la importancia ni la trascendencia de otras. En el terreno del derecho del trabajo, mucho más importante que la doctrina de los autores es, por ejemplo, la convención colectiva del trabajo, vale decir, la voluntad de las partes.

Por el lado de la ley están las convenciones colectivas, los aspectos colectivos y los contratos sindicales, que en muchas ocasiones establecen situaciones de ventaja para los trabajadores; y no hay duda de que, en tales circunstancias, entre esos preceptos que tienen su origen exclusivamente en la voluntad de las partes y el juego de aplicación de las normas que provienen del legislador, aquellas tienen generalmente una aplicación preferencial, sobre todo en la legislación colombiana no existe duda alguna de que corré de preferencia a aplicación a texto de la convención colectiva el texto de la Ley, pero con la adición de que tal convención o el contrato en donde esa garantía se encuentra establecida, debe ser objeto de una demostración especial como el no tratarse de cualquier hecho que se va a probar en juicio. Mientras el juez está obligado a conocer la voluntad del legislador, es decir, el texto legal, no lo está a conocer la voluntad de las partes en cada caso, y, por consiguiente, si se alega un derecho o se sostiene una defensa fundada en un acto al cual ha concurrido esa voluntad privada de las partes, debe demostrarse en juicio, tal como se hace la demostración de cualquiera otro hecho.

L. A. COSTUMBRE,

Otra fuente del derecho en general, y en particular del derecho del trabajo, es la **COSTUMBRE**, que ha sido definida o entendida como el uso repetido y en general de cierto hecho que termina convirtiéndose en norma de convivencia y al cual los preceptos jurídicos de algunos países le han dado el valor de reglado derecho, aunque restringida y de aplicación muy limitada.

En el derecho común la costumbre es de aplicación restrictiva, no solo porque la legislación exige una serie de condiciones de difícil probanza, sino porque además hay texto escrito, según el cual, mientras haya una Ley aplicable al caso controvertido, deberá ser aplicada sin ninguna consideración, a pesar de que exista una costumbre que establezca usos contrarios.

En el derecho del trabajo la costumbre tiene una trascendencia extraordinaria. Hay que estudiar, en lo referente a ella, en primer lugar, en generalidad, y en segundo al campo de su aplicación.

Por su propia naturaleza, la costumbre, al llegar a adquirir en un momento dado carácter de norma jurídica, debe haberse formado de un hecho repetido indefinidamente y que ha llegado a la posesión de convertirse en una norma favorable a los intereses

del trabajador ; en cuanto al lugar donde se produce, generalmente la costumbre tiene un espacio limitado ; debe ser costumbre de fábrica, de empresa o de taller y excepcionalmente más amplia, es decir, la que se cumple a través de convenciones de industria y por consiguiente en determinadas regiones del país. A diferencia de lo que ocurre con las costumbres, con los usos, que el derecho civil recoge excepcionalmente como normas jurídicas, en el derecho del trabajo ella no adquiere normalmente esa amplitud.

El nuevo Código de Procedimiento Civil, al hablar sobre la prueba de usos y costumbres, es más simple en su contenido - pues si el antiguo Código Judicial exigía el dicho de siete testigos hábiles, el nuevo habla de un conjunto de testimonios. - Es decir, que la palabra "conjunto" puede abarcar dos, tres, cuatro etc., testimonios. El Artículo 139 del nuevo Código de Procedimiento Civil dice : " Los usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial, deberán acreditarse con documentos auténticos o con un conjunto de testimonios".

Demostrada la costumbre, probado el hecho que la constituye, el Juez debe aplicarla siempre que no sea contraria a la Ley, en este terreno encontramos tanto en el Derecho del Trabajo como en el Derecho Común, tres clasificaciones sobre la costumbre a saber :

126

~~126~~

- a) La costumbre conforme a la Ley
- b) La Costumbre que corrobora la Ley, y
- c) La costumbre contraria a la Ley

El hecho constitutivo de la costumbre contraria un texto expreso, se está en el caso de la que se denomina COSTUMBRE CONTRA LEGEM, en cuyo caso sería aplicable en todos los casos, de acuerdo con nuestra legislación positiva.

CAPITULO X .

I. INCAPACIDAD

Se han distinguido las incapacidades de las invalideces, terci-
ficando en este aspecto la terminología usada en algunas leyes ,
en las cuales se toma como invalidez cualquiera clase de inca-
pacidad ; no podríamos colocarnos a espaldas de la terminología
usada universalmente en estas materias y tenemos que acep-
tar las distinciones que sobre el particular se hacen ; la incapaci-
dad es un término genérico que cubre una gama de imposibili-
dades para el trabajo, que va desde la incapacidad relativa has-
ta la invalidez ; de ahí, puede afirmar, que toda invalidez es una
incapacidad, pero no toda incapacidad es una invalidez ; como con-
secuencia de esta afirmación, se pueden dar diferentes definicio-
nes de incapacidades y de invalideces, dejando el término invali-
dez para la incapacidad permanente y total, o sea la dejada por
lesiones o estados patológicos que inhabilitan absolutamente al pa-
ciente para ejercer toda clase de trabajo remunerado. Por lo
dicho, es importante hacer algunas aclaraciones, a fin de evi-
tar confusiones.

11. Clase de Incapacidad.

Constituye el tiempo durante el cual el paciente está inhabilitado para el desempeño de su cargo, a consecuencia de su afección y sometido a tratamiento médico.

a) Incapacidad permanente parcial. Se entiende como tal la dejada por lesiones o estados patológicos, orgánicos o funcionales, que por el hecho de impedir el uso normal de ciertas funciones, disminuyen la capacidad general de ganancia de la persona afectada. Cabe advertir que hoy día, según concepto de varios expertos autorizados, la noción de incapacidad permanente no implica forzosamente un carácter definitivo e irremediable en todos los casos, si se apela a los modernos sistemas de rehabilitación y readaptación profesionales con que cuenta la medicina, cuya aplicación en Colombia hasta ahora ha sido mínima, ya que con un esfuerzo verdaderamente humano debe dársele importancia no solo al hecho de indemnizar la lesión sufrida, sino a la reincorporación activa plena del afectado, en los casos en que ello sea posible.

b) Invalida. La constituye la incapacidad permanente y total, o sea la dejada por lesiones o estados patológicos que inhabilitan absolutamente al paciente para ejercer toda clase de trabajo remunerado.

Cuando el inválido no puede moverse, conducir o efectuar los actos principales de la existencia sin la ayuda permanente de otra persona, se le denomina gran invalidez, y en muchos países dicho estado obtiene el derecho a una indemnización adicional.

No deben confundirse las incapacidades permanentes parciales con la invalidez, término este con el cual son frecuentemente designados.

c) Incapacidad real. Es de vital importancia apreciar la incapacidad funcional o anatómica no solamente desde el punto de vista médico para la valorización de su indemnización, como se observa en la legislación laboral de varios países, inclusive Colombia, sino que deben tenerse en cuenta los aspectos sociales, tales como la edad, el sexo, profesión y cargas de familia, que, considerados en conjunto, permiten apreciar en forma equitativa el porcentaje de disminución de la capacidad de ganancia, o sea la incapacidad real en un plano económico que expresa la tasa de reducción de la capacidad económica.

Este doble aspecto de la evaluación de la incapacidad indemnizable requiere el examen sucesivo tanto de las autoridades médicas como de las administrativas.

No existe, necesariamente, una relación proporcional entre el grado de incapacidad de trabajo examinada desde el punto de vista médico, de un daño físico, mental, orgánico o funcional del orga-

mo humano y del grado de capacidad de ganancia que este daño permite conservar.

En resumen, la capacidad de trabajo residual está constituida por las posibilidades de trabajo físico e intelectual que ha podido conservar un estado mórbido determinado y en relación con la capacidad de ganancia, pero no forzosamente paralelo a esta, por la influencia de los demás aspectos sociales ya mencionados, distintos del médico. Como ejemplo puede citarse el caso de dos individuos de la misma capacidad física e intelectual que padecen la misma afección, la cual puede ocasionar distinta ganancia profesional por la diferencia de edades, profesión, etc.

Hechas las anteriores distinciones, es natural que a cada una de ellas corresponda una indemnización (la cual puede ser en renta (comunmente denominada pensión) o en capital (indemnización unitaria).

La clasificación de lesiones definitivas deben ajustarse al sistema decimal, en el que se concentran hasta donde sea posible, el mayor número de entidades nosológicas que puedan originar secuelas de carácter definitivo indemnizable, con su correspondiente índice de catalogación, ajustado a la tabla de valuación de incapacidades,

la que debe tenerse como factor predominante la edad del afectado.

En su elaboración deben considerarse las disposiciones legales que rigen cada seguro, y de manera especial, las recomendaciones de la C. L. T. y de la Organización Mundial de Salud en Ginebra, con el fin de hacerla fácilmente adaptable a la clasificación internacional.

III - Tabla de Valuación.

Hasta la fecha, son muy variados los conceptos y sistemas empleados en la graduación y valorización de las incapacidades - provenientes de lesiones fisiológicas y sus correspondientes secuelas de orden funcional u orgánico, y tanto, que bien puede decirse que cada país tiene su propio método ajustado a su legislación con diversos criterios en su aplicabilidad.

Por tal motivo, el Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Seguridad Social, A. I. S. S., inscribió el tema, que fue tratado en su XI Asamblea, reunida en París en Septiembre de 1.953, de donde se obtuvieron benéficos resultados en el estudio del problema, basados en las experiencias presentadas por 21 países que intervinieron y expusieron sus conceptos.

Del intercambio de ideas y las discusiones del Comité de expertos se aclararon algunos de los puntos más complicados, sin llegar a conclusiones definitivas en cuanto a la unificación de sistemas, en vista de los diferentes elementos que forman este complejo y vasto problema.

Lo anterior relativo a la valoración de las incapacidades son - difíciles si no obstante, la tendencia se ha generalizado en pro de la fijación de baremos o tablas que permitan una orientación médica, y en especial, de la unificación del criterio profesional en la clasificación de lesiones similares, máxime si se observa que la medicina no puede considerarse como una ciencia exacta, y por lo tanto, sujeta a apreciaciones diferentes de un mismo estado patológico.

Es difícil evaluar la incapacidad física, fisiológica o mental para los innumerables afecciones o trastornos funcionales u orgánicos que presenta, según el enfermo, características particulares. Lo anterior comprueba la necesidad de un baremo, ajustado, lo más técnicamente posible, a las necesidades, condiciones especiales y normas legales que rigen sobre el particular, que sirva de auxiliar a las directivas médicas y administrativas en la valoración de las incapacidades, y que a la vez evite graduaciones caprichosas que ocasionen injusticias, siempre involuntarias.

una presunta incapacidad para trabajar, la invalidez puede tener su origen en una enfermedad común, en un accidente de trabajo o en una enfermedad profesional, y se determina cuando se han agotado todos los recursos médicos para devolver la primitiva capacidad de trabajo al afiliado, y tal estado da origen a una pensión. Estas pensiones son revisables periódicamente, pues pueden presentarse casos de recuperación total que no justifica su continuación, o menos que el causante haya arribado a la edad mínima, establecida por el reglamento para ganar pensión por vejez, circunstancia que le permite convertir esta prestación en vtalicia.

V. Régimen General Colombiano.

El artículo 80. del decreto 433 de 1971 dice que las prestaciones del seguro social obligatorio son en especie, en dinero, o en especie y dinero, según los casos. Las prestaciones en dinero tienen por objeto suplir la pérdida de ganancias transitoria del asegurado y se liquidarán en relación con los salarios o ingresos que se hayan tomado como base para las respectivas cotizaciones, en la proporción que señalan los reglamentos generales del Instituto, y son compatibles con cualesquiera otras remuneraciones, ganancias ordinarias o pensiones, en la forma y cuantía que señalen los mismos reglamentos.

Las pensiones y subsidios que corresponden a los asegurados y a sus beneficiarios no son embargables, sin perjuicio de las acciones que se adquieran por las personas a quienes se deben elimitos, de conformidad con el artículo 411 y concordantes del Código Civil (artículo 36 de la ley 90 de 1.940).

La acción para el reconocimiento de una pensión prescribe en cuatro años ; la acción para el reconocimiento de las demás prestaciones y el derecho a cobrar cualquier subsidio o pensión ya reconocidas, prescribe en un año (ibidem artículo 36).

Ya expusimos nuestro criterio sobre este tema en párrafos anteriores y la doctrina del Consejo de Estado en relación con la prescripción , no del derecho en sí, que se considere vitalicio, sino de las mensual pensiones dejadas de cobrar.

BIBLIOGRAFIA

- ALFONSO MELUK, Seguridad Industrial y Seguridad Social.
- JE DUS MA. RENGIFO O. - Seguridad Social en Colombia.
- DOMINGO CAMPOS R. Depecho Laboral Colombiano
- DORREJO DA. CRUZ, Estudios Juridicos de Previsión Social.
- PABLO VALERO, Informe para el Decreto - 1403 de 1.956.
- IONACIO MONONE, Seguridad Social como Ideología y Realidad.
- RAFAEL MOJICA, Historia y Principios de la Seguridad Social.
- Dra. ANA I. MORALES Seguridad Social en Colombia.
- MAGAZINE DOMINICAL: Espectador. Tiempo