

PENSIÓN FAMILIAR

SARA GÓMEZ ARIAS
SUSANA CAROLINA GÓMEZ ARIAS

Monografía para obtener el título de Abogado

Asesor: Dr. José Gabriel Restrepo

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2013

CONTENIDO

| | Pág. |
|--|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 5 |
| CAPÍTULO I | 8 |
| 1. FUNDAMENTOS NORMATIVOS | 9 |
| 1.1 DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ALGUNOS TRATADOS Y NORMAS INTERNACIONALES | 9 |
| 1.1.1 Bloque de Constitucionalidad. | 9 |
| 1.1.2 La Declaración Universal de los Derechos Humanos. | 13 |
| 1.2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA PENSIONAL EN COLOMBIA. | 15 |
| 1.3 FUNDAMENTO LEGISLATIVO EN EL SISTEMA PENSIONAL COLOMBIANO | 16 |
| 1.3.1 Ley 100 de 1993 | 16 |
| 1.3.2 Pensión de Invalidez. | 17 |
| 1.4 CALIFICACIÓN DE LA JUNTA REGIONAL DE INVALIDEZ | 19 |
| 1.5 PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE | 23 |
| 1.6 PENSIÓN DE VEJEZ | 25 |
| 1.7 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS RECURSOS PARA PENSIONES | 26 |
| 1.8 RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (RPM) | 29 |
| 1.9 REQUISITOS DE LA PENSIÓN | 30 |
| 1.9.1 La edad pensional | 31 |

| | |
|--|-----------|
| 1.9.2 El tiempo de servicios o cotizaciones | 31 |
| 1.9.3 Régimen de transición. | 33 |
| 1.10 RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS) | 33 |
| 1.11 MODALIDADES DE PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD | 34 |
| 1.12 LA REFORMA AL SISTEMA FINANCIERO SOBRE EL RIESGO ESCOGIDO POR EL AFILIADO DEL VALOR DE LA CUENTA | 36 |
| 1.13 TRASLADO ENTRE REGÍMENES | 38 |
| 1.14 MORA EN EL PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES A PENSIÓN | 39 |
| 1.15 MODIFICACIONES DE LA LEY 100 DE 1993 EN EL SISTEMA PENSIONAL | 41 |
| 1.15.1 La Ley 797 de 2003. | 41 |
| 1.15.2 La Ley 860 de 2003. | 42 |
| 1.15.3 Acto Legislativo 01 de 2005 | 43 |
| 1.15.3 . Ley 1580 de 2012. | 44 |
| 1.15.4 Creación de Colpensiones – Decreto 4121 De 2011. | 44 |
| CAPÍTULO II | 46 |
| 2. PENSIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO COMPARADO | 46 |
| 2.1 PENSIÓN FAMILIAR EN PERÚ | 46 |
| 2.2 PROCESO LEGISLATIVO PERÚ | 48 |
| CAPITULO III | 50 |

| | |
|---|------------|
| 3. LA PENSIÓN FAMILIAR EN COLOMBIA | 50 |
| 3.1 JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL | 51 |
| 3.2 NÚCLEO FAMILIAR COMO FUNDAMENTO DE LA PENSIÓN FAMILIAR | 54 |
| 3.2.1 Evolución del Concepto De Familia | 56 |
| 3.3 ANTECEDENTES PENSIÓN FAMILIAR EN COLOMBIA | 67 |
| 3.4 CUADRO COMPARATIVO | 68 |
| 3.5 ARTÍCULOS ADICIONADOS POR EL CONGRESO AL PROYECTO DE LEY | 78 |
| 3.6. PENSIÓN FAMILIAR | 79 |
| 3.7 SISTEMA DE PENSIÓN FAMILIAR EN LOS DOS REGÍMENES | 80 |
| 3.7.1 Pensión Familiar en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) | 80 |
| 3.7.2 Pensión Familiar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. (RPM) | 82 |
| 3.8 DERECHO A LA IGUALDAD | 84 |
| 3.8.1 ¿Qué es el derecho a la igualdad? | 86 |
| 3.8.2 Artículos Discriminatorios De La Ley 1580 De 2012 | 87 |
| CONCLUSIÓN | 98 |
| BIBLIOGRAFÍA | 104 |

INTRODUCCIÓN

La presente monografía tiene como objetivo central, realizar una síntesis descriptiva de la pensión familiar en Colombia, a través del estudio de sus antecedentes, desarrollo normativo en la Ley 1580 de 2012, análisis en el derecho comparado y examen de constitucionalidad.

Para lograr el fin trazado se ha desarrollado un marco teórico y otro metodológico; el primero tiene que ver con los contenidos temáticos que conforman el diseño capitular de la monografía, el cual enseña en primera instancia los antecedentes que rodearon la implementación de la figura, seguido de otro capítulo que tiene que ver con el desarrollo en sí, a través de la Ley 1580 de 2012, abordando sus requisitos y haciendo un análisis de constitucionalidad de la misma, para terminar con un estudio comparado de la institución en otras latitudes.

En este análisis se tendrá en cuenta principalmente el fundamento constitucional del Sistema General de Seguridad Social en Pensión, implementado en Colombia a través de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios y leyes modificatorias, hasta llegar a la época actual y la implementación de la pensión familiar ley 1580 de 2012. Con respecto a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, esta será utilizada para el desarrollo del sistema pensional colombiano, y para el análisis del derecho a la igualdad como principio rector del Estado Social de Derecho; ahora bien, es de aclarar que en la actualidad no hay desarrollo jurisprudencial respecto a la pensión familiar.

Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la

prevalencia del interés general, donde el Estado tiene unos deberes constitucionales y fines esenciales enfocados a garantizar los derechos ciudadanos.

De conformidad con la Constitución Política de Colombia, la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley; en tal sentido y atendiendo a este mandato programático, se ha desarrollado el sistema general de seguridad social integral, que abarca las contingencias en salud, riesgos laborales y pensiones, consagrada en la Ley 100 de 1993 o Estatuto General de Seguridad Social. En torno a las contingencias de seguridad social en pensiones, la Ley 100 de 1993, consagró dos regímenes, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad.

Tales regímenes consagraban a la persona de manera individual, de tal suerte que si confluían en él los requisitos de edad y semanas de cotización se tenía el derecho a la pensión, o si no los lograban, obtenían en su defecto una indemnización sustitutiva, sin que existiera remedio alguno ante el incumplimiento del requisito de semanas cotizadas.

La pensión Familiar llega a colmar los diferentes vacíos normativos en materia pensional, enfocados en garantizar a los mayores adultos, con núcleo familiar y con edad para pensionarse, pero sin las semanas requeridas, un equilibrio económico que cumpla con el bienestar y la vida digna de las personas que no alcanzan a obtener los requisitos para acceder a su pensión y así poder evitar la indemnización sustitutiva en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o la devolución de saldos en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Hay que tener en cuenta que en la indemnización sustitutiva del Régimen de Prima Media, dependerá del número de semanas cotizadas multiplicado por un salario base cotizado semanal, cuyo resultado deberá ser ponderado por los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va dar el reconocimiento, toda vez que la distribución del aporte a pensión, equivale al 16%, en lo cual corresponde a vejez el 13%, invalidez 0.80%, sobreviviente 1.1% y administración 1.09%. (www.edupensiones.gov.co)

De esta manera la pensión familiar llega con una nueva cara en materia de pensiones, llega a brindar una oportunidad de tener un sustento a miles de familias colombianas que no alcanzan a pensionarse y que al llegar a la tercera edad se cuente con un sustento para las necesidades básicas o categóricas.

CAPÍTULO I

En este acápite se desarrollan los antecedentes normativos que dieron fundamento a la pensión familiar en Colombia.

Por tal motivo, se analizan el fundamento constitucional del Sistema General de Seguridad Social en Pensión, implementado en Colombia a través de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios y leyes modificatorias, hasta llegar a la época actual y la implementación de la pensión familiar.

En tal virtud se desarrolla lo que tiene que ver con los sistemas pensiones introducidas por dicha normativa, a saber el régimen de ahorro individual con solidaridad y prima media con prestación definida.

1. FUNDAMENTOS NORMATIVOS

1.1 DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ALGUNOS TRATADOS Y NORMAS INTERNACIONALES

El derecho a la seguridad Social, encuentra su base en el Derecho Internacional; bajo el entendido que Colombia ha suscrito Tratados que la obligan, los cuales hacen parte del Bloque de Constitucionalidad y son de obligatorio cumplimiento, de acuerdo con las voces de los artículos 93 y 94 de la Constitución Política, tornándolos inclusive con un carácter supraconstitucional.

1.1.1 Bloque de Constitucionalidad. El concepto de bloque de constitucionalidad hace referencia a normas de rango o jerarquía constitucional que no aparecen directamente en el texto de la Constitución Política, pero que por mandato expreso o tácito de ésta última, tienen, para todos los efectos, su misma fuerza normativa (bloque en sentido estricto) o constituyen parámetros de control de interpretación constitucional. (Bloque en sentido amplio o lato).¹

El artículo 93 de la Constitución Política mencionado, establece que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

El primer acercamiento de la Corte Constitucional en la aplicación de normas supranacionales al orden interno colombiano se da en las sentencias T-409 de

¹ BOTERO MARINO, Catalina. La Acción de Tutela en el Ordenamiento Institucional Colombiano, pág. 27.

1992, en donde se estableció que los convenios sobre derecho internacional humanitario tienen carácter prevalente sobre la legislación nacional.

A partir de la mencionada jurisprudencia, la Corte Constitucional comenzó a interpretar el inciso segundo del artículo 93 de la Carta como la norma que disponía la prevalencia de los tratados o convenios internacionales en el orden jurídico interno, siempre y cuando dichas normas hubiesen sido integradas en la normatividad colombiana a través de la ratificación del Estado, previo análisis de constitucionalidad.²

Así, como menciona Rodrigo Uprimny en el documento El Bloque De Constitucionalidad En Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal, indica que hasta donde el conoce “no existe ningún estudio doctrinario colombiano sistemático sobre el alcance del bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento, por lo cual, la doctrina parece haberse quedado rezagada en esta materia en relación con el dinamismo que ha tenido la evolución jurisprudencial². En síntesis, a pesar de la importancia creciente del bloque de constitucionalidad en nuestra práctica jurídica, no existe una dogmática clara sobre el significado y alcance de esta categoría,”³ y que además es posible indicar que “El bloque de constitucionalidad hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional. ¿Qué significa eso? Algo que es muy simple pero que al mismo tiempo tiene consecuencias jurídicas y políticas complejas: que una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más

² ARANGO AYALA, Mónica. El Bloque Fe Constitucionalidad en la Jurisprudencia de La Corte Constitucional Colombiana, pág. 80

³ UPRIMNY YEPES. Rodrigo. El Bloque de Constitucionalidad En Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. pág. 1-35

numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita”⁴.

En el artículo 19 del Código Sustantivo Del Trabajo, se regula las normas de aplicación supletoria e indica que “ Cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican las que regulen casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización y las Conferencias Internacionales del Trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del Derecho del Trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad.” Para el año 2005, la expresión subrayada fue objeto de demanda por inconstitucionalidad mediante la Sentencia C-401 de 2005, con magistrado ponente Manuel José Cepeda en el cual se indicó:⁵

Que de ninguna manera los convenios internacionales del trabajo pueden ser considerados simplemente como parámetros supletorios en el ordenamiento laboral. Independientemente de la definición acerca de cuáles son los convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad, es claro que todos forman parte de la legislación interna, lo que significa que no pueden ser relegados, por regla general, a parámetros supletorios de interpretación ante vacíos normativos en el orden legal.

Adicionalmente, aquellos convenios que integran el bloque de constitucionalidad han de ser aplicados por todas las autoridades y los particulares para asegurarse de que las leyes nacionales sean interpretadas de manera acorde con la Constitución y tales convenios. Por lo tanto, al resolver “el caso controvertido” – en

⁴ Ibid.p. 135

⁵ “No ofrece ninguna duda que todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia fueron integrados a la legislación interna, por disposición expresa del inciso cuarto del artículo 53 de la Constitución. Esto significa que, de manera general, todos estos convenios adquieren el carácter de normas jurídicas obligatorias en el derecho interno por el solo hecho de su ratificación, sin que sea necesario que se dicten nuevas leyes para incorporar su contenido específico en el ordenamiento jurídico del país o para desarrollarlo.”

los términos del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo acusado en el presente proceso-, tales convenios son norma aplicable de manera principal y directa, y han de incidir en la determinación del alcance de las normas legales que también sean aplicables. Adicionalmente, los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto han de prevalecer en el orden interno (C.P., art. 93, inc. 1), lo cual ha de ser reconocido y respetado al resolver “el caso controvertido.”

22. La norma acusada es anterior a la Constitución de 1991. Ello explica que genere dificultades interpretativas y que no exprese claramente lo que se ha sentado en los párrafos anteriores, en aplicación de los artículos 53 y 93 de la Carta. Por eso, es necesario condicionar la interpretación de la expresión “convenios”.

No siempre existe una norma exactamente aplicable a las controversias. Pues bien, para llenar el vacío específico, se puede también acudir a los convenios ratificados por Colombia, no porque sean normas supletorias, sino porque son fuente principal y directa de derecho que pueden servir de base para llenar el vacío. En este sentido, su aplicación, no su nivel normativo ni su fuerza jurídica, se torna, para ese caso, supletoria. En esta eventualidad, el convenio también debe haber sido ratificado por Colombia (artículo 53 C.P.).⁶

Es así, en dicha sentencia, la Corte decide declarar EXEQUIBLE la expresión “los convenios”, contenida en el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, en el entendido de que (i) no exista convenio aplicable directamente, como fuente principal o prevalente, al caso controvertido, y (ii) el convenio que se aplique supletoriamente esté debidamente ratificado por Colombia.

⁶ COLOMBIA. Sentencia C-401 de 2005, ponente Manuel José Cepeda.

1.1.2 La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Es incorporada universalmente y en la legislación colombiana con el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1966, lo cual quiere decir que esta ratificado por la Ley 74 de 1968, en el cual había cubrimiento de pensión obligatoria para las personas dependientes.

Artículo 22 establece “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”

Artículo 23 numeral 3 “Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualquier otros medios de protección social.”

Y el artículo 25 “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuada que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobada el 16 de diciembre de 1966 por la Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, y ratificada en Colombia por la Ley 74 de 1968.

El preámbulo, donde se menciona los fundamentos y garantías de la seguridad social, al establecer: “Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permita a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.”

Y el artículo 9 señala “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”

Convenios de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- 102⁷, 118⁸, 128⁹, 130,¹⁰ 155¹¹, 157¹², 167¹³ sobre la Seguridad Social, donde Colombia solo ha ratificado el convenio 167.

Desde 1919 Colombia inicia con la OIT a suscribir convenios.

Los citados Convenios se refieren a las pensiones en caso de invalidez, vejez y sobreviviente¹⁴. En cuanto a la pensión familiar incorporada en Colombia en el año 2012, no hay referencia normativa específica internacional, pero si en ámbito interno (Ley 1580 de 2012). Lo anterior se debe a que esta figura, como se señaló anteriormente es muy nueva en el ámbito de las pensiones, siendo los únicos países en aplicarla hasta el momento Perú y Colombia.

⁷ Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952

⁸ Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962

⁹ Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967

¹⁰ Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969

¹¹ Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981

¹² Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982”

¹³ Convenio sobre seguridad y salud en la construcción, 1988. Aprobado por la Ley 52 de 1993.

¹⁴ Libro “Derecho a la Seguridad Social en Pensiones” Defensoría del Pueblo Y convenios internacionales, ratificados por Colombia.

Se espera que a partir de la eficiencia, eficacia y solidaridad de dicha pensión, sea incorporada por otras legislaciones y a medida que se implemente o que se introduzca, se busque interacción, regulación y protección por medio de leyes de carácter internacional.

1.2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA PENSIONAL EN COLOMBIA.

Con la Constitución Política de Colombia de 1991, se establece un mandato programático al Legislador, tendiente al establecimiento de un régimen integral de seguridad social, de pensiones, salud y riesgos laborales, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 Superior que en sus primeros incisos reza:

Artículo 48. “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante. (...)”.¹⁵

¹⁵ Constitución Política de Colombia. Artículo 48. Bogotá: Editorial Legis. 2010. Pág. 272

En atención al anterior mandato programático, el legislador del 93, expidió la Ley 100 que contiene el Régimen General de Seguridad Social en Colombia.

1.3 FUNDAMENTO LEGISLATIVO EN EL SISTEMA PENSIONAL COLOMBIANO

1.3.1 Ley 100 de 1993

El sistema de seguridad social integral en pensiones contiene dos regímenes solidarios en pensiones excluyentes entre sí, pero que coexisten, los cuales son el Régimen de Ahorro Individual Solidario y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

La afiliación a cualquiera de estos regímenes es obligatoria como lo establece el artículo 15 de la Ley 100¹⁶, al consagrar quienes deben afiliarse, pero el artículo 13 de la Ley 100 establece que la selección de alguno de estos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, es decir cada persona puede elegir libremente a cual régimen desea pertenecer.

La Ley 100 de 1993 viene de un modelo chileno, donde hoy el Régimen de Prima Media ya desapareció por inviable, solo queda el Régimen de Ahorro con Individual con Solidaridad.

¹⁶ “Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales (...)”

Dentro del sistema de Seguridad Social en Colombia, se encuentran tres (3) tipos de pensiones, las cuales serán estudiadas a continuación.

1.3.2 Pensión de Invalidez.

Antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, se tenía el Acuerdo 049 de 1990, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por el decreto 758 de 1990 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el cual consagraba que para acceder a dicha pensión, era necesario cotizar según el artículo 6, numeral b del decreto 758 de 1990 “ Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.”

La pensión de invalidez está actualmente regulada por la Ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, en sus artículos 38 a 45; donde se debe diferenciar si la persona se encontraba afiliada o no, en el momento de sobrevenir la incapacidad, originalmente el texto de la ley 100 de 1993, en su artículo 39 era:

Los afiliados al sistema de pensiones, deben cotizar veintiséis (26) semanas al momento de producirse el estado de invalidez.

Las personas que no se encuentren afiliadas al sistema, deben reunir veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al estado de invalidez.

Con el cambio de la Ley 797 de 2003, se requería como mínimo cincuenta (50) semanas en los últimos 3 años inmediatamente anterior al momento de producirse la invalidez, más el requisito de fidelidad con el sistema.

En el año 2003, se introduce otra ley modificatoria, la Ley 860, que exige como requisitos para acceder a la pensión de invalidez, cumplir con cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anterior a la fecha de estructuración del accidente o enfermedad, más el requisito de fidelidad con el sistema.

La Corte Constitucional declaró el requisito de fidelidad inexecutable, mediante la sentencia C-428 del 2009, el cual consistía en cotizar para con el sistema, no menos del 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que se cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación.

Actualmente la pensión de invalidez en Colombia se aplica de la siguiente manera:

1. Para los menores de 20 años se deben haber cotizado como mínimo veintiséis (26) semanas en el último año inmediato a la estructuración del estado de invalidez.
2. Para los mayores de 20 años se requiere haber cotizado al Sistema General de Pensiones como mínimo cincuenta (50) semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración del accidente o enfermedad que ocasionó el estado de invalidez.

En cuanto a la cotización que se debe hacer al Régimen de Pensiones, se debe tener en cuenta, si la persona trabaja como dependiente o independiente, en el primer caso, el empleador es quien tiene la obligación de hacer la cotización a la entidad escogida por su trabajador, en este caso el empleador asume el 12% del salario del trabajador, mientras que este último asume un 4%, el cual debe ser descontado del salario por el empleador al momento de su pago, por otro lado si la persona no se encuentra laborando o lo hace de forma independiente, éste debe asumir la totalidad del pago.

1.4 CALIFICACIÓN DE LA JUNTA REGIONAL DE INVALIDEZ

En Colombia tienen derecho a pensión por invalidez, según el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, la persona declarada invalida, a partir de la calificación realizada con base en el Manual Único para la Calificación de Invalidez, regulado por el decreto 917 de 1999, expedido por el Gobierno Nacional, deberá contener los criterios técnicos-científicos de evaluación y calificación de pérdida de capacidad laboral porcentual por sistemas ante una deficiencia, discapacidad y minusvalía que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente, al haber perdido el 50% o más de su capacidad laboral. Cabe notar que a la Junta Nacional de Calificación compete la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión por las Juntas Regionales.

La calificación de la Junta Regional de Invalidez debe ser evaluar de la siguiente forma¹⁷:

¹⁷ ARTICULO 6o. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. La calificación y expedición del dictamen sobre el estado de la invalidez corresponde a las Juntas de Calificación de Invalidez, quienes conocerán de los siguientes asuntos: a) La calificación y revisión de la pérdida de la capacidad laboral y la incapacidad permanente parcial, en caso de controversia. b) La calificación del origen, el grado, la fecha de estructuración y la revisión del estado de invalidez. c) La calificación del origen del accidente y de la enfermedad, con base en la Ley 100 de 1993, el Decreto-ley 1295 de 1994 y demás normas reglamentarias, en caso de controversia. d) La calificación del origen de la muerte en caso de controversia.

Las Juntas de Calificación de la Invalidez deben emitir el dictamen de la Invalidez el cual, en todos los casos, reflejará exactamente el contenido del acta correspondiente a cada caso revisado por la misma y será el resultado de la deliberación de los miembros encargados de calificar. De igual modo, corresponde a la respectiva Junta notificar el dictamen al afiliado, quien puede aceptarlo o apelarlo ante las instancias competentes.

ARTICULO 7o. CRITERIOS PARA LA CALIFICACIÓN INTEGRAL DE INVALIDEZ. Para efecto de la calificación integral de la invalidez se tendrán en cuenta los componentes funcionales biológico, psíquico y social del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad,

Deficiencia: hace referencia a toda pérdida anormal de la capacidad laboral de un 50% o más.

Hay que recordar que existe un convenio internacional, el cual en virtud del artículo 93 Constitucional, prima sobre la legislación interna, como se explica al principio de este capítulo, por el bloque de constitucionalidad; he indica que¹⁸ la

el accidente o la edad, y definidos de la siguiente manera: a) DEFICIENCIA: Se entiende por deficiencia, toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano. b) DISCAPACIDAD: Se entiende por Discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona. c) MINUSVALÍA: Se entiende por Minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno.

ARTICULO 8o. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE LOS CRITERIOS PARA LA CALIFICACIÓN TOTAL DE LA INVALIDEZ. Para realizar la calificación integral de la invalidez, se otorga un puntaje a cada uno de los criterios descritos en el artículo anterior, cuya sumatoria equivale al 100% del total de la pérdida de la capacidad laboral, dentro de los siguientes rangos máximos de puntaje (...)"

¹⁸ Bloque de constitucionalidad *"cuáles normas integran el bloque de constitucionalidad, tanto en sentido estricto como en sentido lato. Así, conforme a esa dogmática, hay que concluir que, según la jurisprudencia de la Corte¹⁸, hacen parte del bloque en sentido estricto (i) el Preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia, (iv) los tratados de*

pérdida de la capacidad no dependerá de un porcentaje, sino de las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y del progreso en el mismo, que queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.” La deficiencia dependerá de la motivación que se lleve a cabo, de acuerdo a la actividad de la persona. (Convenio internacional 159 de la OIT -Organización Internacional de Trabajo-, en su artículo primero)¹⁹.

Discapacidad: hace referencia a la pérdida de la capacidad laboral igual o menor al 20%.

Minusválida: hace referencia a una situación desventajosa que invalida la capacidad laboral de la persona en un 30% a un 49%.

El artículo 45 de la Ley 100, consagra la figura de la indemnización sustitutiva de pensión de invalidez, para cuando el afiliado que al momento de invalidarse no hubiere reunido los requisitos exigidos para la pensión de invalidez, tendrá derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para acceder a la pensión de Invalidez se debe tener en cuenta lo siguiente:

El origen de la incapacidad laboral, es decir, si la invalidez está originada por riesgo o enfermedad común o por riesgo o enfermedad profesional, en el primer caso la pensión estará a cargo del fondo de pensiones, y el segundo supuesto por la administradora de riesgos laborales a la cual pertenece la persona.

derecho humanitario, (v) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, (vi) los artículos de los tratados de derechos.”

<http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>

¹⁹ Convenio 159 de la OIT, artículo 1.

La Corte Constitucional en la sentencia C- 518 de 2011, indicó:

Se considera inválida la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad laboral de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación. Se exige como requisito para el reconocimiento de la pensión de invalidez de origen profesional que se declare el estado de invalidez por el 50% o más de pérdida de capacidad laboral y señala que la Administradora de Riesgos laborales a la que se encuentre afiliado el trabajador debe reconocer y pagar a sus afiliados dicha prestación. Cuando la invalidez es superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al sesenta por ciento (60%) del ingreso base de liquidación; si la invalidez es superior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del ingreso base de liquidación; cuando el pensionado por invalidez requiere el auxilio de otra u otras personas para realizar las funciones elementales de su vida, el monto de la pensión de que trata el literal anterior se incrementa en un quince por ciento (15%).²⁰

La calificación de invalidez, la cual hace referencia al porcentaje de calificación que determina la junta médica, el cual debe ser la pérdida de la capacidad laboral, de un 50% o más para acceder a la pensión de invalidez.

La fecha de estructuración del accidente o enfermedad de origen laboral o común. Es importante, debido a que es la que nos va indicar que Ley es la aplicable.

²⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional en la sentencia C- 518 de 2011

Una vez se obtiene la pensión de invalidez, cada 3 años se debe hacer la revisión el estado de invalidez, con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el porcentaje de discapacidad determinado por la junta médica, como lo establece el artículo 44 de la Ley 100.

1.5 PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE

Se encuentra regulada por la Ley 100 de 1993, en sus artículos 46 a 49, en esta Ley se consagra quienes tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, los cuales de conformidad con el artículo 46 son:

Los miembros del grupo familiar del pensionado por invalidez o vejez.

Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos años inmediatos al fallecimiento.

Se entiende como grupo familiar; el cónyuge o el compañero/a permanente, siempre que se lleve conviviendo como mínimo dos años. Los hijos menores de 18 años que dependan económicamente del afiliado. Los hijos de cualquier edad que presenten incapacidad permanente y que además dependan económicamente del afiliado. Los hijos entre los 18 y 25 años que estén estudiando de tiempo completo y que además dependan económicamente del afiliado. Los hijos del cónyuge o compañero/a permanente [no de los dos] menores de 18 años o de cualquier edad que presenten discapacidad permanente y que adicionalmente dependan económicamente del afiliado. En caso que no exista ni cónyuge, compañero/a

permanente o hijos, entonces los padres del afiliado que no estén pensionados y que dependan económicamente del afiliado o cotizante²¹.

Según el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para conocer los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, se debe diferenciar si se está ante una pensión de carácter vitalicio o temporal.

1. Vitalicia: el beneficiario de la pensión, es 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. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

2. Temporal: el beneficiario es el cónyuge o compañera o compañero permanente o supérstite, menores de 30 años, que no hayan procreado hijos, en este caso, la pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años y el beneficiario deberá cotizar al sistema de pensiones para obtener su propia pensión.

Podrán así mismo acceder a ésta pensión, los hijos menores de 18 años, o los hijos entre 18 y 25 años, siempre y cuando estos acrediten que se encuentran estudiando, en este caso tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, debido a la incapacidad para trabajar y a la dependencia económica del causante al momento de su muerte.

²¹<http://www.gerencie.com/cobertura-familiar-en-el-sistema-de-seguridad-social-en-salud.html>.
Decreto 1703 de 2002, Decreto 806 de 1998

A falta de los anteriores, los beneficiarios serán los padres si dependían económicamente del causante y a falta de padres, será el hermano inválido si dependía económicamente de éste.

Si la persona que muere es pensionada, se da el 100% de la pensión, si es afiliado, el 45% ingreso base liquidación y por cada 50 semanas se incrementara en un 2%. Para el caso del pensionado, se exige la edad y 5 años o más de convivencia, si el beneficiario es el cónyuge o compañero permanente.

Se debe agregar, que si respecto al pensionado hay compañera o compañero permanente, con sociedad conyugal anterior no disuelta, dicha pensión será repartido en proporción a la convivencia. En caso de darse una convivencia simultánea, les corresponderá la pensión a la esposa y a la compañera en proporción a lo convivido o en partes iguales.

1.6 PENSIÓN DE VEJEZ

Para comprender adecuadamente el sistema de pensiones dentro del sistema colombiano de seguridad social, se hace necesario realizar una descripción.

La pensión de vejez es una prestación cuyo objetivo es facilitar un modo de vida racional a las personas que luego de haber laborado determinado tiempo y haber alcanzado cierta edad, no participan más del mercado laboral.

Es una prestación regulada por la ley 100 de 1993 con sus modificaciones y asumida por las entidades administradoras de los regímenes de pensiones²².

²²http://aprendeenlinea.udea.edu.co/lms/moodle/file.php/233/Docs_corregidos_Jueves_11_de_octubre/pension_de_jubilacion.pdf

Las administradoras de los regímenes de pensiones se dividen en dos, el primero es el Régimen de prima media con prestación definida y el segundo es el Régimen de ahorro individual con solidaridad, la cual deberá escoger libremente la persona para su afiliación.

1.7 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS RECURSOS PARA PENSIONES

En cuanto a la naturaleza jurídica de los recursos para Pensiones, como mecanismo de financiación se ha establecido como un sistema pensional contributivo, en el cual establece la obligación de cotizar a los afiliados mismos, con la finalidad de disponer de los recursos necesarios para responder por el pago de las pensiones.

Hay dos clases de financiación, la primera es a manera de seguro y la segunda es a manera de ahorro.

La financiación de pensiones a la manera de seguro es la modalidad que a partir de los antecedentes, se basa en una técnica en que las cotizaciones hacen el papel de prima de seguro que se hará exigible cuando el afiliado cumpla los requisitos legales para obtener la pensión.

La financiación de pensiones a la manera de ahorro es muy nueva, en la cual el mecanismo principal de financiación es la capitalización de las cotizaciones en cuenta individual, en la que se va acumulando y va generando rendimientos financieros con la finalidad de obtener la pensión.²³

²³ ARENAS MONSALVE, Gerardo. "El derecho colombiano de la seguridad social" Ed. Legis. 2006. Capítulo 12. Pág. 225 y 226

Cabe mencionar primordialmente lo que ha indicado la Corte Constitucional sobre los recursos de seguridad social en la sentencia C-895 de 2011, donde indicó que:

Los recursos destinados a la seguridad social, ya sea que provengan de aportes directos de los empleadores, de los trabajadores, del Estado o de cualquier otro actor del sistema, tienen necesariamente destinación específica, que no significa que los fondos de la seguridad social deban reinvertirse de manera individual en quien efectuó el aporte, puesto que la destinación específica de los recursos de que se habla debe entenderse de manera global como la necesidad de invertirlos nuevamente en el sistema, en beneficio de todos aquellos que se favorecen de él” y en la sentencia C-368 de 2012 indica que “las Administradoras de Fondos de Pensiones son aquellas entidades especializadas y expertas en la administración de recursos pensionales, creadas por la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 de la Constitución, entidades que de acuerdo con las normas antes señaladas, dentro de las actividades propias de su naturaleza se encuentra la administración de patrimonios autónomos constituidos por empleadores tanto públicos como privados que pretenden normalizar y garantizar sus pasivos pensionales. Habilitaciones legales dadas precisamente por el legislador²⁴.

Debido a su naturaleza parafiscal la Corte en la sentencia C -895 de 2011 hace referencia al alcance del artículo 48 de la Constitución, la Corte ha explicado lo siguiente:

“En relación con dicho precepto superior [artículo 48 CP] la Corte Constitucional en numerosas decisiones de tutela ha estado llamada a examinar el tratamiento que se debe dar a los recursos de la seguridad social que se encuentren depositados en entidades financieras en liquidación para asegurar precisamente el mandato de destinación y utilización exclusiva de los recursos de las instituciones de seguridad social.

Al respecto la Corte ha hecho énfasis en i) la naturaleza parafiscal de los recursos de la seguridad social tanto en materia de salud como en pensiones ii) en el tratamiento particular que debe dársele a dichos recursos en los procesos de

²⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-895 de 2011.

liquidación de las entidades financieras y iii) en la imposibilidad de asimilar el caso de los depósitos de recursos parafiscales de la seguridad social en las entidades financieras con las indemnizaciones debidas por concepto de contratos de reaseguro de las enfermedades de alto costo.

Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en Salud (C-577/97, C-542/98, T-569/99, C-1707/00) como en pensiones (C-179/97), llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (C-086/02, C-789/02)”

Con respecto al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la sentencia C-243 de 2006 la Corte expresó que “en efecto, los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional están conformados por las cotizaciones efectuadas por los afiliados al Sistema General de Pensiones, y además, por otros recursos como son los previstos en la Subcuenta de Solidaridad, como los aportes de las entidades territoriales para planes de extensión de cobertura, o de agremiaciones o federaciones para sus afiliados; las donaciones, rendimientos financieros de recursos y demás recursos que reciba a cualquier título; y las multas a que refieren los artículos 111 y 271 de la ley 100 de 1993. Y, respecto de la Subcuenta de Subsistencia por los aportes del presupuesto nacional. (...)”

1.8 RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (RPM)

La pensión de vejez del régimen de prima media con prestación definida, está regulada por la Ley 100 de 1993, en los artículos 33 a 37, con cambios sustanciales por parte de la Ley 797 de 2003.

Este sistema se basa en un esquema en el que los aportes de los afiliados van a un fondo común con el que se paga a los pensionados actuales y, en caso de que sea necesario, el Gobierno respalda estas mesadas.

El Gobierno asegura que ningún pensionado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida se queda desprotegido, garantizando los ahorros y las pensiones cuando las entidades incumplan sus obligaciones mediante dos mecanismos: revirtiendo contra el patrimonio de las administradoras y, aplicando sanciones legales²⁵

Esta garantía se debe a que son derechos adquiridos, que deben preservar para asegurar la dignidad humana y los derechos humanos de los trabajadores. Dice la Constitución que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales (artículo 53 Constitución Política), a la par que, según perentorio mandato, el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria (artículo 46 Constitución Política).

En la práctica se presenta la figura de la prescripción de los aportes de seguridad social, y el Ministerio de Protección Social, en concepto 28912 del 30 de diciembre de 2011 sostuvo:

²⁵ARENAS MONSALVE, Gerardo. "El derecho colombiano de la seguridad social" Ed. Legis. 2006. Capítulo 12. Pág. 230 y 231.

“Es decir que la acción de cobro de cotizaciones atrasadas o dejadas de pagar al Sistema de Seguridad Social Integral, prescribe a los 5 años de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 817 del Estatuto Tributario, dándose alcance así a la posición que se sostenía en el sentido de que los aportes a la seguridad social por ser un recurso parafiscal no prescribían.”²⁶

Esto se debe a que los aportes de seguridad social son calificado como aporte parafiscal y que en proceso radicado 053603105002201200019, el tribunal de Medellín indico:

“Quien debe responder por los aportes es quien por su negligencia provoco la prescripción de los aportes por parte del empleador moroso, ya que bajo ninguna circunstancia puede verse afectados en sus cotizaciones y su pensión con ocasión a la mora de su empleador y de la negligencia de cobro oportuno por parte del fondo de pensiones.”²⁷

Los recursos que se asignan al pago de las mesadas pensionales tienen, entonces, una destinación específica ordenada por la propia Constitución y, en consecuencia, sobre la finalidad que cumplen no puede hacerse prevalecer otra, como podría ser la de asegurar la solución de las eventuales deudas a cargo del pensionado. Se trata de dineros que, si bien hacen parte del patrimonio del beneficiario de la pensión, no constituyen prenda común de los acreedores de aquél, pues gozan de la garantía de inembargabilidad, plasmada como regla general y vinculante, con las excepciones legales, que son de interpretación y aplicación restrictiva.²⁸

1.9 REQUISITOS DE LA PENSIÓN

En el régimen de prima media, para obtener el derecho a la pensión de vejez, se requiere cumplir los requisitos de edad y tiempo de cotización previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la cual fue modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

²⁶ Ministerio de Protección Social, en concepto 28912 del 30 de diciembre de 2011

²⁷ Proceso ejecutivo Porvenir S.A, rad: 053603105002201200019.

²⁸ <http://www.defensoria.org.co/ojc/pdf.php/4>

1.9.1 La edad pensional. En cuanto a la edad pensional, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, modificó el artículo 33 de la Ley 100, donde fijó la edad pensional en 60 años para los hombres y 55 años para mujeres. No obstante, la Ley 860 de 2003, dispuso que para el año 2014, estas edades aumentarían en 62 años para los hombres y 57 años para las mujeres.

1.9.2 El tiempo de servicios o cotizaciones. En cuanto al tiempo, la Ley 797 le dio un cambio de forma sustancial, en el cual la Ley 100 de 1993, estableció originalmente como requisito mínimo 1000 semanas y a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementaría en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementaría en 25 cada año, hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Tabla 1. Tiempo de servicio

| Año | Semanas |
|------------|----------------|
| Hasta 2004 | 1.000 |
| 2005 | 1.050 |
| 2006 | 1.075 |
| 2007 | 1.100 |
| 2008 | 1.125 |
| 2009 | 1.150 |
| 2010 | 1.175 |
| 2011 | 1.200 |
| 2012 | 1.225 |

| | |
|------|-------|
| 2013 | 1.250 |
| 2014 | 1.275 |
| 2015 | 1.300 |

Fuente: elaboración propia

El término semana, es el período de 7 días calendarios, lo cual a un año se cotizaría 52.14 semanas.²⁹

Esta clase de pensión es reconocida por la entidad administradora (Colpensiones), una vez se cumplan los requisitos de edad y tiempo para obtenerla.

En caso de no cumplir con los requisitos antes mencionados, procede entonces a configurarse la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, regulada en el artículo 37 de la ley 100 de 1993, esta puede exigirse cuando se ha alcanzado la edad, pero no se cumple con la densidad de semanas requeridas para obtener la pensión.³⁰

²⁹ Se divide el número de días del año (365) con el número de días de una semana (7). $365/7$. Artículo 33, parágrafo 2 de la Ley 100 de 1993 “(...) PARAGRAFO. 2^a-Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el período de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se hará sobre el número de días cotizados en cada período.(...)”

³⁰ Artículo 37 de la ley 100 de 1993, Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. “Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”

Los requisitos para tener derecho a las prestaciones económicas, están previamente determinados en la Ley y por lo tanto no existe posibilidad jurídica de que el afiliado los modifique.

1.9.3 Régimen de transición. Otro punto importante, con relación a la pensión en el régimen de prima media, es lo regulado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual tiene que ver con el Régimen de Transición. Esto indica que quienes al primero de abril de 1994 cumplieran los siguientes requisitos de tiempo, modo y edad, será la norma anterior a la Ley 100 de 1993 (acuerdo 049 de 1990 sector privado y Ley 33 de 1985 sector público), la aplicable.

Para las mujeres 15 años de servicios o 35 años de edad.

Para los hombres 15 años de servicio o 40 años de edad.

1.10 RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS)

Esta modalidad de pensión, fue creada por la Ley 100 de 1993 en sus artículos 59 a 63 y más adelante modificada por la Ley 797 de 2003 en forma tangencial.

En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la pensión se causa cuando el afiliado reúne en una cuenta individual el capital necesario y suficiente para financiar una pensión igual al 110% del salario mínimo legal vigente reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE, esto de conformidad con el artículo 64 Ley 100 de 1993.³¹

³¹ Artículo 64 de la ley 100 de 1993 “*Los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el*

La característica más importante de este régimen, es que la pensión de vejez no está sometida a los requisitos de edad y cotizaciones, sino que está diseñado para que el afiliado planee su pensión, es decir, que el afiliado reúna en una cuenta pensional, el capital necesario para financiar la pensión³²

El fenómeno del ahorro opera con una cuenta individual única; una administración de fondos (multifondos) que va manejar el dinero que el cotizante ahorre y de esta manera poder obtener una rentabilidad mínima; cotización de bonos pensionales que son redimibles al momento de causarse la pensión, es decir que cuando se tenga el 110% del salario mínimo de 1993, indexado o actualizado al día de hoy.

La financiación se hace única y exclusivamente con las cotizaciones obligatorias, esto significa que las personas no pueden aumentar el monto de las prestaciones económicas aumentando el monto de la cotización obligatoria mensual, o con aportes adicionales.

1.11 MODALIDADES DE PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Reguladas por el artículo 79 de la Ley 100, aplica para la pensión de vejez, invalidez y sobreviviente de dicho régimen.

DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar.

Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre.”

³²ARENAS MONSALVE, Gerardo. “El derecho colombiano de la seguridad social” Ed. Legis. 2006. Cap. 12

1. Renta Vitalicia Inmediata: el afiliado contrata con una aseguradora directamente el pago de una pensión mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones a los sobrevivientes beneficiarios. La aseguradora recibirá a modo de transferencia el saldo de la cuenta de ahorro individual, a menos que el afiliado opte por cobrar los excedentes por libre disposición.

2. Retiro Programado: es administrada por la Administradora de Fondos de Pensiones, se obtiene la pensión, cuando se tenga el capital necesario para financiar una renta vitalicia mensual, teniendo en cuenta el nivel de fondos que tenga en su cuenta de ahorro individual. En caso de que fallezca el pensionado, el saldo hará parte de la masa sucesoral.

3. Renta Vitalicia Diferida: es administrada por una aseguradora elegida por el afiliado, es una mezcla entre las dos modalidades anteriores. El afiliado contrata con la aseguradora, pero conserva su cuenta de ahorro individual para tener una renta, mientras comience a ser pagada por la aseguradora. El afiliado puede destinar a la renta de la aseguradora parte del saldo de la cuenta de ahorro individual.

En caso de no cumplir con los requisitos de la pensión del régimen individual con solidaridad, la Ley trae una garantía de pensión mínima, regula en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, que se da cuando la persona está muy cerca de adquirir la pensión, la cual se encuentra regulada por el decreto 832 de 1996, introducida a la Ley 100 y está compuesta por lo que hay en una cuenta individual y lo que el ministerio Público completa, en virtud del principio de solidaridad.

En caso de no contar con la garantía de pensión mínima, se procederá a la devolución de saldos consagrado en el artículo 66 de la Ley 100, pero estos van acompañados del rendimiento y valor de los bonos pensionales.

1.12 LA REFORMA AL SISTEMA FINANCIERO SOBRE EL RIESGO ESCOGIDO POR EL AFILIADO DEL VALOR DE LA CUENTA

De acuerdo con la Ley 1328 de 2009, los recursos de los ahorradores del sistema de ahorro de beneficios económicos constituyen captaciones de recursos del público; por tanto, el mecanismo de ahorro al que se hace referencia deberá ser administrado por entidades autorizadas y vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, teniendo en cuenta criterios de eficiencia y rentabilidad, con el fin prevalente de asegurar los recursos necesarios para garantizar el goce efectivo del derecho a la seguridad social en los términos definidos por las normas pertinentes;

"ARTÍCULO 24. INSTRUMENTOS DE LA INTERVENCIÓN. Modifícase el literal i) y adiciónanse los siguientes literales al artículo 48 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

i) Determinar de manera general relaciones patrimoniales u otros indicadores que permitan inferir un deterioro de la entidad financiera, con el fin de que para subsanarlo se adopten programas de recuperación o se apliquen de manera automática y gradual medidas apropiadas, todo ello en la forma, condiciones, plazos y con las consecuencias que fije el Gobierno. Las medidas que se contemplen podrán incluir, entre otras, las previstas por el artículo 113 de este Estatuto, la reducción forzosa de capital a una cifra no inferior al valor del patrimonio neto, la colocación obligatoria de acciones sin sujeción al derecho de preferencia, la enajenación forzosa de activos, la prohibición de distribuir utilidades, la creación de mecanismos temporales de administración con o sin personería jurídica con el objeto de procurar la optimización de la gestión de los activos para responder a los pasivos, la combinación de cualquiera de las mencionadas u otras que se consideren adecuadas en las condiciones que fije el Gobierno. Contra los actos administrativos que se adopten en desarrollo de esta

facultad sólo procederá el recurso de reposición, que no suspenderá el cumplimiento inmediato de las mismas. Respecto de estas medidas aplicará el principio de revelación dirigida contenido en el literal d) del numeral 1 del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

m) Establecer las normas pertinentes para la gestión, por parte de las sociedades administradoras, tanto en el período de acumulación como en el de desacumulación, de diferentes fondos de pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, incluyendo i) la definición del número de fondos, el cual no podrá exceder de cuatro (4), incluyendo el Fondo Especial de Retiro Programado; ii) los regímenes de inversión de cada fondo, que entre otros deberán considerar tipos y porcentaje de activos admisibles según el nivel de riesgo; iii) la rentabilidad mínima aplicable a estos de conformidad con lo previsto en el artículo 101 de la Ley 100 de 1993; iv) las reglas obligatorias y supletivas de asignación de las cuentas de ahorro individual a los distintos fondos, que deberán considerar los aportes y la edad del afiliado; v) posibilidades de elección por parte de los afiliados, los traslados entre los fondos y vi) el régimen de ajuste gradual al esquema de “multifondos”.

En desarrollo de lo establecido en este literal se autoriza al Gobierno Nacional para diseñar y reglamentar un esquema de multifondos en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, compuesto, en su etapa de acumulación, por tres (3) fondos, conservador, moderado y de mayor riesgo y, en su etapa de desacumulación un fondo especial para los pensionados de retiro programado.

n) Determinar el esquema de comisiones por la administración de los recursos de los Fondos de Pensiones obligatorias, que en cuanto a la comisión por aportes obligatorios deberá incorporar un componente calculado sobre los aportes y otro sobre el desempeño de los diferentes Fondos de Pensiones que incentive la mejor gestión por parte de las administradoras.(...)”

1.13 TRASLADO ENTRE RÉGIMENES

Si se da el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se expedirá un bono pensional.

Hay que tener en cuenta, que para pasar de un régimen al otro, debe haber una permanencia mínima de 5 años, además el traslado no se puede efectuar dentro de los últimos 10 años antes de cumplir los requisitos para obtener la pensión.³³

Si por el contrario, es del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se hará transferencia del saldo de la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos.

Ahora bien, para poder hacer dicho traslado, debe haber una permanencia mínima de 6 meses en el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, además el

³³ Literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 *“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.*

- Artículo 1° del Decreto 3800 de 2003 (29 de diciembre). Por el cual se reglamenta el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 *“Traslado de Régimen de Personas que les faltan menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. De conformidad con lo señalado en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, las personas a las que a 28 de enero de 2004, les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, podrán trasladarse por una única vez, entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hasta dicha fecha.”*

traslado no se puede efectuar dentro de los últimos 10 años antes de cumplir los requisitos para obtener la pensión.³⁴

1.14 MORA EN EL PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES A PENSIÓN

Es importante conocer, cuales son las consecuencias que surgen, cuando el empleador no realiza los aportes a pensión respectivos, ya sea porque no afilió al trabajador, o lo afilió y nunca pagó los aportes, o los pagó tarde.

En el primer caso, el responsable de la pensión es el empleador por no haber afiliado al trabajador como se lo ordena la ley. Este será quien deba asumir el pago de la pensión en el momento en que el trabajador pruebe el derecho a tenerla, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 100 de 1993.

En el segundo supuesto, es decir, cuando el trabajador sí ha sido afiliado pero los aportes nunca se hicieron o se hicieron extemporáneamente, la responsabilidad de la pensión puede ser del empleador o del fondo de pensión, dependiendo de si el fondo de pensión hizo las gestiones necesarias para lograr el pago de los aportes.

En caso de presentarse mora en el pago de las prestaciones sociales, conlleva a una sanción moratoria como lo establece el artículo 23 de la Ley 100 “Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un

³⁴ Circular Externa 001 de 2004 proferida por esta Superintendencia, el traslado resulta válido y generará con ello las consecuencias descritas en el artículo 15 del Decreto 692 de 1994, cuyo tenor literal señala: *“b) Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, se le acreditarán en este último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso. Las cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se le haya efectuado al momento del traslado, se devolverán al afiliado, previa solicitud efectuada seis (6) meses antes del traslado”*

interés moratorio a cargo del empleador, (...). Una vez se da el incumplimiento por parte del empleador, el artículo 24 de la misma Ley, señala que: “Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.” Lo anterior quiere decir, que las entidades administradoras, tienen el deber de vigilar las cotizaciones a pensión realizadas por el empleador y en caso de no hacer la gestión de cobro respectiva, el fondo o la entidad de pensiones será la responsable.

Frente a este punto, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que los conflictos entre los empleadores morosos y las entidades encargadas de prestar el servicio de seguridad social, no pueden de ninguna manera afectar el derecho del trabajador que aspire al reconocimiento de su pensión, en cuanto dicho trabajador constituye la parte más débil de la relación tripartita. Como en su momento lo expresó la sentencia C-177 de 1998:

“La Corte concluye que exigir el traslado efectivo de las cotizaciones para que se puedan reconocer las semanas o tiempos laborados por el trabajador constituye un requisito innecesariamente gravoso para el empleado, pues la propia ley confiere instrumentos para que la entidad administradora de pensiones pueda exigir la transferencia de los dineros, mientras que el trabajador carece de esos mecanismos.

[...]No sería lógico que frente al incumplimiento de los deberes de cualquiera de los últimos, quien tuviera que soportar los efectos negativos del mismo sea precisamente el beneficiario de todo el sistema”³⁵.

³⁵ Sentencia T-177 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

En conclusión, la regla jurisprudencial en esta materia indica que el trabajador no tiene que asumir la mora del empleador en el pago de aportes ni la ineficiencia de la administración en el cobro de los mismos.³⁶

En la actualidad se presenta la figura de la prescripción tributaria en materia de aportes a la seguridad social, toda vez que se entiende que es un aporte parafiscal, como lo ha indicado fallos recientes del Tribunal de Medellín, Antioquia y Cali.

1.15 MODIFICACIONES DE LA LEY 100 DE 1993 EN EL SISTEMA PENSIONAL

1.15.1 La Ley 797 de 2003. A través de la Ley 797 de 2003, 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.

La Ley 797 de 2003 hizo varias modificaciones al sistema general de pensiones. Éstas tuvieron como objetivo principal, recapitalizar el fondo común del ISS y racionalizar los recursos, con el fin de cumplir en un futuro con la entrega de las mensualidades a los beneficiarios de éste régimen. En este orden de ideas el legislador estableció³⁷:

Someter a los trabajadores nuevos de Ecopetrol al Sistema General de Pensiones.

Aumentar en 2,5 por ciento la cotización entre 2004 y 2008; crear un aporte adicional para los afiliados con ingresos iguales o superiores a cuatro salarios mínimos legales (SML).

³⁶ Sentencia T-362 de 2011. Magistrado Ponente: Dr. MAURICIO GONZALEZ CUERVO.

³⁷ <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/08859.pdf>

Incrementar la edad de jubilación a partir de 2014, adicionar el tiempo necesario para pensionarse a partir del 1º de enero de 2005 y también disminuir el monto de la pensión.

Un aumento en la tasa de cotización o aporte de los afiliados.

Un incremento en el tiempo mínimo de cotización requerido para acceder a la pensión de vejez.

Una modificación en las tasas de remplazo empleadas en la liquidación de las pensiones de vejez en el subsistema de prima media.

Un fortalecimiento en las contribuciones al fondo de solidaridad pensional y en la reducción de las comisiones de administración de las AFPs.

La obligatoriedad de afiliación de todos los trabajadores independientes.³⁸

1.15.2 La Ley 860 de 2003. Con la Ley 860 de 2003, se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993.

Se expidió la Ley 860 de 2003 con el fin de subsanar algunos vicios de inconstitucionalidad de la Ley 797 de 2003. Los vicios subsanados hacían referencia a la población beneficiaria del régimen de transición (quienes se encontrarán cotizando en un régimen y debían ser transferidos al nuevo) y la distinción entre otorgamiento de beneficios por pensión de invalidez por enfermedad y accidente.³⁹

³⁸ <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/08859.pdf>,
Ley 797 de 2003.

³⁹ <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/08859.pdf>

Aumenta las semanas de cotización para la pensión de Invalidez del régimen común, la cual pasa de veinticinco (25) semanas a cincuenta (50) semanas.

Establece el régimen de transición en el artículo 4 y dice:

A partir de la fecha de vigencia de la presente ley y hasta el 31 de diciembre del año 2007, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, de las personas que el 1° de abril de 1994 tuviesen 35 años o más de edad si son mujeres o cuarenta años de edad o más si son hombres o 15 años o más de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados a esa fecha. A partir del 1° de enero del 2008, a las personas que cumplan las condiciones establecidas en el presente inciso se les reconocerá la pensión con el requisito de edad del régimen anterior al cual se encontraban afiliados. Las demás condiciones y requisitos de pensión aplicables a estas personas serán los consagrados en el Sistema General de Pensiones incluidas las señaladas por el numeral 2 del artículo 33 y el artículo 34 de esta ley, modificada por la Ley 797 de 2003 ⁴⁰.

1.15.3 Acto Legislativo 01 de 2005

Se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

Retiro de la mesada 14 de la pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación definida, pero aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.

Ley 860 de 2003

A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública.

Una reducción de la vigencia del período de transición establecido (se adelanta del 1º de enero de 2014 al 1º de agosto de 2010, excepto para trabajadores que hayan cotizado por lo menos 750 semanas a la aprobación de la reforma constitucional).

1.15.3. Ley 1580 de 2012. Como tema central de la monografía, esta será desarrollada en el capítulo II, la cual hace referencia a la creación de la pensión familiar en Colombia.

1.15.4 Creación de Colpensiones – Decreto 4121 De 2011. Para el año 2013, el Seguro Social pasó a ser historia y los asuntos pensionales son atendidos por Colpensiones, una nueva empresa organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo.

Colpensiones nace de la necesidad de que haya una mayor rentabilidad social en la administración del Régimen de Prima Media con prestación definida en Colombia, con una propuesta de valor basada en el servicio y en la obtención de resultados financieros para facilitar la sostenibilidad fiscal del sistema a largo plazo.

La entidad tendrá una propuesta diferencial en la forma de administrar el Régimen de Prima Media, basada en la atención pronta y especial a sus usuarios, siguiendo

principios de eficiencia, rentabilidad, calidad y compromiso en la atención prestada a los colombianos”, manifestaron fuentes del Ministerio de Trabajo.⁴¹

Al día de hoy, Colpensiones tiene 110 mil solicitudes de reconocimiento de las 240 mil que no había resuelto el Instituto de Seguro Social⁴². En este sentido, no se han cumplido con los objetivos inicialmente trazados, por lo cual se expidió un “plan de acción” auto 110 de 2013, donde la Corte Constitucional, le ordena a Colpensiones:

Responder los derechos de petición radicados ante el ISS, como plazo máximo hasta el 31 de diciembre de 2013.

Cumplir hasta el 31 de diciembre de 2013, con todas las sentencias dictadas en contra del ISS pendientes de acatamiento, y las que se tomen luego de esta decisión, en las que se ordene responder una petición o el reconocimiento de una pensión negada en su momento por la entidad ahora en liquidación.

⁴¹ http://www.colpensiones.gov.co/publicaciones/es-CO/113/Quienes_Somos

⁴² <http://www.mintrabajo.gov.co/julio-2013/2099-colpensiones-presento-resultados-de-su-plan-de-accion.html>

CAPÍTULO II

2. PENSIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO COMPARADO

“Es de señalar que al hacer un estudio de Derecho Comparado, que la denominada pensión familiar nunca ha sido incluida en ningún otro ordenamiento jurídico del mundo, ni hay antecedentes legales mediatos o inmediatos sobre este tema, ni siquiera en países cuyo sistema pensional se encuentra en estado de maduración.” Lo anterior lo ha señalado el Ministerio de Hacienda en la gaceta de 22 de mayo de 2012.

En este orden de ideas es posible afirmar que Colombia es pionera en la incorporación al sistema pensional de la pensión familiar y que no cabe duda que a partir de esta incorporación otros países se quieran implementar este sistema y que a la fecha se puede evidenciar.

Si bien el Ministerio de Hacienda afirma que Colombia es el primer país en adoptar este tipo pensional, la cual fue promulgada en el mes de octubre de 2012, se ha encontrado que hay en la República del Perú, este sistema pensional ya estaba siendo incorporado y aplicado al sistema de pensiones para el año 2010.

2.1 PENSIÓN FAMILIAR EN PERÚ

De conformidad con Decreto supremo N° 116-2010-ef, se aprobó el reglamento de la Ley N° 29451 el cual establece el régimen especial de jubilación para la sociedad conyugal y las uniones de hecho. Así, las parejas que no contaban con los años suficientes de aportes para acceder a una pensión, podrán aplicar de manera conjunta a este beneficio con la posibilidad de sumar los años de aportes

que, de manera independiente, hicieron al sistema nacional de pensiones, para así cumplir con el requisito de los 20 años de aportes.

Uno de los requisitos que deberán cumplir las parejas para acceder a este beneficio son: ser mayores de 65 años de edad y acreditar de manera conjunta un período no menor de 20 años de aportes al sistema nacional de pensiones, el aporte de la pareja debe haberse hecho de manera simultánea.

Otro de los requisitos es que la antigüedad del matrimonio civil en sociedades conyugales debe ser mayor a diez años a la fecha de presentación de la solicitud de pensión, acreditada con la partida de matrimonio civil expedida con una antigüedad no mayor de 30 días.

En el caso de las uniones de hecho, el período exigible de convivencia permanente es de más de diez años al momento de la presentación de la solicitud de pensión. Dicho estado de convivencia deberá ser acreditado mediante sentencia judicial firme que declare la unión de hecho.

Las parejas de jubilados que cumplan con los requisitos señalados y deseen acceder a estos beneficios deberán presentar una declaración jurada suscrita conjuntamente en la que se declare que no perciben pensión de jubilación bajo algún régimen previsional u otro, por parte del estado.

El monto mínimo de la pensión especial asciende a s/. 415.00 nuevos soles, será único y se pagará a favor de la sociedad conyugal o unión de hecho, a través de una cuenta conjunta.

Así mismo, la norma publicada precisa que la pensión caducará por la invalidación del matrimonio o la disolución del vínculo matrimonial o disolución de la unión de hecho. También se podrá suspender la pensión temporalmente si por lo menos

uno de sus miembros reinicia alguna actividad laboral, o si percibe ingresos por el desempeño de actividad independiente y la suma de la pensión percibida y su ingreso mensual supere el 50% de la UIT vigente.

Con relación a la pensión familiar colombiana, la peruana en cuanto a la extinción de esta, se presenta cuando el matrimonio o la disolución del vínculo o disolución de unión de hecho sean declarados en el primer caso, el divorcio y el segundo, inválido por sentencia. Otra de las diferencias que trae tiene que ver con el requisito discriminatorio que entorna la Pensión Familiar Colombiana del régimen de prima media con prestación definida, sólo que en cuanto a los requisitos se percibe un aumento con relación al régimen de pensión familiar colombiano.

En cuanto al sistema de aprobación de proyectos de Ley, Perú tiene un sistema muy parecido al que se realiza en Colombia, sólo que este es más cortó. En cuanto a los antecedentes pensión familiar peruana mediante el Decreto Supremo N° 116-2010-EF (23/05/10), esta norma se precisa y se reglamenta la Ley N° 29451, que modifica el Decreto Ley N° 19990, no hay mucho que decir, debido a que como este fue presentado, fue casi aprobado en su totalidad, teniendo puntos de interés y de discusión la edad, el tiempo de aportes y como poder acceder a dicha pensión.

2.2 PROCESO LEGISLATIVO PERÚ

La institución parlamentaria tiene una primera e histórica responsabilidad, la creación de la Ley. La Constitución Política del Perú señala varios caminos para llegar a la formulación y promulgación de las leyes.

Tienen derecho de iniciativa, el Presidente de la República y los congresistas, así como los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los municipios y los colegios profesionales.

Los ciudadanos, ejerciendo el derecho de iniciativa previsto en la Constitución, también pueden proponer proyectos de Ley.⁴³

⁴³ www.congreso.gov.pe

CAPITULO III

3. LA PENSIÓN FAMILIAR EN COLOMBIA

En el anterior capítulo se dieron a conocer las bases constitucionales, legales y reglamentarias de lo que ha sido el sistema pensional en Colombia, desde la Constitución Política de 1991 hasta la actualidad.

Es de reciente data, la pensión familiar, que se originó en la necesidad de garantizar a los mayores adultos, con núcleo familiar y con edad para pensionarse pero sin las semanas requeridas, un equilibrio económico que cumpla con el bienestar y la vida digna de las personas que no alcanzan a obtener los requisitos para acceder a su pensión. Es así, como en un reciente estudio realizado por el Ministerio de Trabajo, para el desarrollo del nuevo modelo de protección de vejez, dirigido por el Dr. Rafael Pardo, se indica que: “En Colombia hay 22 millones de trabajadores, de los cuales 7.7 millones cotizan o ahorran activamente en el Sistema General de Pensiones, que tiene dos regímenes: Régimen de Prima Media (RPM) y Régimen de Ahorro Individual Solidario (RAIS); y de los que en la situación actual sólo se van a pensionar 2.000.000. Es decir que el 90% se quedan por el camino”. Esto se debe a que individualmente no reunían los requisitos y por ello, es tema central de este aparte⁴⁴.

En este capítulo, se desarrollará el tema de la pensión familiar, y para ello se partirá de la justificación constitucional que se tomó para crear la Ley 1580 de 2012, para dar paso a los antecedentes que dieron su origen, y por último se desarrollará el derecho de la igualdad, para posteriormente y con base en este principio, hacer un análisis de constitucionalidad sobre algunos de los literales de la ley.

⁴⁴ <http://www.mintrabajo.gov.co/pensiones.html>

Así las cosas, se desarrolló la Ley 1580 de 2012, que da cuenta de:

3.1 JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

La pensión familiar en el ordenamiento jurídico colombiano parte de la base constitucional de garantías, fines del Estado y protección a la familia como núcleo familiar,-artículos 1, 2, 42 y 48, y proyecto de Ley 85 de 2010 del Senado.

El artículo 1° de la Constitución Política dispone:

“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

El artículo 2° de la Constitución Política dispone:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”

El artículo 42 de la Constitución Política dispone:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye 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.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La Ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la Ley civil.”

El artículo 48 de la Constitución Política dispone:

“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.”

La motivación de la Ley 1580 de 2012, tiene fundamento en los artículos anteriormente mencionados, además también se ve soportado por datos de la Superintendencia Financiera. “En el Sistema de Pensiones se encuentran registrados como afiliados 13.892.175 personas, pero sólo se encuentran activas, es decir con cotizaciones al día, 6.251.479 equivalentes al 45% de los cotizantes.”⁴⁵

Al mes de mayo del año 2013, la Superintendencia Financiera reporta como afiliados al Sistema de Pensiones con cotizaciones 6.535.963 y de pensionados 1.074.215.467

Por otra parte, como ya se mencionó, el Ministerio de Trabajo, señala que en Colombia hay 22 millones de trabajadores, de los cuales 7.7 millones cotizan o ahorran activamente en el Sistema General de Pensiones, que tiene dos regímenes: Régimen de Prima Media (RPM) y Régimen de Ahorro Individual

⁴⁵Gaceta del Congreso No. 982 del 15 de diciembre de 2011.

⁴⁶

<http://www.superfinanciera.gov.co/Cifras/financiera/pensiones/primamedia/estadisticas/afiliados.htm>

⁴⁷<http://www.superfinanciera.gov.co/Cifras/financiera/pensiones/primamedia/estadisticas/pensionadospm.htm>

Solidario (RAIS); y de los que en la situación actual sólo se van a pensionar 2.000.000. Es decir que el 90% se quedan por el camino.

Se infiere de lo anterior, que el 55% de los cotizantes quizás no completen los requisitos para pensionarse, pero es de suponer que entre ambos cónyuges o compañeros permanentes sí sea posible, por lo cual la pensión familiar está dirigida al 55% de los afiliados actuales que de otra forma no podrían acceder a la pensión.⁴⁸

La Ley 100 de 1993 previendo esta situación estableció en su artículo 37 la llamada “Indemnización sustitutiva de la Pensión de Vejez” para quienes estando en el Régimen de Prima Media Con Prestación Definida completen la edad obligatoria para pensión, pero no el número de semanas. En la misma forma el artículo 66 estableció la “devolución de saldos” para los participantes del Sistema de Ahorro Individual que no hayan cotizado las semanas mínimas o acumulado el capital mínimo para disfrutar de una pensión igual al salario mínimo.

Esta iniciativa va a ampliar el marco de la protección social de los hogares colombianos y en este sentido podría contribuir a fortalecer la unión conyugal y familiar; brindando a los adultos mayores la posibilidad de una vida digna, en el último tramo de su vida.

Uno de los Senadores que impulso la Pensión Familiar es el Dr. JORGE ELIECER BALLESTEROS BERNIE, Senador de la Republica de Colombia, indica que “la pensión familiar es una alternativa a la pobreza y compromete a los sectores público (en cabeza del Ministerio de Hacienda) y privado (en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones y cesantías y las aseguradoras), a

⁴⁸Gaceta del Congreso No. 982 del 15 de diciembre de 2011.

continuar en la elaboración de caminos y estrategias que lleven a la prosperidad democrática y, por esta vía, a la reducción de brechas entre ricos y pobres”⁴⁹.

3.2 NÚCLEO FAMILIAR COMO FUNDAMENTO DE LA PENSIÓN FAMILIAR

La familia como núcleo fundamental de la sociedad, tuvo una evolución importante a partir del año de 1886, con la promulgación de la Constitución Política, concepto de que se hizo referencia en dos artículos del Título II de dicha carta magna, que “Reglamentaba los Derechos Civiles y Las Garantías Individuales”, los cuales correspondían al artículo 23: “Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito por autoridad competentes (...)” y en el artículo 50, éste último en cual se establecía “(...) las leyes determinarán lo relativo al estado civil y consiguientes derechos y deberes. Así como podrán establecer patrimonio inalienable e inembargable.” Hasta este punto la institución de la familia no era aún definida, ni desarrollada plenamente por alguna disposición.

Ya, para el año 1887, se promulgó la Ley 57, la cual se acercó mucho más al concepto de familia, estableciendo que sujetos comprendían el núcleo familiar, consagrado en el artículo 874 de la citada ley: “La familia comprende la mujer y los hijos; tanto los que existen al momento de la Constitución, como los que sobrevienen después, así mismo comprende que son las personas que a las misma fecha vivan con el habitador o usuario y a costas de estos; y a las personas a quienes deban alimentos”, además mostró como otros indicadores de familia, el que vivan en una misma habitación, o exista obligación de sostenerlos.

⁴⁹ COLOMBIA. Congreso de la Republica. Gaceta del Congreso No. 982 del 15 de diciembre de 2011.

Es importante anotar como el concepto de familia como núcleo fundamental de la sociedad, mereció protección por parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, el cual en su artículo 16, numeral 3º, estipuló: “Es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”

Fue ya con la Constitución Política de 1991, que en Colombia, se dispuso categóricamente el concepto de familia como institución, a la cual se le da una protección constitucional, dada su condición de institución básica de la sociedad, lo cual quedó consagrado en el acápite de los principios constitucionales, artículo 5º: “El Estado reconoce sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”; así mismo en desarrollo de lo anterior se dispuso mediante el artículo 42, de dicha Carta Política, que la misma es núcleo esencial de la sociedad, determinando además, la forma en que podría constituirse, esto es, por vínculos naturales (corresponde a la voluntad responsable de conformarla sin mediar ningún tipo de formalidad) o por vínculos jurídicos (exige la existencia del contrato de matrimonio a través del consentimiento libre de los cónyuges), es decir, “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

En ese sentido, y a partir de la protección constitucional que se le dio a la familia, se promulgaron diferentes leyes, que tenían como fundamento acabar con una serie de situaciones irregulares que se presentaban al interior de los miembros de este grupo, las cuales cada vez se daban con mayor frecuencia, entre la población colombiana. Estas disposiciones entre otras fueron:

La ley 258 de 1996 (ley de afectación a vivienda familiar o Ley de la doble firma), la Ley 54 de 1990 (Declaración de Unión Marital de Hecho), Ley 906 de 2004 (Ley de violencia intrafamiliar), Ley 721 de 2001 (Filiación Extramatrimonial), Ley 1060

de 2006 (Modificatoria de normas del código Civil en materia de Filiación), Ley 1306 de 2009 (Protección a personas con discapacidad mental), Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) la ley 1361 de 2009 (Protección de la familia) y Ley 1580 de 2012, Pensión Familiar.

La ley 1361 de 2009, busca directamente la protección integral a la familia, partiendo también del concepto de familia plasmado en la Constitución Política. Esta ley trae consigo una serie de principios tendientes a salvaguardar la familia, reconociéndola como sujeto de derechos y por lo tanto el Estado y la sociedad deben garantizarle el ejercicio pleno de una serie de derechos. Es así como no hay concepto de familia, lo que hay es la redacción de lo que debe ser la familia y la especial protección de que debe gozar.

Además del desarrollo legislativo, dada la procedencia de la acción de tutela y control constitucional que se dio a partir de 1991, ha sido múltiple la jurisprudencia emitida por nuestra máxima Corporación protegiendo la familia como núcleo fundamental de la sociedad, la que se efectiviza en la garantía de los derechos de miembros que la conforman, para lo cual siempre hacen alusión al concepto de familia.

3.2.1 Evolución del Concepto De Familia

Deviene de lo anterior, para efectos de conocer la línea jurisprudencial acerca del desarrollo del concepto de familia, donde se puede encontrar sentencias significativas que lentamente se van poniendo a tono con la dinámica cultural de la sociedad y que van generando escuela en la población, haciendo parte de la consulta obligatoria de los funcionarios que trabajan con la familia:

Sentencia T-523 de 1992. En esta sentencia la Corte dice “(...) que el concepto de familia no se agota en vínculos amparados en solemnidades religiosas y/o legales, sino que se extendería también a aquellas relaciones que, sin consideración a la naturaleza o a la fuente del vínculo, cumplen con las funciones básicas de la familia.” La Corte contempla la posibilidad de hacer un reconocimiento de la familia como uno de los entes más importantes de la sociedad sino el principal.

“Es claro, de otra parte, que el Constituyente, consagró un espacio a la familia de hecho en condiciones de igualdad con otros tipos, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 13 de la Carta vigente.” Es decir, que el Artículo 42 Constitucional, no solo reconoce la familia formada por hombre y mujer sino que además por ende tiene en cuenta en su ámbito, la protección de familias formadas de otras maneras.

Sentencia T-060 de 1995. Dice que “La familia es ante todo una cultura y una manera de percibir la realidad a través de unos valores específicos. Esta cultura familiar no sólo no puede ser directamente lograda por el derecho, sino que constituye un ámbito de libertad que debe ser protegido de toda interferencia institucional.” las familias no nacen a voluntad del derecho, sino como producto de la dinámica social. La familia no se crea porque el derecho tenga a bien hacerlo, se podría más bien pensar que el derecho es una consecuencia del nacimiento y accionar de la familia.

Sentencia T-495 de 1997. La Corte en dicha Sentencia indico que la familia “de crianza” es una conformación que se presenta por la convivencia y los vínculos jurídicos, los cuales se derivan de los sentimientos formados por una vida en comunidad.

Sentencia T-941 de 1999. la Corte en la sentencia indica que los vínculos de crianza han constituido un núcleo familiar objeto de protección, dándole a los sentimientos creados en la convivencia y fortalecidos por la permanencia un efecto jurídico, los meros sentimientos empiezan a destellar consecuencias jurídicas, tejiéndose un vínculo jurídico. La Corte indica que el concepto de familia, corresponde al régimen civil.

Sentencia T-163 de 2003: La Corte en dicha sentencia indica:

“La conclusión a la que se llegaba antes parte del supuesto de que todo lo relativo a la definición del concepto de familia, corresponde al régimen civil. (...)

El mandato constitucional en relación con la familia se aparta de tal postura. El inciso primero del artículo 42 de la Constitución establece varias reglas en relación con la formación de la familia, que no están libres de problemas hermenéuticos. En esta oportunidad la Corte no entrará a analizar si la familia puede estar o no conformada por parejas homosexuales, asunto que no guarda relación alguna con el problema jurídico que se está analizando. A partir de esta restricción, del apartado "Se [la familia] constituye 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" del artículo 42, es posible establecer las siguientes normas:

- a) La familia se constituye por tres tipos de vínculos (i) naturales, (ii) jurídicos, (iii) matrimonio o decisión responsable de conformarla.
- b) La familia se constituye por cuatro tipos de vínculos (i) naturales, (ii) jurídicos, (iii) matrimonio y, (iv) decisión responsable de conformarla.
- c) La familia se constituye (i) por vínculos naturales o (ii) por vínculos jurídicos, que son el matrimonio o la voluntad responsable de conformarla.
- d) La familia se constituye por vínculos naturales ¿i.e. voluntad responsable de conformarla- o por vínculos jurídicos ¿i.e. matrimonio-.

La Corte analizará cada una de estas hipótesis hermenéuticas, pues resulta indispensable establecer las formas de conformación de la familia que la Constitución ha contemplado. Ello por cuanto resulta decisivo comprender que constituye el "núcleo fundamental de la sociedad" y es merecedora de "protección integral", en los términos del artículo 42 de la Carta. (...)

A la fecha, el legislador no ha agotado ni desarrollado plenamente los efectos de las distintas formas de conformar a la familia, previstas en la Constitución. Tal falta de desarrollo normativo no implica que el mandato constitucional, que obliga a reconocer diversas formas de familia, no tenga efectos jurídicos.

La Corte precisa que la familia no se estructura en torno a tales relaciones de consanguinidad, afinidad y existencia de obligaciones, como los alimentos. La familia se organiza en torno a la solidaridad. Cosa distinta es que en determinadas circunstancias fenómenos biológicos tengan consecuencias jurídicas. Así, el padre biológico está obligado a dar alimentos a sus hijos, y los hijos tienen deber de respeto hacia los padres biológicos. Pero ello no agota la temática de la familia. Asumir lo contrario implica entender que la familia, en el sentido constitucional, se agota y se define a partir de su regulación legal. Así, resulta imposible ejercer un control constitucional y queda en entre dicho la supremacía de la Constitución.

Dicha supremacía, por su propia naturaleza, supone independencia entre el ámbito constitucional y el legal. La Corte ya ha abordado esta cuestión ¿imposibilidad de definir los conceptos constitucionales a partir de sus meros desarrollos legales- al tratar el tema de juez natural en sentencia SU-1184 de 2001. En dicha oportunidad, la Corte destacó las dificultades que existían para concebir de manera independiente del desarrollo legal el derecho al juez natural, pero no por ello se tornaba en una tarea imposible. Lo mismo puede predicarse del concepto de familia. Este, claramente está directamente ligado a desarrollos legales, pero su esencia es de raigambre constitucional. De ahí que la falta de

desarrollo normativo no despoja de contenido normativo al precepto constitucional y que la aplicación analógica de los preceptos desarrollados a circunstancias no reguladas se supedite a su compatibilidad de tal aplicación con los mandatos constitucionales”

Sentencia C- 029 de 2009. La Corte en dicha sentencia hizo una regulación a varios artículos⁵⁰ del ordenamiento jurídico que estaban en contra de la protección a las uniones de parejas homosexuales, pero que el punto más rígido de la demanda, era la regulación del concepto de familia, el cual no fue tocado en dicha sentencia por la ineptitud de la demanda.

Sentencia T-572 de 2009. Se argumentó que la pluralidad, es precisamente un componente transversal que abarca el concepto de familia en el ordenamiento jurídico colombiano: “(...) conviene precisar que el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella

⁵⁰ Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991; el artículo 24 - literales a, b y d del Decreto 1795 de 2000; los artículos 411 y 457 del Código Civil; el artículo 4 de la Ley 70 de 1931; los artículos 1 y 27 de la Ley 21 de 1982; el artículo 7 de la Ley 3 de 1991; los artículos 283 - numeral 2 y 286 de la Ley 5 de 1992; el artículo 5 de la Ley 43 de 1993; el artículo 8 - numeral 1 literal g y numeral 2 literales c y d de la Ley 80 de 1993; el artículo 244 de la Ley 100 de 1993; los artículos 14 - numerales 2 y 8, y 52 de la Ley 190 de 1995; los artículos 1 y 12 de la Ley 258 de 1996; el artículo 2 de la Ley 294 de 1996, el artículo 2 de la Ley 387 de 1997; los artículos 222, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999; los artículos 10 y 11 de la Ley 589 de 2000; los artículos 34, 104 - numeral 1, 170 - numeral 4, 179 - numerales 1 y 4, 188 b - numeral 3, 229, 233, 236, 245 - numeral 1 y 454 a de la Ley 599 de 2000; los artículos 40, 71 y 84 - numerales 1, 2, 3, 6, 7, y 9 de la Ley 734 de 2002; los artículos 8 - literal b, 282, 303, y 385 de la Ley 906 de 2004; el artículo 3 - numerales 3.7.1 y 3.7.2 de la Ley 923 de 2004; los artículos 14 y 15 de la Ley 971 de 2005; los artículos 5, 7, 15, 47, 48 y 58 de la Ley 975 de 2005; los artículos 2 y 26 de la Ley 986 de 2005; el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007; los artículos 61, 62, 80, 159, 161 y 172 - numerales 2, 4, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 1152 de 2007; y el artículo 18 de la Ley 1153 de 2007.

surgida del vínculo matrimonial”. Concluye que sin que sea contrario a la Constitución, puede hablarse, por ejemplo, de familia monoparental o de familia biparental.

Sentencia T-036 de 2010. La Corte en dicha sentencia indico que el aspecto de familia se refiere a la teatralización del concepto de vivienda digna, describiendo las condiciones mínimas que debe cumplir el espacio en el que la familia desarrolla la comunidad de vida, y señala además la protección de la vivienda por conexidad con la salud, la vida y por supuesto la dignidad. Sobre el espacio físico en el cual se desarrolla la comunidad de vida, la corte deja al entendido, que dicha convivencia y permanencia familiar, ha de disponer de un lugar espacial en obediencia al principio de dignidad, de allí que se proteja la vivienda digna, debido a que es el territorio en el que se soporta la unidad familiar.

Sentencia C-886 de 2010. En dicha sentencia se demanda la constitucionalidad del Código Civil, artículo 113 y artículo 2° de la Ley 294 de 1996, el primero referente a la conformación de matrimonio y el segundo referente a la conformación de la familia por estar limitada a la unión de un hombre y una mujer. La corte en dicha sentencia señalo que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye 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.” Así las cosas, el matrimonio es una de las formas de constituir la familia, sin embargo no siempre la familia se constituye por el matrimonio.”

Sentencia C-577 de 2011. La Corte en dicha sentencia ha indicado que, siendo la familia “el núcleo fundamental de la sociedad, los distintos Estados han advertido la necesidad de dotarla de un sustrato material que le permitiera satisfacer sus necesidades básicas para que pueda surgir y desarrollarse sin traumatismos” y, de igual modo, “han advertido la necesidad de brindarle una protección jurídica preferente”, una de cuyas formas es el amparo de su patrimonio, mientras que

otras consisten en el establecimiento de “la igualdad de derechos entre hombres y mujeres (...)”

En cuanto a la línea jurisprudencial del concepto de familia en Colombia, es posible afirmar que en primer lugar no hay concepto constitucional de familia, que lo que hay a lo largo del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional es más bien la redacción de lo que debe ser la familia y la especial protección de que debe gozar. Es así, como es posible aludir a que el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia necesita una reforma sobre el concepto de familia y evitar interpretaciones aisladas a lo que verdaderamente busca nuestra legislación.

Actualmente entendiendo de manera amplia el artículo 42, es posible predicar que los homosexuales y heterosexuales tienen derecho a conformar una familia y además, que la única forma no sea el matrimonio, sino también la unión marital de hecho y el contrato solemne.

Cabe recordar que para la iglesia la única familia reconocida es la tradicional,” (...) la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla (...)⁵¹

Para el año 2009 se crea la Ley 1361, la protección integral a la familia, partiendo también del concepto de familia plasmado en la Constitución Política. Esta Ley trae consigo una serie de principios tendientes a salvaguardar la familia, reconociéndola como sujeto de derechos y por lo tanto el Estado y la sociedad deben garantizarle el ejercicio pleno de una serie de derechos⁵². Es así como no

⁵¹ Parte del artículo 42 de la Constitución Política de Colombia.

⁵² a) *Derecho a una vida libre de violencia.* b) *Derecho a la participación y representación de sus miembros.* c) *Derecho a un trabajo digno e ingresos justos.* d) *Derecho a la salud plena y a la seguridad social.* e) *Derecho a la educación con igualdad de oportunidades, garantizando los derechos a la asequibilidad, adaptabilidad, accesibilidad y aceptabilidad, en condiciones de*

hay concepto de familia, lo que hay es la redacción de lo que debe ser la familia y la especial protección de que debe gozar.

Así mismo, otro factor que directamente se derivada del texto constitucional es la de que únicamente es admitido en Colombia el matrimonio entre un hombre y una mujer, pues la familia que se acoge por el Constituyente no es otra que la monogámica”. El requisito de heterosexualidad y el carácter monogámico de la unión también presiden la conceptualización de la denominada familia de hecho originada en la convivencia de los miembros de la pareja, quienes no expresan el consentimiento que es esencial en el matrimonio. Claramente la Corte ha señalado que la “unión libre de un hombre y una mujer, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales”, debe ser protegida, “pues ella da origen a la institución familiar” y ha enfatizado que, según el artículo 42 superior, la unión marital de hecho es una “unión libre de hombre y mujer”.⁵³

Así mismo, como se indicó en la línea jurisprudencial, la sentencia C -577 de 2011 indico que “de cualquier clase, raza, orientación sexual, etc., a conformar de manera libre y autónoma una familia, para dar paso a una protección efectiva y garantista que respete los derechos de las personas en un verdadero y real plano de igualdad, es decir, la posibilidad de constituir una familia con el ser que se

universalidad, equidad, calidad y gratuidad. f) Derecho a la recreación, cultura y deporte. g) Derecho a la honra, dignidad e intimidad. h) Derecho de igualdad. i) Derecho a la armonía y unidad. j) Derecho a recibir protección y asistencia social cuando sus derechos sean vulnerados o amenazados. k) Derecho a vivir en entornos seguros y dignos. l) Derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos. m) Derecho a la orientación y asesoría en el afianzamiento de la relación de pareja. n) Respeto y libertad en la formación de los hijos de acuerdo a sus principios y valores. o) Derecho al respeto recíproco entre los miembros de la familia. p) Derecho a la protección del patrimonio familiar. q) Derecho a una alimentación que supla sus necesidades básicas. r) Derecho al bienestar físico, mental y emocional. s) Derecho a recibir apoyo del Estado y la Sociedad para el cuidado y atención de personas adultas mayores. Artículo 4 de la Ley 1361

⁵³ Sentencia C-577 de 2011. Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

quiere con el fin de proteger a los hijos biológicos, adoptados o de crianza, en un panorama de solidaridad y apoyo mutuo permanente”. Así mismo, agregó la sala que “la familia podrá estar constituida "por un padre y una hija, o por una madre soltera con su respectivo primogénito, o por la tradicional decisión libre y voluntaria entre un hombre y una mujer de hacer vida conyugal, o por la decisión libre y voluntaria de dos personas del mismo sexo que se profesan amor y desean realizar vida conyugal".

Frente a lo anterior, es importante tener en cuenta como antecedente del reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, la sentencia C-275 de 2007, en respuesta a una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990, que reglamenta la unión marital de hecho entre hombre y mujer; pues, en esa sentencia se declara la igualdad patrimonial de estas parejas en las mismas condiciones a las parejas integradas por un hombre y una mujer, argumentando que dicha norma era contraria a la dignidad humana y el derecho a la libertad de asociación por cuanto el beneficio en ella establecido era discriminatorio⁵⁴

Si bien se declara la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, esta disposición debe estar sujeta al entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas del mismo sexo.

La anterior decisión, les reconoció a las parejas del mismo sexo los derechos que tienen las parejas heterosexuales, al presumir la existencia de una sociedad patrimonial luego de dos años de convivencia o cuando la pareja manifiesta ante la notaría o ante un centro de conciliación, la existencia de una unión.

⁵⁴MORALES, ACACIO. Alcides. “La Familia en La Constitución Nacional. Estimación Legal y Jurisprudencial” Universidad de Cartagena.

De igual forma, por esa aplicación extensiva de la Ley 54 de 1990, las notarías pueden autorizar escrituras de afectación a vivienda familiar para obtener la inembargabilidad, además en las parejas del mismo sexo el sobreviviente tiene derecho a heredar de su pareja, a ser beneficiario en el sistema general de salud y la disolución de la sociedad patrimonial cuando se termine la unión.

Actualmente El Consejo de Estado dictó un fallo (Sección Tercera, Sentencia 19001233100020010075701 (31252), jul. 11/13, M. P. Enrique Gil), el cual reconoce a las parejas del mismo sexo como familia, indicando que la familia, va más allá de la existencia de un contrato o vínculo formal ya que nace de la decisión libre de dos personas que asumen lazos de solidaridad, apoyo, cariño, amor y convivencia. Igualmente, estimó que la familia podrá estar constituida por un padre y una hija, o por una madre soltera con su respectivo primogénito, o por la tradicional decisión libre y voluntaria entre un hombre y una mujer de hacer vida conyugal.

En esta sentencia se estimó necesario dejar atrás el tradicionalismo, e indicó que “de cualquier clase, raza, orientación sexual, etc., a conformar de manera libre y autónoma familia, para dar paso a una protección efectiva y garantista que respete los derechos de las personas en un verdadero y real plano de igualdad, es decir, la posibilidad de constituir una familia con el ser que se quiere con el fin de proteger a los hijos biológicos, adoptados o de crianza, en un panorama de solidaridad y apoyo mutuo permanente”.

El Consejo de Estado, argumentó en su decisión que el concepto de familia y matrimonio son instituciones que han evolucionado con el paso del tiempo para transformarse en “organismos sociales” que pueden presentar diversas manifestaciones, estructuras o integraciones. Indicó además que “La Constitución de 1991 lejos de establecer o fijar una sola concepción de familia, avaló con apoyo en los principios de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad, la posibilidad

de la configuración de distintos tipos y clases de familia, todos ellas merecedoras de la protección estatal del artículo 42 superior”

De lo anterior, es importante destacar que dado el reconocimiento de la sociedad patrimonial que se les ha otorgado a las parejas del mismo sexo, es posible afirmar que estas, tienen derecho a ser beneficiarias de la pensión de su cónyuge o compañero permanente, y en este sentido podrían ser beneficiarias de la pensión familiar, además cabe notar que tras el fallo del Consejo de Estado, la concepción de familia establecida en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia debe ser entendido en un sentido amplio, toda vez que las parejas del mismo sexo son familia.

La familia, como institución, implica obligaciones y derechos. Por ello, el constituyente contempló como un deber del Estado y de la sociedad la garantía de la protección integral a la familia y, entre algunos elementos de tal deber, la guarda de la honra, la dignidad y la intimidad del núcleo fundamental de la sociedad. Así las cosas, la preservación de la familia hace parte de su esencia, sin que esto implique que se trate de una situación inmodificable o absoluta, pues, si bien existe el deber de propender por la unidad familiar, en algunos casos, el Estado puede intervenir para proteger los derechos de sujetos de especial protección constitucional, como son los niños, niñas y adolescentes.⁵⁵

En este sentido, hoy en día es posible hablar en Colombia, desde un punto de vista constitucional, de que las familias conformadas por parejas del mismo sexo, se le ha reconocido una serie de beneficios o derechos que sólo eran aplicables a las parejas heterosexuales y que además, es posible clasificarlas dentro del concepto de lo que hoy es familia en Colombia.

⁵⁵COLOMBIA. Sentencia T-068 de 2011. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez

En aras a la protección del núcleo familiar, la Ley 1580 de 2012, instituyó la figura de la pensión familiar, tal como pasa a definirse.

3.3 ANTECEDENTES PENSIÓN FAMILIAR EN COLOMBIA.

El anuncio del Proyecto de Ley número 066 de 2011 de la Cámara de Representantes y 085 de 2010 del Senado, fue radicado en la Secretaría General del Senado de la República, el 5 de agosto de 2010, este fue publicado en la Gaceta del Congreso número 500 de 2010 Senado.

El proyecto de Ley presentado, en un principio sólo traía consigo dos artículos, el primero de ellos se refería a la adición del artículo 151A, a un nuevo capítulo al libro I de la Ley 100 de 1993 y el segundo artículo trataba sobre la vigencia de la Ley. Sin embargo, en la Ley 1580 de 2012, se adicionan cinco artículos, quedando en total siete.

Otro aspecto importante, es el hecho de que en el proyecto de Ley no existía artículo independiente para cada uno de los regímenes de pensiones, es decir no se señalaba alguna diferencia significativa entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En el texto final del proyecto de Ley, se estipula que los artículos primero, segundo y tercero, adiciona a la Ley 100 los artículos 151A, 151B y 151C, respectivamente. Consagrando en el artículo 151B lo relativo a la pensión familiar en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el artículo 151C hace referencia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

A continuación se hace un paralelo entre lo que inicialmente se había presentado en el proyecto de Ley y lo que finalmente se obtuvo, una vez el proyecto fue revisado por la Cámara y el Senado.

3.4 CUADRO COMPARATIVO

| Proyecto de Ley | Ley 1580 de 2012 |
|---|--|
| <p>Artículo 151A. Quienes cumplan los requisitos para adquirir el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en el sistema de prima media con prestación definida o a la devolución de saldos en el sistema de ahorro individual con solidaridad, podrán optar por la pensión familiar, cuando ambos cónyuges o compañeros permanentes obtenga la edad mínima de jubilación y la suma de los requisitos de semanas de cotización o de acumulación de capital entre ambos sea suficiente para solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez.</p> <p>Este artículo pasa a ser parte del artículo 151B. Pensión Familiar en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.</p> | <p>Artículo 151 A. Definición de Pensión Familiar. Es aquella que se reconoce por la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges o cada uno de los compañeros permanentes, cuyo resultado es el cumplimiento de los requisitos establecidos para la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida o régimen de ahorro individual y de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993.</p> <p>Se adiciona la definición de la Pensión Familiar.</p> |

| Proyecto de Ley | Ley 1580 de 2012 |
|-----------------|---|
| | <p>Artículo 151B. Pensión Familiar en el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Quienes cumplan los requisitos para adquirir el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en el sistema de prima media con prestación definida o a la devolución de saldos en el sistema de ahorro individual con solidaridad, podrán optar por la pensión familiar, cuando ambos cónyuges o compañeros permanentes obtenga la edad mínima de jubilación y la suma de los requisitos de semanas de cotización o de acumulación de capital entre ambos sea suficiente para solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez. En este artículo se consagran los requisitos que deben cumplir las personas afiliadas al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, para acceder a la pensión familiar.</p> |

| Proyecto de Ley | Ley 1580 de 2012 |
|--|--|
| <p>Los cónyuges o compañeros permanentes deben estar afiliados al mismo régimen pensional y acreditar más de cinco (5) años de relación conyugal o convivencia permanente.</p> | <p>a) Los cónyuges o compañeros permanentes deben estar <u>afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad</u> al mismo régimen pensional y acreditar más de cinco (5) años de relación conyugal o convivencia permanente. <u>Esta relación conyugal o convivencia permanente deberá haber iniciado antes de haber cumplido 55 años de edad</u></p> <p>Se adiciona lo que se encuentra subrayado y se elimina lo tachado.</p> |
| <p>Los cónyuges o compañeros permanentes deben sumar, entre los dos, en el régimen de prima media, como mínimo, el número de semanas exigidas para el reconocimiento de la pensión de vejez requeridas de manera individual. En el régimen de ahorro individual, deberán sumar el capital necesario para el pago de la pensión a la edad del menor de ellos.</p> | <p>b) Los cónyuges o compañeros permanentes deberán estar afiliados en la misma Administradora de Fondo de Pensiones. En caso de que estén en Administradoras diferentes, deberán trasladarse los recursos a la AFP donde se encuentre afiliado el cónyuge o compañero permanente.</p> <p>Se cambia completamente el artículo original.</p> |

| Proyecto de Ley | Ley 1580 de 2012 |
|--|---|
| <p>La pensión familiar de prima media con prestación definida, se determinará con base en el promedio del salario de los últimos 10 años sobre los cuales ha cotizado el afiliado que más haya cotizado, (el salario con el mejor promedio) (el promedio de los dos salarios), actualizados anualmente con base en la variación del índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE.</p> | <p>c) Los cónyuges o compañeros permanentes, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán sumar el capital necesario para obtener una pensión que les permita cubrir ese grupo familiar. Para el efecto deberá haberse ya pagado la totalidad del bono pensional y de las cuotas partes de bono pensional a que tienen derecho cada uno de ellos. De manera subsidiaria y en caso de que la acumulación de capitales de los cónyuges o compañeros permanentes no sea suficiente para financiar una pensión, se podrán sumar las semanas de cotización para efectos de cumplir con el requisito de semanas exigidas por la presente Ley para acceder a la garantía de pensión mínima. En todo caso los recursos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima se verán afectados sólo y una vez se agoten los recursos de las cuentas individuales de los cónyuges o compañeros permanentes.</p> <p>Se cambia totalmente el artículo, en el sentido en que ya se hace referencia a la pensión en el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y no en la de Prima Media con Prestación definida.</p> |
| | |

| Proyecto de Ley | Ley 1580 de 2012 |
|--|---|
| | <p>d) Para efectos de la cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud, el titular de la pensión familiar deberá estar afiliado y cotizar de acuerdo a lo estipulado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993. El cónyuge o compañero permanente será beneficiario del Sistema.</p> <p>Se adiciona el numeral b), al artículo 151B, el cual no se encontraba en el proyecto de Ley inicialmente elevado.</p> |
| <p>La Pensión Familiar será una sola pensión, de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Nacional. Esto es, el 50% para cada uno de los cónyuges o compañeros permanentes.</p> | <p>e) La Pensión Familiar será una sola pensión, de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Nacional. Esto es, el 50% para cada uno de los cónyuges o compañeros permanentes.</p> <p>Se elimina lo que se encuentra tachado.</p> |

| Proyecto de Ley | Ley 1580 de 2012 |
|--|---|
| <p>La pensión familiar no se sustituye al morir uno de los cónyuges o compañeros permanentes. El supérstite continúa con la pensión completa hasta su fallecimiento, salvo que existan hijos menores del matrimonio o de la unión, estudiantes hasta los 25 años o inválidos, caso en el cual la pensión del de cuyos pasa el 50% a la viuda o al viudo y el restante 50% a los hijos.</p> | <p>f) En caso de fallecimiento de uno de los cónyuges o compañeros permanentes beneficiarios de la pensión familiar, la prorrata del 50% acrecentará la del supérstite, salvo que existan hijos menores de edad o mayores de edad hasta los 25 años que dependan del causante por razón de sus estudios o hijos inválidos, caso en el cual la pensión del cujus pasa el 50% al cónyuge o compañero supérstite y el restante 50% a los hijos. Agotada la condición de hijo beneficiario, el porcentaje acrecentará a los demás hijos del causante y ante la inexistencia de hijos beneficiarios acrecentará el porcentaje del cónyuge o compañero permanente supérstite. Se cambia totalmente el artículo, en el sentido en que antes al morir uno de los cónyuges, la pensión continuaba completa a favor del cónyuge supérstite y finalmente se señala que en este caso el cónyuge sobreviviente tendrá lugar al 50% de la pensión familiar, salvo que existan hijos menores de edad o mayores de edad hasta los 25 años que dependan del causante</p> |
| | <p>porrazón de sus estudios, como se había señalado en el proyecto de Ley.</p> |

| Proyecto de Ley | Ley 1580 de 2012 |
|-----------------|--|
| | <p>g) El fallecimiento de los cónyuges o compañeros permanentes no cambia la naturaleza ni cobertura de la prestación y en caso de que no existan hijos beneficiarios con derecho, la pensión familiar se agota y no hay lugar a pensión de sobrevivientes por ende, en caso de quedar saldos se dará la aplicación de inexistencia de beneficiarios contemplada en el artículo 76 de la Ley 100 de 1993.</p> <p>Se adiciona el numeral g) del artículo 151B, el cual no se había introducido en primer texto del proyecto de Ley.</p> |

| Proyecto de Ley | Ley 1580 de 2012 |
|--|---|
| <p>El supérstite deberá informa, el fallecimiento de su cónyuge o compañero a fin de que se determine que la pensión continúa en su cabeza, sin que sea necesario efectuar sustitución alguna.</p> <p>Los cónyuges o compañeros deberán probar a la administradora del sistema que les pague la pensión familiar, cada 6 meses, su supervivencia y una manifestación juramentada de convivencia.</p> | <p>h) El supérstite deberá informa <u>a la Administradora de Fondos de Pensiones dentro de los treinta (30) días siguientes</u>, el fallecimiento de su cónyuge o compañero a fin de que se determine que la pensión continúa en su cabeza, sin que sea necesario efectuar sustitución alguna.</p> <p>Los cónyuges o compañeros deberán probar a la administradora del sistema que les pague la pensión familiar, cada 6 meses, su supervivencia y una manifestación juramentada de convivencia.</p> <p>Se introduce lo que se encuentra señalado y se elimina del inciso lo que está tachado.</p> |

| Proyecto de Ley | Ley 1580 de 2012 |
|--|--|
| <p>Si la pareja se divorcia o deja de haber unión conyugal, la pensión se repartiría en partes iguales, es decir 50% para cada uno de los cónyuges</p> | <p>i) En caso de cualquier tipo de separación legal o divorcio entre los cónyuges o compañeros permanentes beneficiarios de la Pensión Familiar, esta figura se extinguirá y el saldo que se disponga en la hará parte de la sociedad conyugal para efectos de su reparto. En caso de que la Pensión Familiar se estuviese pagando bajo la modalidad de Renta Vitalicia, esta se extinguirá y los ex cónyuges o ex compañeros permanentes tendrán derecho a recibir mensualmente cada uno el 50% del monto de la pensión que percibían. En caso de que la pensión reconocida fuese inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), cada uno tendrá derecho a recibir mensualmente, un beneficio económico periódico, equivalente al 50% del monto de la pensión que percibían.</p> <p>Se cambia completamente el artículo, ya que antes se había señalado que en caso de divorcio o de dejar de vivir en unión conyugal, la pensión debía repartirse en partes iguales, sin embargo esto cambio, puesto que se dijo que en estos casos, la pensión familiar se extinguiría y simplemente cada uno de los ex cónyuges o</p> |
| | <p>compañeros tendrán derecho a un</p> |

| Proyecto de Ley | Ley 1580 de 2012 |
|---|--|
| <p>La pensión familiar es incompatible con cualquier otra pensión de la que gozare uno de los cónyuges o ambos, provenientes del sistema pensional, de los sistemas excluidos o las reconocidas por empleadores, incluyendo las pensiones convencionales.</p> | <p>j) La pensión familiar es incompatible con cualquier otra pensión de la que gozare uno de los cónyuges <u>o compañeros permanentes</u> o ambos, provenientes del sistema pensional, de los sistemas excluidos o las reconocidas por empleadores, incluyendo las pensiones convencionales. <u>También excluye el acceso a los beneficios Económicos Periódicos BEPS y a cualquier otra clase de ayudas y/o subsidios otorgados por el Estado, que tengan como propósito ofrecer beneficios en dinero para la subsistencia de los adultos mayores que se encuentran en condiciones de pobreza.</u> <u>Adicionalmente sólo se podrá reconocer una sola pensión familiar por cada cónyuge o compañero.</u></p> <p>Al artículo inicial, se le suma lo que se encuentra subrayado.</p> |

3.5 ARTÍCULOS ADICIONADOS POR EL CONGRESO AL PROYECTO DE LEY

Hasta ese punto sólo se han mencionado los cambios que hubo del proyecto de ley, al texto final de la misma. Aparte del artículo 151A y 151B, la ley 1580 de 2012 consagra en el artículo 151C, los requisitos que se deben cumplir para acceder a la pensión familiar en el Régimen de Prima Medía con Prestación Definida, entre los requisitos exigidos se encuentran los mismos de los numerales a, d, e, f, g, h y j, que se habían pactado para el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Frente al artículo en mención, se encuentra que a diferencia de lo que se exige en el otro régimen, este en el numeral b) señala que los cónyuges o compañeros permanentes, deberán sumar entre los dos, como mínimo, el número de las semanas exigidas para el reconocimiento de la pensión de vejez y el numeral c) indica que en lo concerniente al régimen de transición, la pensión familiar no se determinará conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, el artículo 151C, adiciona tres numerales, el primero de ellos es el k), el cual consagra que sólo podrán ser beneficiarios de la pensión familiar, en el régimen de Prima Medía, aquellas personas que se encuentren clasificadas en el SISBEN en los niveles 1, 2 y/o en cualquier otro sistema que diseñe el Gobierno Nacional. El numeral i) indica que para acceder a dicha pensión, cada beneficiario deberá haber cotizado a los 45 años de edad, el 25% de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez y por último el numeral m) establece que en el Régimen de Prima Media el valor de la pensión familiar no podrá exceder de un salario mínimo legal mensual vigente.

Así mismo, la Ley 1580 de 2012, adiciona el artículo cuarto, por medio del cual se introduce el artículo 151D, sobre la Afiliación al mismo Régimen de pensiones, el cual establece que los cónyuges o compañeros permanentes estuvieren afiliados

a regímenes de pensiones diferentes, alguno de ellos deberá, de manera voluntaria, trasladarse para el que considere conveniente.

Por otro lado, el artículo quinto de la Ley, adiciona el artículo 151E, en lo concerniente al auxilio funerario, en tanto consagra que la persona que compruebe haber sufragado los gastos funerarios de alguno de los cónyuges, tendrá derecho a percibir un auxilio funerario equivalente al 50%.

El artículo 151F, sobre el reconocimiento de la pensión, adicionado por el artículo seis de la Ley, establece que el reconocimiento y pago de la pensión familiar se adquiere a partir de la fecha de la solicitud al sistema y por último, el artículo siete de la Ley o dos del proyecto, hace referencia a la vigencia de la misma, pactando que esta será a partir de su sanción y promulgación.

3.6. PENSIÓN FAMILIAR

La pensión familiar es “aquella que se reconoce por la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges o cada uno de los compañeros permanentes e hijos, cuyo resultado es el cumplimiento de los requisitos establecidos para la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida o régimen de ahorro individual y de conformidad con lo establecido en la presente Ley”⁵⁶

⁵⁶ Artículo 1, Ley 1580 de 2012.

3.7 SISTEMA DE PENSIÓN FAMILIAR EN LOS DOS REGÍMENES

3.7.1 Pensión Familiar en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS)

Incorporada en el artículo 151B de la Ley 100 de 1993, por la Ley 1580 de 2012, artículo 2. Es aquel que está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros. La cuantía de la pensión dependerá de los aportes obligatorios de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros de los aportes voluntarios de los trabajadores y de los subsidios del Estado cuando ello hubiere lugar.⁵⁷

“Quienes cumplan los requisitos para adquirir el derecho a la devolución de saldos en el sistema de ahorro individual con solidaridad, es decir, cumplan la edad requerida por Ley y el monto acumulado sea insuficiente para acceder a una pensión de vejez, podrán optar de manera voluntaria por la pensión familiar, cuando la acumulación de capital entre los cónyuges o compañeros permanentes sea suficiente para solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez.

En caso de que el capital sea insuficiente, se sumarán las semanas de cotización de ambos para determinar si pueden acceder al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993.”⁵⁸

Para el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) podrán ser potenciales beneficiarios, los afiliados que con su cónyuge o compañero

⁵⁷ Ponencia Primer Debate Al Proyecto Ley 066 De 2011 Del Congreso Y 085 De 2010 Del Senado. Pensión Familiar.

⁵⁸ Gaceta del Congreso No. 982. 15 de diciembre de 2011, Gaceta del Congreso No 257 de 2012 y artículo 2, Ley 1580 de 2012 y artículo 151B Ley 100.

permanente, cumplan con los requisitos de edad mínima de jubilación y capital acumulado entre ambos, que permita alcanzar una pensión individual, bien sea por retiro programado o rentas vitalicias.

Ahora bien, los requisitos que se deberán acreditar por los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, son los siguientes:

Haber cumplido la edad mínima de jubilación ambos cónyuges o compañeros permanentes.

Que el capital ahorrado individualmente no alcance el exigido por la Ley para el reconocimiento de la pensión de vejez.

Que el capital ahorrado sumado entre ambos cónyuges o compañeros permanentes superen el mínimo exigido por la Ley para el reconocimiento de la pensión de vejez. Capital que, actualmente, debe ser cercano a los 150 millones de pesos.

Se debe acreditar por los cónyuges o compañeros permanentes una relación conyugal o de convivencia permanente mayor a cinco (5) años y, además, que dicha relación o convivencia inició antes de haber cumplido cada uno de ellos 55 años de edad⁵⁹.

El literal i del artículo 2 ° de la Ley 1580 de 2012, define que en caso de divorcio o separación legal, la figura de la pensión familiar se extingue y el saldo que se disponga en la cuenta, si existiese, hará parte de la sociedad conyugal para efecto de su reparto en partes iguales.

⁵⁹Ley 1580 de 2012, artículo 3.

En el caso en que la Pensión Familiar se estuviese pagando bajo la Modalidad de Renta Vitalicia, esta figura se extinguirá y cada uno de los cónyuges o compañeros permanentes tendrán derecho a recibir mensualmente el 50% del monto de la pensión que percibían.

En caso de que la pensión reconocida fuese inferior a dos salarios mínimos mensuales vigentes (SMLMV), cada uno tendrá derecho a recibir mensualmente, un beneficio económico periódico, equivalente al 50% del monto de la pensión que recibían.

De conformidad con la Ley 1580 de 2012, a la pensión familiar podrán acceder todos aquellos cotizantes al sistema, bien sea del Régimen de Prima Media Con Prestación Definida o del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que habiendo cumplido la edad para tener derecho a una pensión de vejez individual no cumplen con el requisito de las semanas o el capital necesario. Entonces, esas personas podrían sumar sus semanas o capital, dependiendo del régimen al que estén afiliados, con su cónyuge o compañero permanente, a fin de obtener así el derecho de esta pensión⁶⁰.

3.7.2 Pensión Familiar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. (RPM)

Incorporada en el artículo 151C en la Ley 100 de 1993, por la Ley 1580 de 2012 artículo 3. Este régimen es aquel en el cual los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen un común que garantiza a los beneficiarios el pago de la respectiva pensión previamente definida en la Ley. Para ser acreedor a la pensión

⁶⁰ Ley 1580 de 2012, artículo 2, literal i.

de vejez consagrado en este régimen debe cumplir con los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas de cotización requeridas.⁶¹

“Quienes cumplan los requisitos para adquirir el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en el sistema de prima media con prestación definida, podrán optar por la pensión familiar, cuando los dos cónyuges o compañeros permanentes obtengan la edad mínima de jubilación y la suma del número de semanas de cotización supere el mínimo de semanas requeridas para el reconocimiento de la pensión de vejez.”⁶²

De acuerdo con la Ley, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) sólo podrán ser beneficiarios de la pensión familiar las personas que se encuentren clasificadas en el SISBEN en los niveles 1 y 2 y/o en cualquier otro sistema equivalente que diseñe el Gobierno Nacional.

Así mismo, se puede identificar los siguientes requisitos para acceder a la pensión familiar en el Régimen de Prima Media:

Haber cumplido la edad mínima de jubilación ambos cónyuges o compañeros permanentes.

Que el número de semanas de cotización individual no alcance las exigidas para el reconocimiento de la pensión de vejez.

Que el número de semanas de cotización sumadas entre ambos cónyuges o compañeros permanentes superen el mínimo de requeridas por la Ley para el reconocimiento de la pensión de vejez. Número de semanas que, actualmente, es de 1250.

⁶¹ Op cit. Ley 066 De 2011 del Congreso Y 085 De 2010 Del Senado..

⁶² Op cit. Ley 1580 de 2012, artículo 3.

Se debe acreditar por los cónyuges o compañeros permanentes una relación conyugal o de convivencia permanente mayor a cinco (5) años y, además, que dicha relación o convivencia inició antes de haber cumplido cada uno de ellos 55 años de edad.

Los posibles beneficiarios deberán acreditar que se encuentran clasificadas en el SISBEN en los niveles 1 y 2 y/o en cualquier otro sistema equivalente que diseñe el Gobierno Nacional.

Los posibles beneficiarios deberán haber cotizado a los 45 años de edad, el veinticinco por ciento (25%) de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez.⁶³

3.8 DERECHO A LA IGUALDAD

Antes de entrar a realizar un examen de constitucionalidad de algunos numerales de la ley 1580 de 2012, es importante aclarar que entiende la Legislación Colombiana por un Derecho de supremacía Constitucional como lo es la igualdad, y con base en este principio, determinar jurídicamente si hay o no una vulneración de los mismos, en algunos de los artículos de la Ley de pensión familiar.

El Derecho a la igualdad se encuentra regulado en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, en los siguientes términos:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades

⁶³ Ley 1580 de 2012, artículo 3.

y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

Así mismo, se establece que el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Los alcances de este principio constitucional han sido desarrollados por la doctrina y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como por los diferentes convenios internacionales, ratificados por Colombia.

El derecho a la igualdad, regulado en el ámbito internacional, del cual Colombia hace parte, se encuentra consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, Convenio 111⁶⁴ de la OIT. Este último define lo que puede entenderse por discriminación en su artículo 1⁶⁵ y los otros articulados se encargan de establecer lo que debemos entender por igualdad, en concordancia del artículo 13 constitucional.⁶⁶

⁶⁴ C111 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958

⁶⁵ A los efectos del Convenio 111, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan y con otros organismos apropiados.

⁶⁶ Artículo 2. Declaración Universal de los Derechos Humanos 1. Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma,

La Honorable Corte Constitucional ha establecido en la sentencia C- 094 de 1993 que, “La igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan, pues unas u otras hacen imperativo que, con base en criterios proporcionales de aquéllas, el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en Derecho no es otra cosa que la justicia concreta”.

Del mismo modo, la Corte en la sentencia C–296 de 2012 indica, que el principio de igualdad se tiene que concretar ya que la igualdad en sí misma nada significa y por ende se tiene que determinar de qué entes se trata, respecto a qué cosas son iguales y qué criterio valorativo se acoge, es decir que se debe estar en condiciones de responder las preguntas de ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué? e ¿igualdad con qué criterio?, clasificación que ha sido acogida por la Corte desde la Sentencia C-022 de 1996 como elementos subjetivo, objetivo y valorativo de la igualdad⁶⁷

3.8.1 ¿Qué es el derecho a la igualdad?

Varias son las posiciones del significado del derecho a la igualdad, pero la más acogida por la Corte es que la igualdad es un derecho constitucionalmente protegido, así lo estima la Corte Constitucional en la sentencia C-040 de 1993, en tanto supone “(...) que las autoridades pueden en determinadas ocasiones emitir

religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía.

⁶⁷ C–296 de 2012, MAGISTRADO PONENTE Dr. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

regulaciones que impliquen ciertas diferencias de trato, siempre que esas decisiones estén soportadas en una razón suficiente, es decir, constitucionalmente legítima o admisible.”⁶⁸ En este sentido, se debe tener presente, que dicho trato debe mantener las medidas de razonabilidad y proporcionalidad, criterios que determinarán si en el caso concreto hay violación o no al derecho de igualdad.

3.8.2 Artículos Discriminatorios De La Ley 1580 De 2012

En la Ley 1580 de 2012, se han identificado varios artículos con literales discriminatorios, los cuales contrarían derechos y principios constitucionales, siendo algunos demandados por inconstitucionalidad.

Los literales que se han identificado (artículo 151C literales i, k, l, m) vulneran el principio de igualdad, en tanto se consagran una serie de requisitos adicionales con relación al régimen de pensión de vejez.

El primero de los artículos que se observa como inconstitucionales para acceder a la pensión familiar, es el artículo 151C numeral k, el cual indica que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, “Solo podrán ser beneficiarios de la Pensión Familiar, en el Régimen de Prima Media, aquellas personas que se encuentren clasificadas en el SISBEN en los niveles 1, 2 y/o en cualquier otro sistema equivalente que diseñe el Gobierno Nacional.” (Subrayado fuera de cita).

La parte subrayada del literal anterior, vulnera el derecho a la igualdad, principio consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política y ratificado por Colombia por diferentes tratados y convenios internacionales, como son el convenio 111 de

⁶⁸ COLOMBIA. C-296 de 2012, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

la OIT y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, mencionados a lo largo de este capítulo.

El aparte subrayado del literal K de la Ley 1580 de 2012, contraría los artículos 1, 5, 7, 13 y 48 de la Constitución Política de Colombia, los cuales se fundamentaran de la siguiente manera:

La igualdad no es sólo un derecho, sino que este es además uno de los elementos de la naturaleza, por el cual se entiende que todos los hombres tienen las mismas oportunidades de prosperar, dependiendo sólo de su espíritu e iniciativa individual para lograr sus objetivos dentro del proyecto de vida que se han trazado, no pudiendo ser discriminados por motivos de sexo, raza, religión, ideología política, preferencia sexual, origen familiar o social, u otro motivo semejante. De esta manera lo sostiene los artículos Constitucionales 5, 13 y la declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, documento que en sus primeras palabras, es decir, desde el artículo 1, menciona el derecho a la igualdad, entendiéndose por ello, la importancia que aquél elemento de la naturaleza humana representa para los hombres libres.⁶⁹

El artículo 1 de la Declaración Universal de Los Derechos Humanos de 1948 dice: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

Y más adelante expresa en su artículo 7:

⁶⁹ <http://es.scribd.com/doc/109436628/Accion-publica-de-inconstitucionalidad-contra-el-literal-k-del-articulo-151C-de-la-ley-100-de-1993>

“Todos son iguales ante la Ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”

El aparte subrayado del literal K, del artículo 151 C de la Ley 100 de 1993, añadido por la Ley 1580 de 2012, vulnera significativamente la igualdad legal (artículo 13 Constitucional), en tanto se establece que sólo serán las personas de los niveles 1 y 2 del SISBEN, afiliados al régimen de prima media con prestación definida, quienes podrán acceder a la pensión familiar, este es sin duda un obstáculo para acceder al beneficio de la pensión familiar, toda vez a pesar de reunir la edad y las semanas necesarias, se encuentran supeditados a un tercer requisito, el cual como ya se mencionó es pertenecer al nivel 1 y 2 del SISBEN, mientras que por otro lado, la misma Ley 1580, permite, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, cualquier pareja de ciudadanos, independientemente de su pertenencia a cualquiera de los niveles del SISBEN, acceda a la pensión familiar, cumpliendo los requisitos de edad y concurrencia de semanas, esto de conformidad con el artículo 151-B de la Ley 100 de 1993, añadido por el artículo 2 de la Ley 1580 de 2012.

Si bien es cierto que, un trato distinto a dos clases de personas, no comporta por sí sólo una vulneración al derecho fundamental a la igualdad, como lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencias C-013 de 2010 y C-805 de 2009, en el caso discutido, ese trato distinto sí desconoce la igualdad, pues la regulación normativa establece una categoría injustificada, para negar el derecho a un grupo de población en uno de los regímenes del sistema pensional (prima media con prestación definida), el cuál es la posición social (Niveles SUPERIORES al 1 y 2 del SISBEN), mientras a otro grupo de población de otro de los regímenes del sistema de pensiones de ahorro individual, no les impide acceder al derecho a la

pensión familiar, independientemente de la posición social a la que pertenezcan.⁷⁰ Es importante resaltar, que en ninguno de los dos regímenes de pensión de vejez consagrados en la Ley 100 de 1993, se exige como requisito para acceder a ella, que la persona beneficiaria se encuentre en un nivel social específico, a diferencia de lo que se pretende en el régimen de prima media con prestación definida en la pensión familiar.⁷¹

En sentencia T-493 de 2010, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

“Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que la disposición constitucional de igualdad, en sí misma, permite un trato diferencial, pues aplicar las mismas condiciones cuando se está frente a una situación de hecho similar mas no igual, podría incurrirse en un desconocimiento del principio de igualdad. No obstante, no todo trato diferencial es constitucionalmente válido. Por tanto, para establecer la posibilidad de conferir un trato diferente a situaciones fácticas similares no basta con verificar que, en efecto, se trata de supuestos de hecho similares. Para establecer si amerita ofrecer un trato diferente a situaciones disímiles debe recurrirse a criterios adicionales que permitan hacer una valoración no formal, sino material, del trato diferencial.

Esta corporación ha establecido además que para que un trato desigual sea objetivamente válido, aquél debe tener como sustento una razón suficiente, esto es, no puede ser arbitrario y debe estar acorde con un fin legítimo, es decir, debe ser proporcional al mismo.”

El hecho de que sea arbitrario depende de que ambas familias se encuentran en la misma situación de igualdad legal y material, han cumplido los mismos requisitos para acceder a la prestación, simplemente que unos, por su pertenencia

⁷⁰ Acción pública de inconstitucionalidad contra el literal k del artículo 151C de la Ley 100 de 1993.

⁷¹ <http://es.scribd.com/doc/109436628/Accion-publica-de-inconstitucionalidad-contra-el-literal-k-del-articulo-151C-de-la-ley-100-de-1993>

a un régimen de seguridad social distinto, les será negada la pensión, cuando debe entenderse que los regímenes de seguridad social, tanto el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, no están basados, para la afiliación de sus usuarios, en los niveles sociales de las personas.⁷²

El literal k, del artículo 151-C de la Ley 100 de 1993, añadido por el artículo 3 de la Ley 1580 de 2012, está imponiendo entonces un TRATO DESIGUAL a personas que se encuentran materialmente y exactamente en la misma posición, cumplen edad y semanas iguales, sólo que pertenecen a regímenes del sistema de pensiones diferentes, que no basan la afiliación de personas en su nivel de ingresos, lo cual vulnera directamente el derecho a la igualdad legal.

La violación al artículo 48 de la Constitución Política, tiene que ver con uno de los principios del derecho a la seguridad social y es el de la “universalidad”, que directamente comporta el concepto de igualdad en su esencia y en este sentido el numeral K del artículo 151-C no es de carácter universal, en tanto existe una clara limitación, que se desprende de la posición social que ocupan en la sociedad. Es así como en el artículo 2⁷³ de la Ley 100 de 1993, desarrolla directamente el artículo 48 de la C.P.

⁷²Acción pública de inconstitucionalidad contra el literal k del artículo 151C de la Ley 100 de 1993.

⁷³Artículo 2 de la Ley 100 de 1993 “El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

a) EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

b) UNIVERSALIDAD. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.”

En ese orden de ideas, se evidencia una vulneración el principio de universalidad, consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, a su vez desarrollado por el artículo 2 de la Ley 100 de 1993. Es así como tal hecho comporta una medida de trato desigual, que deriva en discriminatorio y arbitrario, pues como ya se ha visto a lo largo de este capítulo, no tiene un fin constitucionalmente legítimo, no es una medida necesaria y no es proporcional con los derechos constitucionales afectados y en este sentido no se encuentra en armonía con el principio de universalidad consagrado en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, el ciudadano Julián Arturo Polo Echeverri, interpone demanda de inconstitucionalidad contra los literales k) mencionado anteriormente y el m) del artículo 151-C.

En reiteración al numeral K del artículo 151C, se continua considera que este vulnera el artículo 13 superior y entre otros, por las razones anteriormente expuestas y que comparte los mismos fundamentos ya mencionados.

En conclusión, al realizar una comparación con los requisitos para obtener la pensión de vejez consagrados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en ningún momento se hace mención a que los destinatarios sean únicamente a aquellos ciudadanos clasificados en los niveles 1, 2 del SISBEN, sino que podrían ser beneficiarios de la misma, todas las personas que cumplieran los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de vejez. En este orden de ideas, no hay motivación para llevar a cabo el trato diferencial que hace el régimen de prima media con prestación definida y que no lo hace el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por otro lado, el literal m del artículo 151C señala que “En el Régimen de Prima Media con prestación definida el valor de la pensión familiar no podrá exceder de un salario mínimo legal mensual vigente.”

Este literal es considerado como inconstitucional, ya que discrimina sin justificación alguna a los beneficiarios de la pensión familiar en el Régimen de Prima Media, al limitar el valor de tal pensión a un salario mínimo legal mensual vigente, sin tener en cuenta para su liquidación los aportes realizados por la pareja, a pesar de que no existe diferencia alguna entre esta pensión y la de vejez, pues las semanas requeridas para efectos de la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social son las mismas. Si se observa la pensión de vejez en el régimen de prima media, es posible verificar que ninguna Ley limita a que la pensión sea un mínimo, sino que la base de liquidación depende lo que establece el artículo 21⁷⁴⁷⁵ y 34⁷⁶ de la Ley 100 de 1993.

El artículo 151C, numeral i consagra “En caso de divorcio, separación legal o de hecho, la pensión familiar se extinguirá y los ex cónyuges o ex compañeros permanentes tendrán derecho a percibir mensualmente un beneficio económico periódico, equivalente al 50% del monto de la pensión que percibían.”

No obstante, se puede apreciar que dicho literal contraría dos principios en materia laboral, el primero de ellos es el principio de derechos adquiridos, donde la doctrina y la jurisprudencia lo han definido como “ aquel derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica, que hace parte de él y, que por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció

⁷⁴ Concepto N° 5559. Procuraduría General de la Nación.

⁷⁵ “Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta Ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo.”

⁷⁶

legítimamente” .y en segundo lugar el principio de progresividad, “que obliga a crear e imponer nuevas bases y fundamentos jurídicos en base al mejoramiento de las condiciones del ser humano”, principio acogido por la Convención Americana de Derechos Humanos^{77 78}.

Es así, como se evidencia la vulneración de dichos principios, toda vez que implica una disminución o pérdida de derechos ya adquiridos o reconocidos, toda vez que el mismo numeral consagra la extinción de la figura “extinguirá”; ya que al configurarse el divorcio o la separación de cuerpos, la legislación colombiana se sale de la figura de la pensión familiar, transformándola en un beneficio económico, ya que de no ser así, se estaría contrariando lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 100, al señalar que el monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor de un salario mínimo legal mensual vigente.

En este orden de ideas, los beneficiarios de la pensión familiar en el régimen de prima media con prestación definida, sólo tendrá derecho a un beneficio económico y por lo tanto se extingue la pensión familiar vulnerando el derecho a la seguridad social y los principios ya señalados.

También es cierto que no es posible que en caso de divorcio o separación legal, se le otorgue a cada uno de los cónyuges o compañeros permanentes una pensión independiente, ya que en este caso sería el Estado quien debe asumir dicho gasto sin tener los recursos para ello, además se convertiría en una estrategia por parte de las parejas, ya que si deciden divorciarse, estos se harían acreedores cada uno de una pensión y en este sentido sería muy rentable para la pareja adquirir la pensión familiar y una vez beneficiarios de esta, divorciarse o

⁷⁷ http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista2/16ricardobarona.pdf

⁷⁸ <http://seguridadesocialintegral.blogspot.com/2010/09/principio-de-progresividad-estudiante.html>

separarse sólo en papeles. Por otro lado, si no se extingue la figura de la pensión familiar, dejando como hecho de que sólo sea pagado 50% a cada uno de los cónyuges, iría en contra de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, por lo cual la importancia de cambiar el nombre de la figura.

Para concluir, es inevitable pensar que es una solución armónica, para las parejas que ya no desean convivir y así no se convierte una carga económica para el Estado, toda vez que al predicarse la autonomía, la figura de pensión familiar sería más eficiente y sostenible, porque como se había mencionado antes, en ningún momento el gobierno está regalando algo, si no que las parejas al unirse están uniendo sus cotizaciones como se muestra en el fundamento de dicha Ley “Esta pensión familiar sería la resultante de sumar los requisitos acumulados por ambos cónyuges o compañeros permanentes durante su vida laboral, pero que por separado son insuficientes y así adquirir, vía la agregación de las partes, un sólo derecho”⁷⁹.

Por último, el numeral I del artículo 151 C “Para acceder a la Pensión Familiar, cada beneficiario deberá haber cotizado a los 45 años de edad, el veinticinco por ciento (25%) de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez de acuerdo a la Ley”. del artículo 151-C, consagra que para acceder a la Pensión Familiar, cada beneficiario deberá haber cotizado a los 45 años de edad, el veinticinco por ciento (25%) de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez de acuerdo. Este literal consagra una vulneración al derecho de igualdad, toda vez que en el régimen de pensión de vejez no se establece un requisito similar, lo cual no sucede en la pensión familiar en el régimen de prima media con prestación definida.

⁷⁹ ley 203 de 2012, se llevó a cabo la exposición de motivos de la pensión familiar

Al analizar el régimen de prima media con prestación definida de la pensión de vejez, se puede apreciar que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no establece requisito de edad con porcentaje de semanas, simplemente señala:

“Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

- a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;
- b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados”

Es importante traer de nuevo a colisión, lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-493 de 2010, al indicar que:

(...) aplicar las mismas condiciones cuando se está frente a una situación de hecho similar mas no igual, podría incurrirse en un desconocimiento del principio de igualdad... Esta corporación ha establecido además que para que un trato desigual sea objetivamente válido, aquél debe tener como sustento una razón suficiente,(subrayado fuera de cita) esto es, no puede ser arbitrario y debe estar acorde con un fin legítimo, es decir, debe ser proporcional al mismo(...)

Es así, como se puede indicar que lo establecido por la corte en la sentencia C-094 de 93 “La igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales (...)” es una muestra de la vulneración que existe en el numeral I del artículo 151C, ya que en las situaciones en que las personas cumplen los requisitos establecidos por el sistema de pensión de vejez, Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se accede a ella automáticamente, realizando la solicitud a la entidad respectiva; y en la pensión familiar, se observa un obstáculo frente al requisito de cotización mínima en determinada edad, donde la legislación da la oportunidad cotizar hasta los 65 años, si no cumplen con el requisito de semanas.

CONCLUSIÓN

La Ley 100 de 1993 viene de un modelo chileno, en el cual hoy en Chile el régimen de prima media con prestación definida desapareció y solo está el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Para acceder a la pensión de vejez en Colombia, existen dos regímenes diferentes donde uno es el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y otro Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Para el primero de ellos sólo hay que reunir los requisitos de semanas y edad y para el segundo sólo semanas para poder completar el dinero para pensionarse.

La pensión familiar, creada a través de la Ley 1580 del 2012, llega a colmar diferentes vacíos en materia pensional, como la desprotección de muchas familias que no alcanzaban a pensionarse por no cumplir el tiempo de cotización, que puede ser traducido en semanas como requisitos para acceder a la misma. Esta nueva pensión se reconoce por la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges o cada uno de los compañeros permanentes, cuyo resultado es el cumplimiento de las exigencias establecidas para la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida o en el régimen de ahorro individual, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993.

La finalidad de la pensión familiar está principalmente enfocada en garantizar a los mayores adultos, con núcleo familiar y con edad para pensionarse, pero sin las semanas cotizadas requeridas, un equilibrio económico que cumpla con el bienestar y la vida digna de las personas, que de forma independiente no alcanzan a obtener los requisitos para acceder a su pensión familiar. Es así, como llega a brindar una oportunidad de tener un sustento a miles de familias que no logran obtener los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

La Ley de pensión familiar trae varios requisitos discriminatorios en cuanto al Régimen De Prima Media Con Prestación Definida (RPM), que no se requieren al pedir una pensión por vejez en el mismo régimen.

Requisito exigido en el artículo 151 C, numeral k “Solo podrán ser beneficiarios de la Pensión Familiar, en el Régimen de Prima Media, aquellas personas que se encuentren clasificadas en el SISBEN en los niveles 1, 2 y/o en cualquier otro sistema equivalente que diseñe el Gobierno Nacional.”

Si lo que se busca es mejorar las condiciones de vida de las personas, no se debe consagrar requisitos que resulten discriminatorios, en especial el referente al nivel de SISBEN que deben cumplir las personas para ser beneficiarias de esta pensión, ya que la debilidad manifiesta que presentan los que incorporan el SISBEN 1 y 2 del régimen de prima media con prestación definida de la pensión familiar, posiblemente también pueda ser encontrado en otros estratos socioeconómicos.

Requisito exigido en el artículo 151 C, numeral l “Para acceder a la Pensión Familiar, cada beneficiario deberá haber cotizado a los 45 años de edad, el veinticinco por ciento (25%) de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez de acuerdo a la ley”

Lo anterior resulta discriminatorio, ya que los regímenes de pensión de vejez consagrados en la ley 100 de 1993, no exige como requisito la fidelidad para con el sistema en aras de acceder a ella un tiempo de cotización en determinada edad. Hay que recordar que la fidelidad fue declarada inexecutable en las sentencias C-428 de 2009 y C-556 de 2009.

Requisito exigido en el artículo 151 C, numeral m “En el Régimen de Prima Media el valor de la pensión familiar no podrá exceder de un salario mínimo legal mensual vigente.”

También resulta un poco ineficiente limitar la pensión en el mismo régimen a un salario mínimo, cuando la Ley 100 de 1993 establece un sistema base de liquidación, que obedece según el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión.

De esta manera es verídico sostener que los requisitos de pensión familiar para el régimen de prima media con prestación definida son un poco fuertes y contradictorios con las exigencias constitucionales de protección familiar, las cuales puede llevar a que algunas familias no logren acceder a ella, por cuanto no cumplen con los requisitos mencionados, en ese sentido y a medida que esta figura se vaya implementando, es posible que se haga necesario realizar un juicio de constitucionalidad de los diferentes requisitos con relación a los principios constitucionales y principios del derecho internacional, como es la igualdad, la universalidad, derecho a una vida digna, derecho a la seguridad social, etc.

Todo lo contrario sucede con la pensión familiar del régimen de ahorro con solidaridad, que no consagra los obstáculos que consagra el régimen de prima media con prestación definida; ya que guarda una concordancia con los requisitos exigidos por el régimen de ahorro con solidaridad de la pensión de vejez.

Cabe anotar que la pensión familiar es autónoma de cualquier subsidio o carácter de especie del gobierno. Lo único, es que se permite sumar a la pareja, las semanas que han cotizado individualmente, esto fundamentado en lo que hoy en día se entiende por familia, lo cual es muy claro que el artículo 42 Constitucional debe interpretarse de manera amplia, ya que no solo es específicamente la unión

de un hombre y una mujer como se consagró en la Carta, sino que debe entenderse como la unión homosexual y heterosexual como significado de familia en Colombia.

Lo pertinente en términos de pensión para un Estado Social de Derecho, es que el régimen de pensión familiar, debe especificar un esquema similar que conlleve la figura de la pensión de vejez; y no como la actual pensión familiar que sólo da la oportunidad de que las parejas sumen las semanas, pero cumpliendo una serie de requisitos adicionales, convirtiéndose esto en un obstáculo para los posibles beneficiarios de la pensión familiar.

Ahora bien, es posible identificar varias demandas de inconstitucionalidad (D-9426, D-9405 y D-9411) contra los literales k, l, m del artículo 151C de la Ley 1580 de 2012, que tiene que ver con el régimen de prima media con prestación definida y que en este momento es debatido por la Corte Constitucional, la cual deberá evaluar el esquema de finalidad y vulneración de derechos Constitucionales, ya que en dichas demandas el derecho fundamental principalmente invocado es la igualdad, establecido en el artículo 13 de la Constitución, en el cual ha reiterado la jurisprudencia (sentencias C-013 de 2010, C-805 de 2009, T-493 de 2010) que para que un trato desigual sea objetivamente válido, aquél debe tener como sustento una razón suficiente, esto es, no puede ser arbitrario, y debe estar acorde con un fin legítimo, es decir, debe ser proporcional al mismo.

Por otro lado, encontramos que en ambos regímenes de la ley 1580 de 2012, el numeral i del artículo 151 C y el numeral i del artículo 151 B consagran que en caso de divorcio o separación de cuerpos o de hecho, la pensión familiar se extinguirá y los ex conyugues o ex compañeros permanentes tendrán derecho a percibir un beneficio económico equivalente a un 50% de la pensión. En el régimen de ahorro individual con solidaridad la figura de la pensión familiar se extinguirá y el saldo que se disponga en la cuenta hará parte de la sociedad

conyugal, ahora bien, se deberá tener en cuenta que en caso de la modalidad de renta vitalicia la pensión se extinguirá y cada uno de los ex cónyuges o ex compañeros recibirán el 50% de la pensión que percibían.

Si bien se analizó el inciso anterior, consideramos que la opción del beneficio económico es una solución armónica para las parejas que ya no desean convivir, toda vez que al predicarse dicho beneficio, este sería más eficiente y sostenible, tanto para el Estado como para las entidades administradoras de pensiones, ya que no tendrían que asumir de su propio capital el monto restante para completar el total de una pensión para cada ex cónyuge o ex compañero permanente.

En este sentido, consideramos que a la Ley 1580 de 2012 se le debe hacer un nuevo estudio de constitucionalidad, donde se analice de nuevo cada uno de los requisitos exigidos para acceder a la misma, estableciendo requisitos uniformes para ambos regímenes e incluso en concordancia por los exigidos para la pensión de vejez, los requisitos a los que se hacen alusión, son los ya resaltados a lo largo de este trabajo como son; la base de liquidación de la pensión, el hecho de que no se exija en el régimen de ahorro individual con solidaridad un número de semanas en determinada edad, así mismo, que no se exija ningún requisito discriminatorio para acceder a ellas y que se valore la idea de acceder a la pensión familiar cuando se reúnan los requisitos conjuntamente con la pareja, y así no se deje a un lado la finalidad por la cual se llevó a debate esta pensión.

Con relación a la petición de pensión y las diferentes posibilidades de respuesta la Ley no ha definido el orden que debe darse al examen de diferentes posibilidades: En primer lugar la entidad deberá analizar si la pareja cumple con los requisitos de pensión individualmente considerados los afiliados, posteriormente en caso de que no cumplan con el total de los requisitos exigidos para acceder a la misma, para el régimen de ahorro individual con solidaridad opera la denominada pensión mínima si a ella no hay acceso se estudiará la posibilidad de la pensión familiar

según el régimen que pertenezcan, la cual puede permitir adquirir la pensión familiar, si la pareja cotizaba con base a un salario mínimo, y de no proceder esta dará lugar a la devolución de saldos que tengan a su favor por el monto cotizado.

En el caso del régimen de prima media con prestación definida, dado que no existe la pensión mínima, si la pareja no cumple los requisitos para acceder a la pensión familiar, se procederá con la indemnización sustitutiva, en la cual se adquiere una indemnización que equivale al número de semanas cotizadas multiplicado por un salario base cotizado semanal, cuyo resultado deberá ser ponderado por los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va dar el reconocimiento. Cabe notar que dicha la indemnización no comprende el 100%, como en el Régimen Ahorro Individual, sino que dependerá de la distribución del aporte a pensión, que equivale al 16%, en lo cual corresponde a vejez el 13%, invalidez 0.80%, sobreviviente 1.1% y administración 1.09%.

Toda vez que la Ley de Pensión Familiar, no hace ni un año empezó a regir, aún no se conocen decisiones judiciales referentes a demandas que se hayan presentado en contra de las entidades administradoras de pensiones. Será precisamente la jurisprudencia la que hará las respectivas interpretaciones referentes a dicha Ley, y en ese sentido, en ese momento se conocerán exactamente los alcances de la misma.

Por último, cabe resaltar los derechos de petición enviados a algunas entidades administradoras de fondos de pensiones, para conocer si a la fecha se ha presentado alguna solicitud de pensión familiar. Como respuesta obtuvimos que a la fecha de la respuesta no se ha adelantado ninguna solicitud.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGO AYALA, Mónica. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

ARENAS MONSALVE, Gerardo. "El derecho colombiano de la seguridad social"
Ed. Legis. 2006

BOTERO MARINO, Catalina. LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Constitución Política de Colombia.
Bogotá D.C. Legis. 2010. Pag. 272

COLOMBIA. Ley 1580 de 2012. Pensión familiar

COLOMBIA. Ley 1361 de 2009. Ley de Protección Integral a la Familia.
Diciembre 3 de 2009. DO. No. 47552.

COLOMBIA. Ley 1251 de 2008. normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores.

COLOMBIA. Ley 1232 de 2008 establecen unos beneficios a las personas adultas mayores. Diciembre 7 de 2008. DO. No. 46835.

COLOMBIA. Sentencia T-199 de 1996. Protección constitucional núcleo familiar.
Referencia: Expediente T-87402 Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO
MESA

COLOMBIA. Ley 100 de 1993. sistema de seguridad social integral Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993.

COLOMBIA. Sentencia SU-1354 de 2000. Derecho a la seguridad social y debida proceso. Vida digna del pensionado especial Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

CALLE, María Victoria. Memoria Terceras Jornadas de Derecho, Género y Sexualidad.

COLOMBIA. Sentencia T-482 de 2010. Pensión de vejez

COLOMBIA. Sentencia T- 138 de 2010. irrenunciabilidad del derecho de pensión

COLOMBIA. Sentencia C- 789 de 2002. Sistema de pensiones en Colombia

COLOMBIA. Sentencia T-695 de 2011. Afiliación al sistema general de pensiones

COLOMBIA. Sentencia T-895 de 2011. Obligación de cotizar a seguridad social

COLOMBIA. Sentencia T- 762 de 2011. Pensión personas de la tercera edad

COLOMBIA. Sentencia T-365 de 2010 Derecho a la pensión de jubilación.

COLOMBIA. Sentencia T-458 de 2011. Mínimo vital

COLOMBIA. Sentencia T-833 de 2010. Mínimo vital

COLOMBIA. Sentencia C- 296 de 2012. Derecho de igualdad

COLOMBIA. Sentencia C- 253A de 2012. Derecho de igualdad

COLOMBIA. Sentencia C- 198 de 2012. Derecho de igualdad

COLOMBIA. Sentencia T-493 de 2010. Derecho de igualdad

COLOMBIA. Sentencia C-179 de 2005. Disposiciones discriminatorias

COLOMBIA. Sentencia C- 273 de 1998. Deber del Estado

COLOMBIA. Sentencia T-216 de 2008. Vida digna personas de la tercera edad

COLOMBIA. Sentencia C-577 de 2011 Tiene respecto de los cónyuges, una igualdad en derechos y obligaciones que no implica identidad total entre la unión marital de hecho y el matrimonio. Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

COLOMBIA. Sentencia T-110 de 2011 principio de igualdad entre parejas conformadas por cónyuges o compañeros permanentes en materia de sustitución pensional

COLOMBIA. Sentencia C-518 de 2011 Derecho La Seguridad Social, a la salud y al mínimo vital. Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

COLOMBIA. Sentencia C-298 de 2012. Vocación sucesoral del conyugue extendida al compañero o compañera permanente

DUEÑAS RUIZ. José Oscar. "Las pensiones" Ed. Ediciones del profesional LTDA. Año 2013.

MORALES, ACACIO. Alcides. "LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. Estimación Legal y Jurisprudencial" Universidad de Cartagena.

UPRIMNY, YEPES Rodrigo El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=72

Disponible en internet:

<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/08859.pdf>

www.senado.gov.co

www.colpensiones.gov.co

www.congreso.gov.pe

http://www.camara.gov.co/portal2011/index.php/component/proyectosdeley/?view=ver_proyectodeley&idpry=485

Gacetas Congreso de la República de Colombia 066/2011C Pensión Familiar.

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C167

<http://ciesju.udenar.edu.co/wp-content/uploads/2012/12/Principios-de-la-seguridad-social-en-pensiones.pdf>.

<http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>

Ministerio de Protección Social, en concepto 28912 del 30 de diciembre de 2011

Proceso ejecutivo Porvenir S.A, rad: 053603105002201200019.

ANEXOS

Anexo A. Ley 1580 de 2012, por el cual se crea la Pensión Familiar.

Anexo B. Proyecto de Ley pensión familiar en Colombia.

Anexo C. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 151 C literal K, de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 3 de la Ley 1580 de 2012 “Por la cual se crea la pensión familiar”.

Anexo D. Demanda de inconstitucionalidad contra los literales k) y m) del artículo 151 C de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 3 de la Ley 1580 de 2012 “Por la cual se crea la pensión familiar”. Intervención de la procuraduría.

Anexo E. Decreto Supremo N° 116-2010-EF, proyecto de Ley Pensión familiar en Perú.

Anexo F. Ley No 29451, por la cual se crea la pensión familiar en Perú.

Anexo G Trámite de Ley en Perú.

Anexo H. Derechos de petición enviados a porvenir, protección y colpensiones.

Anexo I Respuesta derechos de petición.

Anexo J. María Victoria Calle, Memoria Terceras Jornadas de Derecho, Género y Sexualidad.