



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

**Análisis de las Prestaciones Económicas por Muerte en la Familia de Crianza a la luz de la
Sostenibilidad Financiera**

Marcia Leonor Díaz Ortega

Eliana Moreno González

Trabajo de grado para optar al título de Abogadas

Asesora: Dra. Angélica María Parra Báez

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho

Bogotá, Colombia

2018

AGRADECIMIENTOS

Queremos expresar nuestra inmensa gratitud en primer lugar a Dios, por habernos guiado en este arduo camino y por ser siempre nuestra fortaleza en situaciones de debilidad.

Un inmenso agradecimiento a nuestra tutora, la Doctora Angelica María Parra Báez, quien con su gran dedicación, paciencia y conocimientos nos orientó y nos motivó para culminar satisfactoriamente el presente trabajo de grado.

Gracias infinitas a nuestros familiares, por su confianza, apoyo incondicional y brindarnos alivio y tranquilidad para seguir adelante en los momentos de desesperanza.

ANÁLISIS DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS POR MUERTE EN LA FAMILIA DE CRIANZA A LA LUZ DE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El concepto de familia se ha permeado por una realidad social cambiante, debido al surgimiento de nuevas tipologías de familias que se reconocen como diversas y que ameritan de la misma protección constitucional que la familia tradicional, al ser consideradas también como núcleo esencial de la sociedad; de ahí que, el Estado tenga la obligación de hacer extensivos los mismos derechos y garantías.

La investigación se centra en el avance respecto al reconocimiento que le han otorgado las Altas Cortes a la familia de crianza frente a su derecho fundamental a la seguridad social, específicamente en lo atinente al acceso de los derechos prestacionales, que al negarse comprometen seriamente derechos fundamentales como la vida, la dignidad y el mínimo vital de los miembros de este tipo de familia; pero que contrario sensu, al ser otorgados podría existir la posibilidad de que la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones se vea aún más afectado debido a esta ampliación de cobertura. Es por ello, que la situación a resolver está encaminada a demostrar la verdadera razón de los problemas del sistema, con la finalidad de analizar si al incluirse nuevos beneficiarios al sistema pensional se desencadenaría un mayor detrimento financiero o si por el contrario son otros los parámetros que necesariamente hay que corregir para que exista una mayor cobertura en dicho sistema, donde no haya lugar a vulneraciones de los derechos y de las nuevas necesidades de la familia debido a la evolución que ha tenido este concepto.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Resulta viable la inclusión de los miembros de la familia de crianza como beneficiarios de las prestaciones por muerte, teniendo en cuenta la taxatividad de la norma y la imperiosa necesidad de garantizar la sostenibilidad del Sistema General de Pensiones?

METODOLOGÍA

La metodología a utilizar será, la Teoría del Núcleo esencial o contenido esencial de los derechos fundamentales, creada doctrinaria y jurisprudencialmente con el objeto de proteger y blindar los derechos humanos fundamentales contra cualquier tipo de vulneración.

Esta teoría asegura los ámbitos de protección centrales y característicos de los derechos, los cuales no pueden ser suprimidos en el marco constitucional porque se constituyen como indispensables para el eficaz ejercicio de los derechos.

En todo caso, lo que se pretende con la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales es que a la luz del problema de investigación planteado, determinar si existe o no vulneración al núcleo básico de los derechos fundamentales relacionados con las prestaciones por muerte al excluir a potenciales beneficiarios en contraste con las sostenibilidad financiera del sistema pensional.

El método empleado es mixto, pues se analizarán las disposiciones legales nacionales en donde se consagran los beneficiarios de las prestaciones por muerte y se hará mención al derecho comparado respecto de quiénes tienen o tuvieron como beneficiarios de las mismas; se recurrirá a las jurisprudencias de las altas cortes como la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia que desarrollan la evolución histórica del concepto de familia, teniendo en cuenta además la doctrina nacional.

El enfoque que se aplicará es el cuantitativo, debido que, a través de estadísticas, tabulaciones, índices y figuras se evidenciarán los resultados fiscales que arroja el diagnóstico pensional colombiano, analizando los parámetros que tienen más incidencia en el sistema pensional colombiano como lo son: el aumento demográfico, los traslados que se dan de RAIS a RPM, el presupuesto que se destina al sistema pensional entre otros. Dichas cifras y resultados, se tomarán de informes e investigaciones elaboradas por órganos como la Superintendencia Financiera, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación y otros.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Analizar de forma descriptiva la prestación por muerte en el Sistema General de Pensiones y sus beneficiarios, así como la problemática financiera actual de dicho sistema, con la finalidad de examinar si el sistema pensional colombiano resultaría inmerso en una sobrecarga económica al considerar la inclusión de miembros de un grupo familiar que no tienen la calidad de beneficiarios conforme a nuestra legislación.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Indagar acerca del surgimiento de las prestaciones por muerte.
- Verificar las fuentes primarias que existen acerca de las prestaciones por muerte históricamente.
- Entender la razón por la cual se fijaron esos beneficiarios de las prestaciones por muerte en la legislación y no otros.
- Analizar la evolución histórica del concepto de familia.
- Analizar la temática de la familia de crianza desde la legislación de familia para así poderla trasladar a la legislación pensional.

- Conocer el fundamento de la extensión de la protección constitucional hacia la familia de crianza.
- Comprender la justificación del principio de Sostenibilidad Financiera en el Sistema General de Pensiones.
- Analizar los antecedentes de la actual problemática financiera del Sistema General de Pensiones.
- Mostrar estadísticamente las falencias del Régimen de Prima Media con Prestación definida y las del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad.
- Revisar los aspectos relevantes que hacen que el Sistema General de Pensiones sea más insostenible.
- Revisar el derecho comparado de algunos países, respecto de quiénes tienen o tuvieron a la familia de crianza como beneficiarios de las prestaciones por muerte.

RESUMEN

El trabajo de investigación está orientado a estudiar jurídicamente los beneficiarios de las prestaciones económicas por muerte que taxativamente se consagran en el Sistema General de Pensiones y el análisis de la familia de crianza como una nueva tipología familiar que ha venido surgiendo con ocasión de la evolución social, para determinar la viabilidad de incluir los miembros de este tipo familiar como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, en el marco de la sostenibilidad financiera, teniendo como referencia la realidad social, el tratamiento jurisprudencial de las altas Cortes respecto del tema, así como el análisis desde la creación del Sistema de Seguridad Social para determinar la efectividad o no de las reformas normativas expedidas frente al mencionado principio. Realizando a su vez, un análisis de los principios que sustentan el sistema pensional colombiano y los principios relacionados con el concepto de familia, a la luz de la teoría esencial de los derechos fundamentales.

Palabras claves: Seguridad Social, Sistema General de Pensiones, Pensión de Sobrevivientes, Sustitución Pensional, RPM, RAIS, Familia, Familia de Crianza, Sostenibilidad Financiera, Teoría del Núcleo Esencial de Los Derechos Fundamentales, Principios.

ABSTRACT

This investigation work is oriented to study juridically the beneficiaries of the economic assistances for death that are exhaustively enshrined in the General Pension System and the analysis of the foster family as a new family typology that has been emerging due to the social evolution, and with these determine the feasibility of including members of this family type as beneficiaries of the survivor's pension and the pension substitution, within the framework of financial sustainability, taking as reference the social reality, the jurisprudential treatment of the High Courts regarding the theme, as well as the analysis from the creation of the Social Security System to determine the effectiveness or not of the normative reforms issued against the aforementioned principle. Conducting also an analysis of the principles that underpin the Colombian pension system and the principles related to the concept of family, in light of the essential theory of fundamental rights.

Key words: Social Security, General Pension System, Survivors Pension, Pension Replacement, APS, ISS, Family, Foster Family, Financial Sustainability, Theory of the Core Nucleus of Fundamental Rights, Principles.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	11
I CAPÍTULO: BREVE ANÁLISIS SOBRE EL MODELO PENSIONAL COLOMBIANO	18
II CAPÍTULO: DIAGNÓSTICO DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES COLOMBIANO FRENTE A LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA.	31
a) Baja Cobertura.....	31
b) Inequidad.....	38
c) Altas tasas de reemplazo.....	41
d) Bajas edades para pensionarse frente al cambio demográfico (Vejez).....	43
e) Traslados de RAIS a RPM.....	45
f) Financiación de las prestaciones económicas del Sistema General de Pensiones	48
LA SOSTENIBILIDAD	54
III CAPÍTULO: ANÁLISIS DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE EN EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES	62
a) Antecedentes	64
b) Beneficiarios	70
c) Breve repaso de beneficiarios de otras legislaciones a nivel mundial.....	78
1. España	79
2. Argentina.....	79
3. Uruguay.....	80
4. Portugal	80
IV CAPÍTULO: FAMILIA DE CRIANZA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA	81
a) Concepto de familia.....	81
b) Evolución del concepto de familia	84
c) La familia de crianza	86
V CAPÍTULO: VIABILIDAD DE LA INCLUSIÓN DE LA FAMILIA DE CRIANZA COMO BENEFICIARIOS DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE A LA LUZ DE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA.....	94
1. Principios:	94

1.1. Principio de universalidad y solidaridad.....	97
1.2. Sostenibilidad fiscal	98
1.3. Sostenibilidad financiera	98
1.4. Principio de progresividad.....	98
1.5. Principio de protección integral de la familia.....	99
1.6. Principio de igualdad al núcleo familiar.....	100
1.7. Principio de estabilidad económica y social de la familia.....	102
1.8. Principio de interpretación pro homine o pro persona	102
2. Teoría del núcleo esencial	103
3. Viabilidad de inclusión de beneficiarios	105
3.1. Ministerio de Hacienda.....	109
3.2. Colpensiones	110
3.3. Asofondos.....	110
4. Conclusiones finales	115
GLOSARIO.....	117
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	118

INTRODUCCIÓN

Con la Constitución de 1991, Colombia redimensionó el concepto de derecho fundamental, pues le dio preeminencia a dicho concepto al conferirle un tratamiento especial de cuidado a través de la tutela; aunado a esto, crea la Corte Constitucional, destinada a salvaguardar todo el acervo de derechos fundamentales y desarrollar la aplicación de los mismos, considerando que el derecho fundamental es uno de los conceptos de mayor trascendencia tanto para los Estados Sociales de Derecho como para todas las constituciones contemporáneas, el cual es cimentado no solo en la existencia misma del Estado, sino en la dignidad humana.

Es por ello, que nace la necesidad de proteger los derechos humanos contra todo tipo de amenaza o vulneración que se pueda presentar en el marco ya sea de un conflicto o de la prestación de un servicio, como servicios públicos domiciliarios, seguridad social, educación, salud, entre otros. Se afirma entonces, que esta condición de derechos fundamentales radica en la protección de los derechos humanos porque estos tienen como fundamento el respeto de los derechos esenciales del hombre, que es lo que pretende resguardar el constituyente.

De manera que, los derechos fundamentales adquieren mayor protección por parte de todas las instituciones del Estado, ya que provienen directamente de la condición humana, es decir, de la naturaleza del hombre, pues este constituye la base de la sociedad; además, porque conforme con los artículos 1 y 5 de la Carta Política, el Estado colombiano está inspirado en el respeto de la dignidad humana y la primacía de los derechos inalienables de las personas, la vida y su mínimo vital se garantizan bajo el cubrimiento de necesidades que provienen de la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar y a la protección de la salud; lo cual implica que la seguridad social brinda una protección integral al ser humano contra las necesidades sociales que le sobrevengan, por ende su objetivo primordial consiste en dar seguridad a los individuos y a sus familias para que su calidad de vida no se vea menoscabada ante la presencia de estas contingencias.

De otro lado, es importante resaltar que la seguridad social en Colombia posee una naturaleza dual, ya que además de tener el tratamiento de derecho fundamental conexo, es concebida como un servicio público en el entendido que contribuye de modo directo en la satisfacción de intereses ligados con el respeto y efectividad de los derechos y libertades fundamentales inherentes a toda la población sin discriminación de ninguna índole. Y como servicio público obligatorio, la dirección, coordinación y control de su efectiva ejecución está a cargo del Estado, quien tiene el deber primordial de brindar la protección a todos los ciudadanos en concordancia con el principio de universalidad, y en especial a aquellos que lo requieren para continuar con una vida digna.

En Colombia mediante la ley 100 de 1993, fue creado un sistema de seguridad social integral, con la finalidad de amparar a la población durante todas las etapas de la vida contra todo tipo de riesgos o contingencias que menoscaben la salud o los ingresos. Dicho sistema está conformado por otros subsistemas, a saber: el sistema de seguridad social en salud, el sistema general de riesgos laborales, los servicios sociales complementarios y el sistema general de pensiones, subsistema que interesa para la presente investigación.

Por su parte, el sistema general de pensiones pretende garantizar a toda la población el amparo contra las contingencias derivadas exclusivamente de la invalidez, vejez y muerte, a través del reconocimiento de prestaciones económicas que satisfagan las necesidades de la población. Por lo tanto, la pensión al igual que seguridad social es valorada tal cual un derecho fundamental, porque está en función de asegurar la concreción de otros derechos fundamentales tales como la dignidad humana, el mínimo vital y la vida digna.

Las prestaciones económicas que se pretenden abordar en el actual estudio son aquellas derivadas de la contingencia de muerte, es decir, la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, que son derechos que surgen cuando la persona pensionada bien sea por invalidez o vejez o el afiliado al sistema fallecen, generando así una prestación económica a favor de los miembros del grupo familiar que dependían del causante o tenían un vínculo emocional que se fortalece a través de la convivencia; mencionadas pensiones se otorgan con la finalidad principal de disminuir las contingencias económicas derivadas de la muerte del familiar y para satisfacer el

mínimo vital de las personas que tenían una relación de dependencia con el causante, todo ello en concordancia con los principios de solidaridad y universalidad propios del sistema pensional.

En consecuencia, la presente investigación tiene como objeto de estudio los beneficiarios de las prestaciones económicas por muerte que taxativamente se consagran en el sistema general de pensiones y el análisis de la familia de crianza como una nueva tipología familiar que ha venido surgiendo con ocasión de la evolución social, para determinar si dicha tipología, debe incluirse en la categoría de beneficiarios, para lo cual se requiere analizar el impacto frente a la sostenibilidad del sistema que tendría la ampliación de los mismos; por lo tanto se plantea la siguiente pregunta de investigación: ¿Resulta viable la inclusión de los miembros de familia de crianza como beneficiarios de las prestaciones por muerte, teniendo en cuenta la taxatividad de la norma y la imperiosa necesidad de garantizar la sostenibilidad del Sistema General de Pensiones?.

Esta investigación se encuentra motivada por el interés de analizar una problemática social actual que se ha venido dando en torno al no reconocimiento de derechos fundamentales e irrenunciables de los que son acreedoras las familias en Colombia, pues a lo largo de la historia se ha tenido un concepto tradicional de familia que de cierto modo ha excluido a otros tipos de conformación familiar. Así las cosas, se pretende analizar de una parte las posibles vulneraciones a los derechos fundamentales de los miembros de la familia de crianza que se vienen generando con ocasión a la no inclusión como beneficiarios del sistema general de pensiones, desencadenándose detrimentos en su calidad de vida y de otra el impacto en la sostenibilidad financiera del Sistema, planteando como hipótesis la viabilidad de su inclusión condicional en atención a que los problemas de sostenibilidad no se asentúan por incluir nuevos beneficiarios prestacionales dado que no se constituye en su causa principal y en cambio si significaría una protección a personas que definitivamente cumplen con las características de miembros de una familia convencional.

Para el tema en discusión, si bien normativamente no ha sido reconocida la familia de crianza, a nivel jurisprudencial se ha abierto una brecha, pues la Corte Constitucional de la mano con la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado son las únicas instituciones que hace algunos

años han procurado desarrollar el tema; la controversia radica en establecer la procedencia de adicionar nuevos beneficiarios en las prestaciones por muerte incluyendo la familia de crianza en armonía con el principio constitucional de sostenibilidad financiera como garante protagónico del sistema general de pensiones. Lo cual nos lleva a verificar la procedencia o no de la ampliación de beneficiarios en las prestaciones por muerte en tratándose de miembros no consanguíneos o afines, sin perder de vista la viabilidad financiera del sistema.

En definitiva, para lograr resolver razonablemente ésta problemática, es esencial tener presente que la aplicación del principio de sostenibilidad financiera defendido por ciertos sectores que conforman el sistema, debe ir en consonancia con el otorgamiento de los derechos fundamentales, pues siendo Colombia un Estado Social de Derecho, no le es dable desconocer los mandatos superiores que le indican la primacía de la dignidad humana como fundamento del Estado, ni reconocer medidas regresivas que impidan la materialización de los derechos de la población.

En otras palabras, no es posible desconocer el principio de progresividad y prohibición de regresividad en esta discusión, en tanto dicho principio proclama que el reconocimiento de derechos debe ir hacia adelante y no debe disminuir o generar la pérdida de una prerrogativa ya reconocida por el ordenamiento jurídico; pues de ser así, implicaría un retroceso frente al nivel de protección alcanzado, y ello es constitucionalmente problemático; es trascendental tener como referencia el principio de progresividad al momento de aplicar el principio constitucional de la sostenibilidad financiera, para verificar que los eventuales retrocesos que se susciten en materia de derechos, tengan fines constitucionales legítimos y sean considerados lo menos regresivos posible.

Con todo, la temática cobra importancia debido a que tiene directa relación con los derechos fundamentales de la persona, y que de acuerdo con la teoría general estructural de los derechos fundamentales desarrollada por Robert Alexy, todos los derechos fundamentales tienen un carácter universal, y dicho carácter universal consiste en que estos derechos sean previstos en la constitución con la intención de positivizar los derechos humanos. Razón por la cual la metodología aplicada para el desarrollo de la presente investigación es la Teoría del Núcleo

esencial o contenido esencial de los derechos fundamentales, creada doctrinaria y jurisprudencialmente con el objeto de proteger y blindar los derechos humanos fundamentales contra cualquier tipo de vulneración.

Esta teoría asegura los ámbitos de protección centrales y característicos de los derechos, los cuales no pueden ser suprimidos en el marco constitucional porque se constituyen como indispensables para el eficaz ejercicio de los derechos.

Al respecto la Corte Constitucional a través de jurisprudencias ha definido mencionada teoría:

En sentencia T-426 de 1992, define el núcleo esencial de un derecho fundamental como “como el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares.”

En sentencia T-002 de 1992, la Corte sostuvo que “...Siguiendo a Peter Haberle, se denomina 'contenido esencial' al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyuntura o ideas políticas”.

En la Sentencia T-047 de 1995, la Corte indica que “De acuerdo con lo anterior, se colige que el núcleo esencial de un derecho fundamental consiste en su naturaleza, es decir, en su esencia como principio de operación, en la esfera irreductible del derecho; en otras palabras, el núcleo esencial es el constitutivo del ente jurídico que determina su calidad de inherente a la persona. Aquel bien que por esencia se le debe a la criatura racional y en algunos casos a la persona moral, de manera incondicional.”

En sentencia C-756 de 2008, la Corte Constitucional establece ciertos criterios que sirven de apoyo para la determinación del contenido esencial de un derecho

fundamental: “i) hacen parte del núcleo esencial las características y facultades que identifican el derecho, sin las cuales se desnaturalizaría y, ii) integran el núcleo esas atribuciones que permiten su ejercicio, de tal forma que al limitarlas el derecho fundamental se hace impracticable.”

Entonces, tanto la doctrina especializada como la jurisprudencia de la Corte Constitucional convergen al indicar que ésta se aplica como una garantía reforzada de eficacia normativa de los derechos fundamentales. Por tanto, el deber de respetar el núcleo esencial de un derecho fundamental aparece como una línea que no se puede cruzar, y que evita que la limitación de un derecho se convierta en una anulación o que se dé una desprotección.

En todo caso, lo que se pretende con la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales es que a la luz del problema de investigación planteado, determinar si existe o no vulneración al núcleo básico de los derechos fundamentales relacionados con las prestaciones por muerte al excluir a potenciales beneficiarios en contraste con las sostenibilidad financiera del sistema pensional.

El método que se va a utilizar es mixto, pues se analizarán las disposiciones legales nacionales en donde se consagran los beneficiarios de las prestaciones por muerte y se hará mención al derecho comparado respecto de quiénes tienen o tuvieron como beneficiarios de las mismas; se recurrirá a las jurisprudencias de las altas cortes como la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia que desarrollan la evolución histórica del concepto de familia, teniendo en cuenta además la doctrina nacional.

El enfoque que se aplicará será el cuantitativo, debido que, a través de estadísticas, tabulaciones, índices y figuras se evidenciarán los resultados fiscales que arroja el diagnóstico pensional colombiano, analizando los parámetros que tienen más incidencia en el sistema pensional colombiano como lo son: el aumento demográfico, los traslados que se dan de RAIS a RPM, el presupuesto que se destina al sistema pensional entre otros. Dichas cifras y resultados, se tomarán de informes e investigaciones elaboradas por órganos como la Superintendencia

Financiera, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación y otros.

Todo lo anterior con el fin, de analizar si la inclusión de nuevos beneficiarios al sistema pensional causa un fuerte detrimento financiero o si por el contrario son otros los parámetros que hay que corregir substancialmente para generar una mayor cobertura en el sistema, sin perjudicar las nuevas necesidades de la familia debido a la evolución que ha tenido este concepto.

Finalmente, la investigación se desarrollará en cinco capítulos. Iniciando con un breve estudio del Sistema Pensional colombiano desde su nacimiento para poder entender los problemas que se configuraron desde su inicio; en segundo lugar, se realizará un diagnóstico del Sistema Pensional colombiano frente al comportamiento de la sostenibilidad financiera en ambos regímenes, para de esta forma conocer la realidad financiera de nuestro sistema pensional; en tercer término, se hará un análisis sobre el surgimiento de las prestaciones por muerte aunado a los beneficiarios que se establecieron taxativamente, haciendo referencia adicionalmente al derecho comparado; en cuarto lugar, se desarrollará el concepto de la familia de crianza y su evolución en nuestra legislación para comprender la necesidad existente de regular este nuevo modelo de familia; en el quinto capítulo, se analizará la viabilidad de la inclusión de la familia de crianza como beneficiaria de la pensión por muerte y las posibles vulneraciones que resultan al no reconocerse una mencionada prestación a la luz de la sostenibilidad financiera; por último, y a modo de conclusión se realizará una propuesta que garantice los derechos de los miembros de este nuevo grupo familiar.

I CAPÍTULO

BREVE ANÁLISIS SOBRE EL MODELO PENSIONAL COLOMBIANO

La seguridad social aparece en el mundo como una herramienta de protección del hombre frente a las necesidades sociales que le sobrevienen. A lo largo de la historia, el hombre ha intentado superar esas necesidades a través de diferentes mecanismos los cuales coadyuvaron a la consolidación del concepto de seguridad social; Arenas (2007) refiere que, en primer lugar, la satisfacción más precaria de las necesidades sociales la proporcionó la asistencia, es decir aquellas medidas asistenciales o caritativas que se suministraban unos individuos con otros. La asistencia tenía tres modalidades: una familiar, una privada y una pública, en segundo lugar, estaba la previsión, la cual hacía alusión a la capacidad del hombre de prever o vaticinar las necesidades que le pueden sobrevenir, para así poder encontrarles una solución. La previsión se expresaba de dos formas: la previsión individual, cuya referencia por excelencia es el ahorro y la previsión colectiva que alude al mutualismo y el seguro privado.

Más adelante, el surgimiento del seguro social tuvo lugar una vez fueron superadas todas las limitaciones que implicaba el seguro privado. Dando lugar así, a un seguro social que aunque acogía la técnica básica del seguro privado, abarcaba un criterio social en donde el Estado jugaba un papel intervencionista.

Finalmente, todos los obstáculos que conllevaba el seguro social, ayudaron a reflexionar sobre un mejor instrumento de protección social y universal, y es de esta forma como florece la idea de seguridad social como la herramienta deseable para ofrecer satisfacción a todas las necesidades sociales.

Al respecto, Torregroza (2009), indica que “La génesis histórica de la moderna seguridad social se encuentra en Alemania a fines del siglo XIX. Los seguros sociales –la obra perdurable de Otto Von Bismarck– constituye, sin duda, el punto de partida de la seguridad social en el mundo” (p. 83).

Sobre la figura jurídica del seguro social, Cortez (2011), la define como un contrato del que se desprenden unas cláusulas que contienen derechos y generan obligaciones recíprocas entre los contratantes encaminados a garantizar la protección del asegurado frente a aquellas contingencias previstas en el acuerdo; este aporte bismarckiano fue fundamental para la consolidación de la seguridad social, debido a que de él se derivan los derechos y obligaciones que el sistema supone tanto para el trabajador, como para el empleador, las entidades prestadoras del servicio e incluso el Estado, ya sea como garante social de los beneficios implícitos o como prestador directo de los servicios que dicho sistema comprende.

En cuanto a su financiación el sistema de seguro social estaba basado en un método de aportes y cotizaciones mediante el cual se buscaba la protección integral del trabajador; trayendo como consecuencia, la eliminación de cualquier vestigio de dádivas o caridad.

Consecuentemente, el sistema de seguros sociales se extendió por toda Europa y Estados Unidos. Arenas (2007), expone que:

La idea de seguridad social globalmente concebida fue surgiendo gradualmente. Se ideó en la ley americana de seguridad social de 1935, pero encontró su expresión más completa en Gran Bretaña, con el 'Informe Beveridge', cuya influencia produjo un movimiento internacional favorable a su implantación, que se tradujo posteriormente en las legislaciones nacionales (p. 25).

Este concepto de seguro social evolucionó hasta encontrar la doctrina moderna de la seguridad social, afirma Torregroza (2009), que la seguridad social se formuló en Gran Bretaña por William Beveridge a quien en 1941 la cámara de los comunes le encargó el análisis de los sistemas de seguros sociales, el estudio de cómo mejorar la protección social, y la proposición de recomendaciones y de reformas al sistema vigente. En 1942, presenta el informe o el plan Beveridge que fue considerado un documento esencial de las concepciones contemporáneas de seguridad social. En ese plan se promovió la unidad del seguro; la abolición de los estados de necesidad, por medio de una mejor distribución de la renta con beneficio para toda la población; y una organización de la seguridad social.

Gracias a todo lo comprendido por el plan Beveridge, manifiesta Torregroza (2009), que fue así como se abandonó definitivamente el limitado campo de aplicación de los seguros sociales, el cual solo protegía a los asalariados, dejando por fuera del espectro protector a profesionales e independientes. Con el mencionado plan, se hace a un lado la solidaridad de la profesión y se da paso a la solidaridad nacional.

El informe fomentó una ampliación de la protección abarcando todos los estados de necesidad y mejorando significativamente las prestaciones, desligadas estas por completo del carácter profesional o no del riesgo productor, como los distintos niveles de salarios o cotizaciones, con lo cual se logró la generalización igualitaria de la protección.

Es así como, la seguridad social se crea para brindarle a cada individuo protección frente a las necesidades sociales merecedoras de amparo. Por tal razón, se ha dispuesto un listado de ciertas contingencias que buscan el aseguramiento de riesgos o daños que puedan afectar el equilibrio fisiológico como económico. Arenas (2007), clasifica las contingencias de la siguiente forma:

- Alteración de la salud, ha sido considerada por la OIT como una contingencia de corta duración o que provoca una pérdida parcial de ingreso, produce necesidades asistenciales y supone un exceso de gasto en quien la padece. Esta contingencia puede ser ocasionada o por un riesgo profesional (accidente y enfermedad) o por un riesgo común (accidente no laboral, enfermedad común y maternidad).
- La familia, en cuanto a carga económica que pesa sobre el cabeza de familia y cuyos miembros originan un exceso de gasto.
- El desempleo, es la única contingencia que no está relacionada con un hecho biológico del ser humano, por cuanto afecta a quien tiene capacidad de trabajo y pierde o ve reducido su empleo, produciéndole igualmente defecto de ingresos.
- La incapacidad laboral, produce necesidades económicas que generan disminución de ingresos, la cual puede ser transitoria (incapacidad temporal) o definitiva (invalidez, que según la OIT es considerada una contingencia de consecuencias duraderas).

- La vejez, la cual impide el trabajo por razones fisiológicas y generacionales, lo que supone un defecto de ingresos.
- La muerte, genera necesidades económicas en dos aspectos: como supervivencia, al privar a la familia del ingreso que los sostenía y como causa de gastos funerarios inmediatos.

Estas últimas tres contingencias, se protegen a través del otorgamiento de beneficios o prestaciones económicas a cargo de la seguridad social, es decir mediante el reconocimiento de un derecho pensional, el cual va dirigido a asegurar bien sea un descanso remunerado y digno de una persona como producto de varios años de trabajo, o a garantizar un ingreso mensual como resultado de una invalidez adquirida en razón a su labor, o para mantener la estabilidad económica de quien ha sufrido la pérdida de aquel que le sustentaba sus necesidades básicas.

El derecho a la pensión es otorgado entonces con la finalidad de proporcionar una calidad de vida acorde con la dignidad humana. Por consiguiente y debido a la necesidad de cubrir dichas contingencias, se establecen en el mundo dos grandes sistemas pensionales: sistema de reparto y sistema de capitalización. El primero, tiene su antecedente en Beveridge, el cual consiste en un fondo común de carácter público en el que se genera un ahorro futuro, sustentado por las generaciones que vienen trabajando activamente con el fin de financiar las contingencias de vejez, invalidez y muerte; tiene beneficios y contribuciones definidas, los cuales están previstos en la ley, y está sustentado por un principio solidario en donde todos los trabajadores realizan aportes por medio de cotizaciones.

El segundo, el sistema de capitalización, tiene su antecedente en Bismarck y se caracteriza porque su administración está a cargo de las entidades del sector privado, el cual consta de cuentas de ahorro individual, a través de las cuales cada persona va estructurando el monto de su mesada pensional mediante las cotizaciones que realiza, en donde dichas cotizaciones se capitalizan y ganan la rentabilidad de las inversiones que las Administradoras realizan con los recursos de los Fondos. En este sistema las contribuciones son definidas, pero los beneficios no, por cuanto se obtiene al final únicamente lo que se ha ahorrado.

A diferencia del sistema de reparto, aquí el mercado es fundamental ya que este sistema se comporta como una bolsa de valores, en donde la afectación negativa del mercado nacional se reflejará automáticamente en los rendimientos de los cotizantes.

En el ámbito nacional, y como antecedente histórico, de acuerdo con Arenas (2007)¹, en Colombia antes del año 1945 no se podía hablar aún de un sistema de seguridad social ni de seguros sociales, porque había una dispersión en la creación de unos pocos beneficios, los cuales no tenían un plan establecido. Debido, a la ausencia de un esquema de intervención estatal, los logros en seguridad social se empiezan a notar con una combinación de beneficios asistenciales con prácticas mutuales, tanto de los militares como de los gremios artesanales y de las primeras organizaciones obreras.

Hasta el año 1945 se organiza en Colombia propiamente un régimen de seguros sociales, es la época en la que se establece formalmente una legislación general y relativamente uniforme para las relaciones laborales, tanto para los trabajadores del sector público como del sector privado.

Con base en el fundamento solidario planteado por Beveridge, se expide la ley 6 de 1945 para el sector público, creando prestaciones sociales para los empleados y obreros nacionales, fundando la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL) y autorizando la creación de otras cajas oficiales. Entre las prestaciones que se otorgaban estaban: la pensión vitalicia de jubilación, pensión de invalidez, seguro por muerte, auxilio por enfermedad no profesional, asistencia médica y hospitalaria y gastos funerarios.

Sobre la naturaleza jurídica de esta caja se dispuso que sería “Una persona jurídica autónoma, cuya administración estaría a cargo por representantes del gobierno y de los empleados y obreros, su capital se formaría con aportes del presupuesto nacional, con aportes del 3% y el 2% de los sueldos de empleados y obreros respectivamente, más un aporte de la tercera parte del primer sueldo mensual de todo empleado nacional.” Esta estructura de financiación resultó ineficiente, debido a que la nación garantizó todas las obligaciones de la caja, con lo cual se

¹ Esta periodización, la propuso el doctor Gerardo Arenas Monsalve, basado en los planteamientos del profesor M. Rengifo en un estudio titulado: *Una Política de integración de la seguridad social para Colombia*. A los cuales, el doctor Arenas les hizo modificaciones propias.

institucionalizó desde el comienzo, la dependencia de la entidad del presupuesto general y no de un régimen propiamente contributivo; además, con la autorización de la creación de cajas de previsión por espacios territoriales (departamentos y municipios), por sectores económicos y hasta por entidades se impuso fue un modelo fragmentado de seguros sociales y no un sistema de seguridad social. Ayala (como se citó en Arenas, 2007) “En la propia constitución inicial de la caja previsional para empleados públicos nacionales, CAJANAL, se impuso un modelo fragmentado al ordenar la configuración de unidades similares en los niveles locales, sin integrarse en un ‘sistema’”.

La situación administrativa y financiera de las cajas de previsión comienza a ser crítica desde los años 50 y 60, ya que CAJANAL en 1953 arrojó un pasivo pensional superior a los 500 millones de pesos; para esa misma época se estimó que el aporte del empleado (5% del salario), no alcanzaba técnicamente para manejar los costos y por tanto, se proponía que se cotizara según una escala de acuerdo a la edad de ingreso a la caja.

Con relación al sector privado, las prestaciones sociales se establecieron con una característica básica: la transitoriedad de las mismas en cabeza de los empleadores, hasta la creación de una entidad estatal de seguridad social. Basados en un sistema Bismarckiano, Colombia con la ley 90 de 1946 crea el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales (ICSS) como una entidad diseñada para administrar un régimen de seguros sociales obligatorios que reemplazaría a los empleadores en el reconocimiento y pago de las principales prestaciones sociales. En principio, aunque la junta directiva del instituto tuvo interés por asumir los seguros económicos (riesgos profesionales e invalidez, vejez y muerte) tuvo que aplazar dicho propósito reasignándose a cumplir solo con los seguros de reparto (enfermedad y maternidad), que para el momento eran los más onerosos, pero que garantizaban un funcionamiento sin traumatismos y daban posibilidades de expansión a diversas regiones del país; este aplazamiento de los seguros económicos se dio pese a las condiciones sociopolíticas y mientras se incentivaba a la plena conciencia de la importancia del sistema.

La naturaleza del ICSS fue fijada como, “Una entidad autónoma de derecho social, con personería jurídica, patrimonio propio distinto de los bienes del Estado e independiente del

mismo”, dichos seguros sociales se financiaban con las contribuciones de los trabajadores y empleadores, y del Estado pero de manera subsidiaria; esto fue así, porque el Estado en la promulgación de dicha ley se comprometió a intervenir en materia social y a solucionar parcialmente el déficit hospitalario de la época. De ahí que, en los primeros años el instituto sufrió un agobio presupuestal continuo, pues el Estado tenía la obligación legal de aportar y la mayoría de veces se atrasó; el déficit presupuestal aumentó de año en año, lo cual ocasionó el cierre de unas oficinas locales para el año de 1950. Hacia 1958, el déficit casi llegaba a 20 millones de pesos, lo cual empezó a evidenciar el desfinanciamiento del sistema.

Posteriormente, hacia el año 1967 se da en Colombia la ampliación de los beneficios del sistema de seguridad social y la expansión geográfica de su cobertura, lo cual se produce con la puesta en marcha del seguro de invalidez, vejez y muerte (IVM) reconocido por el ICSS. Como se mencionó anteriormente, el ICSS solo reconocía los riesgos de enfermedad y maternidad (EGM) y riesgos profesionales (ATEP). Debido, al otorgamiento de los seguros económicos, surgieron nuevos problemas que aumentaron la debilidad financiera del seguro social, pues el déficit de los aportes del Estado creció aún más, ya que la política gubernamental prefirió extender los servicios asistenciales a la población más pobre y no destinar recursos a los afiliados al sistema.

Con la necesidad de reorganizar el régimen de seguros sociales en el país por la magnitud de la crisis del sistema y con el objeto de buscar un mejoramiento en los recursos y servicios de entidad, según Arenas (2007), se propuso reestructurar parcialmente el seguro social, transformando su denominación a Instituto de Seguros Sociales (ISS) y separando los seguros asistenciales de los económicos, lo cual no operó por ausencia de voluntad política y por tanto, los cambios en su mayoría fueron meramente burocráticos.

A finales de los años 80, Peláez y Tamayo (2016), comentan que se empezó a evidenciar en el sistema problemas como falta de cobertura, inequidad e incertidumbre financiera, producto de las siguientes causas: el no incremento en las tasas de cotización y el incumplimiento en los pagos en cabeza del Estado; los altos beneficios que se concedían a los afiliados; el establecimiento de regímenes especiales y cajas administradoras y el cambio demográfico al ser mayor la población adulta que la joven. Los desequilibrios se dieron porque factores como semanas cotizadas, edad

de jubilación y tasa de reemplazo no fueron actualizadas, y por el contrario los beneficios para los trabajadores de regímenes especiales no concordaban con su cotización, pues el aporte que éstos hacían era muy pequeño en comparación con el que debía otorgar el Estado.

Con ocasión a este ambiente de cambios y crisis que caracterizó esta etapa, en Colombia surgieron varios diagnósticos sobre la situación del sistema de seguridad social, siendo el más importante el informe ‘Chenery’², el cual inspiró en buena parte el contenido de la reforma surgida en la década siguiente. El informe identificó: primero, el sistema de seguridad social era disperso y protegía de manera incompleta los riesgos sociales; segundo, el sistema tenía muy baja cobertura y adolecía de múltiples inequidades internas, pues era extremadamente desigual para distintos segmentos de la población trabajadora; y por último, el sistema adolecía de muy complejos problemas financieros; por lo que planteó la necesidad urgente de integrar los diversos regímenes para obtener así mayores niveles de eficiencia, también planteó la ampliación de la cobertura, especialmente respecto a trabajadores independientes, y finalmente propuso un régimen asistencial en salud encaminado a beneficiar a los más pobres.

Para sanear las falencias con las que inició el sistema y las que arrojó el informe Chenery, la Constitución de 1991 dio las bases para que se reestructurara el sistema pensional, bases que se materializaron con la ley 100 de 1993 que reformó de forma orgánica el actual sistema de pensiones.

Con la ley 100 de 1993 se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, con el objetivo de garantizar las prestaciones económicas y de salud de los afiliados, y para procurar la ampliación de la cobertura, así como para unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social.

El Sistema General de Pensiones como parte integral de la seguridad social estableció un sistema dual, es decir como aquel en el que coexisten el régimen tradicional de seguro social (denominado Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida –RPM–) y el régimen de capitalización (denominado Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS–).

² El economista norteamericano Hollys Chenery (1918-1984), fue el encargado de dirigir la Misión del Empleo, destinada a la elaboración de un diagnóstico y una estrategia sobre el desempleo en Colombia.

El Régimen de Prima Media con Prestación Definida es sustentado por el Estado bajo el principio de solidaridad, en donde los aportes de los afiliados conforman un fondo común, el cual es de naturaleza pública, garantizando el pago de las prestaciones a quienes cumplan con los requisitos señalados en la ley, para ser beneficiarios de una prestación económica. Es por ello, que la ley establece con precisión el número mínimo de semanas requeridas para que se pueda reconocer una pensión, las edades a partir de las cuales se reconoce una pensión y la cuantía de dicha pensión.

Las prestaciones que otorga RPM cubre contingencias de vejez, invalidez y muerte; y la financiación de dichas prestaciones, se realiza a través de las cotizaciones que hacen el papel de la prima de un seguro que garantiza la pensión. En este régimen no se exige ni se reciben cotizaciones adicionales a las legalmente dispuestas.

En el caso de la pensión de sobrevivencia se requiere el fallecimiento del afiliado – pensionado, las cotizaciones mínimas del afiliado y la existencia de beneficiarios.

Con respecto al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es administrado por entidades del sector privado compuesto por cuentas individuales de ahorro, donde cada persona estructura el monto de su mesada pensional; al igual que en RPM, se otorgan prestaciones para cubrir las contingencias de vejez, invalidez y muerte, y su financiación, también se realiza a través de cotizaciones, pero que cumplen el papel de una cuota de ahorro que se destina a la capitalización de la pensión; y frente a las prestaciones por muerte exige también un número de semanas y la existencia de beneficiarios.

A pesar de que las intenciones de la ley 100 de 1993 fueron reparar las deficiencias del sistema, lo cierto es que se hicieron evidentes fallas en temas de cobertura y equidad, porque la población económicamente activa era muy baja y los subsidios se estaban distribuyendo a sectores sociales con mayor capacidad económica, reflejando de esta manera una desigualdad al interior del RPM, viéndose afectada también la sostenibilidad del sistema.

Entonces, con el objeto de enmendar los errores de la ley 100 de 1993, de disminuir el pasivo pensional del sistema y por ende reducir los costos a cargo del Estado, se promulgó la ley 797 de

2003 la cual intentó solucionar específicamente los problemas de financiación del régimen de prima media, que era el que ostentaba los mayores problemas económicos y en donde se observaban mayores inequidades.

Con la ley 797 de 2003, se aumentó gradualmente el tiempo mínimo de cotización para obtener una pensión; se disminuyó la cuantía de la pensión al modificar las tasas de reemplazo basados en una fórmula decreciente que dispuso un monto entre el 55% y el 80% del Ingreso Base de Cotización (IBC); se establecieron múltiples requisitos adicionales para el reconocimiento de la pensión de invalidez y muerte, modificando el número de semanas; y aunque, en principio se fijaron requisitos de fidelidad, los mismos fueron declarados inexequibles por Corte Constitucional.

En lo referente a los subsidios del sistema de pensiones, pese a la marcada tendencia internacional de que los sistemas pensionales contribuyeran también a la erradicación de la pobreza extrema, esta ley modificó el fondo de solidaridad pensional creado por ley 100 de 1993, que estableció una subcuenta para subsidios pensionales de subsistencia para ancianos en situación de indigencia, lo cual fue financiado a través de las cotizaciones adicionales de los afiliados con mayores ingresos; también, estableció la obligación de todos los trabajadores independientes de cotizar, con la finalidad de fortalecer el control a la evasión en materia de afiliaciones y cotización.

La preocupación por el déficit fiscal del Estado aumentó aún más, por tanto el gobierno propuso modificar el régimen de prima media con prestación definida, pero desde la Constitución, así se aprobó por el congreso el Acto Legislativo 01 de 2005, en el cual se garantiza la efectividad de los derechos del sistema, señalando la sostenibilidad financiera del mismo y el respeto por los derechos adquiridos, además en dicho Acto Legislativo establece que el Estado asume la deuda pensional que esté a su cargo.

El principio constitucional de sostenibilidad financiera se estableció con el fin de que las leyes posteriores al Acto Legislativo aseguraran la estabilidad financiera del sistema. Para ello, el acto legislativo hizo dos importantes recortes al gasto pensional: de una parte estableció la

eliminación de la mesada pensional de junio (mesada catorce, dispuesta para RPM) y generalizó el límite máximo pensional, el cual estableció que no podían causarse pensiones superiores a 25 salarios mínimos con cargo a los recursos de naturaleza pública.

Por otro lado, este acto legislativo dispuso la regla de que no habrá pensiones inferiores al salario mínimo, con la salvedad de que puede haber beneficios económico periódicos inferiores para las personas que no tengan derecho a una pensión; también se establece el desmonte de los regímenes pensionales exceptuados y especiales, conservando únicamente el de la fuerza pública y el de los expresidentes de la República; Asimismo, este Acto Legislativo anticipa la finalización del régimen de transición pensional, fijando la regla general de que dicho régimen no podría extenderse más allá del año 2010 y la excepción para algunos, la cual se hizo extensiva hasta el año 2014.

El Acto Legislativo 01 de 2005 introdujo al sistema aspectos positivos en relación con la financiación y medidas equitativas del sistema pensional, pues con la eliminación de la mesada catorce se esperaba ahorrar en los próximos 45 años aproximadamente 26 y medio billones de pesos, y con el tope de los 25 salarios se esperaba ahorrar otros 3,2 billones de pesos; no obstante, la vulnerabilidad financiera del sistema de pensiones colombiano se ha derivado básicamente de la inestabilidad económica del país y del creciente déficit fiscal histórico, lo que ha impedido que las constantes reformas estatales solucionen la problemática social y logren los efectos esperados para el sistema.

En lo tocante a la constitucionalización del principio de sostenibilidad financiera, Duque y Duque (2016), refieren que en el sistema pensional este principio no ha alcanzado efectos inmediatos si se considera que desde la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2005, el desbalance fiscal persiste y crece a la luz de la preocupación en cuanto a la materialización del derecho a la pensión; para coadyuvar en ese insistente déficit fiscal, surge una arista de la sostenibilidad financiera, el Acto Legislativo 03 de 2011, que desarrolla la sostenibilidad fiscal, entendida de acuerdo con la Corte Constitucional en sentencia C- 288 de 2012 no como principio sino como una herramienta para alcanzar de manera progresiva las finalidades del Estado Social y Democrático de Derecho.

Este Acto Legislativo permitió fortalecer jurídicamente el principio del equilibrio financiero consagrado en el artículo 48 de la Constitución, pues obligó a todos los órganos y ramas del poder público a orientar sus actividades dentro de un marco de sostenibilidad financiera.

De otro lado, uno de los aspectos más trascendentales que ha tenido en cuenta las reformas del sistema pensional, hace referencia al monto de las cotizaciones, el cual ha tenido incrementos considerables a lo largo de la historia. Arenas (2007), señala que:

Antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el seguro social tenía establecido que las cotizaciones para el seguro de pensiones serían en total del 6,5% del ingreso básico respectivo. En el año 1993, y antes de la expedición de la ley 100, el gobierno elevó el monto de las cotizaciones al 8% del ingreso base.

Ya en vigencia el sistema de pensiones de la ley 100, las cotizaciones correspondientes al sistema de pensiones se establecieron para el año 1994 como regla general en el 11,5%; los afiliados con ingresos iguales o superiores a cuatro salarios mínimos debían cotizar un punto adicional. Para el año 1995, la cotización general se aumentó al 12,5% y para 1996 llegó al 13,5%. Este porcentaje estuvo vigente hasta el año 2002, pues la ley 797 volvió a elevar las cotizaciones en la forma indicada en el artículo 20 de la ley 100, con las modificaciones introducidas por la ley 797 (p. 275).

Actualmente, el monto de la cotización es el mismo en ambos regímenes, el cual equivale al 16% del IBC de la cotización.

Empero, a pesar de lo expuesto anteriormente, ninguna de las reformas hechas al sistema pensional colombiano han podido erradicar de forma sustancial las falencias referidas a la baja cobertura, a la inequidad, a la desfinanciación del sistema y a la desequilibrada presencia de afiliados y pensionados en uno u otro régimen, teniendo en cuenta que RAIS tiene los afiliados en tanto RPM tiene los pensionados.

Deficiencias que tuvieron su punto álgido tanto en ISS como en CAJANAL y en la actualidad siguen impactando en la deuda pensional. Ello en razón a que, el sistema de seguridad social nació desfinanciado, como consecuencia de que los aportes destinados a todas las contingencias que se cubrían en la época para el sector público, salían del presupuesto nacional y porque más adelante el porcentaje que se asignó para las cotizaciones, no era suficiente para satisfacer las contingencias amparadas por el sistema.

Así que, con la intención de destacar las causas más influyentes en el desfinanciamiento del sistema, en el capítulo siguiente nos proponemos presentar el panorama del sistema pensional confrontado con una de las más grandes preocupaciones del mismo, la sostenibilidad financiera.

II CAPÍTULO

DIAGNÓSTICO DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES COLOMBIANO FRENTE A LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA.

Revisado el anterior capítulo sobre el modelo pensional colombiano del Sistema General de Pensiones, y en aras de resaltar los imperfectos del sistema desde su implementación, se presentará el siguiente panorama pensional con el objetivo de analizarlo a la luz de la sostenibilidad financiera y lograr así identificar las deficiencias que impactan su financiamiento.

a) Baja Cobertura

La cobertura entendida como la relación existente entre la población económicamente activa (PEA) y los cotizantes realmente activos (es decir, los que pagan en el último mes de corte) constituye ciertamente la eficiencia del sistema pensional; esta figura sirve para verificar los principios de universalidad, solidaridad y sostenibilidad, los cuales son importantes a la hora de observar la viabilidad social y fiscal del sistema pensional.

La cobertura en Colombia ha sido uno de los problemas más significativos en el régimen de pensiones, pues el número de personas que alcanzan una pensión no ha sido y no es el que debería tener una sociedad que está en pro de la garantía de derechos mínimos y que propende por la universalidad como principio fundante del sistema pensional en Colombia.

Uno de los factores que han influido en la baja cobertura ha sido el mercado laboral, puesto que la informalidad laboral y las tasas de desempleo son elevadas frente al empleo formal que es el que realmente aporta al sostenimiento del sistema.

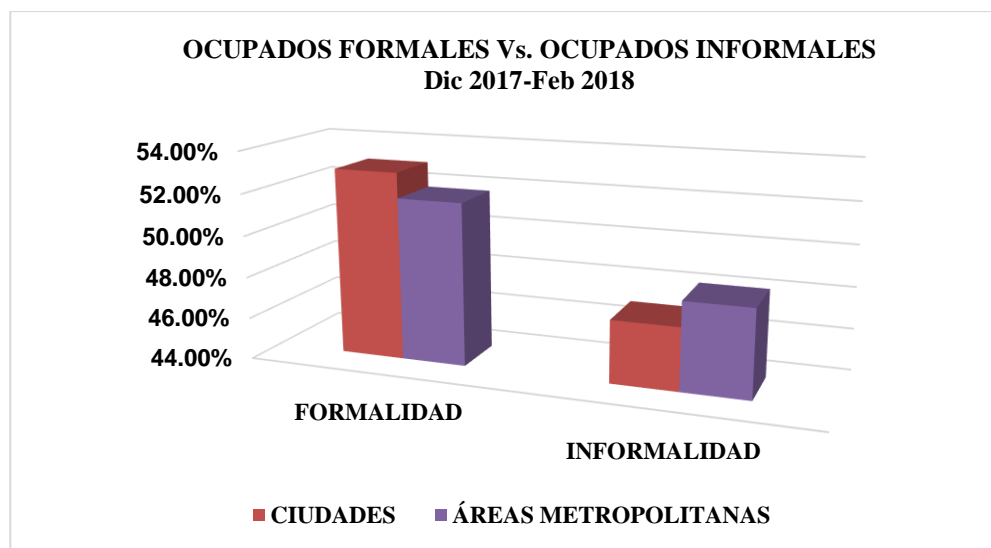
Lo anterior se refleja así: en Colombia la tasa global de participación para el trimestre diciembre a febrero de 2018 fue de 63,6%, la tasa de ocupación fue de 57,0% y la tasa de desempleo fue de 10,4%. En el mismo trimestre del año inmediatamente anterior, estas tasas fueron de: 64,1%, 57,5% y 10,3% respectivamente; lo que indica, que la tasa de desempleo

incrementó. Las ramas que jalonaron la generación de empleo en el total nacional fueron: agricultura, ganadería, caza, silvicultura y pesca e industria manufacturera. (DANE, 2018).

Como se dijo anteriormente, la informalidad ha impactado negativamente la baja cobertura en el país. Sin embargo, se reconoce que desde el año 2007 el trabajo formal se ha acrecentado frente a la informalidad.

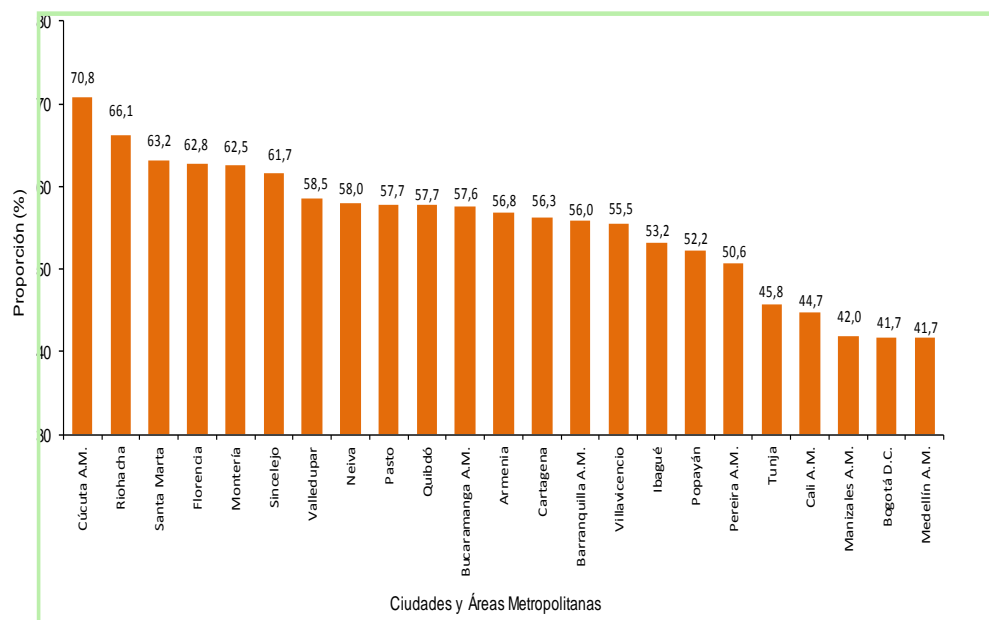
De acuerdo con el informe especial de mercado laboral realizado por el Dane, en el trimestre móvil diciembre 2017 a febrero de 2018 la proporción de ocupados formales en 13 y 23 ciudades y áreas metropolitanas fue 53,0% y 51,8% respectivamente. Mientras que, en el mismo trimestre móvil del año inmediatamente anterior, la proporción de ocupados informales en 13 y 23 ciudades y áreas metropolitanas fue 47,0% y 48,2%, respectivamente (Ver gráfica 1); de las 23 ciudades y áreas metropolitanas, las que presentaron mayor proporción de informalidad fueron: Cúcuta A.M. (70,8%), Riohacha (66,1%) y Santa Marta (63,2%). Las ciudades con menor proporción de informalidad fueron: Medellín A.M. (41,7%), Bogotá D.C. (41,7%) y Manizales A.M. (42,0%). (Ver gráfica 2)

Gráfica 1: Proporción de ocupados formales vs ocupados informales en 13 y 23 ciudades y áreas metropolitanas. Trimestre móvil diciembre 2017 - febrero 2018.



Fuente: Elaboración propia con datos del DANE y Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH)

Gráfica 2: Proporción de la población ocupada informal según ciudad 23 ciudades y áreas metropolitanas. Trimestre móvil diciembre 2017 - febrero 2018

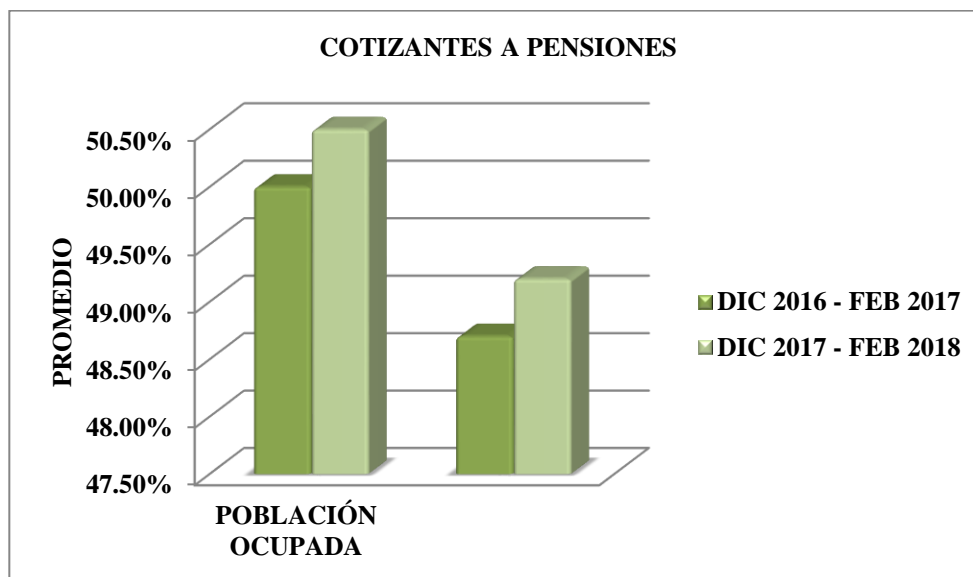


Fuente: Dane, 2018.

Es la primera vez en la historia de nuestro país, que las cifras de trabajadores formales superan las de los trabajadores informales en 13 ciudades principales y 23 áreas metropolitanas, reflejándose la salida de más de 31.000 ocupados de actividades informales, lo cual vislumbra un avance importante en uno de los temas que más ha incidido en el sistema pensional, el cual es la informalidad laboral que no ha permitido que las personas puedan cotizar al sistema.

En cuanto al tema pensional, la participación de los cotizantes en 13 ciudades y 23 áreas metropolitanas fue de 50,5% y 49,2% para el trimestre diciembre de 2017 a febrero de 2018, respectivamente; en contraste, con el mismo trimestre del año anterior la participación de cotizantes fue de 50,0% y 48,7%, respectivamente. Lo cual indica, que aunque se haya dado un incremento del número de cotizantes, la cobertura sigue siendo baja frente a lo que se pretendió desde un principio. (DANE, 2017). Ver (Gráfica 3)

Gráfica 3: Porcentaje de los cotizantes al sistema pensional



Fuente: Elaboración propia con datos del DANE y Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH)

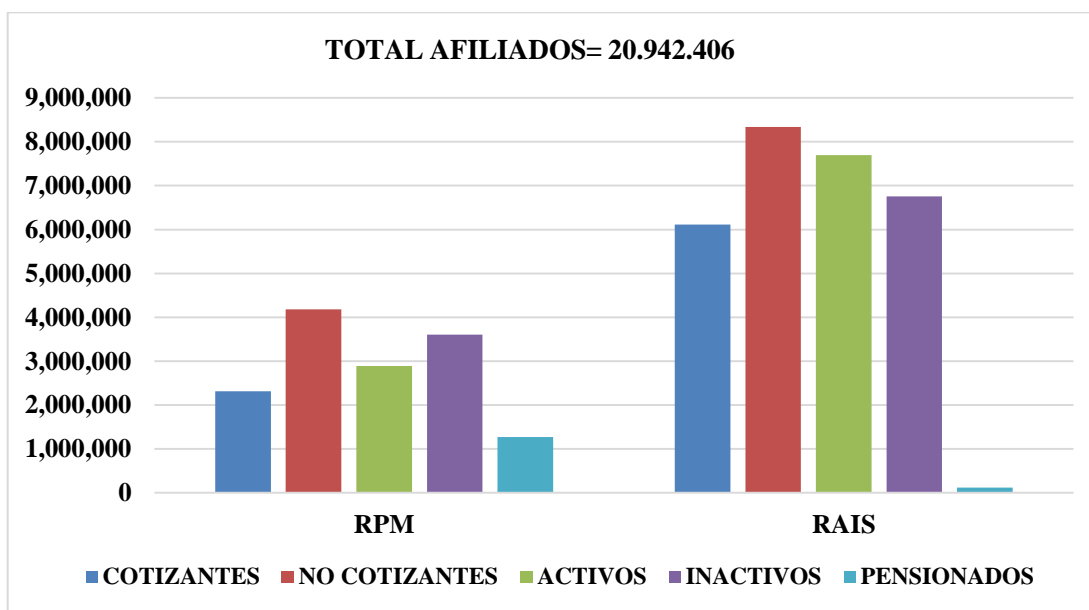
A fecha de mayo de 2017, según informe de la Superintendencia Financiera el total de afiliados en los dos regímenes es de 20.942.406 del cual el total de afiliados en RAIS es de 14.448.751, mientras que para RPM es de 6.693.655. Lo cual indica, que RAIS tiene un poco más de la mitad del total de afiliados que RPM.

En RPM los afiliados no cotizantes superan el número de los afiliados cotizantes, y al mismo tiempo son más los afiliados inactivos que los activos, evidenciando la falla en la que se encuentra sumergido el régimen por los altos niveles de informalidad laboral, desempleo y la poca cultura de cotizar al sistema pensional.

Por su parte, RAIS tiene más afiliados activos que inactivos en relación con el RPM; frente al número de pensionados del sistema pensional, es evidente el desequilibrio entre los dos regímenes; mientras en RPM hay un millón doscientos sesenta y nueve mil cuatrocientas noventa y nueve pensionados (\$1.269.499), RAIS por el contrario solo cuenta con ciento veintiún mil cuatrocientos nueve pensionados (\$121.409).

Es decir, que en tanto el mayor número de afiliados activos los ostenta el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por su parte el Régimen de Prima Media con Prestación Definida cuenta con el mayor número de pensionados del país, lo que se traduce que mientras en el RAIS los aportes de las personas afiliadas generan más ingresos, en RPM se va ocasionando un pasivo pensional debido al mayor número de pensiones otorgadas frente al número de afiliados que este detenta. Observar (Gráfica 4)

Gráfica 4: Afiliados del Sistema Pensional Colombiano



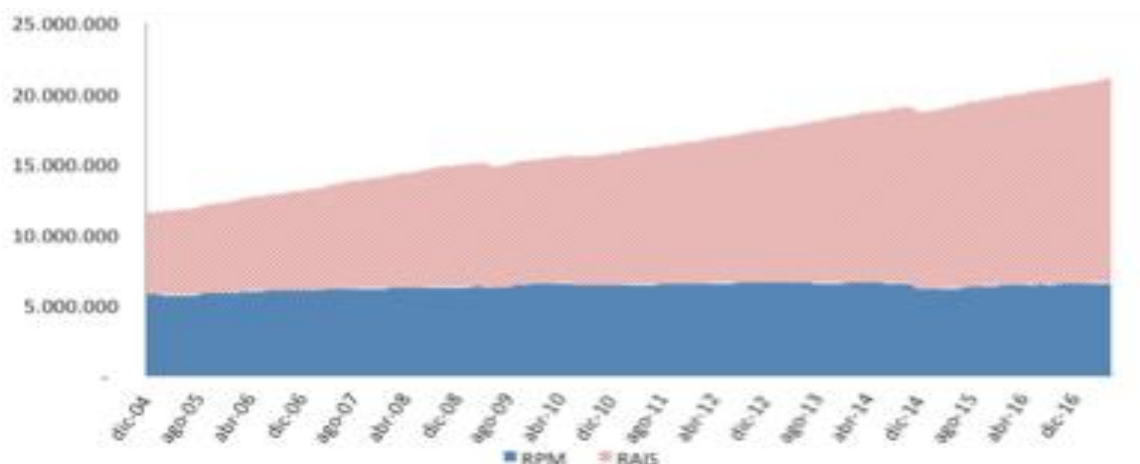
Fuente: Elaboración propia con datos de la Superintendencia Financiera (2017)

En resumen y de acuerdo con la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social (2018), a junio 30 de 2017, el número de afiliados al Sistema General de Pensiones (SGP) ascendió a 21.011.364 personas, creciendo un 4,61% frente al año anterior. Registrando el RAIS la mayor participación con el 68,7% de los afiliados, mientras que el RPM concentra el 31,3% restante (ver grafica 5).

Igualmente, de acuerdo con datos de la misma Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social (2018), de los 21 millones de afiliados que tenía el SGP a junio 30 de

2017, el Dane reportó que cerca de 8,3 millones (39,5%) son cotizantes, es decir, efectuaron la cotización obligatoria durante el periodo reportado.

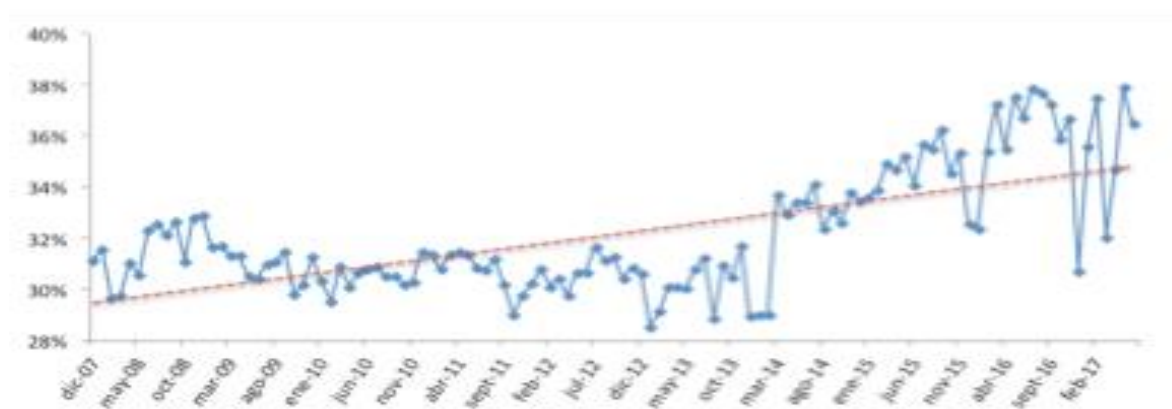
Gráfica 5: Evolución de afiliados al Sistema General de Pensiones 2005-2017



Fuente: Superintendencia Financiera de Colombia, 2017.

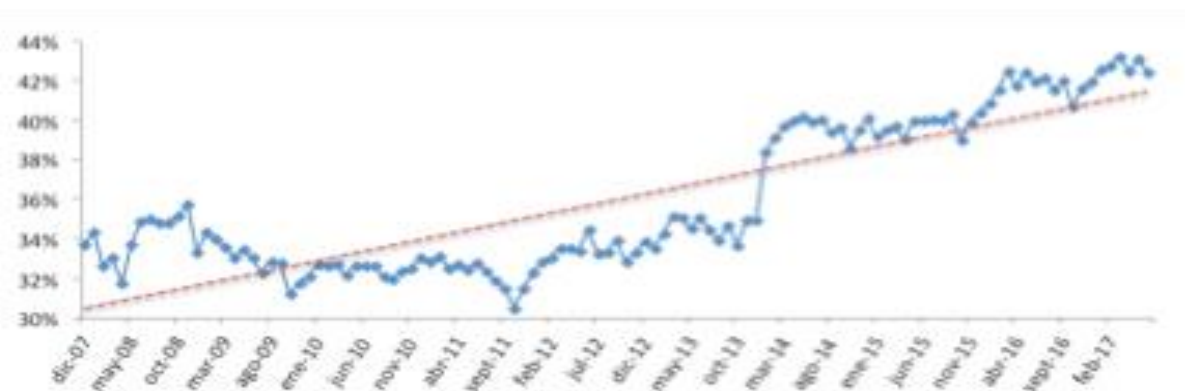
Con la información de la población ocupada y la población económicamente activa del país se pueden construir dos indicadores de cobertura del Sistema, por un lado, se tiene el cociente entre cotizantes y población ocupada, cuya evolución se presenta en la gráfica 6; por otro lado, se tiene el cociente entre afiliados y la población económicamente activa (PEA) que se presenta en el gráfico 7.

Gráfica 6: Relación entre cotizantes y población ocupada



Fuente: DANE, 2017.

Gráfica 7: Relación entre afiliados activos y población económicamente activa



Fuente: DANE, 2017.

La evolución del primer indicador registra una tendencia positiva, partiendo de unos niveles de cobertura cercanos al 31%, al cierre de 2007, hasta alcanzar niveles aproximados del 36% en junio de 2017, lo cual indica que uno de cada tres colombianos, aproximadamente, que está trabajando, cotizó al Sistema de Pensiones durante el último periodo.

En cuanto al comportamiento de afiliados al SGP, comenzó en el 33% a diciembre de 2007 y termina en 42% a junio de 2017, con un crecimiento promedio de la línea de tendencia de 3,2% anual.

Entonces, según la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social (2018) la cobertura del sistema ha progresado de manera positiva desde que entró en vigencia el SGP, ya que hay que resaltar que a junio de 2017 el número total de afiliados al SGP ascendió a 21 millones de personas, representando un crecimiento del 24,3% en contraste al mismo periodo de 2012. Sin embargo, se continúan reflejando retos frente a este tema; pero ello, no se debe a la forma en como está diseñado el sistema, sino a la supeditación de la dinámica del mercado laboral colombiano y de la rigurosidad del sistema al permitir solo cotizaciones sobre un salario mínimo; imposibilitando a los trabajadores informales de cumplir con los requisitos de tiempo y monto para llegar a ser beneficiarios de una prestación económica, quedando a su vez, por fuera del sistema pensional.

Asimismo doctrinantes como Vaca (2013), argumenta que “Al no permitir cotizaciones por debajo de un salario mínimo, se está excluyendo a gran parte de la población” (p.44).

Asofondos (como se citó en Vaca, 2013), por su parte muestra que cerca del 41,4% de la población urbana gana menos de un salario mínimo, razón por la cual quedan automáticamente excluidos del mercado laboral formal y, como consecuencia, del sistema pensional” (p.44).

En consecuencia, la baja cobertura que presenta el Sistema General de Pensiones en Colombia se evidencia a nivel nacional, por cuanto el porcentaje de cotizantes equivale al 39,5% mientras que de acuerdo a la Gran Encuesta Integrada de Hogares realizada por el Dane en las principales ciudades y áreas metropolitanas del país, la cobertura es mayor, puesto que equivale al 50,5% y 49,2%. De lo que se deduce, que en los sectores periféricos del país la cobertura es más baja, ya que las personas no tienen el hábito de cotizar, las oportunidades laborales son inferiores a las del centro del país y la informalidad es mayor frente a la formalidad laboral.

b) Inequidad

Otro de los grandes problemas a los que se ha enfrentado el sistema general de pensiones es la inequidad, la cual ha surgido desde la creación del sistema al haberse establecido regímenes especiales para personas que desempeñaron cargos como: actividades de alto riesgo, magistrados y congresistas, funcionarios de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público; y al crearse regímenes exceptuados dirigidos a las fuerzas militares y la Policía Nacional, a afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del Magisterio y a los trabajadores de Ecopetrol. Estos regímenes otorgaban mayores beneficios en lo atinente a tasas de reemplazo, ingresos base de liquidación, edad y tiempo de servicio e incremento anual de las pensiones.

Por tal razón, las diversas reformas que ha tenido el sistema general de pensiones se han encaminado a lograr la universalización del derecho a la pensión, mediante el aumento en la

cobertura y la finalización de regímenes especiales y exceptuados con el objetivo de lograr que toda la población se someta a unos requisitos generales en aras de obtener la equidad dentro del sistema y garantizar el principio de igualdad como manifestación del Estado Social de Derecho.

Una de las reformas más importantes fue el Acto Legislativo 01 de 2005 que introdujo la idea de que existiera un sistema único y universal de pensiones en el que se sometiera a todos los residentes del país sin discriminaciones ni inequidades. Por tal motivo, la Corte Constitucional, sentencia C 258 de 2013 adujo:

En resumen, la intención del constituyente derivado al aprobar el Acto Legislativo 01 de 2005 fue unificar los regímenes pensionales con el propósito de (i) poner fin a la existencia de regímenes con ventajas desproporcionadas para ciertos grupos de pensionados financiados con recursos del erario, con miras a garantizar los principios de igualdad y solidaridad; (ii) eliminar los altos subsidios públicos que tales beneficios suponen, con el fin de liberar recursos para el cumplimiento de los fines de la seguridad social y del Estado Social de Derecho, y la sostenibilidad financiera del sistema; y (iii) establecer reglas únicas que además permitan hacer mejores provisiones dirigidas a la sostenibilidad del sistema de pensiones. (p. 202)

Pese a estos avances implementados en el sistema general de pensiones, se continúan evidenciando insuficiencias frente al tema de inequidad, por cuanto el sistema dual de pensiones implementado en Colombia ha generado desigualdades no solo entre los dos regímenes sino también al interior de cada uno de ellos.

Una de las causas de inequidad entre uno y otro régimen, es el tema de subsidios que se otorgan por parte del Estado, específicamente para RPM, beneficios a los que pensionados en RAIS no tienen acceso; igualmente, en RPM la distribución de dichos subsidios no es equitativa y genera mucha presión del gasto público, ya que los trabajadores con salarios más altos son los mayores beneficiarios de tales subsidios.

Al respecto, Londoño (2015) indica que:

Esto conlleva a que, mientras el 20% más pobre de la población recibe solamente el 0,1% de los subsidios en pensiones, el 20% más rico de la población recibe el 83,3%. Esta situación es inaceptable, en especial en Colombia, que sigue siendo uno de los países con mayor desigualdad en el mundo (p.14).

Desde la perspectiva de Montenegro (2017), los subsidios a las pensiones más altas de Colpensiones, para no hablar de los otros subregímenes de prima media, pueden alcanzar los mil millones de pesos, lo que ha llevado a caracterizar a este régimen como un Robin Hood (Héroe de la ficción que le robaba a los ricos para darle a los menos favorecidos económicamente), pero al revés, en donde los afiliados de menos ingresos subsidian a los que más tienen.

En otro orden de ideas, Londoño (2015) señala que la inequidad también se evidencia en las posibilidades que tiene un afiliado cuando no alcanza a cumplir los requisitos para acceder a una pensión. Mientras que en RAIS la devolución de saldos se da con el monto equivalente a su ahorro más los rendimientos causados, en RPM únicamente la devolución se da con el valor de los recursos cotizados ajustados por inflación.

Y por último, la inequidad también se ve reflejada por la desigualdad de género, pues es evidente que en el mercado laboral colombiano los hombres devengan salarios más altos frente a las mujeres, lo cual repercute en la capacidad de cotización de la mujer y asimismo en el monto pensional en caso de lograr pensionarse.

Entonces, es dable afirmar que aun con las reformas realizadas en el sistema pensional colombiano, la inequidad continúa siendo tema de preocupación, ya que como se mencionó anteriormente, esta desigualdad no solo se predica entre los dos regímenes sino también al interior de cada uno de ellos.

c) **Altas tasas de reemplazo**

Según Asofondos (2011) “la tasa de reemplazo es el valor de la pensión como proporción del salario del trabajador durante un periodo base” (p.19), es decir, el valor dispuesto por la ley que es utilizado para calcular el monto de la pensión.

En el Régimen de Prima Media el monto es predeterminado por la ley mediante una fórmula que está en función del Ingreso Base de Liquidación (IBL) y el número de semanas cotizadas; mientras que en el Régimen de Ahorro Individual la pensión está en función del monto ahorrado en la cuenta individual, la expectativa de vida del afiliado y los posibles beneficiarios que se puedan tener.

Las tasas de reemplazo constituyen otra de las causas del desequilibrio en el sistema pensional colombiano, pues de un lado, los beneficios establecidos por las diferentes regulaciones desde el inicio del sistema consideraron situaciones especiales para determinados empleados (como magistrados, militares, presidentes, entre otros empleados públicos nacionales) ofreciendo tasas de reemplazo muy altas y edades de retiro demasiado tempranas, las cuales al no ser actualizadas en el momento en que era necesario ocasionaron un grave detrimento económico en la seguridad social con cargo al erario.

Como ya hemos señalado, y en concordancia con la Contaduría General de la República (s.f):

La multiplicidad de tratamientos, la existencia de condiciones muy favorables para empleados de un elevado número de organizaciones, logradas a partir de convenciones o pactos colectivos, así como el hecho de no efectuar los respectivos aportes por parte de las entidades públicas y empleados, hicieron necesario introducir cambios importantes al sistema de seguridad social que se empezaron a materializar a partir de 1993 con la expedición de la ley 100 (p.16).

Con la Ley 100 de 1993 se eliminaron algunos regímenes especiales con condiciones demasiado favorables como las atinentes a las tasas de reemplazo, no obstante estas

disposiciones no fueron suficientes y tuvo que modificarse con la ley 797 de 2003, pero finalmente la disposición que eliminó los regímenes especiales y exceptuados salvo de las fuerzas militares y el presidente de la república, fue el acto legislativo 01 de 2005.

De otro lado, para el régimen general de pensiones también existieron tasas de reemplazo altas que de alguna forma afectaron el sostenimiento del sistema pues favorecían a aquellas personas afiliadas al RPM con ingresos más altos. La ley 100 de 1993 por ejemplo estableció una tasa de reemplazo equivalente entre el 65% y el 85% del IBL, lo cual generó una mayor carga fiscal al Estado, quien tuvo que entrar a subsidiar dichas prestaciones.

Es importante señalar que frente a esta problemática se han venido haciendo correcciones normativas, así la tasa de reemplazo consagrada en la ley 797 de 2003 consagró una fórmula decreciente en función del ingreso, pues pretende otorgar un porcentaje más alto a los que tengan salarios bajos e IBL menores, y un porcentaje más bajo a los salarios más altos.

De acuerdo con el Boletín N°8 del Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social por la Universidad Externado de Colombia (2005):

La tasa de reemplazo en Prima Media a raíz de la ley 797 disminuye en razón de una nueva fórmula para su cálculo y del hecho de que el incremento porcentual en el monto mensual de la pensión, por cada 50 semanas de contribuciones adicionales a las mínimas, disminuye de 2-3% (ley 100) a 1.5%. Así, la tasa de reemplazo mínima se contrae de 65% a 55-65%; la máxima de 85% a 70.5-80%, dependiendo del promedio de cotizaciones efectuadas durante los últimos 10 años (p.17).

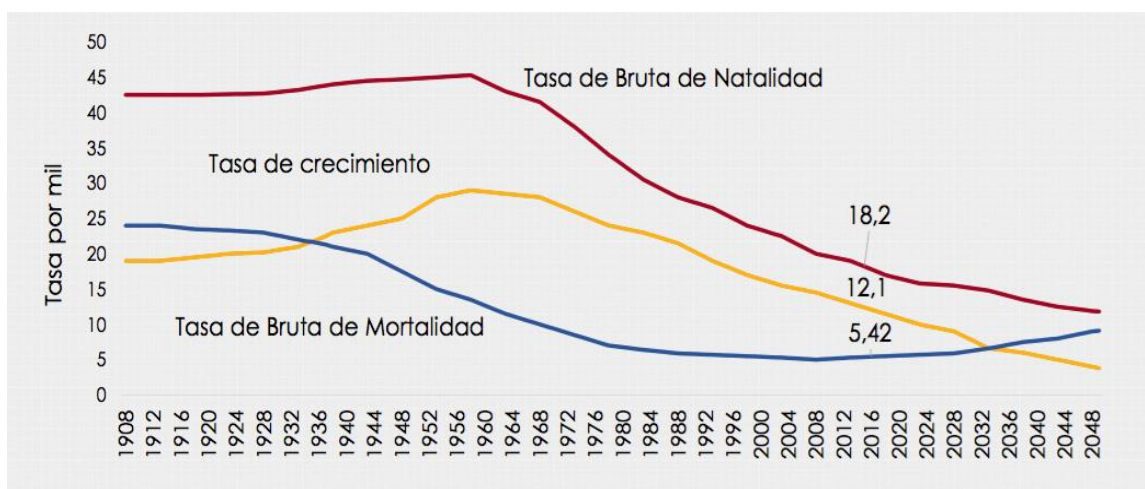
Lo que permite ver que actualmente el problema de desfinanciación del sistema general de pensiones de acuerdo a Bernal (2012), no radica en las tasas de reemplazo, pero estas si han constituido perjuicios al sostenimiento del sistema en razón a que como anteriormente se explicó la dispersión regulatoria, el costo fiscal y la falta de previsión del sistema no han permitido conseguir el equilibrio económico, consecuencia principalmente de la subsistencia

de regímenes de excepción, regímenes especiales y régimen de transición que permitieron la aplicación de condiciones más favorables.

d) Bajas edades para pensionarse frente al cambio demográfico (Vejez)

El factor demográfico también ha contribuido a la crisis del sistema pensional, por cuanto la esperanza de vida de los colombianos ha aumentado y las edades para pensionarse no se han adecuado de manera idónea y oportuna. Aunque, el aumento de la longevidad se traduce como mejores condiciones de vida y de salud de la población, en la esfera pensional este aumento no tiene un impacto tan positivo si no se adaptan las edades para acceder a la pensión de vejez en concordancia con este fenómeno social. (Gráfica 8)

Gráfica 8: Evolución demográfica



Fuente: Departamento Nacional de Planeación, 2017.

Las cifras (gráfico 9), muestran la situación de afectación financiera que tiene el sistema de RPM por la dinámica de crecimiento y la composición de la población. Este problema según Sánchez (2016) fue fundamental para el mal desempeño del sistema por dos razones: el aumento en la expectativa de vida y la disminución en las tasas de natalidad y fecundidad.

Estos dos fenómenos determinaron un importante incremento en la población en edad de pensionarse (que, adicionalmente, disfruta de la pensión más tiempo en promedio) y una caída relativa en el número de cotizantes.

Gráfica 9: Esperanza de vida

Períodos	Esperanza de vida al nacer (años)		
	Hombres	Mujeres	Total
1982-1987	64,02	70,82	67,34
1986-1991	64,24	71,97	68,01
1987-1992	64,25	72,25	68,15
1988-1993	64,25	72,52	68,28
1989-1994	64,26	72,78	68,42
1990-1995	64,27	73,04	68,55
1991-1996	64,36	73,29	68,72
1992-1997	65,07	73,54	69,20
1993-1998	65,79	73,78	69,69
1994-1999	66,56	74,01	70,19
1995-2000	67,25	74,25	70,66
1996-2001	67,80	74,47	71,05
1997-2002	68,25	74,69	71,39
1998-2003	68,60	74,91	71,68
1999-2004	68,90	75,12	71,93
2000-2005	69,17	75,32	72,17
2001-2006	69,40	75,52	72,39
2002-2007	69,64	75,71	72,60
2003-2008	69,87	75,90	72,81
2004-2009	70,11	76,09	73,03
2005-2010	70,34	76,27	73,23
2006-2011	70,46	76,44	73,38
2007-2012	70,58	76,62	73,53
2008-2013	70,70	76,78	73,67
2009-2014	70,83	76,94	73,81
2010-2015	70,95	77,10	73,95
2011-2016	71,06	77,25	74,08

Fuente: Dane, 2016.

La edad de jubilación es una de las variables claves en el análisis de los sistemas de pensiones, Peláez & Tamayo (2016) lo expresan así:

Esta refleja la edad legal a la cual las personas pueden acceder a su pensión. Dicha edad tiene un vínculo directo con la expectativa de vida y por esta razón es que a medida que ésta última aumenta, la edad de jubilación debe ser, en teoría, ajustada para responder a los cambios demográficos y además, para garantizar la viabilidad del sistema de pensiones.

El hecho de tener edades de jubilación bajas tiene un impacto directo en el sistema de pensiones sobre todo en el de reparto, puesto que permite jubilar personas que cada vez viven más, por lo que aportan menos y el Estado debe destinar más recursos para subsidiar la pensión (p.22).

Aunque las reformas han propendido por aumentar la edad para pensionarse, las estadísticas demuestran que este aumento no se ha hecho acorde con la longevidad de la población colombiana, ubicando a Colombia entre uno de los países con un promedio bajo de edad para acceder a la pensión de vejez.

En pocas palabras, los cambios demográficos impactan negativamente el sistema pensional, por cuanto al aumentar la esperanza de vida de los pensionados y al requerirse bajas edades para pensionarse, la duración del pago de la mesada pensional se hace más extensiva y más gravosa aún en los eventos donde hay lugar al disfrute de dicha prestación por parte de los beneficiarios del pensionado o afiliado; lo cual genera, una gran desproporción entre las cotizaciones que recibe el sistema y los beneficios que éste debe sufragar.

e) Traslados de RAIS a RPM

Con la creación del Sistema General de Pensiones, no se previó el flujo migratorio que podría darse entre los dos regímenes creados, generándole una mayor carga financiera a RPM, por cuanto muchos de sus afiliados se trasladaron a RAIS. Este régimen tuvo que cubrir los elevados costos del régimen de transición, quedándose con la población más vieja para pensionarse y por tanto, sin demandar mayores erogaciones.

Como es sabido, el régimen de prima media con prestación definida es financiado por las cotizaciones que realizan las nuevas generaciones, por tanto al verse disminuido el número de afiliados y contribuyentes de la población joven, ocurre una desfinanciación del sistema, ya que es el Estado quien debe entrar a suplir dichos recursos faltantes a través de subsidios.

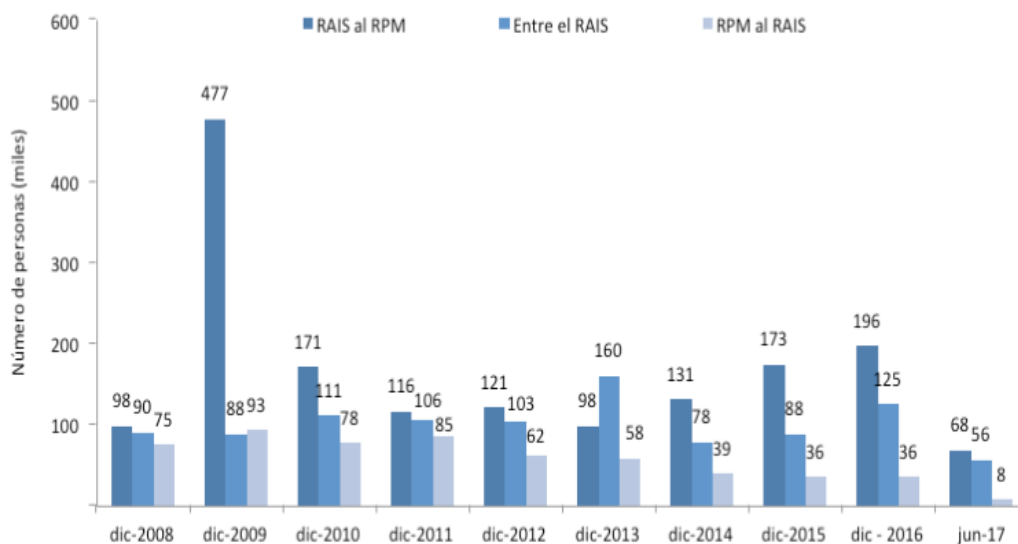
Así, la Dirección de Regulación Económica de la Seguridad Social (2014) aclaró que estos traslados tienen dos efectos adversos para Colpensiones y para el Estado, quienes en virtud de la ley 100 de 1993 están obligados a garantizar el pago de las pensiones a los afiliados al RPM, cubriendo con recursos del presupuesto General de la Nación la diferencia entre las obligaciones de Colpensiones y las obligaciones actuales: el efecto inmediato del traslado, es que se incrementan los recursos disponibles para financiar las pensiones del RPM, debido a que al trasladarse el afiliado, también se trasladan las cotizaciones; el segundo efecto, es a largo plazo y consiste en la generación de nuevas obligaciones para Colpensiones y para la Nación cuando el afiliado cumple con los requisitos para obtener una pensión.

Aunado a lo anterior, las migraciones de afiliados que se vienen presentando de RAIS a RPM por los múltiples beneficios e incentivos que se otorgan en este último, agravan aún más la crisis del sistema (Ver gráfica 10). ANIF (2015), advierte que los faltantes fiscales del RPM se estarían elevando del 140% del PIB (VPN) al 228% del PIB durante las próximas tres décadas por la migración de unos nueve millones de afiliados hacia el RPM (elevando su proporción del 20% hacia el 30% en el escenario base).

El móvil de los traslados de RAIS a RPM según Farné (2001), han sido: en primer lugar, los costos administrativos de las AFP privadas son muy altos y generalmente las comisiones son cargadas a la entrada y como porcentaje del aporte pensional, no siendo basadas en el monto real de activos acumulados por los trabajadores; en segundo lugar, las pensiones no son previsibles, pues los cotizantes asumen individualmente el riesgo de inversión y pueden conocer el monto de su pensión únicamente al momento de su retiro; y finalmente, los sistemas pensionales privados en la práctica no garantizan un efectivo acceso a la información de manera que los asegurados puedan tener plena capacidad para tomar decisiones racionales, razón por la cual al estar desinformados no logran distinguir cual es la

decisión más óptima conforme a su capacidad económica y una vez inmersos en el régimen y conocido su funcionamiento, desisten de su decisión trayendo como consecuencia el traslado hacia RPM.

Gráfica 10: Movilidad de afiliados entre regímenes 2008-2017



Fuente: Superintendencia Financiera

El Ministerio de Hacienda (2016) informó que el valor de los traslados desde el RAIS a Colpensiones alcanzó para el año 2017 \$4,4 billones de pesos (Ver gráfica 11). El impacto fiscal de los valores recibidos por Colpensiones por concepto de aportes por traslados fue en promedio de \$4,4 billones anuales entre 2010 y 2014 y bastante superior en los últimos dos años. No obstante, el impacto fiscal será negativo en el momento en que los trasladados cumplan los requisitos pensionales y el monto del subsidio de la pensión, que ronda el 74%, se convierta en pasivo para Colpensiones.

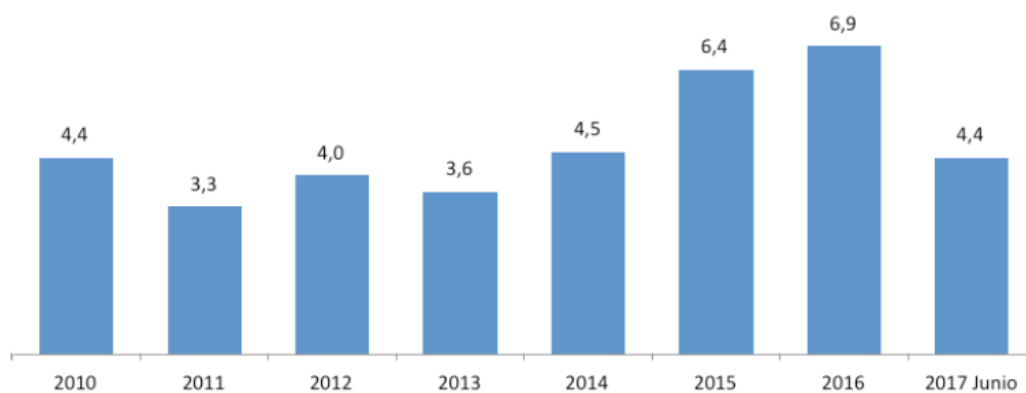
Es decir, que al no haber recibido RPM el dinero de las cotizaciones de esos afiliados que en su momento se encontraban en el RAIS, lo que va obtener Colpensiones como administradora de RPM es un aumento progresivo en el gasto, porque se verá obligado a cubrir el desequilibrio entre las cotizaciones y los beneficios que otorga el régimen, que

además impactará exponencialmente las cuentas fiscales a largo plazo, a pesar de lograr reducir las presiones sobre el presupuesto Nacional en el corto plazo como anteriormente se explicó.

Ahora bien, estos traslados también generan incertidumbre para el régimen de prima media, por cuanto al momento del traslado es difícil calcular el monto equivalente a la pensión, teniendo en cuenta que el mismo se realiza por lo menos 10 años antes de alcanzar la edad para pensionarse, esto es, antes de que inicie el periodo que se toma como base para calcular el monto pensional.

En consecuencia, con los traslados la situación de RPM se hace más gravosa al haber más pensionados que afiliados, pues tendrá que valerse de rubros provenientes del presupuesto Nacional para lograr cubrir con el pago de las mesadas pensionales.

Gráfica 11: Valor de los traslados desde el RAIS a Colpensiones (Cifras en billones de pesos)



Fuente: DRESS - MHCP con base en información de Colpensiones y la DGPM.

f) Financiación de las prestaciones económicas del Sistema General de Pensiones

La financiación del sistema pensional colombiano está concebida básicamente a través de aportes o cotizaciones realizadas por los afiliados al sistema durante toda su vida productiva.

Razón por la cual, todos los aportantes al Sistema General de Pensiones colombiano deben cotizar, bien sea al RPM o al RAIS un 16% de los ingresos devengados mensualmente. En RAIS 11,5 puntos porcentuales se depositan en una cuenta individual del afiliado que es manejada por una AFP (Administradora de Pensiones); los 4,5 puntos porcentuales restantes están dirigidos al cubrimiento de los gastos de administración, las primas del seguro de invalidez y sobrevivencia y los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

En RPM 13 puntos porcentuales entran en un fondo común de carácter público, para cubrir la contingencia de vejez. Los 3 puntos porcentuales remanentes se destinan a financiar los gastos de administración y las pensiones de invalidez y sobrevivientes (Farné & Nieto, 2017).

Así pues, en RPM la financiación de la contingencia de vejez depende de la cotización efectiva realizada durante el número de semanas requeridas y la edad exigida por la ley; contingencia que además, es cubierta con los subsidios que otorga el régimen cuando no se alcanza el capital necesario para el financiamiento de dicha prestación.

De manera que, visto que los subsidios son con cargo al presupuesto de la Nación y que en efecto generan inequidades al interior del sistema por cuanto son particularmente más cuantiosos en las mesadas más altas, se afirma que en realidad este tipo de financiamiento ha constituido una de las causas más significativas del desequilibrio financiero en razón a que Colpensiones como administradora de este régimen subsidia prácticamente las mesadas de todos sus pensionados.

En el caso de RAIS, como se ha venido mencionando los aportes pensionales se depositan en una cuenta de ahorro individual de manera que la contingencia de vejez se financia con los aportes efectuados por el afiliado, más los rendimientos generados en su cuenta. En este régimen ocurre que en algunos casos, esta pensión también se nutre de los subsidios creados por la ley cuando el afiliado no alcanza el capital suficiente para el financiamiento de su pensión, este es el caso de la Garantía de Pensión Mínima.

Frente a las contingencias de muerte e invalidez es necesario señalar que los requisitos y los beneficios para ambas prestaciones son los mismos, y lo que cambia es la forma de su financiación. A continuación se describen los beneficios de las mentadas prestaciones de acuerdo a un estudio de la Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo - Fedesarrollo - (2011):

El monto de la pensión de invalidez está relacionado con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y corresponde como mínimo a un 45% del ingreso base de liquidación, el cual aumenta de acuerdo al número de semanas cotizadas sin exceder el 75% del IBL. En el caso de la pensión de sobrevivencia, el monto de la misma puede tomar valores correspondientes a entre 45% y 75% del IBL, dependiendo del número de semanas cotizadas (p. 4).

En cuanto a la financiación de estas contingencias, la Corte Constitucional en Sentencia C-617 de 2001 ha explicado que en lo referente a la pensión de sobrevivientes y a la de invalidez, su régimen no se fundamenta en el hecho de la acumulación de un capital como ocurre con las pensiones de vejez, sino en el aseguramiento del riesgo del afiliado. De ahí que el legislador, al regular dichas pensiones previó un periodo mínimo de cotización, partiendo de la idea de que las sumas recibidas para cubrir el riesgo de muerte, unidas a las que aportan todos los demás afiliados cotizantes, resultaban suficientes para generar un fondo común separado o una mutualidad que lograra asumir tales prestaciones.

De suerte que, para la muerte y la invalidez existe un sistema de aseguramiento, en el que quien está cotizando, paga el costo de su protección, con lo que se asegura además la fidelidad al sistema, pues quien no cotice no tiene derecho al cubrimiento de la contingencia, materializándose de esta forma los principios de solidaridad y universalidad consagrados para el sistema de seguridad social.

Para tal cometido, en RPM se creó un fondo o reserva especial para el pago de estas prestaciones manejado por una entidad administradora que las financia a través de una cuenta separada.

Por su parte en RAIS de conformidad con el artículo 70 de ley 100 de 1993 se estableció la obligatoriedad de un seguro previsional de invalidez y sobrevivientes para todos los afiliados. Fedesarrollo (2011) define y explica su financiación así:

Se financia con la cuenta de ahorro individual del afiliado administrada por la AFP, el valor del Bono Pensional al que tenga derecho el afiliado y los rendimientos de estos últimos. También se pueden utilizar, si los hay, los aportes voluntarios que haya hecho el trabajador. Aunque éstos no hacen parte del capital para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, se pueden usar en caso de que el afiliado o los beneficiarios así lo manifiesten o cuando sea necesario para acceder a la pensión mínima. En caso de que se requiera una suma adicional para completar el capital necesario para pensionarse, es decir para financiar el monto de dicha pensión, el Seguro Previsional entra a cubrir este faltante con una suma adicional de dinero. Así, este seguro surge como un complemento para la financiación del pago de dichas pensiones, pues con la indemnización de éste se completa el monto adicional requerido en los casos en que el capital ahorrado no sea suficiente para el pago de la pensión.

Aunque en la actualidad, RAIS no presenta falencias de carácter relevante en cuanto a su financiación, por su parte el seguro previsional se encuentra inmerso en ciertos costos y riesgos que a futuro podrían causar detrimento al sostenimiento de este régimen y afectar gravemente la expansión de su cobertura.

Por un lado, se ubican los que perjudican la Renta Vitalicia que se transfieren al previsional, debido a la obligatoriedad que tiene la aseguradora del previsional de cotizar Rentas Vitalicias. Estos costos y riesgos, se traducen en el valor del capital necesario para pensionarse, el cual depende de la tasa de interés y de las expectativas de vida de los afiliados; afectando el previsional, en la medida que se requiere más capital para pensionarse, ya que el valor del siniestro o la suma adicional que debe aportar la compañía de seguros con cargo al seguro de invalidez o muerte es mayor.

Por otro lado, se encuentran tres aspectos que guardan relación directa con el conjunto de riesgos del previsional: en primer lugar, conforme Fasecolda (2004), los costos asociados con la aplicación de las nuevas tablas de mortalidad establecidas por el regulador (Decreto 656 de 1994 y Resolución 1555 de 2010 de la Superintendencia Financiera, como se citó en Estudio Fedesarrollo, 2011), las cuales fueron construidas con base en información de los pensionados del ISS para la década de los ochenta, es decir, se estaban empleando tablas que no coincidían con la verdadera realidad demográfica del país, impidiéndole a su vez a las compañías hacer estimaciones eficaces frente a las probabilidades de muerte de los individuos.

Con la finalidad de actualizar las tablas para que reflejaran las condiciones actuales de mortalidad de los afiliados, el gobierno por medio de la Resolución 1555 de 2010 de la Superintendencia Financiera (como se citó en Estudio Fedesarrollo, 2011), reemplazó las antiguas tablas y fijó las nuevas tablas de mortalidad que en adelante deben ser utilizadas por las AFPs.

Pese a que, con las nuevas tablas de mortalidad se redujo sustancialmente el riesgo de extralongevidad, hay que tener en cuenta que con dichos cambios se hicieron exigibles mayores reservas a las compañías, mayores precios de las Rentas Vitalicias y al haberse dado esos incrementos en la probabilidad de sobrevivencia de los individuos, se desligó un efecto incremental en el capital necesario para pensionarse y al mismo tiempo sobre el valor del siniestro, lo que en últimas podría desencadenar un aumento de la prima cobrada por el seguro.

En segundo lugar, según Fedesarrollo (2011) los costos derivados del hecho de que las aseguradoras de vida deban emplear un interés técnico de 4% real para efectos del cálculo de las reservas.

La tasa de interés técnica corresponde a la tasa de interés que se utiliza al realizar el cálculo actuarial de las reservas técnicas y dicha tasa de interés técnica se fijó en 4% a través de la

Resolución 610 de 1994, el mismo año en el que empezó a ejecutarse el nuevo sistema pensional.

En ese momento, el nivel de la tasa de interés técnica correspondía a un porcentaje atractivo frente a las condiciones económicas del país, permitiéndole a las aseguradoras cobrar precios muy cautivadores por las pólizas, ya que la pérdida actuarial podía compensarse ampliamente con los ingresos provenientes del rendimiento de las inversiones. No obstante, la situación macroeconómica actual es muy diferente de la que predominaba en ese entonces y la vulnerabilidad de las compañías ha aumentado debido a la combinación de varios factores: por una parte, una reducción de las tasas de interés de largo plazo en los últimos años (frente a la exigencia de descontar a una tasa real del 4%) y por otra parte, a las compañías les resulta difícil calzar los pasivos de largo plazo (alrededor de 30 años) con activos de largo plazo, como consecuencia de la limitada disponibilidad de los mismos debido al bajo desarrollo del mercado de capitales en el país.

Lo cual implica que la brecha entre el rendimiento de las inversiones y la tasa de interés técnica del 4% real se ha reducido sustancialmente en los últimos años, ocasionando que las compañías tengan un espacio menos holgado para cubrir los costos de la operación del negocio, las rentas de los pensionados y evitar una pérdida actuarial.

Y en tercer lugar, de acuerdo con Fedesarrollo (2011), el costo y los riesgos relacionados con el mandato de que las pensiones de salario mínimo deben ajustarse con base en el aumento del salario mínimo decretado por el Gobierno Nacional si éste es superior al incremento de la inflación (Artículo 14 de la Ley 100 de 1993); gracias a este mandato, las aseguradoras se ven enfrentadas a una mayor incertidumbre frente al cálculo de los incrementos en las mesadas pensionales, pues el aumento del salario mínimo es incierto y puede depender de variables políticas además de técnicas, como por ejemplo el aumento de la productividad.

Además, restringe la oferta de Rentas Vitalicias para afiliados de bajo ingreso, que son los que más los necesitan, dificultando el cálculo del riesgo asegurable de las coberturas previsionales.

Los anteriores aspectos generan sobrecostos al Seguro Previsional, específicamente sobre el capital necesario para pensionarse, por lo que, de no tomarse las medidas necesarias por parte del gobierno nacional para enmendar estas inconsistencias, podría generarse inseguridad e incertidumbre respecto a la financiación del RAIS.

En consecuencia, el panorama antes descrito evidencia falencias que aún persisten en el Sistema General de pensiones, y que se predicen desde la implementación del seguro social como forma de instauración de la seguridad social; esas deficiencias surgidas con ocasión a la nociva administración y financiación del entonces seguro social se ven reflejadas en las fallas que continúan en la actualidad en cuanto al sostenimiento del sistema, pues factores como la baja cobertura y las altas tasas de informalidad laboral dejan ver que el sistema pensional colombiano, financieramente no es sostenible.

Así que, con el objeto de comprender el comportamiento que ha tenido la sostenibilidad en el sistema general de pensiones, es importante hacer mención en primera instancia en el concepto de sostenibilidad y en qué estriba la sostenibilidad fiscal, para luego, sí poder entrar a analizar la sostenibilidad financiera, la cual constituye el tema central de éste acápite.

LA SOSTENIBILIDAD

La sostenibilidad según la Organización de las Naciones Unidas –ONU- es aquel desarrollo dirigido a satisfacer las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades; en otras palabras, cuando nos referimos a la sostenibilidad significa que debemos actuar en el presente, pensando en el futuro con el fin de garantizar el bienestar social y económico de generaciones venideras.

Con respecto a la sostenibilidad fiscal, se entiende que al instituirse como instrumento para alcanzar de manera progresiva los fines del Estado Social y Democrático de Derecho, está encaminada a promover en términos presupuestales el interés general sobre el particular, a racionalizar la economía y a establecer mecanismos de control y seguimiento al gasto

público, que sirvan de criterio de rentabilidad y sostenibilidad de las finanzas públicas; es decir, como lo sostiene Aguilera (2014) “la sostenibilidad fiscal tiene como objetivo el garantizar que el poder ejecutivo, legislativo y judicial en sus actuaciones atiendan y desarrollen los criterios de sostenibilidad, sostenimiento, financiamiento a futuro y estabilidad económica” (p. 111).

La sostenibilidad fiscal fue introducida en el ordenamiento jurídico como principio constitucional mediante el Acto legislativo 03 de 2011, sin embargo la Corte Constitucional en Sentencia C- 288 de 2012 adujo:

No existe evidencia que se esté ante un nuevo principio constitucional o ante una reformulación de la arquitectura de derechos, principio y valores que informan la Carta Política. Se trata simplemente de un marco que al carecer de naturaleza y peso específico de los principios constitucionales, no cumple objetivos autónomos ni prescribe mandatos particulares que deban ser optimizados, sino que es una herramienta que solo adquirirá validez y función constitucionalmente relevante cuando permita cumplir los fines para los cuales fue prevista (p. 125).

En efecto, se ha entendido que la sostenibilidad fiscal no es ni un derecho ni un principio constitucional, ni representa un fin esencial del Estado, sino que es un instrumento orientador que asegura la consecución de los fines del Estado.

De modo que, siendo la sostenibilidad fiscal una pauta a seguir en nuestra organización estatal en tanto apunta a satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos, es vital que exista unidad y equilibrio económico en todos los órganos que conforman el Estado, de ahí la importancia de la sostenibilidad financiera que se predica del Sistema Pensional (Acto Legislativo 01 de 2005), pues ésta incide significativamente en el gasto público y la deuda pública.

Por tanto, es indispensable tener claridad de la noción de la sostenibilidad financiera con el propósito de resaltar sus aspiraciones más notables en cuanto a su trayectoria en el sistema

pensional. De acuerdo con la Contraloría General de la República –CGR- (2013), la sostenibilidad financiera de un sistema de pensiones se traduce en:

Un estado equilibrio, que por naturaleza es a largo plazo, implica manejo y administración adecuada. Se debe revisar dentro de un ciclo propio de la seguridad social, las variaciones, históricas y proyectadas, del conjunto de factores que intervienen - la tendencia demográfica - en especial las tablas biométricas, el comportamiento de la económica - crecimiento y tasas de interés - y el empleo – la informalidad y el desempleo – debe continuamente ser verificado.

El equilibrio del sistema se traduce en un estado de solvencia del sistema para cubrir las prestaciones y beneficios que ofrece a la población actual que ha causado sus derechos, a la población actual que está en camino de madurar los derechos prestacionales, y a la que está próxima a ingresar bajo un esquema de cargas y beneficios (p. 74).

Vale la pena decir en este punto que, la sostenibilidad financiera comprende el concepto de permanencia en el tiempo en la medida que se debe proyectar el presupuesto a largo plazo con el fin de mantener las condiciones básicas de los ciudadanos y así lograr garantizar sus derechos.

Ahora bien, hemos venido discutiendo acerca de las problemáticas que se han suscitado en torno a la crisis del modelo pensional colombiano, la cual tiene sus antecedentes desde la creación del mismo, pues no se previó adecuadamente su financiamiento, por lo que es posible afirmar que los intentos por enmendar el problema han partido del fracaso económico de un sistema preexistente.

Consecuencia de esto, se ha intentado a través de reformas y contrarreformas mejorar la sostenibilidad del sistema que viene con una deuda pública desde el ISS y CAJANAL que aún no ha sido posible finiquitarla.

Por ejemplo, tal como lo presentó el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (como se citó en Peláez y Tamayo, 2016) con la ley 100 de 1993 se logró reducir el costo fiscal de las pensiones a cargo del Estado de un 292.3% del PIB a un 162%, posteriormente con la ley 797 de 2003 la carga se redujo a 144% del PIB y finalmente, el Acto legislativo 01 de 2005 que introdujo el principio constitucional de la sostenibilidad financiera, lo redujo a niveles del 129,5% del PIB, debido a que además de introducir tal principio, recortó muchos beneficios que impactaban fuertemente el sistema. Beneficios como: eliminación de la mesada 14, eliminación del régimen de transición establecido por la ley 100 de 1993, eliminación de regímenes especiales y exceptuados con exclusión del régimen de la Fuerza pública y el presidente, e impuso el tope pensional máximo en 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No obstante, si bien estas reformas han buscado diseñar un sistema adecuado, ello no ha sido logrado a cabalidad por razones que ya hemos reseñado y que resumiremos en las próximas líneas.

El sistema pensional en Colombia se pensó de manera que el Estado cubría con su presupuesto todo aquello que no se alcanzaba asegurar con los aportes de los afiliados y los empleadores; esta modalidad de financiación causó gran impacto en la administración del ISS y Cajanal por cuanto su déficit operacional aumentó cuando se les cambió la naturaleza jurídica sufriendo así importantes afectaciones presupuestales. Pasaron de ser establecimientos públicos con patrimonios independientes constituidos en su mayoría con bienes o fondos públicos comunes producto de impuestos, a ser empresas industriales y comerciales del Estado, por lo que se vieron en la necesidad de asumir los pasivos pensionales cuyo pago estaba en cabeza del Estado.

De conformidad con el informe de verdad histórica realizado en conjunto por la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación se dice que aunque la ley 100 de 1993 introdujo considerables cambios en materia pensional que permitieron reducir el costo de las pensiones, su implementación le generó problemas financieros al ISS ya que con la creación de un régimen con dos subsistemas (RPM-RAIS) se

disminuyeron sus ingresos y aumentaron los egresos, impidiéndole durante los últimos años atender el número de afiliados existentes debido a que hubo una migración de afiliados del ISS hacia las AFPs.

Además, la asignación de cargas prestaciones adicionales tales como: el reconocimiento de la mesada 14 (sobre la cual no se había efectuado cotización alguna) y la obligación de asumir el reconocimiento de regímenes de transición (hoy en día eliminados con el Acto legislativo 01 de 2005) contribuyeron a generar un déficit aún mayor en el ISS.

De acuerdo con este estudio se afirma que: el déficit de RPM se explica en primer lugar por el desempleo en el país; en segundo lugar, por la inestabilidad laboral que conduce a que muchas personas laboren por unos pocos meses y que la fidelidad al SGP sea baja; tercero, por las altas tasas de informalidad laboral; y cuarto, por las cifras que demuestran que de los pocos afiliados que tiene el RPM frente a RAIS, son escasos los que cotizan efectivamente al sistema, cosa que no garantiza la sostenibilidad del mismo.

Conforme a la Contraloría General de la República (2013), el sistema pensional colombiano fue diseñado para funcionar con reservas:

No obstante la realidad histórica permite ver que éste solo alcanzó a ser un sistema de reparto simple porque no se constituyeron reservas sólidas y duraderas, que permitieran soportar el sistema con sus rendimientos a largo plazo. El costo actual de las pensiones debería cubrirse contando con rendimientos y recursos acopiados de las reservas, situación que no ocurre teniendo en cuenta que las reservas del ISS hoy Colpensiones, se agotaron desde el 2004, fecha a partir de la cual el Estado con cargo al presupuesto de la Nación ha tenido que fondear la diferencia entre los aportes de los cotizantes y las mesadas otorgadas. En el caso de Cajanal las reservas apropiadas en el FONPET para los distintos grupos de pensionados han tenido que ser complementadas de tiempo atrás para cumplir con el compromiso estatal de las pensiones de sus servidores (p. 55).

Como colorario, hay que destacar además, que el entonces seguro social y posteriormente el régimen de prima media ofreció pensiones que no guardaban una relación equivalente con los aportes realmente efectuados, que los altos subsidios otorgados implicaron una aplicación enorme de los recursos públicos a un pequeño grupo poblacional en detrimento del grueso de la población, afectando así la sostenibilidad del sistema, y por último que los traslados masivos que se dieron de RAIS a RPM, agravaron aún más la situación del sistema, pues en la administradora de RPM aumentaron los pensionados.

De conformidad con Camacho, Moreno & Rincón (como se citó en Duque y Duque, 2016), el sistema pensional colombiano es ineficaz y las constantes reformas estatales no han hecho más que agudizar una problemática social que no ha logrado los efectos esperados en el sistema y sus componentes, especialmente en las expectativas de los colombianos de una vida pos laboral con calidad, a partir del logro de una pensión digna.

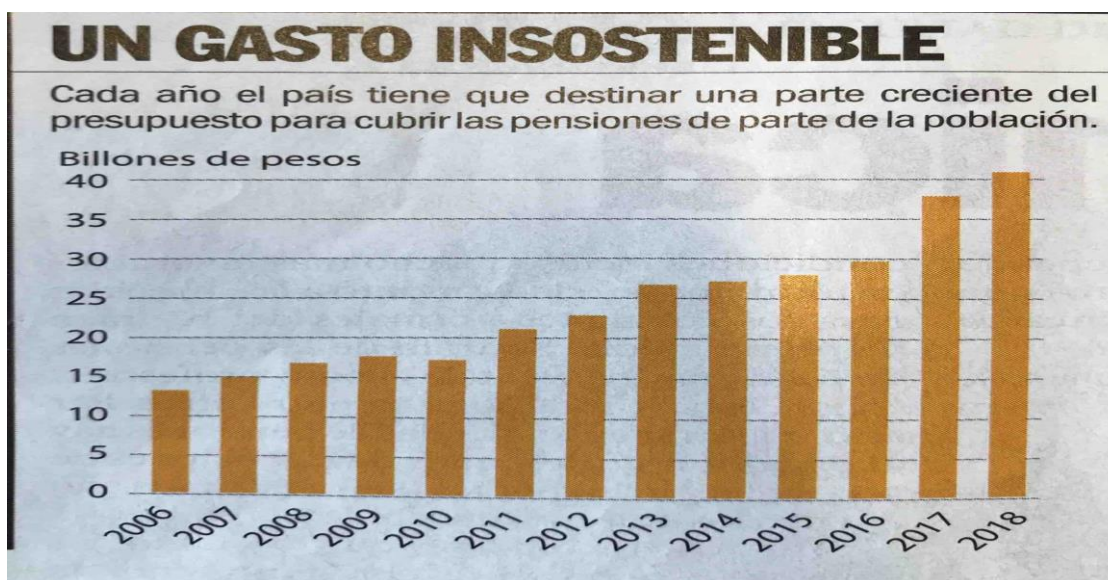
Así las cosas, la sostenibilidad financiera depende entonces del comportamiento de la economía y de la productividad laboral, de ahí el desequilibrio financiero en RPM. Según Olivera (2017), para pagar las pensiones se utiliza lo que los cotizantes pagan y lo que las personas traen de fondos privados, pero también hay que apoyarse en el presupuesto de la Nación. Como resultado de esto último que señala Olivera, el país ha tenido que gastar del presupuesto cerca de 300 billones de pesos en las pensiones de unos pocos (Ver gráfica 12), todo esto sin contar con los 41 billones que se gastarán el próximo año, el 4.5% del PIB, es decir un 8.8% más de los 37,8 billones destinados para este año. Y estos gastos en pensiones seguirán creciendo. Según cálculos de Anif, con la situación actual tendría que pagarse hasta 2050 alrededor de 114 por ciento del PIB de 2017. (“Pensiones: nuestra bomba atómica”, 2017).

Por otro lado, el problema de la sostenibilidad financiera no se puede reputar únicamente del régimen de reparto, ya que se debe tener en cuenta la financiación que conlleva el pilar solidario implícito en RAIS, el cual tal como se hizo referencia en el capítulo primero, se materializa a través del reconocimiento de la pensión mínima de garantía. Esta pensión es financiada con los recursos recaudados por las sociedades administradoras, pero cuando no

se alcanza el capital ahorrado para su financiamiento, debe nuevamente entrar el Estado a subsidiar y complementar lo necesario para que el afiliado obtenga una pensión mínima, aumentando de tal modo el pasivo pensional.

Es decir, de acuerdo con las causas previamente expuestas la insostenibilidad se predica de todo el sistema, no únicamente de un régimen. Ello nos deja ver que aunque el sistema no se encuentra totalmente desahuciado, si presenta falencias importantes que de no ser reconocidas y tratadas pueden llevar a que nuestro sistema pensional colapse. De manera que, no sería insensato pensar en posibles cambios estructurales que vayan en consonancia con la sostenibilidad financiera pero sin perder de vista principios como la solidaridad, universalidad y progresividad los cuales son importantísimos para el aseguramiento de los derechos de los ciudadanos.

Gráfica 12: Presupuesto para pensiones



Fuente: Pensiones: nuestra bomba atómica (24 de septiembre de 2017). Revista Semana, p. 22

En todo caso, cabe resaltar como recientemente el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, proceso 143-01, (C.P. César Palomino Cortés; Agosto 28 de 2018), analizó la importancia de estudiar que toda reforma normativa tenga como ruterio su sostenibilidad visto a futuro, consagrándolo así:

Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas. (p. 19)

III CAPÍTULO

ANÁLISIS DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE EN EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

Como se ha referido con anterioridad, la seguridad social está pensada para que en virtud de principios como la solidaridad y la ayuda mutua, se mejoren las condiciones de vida de todos los seres humanos. Así, según Durand (como se citó en Muñoz, 2011):

La seguridad social respalda la conformación y desarrollo de la familia, pues le brinda a todos sus integrantes tranquilidad frente al futuro, ya que suaviza las relaciones pecuniarias entre sus miembros y representa el deber de ayuda que debe existir en el primer lugar de la sociedad (p.45).

Es decir, la seguridad social al otorgar una cobertura integral de las necesidades socialmente reconocidas, se encamina a proteger además del individuo, a su familia, la cual constituye el núcleo básico de la sociedad, jugando así un papel fundamental en la consolidación de los vínculos familiares. Por eso, la mayor expresión de protección al grupo familiar en la seguridad social se encuentra en las prestaciones por muerte, las cuales tienen como fin amparar a los miembros de un grupo familiar cuando sufren la pérdida de la persona que les proporcionaba su sustento económico, evitando que su deceso afecte sustancialmente las condiciones de vida de los sobrevivientes.

En la actualidad, son dos las prestaciones por muerte que otorga el sistema pensional colombiano: la sustitución pensional y la pensión de sobrevivientes.

La Jurisprudencia Constitucional las ha definido como dos modalidades del derecho a la pensión (que es una manifestación del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Carta Política) y como prestaciones generadas en favor de aquellas personas que dependían económicamente de otra que fallece, con la intención de impedir que deban soportar las cargas materiales y espirituales por dicha pérdida.

Esta corporación ha resaltado además, que son los principios de justicia retributiva y de equidad, los que justifican que las personas que hacían parte del núcleo familiar del trabajador, tengan derecho a acceder al beneficio pensional del fallecido para menguar el riesgo de viudez y de orfandad, disfrutando post-mortem del estatus laboral del trabajador fallecido.

Con el ánimo de resaltar la fundamentalidad de las prestaciones por muerte, la Corte Constitucional, en Sentencia T-245 de 2017 identificó tres principios cardinales que las cimentan:

(i) Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante, de acuerdo con el cual “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”; (ii) principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados, en cuanto la prestación en comento se otorga en favor de ciertas personas que sostuvieron una relación afectiva, personal y de apoyo con el asegurado y; (iii) principio de universalidad del servicio público de seguridad social, “toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante” (p.13).

En pocas palabras, las prestaciones por muerte han pretendido entonces asegurar el derecho al mínimo vital de las personas que dependían económicamente del trabajador pensionado fallecido; empero, es importante destacar que dichas personas merecedoras de tal protección no han sido siempre las mismas, ya que a lo largo de la historia el otorgamiento de las pensiones por muerte ha obedecido principalmente a la realidad social del momento.

Lo anterior, nos conduce a la necesidad de examinar la inclusión de ciertos beneficiarios en las distintas épocas, para determinar cuál fue el móvil que llevó a tenerlos como beneficiarios en su momento y poder contrastarlo grosso modo con la problemática propuesta para esta discusión.

a) Antecedentes

De conformidad con Muñoz (2011), es factible señalar que las relaciones sociales y las imposiciones morales y religiosas presentes en la sociedad colombiana han incidido en el desarrollo histórico de la pensión de sobrevivientes en favor del grupo familiar. Así, esta prestación se concibió en una estructura familiar típica; en el que el vínculo patrimonial era indisoluble, no nacían o debían nacer hijos fuera del matrimonio, la mujer casada permanecía en el hogar y no podía ingresar al mercado laboral, lo que implicaba una dependencia económica respecto de su cónyuge quien era el que aportaba todo el sustento para todo su grupo familiar; de ahí que la prestación surgiera para amparar a la mujer en estado de viudez y a los huérfanos, pues eran estos quienes quedaban privados del sostén y por ende expuestos a nuevos estilos de vida.

En Colombia, las primeras legislaciones se orientaron a conceder recompensas y pensiones por la pérdida de familiares muertos en batallas o servicios en favor de la Independencia e instauración de la República, con lo cual se agradecía los importantes servicios prestados.

Con la pensión por servicios se reconocieron pensiones a favor del grupo familiar de militares y civiles que participaron en las batallas, así como participantes del acta de Independencia, muertos en campaña, ex presidentes, consejeros de Estado, personalidades destacadas de la vida nacional, entre otros.

En estos primeros reconocimientos, afirma Muñoz (2011) “se legislaba en favor de una familia clásica, esto es, padres unidos por el matrimonio, y se seguía lo dispuesto en el Catecismo: “el principal trabajo de la mujer es dentro de la casa y el del marido fuera de la casa” (p.48). De modo que, el reconocimiento pensional iba claramente dirigido a las viudas quienes por su situación se encontraban en estados de vulnerabilidad.

Al respecto es importante señalar que, teniendo como principal favorecida de las prestaciones por muerte a la mujer, se le exigían ciertos comportamientos de decoro para que su pensión no le fuere retirada. La mujer debía permanecer en un estado permanente de viudez y no

recibir otro tipo de ingresos, incluso en algún momento se pretendió que debía estar en estado de miseria o pobreza para poder ser acreedora de tal beneficio; lo cual indudablemente generaba una obstrucción al libre desarrollo de su personalidad y su derecho a la igualdad. Idea que tiempo después fue superada, permitiéndose el acceso a la pensión simplemente por el hecho de haber perdido a su cónyuge.

Siguiendo la misma línea, es dable sostener que la prestación por muerte se señalaba en principio como una prestación económica “para aliviar penalidades y miseria” o “como un auxilio pecuniario”, pues la muerte del padre dejaba en la pobreza y en un gran desamparo a la familia. Es decir, se trataba de una prestación femenina en la medida que buscaba proteger a las viudas y madres desamparadas por la muerte de quien proporcionaba el sustento familiar.

Ahora bien, después de la organización del régimen de seguros sociales en el país y la separación del sistema en sector público y privado (Ley 6 de 1945 – Ley 90 de 1946), las prestaciones por muerte tuvieron un tratamiento y avance diferente en uno y otro régimen, hasta la unificación del sistema en el año 1993 con la ley 100.

De un lado, el sector público no disfrutaba de una pensión de sobrevivientes, lo que existía era un seguro por muerte que de conformidad con el literal d del artículo 17 de la ley 6 de 1945 se establecía que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de “un seguro por muerte, equivalente a la cesantía que le hubiere correspondido y que se pagaría a sus beneficiarios o herederos”.

Un año más tarde, la ley 64 de 1946 en su artículo 11 ahondó un poco más en el tema del seguro por muerte desarrollándolo de la siguiente forma: “El seguro por muerte natural para los empleados y obreros nacionales será el equivalente a un (1) año de salario; pero si la cesantía que le hubiere correspondido fuere superior al valor del año de servicios, se indemnizara cubriendo el valor de esta. En caso de muerte por accidente de trabajo, trátase de trabajadores oficiales o particulares, se pagara a los beneficiarios respectivos una indemnización igual al valor de un seguro de vida doblado”. Ello significaba que lo que se le

otorgaba a los beneficiarios de los empleados y obreros nacionales, era un pago único como forma de indemnización por la labor prestada en vida de aquellos.

Más adelante, con la ley 171 de 1961 y la ley 5 de 1969 se habló de la pensión de sustitución y se aclaró quiénes eran los beneficiarios de la pensión una vez ocurrida la muerte del pensionado; en mencionadas leyes se estableció que tenían derecho a dicha prestación la cónyuge y sus hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieran económicamente de él, y que a falta de aquellos tendrían derecho los padres o hermanos inválidos y hermanas solteras del fallecido, siempre que no disfrutaran de medios suficientes para su congrua subsistencia y que hubieren dependido exclusivamente del jubilado. La pensión se concedía exclusivamente durante dos años, en consecuencia dicha prestación no era vitalicia.

Estas normas son claro ejemplo de la concepción social que se venía sosteniendo desde años atrás, pues en este momento únicamente se hablaba de la mujer como posible beneficiaria de la prestación por considerar que era incapaz para trabajar y suministrarse su propio sustento; de ahí que además de la cónyuge, se le otorgara a las hermanas solo cuando estuvieran solteras (entendiéndose que no estando casadas no tenían como sostenerse).

En cambio, la percepción que se tenía del hombre era diferente en tanto se estimaba que éste si poseía la suficiente capacidad para trabajar, no obstante cuando siendo hermano del trabajador fuere inválido, también se le consideraba beneficiario por no poder suplir individualmente sus necesidades.

Luego, según Aristizabal (s.f) con la entrada en vigencia de la ley 33 de 1973 se transformaron en vitalicias las pensiones de las viudas tanto para el sector público como para el privado y se creó el precedente de que podía existir compañera permanente, para lo cual la ley dispuso que sería excluyente, esto es, siempre y cuando no existiera cónyuge, pues si existía, la pensión no podía ser otorgada a la compañera. De manera que, se empezó de forma gradual a tener un pensamiento más amplio en cuanto a la conformación de las familias como resultado de los cambios sociales que inevitablemente sobrevienen en toda época.

Visto que la pensión era asignada solo a la cónyuge (mujer), con la ley 12 de 1975 se transformó este paradigma y se aclaró que la pensión también debía otorgarse al viudo, rompiendo de tal forma con otra de las ideas que venían de antaño.

Entonces, de la legislación para el sector público se desprende que en cuanto a prestaciones por muerte, se otorgaba la sustitución pensional (en tratándose del pensionado fallecido) y para quienes solo eran afiliados, no fueran beneficiarios se concedía un seguro por muerte; posteriormente, se superaron gradualmente las desigualdades existentes entre hombre y mujer, considerando finalmente al hombre como un beneficiario de las prestaciones; por último, las pensiones obtienen el carácter de vitalicias tanto para hombres como mujeres, teniendo en cuenta que en el año 1973 el beneficio únicamente lo ostentaba la viuda. Es así, como la ley 71 de 1988 instaura en su artículo tercero el carácter vitalicio de la sustitución pensional, señalando a su vez los beneficiarios de esta: cónyuge supérstite, ya sea compañero o compañera permanente, los hijos menores o inválidos y los padres o hermanos inválidos que dependían económicamente del pensionado.

En cuanto al sector privado, la ley 90 de 1946 fue la primera en hablar tanto de la pensión de sobrevivientes como de la sustitución pensional; precisando que, la muerte del asegurado concedía el derecho a las pensiones de viudedad u orfandad, si el asegurado hubiese completado el número mínimo de cotizaciones exigidas por ley, o si este hubiese fallecido siendo titular de una pensión no reducida de invalidez o vejez.

Posteriormente, con el decreto 3041 del 1966 y el Decreto 758 de 1990 (como se citó en Muñoz, 2011), se establecieron como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por muerte los siguientes: “1. En forma vitalicia, al cónyuge sobreviviente y, a falta de éste el compañero o la compañera permanente del asegurado; 2. Los hijos legítimos, naturales y adoptivos menores de 18 años, los inválidos de cualquier edad, los incapacitados por razón de sus estudios, siempre que dependieran económicamente del asegurado y mientras subsistieran las condiciones de minoría de edad; 3. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos, tenían derecho en forma vitalicia, los padres del asegurado incluidos los adoptantes, que dependían económicamente del causante; y 4. A falta de

cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos con derechos o padres, la pensión correspondía a los hermanos inválidos que dependían económicamente del asegurado y hasta cuando cesara la invalidez”.

Vale decir que, el desarrollo en materia de prestaciones por muerte para el sector privado fue mucho más expedito que en el sector público, en la medida que se superó con más agilidad aquel razonamiento que se hacía del papel del hombre y de la mujer en la sociedad.

Esta división fue superada con la expedición de la ley 100 de 1993, que unifica el Sistema de Seguridad Social en Colombia y en la que se concluye que las prestaciones a reconocer serían dos, Cortés (2011):

1. Cuando muere un PENSIONADO. Ante esta circunstancia, los únicos requisitos que exigía la Ley 100 de 1993 en su texto original para entrar a reemplazarlo en la percepción de la pensión era: probarse debidamente la muerte del pensionado y que éste ostentaba el estatus o calidad de tal al momento de su muerte, y formar parte del núcleo familiar en los términos de la ley;
2. Cuando quien muere es el AFILIADO. En este evento, el numeral 2° del artículo 46 de la Ley de Seguridad Social exigía en la etapa inicial de su vigencia que debía cumplirse ciertos requisitos en cuanto a la cotización (p.274).

Es decir, se empezó a conceder tanto la sustitución pensional como la pensión de sobrevivencia en ambos sectores –privado y público- lo cual fue una novedad para este último, porque antes en este sector solo se daban transmisiones de derechos (sustitución pensional) o el seguro, ya mencionado.

La ley 797 de 2003 reforma algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, especialmente lo relacionado con los requisitos para acceder a una pensión por muerte, el carácter temporal y vitalicio de la prestación y sus beneficiarios de dichas prestaciones.

Con todo, la Corte Constitucional se ha encargado de aventajar la importancia de las prestaciones por muerte concedidas en el sistema pensional colombiano, para lo cual y de manera ilustrativa se trae a colación:

1. Sentencia C-002 de 1999 declaró que la finalidad de la sustitución pensional es:

Suplir la ausencia repentina del apoyo económico que el pensionado ofrecía a sus familiares, y que el deceso de éste no determine el cambio sustancial de las condiciones de vida del beneficiario o beneficiarios, pues es un hecho cierto que en la mayoría de los casos la sustitución tiene el alcance de una ayuda vital para dichos beneficiarios, es decir, indispensable para su subsistencia. Desde esta perspectiva se puede advertir que el objetivo esencial de la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria (p.1).

2. Por su parte, en cuanto a la pensión de sobrevivencia, esta misma corporación en Sentencia C-1255 de 2001 expuso que su finalidad es:

Evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección. Esto significa que esa prestación “busca impedir que, ocurrida, la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento” (p.15).

Entonces, las prestaciones por muerte surgen como un mecanismo de protección familiar dirigido a quienes quedan desamparados por causa de la muerte del trabajador pensionado o afiliado, para que puedan seguir disfrutando de los beneficios producto de la actividad laboral de quien les proporcionaba lo necesario para su subsistencia.

Por tanto, se puede aseverar que el objetivo de la pensión de sobrevivientes es brindar apoyo al grupo familiar que ha sufrido la pérdida de uno de sus integrantes en el que cual yacía la responsabilidad económica.

Ahora, nos proponemos a detallar de acuerdo con la ley, la razón por la cual se han incluido ciertos beneficiarios en las prestaciones por muerte.

b) Beneficiarios

La ley 797 de 2003 que reforma el sistema pensional promulgado en la ley 100 de 1993, en su artículo 13 estableció como beneficiarios de las prestaciones por muerte a los siguientes:

1. En forma vitalicia: el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.
2. En forma temporal: el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagara mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años.
3. Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante mientras subsistan las condiciones de invalidez.
4. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este.

5. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

Una vez trascrita la norma, se procede a realizar revisión individual de cada uno de los beneficiarios de la ley 797 de 2003:

1. En forma vitalicia: el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Siguiendo lo anotado por Muñoz (2011):

No es desconocido que en nuestro país hasta hace algunos años la unión reconocida era la que se daba en virtud del matrimonio católico. En este sentido, se reconocía solamente al matrimonio católico como fuente de la pensión de sobrevivencia y dejaba por fuera el matrimonio civil, y qué decir de cualquier familia constituida por un vínculo de hecho.

Desde mediados de siglo, el matrimonio católico dio paso primero al matrimonio civil y después a la unión libre, como formas de constituir familia. De esta manera, se empezó a reconocer, aunque inicialmente de manera precaria, la existencia de familias fuera del vínculo matrimonial católico, hasta el reconocimiento expreso hecho por la ley 54 de 1990 sobre la unión marital de hecho (p.54).

En efecto, esto permite dilucidar que muy a pesar de la concepción del matrimonio que se tenía, la realidad social indicaba que se debía permitir el reconocimiento de derechos a otros tipos de conformación de familia que aunque no eran novedosos porque siempre estuvieron presentes en la sociedad, sí habían estado rezagados por considerarse en ocasiones como pecaminosos o por ser objeto de censura.

De manera que, dejar en total desprotección a estos nuevos tipos familiares, desnaturalizaba la finalidad de la pensión de sobrevivientes consistente en no desamparar a quien en vida convivió de forma permanente, responsable y efectiva con el fallecido pensionado o afiliado; y aún, más grave es desconocerlos a la luz de la Constitución Política de 1991 que proclama en materia de seguridad social la protección de la familia, la comunidad de vida en pareja, la real convivencia y los lazos afectivos, de apoyo y colaboración. De ahí, la importancia de reconocer nuevas tipologías familiares, ya que nuestra Carta Política y su desarrollo vía jurisprudencial no hace distinción alguna en las diferentes clases de familia, señalando a su vez que los nuevos tipos de familia detentan los mismos derechos que las familias tradicionales.

La Corte Constitucional, a través de Sentencia T-551 de 2010 afirmó que: “la familia es una realidad sociológica que fue objeto de reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991, en cuanto se le considere como el núcleo o sustrato básico de la sociedad” (p.33). Lo cual se traduce, en que el Estado y la sociedad tienen la obligación de brindar íntegra protección a todas las clases de familia sin importar el origen o la forma como se hayan concebido.

De suerte que, toda disposición debe entonces ajustarse a los cambios sociales que se susciten, y es aquí donde encontramos el fundamento de la inclusión de nuevos beneficiarios en las prestaciones por muerte.

2. En forma temporal: el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagara mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años.

Como nueva consagración se estableció que, hay prestaciones económicas vitalicias y temporales que fueron respuesta a los abusos de derecho que se cometieron en casos como los de CAJANAL; un ejemplo de ello, fue el caso de pensionados mayores, los cuales se casaban con personas mucho más jóvenes que ellos con la finalidad de alargar el beneficio

de esta prestación económica, defraudando de esta forma al sistema en donde los contribuyentes eran los que prácticamente financiaban esas pensiones. (Freddy Castro. *Historia de un amor pensional*. Revista Dinero. Marzo 23 de 2017.)

La reforma también trajo algo novedoso con relación a la convivencia, y fue que permitió la simultaneidad del causante con varias parejas, estableciendo la división de la pensión en cuotas determinadas de acuerdo con el tiempo de la convivencia, entre el cónyuge y el compañero(a) o compañeros(as) permanentes. Aspecto que llama la atención, en tanto se admite la poligamia cuando años atrás se perturbaba y juzgaba la bigamia.

En suma, el reconocimiento que se le ha venido dando a la unión marital de hecho como una nueva manera de conformación familiar no ha sido por simple capricho del legislador, sino por el obedecimiento que debe haber en la norma frente a la transformación de la sociedad. Y es precisamente el dinamismo de la sociedad, lo que nos obliga a repensar sobre el concepto de familia, porque la discusión no se reduce únicamente a la aceptación de familias consanguíneas sino que va más allá.

3. Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante mientras subsistan las condiciones de invalidez.

Del mismo modo, el reconocimiento pensional que han tenido los hijos a lo largo de la historia no ha sido tampoco pacífico, pues para ser acreedores se tenía en cuenta su distinción, según si fueran hijos legítimos o ilegítimos. Muñoz (2011) manifiesta “es claro que si no se aceptaban socialmente hijos por fuera del matrimonio, evidentemente los hijos que nacían en estas condiciones no tenían ningún tipo de derecho” (p.63). Así pues, se negaron derechos pensionales a muchos hijos concebidos por fuera del matrimonio; cuestión que ya ha sido superada.

De otro lado, también se discriminaba en cuanto al sexo, debido a que al igual que a la cónyuge, a las hijas mujeres se les brindaba una mayor protección por la simple razón de su condición de mujer, al hijo únicamente se le concedía tal prestación hasta cumplir su mayoría de edad y adquirir capacidad para labrar sus propios bienes.

Ahora bien, la protección del hijo en esta prestación está supeditada a ciertas condicionalidades en razón a que el propósito de este derecho no es premiar la ociosidad, sino amparar a quienes directamente reciben la pérdida de su padre o madre. Por tanto, es apenas obvio que la prestación por muerte se otorgue hasta el cumplimiento de la mayoría de edad o hasta la edad de 25 años si el hijo (a) se encuentra cursando sus estudios, pues en tal evento dependería todavía del sustento de sus padres. Diferente a lo ocurrido con aquellos hijos que por sus condiciones físicas, psíquicas o sensoriales, si necesitan permanentemente la prestación.

Por otro lado, teniendo en cuenta que en el párrafo del artículo 13 de la ley 797 de 2003 se exige específicamente que para acceder a esta prestación, el vínculo entre el padre y el hijo debe ser el establecido en términos del Código Civil Colombiano, esto es, debe tenerse necesariamente el vínculo consanguíneo, civil o jurídico.

Vale la pena decir que en vigencia de la ley 100 de 1993, sin las modificaciones introducidas por ley 797 de 2003, estaba abierta la posibilidad de considerarse como hijos a otros que no necesariamente tenían vínculos de sangre, sino lazos de hecho en razón al afecto y la solidaridad. Conforme a Cortez (2011), teniendo en cuenta que desde el punto de vista de la seguridad social el concepto de familia puede incluso trascender los linderos de la legislación civil, mediante Sentencia la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral.

Proceso 17607 (M.P. Francisco Escobar Enriquez; Mayo 06 de 2002) estableció que cuando estuviera comprobado inequívocamente que los denominados hijos de crianza y los hijastros, formaban parte del grupo familiar del causante y que se establecían en una verdadera relación paterno filial, en todos los aspectos personales, morales, afectivos, jurídicos y

económicos, siempre que se acreditara su dependencia económica, podrían también éstos en igualdad de condiciones, acceder a esta prestación.

En consecuencia, dadas las condiciones sociales y la posibilidad de interpretación que daba la norma en ese entonces, jurisprudencialmente fue posible abrir la brecha en temas pensionales a otras tipologías de familia, como la de crianza y la compuesta.

Si bien la interpretación acogida por la Corte Suprema de Justicia fue bien vista por algún sector, no ocurrió lo mismo en el legislador quien en aras de apaciguar la insostenibilidad del sistema, mediante la ley 797 de 2003 cerro la brecha al someter la prestación únicamente al vínculo consanguíneo, civil o jurídico.

La misma Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso 33481 (M. P. Isaura Vargas Díaz; Julio 29 de 2008) lo reseña al decir:

No sobra eso sí recordar que antes de la vigencia de las mentadas disposiciones que regulan hoy la pensión de sobrevivientes, la Corte había asentado el criterio que permitía bajo ciertas circunstancias, que no es menester aquí estudiar, considerar como beneficiarios del derecho pensional a personas que, pese a no contar con vínculos de sangre o civiles como los ya mencionados, respecto del causante se encontraran en una verdadera relación paterno filial. Pero tal criterio debió ser modificado ante el nuevo marco jurídico que imperativa restringe la calidad de beneficiario pensional a quienes de acuerdo con la ley civil pueden ser tenidos como padres, hijos y hermanos; tal como lo expresó la Corte en los términos de la sentencia de 14 de agosto de 2007.

Al respecto, Cortez (2011) señala que:

Las razones de índole económico no pueden prevalecer los derechos naturales que acompañan por ejemplo a los hijos de crianza y los llamados hijastros quienes por decisión del propio causante habían entrado a formar parte de su núcleo familiar,

siempre que se demuestre los lazos de afectividad, arraigo, compañía y dependencia (p. 45).

4. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este.

En cuanto a los padres, la prestación es otorgada especialmente en virtud de la solidaridad de los hijos hacia los padres, esclareciendo que estos beneficiarios son subsidiarios, ya que el legislador no les dio la calidad de principales. No obstante, es importante recordar que anteriormente y nuevamente en razón a la condición de la mujer, ésta prestación le fue concedida únicamente a la madre y, como señala Muñoz (2011), cuando esta tenía imposibilidad de obtención de recursos era compartida con la cónyuge del fallecido.

5. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

Los hermanos al igual que los padres, también tienen calidad de beneficiarios subsidiarios. En lo atinente a estos beneficiarios, las prestaciones por muerte según Muñoz (2011), se concedieron primeramente a las hermanas solteras que observaran buena conducta y no contaran con ningún tipo de fortuna, en virtud también del papel abnegado que tenía la mujer; luego, se incluyó también a los hermanos pero que fueran menores de edad.

Y posteriormente se le exigió un requisito adicional que aún persiste en nuestro tiempo y que consiste en que el hermano dependiente económicamente debe ser inválido.

Por lo tanto, las inclusiones de los beneficiarios no constituyeron intenciones simplemente banales del legislador, sino más bien fueron el reflejo, aunque de forma pausada, de lo requerido por la sociedad del momento. Dicho de otra forma, ello obedeció exclusivamente a las costumbres, a la lógica social, a las creencias y a las necesidades que ineludiblemente están siempre presentes en la sociedad; empero, la labor del legislador no ha sido del todo impecable en tanto en virtud de argumentos económicos y sectoriales, ha desconocido en

determinados momentos derechos de quienes pueden ser potencialmente acreedores de las prestaciones en comento.

Y en este sentido, cobra importancia revelar la desigualdad que se ha generado desde antaño, como señala Muñoz (2011), por la adjudicación de privilegios hacia ciertos sectores de la sociedad, por ejemplo a personas que habían prestado grandes servicios a la nación, las cuales debían mantener cierto ‘decoro social’; prerrogativas que aún se manifiestan y que se instituyeron como la causa desfavorable de que en el presente nuestra seguridad social se vea estratificada.

Con lo anterior se evidencia que, siendo la sociedad dinámica, y amparando nuestra Constitución Política a la familia como institución básica de la sociedad, no es aceptable premiar un único tipo de familia, ya que toda constitución familiar debe resguardarse en igualdad de condiciones.

Así pues, se considera que el legislador ha hecho un retroceso social por vía legislativa en lo concerniente al reconocimiento de las prestaciones por muerte de los hijos, puesto que como se anotó anteriormente al exigir que el vínculo entre padres e hijos o entre hermanos sea legal en los términos del Código Civil, está limitando el derecho que tienen otros miembros del núcleo familiar para acceder a las prestaciones por muerte. Miembros que ya han sido reconocidos en la doctrina y la jurisprudencia. Al decir de Muñoz (2011):

La seguridad social debe proteger al grupo familiar, pero no entendido de la manera tradicional, sino ir más allá, de acuerdo con los fenómenos sociales que hoy se presentan en la constitución familiar. Igualmente, la protección no puede traducirse solamente en el pago de unas mesadas pensionales, sino que debe existir una articulación con los sistemas educativos, de acceso a vivienda, bienestar social y políticas de empleo, que permitan aminorar las cargas tanto económicas como espirituales que significan la pérdida de un miembro de la familia (p.80).

Se trata entonces de un derecho que se construye día tras día, pero que no es predicable solo de los trabajadores, sino de toda persona, pues “cada ser humano debe contar con medios suficientes para satisfacer sus necesidades en niveles adecuados con su dignidad “para así ejercer su verdadera libertad. Aquí está entonces el reto: lograr comprometer al afiliado, a sus beneficiarios, a la familia, al Estado para construir una seguridad social que transforme las inequidades y las diferencias heredadas del pasado y lograr un camino de construcción hacia el logro del postulado constitucional (p.83).

En suma, son los fenómenos sociales los que ponen de manifiesto la importancia de examinar la carencia en la que quedan aquellas personas que aun cuando no estando unidas por vínculos sanguíneos o civiles, también pierden un ser querido, y que por consiguiente obligan a que se busquen soluciones en igualdad de condiciones para mitigar la incoherencia existente entre la sociedad y la legislación.

En aras de darle una mayor enriquecimiento comparativo al caso propuesto, se realizará un estudio sucinto de algunas legislaciones extranjeras en donde se ha beneficiado a otros miembros del grupo familiar distintos de los consagrados tradicionalmente, con la intención de demostrar que no es utópico ni imposible considerar la inclusión de otras personas en este tipo de prestaciones económicas.

c) Breve repaso de beneficiarios de otras legislaciones a nivel mundial

Históricamente, los sistemas pensionales a nivel mundial han respondido a importantes y diversos desafíos relacionados con temas como: cubrimiento de contingencias, ampliación de cobertura, beneficiarios, financiación, sostenibilidad, entre otros. En este acápite, se revisará de manera breve los beneficiarios de los regímenes pensionales en prestaciones por muerte contemplados en cuatro diferentes legislaciones del mundo, con el objeto de demostrar que se han incluido nuevos miembros del grupo familiar como beneficiarios, distintos a los frecuentemente consagrados.

1. España

En materia de nuevos beneficiarios frente a las prestaciones por muerte, España ha sido el mayor precursor, pues mediante el Real Decreto Legislativo 08 de 2015 por el cual se aprueba la Ley General de la Seguridad Social artículo 229, se reconoce a otros familiares como beneficiarios subsidiarios de la pensión de orfandad en el siguiente orden de preferencia: nietos y hermanos del causante menores de 18 años o mayores incapacitados; padre y madre del causante; abuelas y abuelos del causante; hijos y hermanos del titular de una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente mayores de 45 años y que reúnan los demás requisitos establecidos.

Esta pensión tiene preferencia sobre las pensiones de otros familiares y exige que mencionados familiares hayan convivido y dependido económicamente del causante con una antelación mínima de dos años a la fecha del fallecimiento.

2. Argentina

En este país, en principio se consagró mediante la Ley de Jubilaciones y pensiones (Ley N° 23.570 de 1988) como beneficiarios de la pensión por fallecimiento, además de las viudas o viudos: a los hijos e hijas solteras; hijas viudas que hubieran convivido con el causante en forma habitual y continuada durante los diez años anteriores a su deceso, siempre y cuando no gozaran de jubilación; hijas divorciadas o separadas de hecho por culpa exclusiva del marido que no percibieran prestación alimentaria de éste; y finalmente a los nietos y nietas solteras, y a las nietas viudas que no gozaran de jubilación, y que fueran huérfanos de padre y madre hasta los dieciocho años de edad.

Lo interesante de ésta norma es que la viuda o el viudo gozaban del beneficio de esta pensión en concurrencia con los descendientes antes mencionados, y la inclusión de los nietos como beneficiarios de la prestación.

No obstante ésta ley fue derogada y en su lugar se promulgó la Ley 24.241 de 1993 mediante la cual se crea el Sistema Integrado de Jubilaciones, que en su artículo 53 establece como derechohabientes a los siguientes parientes del causante; la viuda, el

viudo, la conviviente, el conviviente, las hijas solteras y las hijas viudas, excluyendo a los nietos.

3. Uruguay

En Uruguay, se estipula en la Ley de Seguridad Social (Ley N° 16.713, artículo 25) que los beneficiarios con derecho a la pensión de sobrevivientes son: las personas viudas; los hijos menores de veintiún años de edad y los hijos solteros mayores de veintiún años de edad absolutamente incapacitados para todo trabajo; los padres absolutamente incapacitados para todo trabajo; las personas divorciadas que perciban pensión alimenticia homologada judicialmente y prueben dependencia económica del fallecido.

4. Portugal

Por su parte en Portugal, mediante el decreto- Ley N° 322 de 1990 se consagra como beneficiarios de pensiones de supervivencia a los cónyuges, ex cónyuges y persona que vivía con el beneficiario en unión de hecho; descendientes tales como hijos menores de 18 años, nasciturus, adoptados y entenados (entiéndase como hijastro en Colombia), así como los ascendientes del beneficiario.

En consecuencia, no es desacertado entonces pensar en la inclusión de nuevos miembros del grupo familiar, pues visto este análisis de las prestaciones por muerte, contrastado con el contexto de derecho comparado, sin mayor apremio es posible concluir que con la condicionalidad de reunir determinados requisitos, se pueda incluir a nuevos beneficiarios.

Sin embargo, con el ánimo de ser responsables en tal aseveración, presentaremos en los capítulos siguientes el desarrollo de la familia como realidad sociológica y entraremos a observar principios como la sostenibilidad financiera, la universalidad y la progresividad para contrastarlos y determinar la conveniencia o no de tal inclusión.

IV CAPÍTULO FAMILIA DE CRIANZA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Examinados los capítulos anteriores sobre el modelo pensional, su panorama y las prestaciones económicas que otorga el sistema general de pensiones, se procederá a analizar la familia de crianza en nuestro país, haciéndose pertinente iniciar por el concepto de familia y la evolución que ha tenido mencionado concepto a nivel constitucional y jurisprudencial.

a) Concepto de familia

La familia es una realidad sociológica con una percepción dinámica y longitudinal, es decir que al tener un carácter maleable va acorde con un Estado multicultural y pluriétnico fundamentándose el derecho de cada individuo a conformar una familia de forma libre y responsable. Por tal motivo, en la actualidad el concepto de familia no es limitado ni único, pues por interpretación jurisprudencial se ha ampliado su concepción frente a la forma de constituirse y la protección que se le otorga a los distintos tipos de familia.

Así, nuestra Carta Política en su artículo 42 expresa que la familia constituye el núcleo fundamental de la sociedad, la cual puede ser constituida por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Dicho artículo, pretende enaltecer el principio de igualdad al núcleo familiar, por cuanto además de reconocer nuevas tipologías de familias pretende darle igual protección a “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica”.

Siguiendo la misma línea, la Corte constitucional mediante sentencia C-577 de 2011 entiende por familia:

Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos.

Po su parte el Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de julio de 2013 afirma:

Según lo precisa la Carta Política en el artículo 42, la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos (v.gr. el matrimonio o la unión marital de hecho), pero lo cierto es que su fundamentación filosófica reside en la solidaridad que se profesan los miembros y los integrantes de ese núcleo. Por lo tanto, es una estructura social que se constituye a partir de un proceso que genera vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus miembros. Por lo tanto, si bien la familia puede surgir como un fenómeno natural producto de la decisión libre de dos personas, lo cierto es que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor, lo que la estructuran y le brindan cohesión a la institución.

Refiriéndose al artículo 42 de la Carta Política sobre la familia, la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Civil. Proceso STC14680-2015 (M.P. Ariel Salazar Ramírez; Octubre 26 de 2015), precisó lo siguiente:

La citada norma consagra que la familia es el núcleo básico de la sociedad, por lo que es deber del Estado garantizar su protección integral, conforme a lo preceptuado en el artículo 5° de la Carta Política.

Esa comunidad puede conformarse por lazos naturales o jurídicos, producto del amor, el respeto, la convivencia y la solidaridad entre sus integrantes, quienes deciden construir una unidad de vida y desarrollar unas relaciones personales recíprocas para el crecimiento y bienestar de sus miembros.

Asimismo, los doctrinantes también han proporcionado definiciones sobre el concepto de familia:

Para Montoya y Montoya (2013), la familia es el conjunto de personas individuales, mínimo dos, que se origina en las relaciones jurídicas del matrimonio, de la convivencia de personas de igual o diferente sexo, de la filiación, del parentesco o de otra circunstancia específica consagrada por el ordenamiento jurídico.

El Doctor, catedrático y magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra (como se citó en Álvarez, 2013) define la familia en cuatro criterios:

- (i). El criterio de autoridad, en virtud del cual la familia se limita a los padres y los hijos no emancipados y por tanto bajo su dirección o autoridad;
- (ii). El criterio del parentesco, se refiere a la familia extensa señalando cuáles son los miembros que la conforman, definiendo los grados de parentesco limítrofes;
- (iii). El criterio de vocación sucesoral hace alusión a quienes tienen vocación hereditaria, es decir hasta los sobrinos; y
- (iv). El criterio económico, “en este sentido, la familia se reduce a aquellas personas que se encuentran bajo el mismo techo, incluyendo los servidores domésticos y que depende de las fuentes de producción”.

Para el magistrado de la Corte Suprema de Justicia Aroldo Quiroz Monsalve (como se citó en Álvarez, 2013) la familia se constituye de diferentes formas:

Cuando la Constitución señala que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, está reconociendo el deber de proteger a cada uno de los miembros y a renglón seguido establece la forma de constituirse, ya sea por vínculo jurídico, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, lo enunciado permite afirmar que el contenido de la norma no es taxativo sino enunciativo, parte de la forma clásica de constituir una familia, de donde concluyo que el inciso primero de tal artículo hace referencia a una pluralidad de familias constituidas de diferentes formas.

Lo anterior permite entonces asegurar que de acuerdo con la jurisprudencia Colombiana, la concepción tradicional de familia ha pasado a un segundo plano, en tanto se ha reconocido

que la conformación de una familia como una comunidad de vida no obedece llanamente a vínculos históricamente reconocidos, sino más bien se ve reflejada en manifestaciones como la solidaridad, el apoyo mutuo, la fraternidad, el amor, el cariño entre otros.

Así, se asevera entonces que constitucional y jurisprudencialmente se ha garantizado la protección a los miembros de nuevos tipos de familia, resaltando que la importancia de la familia no se predica por quienes la constituyen o la forma como se establece o por la afiliación de sus miembros, sino por los fines esenciales que conlleva un Estado Social de Derecho como el nuestro.

Por tanto, se hace importante conocer cómo se dio el proceso evolutivo del concepto de familia en nuestra legislación, para de esta forma poder entender la importancia de su protección en nuestra sociedad.

b) Evolución del concepto de familia

Históricamente, conforme a Arévalo (2014), la familia ha sido objeto de diversas nociones en nuestro ordenamiento jurídico; a partir de la promulgación del Código Civil, la normatividad giraba entorno al fortalecimiento de la figura del patriarcado sobre el resto de la familia, según la cual tanto los hijos, como las mujeres casadas, dependían de la autoridad del padre y del esposo.

El Código Civil seguía la concepción de la familia de la época romana en donde esta se entendía por medio de un vínculo formal, es decir el matrimonio, que era la conjunción entre la unión para toda la vida de un hombre y una mujer, que además de constituir un vínculo jurídico llevaba implícito un vínculo religioso.

Más tarde, ante la posibilidad de la ausencia del patriarca o marido se vio la necesidad de ajustar el ordenamiento jurídico para que la mujer tuviera mayores niveles de autonomía, pues anteriormente su rol en la familia era el de procrear y atender al marido y a los hijos.

A raíz de la autonomía brindada a la mujer, hubo una ampliación de las garantías para todos los hijos sin importar su procedencia, esto por cuanto existía una discriminación entre hijos naturales, adúlteros, incestuosos, legítimos y legitimados. Sin embargo, no es sino hasta 1994, cuando la Corte Constitucional declara inexequibles las anteriores expresiones para referirse a la forma de procedencia de los hijos.

El tema de familia ha sido estudiado por distintos doctrinantes, quienes han brindado diferentes dimensiones acerca de su clasificación y evolución. En una primera dimensión observamos que Montoya y Montoya (2013), resaltan la siguiente clasificación de la familia atinente a su origen y composición:

1. La familia nuclear, es la que está compuesta por padres e hijos o por la pareja de hombre y mujer sin hijos;
2. La familia extensa o parental, compuesta por un grupo de personas unidas por las diversas clases de parentesco establecidas por el legislador;
3. Familia Matrimonial, es aquella cuyo origen se encuentra en el matrimonio de la pareja que la conforma o que le da su nacimiento;
4. Familia extramatrimonial o natural, también se le llama marital constituida por la voluntad responsable de conformarla por un hombre y una mujer o de dos hombres o dos mujeres;
5. Familia monoparental, integrada por uno de los padres y sus hijos;
6. Familia biparental, integrada por ambos padres y los hijos;
7. Familia ensamblada, llamada también reconstituida, transformada o biparental compuesta, es aquella conformada por un hombre y una mujer, hijos comunes de ellos e hijos no comunes de ellos;
8. Familia diversa, compuesta por la unión de dos hombres o de dos mujeres, que puede ser matrimonial o extramatrimonial dependiendo de la legislación.”

En una segunda dimensión, Daza (2015), señala que en Colombia la familia ha tenido tres momentos principales: En un primer momento, se denominó a la familia como la legítima o la matrimonial, aquella que se conformaba a partir del matrimonio y su procreación y unión

sexual fueran legítimas; luego, se reconoció a la familia extramatrimonial, la cual se establecía por fuera de las normas matrimoniales (unión marital de hecho); y finalmente, se incorporó la familia adoptiva, mediante la cual a través de un acuerdo de voluntades el hijo adoptivo tiene los mismos derechos de un hijo biológico y procreado dentro del matrimonio. Este tipo de familia constituyó una medida de protección por excelencia, por cuanto su propósito era garantizarle un hogar idóneo y estable al menor.

No obstante, a partir de la constitución de 1991 no existe un solo tipo de familia ni un único concepto que la defina, puesto que el concepto de familia es cambiante y depende de la realidad social de un momento determinado de nuestra historia; por tanto, todos los tipos de familia son legítimos y titulares de protección constitucionalmente sin ningún tipo de discriminación, ya que la familia conforme a su naturaleza jurídica, que es la de un organismo natural, nace con el derecho a recibir protección constitucional para cada uno de sus integrantes.

La familia como institución, es la más importante dentro de una estructura de derechos, en tanto que esta es definida como núcleo esencial de un Estado, y al ser una estructura social se debe reconocer no solo el perfil maleable de acuerdo con la evolución de la sociedad sino garantizarle una efectiva protección en pro de los preceptos constitucionales.

c) La familia de crianza

La familia de crianza es considerada una nueva tipología de familia, creada jurisprudencialmente, pues las tres altas cortes han aportado a su concepto y desarrollo. De ahí que se considere necesario aludirlas.

La Corte Constitucional mediante sentencia T-070 de 2015, ha definido a la familia de crianza como:

Aquellas que nacen por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección, pero no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos. Sin embargo, la protección constitucional que se le da a la familia, también se proyecta a este tipo de familias (p.8).

Así, por ejemplo en el año 1997 esta misma corporación reconoció el derecho al pago de la indemnización de un soldado fallecido, a sus padres de crianza, por cuanto tuvo en cuenta, el trato, el afecto y la asistencia mutua que se presentaba en dicho núcleo familiar. De ahí, que se le extendieran los mismos efectos jurídicos que la de una familia tradicional.

En sentencia C-074 de 2016 la Corte Constitucional concluyó lo siguiente:

1. La protección constitucional de la familia se proyecta tanto a las conformadas por lazos biológicos y legales, como a las que surgen por las relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección.
2. En todos los casos estudiados, se presenta un reemplazo de la figura paterna o materna (o ambas), por los denominados padres y madres de crianza, es decir, se reemplazan los vínculos sanguíneos por relaciones materiales. Esto, dado que los jueces reconocen una realidad, que en virtud de los preceptos constitucionales debe ser protegida.
3. El juez constitucional, con el fin de proteger la institución de la familia, verificó en cada caso concreto, que efectivamente existieran vínculos de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección. Adicionalmente, que por parte de los integrantes de la familia, se diera un reconocimiento de la relación padre y/o madre, e hijo.
4. De conformidad con el principio de igualdad, se derivan las mismas consecuencias jurídicas para las familias de crianza, como para las biológicas y las reglas en cuanto acceso a beneficios prestacionales (p.13).

El presupuesto fundamental para la constitución de la familia de crianza se ha considerado que es el principio de solidaridad, pues la Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-525 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: Septiembre de 2016) sostuvo que:

Este deber resulta ser de la mayor importancia en las familias de crianza porque se convierte en el fundamento principal de su existencia. A tal conclusión se llega al notar que estas familias se constituyen por la disposición voluntaria de una o dos personas que deciden comprometer su patrimonio y tiempo en favor de un menor. Sin embargo, tal compromiso no se queda en el plano material únicamente, sino que fruto de esa decisión y entrega se comienzan a generar lazos afectivos entre los sujetos de esta relación de facto, concretándose, entonces, la formación de una unidad de vida familiar entre ellos (p.24).

Además de la solidaridad, esta corporación en la misma sentencia, se ha referido al vínculo de afecto como un elemento primordial para la existencia de las familias de crianza, ya que este criterio es el que justifica y permite que se desplace esa presunción de familia Biológica en pro de la familia de crianza:

De acuerdo con este criterio, cuando un menor ha sido separado de su familia biológica y puesto al cuidado de una familia distinta durante un lapso lo suficientemente largo como para que se hayan formado vínculos afectivos entre el menor y esa familia de crianza, la separación del menor de esa familia, lo afecta psicológica y emocionalmente y perturba la promoción del interés superior del menor, razón por la cual, el ámbito de protección del derecho del menor a tener una familia y no ser separado de ella se traslada, preferiblemente, hacia su grupo familiar de crianza (p.26).

Ahora bien, gran parte de la doctrina y la jurisprudencia considera que para que exista o se conforme una familia de crianza, se hace necesario que sus integrantes interactúen con personas diferentes a las que comparten un parentesco biológico o jurídico. No obstante, esta misma corporación aclaró mediante sentencia T-525 de 2016, que en eventuales casos como este, lo que existe es una familia por asunción solidaria de la paternidad, a partir de la figura del co-padre de crianza, por lo cual precisó que también gozará de protección constitucional en igualdad de condiciones que la familia de crianza. Al respecto expreso:

En los casos en que no existe un reemplazo de los vínculos con los ascendientes de un menor, sino que una persona de la familia asume las responsabilidades económicas actuando en virtud del principio de solidaridad, y las relaciones materiales, en principio no nos encontraríamos frente a la figura de familia de crianza como se ha reconocido tradicionalmente en la jurisprudencia.

(...)la persona que asume como propias las obligaciones que corresponden a los padres de los menores de edad actúa según el principio de solidaridad, convirtiéndose en un co-padre de crianza por asunción solidaria de la paternidad del menor.

(...) se derivan las mismas consecuencias jurídicas para las familias conformadas por un co-padre de crianza por asunción solidaria de la paternidad, como para las biológicas y las legales, en lo referente a acceso a beneficios prestacionales (p.29).

Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado acerca de la familia de crianza:

- Sección cuarta. Radicación número: 05001-23-31-000-2009-00197-01 (C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Mayo 06 de 2009):

La familia de crianza está constituida por una situación de hecho con la finalidad de formar o mantener los hijos por unas personas diferentes de los padres consanguíneos o biológicos, consolidándose como núcleo fundamental de la sociedad, voluntaria y responsablemente constituida (p. 7).

- Sección Tercera. Proceso 31252 (C.P. Enrique Gil Botero; Julio 11 de 2013):

Es posible hacer referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza”, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza”, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que

el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales (p. 26).

- Sección Tercera Subsección C. Radicación número: 18001-23-31-000-1996-09831-01 (C.P. Olga Melida Valle de la Hoz. Mayo 09 de 2011):

Esta Sección también se ha pronunciado en favor del reconocimiento de los derechos que le asisten a los padres de crianza cuando la relación de afecto se encuentra probada, accediendo a reconocer un valor igual al admitido en favor de los padres biológicos; “de allí que se puedan yuxtaponer las mismas como “tertium comparatio”, en atención a que se trataría de una lógica igual para las dos situaciones” (p. 22) .

Adicional a los pronunciamientos arriba expuestos sobre la familia de crianza, el Consejo de Estado de la mano de la Corte Constitucional han esclarecido que las familias constituidas por vínculos de consanguinidad, como por ejemplo los abuelos que acogen a los nietos cuando los padres están ausentes para brindarles todo lo necesario para su formación y sostenimiento, no pueden ser apartadas de la clasificación de familia de crianza, ya que excluir a este tipo de familias por el hecho de tener cualquier tipo de parentesco por vía de consanguinidad, podría conllevar a vulneraciones y desconocimientos de derechos como el derecho a la igualdad.

La Corte Suprema de Justicia se ha manifestado frente a los hijos de un grupo familiar, señalando lo siguiente:

- Sala de Casación Laboral. Proceso 17607 (M.P. Francisco Escobar Enriquez; Mayo 06 de 2002):

Es conocido que desde un enfoque sociológico el grupo familiar puede estar integrado por hijos no carnales, como adoptivos, hijastros y de crianza, es decir, aquellos que son acogidos y cumplen en la realidad y en todo sentido un rol filial en la familia, pese a no tener lazos directos de consanguinidad con los padres o con uno de ellos, de modo que si llegasen éstos a faltar sufrirían los efectos del desamparo dada su dependencia emocional y económica.

- Sala de casación Civil. Proceso STC6009-2018 (M.P. Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; 9 de mayo de 2018):

El grupo familiar está compuesto no solo por padres, hijos, hermanos, abuelos y parientes cercanos, sino que incluye también a personas entre quienes no existen lazos de consanguinidad, pero pueden haber relaciones de apoyo y afecto incluso más fuertes, de ahí que no haya una única clase de familia, ni menos una forma exclusiva para constituir la.

Es posible concluir entonces que, se ha dado un reconocimiento para esta nueva tipología familiar y que dicho reconocimiento supone ineludiblemente la garantía de derechos fundamentales necesarios para su normal desarrollo en igualdad de condiciones que una familia tradicionalmente reconocida en el ordenamiento jurídico; pues, al suscitarse también en este tipo de familias dependencias económicas, en donde uno de los sujetos o miembro de dicha familia asume el rol de cabeza de familia al contraer la responsabilidad económica del resto de los miembros, para de esa forma proveer lo necesario para su subsistencia, al fallecer la persona que había asumido esa carga económica además de generar una carencia sentimental, se ocasiona un ambiente de necesidad, convirtiéndose esta situación materia de protección para la Seguridad Social.

En Colombia, muchos menores son acogidos por familias distintas a la biológica, ya sea por abandono o muerte de sus progenitores, o por una deficiente situación económica; estas

familias les brindan un trato igual que a un hijo natural basado en respeto, amor, solidaridad y demás; ofreciéndole a su vez, todo lo necesario para su buen desarrollo y formación.

De acuerdo a la Encuesta Nacional de Demografía y Salud del año 2010 (en la Encuesta Nacional de Demografía y Salud del año 2015 no fue tema de análisis la familia de crianza), encargada del estudio sobre la composición de los hogares en Colombia, define los niños de crianza como aquellos/as que viven en hogares con ninguno de los padres presentes.

En Colombia el número de niños menores de 15 años para el año 2010 era de 60.326, de los cuales el 7,1% son niños de crianza, es decir 4.283 niños. Siendo los departamentos del Chocó, Córdoba, Sucre y Bolívar los que más casos registran.

De las anteriores estadísticas se infiere que, la familia de crianza comporta una proporción significativa en nuestro país, por lo que el reconocimiento de esta nueva tipología de familia en nuestra legislación representa un progreso en materia social; sin embargo, ese reconocimiento y la garantía de derechos fundamentales no se puede predicar para unos cuantos miembros como hijos o padres de crianza, sino dicha protección debe materializarse en todos los sujetos que conforman la familia de crianza sin importarles al Estado los desafíos económicos que puedan desencadenarse; puesto que, la protección constitucional a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, como lo ha señalado la Corte Constitucional, es susceptible de ser ampliada a cualquier familia que no se haya constituido formalmente, siempre y cuando estén presentes el trato, afecto y asistencia mutua similares a las que se predicar de las familias formalmente constituidas, ya que todos vínculos subjetivos brindados dentro de las familias de crianza son suficientes para que el Estado los reconozca y les garantice una igualdad efectiva y real.

Entonces, al haberse concedido tal reconocimiento por vía jurisprudencial a este tipo de familia, se desencadenan automáticamente efectos que podrían causar impacto no solo en tema pensional, sino de carácter social, ya que la familia de crianza aunque no haya sido materia de un extenso análisis, no es ajena a nuestra realidad social, por lo que la no inclusión de estos individuos como beneficiarios del sistema pensional no solo atenta contra derechos fundamentales de personas que se encuentra en situaciones vulnerables sino que se

estaría yendo en contra vía de los principios constitucionales y de los fines esenciales de nuestro Estado Social de Derecho.

En razón de lo anterior, en el capítulo siguiente se hará un análisis para verificar la viabilidad de la inclusión de la familia de crianza como beneficiarios de las prestaciones económicas por muerte en el Sistema General de Pensiones frente a los principios constitucionales y los principios que sustentan el sistema pensional, a la luz de la sostenibilidad financiera.

V CAPÍTULO

VIABILIDAD DE LA INCLUSIÓN DE LA FAMILIA DE CRIANZA COMO BENEFICIARIOS DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE A LA LUZ DE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

Visto lo anterior, llegamos al culmen de nuestra investigación en el sentido de verificar la viabilidad de la inclusión de la familia de crianza como beneficiarios de las prestaciones económicas por muerte en el Sistema General de Pensiones, por lo cual se considera oportuno iniciar el presente capítulo señalando los principios que sustentan el sistema pensional y los principios relacionados con el concepto de familia, que atañen directamente al problema de investigación planteado.

Para tal fin, se realizará un recorrido analítico desde lo general hacia lo particular, esto es, estudiando desde la filosofía constitucional, los principios y valores promulgados por la Carta Política, pasando por las disposiciones legales, hasta llegar a las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales que han dado paso a nuevas concepciones de la familia en temas pensionales; aplicando a su vez, la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

1. Principios:

La seguridad social en Colombia al ser un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, y que está sujeta a los principios constitucionales de eficiencia, universalidad, solidaridad, progresividad, irrenunciabilidad y sostenibilidad financiera, se ha reconocido como un derecho fundamental que además de servir como soporte al Estado Social de Derecho, es indispensable para la preservación de otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, al mínimo vital, a la dignidad humana, al trabajo y a la educación.

La jurisprudencia constitucional le ha dado a la seguridad social el tratamiento de derecho fundamental, en tanto considera que no resulta razonable separar los derechos económicos, sociales y culturales de los fundamentales como sucedía en un principio; dado que, todos los derechos se conectan de manera directa con los valores que en la Constituyente se quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución, y porque además la importancia de la seguridad social de acuerdo con la Sentencia T-200 de 2010 con Magistrado Ponente , Humberto Antonio Sierra Porto, radica en que:

““Su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional’ constituyendo así un elemento esencial en la materialización del Estado Social de Derecho” (p. 15).

De manera que, la seguridad social se constituye como un presupuesto determinante para la efectiva consolidación de los principios que emanan de la Constitución y que rigen el Estado colombiano.

A su vez, el reconocimiento de prestaciones económicas otorgadas por el Sistema General de Pensiones, como subsistema de la seguridad social que tiene por objeto garantizar el amparo de la población contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, constituye para los beneficiarios conforme a la jurisprudencia constitucional, un derecho fundamental al estar dentro de los valores tutelables como el derecho a la vida, a la seguridad social, al trabajo, y por ser inalienable, inherente y esencial; es decir, se le da el tratamiento de derecho fundamental por estar conexo a otros derechos consagrados constitucionalmente como fundamentales.

En lo que respecta a las prestaciones por muerte que otorga el sistema pensional, esta misma Corporación ha aclarado que la pensión adquiere el carácter de fundamental cuando los beneficiarios son sujetos de especial protección constitucional (como niños, personas de edad avanzada, personas con disminuciones psíquicas y sensoriales) y cuando la prestación se

encuentre ligada directamente al mínimo vital y a una vida en condiciones dignas; todo ello sin perder el carácter de derecho social y económico.

La Corte Constitucional asentó el mencionado carácter fundamental, a través de la Sentencia C-1094 de 2003, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño:

Constituye uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social. La finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado fallecido. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades (p.12).

Como se estudió en el capítulo tercero, las prestaciones económicas que otorga el Sistema Pensional derivadas de la contingencia de muerte son la sustitución pensional y la pensión de sobrevivientes, las cuales están encaminadas básicamente a impedir que ocurrida la muerte del afiliado o pensionado, su grupo familiar no se vea obligado a soportar de manera individual las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento, sino que por el contrario, puedan sus beneficiarios mantener el mismo estatus social y económico con que contaban cuando vivía el causante, con el objetivo de no ser sometidos a desprotección alguna o incluso a la miseria.

Por ende, el razonamiento de la jurisprudencia constitucional a través de sentencia C-111 de 2006, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, ha consistido en que:

Cualquier decisión administrativa, legislativa o judicial que desconozca esa realidad, e implique por consiguiente la reducción de las personas a un estado de miseria,

abandono, indigencia o desprotección, debe ser reiterada del ordenamiento jurídico por desconocer la protección especial que la Constitución le otorgó al mínimo vital y a la dignidad humana como derechos inalienables de la persona, y a los principios constitucionales de solidaridad y protección integral de la familia, como soportes esenciales del Estado Social de Derecho (p.16).

1.1. Principio de universalidad y solidaridad

La cobertura de las contingencias en el sistema pensional debe estar dirigida a amparar a todas las personas residentes en Colombia, sin discriminación de ninguna índole y en todas las etapas de su vida; además, en virtud del principio de la solidaridad, el Estado como garante debe propender por asegurar las condiciones mínimas de vida digna a las personas, a través del reconocimiento prestacional de derechos pensionales, pues como se ha mencionado anteriormente, con ello se busca proteger el núcleo fundamental de la sociedad que es la familia.

De conformidad con Cañón, 2016:

La solidaridad es unánimemente aceptada como ‘un principio básico’ y ‘fundante’ de la seguridad social y puede entenderse en dos sentidos: una solidaridad general en virtud de la cual todos los miembros de la sociedad prestan su colaboración al bien común aportando todos los medios necesarios para el suministro de las prestaciones a quienes las necesitan con independencia del interés particular en la obtención del beneficio y una solidaridad entre generaciones, según la cual cada generación debe proveer a la tutela de las generaciones pasivas (p.5).

Se entiende de tal forma, que la solidaridad a parte de consolidarse como un valor humano dirigido a la práctica de la ayuda mutua, es fundamento del Estado social de derecho y por ende del modelo colombiano de la seguridad social.

1.2. Sostenibilidad fiscal

Como se mencionó en el capítulo segundo, aunque la sostenibilidad fiscal fue incluida en el ordenamiento jurídico como principio constitucional mediante el Acto legislativo 03 de 2011, la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 288 de 2012 hizo la salvedad de que no se trata ni de un derecho ni de un principio constitucional, pues simplemente es un marco o una herramienta orientadora que solo adquirirá validez y función constitucionalmente relevante cuando permita la consecución de los fines del Estado para los cuales fue prevista.

1.3. Sostenibilidad financiera

Igualmente como fue desarrollada en el capítulo segundo, la sostenibilidad financiera de un sistema de pensiones se predica de la estabilidad, el buen manejo y adecuada administración de los recursos captados por el sistema para cubrir las prestaciones y beneficios de la población que ha causado sus derechos, así como de la que está en proceso de causarlos.

1.4. Principio de progresividad

En virtud del principio de progresividad y no regresividad se entiende que una vez alcanzado cierto nivel de protección de un derecho, no puede el legislador retroceder arbitrariamente en detrimento de los beneficios adquiridos por las personas, so pena de extralimitarse en su poder.

Además este principio demanda como obligación para el Estado la adopción de medidas positivas que permitan obtener una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados, para así lograr dar cumplimiento a los preceptos constitucionales que ordenan satisfacer de manera progresiva los derechos económicos, sociales y culturales básicos de los ciudadanos; es decir, que en un Estado social de derecho como el nuestro las políticas deben estar dirigidas a superar las desiguales existentes en la sociedad con el ánimo de erradicar del ordenamiento jurídico toda medida que implique empeorar una situación de

exclusión o marginación, pues desde el constituyente lo que siempre se pretendió alcanzar fue una igualdad real y efectiva.

De acuerdo con Calvo (s.f):

La jurisprudencia constitucional ha señalado que al Colombia ser un Estado social de derecho implica que “las autoridades están obligadas a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y participación de sectores más marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la nación, y a estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad”. Dicho mandato lo fundamenta en los artículos 1 (principio de la dignidad humana y de la solidaridad), 2 (fines esenciales del Estado), 13 (promoción de condiciones de igualdad real y efectiva), 334 (acceso efectivo a los bienes y servicios básicos por las personas de menores ingresos) y 366 (prioridad del gasto social en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales) de la Constitución Política (p.6).

Es así que, este principio engloba la obligación estatal de procurar cada vez más el mejoramiento del goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales con miras a superar todo tipo de desigualdad que se presente en el marco del Estado Social y de derecho.

1.5. Principio de protección integral de la familia

En el artículo 42 de la Constitución Política se consagra el principio de protección integral de la familia, en donde se reitera la obligación de protección del Estado y la sociedad para con dicha institución, y se establecen principios bases para su interpretación. En dicha disposición constitucional se afirma que la familia puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos, ya sea por la libre determinación de dos personas de contraer matrimonio o por la voluntad libre y responsable de conformarla, señalando adicionalmente que los hijos

habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes.

Ello implica entonces, que se deja en libertad al hombre y a la mujer para unirse con o sin matrimonio, quedando protegidas y garantizadas por la ley las uniones libres, así como la igualdad de derechos y obligaciones de los hijos provenientes de cualquiera de estas uniones.

No obstante, el citado artículo 42 deja un panorama que puede ser abierto a interpretaciones de acuerdo con las nuevas realidades sociales, pues del mismo podríamos decir que, permite extender dicha protección a otros tipos de conformación familiar distintos a los tradicionales, enalteciendo de tal forma el principio de igualdad intrínseco en el núcleo familiar, consistente en que se le debe brindar un trato igual de respeto y protección a todos los tipos de familia sin discriminación alguna contra cualquiera de sus miembros.

1.6. Principio de igualdad al núcleo familiar

El principio de igualdad al núcleo familiar está a su vez íntimamente conectado al principio de pluralismo constitucional consagrado en la Carta Política, el cual encuentra su sustento en sus artículos siete y catorce, en donde se expresa que el Estado debe reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, así como respetar el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica al que tiene derecho toda persona. Por consiguiente, el reconocimiento debe encaminarse en paridad de condiciones a cualquier grupo de personas que convivan y establezcan una comunidad de vida juntos, sin distinción étnica o cultural, sino por el contrario ajustándose a la realidad social.

Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-577 de 2011, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, adujo que:

El “carácter de maleable de la familia” se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia “de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales”, pues, por razón de la variedad, “la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados”, por lo que “no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia” (p.67).

De manera que, la conformación de la familia es flexible en tanto se reconoce a nivel constitucional las distintas maneras de interrelación que puedan tener las personas para formar una comunidad de vida. Todo ello en virtud de los principios de igualdad al núcleo familiar y del pluralismo.

Esta misma Corporación elevó en el año 1992 a principio constitucional la unidad de la familia, y concluyó en sentencia T-070 de 2015, Magistrada Ponente Martha Victoria Sáchica Méndez, que del artículo 42 constitucional se derivan las siguientes características:

(i) No existe un único tipo de familia, sino que en concordancia con el artículo 7, nos encontramos frente a un pluralismo, el cual permite la existencia de diversos tipos de familias; (ii) el constituyente consagro un espacio a la familia de hecho en condiciones de igualdad con otros tipos, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 14 de la Carta vigente; (iii) es deber del Estado y la sociedad garantizar la protección integral a la familia; (iv) uno de los fundamentos esenciales de las relaciones familiares es la igualdad de derechos y deberes de la pareja y el respeto entre sus integrantes; (v) la armonía y unidad de la familia es destruida cuando se presenta cualquier forma de violencia; (vi) todos los hijos tienen iguales derechos y deberes; (vii) la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, tiene el deber de asistir y proteger a los niños; (viii) es función de la familia preparar a las nuevas generaciones así como la formación de la personalidad de los menores; (ix) la familia es el ámbito natural dentro del cual debe cuidarse y prepararse la infancia; (x) para la efectividad de los derechos constitucionales de los niños, los cuales tienen carácter prevalente, es

necesaria la unidad de la familia, como presupuesto indispensable; (xi) los derechos de los miembros de la familia deben ser compatibles con los intereses generales prevalentes tanto de la institución misma como de la sociedad colombiana que reconoce en ella su núcleo fundamental (p.6).

Es decir que, la Corte Constitucional ha ampliado la protección de la familia a la luz del principio del pluralismo, señalando que mencionada protección va dirigida a todo tipo de familia, incluso a aquellas conformadas de hecho, que atienden a conceptos como la convivencia, el afecto, la protección, el auxilio, la solidaridad y el respeto; es por ello que, la familia de crianza en el ordenamiento jurídico colombiano también goza de protección constitucional; y por tanto, es acreedora en igualdad de condiciones de todos los derechos y obligaciones de los que goza una familia tradicional conformada ya sea a través del matrimonio, o por una unión de hecho o por vínculos consanguíneos.

1.7. Principio de estabilidad económica y social de la familia

Otro de los principios constitucionales que exalta el reconocimiento que se le debe dar a las familias de crianza en lo que tiene que ver con las prestaciones por muerte y que sustentan su aparición, es el denominado principio de estabilidad económica y social de la familia, ya que con este principio lo que se pretende es asegurarle al beneficiario por lo menos el mismo grado de seguridad social y estabilidad económica con que contaba antes del fallecimiento de su ser querido, para que este continúe gozando de condiciones dignas para vivir.

1.8. Principio de interpretación pro homine o pro persona

En virtud del principio de interpretación pro homine o pro persona, es necesario que ante una dualidad de interpretaciones, se prefiera aquella que más favorezca la dignidad humana y que sea garantista, o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental; en consecuencia, siendo el derecho pensional una condición ineludible para la

debida consecución y materialización de otros derechos fundamentales constitucionalmente salvaguardados, se hace imperioso tanto para el Estado como para sus órganos que se considere la inclusión de nuevos beneficiarios en las prestaciones por muerte (como los miembros de la familia de crianza) con la finalidad de reconocer los cambios sociales que se suscitan en el diario vivir, para que de esta forma haya armonía entre las realidades sociales y la dinamicidad inherente del derecho.

De acuerdo con los principios reseñados en los párrafos anteriores, se procede a analizar la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales en aplicación a los principios ya mencionados.

2. Teoría del núcleo esencial

La Teoría del Núcleo esencial o contenido esencial de los derechos fundamentales, fue creada por la doctrina y por la jurisprudencia constitucional con el objeto de proteger y blindar los derechos humanos fundamentales contra cualquier tipo de vulneración que se suscite ante eventuales modificaciones legales o interpretaciones jurisprudenciales.

Esta teoría asegura los ámbitos de protección centrales y característicos de los derechos, los cuales no pueden ser suprimidos en el marco constitucional porque se constituyen como indispensables para el eficaz ejercicio de los derechos.

Ahora bien, hemos enfatizado a lo largo de esta investigación que los derechos sociales, económicos y culturales aun cuando no aparecen en el texto constitucional como fundamentales, adquieren tal calidad cuando su desconocimiento coloca en situación de amenaza o peligro a otro que sí lo es, conformando de esta manera una unidad de protección íntegra. Así, es posible afirmar entonces que tanto el legislador como el juzgador violentan el contenido mínimo del derecho pensional (por muerte) de los miembros de la familia de crianza al no reconocerlo, pues el ámbito intangible de mencionado derecho se califica por el carácter de inherente a la condición humana, o sea, tiene relación directa con la dignidad

humana promulgada por nuestra carta política como principio constitucional y como derecho fundamental.

Se predica tal correlación, en tanto la garantía pensional por muerte es la que le permite a los miembros familiares continuar gozando de los medios necesarios para subsistir dignamente, es decir, para continuar con su plan vital y poder de esta manera vivir como quiera, vivir bien y vivir sin humillaciones.

Adicionalmente, está ligado al derecho fundamental al mínimo vital, el cual supone el derecho al que tiene toda persona de vivir según el estatus adquirido a lo largo de su vida; estado que aparte de llevar implícito condiciones económicas, incluye otros derechos, también fundamentales, como la salud, la igualdad, la educación, la vivienda y la protección social. Luego, se entiende que al depender económicamente una persona de otra, y quedar sin su amparo, le es imposible a toda luz lograr sostener su mismo estatus social y económico sin la ayuda que le proporcionaba su familiar fallecido.

Con respecto a ésto, la Corte Constitucional en sentencia T-199 de 2016 acentuó:

Esta corporación ha reconocido la relación entre el acceso a la sustitución pensional y la garantía al mínimo vital, toda vez que la primera está concebida como aquella que se genera a favor de las personas que dependían emocional y económicamente de otra que fallece, con el objetivo de asegurar la atención de sus necesidades básicas. En este sentido, se ha reconocido que se trata de una institución que busca brindar una protección especial a quienes se encuentran en situación involuntaria e insufrible de necesidad y la segunda “como aquellos recursos absolutamente imprescindibles para solucionar y satisfacer no solamente las necesidades ordinarias de alimentación y vestuario, sino aquellas relacionadas con la salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, factores insustituibles para la preservación de la calidad de vida (p.9).

En suma, el núcleo esencial del derecho a la pensión como derecho fundamental, engloba una infinidad de condiciones sin las cuales la persona no puede proporcionarse por lo menos sus necesidades básicas, quedando de este modo en una desprotección, que va en aumento cuando los afectados son los niños y los adultos mayores; de ahí que, no sea razonable ni justo despojar de tales beneficios a aquellas personas que quedan en situación de abandono; ya que en virtud de los principios constitucionales y de los principios de la seguridad social, se estaría atentando contra una multiplicidad de derechos fundamentales que afectaría directamente el desarrollo integral de la persona que pierde no solo a un ser querido sino a la persona que propendía todo lo necesario para su supervivencia.

Unido el estudio de los principios con la teoría del núcleo esencial, nos proponemos señalar la viabilidad de la inclusión de los miembros de la familia de crianza como posibles beneficiarios de las prestaciones por muerte.

3. Viabilidad de inclusión de beneficiarios

En lo tocante a los beneficiarios de las prestaciones por muerte consagrados en el artículo 13 de la ley 797 de 2003, se han presentado en diferentes oportunidades razonamientos variados por parte de las Altas Cortes y algunos doctrinantes administrativos. Se ha discutido, si cabe la posibilidad de adoptar una hermenéutica amplia de la norma, o si por el contrario debe entenderse tal disposición taxativamente.

Así, la Corte Constitucional ha dicho que mencionada disposición no lleva necesariamente a excluir a los hijos de crianza de ser beneficiarios de dicha prestación, pues el juzgador no se puede quedar en la literalidad de la norma e ignorar los principios de solidaridad, igualdad y prevalencia del derecho sustancial, ya que lo correcto es analizar cada caso en concreto para determinar la existencia o no del derecho.

Por tanto, a través de Sentencia T-525 de 2016, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio, esta corporación fijó unas subreglas para la determinación del acceso a la pensión de

sobrevivientes o sustitución pensional en lo concerniente a la familia de crianza. A continuación se enunciarán con el objeto de verificar cuáles son los presupuestos necesarios para acceder a la seguridad social en materia de pensiones:

- (i) La solidaridad, que se evalúa en la causa que motivó al padre o madre de crianza a generar una cercanía con el hijo que deciden hacer parte del hogar y al cual brindan apoyo emocional y material constante, y determinante para su adecuado desarrollo.
- (ii) Reemplazo de las figuras paternas o maternas (o ambas), por los denominados padres y madres de crianza, es decir, se sustituyen los vínculos consanguíneos o civiles por relaciones de facto. Podrá observarse si el padre de crianza tiene parentesco con el hijo, pero no será determinante en la evaluación de la existencia de la familia de crianza, ya que en la búsqueda de la prevalencia del derecho sustancial se privilegiará la crianza misma así provenga de un familiar, es decir, no importa la existencia de vínculos consanguíneos, pues en tal caso también se podrá constituir una familia de crianza.
- (iii) La dependencia económica, que se genera entre padres e hijos de crianza que hace que estos últimos no puedan tener un adecuado desarrollo y condiciones de vida digna sin la intervención de quienes asumen el rol de padres. Es el resultado de la asunción del deber de solidaridad, las normas legales y constitucionales que regulan la institución de la familia y las disposiciones que buscan garantizar ambientes adecuados para los menores.
- (iv) Vínculos de afecto, respeto, comprensión y protección, que se pueden verificar con la afectación moral y emocional que llegan a sufrir los miembros de la familia de crianza en caso de ser separados, así como en la buena interacción familiar durante el día a día. Lo anterior porque, como lo han reconocido tribunales internacionales y esta corporación la “familia esta donde están los afectos”.
- (v) Reconocimiento de la relación padre y/o madre, e hijo, que exista, al menos implícitamente, por parte de los integrantes de la familia y la cual debe ser observada con facilidad por los agentes externos al hogar, ya que como lo ha reconocido la corte desde 1999, la familia es un concepto amplio que puede ir mas allá de sus

miembros consanguíneos y cuya intensidad, acogimiento y comprensión pueden observarse en otro tipo de relaciones.

(vi) Existencia de un término razonable de relación afectiva entre padres e hijos, que permita determinar la conformación de relaciones familiares. no se determina a partir de un término preciso, sino que debe evaluarse en cada caso concreto con plena observancia de los hechos que rodean el surgimiento de la familia de crianza y el mantenimiento de una relación estable por un tiempo adecuado para que se entiendan como una comunidad de vida, esto, porque como lo ha establecido esta corporación, es necesario que transcurra un lapso que forje los vínculos afectivos.

(vii) Afectación del principio de igualdad, que configura idénticas consecuencias legales para las familias de crianza, como para las biológicas y jurídicas, en cuanto obligaciones y derechos y, por tanto, el correlativo surgimiento de la protección constitucional. En la medida en que los padres de crianza muestren a través de sus actos un comportamiento tendiente a cumplir con sus obligaciones y deberes en procura de la protección y buen desarrollo de los hijos, se tendrá claro que actúan en condiciones similares a las demás familias, por lo que serán beneficiarias de iguales derechos y prestaciones, en virtud de la constitución nacional, el pacto internacional de derechos civiles y políticos y diversos pronunciamientos en sede de constitucionalidad.

Vale decir que, aun cuando esta corporación admite una interpretación amplia del artículo antes citado, abriendo la posibilidad de incluir en determinados casos a los miembros de las familias de crianza, considera como requisito sine qua non demostrar los presupuestos mancomunados precedentemente expuestos. En efecto, sin la evidencia clara de aquellos, no es posible determinar la existencia de los vínculos familiares en esta tipología familiar y en consecuencia no se constituirían como acreedores de las prestaciones económicas en mención.

Retrocediendo un poco en el tiempo, la Corte Suprema de Justicia, en el marco de la ley 100 de 1993 consideraba que una aplicación restrictiva de la norma acerca de los beneficiarios iba

en contravía con el derecho pensional; en tal sentido, mediante Sentencia del 6 de mayo de 2002 resaltó que una interpretación taxativa de la norma aunque fuera válida en el derecho civil de familia, resultaba demasiado represiva para el de la seguridad social, cuyo objetivo y filosofía radica en proteger a las personas frente a las contingencias que afecten su calidad de vida y las puedan colocar en situación indigna de un ser humano; aunado a esto, conforme al principio de universalidad, el servicio de la seguridad social debía proteger a todas las personas en todas las etapas de su vida, sin discriminación alguna. Refirió además que:

En efecto, es conocido que desde un enfoque sociológico el grupo familiar puede estar integrado por hijos no carnales, como adoptivos, hijastros y de crianza, es decir, aquellos que son acogidos y cumplen en la realidad y en todo sentido un rol filial en la familia, pese a no tener lazos directos de consanguinidad con los padres o con uno de ellos, de modo que si llegasen éstos a faltar sufrirían los efectos del desamparo dada su dependencia emocional y económica. No tendría, entonces, sentido que la ley de seguridad social excluyera de su ámbito de protección por razones estrictamente formales a sujetos que en modo ostensible la requieran y la merecen, máxime si se trata de menores e inválidos, a quienes el Estado quiere esmerarse en resguardar (p.4).

Es decir, que según la interpretación de esta corporación los hijos de crianza podrían en casos concretos ser acreedores de las prestaciones por muerte; sin embargo, llama la atención que en el año 2007 la Corte Suprema de Justicia varió su jurisprudencia cerrando tal brecha interpretativa con ocasión a la promulgación del párrafo único del artículo 13 de la ley 797 de 2003, el cual dispuso que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano sea el establecido en el Código Civil. De esta manera la Corte Suprema de Justicia se apartó de su posición aduciendo que en virtud de dicha norma no es posible continuar con tal interpretación.

Por su parte, el Consejo de Estado (como se citó en Corte Constitucional Sentencia T-525 de 2016) aunque no se ha pronunciado sobre la interpretación del mentado artículo, sí ha reconocido que siendo la familia el núcleo fundamental de la sociedad, ésta es susceptible de ser ampliada a cualquier familia no constituida formalmente, cuando ha existido trato, afecto

y asistencia mutua similares a las que se predicen de cualquier familia formalmente constituida, como sucede con la familia de hecho, también denominada de crianza.

Atendiendo a estas consideraciones, es factible aseverar que la protección de la familia de crianza en lo atinente al derecho pensional, no ha sido eficaz para garantizar los derechos fundamentales conexos a este derecho económico, puesto que, normativamente no se consagra como beneficiarios a la familia de crianza y no hay unanimidad en la ampliación interpretativa de la norma por parte de las Altas Cortes, ya que mientras la Corte Constitucional mantiene una interpretación amplia en virtud de los principios de solidaridad, igualdad y prevalencia del derecho sustancial, el Consejo de Estado no ha enfatizado en la interpretación del artículo mencionado y la Corte Suprema de Justicia se ciñe a la literalidad de la norma; lo cual genera inseguridad jurídica y desprotección de posibles beneficiarios.

Asimismo, con relación al tema de inclusión de nuevos beneficiarios del sistema pensional, doctrinantes administrativos han fijado posturas que se consideran oportunas traer a colación, por ejemplo:

3.1. Ministerio de Hacienda

De un lado el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (como se citó en Corte Constitucional. Sentencia T-525, septiembre 27 de 2016. M. P. Palacio Palacio, Jorge Iván), sostiene que, incluir a otros beneficiarios, por ejemplo a los nietos, ocasionaría una grave lesión a la ley, pues dejaría sin sustento la voluntad del legislador y la jurisprudencia, además vulneraría el principio de sostenibilidad financiera en la medida que se generaría por parte del RAIS una menor posibilidad para pensionarse y se afectaría mayormente la sostenibilidad del RPM, ya que para que se de cualquier tipo de modificación o creación de un derecho pensional, hay que observar primeramente su fuente de financiamiento y establecer serios límites en los potenciales beneficiarios, para que de esta manera exista siempre un debido sostenimiento del régimen. Indicando adicionalmente, que existen otros mecanismos para cubrir las necesidades de una familia que el Estado brinda como Familias

en Acción, Régimen Subsidiado y educación gratuita y no necesariamente debe ser dentro del sistema pensional.

3.2. Colpensiones

Colpensiones por su parte (como se citó en Corte Constitucional. Sentencia T-525, septiembre 27 de 2016. M. P. Palacio Palacio, Jorge Iván), resalta la trascendencia del principio de sostenibilidad financiera y de la armonización que debe existir con la libertad de configuración del legislador, precisando a su vez que otras instancias no pueden desconocer las facultades que éste tiene por mandato constitucional y que el reconocimiento por ejemplo, de los hijos de crianza, como beneficiarios de la figura de la pensión de sobrevivientes, no solo estaría atentando contra el equilibrio de poderes, sino contra el equilibrio financiero del régimen pensional.

3.3. Asofondos

Finalmente, Asofondos (como se citó en Corte Constitucional. Sentencia T-525, septiembre 27 de 2016. M. P. Palacio Palacio, Jorge Iván), destaca los avances jurisprudenciales que se han logrado en materia de familia de crianza, no obstante reitera la necesidad de verificar la existencia real de una dependencia económica entre la persona pensionada y la persona que está solicitando una prestación económica, ya que dicha situación es lo que le ha proporcionado al legislador fundamentos razonables a la hora de establecer los beneficiarios del sistema pensional. Concluye diciendo, que otorgarle una sustitución pensional a un nieto afectaría los principios de unidad, integralidad y sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones

Una vez verificada la legislación, las posiciones de doctrinantes administrativos y revisados los pronunciamientos jurisprudenciales, se establece que el fundamento de no inclusión de nuevos beneficiarios se encuentra en la posible insostenibilidad del sistema, lo cual ha sido desvirtuado por la misma Corte Constitucional al señalar que la sostenibilidad no puede ser

nugatoria de derechos de personas que se pueden ver beneficiadas, máxime si se tiene en cuenta que la familia de crianza es una realidad social verificada actualmente por la constante evolución e interacción de las relaciones humanas.

Razón por la cual no es posible limitar la protección a concepciones meramente formales, sino que aquella debe obedecer a criterios objetivos y sustanciales surgidos de las distintas maneras que tienen las personas para relacionarse y de la solidez con que surjan dichos vínculos.

En efecto, si bien la sostenibilidad financiera es indispensable para la obtención de los fines esenciales del Estado, no puede por ello, trasladarse a un segundo plano el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales especialmente si lo que se procura es una igualdad real y efectiva para todos los asociados. De ahí, que este principio se constituya como una limitante a la libertad de configuración legislativa, en tanto se presume como inconstitucional toda aquella medida que recorte o limite el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho, o que suponga un incremento en las condiciones de acceso al derecho para la población más vulnerable o que disminuya de manera progresiva los recursos públicos destinados a satisfacer el derecho.

Se señala entonces, que la sostenibilidad financiera no puede contraponerse en ningún caso a la garantía de los derechos, sino que estos dos deben estar en armonía constante y complementarse, se recuerda que la sostenibilidad fiscal, se estableció como un criterio orientador para la consecución de los fines esenciales del Estado, sin que pueda verse afectado el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Así pues, consideramos viable la inclusión normativa de la familia de crianza como beneficiarios de las prestaciones por muerte debido a que los reconocimientos y las prestaciones económicas deben ser brindadas en paridad para todas las tipologías de familia, en virtud de los principios de igualdad y pluralismo; pues de no ser así, estaría el Estado desconociendo las salvaguardas concedidas por la Constitución y la ley, poniendo además en riesgo el desarrollo vital de la familia, especialmente el de la población infantil.

Por esta razón, el derecho debe ajustarse de manera que se reconozca y brinde protección a aquellas relaciones familiares, donde las personas no están unidas por vínculos civiles o naturales, sino en virtud de lazos de afecto, solidaridad, respeto y asistencia; de ahí que, deba entenderse como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional a los hijos naturales, adoptivos, de simple crianza y de crianza por asunción solidaria de la paternidad.

De cualquier modo, la satisfacción de un derecho social, como el que aquí se defiende, en armonía con la eficacia y la cobertura, debe en lugar de reducirse, ampliarse de manera gradual de acuerdo con la capacidad económica e institucional del Estado en cada momento histórico; además, no es aceptable que se le endilguen consecuencias financieras por la mala administración del sistema a aquellas personas que, quedando en un desamparo tanto económico como espiritual son acreedoras de un derecho prestacional.

De otro lado, la limitación de los derechos pensionales a este grupo familiar en pro de la sostenibilidad financiera no aparece como la solución idónea para mantener financieramente el sistema.

En consecuencia de lo arriba expuesto, los posibles impactos financieros y fiscales que pueda tener el sistema pensional, no son argumento razonable o discutible cuando lo que se persigue es salvaguardar los derechos fundamentales de la familia, por el contrario, la sostenibilidad debe ir en concordancia con el principio de progresividad, puesto que un Estado evolucionado como el nuestro, además de cumplir con sus compromisos financieros, debe suplir todas las necesidades de sus ciudadanos y garantizar el cumplimiento de sus derechos sociales económicos y los de su familia, pues en razón a la cobertura familiar promovida por el sistema de seguridad social, le corresponde asistir a todos los miembros de la familia sin distinción alguna, sin importar la forma como se constituyen los diferentes tipos de familia.

Por ende, sí el régimen pensional colombiano tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra la contingencia derivada de la muerte, a través del reconocimiento de

pensiones y prestaciones establecidas en la ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura para aquellos segmentos de la población no cubiertos por el sistema, no es correcto entonces restringir de tales beneficios a una tipología familiar que ya ha sido reconocida con base en disposiciones constitucionales.

Adicionalmente, hay que destacar que de acuerdo con el estudio realizado en el segundo capítulo de la presente investigación, el régimen pensional presenta un déficit fiscal que se reputa desde su creación; es decir que, la sostenibilidad del sistema no es una problemática que nos aqueje por motivos actuales, sino por el contrario tiene que ver con factores que se suscitaron en el marco de diferentes momentos históricos, que aún impactan considerablemente nuestra generación y que han obstaculizado el desarrollo financiero del sistema, truncando a su vez en diversas ocasiones posibilidades de progreso y avance social. Factores tales como la baja cobertura, la inequidad, las altas tasas de reemplazo concedidas, las bajas edades para pensionarse frente al cambio demográfico, el desequilibrio entre regímenes, los traslados permitidos, entre otros; producidos la mayoría de veces con ocasión a la mala administración del sistema.

No puede entonces, aseverarse indiscriminadamente que con la ampliación de los beneficiarios de las prestaciones por muerte, el sistema pensional colapse y no pueda seguir financiando pensiones, pues aunque por mandato constitucional el Estado debe garantizar la sostenibilidad financiera y condicionar las nuevas reformas en materia pensional a este principio, ello no obsta para que el Congreso en su plena facultad legislativa no haya considerado la inclusión de la familia de crianza como beneficiarios del sistema pensional, para de esta forma evitar que se continúe violentando el núcleo esencial de dichos derechos fundamentales y se limite su materialización.

Cobra relevancia en este punto, la prescripción constitucional que ordena darle primacía a la garantía de la efectividad de los derechos fundamentales, los cuales en virtud del principio de progresividad suponen un proceso gradualmente, lo que implica que los derechos deben siempre mejorar, incrementando el grado de tutela en la promoción, respeto, protección, garantía e impidiendo la regresividad del disfrute de los mismos.

Asimismo, en virtud del principio de pluralismo anteriormente aludido, no le es dable al Estado discriminar nuevas tipologías de familia que han surgido con ocasión a la evolución constante de la sociedad, por cuanto como se ha venido refiriendo nos encontramos en una sociedad plural en donde en virtud de las necesidades nuevas y la dinamicidad de la realidad no puede existir un concepto único y excluyente de familia, por el contrario, es deber del Estado predicar a este tipo de familias una igualdad material que garantice el goce efectivo de sus derechos y que estos cubran todo tipo de prestaciones a sus miembros sin discriminación de ninguna índole.

Como corolario, conforme a los argumentos expuestos, el Estado colombiano teniendo como fundamento el respeto por la dignidad humana, no puede menoscabar los derechos fundamentales en pro de interpretaciones netamente económicas; esto es, no puede invocar el principio de sostenibilidad financiera por encima de los derechos fundamentales que le son otorgados a todas las familias constituidas ya sea por vínculos jurídicos, consanguíneos o de hecho; más aún, en virtud del principio de protección integral de la familia, privarlas del disfrute del derecho a la pensión implicaría violentar el núcleo esencial de otros derechos fundamentales relacionados con aquel.

Luego, la exclusión del derecho a la pensión de sobrevivencia a los miembros de la familia de crianza supone un craso error y grave vulneración, en tanto constitucionalmente esta prestación está consagrada como una garantía que pretende asegurar los derechos fundamentales de los individuos ante eventuales contingencias que pongan en riesgo su calidad de vida y su capacidad económica.

Ahora, si tenemos en cuenta que los pensionados o los afiliados al sistema que fallecen son los que en la mayoría de situaciones sustentan sus familias, con la negativa a la inclusión de los miembros de la familia de crianza a este tipo de prestaciones, no solo se estaría perdiendo lo ahorrado por estas personas a lo largo de su vida, si no que se pondría en riesgo las condiciones de vida de toda una familia dependiente del causante.

En otras palabras, no es solo la pérdida del dinero lo que preocupa si no la afrenta a la que se ven sometidos estos individuos cuando su dignidad humana se ve reducida por no permitirles gozar post-mortem del status laboral de su familiar fallecido.

3.4. Conclusiones finales

Una vez desarrollado el tema de investigación, se puede vislumbrar que en un Estado social de derecho como el nuestro la garantía de efectividad de los derechos fundamentales y la prevalencia del derecho sustancial no pueden subsumirse por razonamientos o argumentos económicos, máxime si lo que se pretende con esta forma de Estado es superar las desigualdades sociales y promover condiciones para una igualdad real y efectiva.

A nuestro modo de ver, en virtud de los principios constitucionales de la igualdad, el pluralismo, la solidaridad y la estabilidad económica y social de la familia, no es plausible negar derechos pensionales a aquellas personas que forman lazos familiares distintos a los tradicionalmente aceptados en la sociedad, pues con dicha negativa se estarían desconociendo todas aquellas protecciones prioritarias concedidas a nivel tanto estatal como internacional, afectando de tal forma los derechos básicos otorgados para el buen desarrollo y crecimiento de los ciudadanos.

La familia de crianza es una realidad que se está viviendo y cuya visualización genera necesidades a nivel del derecho, en especial en materia pensional, esto implica, como hemos venido insistiendo, que el derecho debe ajustarse a la realidad social, pues tal como se ha evidenciado históricamente, la inclusión de nuevos beneficiarios en el sistema pensional ha surgido precisamente por razones que se sustentan debido al carácter dinámico de la sociedad.

Así lo refleja el estudio del derecho comparado realizado precedentemente. Efectivamente sí se han incluido nuevos beneficiarios y se han mantenido en las legislaciones, no por capricho

del legislador sino en virtud del vínculo solidario que surge de las relaciones humanas. Verbigracia, en España se mantienen los nietos como beneficiarios subsidiarios y en Portugal los hijastros como beneficiarios principales.

Incluso, en tratándose del derecho, el Estado debe propender por mejorar progresivamente los derechos de sus ciudadanos, sobre todo de aquellos individuos que se encuentre ante eventuales situaciones que pongan en riesgo su calidad de vida y su capacidad económica, es decir, el Estado debe extender continuamente a cada uno de sus miembros el disfrute de los derechos mínimos irrenunciables con el objeto de ampararlos; cuestión que no ha sido ejecutada a cabalidad, ya que tal como se vio en los capítulos precedentes, las estadísticas pensionales en Colombia arrojan cifras muy bajas, el número de personas que alcanzan la pensión no corresponde con el que debería tener un Estado como el nuestro que está en pro de garantizar los derechos mínimos de sus ciudadanos, de reconocer la pluralidad cultural y de propender por la universalidad como principio fundante tanto del Estado colombiano como de su modelo de seguridad social.

Si bien no tenemos un sistema pensional autosostenible, no por ello debe excusarse la no inclusión de nuevos beneficiarios al sistema en temas meramente económicos, dado que la insostenibilidad del mismo se reputa desde su creación y su forma de administración y financiación, tuvo impactos negativos debido a que siempre se pretendió cubrir con el presupuesto del Estado, las contingencias que no se alcanzaban a amparar con los aportes de los afiliados; problemática que entre otras, se refleja en la actualidad, puesto que gracias a dicha forma de administración los aportes que hacen los afiliados al RPM no son suficientemente altos para compensar la fórmula utilizada para calcularlas, de ahí que exista la necesidad de acudir nuevamente al presupuesto de la Nación, pues el sistema ya no cuenta con las reservas necesarias para garantizar el pago de las prestaciones económicas.

En consecuencia el sistema continúa insostenible y se hace necesario su reestructuración, a fin de que se subsanen todas esas falencias que se manifiestan de manera insistente en la actualidad, sin que esto implique la improcedencia de ampliar los beneficiarios de las prestaciones por muerte, para de esta forma avanzar en los índices de cobertura nacional.

GLOSARIO

- CP- CN:** Constitución Política de Colombia
- RAI:** Régimen de Ahorro Individual
- RPM:** Régimen de Prima Media con Prestación Definida
- OIT:** Organización Internacional del trabajo
- CAJANAL:** Caja Nacional de Previsión
- ICSS:** Instituto Colombiano de seguros sociales
- ATEP:** riesgos profesionales
- EGM:** enfermedad general y maternidad
- IVM:** invalidez, vejez y muerte
- ISS:** instituto de seguros sociales
- PEA:** población económicamente activa
- DANE:** Departamento Nacional de Estadística
- GEIH:** Gran encuesta Integrada de hogares
- SGP:** Sistema General de Pensiones
- ASOFONDOS:** asociación colombiana de administradoras de fondo de pensiones y cesantías
- IBL:** ingreso base de liquidación
- CGR:** Contraloría General de la República.
- CELADE:** centro latinoamericano y caribeño de demografía
- COLPENSIONES:** Administradora Colombiana de Pensiones
- ANIF:** Asociación Nacional de Instituciones Financieras
- PIB:** Producto Interno Bruto
- VPN:** valor presente neto
- AFP:** Administradoras de Fondo de Pensiones
- FEDESARROLLO:** fundación para la educación superior y el desarrollo.
- ONU:** Organización de Naciones Unidas.
- FONPET:** Fondo nacional de pensiones de las entidades territoriales
- MP:** Magistrado Ponente
- CP:** Consejero Ponente

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NORMATIVA

Acto Legislativo 01 de 2005. [Congreso de la República]. Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política.

Acto Legislativo 03 de 2011. [Congreso de la República]. Por el cual se establece el principio de sostenibilidad.

Constitución Política de Colombia [Const]. Artículo . 42 y 48. Julio 07 de 1991 (Colombia).

Decreto-ley 322 de 1990. Por el que se define y reglamenta la protección de la eventualidad de muerte de los beneficiarios del régimen general de seguridad social. Octubre 18 de 1990. Portugal.

Ley 6 de 1945. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo. Febrero 19 de 1945. DO. N° 25790.

Ley 90 de 1946. Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Diciembre 26 de 1946. DO. N°26322.

Ley 64 de 1946. Por la cual se reforma y adiciona la ley 6 de 1945. Diciembre 20 de 1946.

Ley 171 de 1961. Por la cual se reforma la ley 77 de 1959 y se dictan otras disposiciones sobre pensiones. Diciembre 14 de 1961.

Ley 5 de 1969. Por la cual se aclara el artículo 12 de la Ley 171 de 1961, y el 5to de la ley 4ta de 1966 y se dictan otras disposiciones. Octubre 13 de 1969.

Ley 12 de 1975. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación. Enero 16 de 1975.

Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diciembre 23 de 1993. DO. N°41148.

Ley 797 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. Enero 29 de 2003. DO. N°45079.

Ley 860 de 2003. Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones. Diciembre 26 de 2003. DO: N°45415.

Ley 23.570 de 1988. Por la cual se modifican los incisos 1 y 3 del artículo 38 y el artículo 41 de la ley N° 18.037; los incisos 1 y 3 del artículo 26 y el artículo 29 de la ley N° 18.038; el inciso B del artículo 2 de la ley N° 17.562 y la ley N° 22.611. Derógase la ley N° 23.226. Julio 19 de 1988. Argentina.

Ley 24.241 de 1993. Por la cual se crea la ley nacional del sistema integrado de jubilaciones y pensiones. Octubre 13 de 1993. Argentina.

Ley 16.713 de 1995. Por la cual se crea el sistema previsional que se basa en el principio de universalidad y comprende de forma inmediata y obligatoria a todas las actividades amparadas por el banco de previsión social. Septiembre 12 de 1995. Uruguay.

Real Decreto legislativo 08 de 2015. Por el que se aprueba el texto refundido de la ley general de la seguridad social. Octubre 30 de 2015. España.

JURISPRUDENCIAS

Corte Constitucional

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-426 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Junio 24 de 1992).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-047 de 1995 (M.P. Vadimiro Naranjo Mesa: Febrero 14 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-002 de 1999 (M.P. Antonio Barrera Carbonell: Enero 20 de 1999).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-617 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis: Junio 13 de 2001)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1255 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; Noviembre 28 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-049 de 2002. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Enero 31 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1094 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Tribiño: Noviembre 19 de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-451 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández: Mayo 03 de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-111 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil: Febrero 22 de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-756 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: Julio 30 de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-551 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt chaljub: Julio 6 de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-200 de 2010. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: Marzo 23 de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Hernando Mendoza Martelo: Julio 26 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-288 de 2012. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 18 de Abril de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-258 de 2013. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt chaljub: Mayo 7 de 2013).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-511 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla: Julio 31 de 2013).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-070 de 2015 (M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez: Febrero 18 de 2015).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-074 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos: Febrero 22 de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-199 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: Abril 26 de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-525 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: Septiembre 27 de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-007 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: Enero 18 de 2017).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-245 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amaris: Abril 25 de 2017).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-177 de 2017 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo: Marzo 24 de 2017).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-138 de 2017 (M.P. Luís Guillermo Guerrero Pérez: Marzo 02 de 2017).

Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso 17607 (M.P. Francisco Escobar Henríquez; Mayo 06 de 2002).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso 33481 (M.P. Isaura Vargas Díaz; Julio 29 de 2008).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 14680 (M.P. Ariel Salazar Ramírez; Octubre 26 de 2015).

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Proceso STC6009-2018 (M.P. Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; 9 de mayo de 2018).

Consejo de Estado

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 34435 (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Julio 11 de 2013).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. Proceso 05001-23-31-000-2009-00197-01 (C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Mayo 06 de 2009).

Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa Administrativa. Sección Tercera. Proceso 31252 (C.P. Enrique Gil Botero; Julio 11 de 2013).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. Radicación número: 18001-23-31-000-1996-09831-01 (C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz. Mayo 09 de 2011).

DOCTRINANTES

Arenas, G.(2007). *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*. Bogotá, Colombia: Legis Editores.

Cortés, O.I. (2011). *Derecho de la Seguridad Social*. Bogotá, Colombia: Ediciones del Profesional LTDA.

Daza, S. (2015). *Derecho de familia: Apuntes sobre la estructura básica de las relaciones jurídico-familiares en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica.

López, D. (2006). *Interpretación constitucional*. Recuperado de http://www.ejrlb.net/sites/default/files/interpretacion_constitucional.pdf

Montoya, E. y Montoya, G. (2013). *Derecho de familia. Tomo I, Relaciones matrimoniales*. Bogotá, Colombia: Librería Jurídica Dikaia.

- Muñoz, A. M. (2011). *La pensión como premio o derecho*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Sánchez, G. (2016). *Actualidad pensional en el sector público colombiano*. Bogotá, Colombia: Biblioteca jurídica Dike.
- Torregroza, A. (2009). *Introducción al derecho de la Seguridad Social*. Bogotá, Colombia: Ibáñez.
- Torres, L. (2012). *Aproximaciones a la Seguridad Social en un Estado Social de Derecho*. Bogotá, Colombia: Doctrina y Ley Ltda.
- Vaca, J. (2013). Sistema pensional colombiano: ¿fuente de igualdad o desigualdad?. *Coyuntura Económica: Investigación Económica y Social. Volumen XLIII (Nº 1)*, p. 37-66.

INSTITUCIONES NACIONALES E INTERNACIONALES

- Asociación de Instituciones Financieras (ANIF). (2015). Ausencia de aseguramiento y efectos sobre la sostenibilidad pensional de Colombia. Recuperado de http://www.fasecolda.com/files/7114/4200/1667/Fasecolda-Cgena0915_-_SERGIO_CLAVIJO.pdf
- Asociación Probienestar de la Familia Colombiana (Profamilia). (2010). Encuesta Nacional de Demografía y Salud.
- Contaduría General de la Nación. (s.f.). *Aspectos conceptuales, jurídicos y contables relacionados con el pasivo pensional de las entidades contables públicas*. Recuperado de <http://www.contaduria.gov.co/wps/wcm/connect/750f0855-bf75-480e-9564-b003d7fcbe0b/aspectos+entidades+contables+publicas.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=750f0855-bf75-480e-9564-b003d7fcbe0b>

Contraloría General de la República. (2013). Economía Colombiana, el sistema pensional colombiano: Muchas reformas, pocas soluciones. *Imprenta Nacional ISSN 01204998*.

Departamento Nacional de Planeación. (2017). Sistema General de Pensiones. Recuperado de www.superfinanciera.gov.co

Departamento Nacional Administrativo de Estadística (DANE). (2018). *Medición de empleo informal y seguridad social: trimestre móvil diciembre 2017- febrero 2018*. Recuperado de https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/bol_ech_informalidad_dic17_feb18.pdf

Departamento Nacional Administrativo de Estadística (DANE). (2017). *Principales indicadores del mercado laboral*. Recuperado de https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_empleo_sep_17.pdf

Dirección de Regulación Económica de la Seguridad Social. (2014). Informe de Seguimiento Fiscal 05: Estudio cualitativo sobre movilidad e interacción entre regímenes del Sistema General de Pensiones Colombiano. *Recuperado de* http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty;jsessionid=NehFfWqG8z_mMO_t1SX5Fsu4wW5UPHVTblZB9Y-mvT0oxTdqy3qO!508618735?nodeId=%2FOCS%2FP_MHCP_WCC-041357%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2017). *Boletín de seguridad social*. (Número 8). Recuperado de http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty?nodeId=%2FOCS%2FP_MHCP_WCC-092985%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2017). *Marco fiscal de mediano plazo de 2017*. Recuperado de

http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty?nodeId=%2FOCS%2FP_MHCP_WCC-078748%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

Organización de las Naciones Unidas. *La ONU y la Sostenibilidad*. Recuperado de: <http://www.un.org/es/sections/general/un-and-sustainability/>

Superintendencia Financiera de Colombia. (2017). *Sistema General de Pensiones: afiliados (cotizantes, no cotizantes, activos e inactivos) y valor de cotizaciones según régimen de pensiones (prima media y ahorro individual)*.

ARTÍCULOS Y TRABAJOS DE GRADO

Aguilera, J. (2014). Límites y alcances del principio de Sostenibilidad fiscal en el Estado Social de Derecho. Universidad Militar Nueva Granada.

Arbelaez, M., Botero, J., González, A., Salamanca, C. y Suárez, D. (2011). Sostenibilidad del seguro provisional en Colombia. Estudio Fedesarrollo, La Industria Aseguradora en Colombia, Tomo II, FASECOLDA, 2011.

Arévalo, N. (mayo, 2014). El concepto de familia en el siglo XXI. Ponencia Presentada en el foro Nacional de Familia. Bogotá.

Álvarez, L. (2013). *Derechos de los hijastros, hijos de crianza, los padrastros y los padres de crianza en el actual sistema general de pensiones colombiano*. (Tesis de maestría). Universidad Nacional, Bogotá.

Aristizabal, D. De la pensión de sobrevivientes un estudio del derecho a las relaciones simultáneas (Artículo reflexivo). Universidad católica de Colombia.

- Bernal, C. (2012). *Problemáticas que anteceden a la necesidad de la implementación de una reforma pensional sustentable técnicamente y protectora del derecho de la seguridad social* (Tesis de posgrado). Universidad de la Sabana, Chía, Colombia.
- Calvo, N. (s.f). Aplicación del principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana. Universidad Libre Seccional Pereira.
- Cañón, L. (2017). La solidaridad como fundamento del Estado social de derecho, de la seguridad social y la protección social en Colombia. *Revista Universidad Externado de Colombia*, Vol 1.nº1 enero-junio 2017.pp.5-29. *Recuperado de* <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/pagss/article/view/4844>
- Castro, F. Historia de un amor pensional. *Revista dinero*. 2017. Recuperado de: <https://www.dinero.com/opinion/columnistas/articulo/historia-de-un-amor-pensional-por-freddy-castro/243189>
- Duque, S., y Duque, N. (2016). El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen de prima media con Prestación definida en Colombia. *Justicia Juris. Volumen 12* (1), p. 40-55.
- Durango, A., y Hernández, E. (2010). La reforma pensional en Colombia. *Grupo de Economía de la Salud-GES, Observatorio de la seguridad social, Universidad de Antioquia. Volumen 22*, p. 1-11.
- Farné, S. (2001). Enfoques institucionales sobre sistemas pensionales: algunas reflexiones para el actual debate en Colombia. *Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, Universidad Externado de Colombia*, p. 1-28.
- Farné, S., y Nieto, A. (2017). ¿A quiénes y cuánto subsidia el régimen pensional de prima media en Colombia? Análisis paramétrico y lecciones de política. *Universidad Externado de*

Colombia. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/pagss/article/view/5066/6714>.

Londoño, J. (2015). *Veinte años de la reforma pensional ley 100 de 1993 propósitos y resultados* (Tesis de posgrado). Universidad de Manizales, Caldas, Colombia.

Montenegro, S. (2017). El enorme hueco fiscal que marca la realidad pensional del país. El Tiempo. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/economia/sectores/problemas-del-sistema-pensional-de-colombia-explicados-por-santiago-montenegro-93438>

Montenegro, S., Jiménez, L., Ramírez, S., Nieto, A., y Hurtado, C. (2013). Distribución de ingresos en el sistema pensional y el impacto de algunas medidas de flexibilización. *Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico –CEDE–*. Recuperado de <http://www.asofondos.org.co/sites/default/files/Distribucion%20de%20ingresos.pdf>

Muñoz, N., y Peláez, M. (2014). *Tensión entre el principio de sostenibilidad financiera y el principio de la condición más beneficiosa en la pensión de sobrevivientes* (Tesis de posgrado). Universidad Libre, seccional Pereira, Colombia.

Muñoz, A., y Esguerra, G. (2012). La pensión como derecho fundamental en el sistema de seguridad social colombiano. *Justicia Juris. Volumen 8*, p. 88-101.

Peláez, C., y Tamayo, C. (2016). *Análisis de los factores determinantes de la sostenibilidad del Sistema Pensional: una comparación entre Colombia y Chile* (Tesis de pregrado). Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.

Pensiones: nuestra bomba atómica (24 de septiembre de 2017). *Revista Semana*, p. 48-50.

Puyana, A. (2005, 10, 03). Una financiación para el sistema pensional. *Discurso Laboral Universidad Externado de Colombia*. Recuperado de <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/01/DiscursoLab3-1.pdf>

- Quintero, M.(2016). *Vulneración de los derechos fundamentales a los usuarios del Régimen Pensional, administrado por Colpensiones desde el año 2012 a diciembre de 2015* (Tesis de pregrado). Universidad de Manizales, Caldas, Colombia.
- Sánchez, G. (2016). *La actualidad pensional en el sector público colombiano*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.
- Sáenz, J. (2017). “El sistema pensional público es un Robin Hood al revés”: BID. El Espectador. Recuperado de <https://www.elespectador.com/economia/el-sistema-pensional-publico-es-un-robin-hood-al-reves-bid-articulo-690602>
- Sáenz, J. (2017). “Sería un error que las pensiones queden en manos del mercado”: Mauricio Olivera. El Espectador. Recuperado de <https://www.elespectador.com/economia/seria-un-error-que-las-pensiones-queden-en-manos-del-mercado-mauricio-olivera-articulo-689566>
- Tobón, F. (2003). La encrucijada del sistema pensional colombiano: causas de la crisis y perspectivas de solución. *Perfil de coyuntura económica, Universidad de Antioquia*. p. 21-36.