

	<b>UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA</b>			
	Documento	Código	Fecha	Revisión
	<b>FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO</b>	<b>F-AC-DBL-007</b>	<b>10-04-2012</b>	<b>A</b>
	Dependencia	Aprobado	Pág.	
<b>DIVISIÓN DE BIBLIOTECA</b>	<b>SUBDIRECTOR ACADÉMICO</b>	<b>i(55)</b>		

### RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	<b>ANAIDALID LEÓN LARA ALBA LUCÍA MÁRQUEZ LARA</b>		
FACULTAD	<b>FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES</b>		
PLAN DE ESTUDIOS	<b>PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO</b>		
DIRECTOR	<b>Dr. LUIS JOSÉ PATIÑO GONZÁLEZ</b>		
TÍTULO DE LA TESIS	<b>INAPLICABILIDAD EN LA CONSOLIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN LA EXIGENCIA DE LA DEPENDENCIA MONETARIA EN LOS CASOS DONDE SE PADECE UNA ENFERMEDAD MENTAL CONGÉNITA</b>		
<b>RESUMEN</b> <b>(70 palabras aproximadamente)</b>			
<p>DENTRO DE LA PRESENTE MONOGRAFÍA JURÍDICA DE INVESTIGACIÓN NOS ENFOCAMOS A TRATAR EL TEMA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE CON LA INTENCIÓN DE HACER UN ANÁLISIS SOBRE LA AFECTACIÓN QUE SE LE HACE AL BENEFICIARIO CON LA NO APLICABILIDAD DEL REQUISITO DE DEPENDENCIA ECONÓMICA PARA HIJOS CON DISCAPACIDAD MENTAL CONGÉNITA, BASÁNDONOS EN LA LEY 100 DE 1993 Y MODIFICADA POR LA LEY 797 DE 2003.</p>			
<b>CARACTERÍSTICAS</b>			
PÁGINAS: 70	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM:



Vía Acolsure, Sede el Algodonal, Ocaña, Colombia - Código postal: 546552  
 Línea gratuita nacional: 01 8000 121 022 - PBX: (+57) (7) 569 00 88 - Fax: Ext. 104  
 info@ufpso.edu.co - www.ufpso.edu.co

**INAPLICABILIDAD EN LA CONSOLIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE  
SOBREVIVIENTES EN LA EXIGENCIA DE LA DEPENDENCIA MONETARIA EN  
LOS CASOS DONDE SE PADECE UNA ENFERMEDAD MENTAL CONGÉNITA.**

**AUTORAS**

**ANAIDALID LEÓN LARA**

**ALBA LUCÍA MÁRQUEZ LARA**

**Trabajo de grado modalidad monografía para obtener el título de abogadas**

**DIRECTOR**

**Dr. LUIS JOSÉ PATIÑO GONZÁLEZ**

**UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA**

**FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES**

**PROGRAMA DE DERECHO**

**Ocaña, Colombia**

**Febrero, 2020**

*“Queremos dar gracias, primero que todo a nuestro Dios padre Rey celestial, por permitirnos la gran oportunidad de convertirnos en las futuras abogadas que siempre hemos deseado y darle gracias también a nuestras familias en especial a nuestros padres los cuales en su buen desear, han tenido una gran paciencia y comprensión ya que durante más de cinco años estuvimos por fuera de nuestros hogares, pero con la tranquilidad de que estábamos atentas en procura de estudiar y de capacitarnos dentro de las aulas de nuestra querida Alma Mater”.*

ANAIDALID LEÓN LARA

ALBA LUCÍA MARQUEZ LARA

## Índice

<b>Capítulo 1. La pensión de sobreviviente, en la actualidad frente al ordenamiento jurídico en Colombia.....</b>	<b>1</b>
1.1. Conceptualización realizada por la legislación colombiana. ....	1
1.2. Análisis de la Ley 100 de 1993 con respecto de la obtención para las exigencias en la obtención de la pensión de sobreviviente.....	3
1.3. Beneficiarios.....	4
1.3.1. Respecto a los cónyuges.....	5
1.3.2. Respecto a los hijos. ....	5
1.3.3. Respecto a los padres. ....	6
1.3.4. Respecto a los hermanos inválidos.....	6
1.4. Cuando se configura el estado de “invalidez” .....	7
<b>Capítulo 2. Violación de las organizaciones que tienen a cargo la seguridad social y las consecuencias. ....</b>	<b>9</b>
2.1 Violaciones ocasionadas por las entidades.....	10
2.1.1. El principio de Progresividad y no regresividad. ....	11
2.1.2. El principio de la Desprotección.. ....	15
2.2 Consecuencias. ....	19
2.2.1. Estado de Indefensión. ....	19
<b>Capítulo 3. Protección completa a los individuos con un padecimiento cerebral congénito. ....</b>	<b>22</b>
3.1. Deber de cuidados y alimentos a hijos. ....	24
3.2. Salud y Pensión. ....	25
3.3. Ley 1616 de 2013 de la salud mental.....	26
<b>Capítulo 4. Dependencia monetaria y el avance jurisprudencial a la luz de los principios y de los derechos fundamentales constitucionales.....</b>	<b>28</b>
4.1. Corte Constitucional Sentencia C- 111 de 2006. ....	28
4.2. Sentencia T- 363 de 2011 de la Corte Constitucional.....	30
4.3. Sentencia T- 119 de 2015, de la Corte Constitucional.....	31
4.4. Sentencia C- 066 de 2016, de la Corte Constitucional.....	32
<b>Capítulo 5. Exigencias y documentación para la adquisición de la pensión de sobreviviente.....</b>	<b>35</b>
5.1. La muerte del causante frente a la dependencia económica.....	35
5.2. Ley 1306 de 2009.....	36
5.2.1. Las obligaciones.....	37
5.2.2. Sus funciones. : .....	38
<b>Conclusiones .....</b>	<b>40</b>

**Referencias .....42**

## Introducción

La dependencia económica es uno de los requisitos fundamentales y más importantes para la obtención del derecho de pensión de sobreviviente, cuando la persona beneficiaria se encuentra o padece una enfermedad mental congénita, ya que con la muerte del afiliado el fondo de pensiones se ve afectado claramente, pero impera las condiciones de tener una vida digna de las personas en estas condiciones de discapacidad mental.

Para tener independencia económica, los recursos deben ser capaces de asegurar la subsistencia y la vida digna de la persona, dicha dependencia económica puede ser parcial o total ya que por recibir un salario mínimo no necesariamente se constituye la independencia económica.

De esta manera, las condiciones formales para poder acceder a la pensión de sobreviviente pueden verse como lo más lógico, entendiendo que este auxilio económico para la subsistencia es otorgado a quién lo necesita realmente dado que la muerte del afiliado en algunos casos no cambia la calidad de vida del beneficiario sobre todo cuando la personas puede sufragar sus propias necesidades.

Es así que esta investigación jurídica está dirigida hacia el reconocimiento de la dependencia económica donde el beneficiario favorecido padezca una enfermedad mental congénita dicha disposición se acredita en el momento fallecer el usuario, esta disposición debe estar debidamente calificada y que continúe como dependiente de su familia siempre y cuando el usuario fallecido haya cotizado la cantidad de semanas exigidas por el sistema general de pensiones aunque dichos requisitos se pueden ver como obstáculos para acceder a la pensión de

sobreviviente a la cual tiene derecho el beneficiario que se encuentra en esta situación de vulnerabilidad e indefensión.

Dentro de todo este análisis con respecto al tema tratado, me siento en la obligación de hacerme una pregunta jurídica la cual sería: **¿Que afectación se sufre en el trámite de la solicitud de exigencia frente a la dependencia económica cuando el fondo pensional no tiene en cuenta que el solicitante de la misma padece de una enfermedad mental congénita?**

Ahora bien, seguidamente para desarrollar esta investigación jurídica analizaremos los preceptos normativos de la pensión de sobrevivientes y las pautas para decidir el estado de las enfermedades mentales congénitas, profundizaremos en las obligaciones y deberes de los padres

Frente a sus hijos en la manutención completa o adecuada, otro aspecto a profundizar son las disposiciones del ordenamiento jurídico para calificar si es adecuada y legal la entrega de la pensión de sobreviviente en personas que padecen una enfermedad mental congénita.

## Resumen

Dentro de la presente monografía jurídica de investigación nos enfocamos a tratar el tema de la pensión de sobreviviente con la intención de hacer un análisis sobre la afectación que se le hace al beneficiario con la no aplicabilidad del requisito de dependencia económica para hijos con discapacidad mental congénita, basándonos en la Ley 100 de 1993 y modificada por la Ley 797 de 2003.

Cuando el afiliado fallese la familia debe recibir la pensión de sobreviviente como una ayuda monetaria para poder solventar económicamente las necesidades de la familia, como consecuencia de la muerte de la persona que respondía económicamente de la familia y de aquel hijo que se encuentran en situación de discapacidad mental congénita, se ven afectados y sometidos, llegando así a encontrarse en un estado de vulnerabilidad dado que afloran las necesidades económicas las cuales traerían como consecuencia un estado de indefensión al no poder enfrentar y solventar las necesidades propias de su condición especial.

Es así, la relevancia del problema jurídico que nace de la imposibilidad que tiene el sujeto de valerse por sí mismo y a lo largo de su vida.

Ahora bien, el derecho a la pensión de sobreviviente surge del cumplimiento de las formalidades establecidas legalmente en nuestro ordenamiento jurídico, como requisito para considerar que una persona es beneficiaria y la exigencia de las formalidades no tipificadas legalmente por parte de los fondos de pensiones, ha de suponerse la creación de nuevos requisitos generando así afectaciones Constitucionales impidiéndole a estas personas que se encuentran en

condición de debilidad manifiesta y con especial protección Constitucional el acceder a su derecho a la pensión de sobreviviente produciendo una vulneración del Derecho Fundamental al debido proceso cuando los requisitos exigidos no tienen un soporte jurídico.

**Palabras Claves:** Condición, Beneficiarios, Discapacidad Mental Congénita, Familia, Sobreviviente, Jurisprudencia, legislación, Responsabilidad Vulneración.

## **Capítulo 1. La pensión de sobreviviente, en la actualidad frente al ordenamiento jurídico en Colombia.**

En Colombia, actualmente la pensión de sobreviviente se entiende como una prestación económica la cual la podemos ver como un seguro de vida en donde se presenta una sustitución de pensión a favor de los beneficiarios del afiliado fallecido.

Es así, que, dicha pensión de sobreviviente posee como finalidad proteger el derecho a un mínimo vital para la familia dependiente del afiliado fallecido, generando así la posibilidad de poder lograr una estabilidad económica, superando de esta forma el estado de indefensión al que se ven inmersos cuando fallese el familiar que garantizaba la subsistencia.

De esta manera, para el trabajador afiliado la pensión hace parte de sus bienes o patrimonio, pero al momento de su muerte se crea una sucesión de manera vitalicia a favor de la familia del trabajador con el fin de no dejar a los hijos menores o lisiados desprotegidos económicamente, para los beneficiarios este, es un derecho cierto, irrenunciable e indiscutible, ya que protege los derechos fundamentales.

### **1.1. Conceptualización realizada por la legislación colombiana.**

Actualmente dicha pensión en Colombia está tipificada en la Ley 100/1993 modificada por la Ley 797/2003. Regulada en los artículos 46, 47 y 48 cuando se trate de pensión y cuando se trate de pensión de ahorro individual, en los artículos 46, 48 y 74.

Igualmente, la seguridad social se califica como un derecho fundamental el cual se presenta como una herramienta constitucional la cual tiene como finalidad el amparo de los derechos

culturales, sociales y económicos, esenciales para una protección al mínimo vital, hacia una dignidad humana y a la autonomía frente al perfeccionamiento de su personalidad. Este derecho inalienable con relación al trabajador está desarrollado y relacionado junto a ciertos aspectos con respecto con los principios de eficiencia universalidad y solidaridad.

Es así, que estos principios los encontramos plasmados en la Ley 100 de 1993 en su artículo 2°, donde se señala lo siguiente:

Artículo 2o. Principios. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

b. Universalidad. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida. (Ley 100,1993, art. 2°).

Es así, que, el principio de universalidad, simboliza los elementos fundamentales al Sistema de Seguridad Social el cual esta intrínsecamente relacionado a la primicia legislativo frente a la igualdad, el cual busca un cumplimiento de la protección que brinda dicha seguridad a todos sus afiliados quienes habitan en nuestro país, donde las circunstancias que presenta la vida sin ningún tipo de exclusión por razones de sexo, religión, situación económica, entre otros. Ya que de esta forma lo instituye nuestra Carta Magna, garantizando los derechos laborales y económicos de aquellas personas beneficiarias a la seguridad.

En último, en Colombia la normatividad establece que la inscripción al Sistema General de Pensiones para los trabajadores es de carácter obligatorio ya sean trabajadores independientes o dependientes del cual se deriva la obligación de pagar un porcentaje del ingreso mensual que

recibe el trabajador afiliado, dicho pago se llama cotización. Todo esto con el fin de recibir más adelante el reconocimiento de la pensión.

## **1.2. Análisis de la Ley 100 de 1993 con respecto de la obtención para las exigencias en la obtención de la pensión de sobreviviente.**

Con la promulgación de la ley 100 del 93 en Colombia surgieron nuevas modificaciones dentro del Sistema de Seguridad Social, estos cambios fueron muy abruptos para la sociedad Colombiana en este espacio tiempo la cual no se encontraba con un horizonte claro. Se concibieron nuevas disposiciones muy importantes como los principios de eficacia, universalidad y solidaridad, sin embargo aun con tantos cambios y nuevas incorporaciones de principios fundamentales se encontraron vacíos los cuales han producido gran inquietud en su forma de ejecución.

No obstante, esto dio paso a que se reforzara el tema de pensiones con la creación de la ley 797 del 2003 el cual fortaleció la ley 100 del 1993 modificando los artículos 46, 47 y 74. Por el cual se instituyen los requerimientos donde pueda lograr al acceso a la pensión de sobreviviente.

Ahora bien, pero para lograr suscribir a esta pensión de sobreviviente se debe efectuar ciertas exigencias como el cumplimiento de cincuenta semanas cotizadas en los últimos (3) años previos de la muerte al trabajador afiliado. Aunque para que el hijo con enfermedad congénita o inválido pueda acceder a la pensión de sobreviviente tales como:

- a- Una invalidez acreditada,

b- La calificación del estado de invalidez deberá demostrar el impedimento para realizar cualquier actividad laboral

c- La calificación deberá seguir los parámetros del decreto 19 del 2012 artículo 142 y deberá realizarse por las entidades promotoras de salud, Juntas Regionales o Nacional de Calificación, Administradoras de Riesgos Laborales o Administradoras de Fondos de Pensiones

d- No existe una edad establecida para que se le reconozca el pago de la pensión de sobrevivientes e- demostrar la existencia de la dependencia económica en relación al pensionado fallecido. (Ley 100, 1993).

### **1.3. Beneficiarios.**

En Colombia es la ley 797 del 2003, la que modifica en este caso en concreto a la Ley 100 de 1993 y es quien establece a los favorecidos que pueden recibir la pensión de sobreviviente y como pueden acceder a ella.

Pueden ser beneficiarios todos aquellos familiares del pensionado como lo son:

- Cónyuge o compañero (a) permanente
- Los hijos menores de 18 años
- Los hijos entre 18 y 25 años que estudien dependientes económicamente del fallecido
- Los hijos de cualquier edad inválidos o discapacitados dependientes económicamente del fallecido

- Los padres del fallecido a falta de los anteriores beneficiarios, que dependieran económicamente de este
- Los hermanos inválidos a falta de todos los anteriores beneficiarios, que dependieran económicamente del fallecido. (Ley 797, 2003).

Es así, que, por ley, y como requisitos adicionales únicos necesarios para acceder a la pensión de sobrevivientes se deben entregar en la entidad el formulario único de solicitud prestacionales el cual debe llevar ciertos documentos dependiendo de quién presente la solicitud para que se le apruebe la pensión de sobreviviente. Para cada familiar interesado en el reconocimiento de dicha pensión debe presentar los siguientes documentos

#### **1.3.1. Respecto a los cónyuges.**

- Copia auténtica del registro civil de nacimiento del solicitante
- Copia del documento de identidad
- Copia auténtica de la partida eclesiástica de matrimonio o registro civil de matrimonio
- Declaración juramentada de convivencia si no existiere partida de matrimonio o registro civil de matrimonio. (Ley 797, 2003).

#### **1.3.2. Respecto a los hijos.**

- Registro civil
- Copia del documento de identidad
- Certificado estudiantil
- Declaración de dependencia

- Declaración de invalidez. (Ley 797, 2003).

### **1.3.3. Respecto a los padres.**

- Registro civil del fallecido
- Documento de identidad de los padres solicitantes
- Declaración de dependencia económica. (Ley 797, 2003).

### **1.3.4. Respecto a los hermanos inválidos.**

- Registro civil del fallecido
- Documento de identidad del solicitante
- Declaración de dependencia económica.
- Declaración de invalidez. (Ley 797, 2003).

Ahora bien, una vez cumplido todos los requisitos y tomada la decisión de quien tiene el derecho a que se le entregue la pensión de sobreviviente, dirigimos nuestra atención con el monto el cual debe corresponder este tipo de pensión, en el cual se tiene en cuenta y determinado por la ley 100 del 1993 en su artículo 48.

De esta manera, lo que nos da a entender, que si la persona pensionada muere el total de la pensión de sobreviviente debe ser del 100%, pero si el que muere es el trabajador afiliado el total mensual tendrá que ser de 45% de la entrada económica base de liquidación de donde se podrá incrementar un 2% por cada 50 semanas añadida a las principales 500 que hubiese cotizado el afiliado sin que sobrepase el 75% de la afiliación base de liquidación. Por lo cual la pensión de sobrevivientes no puede ser menor al S.M.L.M.V. establecido.

#### **1.4. Cuando se configura el estado de “invalidez”**

Para que se configure el estado de invalidez se debe seguir cierto procedimiento, inicialmente se debe realizar la evaluación de la evaluación con relación a la pérdida de la capacidad laboral, debe tenerse claro ciertas disposiciones para acceder a dicha evaluación.

Luego, de reexaminar los antecedentes históricos detallada del empleado y una petición de la evaluación, la cual se toma en cuenta la determinación de la evaluación del menoscabo de la capacidad laboral, estado funcional dado por medio del doctor legal, el estado de secuelas. Todo esto tiene un carácter probatorio el cual se debe verificar el origen de la valoración del examen.

Es así, que, se debe desarrollar un listado de aquella patología que afectan al trabajador, la cual debe contener el origen de dichas patologías, secuelas presentadas y la fecha del diagnóstico.

En esta parte, del proceso se debe estudiar al empleado que solicito la calificación con el fin de saber, si de verdad es necesario entregarle la calificación integral de invalidez o una calificación ordinaria de pérdida de capacidad laboral.

Así mismo, se valora la deficiencia originada en cada patología presentada, determinada por la tabla correspondiente en la cual se debe tener en cuenta que la deficiencia puede presentarse como cero ya que las secuelas no producen restricción funcional sin embargo si no existe deficiencia su valor en el examen será cero.

No obstante, cuando se quiere demostrar legalmente la pérdida de la capacidad para laborar de un trabajador, se debe tomar en consideración que la deficiencia laboral tiene que ser demostrada físicamente, anatómicamente y psicológicamente valorando todo esto de manera

conjunta. Todas estas irregularidades pueden ser establecidas por pruebas establecidas por exámenes médicos donde se establecen sus signos y síntomas del afiliado.

## **Capítulo 2. Violación de las organizaciones que tienen a cargo la seguridad social y las consecuencias.**

Una de las violaciones más comunes que se presentan en las entidades de seguridad social, es el no reconocimiento de la pensión, de lo cual deriva para el afiliado una gran incertidumbre.

Es así, que la tutela puede ser un instrumento para alcanzar el objetivo de reconocimiento de la pensión ya que este tipo de tutelas obran comúnmente como un instrumento transitorio aunque escasamente el fallo de la tutela puede ser estable o duradero, pero solo puede proceder este tipo de tutelas en las situaciones donde la persona solicitante no tenga otro dispositivo legal para alcanzar el reconocimiento de los derechos vulnerados o que se encuentre en un estado especial de vulnerabilidad como pueden ser el momento de inprotección, menores de edad, abandono, discapacidad física, interdicción etc.

Otra violación en la que incurren las entidades de seguridad social, está ligado con una mala liquidación de la pensión lo que genera que la mensualidad de dicha pensión sea muy baja.

Es por esto, que es deber de las instituciones administradoras entregar y reconocer la pensión más conveniente al afiliado, en el caso en el que se tenga desconfianza o duda sobre la forma en la que se realizó la liquidación pensional, se podrá realizar la solicitud de reliquidación en cualquier tiempo, es de gran importancia para presentar esta solicitud tener en cuenta los tiempos, la norma más favorable y la modalidad de pensión que le sea más conveniente.

## **2.1 Violaciones ocasionadas por las entidades.**

Cuando la pensión es liquidada erróneamente por la entidad, solo el afiliado afectado podrá solicitar que se le entreguen el reporte de las pruebas que se utilizaron para justificar la forma en la que se liquidó su pensión, los aspectos o pruebas que se toman para realizar la liquidación de una pensión como lo son la historia laboral, la liquidación del bono pensional en los casos de los fondos, los certificados emitidos por las entidades que no cotizaban, igualmente, también se debe revisar el valor de su saldo en la cuenta de ahorro individual y la manera de cómo se negoció el bono pensional en caso de que este haya sido tenido en cuenta para la liquidación de la pensión.

Igualmente, para que estos errores no se presenten en la liquidación de la pensión el afiliado o usuario deberá realizar una revisión periódica del extracto de la cuenta individual o el certificado de historia laboral según sea el caso, es así, que en el caso de los trabajadores que no se les entregaban los pago o cotizaciones al sistema de seguro social, tendrán que solicitar los certificados laborales del cual se podrá establecer el tiempo verdadero del servicio prestado a la empresa.

Empero, en la situación donde se tenga que realizar el traslado entre regímenes o entre fondos se tendrá que revisar y verificar que los aportes entregados hasta el momento se trasladen en realidad y que esté acorde a la historia laboral o al extracto de cuenta individual.

En Colombia los entes de control que defienden y protegen los derechos de los pensionado están instituidas en primera parte por el Estado quien es el que garantiza los mismos a todos los trabajadores por medio de las instituciones establecidas en Colombia como lo son el Ministerio de Trabajo, la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio de Hacienda, la Superintendencia Financiera, la Defensoría del Pueblo y los jueces de la república.

**2.1.1. El principio de Progresividad y no regresividad.** Según el doctrinante Juez Superior Titular de la Segunda Sala Laboral de Lima y Catedrático, Omar Toledo Toribio señala en su libro “el principio de progresividad y no regresividad en materia laboral”, los siguientes conceptos con relación al tema:

**Principio De Progresividad.** Siguiendo a Barbagelata, en lo que se refiere a la dimensión que hemos denominado positiva la progresividad de las normas sobre derechos humanos puede ser interpretada en dos sentidos: “En un primer sentido la expresión se refiere al gradualismo admitido por varios instrumentos internacionales y textos constitucionales para la puesta en aplicación de las medidas adecuadas. (Toledo, 2010).

Es de esta misma manera como lo admitía el tratado de Versalles en el artículo 427 del Tratado de Versalles, donde señala lo siguiente “En un segundo sentido la progresividad puede ser entendida como una característica de los derechos humanos fundamentales, perfectamente aplicable a los laborales”. (Tratado de Versalles, 1919, art. 427).

**Principio De No Regresividad O Irreversibilidad.** Igualmente siguiendo a Barbagelata “Un complemento de principio de progresividad es la irreversibilidad, o sea, la imposibilidad de que se reduzca la protección ya acordada, lo cual está reconocido para todos los derechos humanos en el PIDCP y en el PIDESC (art. 4 de ambos)... Este principio vendría ser, además, una consecuencia del criterio de conservación o no derogación del régimen más favorable para el trabajador, el cual puede reputarse un principio o regla general en el ámbito del derecho del trabajo. (Toledo, 2010).

Este mismo principio se encuentra consagrado en el inciso 8° del art. 19 de la Constitución de la OIT, y aceptado universalmente, señalando lo siguiente:

“los Estados Miembros están obligados a informar con intervalo regular, a solicitud del Consejo de Administración, sobre las medidas que han adoptado para dar efecto a las disposiciones de algunos convenios y recomendaciones, y para indicar cualquier obstáculo que les impidiera o retrasar la ratificación de un determinado convenio, con relación de principio de progresividad es la irreversibilidad”. (OIT, 1919, art. 19, inc. 8).

Ahora bien, para poder discurrir sobre el tema en mención debemos señalar el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, donde se describe lo siguiente:

**Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo.** La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las

pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. (Const., 1991, art. 53).

El desarrollo avanzado no solo de la seguridad social se ha venido desplegando para proteger la sociedad y la aptitud de vida de las colectividades del Estado Social de Derecho al que pertenecemos y para poder alcanzar esta finalidad, es necesario progresar y mejorar la realización o formación de la seguridad social, para así poder conseguir mejores ganancias para la sociedad y mejores condiciones que amplíen cada vez más los beneficios ya establecidos.

De este modo, cuando se trate de prohibiciones en materia de derechos sociales que vayan en contra de la progresividad, puede ser posible que una norma retroactivamente pueda encontrar la justificación para ser aplicada.

En concordancia con lo anterior, podemos colocar en consideración el decreto 758 de 1990, el cual establece al detallar quienes pueden gozar de los beneficios, haciendo referencia a que igualmente tendrán la oportunidad de obtener el derecho los hijos inválidos sin más obligaciones.

Así mismo, con la creación de la Ley 100, se formaron nuevos requerimientos para alcanzar la pensión de sobrevivientes como lo es la dependencia económica en alusión a la muerte del titular de la pensión, asignando o estableciendo con esto otra obligación para la misma situación. Con este cambio normativo se genera una carga que claramente empeora a una población vulnerable.

Es así, que lo encontramos ratificado en la Sentencia C-228 de 2011 de la Corte Constitucional, donde se describe el principio de progresividad y prohibición de regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Los cuales se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Es por esto, que podemos acordarnos que el principio de progresividad se ha basado en los estándares de control en asuntos que se apropian de los derechos en seguridad social, de la misma forma como se protegen otros derechos.

Todo esto, en alusión a la autonomía que tiene el legislador para crear normas, en otro sentido, donde la regresión es una de las restricciones que presenta el Congreso de la República al momento de decretar leyes con temas de derechos económicos, culturales y sociales, ya que al hacer caso omiso a esta restricción puede generar que el Estado incumpla una de sus funciones principales, es así, que la regresividad presentada en la exigencia de subordinación financiera origina la figura inconstitucional, se encuentra consagrado en la Sentencia C-228 de 2011 de la Corte Constitucional, donde se señala lo siguiente:

El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición

prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social. (Corte, Constitucional, Sentencia, C – 228, 2011).

Es así, ya que anteriormente esta garantía ya había sido obtenida bajo las disposiciones del decreto 758 de 1990 el cual fue afectado con la creación del nuevo requerimiento el cual genera un obstáculo más para que se le pueda reconocer la pensión al beneficiario se halle en un entorno de desprotección o de vulnerabilidad.

**2.1.2. El principio de la Desprotección.** De esta manera, se consideran en situación de vulnerabilidad todas aquellas personas que por su condición actual en la que se encuentran, no sea capaces de valerse por sí mismos, y que por ende se encuentran en desprotección. Es así, que el Estado en sus actuaciones políticas mediante los organismos, sistemas, ordenamientos y beneficios que solo busca es obtener los objetivos de la Seguridad Social.

Este principio lo encontramos plasmado en la Sentencia C-043 de 2017, el cual se refiere a las normas para la protección de personas con discapacidad mental absoluta y la expresión “del discapacitado” pretende una categorización para garantizar la protección de personas consideradas vulnerables y sujetos de especial tratamiento.

No obstante, las personas con discapacidad dependen de la ayuda de otros y del Estado para poder tener una vida digna, aunque ya se encuentre en situación de vulnerabilidad, las (ARP), en muchas situaciones los dejan en situación de desprotección al no seguirles pagando el subsidio de

incapacidad y las cotizaciones en salud y pensión estipulado por el régimen de riesgos profesionales.

Empero, la Corte Constitucional estableció en varias ocasiones que la salud es un derecho fundamental y también un servicio público a cargo del estado, y es así, que nuestra Constitución Política, describe en su artículo 49 lo siguiente:

La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad. (Const., 1991, art. 49).

Y el artículo 365, señala lo siguiente:

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita. (Const., 1991, art. 365).

Es así, que el servicio público debe prestarse de manera ininterrumpida, de forma que cuando se omita este servicio no genere un riesgo inmediato para la existencia de los individuos.

Ahora bien por tal motivo los jueces Colombianos en reiteradas oportunidades han sostenido en las jurisprudencias constitucionales la continuidad ininterrumpida de la prestación de los servicios de salud, como lo expresa la Corte Constitucional en la Sentencia T-234 de 2013 la cual se refiere:

Una de las características de todo servicio público, atendiendo al mandato de la prestación eficiente (Art. 365 C.P.), la constituye su continuidad, lo que implica, tratándose del derecho a la salud, su prestación ininterrumpida, constante y permanente, dada la necesidad que de ella tienen los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. Sobre este punto, la Corte ha sostenido que una vez haya sido

iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente. Asimismo, este derecho constitucional a acceder de manera eficiente a los servicios de salud, no solamente envuelve la garantía de continuidad o mantenimiento del mismo, también implica que las condiciones de su prestación obedezcan a criterios de calidad y oportunidad. (Sentencia, T-234, 2013).

Y la Sentencia T-673 de 2017 de la Corte Constitucional, señala lo siguiente:

**DERECHO A LA SALUD**-Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público.

La jurisprudencia constitucional ha dicho que la salud tiene una doble connotación: derecho y servicio público. Respecto a la primera faceta, ha sostenido que debe ser prestada de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, respecto de la segunda, la salud debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 del Texto Superior. (Corte Constitucional, Sentencia T-673, 2017).

Es de esta manera, cuando las entidades dejan de prestar los servicios de salud y realicen conductas negligentes administrativas o suspendan repentinamente el servicio a las prestaciones de salud y pensión necesarias establecidas por la ley, dejando a la persona en un estado de desprotección muy alto el cual solo el Estado por medio de sus instituciones podrá obligar a las

entidades a proteger a estas personas en estado de desprotección entregándoles la atención en salud oportuna, integral y eficiente.

## **2.2 Consecuencias.**

Los individuos en un entorno de discapacidad derivada de enfermedades o accidentes laborales han sufrido ciertas consecuencias gracias a la negligencia de las instituciones que brindan la seguridad social por la falta de pago de la pensión y la falta de atención en salud ya que incumplen sus obligaciones asistenciales y económicas generando consecuencias nocivas para el afiliado o beneficiario de la pensión como lo puede ser la muerte por no recibir oportunamente la atención necesaria.

En síntesis, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Trabajo, la Procuraduría, son los encargados de velar por la protección y cumplimiento del acceso a los servicios de pensión y salud de forma oportuna, integral y con calidad y el no cumplimiento de estas disposiciones genera sanciones administrativas.

**2.2.1. Estado de Indefensión.** Según la revista *Faceta Jurídica*, No. 78 de noviembre de 2016 en su artículo “Personas en estado de debilidad manifiesta e indefensión como consecuencia del deterioro de su salud Derecho a la pensión de invalidez. Cargas administrativas”, señala lo siguiente:

“Según el ordenamiento constitucional e internacional, en el caso del tratamiento de una persona con discapacidad física o psíquica merece una especial protección y su tratamiento debe ser especializado, ya que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta y deben ser sujetos de atención adecuada (...) ‘De acuerdo con el artículo 47 de la Constitución Política, los disminuidos físicos, sensoriales y

psíquicos tienen derecho a que el Estado adelante una política de previsión, rehabilitación e integración social en su favor, y a que se les preste la atención especializada que requieran”. (Faceta Jurídica, 2016, pág. 52).

Ahora bien la Corte Constitucional en su Sentencia T-202 de 2012 se refiere al estado de indefensión de las personas, de la siguiente manera:

La Corte ha señalado que el estado de indefensión existe cuando una persona ha sido puesta en una situación que la hace incapaz de repeler física o jurídicamente las agresiones de las cuales viene siendo objeto por parte de un particular, que ponen en peligro sus derechos fundamentales. En otras palabras, no tiene posibilidades jurídicas ni fácticas para reaccionar defendiendo sus intereses. Así, la posible situación de indefensión en la que se encuentra una persona debe ser evaluada por el juez constitucional de cara al caso concreto, teniendo en cuenta sus circunstancias particulares y los derechos fundamentales que están siendo objeto de amenaza o vulneración, por cuenta del ejercicio de la posición de poder que ostente la persona o el grupo de que se trate. (Corte Constitucional, Sentencia T-202, 2012).

Además, las consecuencias se pueden ver como un impedimento para poder proteger o defender un derecho o para encontrarse en situación de igualdad de condiciones con las demás personas.

Por consiguiente, la indefensión es un estado de desprotección del ciudadano, el cual, el Estado tiene el deber y la facultad de protegerlo, ya que por su condición sufre agresiones de circunstancias ajenas a su persona ya que se ven afectado sus propiedades y bienes al no contar

con la facultad de proteger sus derechos por sí mismo.

Por esa razón, puede llegar a ser real o sentido, de ahí que cuando la persona se siente en estado de indefensión no se siente seguro o no confía en el aparato judicial para acceder a la protección que requiere.

De ahí, que en Colombia, la indefensión es prácticamente sinónimo de injusticia por tal motivo le corresponde al Estado por medio de los tribunales proteger y exigir el cumplimiento en términos reales del resarcimiento de los daños que haya sufrido.

### **Capítulo 3. Protección completa a los individuos con un padecimiento cerebral congénito.**

La pensión de sobreviviente de los hijos en situación de incapacidad o invalidez que sufran de una enfermedad mental congénita, por ley siempre tendrá que demostrar su calidad. Según la (O.M.S) la cual estipula a la salud como una condición en la que se establece el bienestar tanto físico como mental y social, donde no solo se trata de estar con buen estado de salud o sin enfermedad, en este sentido si el estado físico, mental o social se encuentra afectados uno de ellos o todos puede generar una serie de problemas o afectaciones en la persona, ocasionando que la condición de salud se deteriore.

En consecuencia a lo anterior, si algún individuo presenta algún tipo de daño físico, su productividad en materia mental y social se percibirá la disminución en estas áreas de igual forma también se podrá sentirse perjudicado emotivamente y también sentirse algo inútil en el entorno en el que se encuentre. Comprendiendo en este momento que para poder tratar el tema de la salud a nivel mundial es de vital importancia deducir sus tres aspectos los cuales son el físico, el mental y el social, para poder entender su significado.

Es así, que, la salud mental es considerada una condición dinámica la cual se manifiesta en el actuar e interacción habitual de una persona en la sociedad de tal forma que le concede la posibilidad a las personas de desarrollar sus aspectos entusiastas, cognoscitivos e intelectuales para lograr tener una vida normal contribuyendo en la sociedad.

Ahora bien, el trastorno mental es la excitación de todos los aspectos cognoscentes y emotivos del desarrollo estimado como normal, referenciando los aspectos de un grupo social de donde viene la persona.

Por todo lo anterior, podemos encontrar que en el interior de los trastornos mentales congénitos se produce una gran sujeción o dependencia, los cuales son creados en su mayoría al comienzo de la infancia o adolescencia y particularmente cuando se presenta el retraso mental grave, comprendido como la habilidad intelectual que se encuentra en una proporción baja de acuerdo al promedio, el cual afecta la interacción humana, la vida cotidiana en el hogar, el auto control, las capacidades académicas, así como las capacidades sociales e interpretativas, lo que conlleva a una deficiencia para lograr la interacción social.

Es de anotar, que estas personas que sufren trastornos mentales se ven envueltos en situaciones muy complejas como lo describen en la página web de GERENCIE.COM, en su artículo “Pensión de sobrevivientes – A los hijos en situación de discapacidad no se les puede exigir adelantar proceso de interdicción para el reconocimiento de la pensión”, señalando:

Dentro de la densa maraña de trabas y requisitos absurdos e irracionales con que los fondos de pensiones (ISS-Colpensiones, los privados, y ahora la UGPP) suelen atajar las aspiraciones legítimas de los beneficiarios de las pensiones, y particularmente de la de sobrevivientes, se cuenta la de exigirles a los hijos del causante afectados por alguna discapacidad la obligación de tramitar un proceso de declaración de interdicción judicial a través del cual se nombre un curador definitivo que represente sus intereses. (Gerencie.com, 2017).

### **3.1. Deber de cuidados y alimentos a hijos.**

La obligación de los progenitores frente a sus proles deberá ser integral, en nuestra legislación podemos encontrar que existen estipulaciones claras para la amparo y defensa de los menores de edad, es así, que el suministro de alimentos a los hijos es un derecho el cual encontramos plasmado en el Código Civil en el artículo 411 el cual concierne que los hijos tienen el beneficio de recibir el derecho de alimento sin importar si es un hijo matrimonial, extramatrimonial o adoptivo.

En Colombia el derecho de alimentos es el que se le reclama al individuo que por Ley está obligado a entregar efectivamente, con el desarrollo de este derecho se busca que la persona que no puede obtener el mínimo vital para su subsistencia, reciba lo necesario para alcanzar lo descrito.

Esta responsabilidad alimentaria conlleva ciertas disposiciones de ley, las cuales recaen en el sancionado o padres al que se le esté reclamando el derecho alimentario, tendrá que entregar por disposición legal gran parte de sus propiedades, todo esto para poder proteger la supervivencia del acreedor o titular de los alimentos.

Para reclamar este derecho de alimento se tiene en cuenta ciertas consideraciones necesarias para establecer una calificación considerada justa, ya que es tomada de acuerdo a lo que la persona necesita para alcanzar una vida digna.

En alusión al artículo 258 del Código Civil el cual estipula que a causa del fallecimiento de uno de los padres, el padre sobreviviente deberá correr con todos los gastos de sus hijos en materia de crianza, educación, salud, entre otros.

Los gastos que un padre pueda suplir a falta del otro es lo correcto, pero lo adecuado y establecido por ley es que ambos cooperen o se colaboren entre sí para cubrir los gastos. De lo anterior podemos decir que se hace indispensable que el hijo consiga la pensión de sobreviviente donde se pueda suplir las necesidades de su enfermedad que abarca por su condición de inválido.

### **3.2. Salud y Pensión.**

La Seguridad Social, es un grupo solidario de entidades privadas y públicas el cual tiene su propio procedimiento único el cual está constituido por los regímenes generales determinados para obtener el derecho a la pensión y la salud, de los cuales se derivan los riesgos laborales, subsidio de familia y aquellas prestaciones sociales complementarias que se establecen por ley.

En Colombia el actual Sistema de Seguridad Social Integral, se implementó por la ley 100, la cual agrupa de forma sincronizada un grupo de instituciones, como de normatividad y procedimiento del cual todas las personas podrán tener acceso con la finalidad de avalar una vida digna de todos sus asociados, el cual tiene ciertas protecciones establecidas legalmente.

Por consiguiente, este sistema abarca la finalidad del Estado se da por medio de las entidades y médiante los capitales dirigidos a proteger las garantías de aquellas prestaciones de índole financiero, de salud y de aquellos servicios adicionales anexados en la ley 100/93.

Por lo tanto, la Seguridad Social, está establecida como un servicio de carácter imperioso, el cual se encuentra guiado, organizado y coordinado por el Estado, y que por medio de la descentralización presta el servicio por medio de las instituciones privadas y públicas, en donde por medio de estas instituciones el Estado evita que se presente un desequilibrio financiero y social, que del cual si no se logra establecer el equilibrio se puede causar grandes pérdidas si se

llegan a presentar ciertas circunstancias como lo pueden ser accidentes, enfermedades, desempleo, entre otros.

De ahí, que el sistema general de pensiones en Colombia tiene como efecto el de proteger a las personas y su protección se deriva del estado de madurez, de discapacidad y de muerte, por medio del comprobante que estipula las pensiones y prestaciones establecidas por la ley 100/1993.

No obstante, el Sistema Seguridad Social, adquiere como fin primordial, el de controlar todo un sistema público fundamental en salud y velar por que se cumplan todos los requisitos para lograr el ingreso de las personas a los servicios de salud en todos sus cotas de aplicación, el cual serán dirigidos por (EPS) y (IPS).

### **3.3. Ley 1616 de 2013 de la salud mental.**

En nuestro país el derecho a recibir la atención oportuna y de calidad, se encuentra dentro de las disposiciones de salud mental, salud integral y la atención primaria en salud con el fin de poder cumplir con las obligaciones y exigencias de la sociedad, ya que resuelve las necesidades de prestación de servicio en la prevención de los trastornos mentales.

Por consiguiente, la ley de salud mental, ha logrado que Colombia avance en temas como la salud mental, para todas aquellas personas quienes sufren alguna enfermedad de trastorno mental son protegidas por medio del reconocimiento de esta ley que previene y fomenta el apoyo a todos aquellos que padecen una enfermedad mental el cual impacta de forma positiva a las persona ayudando a mejorar su calidad de vida.

Es así, que, con la creación de esta norma se busca cumplir con la atención a los pacientes que presenten enfermedades relacionadas con los trastornos mentales los cuales no eran atendidos o no se les prestaba la atención adecuada pasa su condición.

La ley 1616 de 2013 define en su artículo 3° la salud mental, de esta manera:

La salud mental se define como un estado dinámico que se expresa en la vida cotidiana a través del comportamiento y la interacción de manera tal que permite a los sujetos individuales y colectivos desplegar sus recursos emocionales, cognitivos y mentales para transitar por la vida cotidiana, para trabajar, para establecer relaciones significativas y para contribuir a la comunidad” (ley 1616, 2013 art. 3).

Por esta razón, la Ley 1616 de 2013 en sus disposiciones establece que aquella persona que por su condición o enfermedad de trastorno mental presente pérdida de capacidad para laborar, podrá acceder al derecho y al reconocimiento de la pensión por incapacidad, igualmente tendrá derecho a todas las prestaciones de salud necesaria para tratar su condición. Basándose en lo establecido por las leyes vigentes Colombiana.

## **Capítulo 4. Dependencia monetaria y el avance jurisprudencial a la luz de los principios y de los derechos fundamentales constitucionales.**

### **4.1. Corte Constitucional Sentencia C- 111 de 2006.**

De esta manera en dicha Sentencia, encontramos que la Corte Constitucional se ratifica frente los derechos de la seguridad para recibir esos beneficios frente a la pensión por parte de sus familiares y en especial esas personas que no gozan de una buena condición de salud, es de esta manera que dentro de sus consideraciones destacamos lo siguiente:

4. De igual manera la seguridad social se encuentra prevista en el Texto Superior como un derecho económico y social (C.P. art. 48). En virtud de tal reconocimiento, la jurisprudencia constitucional ha señalado que en cuanto a su naturaleza jurídica la misma se identifica como un derecho prestacional. Ello es así, por una parte, porque todas las personas tienen el derecho de exigir un conjunto de prestaciones a cargo de las entidades que integran el sistema de seguridad social, no solamente dirigidas a garantizar los derechos irrenunciables de las personas, sino también a obtener una calidad de vida acorde con el principio de la dignidad humana, y por la otra, porque para asegurar su efectiva realización, se requiere -en la mayoría de los casos- acreditar el cumplimiento de normas presupuestales, procesales y de organización, que lo hagan viable y, además, permitan mantener el equilibrio económico y financiero del sistema.

Es entonces comprensible y razonable que la efectividad del derecho a la seguridad social como derecho prestacional requiera, entre otros aspectos, de una

estructura básica que permita atenderlo y de una constante asignación de recursos provenientes, en primer lugar, del cálculo actuarial del mismo sistema, a través de tasas de cotización, semanas mínimas de permanencia, períodos de fidelidad, plazos de carencia, cotizaciones voluntarias, rendimientos financieros, etc.; y en segundo término, del subsidio del Estado, quien a través de sus propios recursos fiscales, debe asegurar el acceso de todos los habitantes del territorio colombiano a los derechos irrenunciables de la seguridad social. Así se reconoce expresamente en el artículo 48 del Texto Superior, conforme a las modificaciones efectuadas por el Acto Legislativo No. 01 de 2005, en los siguientes términos: "El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo."<sup>5</sup> (Subrayado por fuera del texto original).

Sin embargo, aún a pesar de su contenido prestacional, la jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que el derecho a la seguridad social, aunque no es en sí mismo un derecho fundamental, debe ser considerado como tal, cuando su perturbación ponga en peligro o vulnere el derecho a la vida, a la integridad personal u otros derechos fundamentales de las personas. Así, por ejemplo, en reciente providencia, la Corte manifestó:

"(...) reiteradamente esta Corporación ha reconocido que aunque el derecho a la seguridad social es de carácter prestacional, excepcionalmente es susceptible de protección a través de esta acción constitucional, cuando de su amenaza o afectación se derive un peligro o vulneración de otros derechos de índole

fundamental, tales como el derecho a la vida, al mínimo vital, a la dignidad, etc.

(...)

La seguridad social goza de carácter de fundamental al ser conexo y paralelo a la vida, al trabajo y la salud; este derecho tiene su expreso reconocimiento genérico en el artículo 48 de la Carta, y específicamente para las personas disminuidas físicas, sensoriales y psíquicas en los mandatos 13 y 17 superiores" (Corte Constitucional, Sentencia C- 111, 2006).

#### **4.2. Sentencia T- 363 de 2011 de la Corte Constitucional.**

Desde el concepto de la Sentencia ratifica lo establecido en la anterior Sentencia emanada por la Corte Constitucional, donde se ve la necesidad de establecer una dependencia económica con relación a las personas con una discapacidad mental, donde los cuales por su condición no pueden obtener dicha pensión de sobreviviente, ratificado en esta Sentencia de la siguiente manera:

En la mentada sentencia, la Corte al encontrar que la condición de dependencia total y absoluta que se exigía a los padres del causante para poder acceder a la pensión de sobrevivientes, resultaba inconstitucional al ser incompatible con el derecho al mínimo vital, a la dignidad humana, al deber de solidaridad y al principio de protección integral de la familia, decidió excluir del ordenamiento la expresión "total y absoluta" y determinó que los jueces en el caso concreto debían determinar, de conformidad con los criterios establecidos en la jurisprudencia constitucional, si los padres sobrevivientes del causante dependían o no del

mismo, para garantizarse una subsistencia en condiciones dignas. (Corte Constitucional, Sentencia T- 363, 2011).

#### **4.3. Sentencia T- 119 de 2015, de la Corte Constitucional.**

Todos los habitantes en Colombia tienen el derecho de que les sean reconocidas dentro de sus particularidades la pensión si dichas personas con su labor o trabajo tuvieron el derecho a recibir dicha mesada pensional y al mismo tiempo el derecho de sus familiares y especial los hijos en incapacidad mental congénita para recibir la pensión de sobreviviente, es así que lo encontramos expuesto, de la siguiente manera:

i) Procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario; ii) procede la tutela como mecanismo definitivo: cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia. Además, iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros. En tales casos, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos. (Corte Constitucional, Sentencia T-119, 2015).

#### 4.4. Sentencia C- 066 de 2016, de la Corte Constitucional.

Es en esta Sentencia donde encontramos más claramente, la protección que se les brindan a los hijos con incapacidad mental congénita, cuando uno de sus padres fallece y el cual gozaba de una pensión vitalicia y de esta manera este hijo especial pueda recibir la pensión de sobreviviente, y lo encontramos señalado de la siguiente forma:

- (i) el Legislador ha establecido un orden de prelación entre los beneficiarios, del cual se puede constatar que no todos cuentan con el mismo derecho, en tanto que está previsto un desplazamiento entre los legitimados y unas condiciones diferentes para mantener el beneficio; (ii) se establecen condiciones de acceso con la finalidad de proteger al verdadero núcleo familiar de reclamaciones ilegítimas que puedan menguar la garantía de protección; (iii) evita el uso de maniobras artificiales o manipuladas para obtener el beneficio económico; y (iv) en los eventos en los que los beneficiarios legítimos no logren acreditar los beneficios de acceso, está prevista una garantía subsidiaria consistente en la devolución de los aportes.
- (ii)

**PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES**-Orden de prevalencia de los beneficiarios Conforme al actual artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, y ampliamente estudiado por esta Corporación, podría sintetizarse el orden de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en los

siguientes grupos: a) Cónyuge o compañero o compañera permanente o supérstite, de forma vitalicia o permanente dependiendo de la edad (30 años), si procrearon hijos e hicieron vida marital con el causante hasta su muerte y no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; b) Hijos menores y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de estudio y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez; c) Padres del causante que dependían económicamente de este, en el evento de no existir cónyuge o compañero o compañera permanente e hijos con derecho; d) Hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste, a falta de cónyuge o compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho.

**DEPENDENCIA ECONÓMICA-Antecedentes** Para esta Corporación la dependencia económica ha sido comprendida como: (i) la falta de condiciones materiales mínimas en cabeza de los beneficiarios del causante de la pensión de sobrevivientes, para auto-proporcionarse o mantener su subsistencia; (ii) la presencia de ciertos ingresos no constituye la falta de la misma, ya que tan solo se es independiente cuando el solicitante puede por sus propios medios mantener su mínimo existencial en condiciones dignas.

**PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES**-Sentencia C-111/06 declaró inexecutable la expresión "de forma total y absoluta" en relación con la dependencia económica.

**PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD**-Sujetos de especial protección por parte del Estado y de la sociedad.

**CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**-Propósitos.

**DERECHO A LA IGUALDAD EN PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES PARA HIJO EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD**-Acceso de dependencia económica con la cualificación de “sin ingresos adicionales”, va en contravía con la posibilidad que una persona subordinada al causante, pueda procurarse algún medio de sustento, acceder a un trabajo o ejercer profesión u oficio.

**DERECHO A LA IGUALDAD EN PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES PARA HIJO EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD**-Inexequible la expresión "esto es, que no tienen ingresos adicionales" contenida en el literal c) del artículo 13 ley 797/03, para acceder a la pensión de sobrevivientes de hijos en situación de discapacidad.

**ELIMINACIÓN DE BARRERAS DE ACCESO AL DECLARAR INEXEQUIBLE LA EXPRESIÓN "SIN INGRESOS ADICIONALES" PARA OBTENER PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES PARA HIJO EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.** (Corte Constitucional, Sentencia C-066, 2016).

## **Capítulo 5. Exigencias y documentación para la adquisición de la pensión de sobreviviente.**

### **5.1. La muerte del causante frente a la dependencia económica.**

Ahora bien, en nuestro país para poder adquirir este derecho, tiene como obligatoriedad el exhibir frente a la entidad los siguientes documentos, los cuales son:

1. El formato de solicitud prestacional.
2. El acta de defunción y el registro civil.
3. La novedad del incidente en el trabajo. (FONCEP).

Ahora bien, con relación a los hijos, ellos les corresponde presentar los siguientes documentos, los cuales son:

1. El registro civil de nacimiento.
2. La fotocopia de la cedula de ciudadanía.
3. El concepto de invalidez (FONCEP).

Por último, dentro de la documentación requerida debe anexársele la Declaración de Dependencia Económica del solicitante, abogado o tutor, presentando una declaración libre y espontánea donde se especifique su estado civil, la dependencia económica con relación al periodo de muerte del causante.

## **5.2. Ley 1306 de 2009. Amparo del Estado con relación a los individuos con incapacidad mental.**

Ahora bien, la Ley 1306 de 2009, fue promulgada con el siguiente fin: “Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados”

Es así, que encontramos explícito en los artículos 5 y 6, en las cuales se establecen muy claramente las obligaciones y funciones que tiene el Estado frente al amparo de los mismos, empero, la protección o el amparo a estas personas en especial las encontramos en el artículo 18, pero no obstante, es en su artículo 52, en el cual se refiere al curador de estos individuos quienes presentan una discapacidad mental absoluta.

Al mismo tiempo, en su artículo 107 de misma Ley se refiere a la responsabilidad de los guardadores, en cual señala lo siguiente:

Salvo cuando en esta ley se disponga lo contrario, la responsabilidad de los guardadores es individual y se extiende hasta la culpa leve.

Se presume la actuación culposa del guardador por el hecho de que el pupilo se encuentre afectado o lesionado en su derechos fundamentales o no se encuentre recibiendo tratamiento o educación adecuada según sus posibilidades o se deterioren los bienes o disminuyan considerablemente los frutos o se aumente considerablemente el pasivo. El guardador que no desvanezca esta presunción dando explicación satisfactoria, será removido. (Ley 1306, 2009, art. 107).

**5.2.1. Las obligaciones.** Es así, que encontramos en la misma ley las obligaciones que tiene el Estado frente a los individuos con incapacidad mental congénita, especialmente en el artículo 5, el cual señala lo siguiente:

Son obligaciones de la sociedad y del Estado colombiano en relación con las personas con discapacidad mental:

1. Garantizar el disfrute pleno de todos los derechos a las personas con discapacidad mental, de acuerdo a su capacidad de ejercicio.
2. Prohibir, prevenir, investigar y sancionar toda forma de discriminación por razones de discapacidad.
3. Proteger especialmente a las personas con discapacidad mental.
4. Crear medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a las personas con discapacidad mental.
5. Establecer medidas normativas y administrativas acorde a las obligaciones derivadas de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a favor de las personas en situación de discapacidad mental y las acciones necesarias para dar cumplimiento a los programas nacionales.
6. Fomentar que las dependencias y organismos de los diferentes órdenes de Gobierno trabajen en favor de la integración social de las personas con discapacidad mental.
7. Establecer y desarrollar las políticas y acciones necesarias para dar cumplimiento a los programas nacionales en favor de las personas en situación de discapacidad mental, así como aquellas que garanticen la equidad e igualdad de oportunidades en el ejercicio de sus derechos. (Ley 1306, 2009, art. 5).

**5.2.2. Sus funciones.** Es así, que encontramos en la misma ley las funciones frente a la protección que tiene el Estado frente a los individuos con incapacidad mental congénita, especialmente en el artículo 6, el cual señala lo siguiente:

La protección del sujeto con discapacidad mental corresponde y grava a toda la sociedad, pero se ejercerá de manera preferencial por:

- a) Los padres y las personas designadas por estos, por acto entre vivos o por causa de muerte.
- b) El cónyuge o compañero o compañera permanente y los demás familiares en orden de proximidad, prefiriendo los ascendientes y colaterales mayores y los parientes consanguíneos a los civiles.
- c) Las personas designadas por el juez.
- d) El Estado por intermedio de los funcionarios e instituciones legítimamente habilitadas.

Serán encargados de la custodia y protección de quienes están en discapacidad mental quienes garanticen la calidad e idoneidad de la gestión y, por ello, el orden aquí establecido podrá ser modificado por el Juez de Familia cuando convenga a los intereses del afectado.

El encargado de la protección de la persona, sujeto con discapacidad mental, deberá asegurar para este un nivel de vida adecuado, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda apropiados y a la mejora continua de sus condiciones de vida y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.

**PARÁGRAFO.** Cuando en la presente ley se mencione al cónyuge o los parientes afines, se entenderán incluidos quienes, de acuerdo con la Constitución Política y la ley, tengan tal condición en la familia extramatrimonial y civil. Cuando existan en una posición dos o más personas excluyentes entre sí, el juez preferirá a la persona que haya permanecido en último lugar con el sujeto, sin perjuicio de sus facultades de selección. (Ley 1306, 2009, art. 6).

## Conclusiones

Ahora bien, como conclusión queremos expresar los incuestionables movimientos enormes que se ha dado en relación a la Seguridad Social en nuestro país, enfocada al amparo de las personas frente a una explícita contingencia, igualmente, es indiscutible que tales progresos son el resultado o beneficio con respecto a las situaciones sociales que existen día a día y con relación al tema en mención.

De igual modo, nuestro interés primordial era tener como referencia, la inaplicabilidad en la consolidación de la pensión de sobrevivientes en la exigencia de la dependencia monetaria en los casos donde se padece una enfermedad mental congénita.

El cual, es un requisito ilógico en el interés de acceder a dicha pensión, ya que discurrimos que a un hijo, frente a un escenario de discapacidad el cual a esta persona le imposibilita atenderse así misma a partir de su nacimiento, lo cual es realmente gravoso donde se le requiera y se le obligue dicho requerimiento que por simple lógica no le correspondería avalar o acreditar.

Todo esto adicionado a la transgresión frente al quebrantamiento de los derechos fundamentales designados en los convenios universales y nuestra Carta Magna, como lo es la dignidad humana, la Igualdad, el amparo a los menores de edad, el amparo de los discapacitados.

Ahora bien, la dependencia económica, es un requisito absurdo el cual pretende que se certifique por parte de estas personas que sufren una incapacidad mental congénita, cuando de simple lógica el causante dentro de todos sus trámites antes de su muerte ya ha reconocido a dicho hijo como especial.

Es por este motivo, que la sociedad y el mismo Estado, son los que están determinados para brindar un verdadero amparo de esas personas a las cuales se les debe proteger sus derechos y darles al mismo tiempo una mejor seguridad, inquiriendo diferentes maneras de protección como en una real asistencia de una forma honorable.

Es así, que realmente al no otorgarle inmediatamente la pensión a esta persona que tiene una discapacidad especial, llega afectar de una manera directa todo su entorno físico, conllevando esto a la afectación de su diario vivir en relación a su manutención en general tales como su alimentación, salud, entre otros.

Ahora bien, al no obtener esta dependencia económica la cual se solicita; estaríamos ante una violación directa y real de los derechos fundamentales donde están descritos en nuestra Constitución Política, siendo así una transgresión a la norma de normas que regula nuestro ordenamiento jurídico.

## Referencias

Acto legislativo 01 de 2005. Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005. “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Legis Editores S.A., Bogotá, 2012, Vigésima Séptima Edición.

Corte Constitucional de Colombia. (2006). Sentencia C-111. [M.P. Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia T-363. [M.P. Juan Carlos Henao Pérez].

Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia T-202. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia T-119. [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia C 066. [M.P. Alejandro Linares Cantillo].

Gerencie.com (2017). “Pensión de sobrevivientes – A los hijos en situación de discapacidad no se les puede exigir adelantar proceso de interdicción para el reconocimiento de la pensión”.  
Obtenido de: <https://www.gerencie.com/a-los-hijos-en-situacion-de-discapacidad-no-se-les-puede-exigir-adelantar-proceso-de-interdicion-para-el-reconocimiento-de-la-pension.html>

Ley 57 del 15 de abril de 1887. Diario Oficial No. 2.867 del 15 de abril de 1887. Código Civil Colombiano.

Ley 797 el 29 de enero de 2003. Diario Oficial No. 45.079 de 29 de enero de 2003. Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales

Ley 100 de 1993 en lo referente a la consecución de los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. de diciembre de 1993. Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993.

Ley 1306 del 5 de junio de 2009. Diario Oficial No. 47.371 de 5 de junio de 2009. Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados.

Ley 1616 del 21 de enero de 2013. Diario Oficial No. 48.680 de 21 de enero de 2013. "Por medio de la cual se expide la ley de salud mental y se dictan otras disposiciones"

Decreto 758 de 1990. Diario Oficial No 39.303, de 18 de abril de 1990. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. "Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios".

Decreto 1507 del 12 de agosto de 2014. Presidente Juan Manuel Santos. Por el cual se expide el, Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional.

(FONCEP). Fondo de prestaciones, económicas, cesantías y pensiones. (2019). Obtenido de:

<http://www.foncep.gov.co/>

Organización Internacional del Trabajo. (OIT). (1919). Obtenido de:

<https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang--es/index.htm>

Revista Faceta Jurídica, (2016). No. 78 de noviembre, artículo “Personas en estado de debilidad

manifiesta e indefensión como consecuencia del deterioro de su salud Derecho a la pensión

de invalidez. Cargas administrativas”. Obtenido de:

[https://noticias.vlex.com.co/vid/personas-debilidad-manifiesta-indefension-](https://noticias.vlex.com.co/vid/personas-debilidad-manifiesta-indefension-654949885?_ga=2.78249617.403314013.1574874586-1430240602.1558656773)

[654949885?\\_ga=2.78249617.403314013.1574874586-1430240602.1558656773](https://noticias.vlex.com.co/vid/personas-debilidad-manifiesta-indefension-654949885?_ga=2.78249617.403314013.1574874586-1430240602.1558656773)

Toledo, O. (2010).doctrinante Juez Superior Titular de la Segunda Sala Laboral de Lima y

Catedrático “el principio de progresividad y no regresividad en materia laboral”. Obtenido

de: [Dialnet-ElPrincipioDeProgresividadYNoRegresividadEnMateria-5500749.pdf](#)

Tratado de Paz de Versalles, (1919), Español. Obtenido de:

<https://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/>