

INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

**Ineficacia e Inconstitucionalidad de la Pensión Familiar en Colombia**

Brahian David Bravo Usma y Valery Orozco González

Programa de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Caldas

Trabajo de grado para optar por el título de Abogados.

Dirigido por Valentina Escobar Sierra y Cesar Augusto Echeverry

2022

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

**Agradecimientos**

*Agradezco principalmente a mis padres quienes han creído siempre en mí, dándome ejemplo de superación, trabajo y esfuerzo. Es por ellos que he llegado hasta aquí, por su amor incondicional y apoyo; no quedan palabras de gratitud que demuestren todo lo que ellos le dan a mi vida. Les agradezco por cada gesto de amor, cada noche de desvelo y cada acción que me demuestra que la vida me premió con los mejores padres que puede haber en la tierra.*

*Agradezco a mis abuelos paternos que desde el cielo me acompañan y a mi abuela materna por ser apoyo incondicional en todo este proceso; le doy gracias a mi familia por su comprensión y estímulo contaste a lo largo de mi carrera, sin olvidar a mis perritos que le han dado alegría a mi vida y han sido mi aliciente durante todo este proceso.*

*Agradezco a mi Universidad y principalmente a mis profesores quienes me permitieron convertirme en una profesional apasionada e íntegra; gracias por sus conocimientos y enseñanzas constantes.*

*Le doy gracias a mis compañeros de carrera quienes fueron indispensables en este proceso; cada vivencia, alegría y tristeza no sería igual sin los seres tan maravillosos que conocimos en esta carrera. A ellos les doy gracias por cada trabajo, proyecto y enseñanza; este logro es tanto mío, como de ellos.*

*Por ultimo le doy gracias a mi amigo, colega, novio y compañero de tesis David Bravo, por ser la persona que ha estado conmigo desde el primer día de clases; agradezco a la vida por ponerlo en mi camino y a él por haber permanecido por más 6 años a mi lado; le agradezco por ser mi apoyo constante, mi pareja de estudios y mi compañero de vida. A él se debe este trabajo y es por él que todo este proceso se convirtió en una de las mejores etapas de mi vida.*

GRACIAS INFINITAS.

V.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

*Después de un largo trasegar, agradezco a mi familia por cada impulso, por cada momento en que me llenaron la vida y se convirtieron el motor que inspira a rebasar cualquier meta. De mis padres, aprendí la templanza y el amor incondicional; de mis tíos obtuve la superación y la amabilidad; de mis abuelos la pujanza y la esperanza; por cada virtud a todos ellos agradezco.*

*A mi alma máter, mis docentes y asesores, por cada conocimiento, apoyo, todas las experiencias o aprendizajes directa e indirectamente brindados. Así como a todos mis amigos, socios y compañeros a quienes agradezco por esta gran etapa. Finalmente, pero no menos importante, agradezco a mi compañera de vida a quien guardo profunda admiración por todas sus virtudes; por convertirse en pieza esencial de todo lo vivido, así como por iluminar y ser guía de quienes la conocemos.*

D.

**Tabla de Contenido**

Ineficacia e Inconstitucionalidad de la Pensión Familiar en Colombia.....	1
Agradecimientos.....	2
Tabla de Contenido.....	4
Resumen .....	10
Abstract .....	11
Marco Metodológico .....	12
Planteamiento del Problema .....	12
Justificación.....	17
Pregunta de Investigación.....	19
Objetivo General .....	19
Objetivos Específicos.....	19
Metodología .....	20
Capítulo I. Ineficacia de la Pensión Familiar en Colombia .....	21
1.1 Aproximación al Sistema Pensional en Colombia.....	21
1.1.1 Antecedentes.....	21
1.1.2 La Constitución Política de 1991 y la Ley 100 de 1993.....	23
1.1.3 El Sistema de Seguridad Social Integral.....	24
1.1.4 La Crisis del Sistema de Seguridad Social Integral.....	27
1.2 La pensión familiar en Colombia .....	30
1.2.1 Antecedente de Derecho comparado: El caso de Perú desde la norma.....	31

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

1.2.2	Trámite Legislativo de la Pensión Familiar en Colombia .....	33
1.2.3	Características de la pensión familiar en Colombia .....	38
1.2.4	La reglamentación de la Ley 1580 de 2012 .....	41
1.3	La eficacia jurídica y sociológica .....	45
1.3.1	Contexto general .....	45
1.3.2	La eficacia: un esbozo en el contexto colombiano.....	46
1.3.3	La eficacia simbólica del Derecho.....	47
1.3.4	La eficacia instrumental del Derecho .....	49
1.3.5	La eficacia jurídica.....	50
1.3.6	La eficacia desde la óptica de la Corte Constitucional en Colombia .....	54
1.4	La ineficacia de la pensión familiar en Colombia .....	56
1.4.1	La pensión familiar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.....	57
1.4.2	Pensión familiar en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad .....	58
1.4.3	Diferencias de requisitos exigidos para acceder a la pensión familiar en Colombia .. .....	59
1.5	El sistema pensional en Cifras: La ineficacia de la pensión familiar .....	62
1.6	La pensión familiar: datos y cifras .....	66
Capítulo II. Inconstitucionalidad de la pensión familiar en Colombia .....		77
2.1	La inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano.....	77
2.1.1	Introducción al concepto de inconstitucionalidad .....	77
2.1.2	Sobre la acción pública de inconstitucionalidad .....	82
2.2	El control de constitucionalidad a la Ley 1580 de 2012 .....	83
2.2.1	Las sentencias de constitucionalidad sobre la Ley 1580 de 2012 .....	83
2.2.2	La constitucionalidad de las disposiciones demandadas .....	91

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

2.3	Los principios fundamentales de la Seguridad Social en Colombia .....	92
2.3.1	El principio de eficiencia .....	94
2.3.2	El principio de universalidad.....	96
2.3.3	El principio de solidaridad .....	102
2.3.4	El principio de igualdad .....	106
2.3.5	El principio de sostenibilidad financiera.....	110
2.3.6	El principio de progresividad .....	117
2.4	Análisis de inconstitucionalidad de los requisitos exigidos para la pensión familiar... ..	121
2.5	Los requisitos diferenciadores de la pensión familiar en ambos regímenes .....	125
2.5.1	Densidad de semanas antes de los 45 años en el literal l) .....	125
2.5.2	La limitación al monto de la mesada en el literal m).....	128
2.5.3	Diferenciación socioeconómica en el literal k).....	129
Capítulo III. Hacia una propuesta de inexecutable en la pensión familiar en Colombia .....		133
3.1	Aspectos procesales del control de constitucionalidad a la Ley 1580 de 2012 .....	133
3.2	Inexistencia de Cosa Juzgada constitucional .....	137
3.3	Los expedientes de acciones públicas de inconstitucionalidad en contra del literal acusado de inexecutable.....	140
3.3.1	Expediente D-9349 de 2012 .....	141
3.3.2	Expediente D-12224 .....	142
3.3.3	Expedientes D-9426 de 2012 y 11048 de 2015 .....	143
3.3.4	Expedientes D-9401 y 9411 de 2013 .....	144
3.3.5	Sentencia C-613 de 2013 .....	145
3.3.6	La intervención del Ministerio de Hacienda.....	151
3.4	Factores a considerar.....	153

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

3.5	Métodos de interpretación constitucional.....	156
3.5.1	El test de proporcionalidad .....	156
3.5.2	El test de progresividad y la prohibición de no regresividad .....	157
3.5.3	El juicio de igualdad .....	159
3.6	La ausencia de interpretación armónica .....	159
3.7	La omisión legislativa relativa como posible argumento .....	163
3.8	Factores adicionales a considerar .....	166
3.9	Inconstitucionalidad sobreviniente de la reglamentación de la Ley 1580 de 2012 .....	169
	Conclusiones generales.....	170
	Referencias.....	174

**Índice de tablas**

<b>Tabla 1</b> <i>Diferencias esenciales entre el RPMD y el RAIS en materia de pensión de vejez.</i>	25
<b>Tabla 2</b> <i>Similitudes esenciales entre el RPMD y el RAIS en materia de pensión de vejez.</i>	26
<b>Tabla 3</b> <i>Resumen del trámite legislativo de la pensión familiar en el Senado .....</i>	35
<b>Tabla 4</b> <i>Resumen del trámite legislativo de la pensión familiar en Cámara de Representantes .....</i>	37
<b>Tabla 5</b> <i>Diferencias de los requisitos exigidos para acceder a la pensión familiar entre el RPMD y el RAIS.....</i>	60
<b>Tabla 6</b> <i>Porcentaje representativo de las pensiones familiares reconocidas en cada AFP, respecto del total de pensiones generales y especiales, con discriminación por cada año.....</i>	70
<b>Tabla 7</b> <i>Demandas contra la Ley 1580 de 2012.....</i>	83
<b>Tabla 8</b> <i>Principios de la Seguridad Social acorde a la Constitución y la Ley 100 de 1993</i>	92



**Índice de figuras**

<b>Figura 1</b> <i>Cantidad de pensiones familiares solicitadas en ambos regímenes de pensiones</i> .....	66
<b>Figura 2</b> <i>Cantidad de pensiones familiares reconocidas en ambos regímenes de pensiones</i> .....	68
<b>Figura 3</b> Porcentaje representativo de las pensiones familiares otorgadas en cada AFP	69
<b>Figura 4</b> Relación entre el número de pensiones solicitadas .....	73
<b>Figura 5</b> Porcentaje de reconocimiento de pensiones familiares en Colpensiones frente a la cantidad de pensiones solicitadas .....	74

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

**Resumen**

Con la Ley 1580 de 2012, reglamentada por el Decreto 288 de 2014, se crea en Colombia la pensión familiar, figura que permite sumar las cotizaciones entre los cónyuges o compañeros permanentes para que, de forma conjunta, cumplan los requisitos con el fin de acceder a una pensión. Esta modalidad constituye una alternativa creada por el Estado para el acceso a un derecho pensional, dado que la mayoría de afiliados al sistema de Seguridad Social no logran cumplir con los requisitos generales.

A pesar de lo anterior, la pensión familiar impuso mayores exigencias en el régimen de prima media con prestación definida -RPM; requisitos que han sido analizados en sede constitucional únicamente bajo el principio de igualdad pero no a la luz de los demás principios fundamentales de la Seguridad Social como lo son la universalidad, solidaridad, progresividad e igualdad.

El presente proyecto de investigación pretende **(i)** analizar la eficacia de la pensión familiar en Colombia, desde su promulgación en el año 2012 hasta el mes de junio de 2022, teniendo en cuenta para tal efecto la información suministrada por entidades públicas y privadas; **(ii)** estudiar la constitucionalidad de los requisitos exigidos para acceder a la pensión familiar en Colombia en ambos regímenes pensionales y, con base en dicho análisis, **(iii)** exponer una serie de argumentos que permitan efectuar una nueva propuesta de interponer una acción pública de inconstitucionalidad con base en nuevos cargos.

**Palabras clave:** pensión familiar, ineficacia, inconstitucionalidad, Régimen de prima media y Régimen de ahorro individual con solidaridad.

**Abstract**

Since the Law 1580 of 2012, regulated by Decree 288 of 2014, the family pension was created in Colombia which allows to join the contributions between spouses or life partners to be added together in order to access a pension. This modality constitutes an alternative created by the State for access to a pension right, due to the majority of affiliates to the social security system fail to fulfill the general requirements.

Despite the above, the family pension imposed greater demands on the average premium regime with defined benefit -RPM-. These circumstances have been analyzed at Constitutional Court only under the principle of equality, but not in light of the other fundamental principles of social security such as universality, solidarity, progressivity and equality.

This research project aims to analyze the effectiveness of the family pension in Colombia since its validity in 2012 until June 2022, **(i)** taking into account for this purpose the information provided by public and private entities; **(ii)** study the constitutionality of the requirements to access the family pension in Colombia in both pension regimes and, based on said analysis, **(iii)** present a series of arguments to consider the possibility of filing a public action of unconstitutionality based on new charges and arguments.

**Key words:** family pension, inefficiency, unconstitutionality, average premium regime and individual savings regime with solidarity.

### **Marco Metodológico**

#### **Planteamiento del Problema**

La Seguridad Social en Colombia es concebida como un derecho subjetivo y, por tanto, inalienable. Esta prerrogativa llevó al Estado colombiano a desarrollar múltiples herramientas jurídicas para afrontar diferentes contingencias presentes en la vida de los afiliados al Sistema.

Así, en el marco de la Constitución Política de 1991, la cual establece al trabajo y la solidaridad como principios fundantes del Estado y le asigna, a este último, fines como promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta, surgió la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, entre otras disposiciones.

Esta última norma, en concordancia con los principios fundantes y los fines del Estado Social de Derecho, determinó una serie de principios fundamentales de la Seguridad Social, como lo son la eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 2019).

El marco jurídico referenciado permitió al Estado garantizar el aseguramiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte de los afiliados a través de la implementación de dos regímenes pensionales, a saber, el régimen de prima media con prestación definida -RPMD- y el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-; cada uno de ellos con sus particularidades que los hacen más o menos factible, según las condiciones laborales de los afiliados.

Aun cuando el sistema creado pretendía solucionar falencias del anterior sistema como el acceso a la Seguridad Social, la insostenibilidad financiera y la ausencia de transparencia en el

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

mismo, aparejó consigo un régimen de transición que resultaría bastante oneroso, así como exigencias que no estaban acordes con las realidades de la sociedad colombiana y la migración entre regímenes pensionales a conveniencia de los afiliados, debilitando nuevamente el mismo sistema (Fedesarrollo, 2010).

Los factores mencionados conllevaron a que en Colombia, desde la implementación de la Ley 100 de 1993, se hablara de una crisis del sistema pensional, pues a la par de los problemas antedichos, en el país se presentaron altos índices de informalidad laboral y una alta tasa de desempleo.

Ese contexto abonó el camino para que desde el año 2011 se iniciara con un proyecto de Ley con el fin de crear la pensión familiar en Colombia, cuyo propósito sería el acceso efectivo de los afiliados a una pensión. Lo anterior por cuanto, aunado a las cifras mencionadas, las personas no lograban acreditar los requisitos de densidad de cotización y edad en el RPM ni el requisito de capital en el RAIS para acceder a una pensión de vejez.

Así, la pensión familiar en Colombia surgió a partir de la Ley 1580 de 2012 y fue regulada por el Decreto 288 de 2014 con el fin de presentar una solución al acceso de las personas a una especie de pensión digna. En ambas normas, se consagran exigencias diferentes para cada régimen pensional, aparejando una serie de falencias, las cuales fueron demandadas por inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional (Expediente D-9349, 2012; Expediente D-12224, 2017; Expediente D-9426, 2012; Expediente D-11048, 2015; Expediente D-9401, 2013; Expediente D-9411, 2013; Sentencia C-913, 2013; Sentencia C-613, 2013; Sentencia C-504, 2014; Sentencia C-134, 2016; Sentencia C-658, 2016), bajo cargos disímiles y contra diferentes artículos, teniendo como resultado solamente pronunciamientos sobre el principio de igualdad,

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

los beneficiarios de la pensión sustitutiva, el tiempo de convivencia del cónyuge o compañero permanente y la sostenibilidad fiscal.

Ahora, en punto de nuestro objeto de análisis, la Corte Constitucional se pronunció sobre el principio de igualdad y la sostenibilidad financiera, fundamentando sus decisiones en estos preceptos, como más adelante se abordará en esta investigación.

No obstante lo anterior, el análisis de constitucionalidad de la norma se limitó a los cargos antedichos sin analizar otros posibles cargos y argumentos dirigidos a demostrar que se afectan postulados constitucionales con la norma creada; así mismo, encontrándose en una etapa muy temprana en su promulgación, reglamentación y aplicación, no se atendió a la teleología de la iniciativa legislativa, ante lo cual resulta pertinente analizar si la pensión familiar cumplió con su cometido y, para ello, destacaremos las cifras que la rodean.

En cifras, el actual sistema pensional tiene datos que resultan preocupantes para efectos de acceder a una pensión puesto que, de acuerdo con Fasecolda (2019, pp. 1-2), solamente el 25% de los colombianos accede a una pensión de vejez; como reflejo de ello, entre 2013 y 2019, al menos seiscientos sesenta mil (660.000) colombianos no lograron acceder a ese derecho, por lo que se vieron abocados a obtener la devolución de saldos, mientras que trescientos ochenta y nueve mil (389.000) lograron pensionarse.

En igual sentido, Fasecolda (2019) indica que solamente tres de cada 10 personas se pensionan en Colombia y las personas que cotizan sobre un salario mínimo, en su mayoría no alcanzan a pensionarse; cifras vigentes para el sistema estructurado a partir de la Ley 100 de 1993.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

A su vez, según información entregada por Colpensiones como se citó en (Bloomberg, 2021), en 2020 el número de pensionados en Colombia ascendió a 1.433.966 personas, de las cuales el 56% fueron mujeres y el 43.8% hombres y para el año 2021, con corte al mes de agosto, el total de pensionados en el país alcanzó el número de 1.468.398 personas, de las cuales 56,75% son mujeres y el 43.3% son hombres. Estas cifras totales incluyen tanto pensiones de vejez, invalidez, sobrevivencia y familiares.

Por su parte, ASOFONDOS como se citó en Bloomberg (2021) indicó que, en el RAIS, para el mismo año 702.643 personas lograron obtener su pensión; sin embargo, la información disponible es inconclusa en tanto que los datos informados no coinciden ni en porcentajes totales ni en la cuantía de pensionados.

Por su parte, descendiendo concretamente a las cifras en materia de la pensión familiar, acudiendo a datos entregados por Colpensiones, para el año 2020 la pensión familiar escasamente ha llegado a 171 familias por año (Orjuela y Tolosa, 2020, pp. 10); teniendo un total de 733 pensiones familiares reconocidas para ese mismo período; nuevamente, sin contrastar con información del régimen privado.

Quiere decir lo anterior que el panorama pensional se ha mantenido incólume en su crisis respecto de las personas que acceden al sistema y de las personas que efectivamente logran obtener una pensión; por el contrario, las cifras indican una tendencia según la cual cada vez menos personas se pensionan y, aun cuando se creó un mecanismo como lo es la pensión familiar, no se cuenta actualmente con mediciones precisas que nos permitan cuestionarnos acerca, no solo de la eficacia del sistema general, sino precisamente de este instrumento pensional.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Recuérdese además que solamente se ha indagado por la constitucionalidad de la norma, mas no por su eficacia e incluso efectividad de manera más profunda, pues su finalidad no ha podido ser cumplida por barreras como los requisitos que impusieron tanto la Ley 1580 de 2012 como el Decreto 288 de 2014 frente al régimen de prima media con prestación definida y no consagradas para el régimen de ahorro individual con solidaridad; la inconstitucionalidad de al menos uno los requisitos que se exigen para su causación y la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social integral.

Por lo expuesto, siendo Colombia un Estado Social de Derecho donde se señalan como cimientos, la protección de los derechos fundamentales, el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general, ¿Resulta constitucional que se creen barreras tales como que las parejas sean de una determinada condición socioeconómica para poder acceder a una pensión dentro de un mismo régimen? ¿Resulta ajustado a la Constitución que existan diferentes requisitos entre regímenes para acceder a la pensión familiar, su conservación y su finalización? y sobre todo ¿A diez años aproximadamente de la implementación de la pensión familiar en Colombia, esta ha resultado eficaz frente al objetivo pretendido por el legislador?; ¿Acaso con la existencia de menores requisitos en el régimen privado se ha comprometido la sostenibilidad financiera que sirvió como fundamento para limitar el acceso en el régimen público de pensiones?

Al interior del contexto presentado se pone en evidencia que la pensión familiar en Colombia, como figura novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, presenta una serie de vicisitudes en punto de su aplicación al contrastarla con su finalidad inicial; así mismo, tiene diferentes requisitos dependiendo cada régimen pensional, los cuales pueden ser observados



## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

desde la óptica de los principios fundamentales de la Seguridad Social como lo son la eficiencia, universalidad, igualdad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, para efectos de establecer su constitucionalidad.

La pensión familiar, como figura importante para afrontar la crisis pensional, debe ser analizada con mayor detenimiento frente a los parámetros no abordados por la Corte Constitucional, los nuevos argumentos que pueden ofrecer los principios fundamentales de la Seguridad Social, el número de pensiones familiares solicitadas, aprobadas y negadas y la comparación entre las cifras antedichas de ambos regímenes; circunstancias no evaluadas con suficiencia.

### **Justificación**

En un panorama pensional incierto para la mayoría de afiliados al sistema de Seguridad Social integral en Colombia, resulta relevante indagar acerca de una de las posibilidades que contempla el ordenamiento jurídico para afrontar la vejez, teniendo en cuenta la imposibilidad de muchos afiliados para cumplir con los requisitos propios de cada previsión social.

Además de los Beneficios Económicos Periódicos - BEPS-, la garantía de pensión mínima, la devolución de saldos y la indemnización sustitutiva, el legislador creó la pensión familiar como una de las posibilidades que permitirían al universo pensional asegurar una pensión a las familias.

A la luz de esta investigación se pretende evidenciar que la distinción existente, en el marco de comparación entre el RAIS y el RPM, vulnera los principios de progresividad,

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

universalidad, solidaridad e igualdad, y cómo esta transgresión afecta la obtención de una pensión que para muchas familias sería su único sustento para tener una vejez digna.

Los análisis de constitucionalidad efectuados hasta ahora, sobre el requisito relacionado con la condición socioeconómica, como uno de los requisitos diferenciales entre ambos regímenes, no han tenido en cuenta los principios fundamentales de la Seguridad Social anteriormente referidos, por lo cual resulta relevante su revisión para efectos de aportar en la discusión académica la pensión familiar en Colombia, aportes para adelantar una acción pública de inconstitucionalidad del requisito en comento, inclusive, a partir de los mismos argumentos, aportar al análisis de otros elementos de la misma norma o similares en el campo de la Seguridad Social, para efectos de determinar la constitucionalidad de las mismas teniendo como bases los principios ya señalados.

Adicionalmente, transcurridos 10 años desde la promulgación de la Ley 1580 de 2012 y 8 años desde su reglamentación a través del Decreto 288 de 2014, no se han efectuado estudios que permitan establecer o dimensionar la eficacia de la pensión familiar en Colombia en ambos regímenes, teniendo en cuenta su funcionamiento ante cada administradora de fondos de pensiones, las causas de otorgamiento y rechazo de la pensión familiar, así como las cifras puestas en comparación entre las administradoras de pensiones de cada régimen.

Por el contrario, los estudios encontrados de Gómez y Gómez (2013), Romero y Deulofeu (2017) y Orjuela y Tolosa (2020) exclusivamente se han centrado en el régimen de prima media con prestación definida, sin tener en cuenta que en el régimen de ahorro individual con solidaridad existe laxitud en los requisitos para acceder a la pensión familiar, por ejemplo, la ausencia de acreditación de un estatus socioeconómico; así como tampoco se han

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

contrastado las cifras teniendo en cuenta el número de personas que se encuentran dentro de la caracterización socioeconómica del Sisbén que privilegia la Ley 1580 de 2012, análisis que permitiría dar cuenta del cumplimiento del cometido de la Ley, además de constatar si se encuentra o no fundada esta limitación y logrando mostrar con un comparativa más amplia, un panorama completo de esta situación, lo cual conlleva tanto a proponer modificaciones a la norma tal y como fue concebida, como también analizar los requisitos exigidos desde la óptica constitucional y sociológica en cuanto a su eficacia.

### **Pregunta de Investigación**

¿Es ineficaz e inconstitucional la pensión familiar en Colombia?

### **Objetivo General**

Determinar la ineficacia e inconstitucionalidad de la pensión familiar en Colombia entre octubre de 2012 a junio de 2022.

### **Objetivos Específicos**

1. Identificar factores de ineficacia de la pensión familiar en Colombia, a partir del análisis comparativo, entre el régimen de ahorro individual con solidaridad y el régimen de prima media con prestación definida, durante los años, octubre de 2012 a junio de 2022.
2. Analizar la inconstitucionalidad de los requisitos para acceder a la pensión familiar en el régimen de prima media con prestación definida contenidos en el artículo 151C

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

de la Ley 100 de 1993 adicionado por la Ley 1580 de 2012 y su decreto reglamentario.

3. Identificar los argumentos que permitan considerar la posibilidad de interponer una acción pública de inconstitucionalidad en contra del literal k) del artículo 151C de la Ley 100 de 1993 adicionado por la Ley 1580 de 2012.

### **Metodología**

Con el fin de abordar el problema de investigación planteado se desarrollará una metodología cualitativa con enfoque descriptivo- explicativo, en tanto que requiere el análisis de los requisitos para acceder a la pensión familiar en Colombia, contrastando las particularidades exigidas para cada régimen pensional existente; así como el estudio de la eficacia de la pensión familiar en Colombia, teniendo en cuenta la recolección de datos nacionales suministrados por fuentes que integran el sistema de Seguridad Social integral en pensiones utilizando para tal fin peticiones como el instrumento idóneo para obtener la información, previa construcción de las preguntas orientadas al cumplimiento de los objetivos.

Asimismo, se desarrollará un análisis bajo una óptica hermenéutica constitucional sobre los elementos que permiten su causación en el régimen de prima media con prestación definida, tomando como parámetro el contenido de los principios de progresividad, universalidad, solidaridad e igualdad, utilizando para tal efecto, fichas jurisprudenciales con las cuales se podrán realizar resúmenes analíticos, y desarrollar con aquellas, conclusiones sobre si se da cabida a la presentación de una demanda de inconstitucionalidad bajo la óptica de la ineficacia de la norma analizada y la inconstitucionalidad de la misma.

## **Capítulo I. Ineficacia de la Pensión Familiar en Colombia**

El presente capítulo tiene como objetivo abordar la ineficacia de la pensión familiar en Colombia para lo cual se abordará un marco general que describe el funcionamiento y características del sistema pensional desde el campo jurídico, pasando por los datos y cifras, la incorporación de la pensión familiar en el ordenamiento legal colombiano, la eficacia como categoría de análisis y, finalmente, la ineficacia de la pensión familiar en Colombia propiamente dicha.

Conforme a lo expuesto, iniciaremos por realizar una serie de precisiones sobre el sistema pensional en Colombia, descenderemos al instituto jurídico de la pensión familiar, posteriormente, nos adentraremos en el concepto de ineficacia para, finalmente, analizar la pensión familiar a la luz de la eficacia jurídica.

### **1.1 Aproximación al Sistema Pensional en Colombia**

#### **1.1.1 Antecedentes**

El derecho a la Seguridad Social trajo consigo una serie de previsiones de carácter económico y asistencial, especialmente, en materia pensional en aras de afrontar las contingencias generadas por la vejez, la invalidez o la muerte. Al enfocarnos en el sistema pensional colombiano, podemos encontrar una división general en dos momentos, el primero de ellos, con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y el segundo, con posterioridad a la misma.

Como antecedentes, encontramos la creación de la Caja de Previsión Social de los Obreros y Empleados Nacionales hacia el año de 1945, entidad que inspiraría la generación de

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

pactos y/o convenciones colectivas en el sector privado para instituir beneficios similares a los concedidos por aquella. Posteriormente, la historia giraría en torno al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales -ICSS- que mutaría al Instituto de Seguros Sociales -ISS-, perdurando hasta el año 2012 cuando aparece en el país la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-.

Ese primer momento resulta ser una época con dispersión de los organismos, instituciones o prestadores del aseguramiento de la vejez, además de contar con normativa difusa, la presencia de múltiples pactos o convenciones colectivas que regulaban las garantías de Seguridad Social y la insostenibilidad financiera.

A partir de allí, se pudo identificar una crisis, al tenor de lo señalado por Santa María et al. (2010), donde se refiere que:

El esquema comenzó a mostrar señales de insostenibilidad financiera, baja cobertura e inequidad, originadas principalmente en cinco factores: (i) la tasa de cotización no se incrementó gradualmente como se había previsto desde el principio; (ii) el Estado incumplió su parte de la cotización; (iii) los excesivos beneficios, relativos a los aportes; (iv) la existencia de una amplia gama de regímenes especiales y de cajas administradoras; y (v) el cambio demográfico, que implicó menores aportes (cada vez menos jóvenes) y mayores gastos (la gente vivía más años). Todos estos elementos propinaron una estocada certera a la sanidad financiera del sistema, fenómeno que se hizo evidente cuando la gente empezó a llegar a la edad de pensión. (p. 5)

Se agrega también, a voces del autor, que para la última década del siglo XX existían en Colombia al menos un millar de cajas de previsión social; lo anterior denota no solo una

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

desconexión que impide referirnos a un sistema propiamente dicho, sino también una creciente problemática en términos económicos.

Cada una de las causas antedichas han sido profundamente estudiadas e incluso sirvieron de sustento a la necesidad de adoptar un sistema pensional diferente.

### **1.1.2 La Constitución Política de 1991 y la Ley 100 de 1993**

Tanto el panorama descrito como la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, abonaron el camino para la renovación del sistema, iniciando con la norma superior al consagrar en su primer artículo que “Colombia es un Estado Social de Derecho”. Con ello, dieron al país un nuevo modelo de Estado con énfasis en los derechos económicos, sociales y culturales, dirigido especialmente hacia los niños y las personas de la tercera edad, para garantizarles los servicios de la “Seguridad Social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia” (Junca et al., 2018, p. 2) y lo propio mencionarían en el artículo 48 y 53 siguientes.

Así, nace la Ley 100 de 1993 que en su preámbulo define a la Seguridad Social Integral como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de los cuales disponen las personas para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes o programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad, con el fin de lograr tanto el bienestar individual como la integración de la comunidad.

La Ley en comento instituyó, con observancia de nuestra Carta Política, los principios de eficiencia, integralidad, universalidad, solidaridad, unidad, participación, progresividad y

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

sostenibilidad financiera como principios fundamentales; los cuales, para efectos metodológicos, serán abordados en los capítulos subsiguientes.

### **1.1.3 El Sistema de Seguridad Social Integral**

Adentrándonos al actual Sistema de Seguridad Social Integral, cuya finalidad se dirigió a hacer frente a las problemáticas que se afrontaban antes del año 1993, se ha entendido como un método que:

Cambió completamente el sistema de Seguridad Social en Colombia, tanto para pensiones, como para salud y riesgos profesionales. En lo que se refiere a pensiones, estableció, con algunas excepciones, que se aplicaría a todos los habitantes del territorio nacional, pero conservando los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, derivados de normas o de convenciones o pactos colectivos. (Azüero, 2020, p. 10)

Con el ánimo de sintetizar los cambios introducidos, basta decir que el nuevo sistema, a diferencia del esquema anterior, contempla dos regímenes generales de pensiones, esto es, el régimen de Prima Media con Prestación Definida -RMPD- y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-; sin perjuicio de los regímenes especiales y exceptuados que aún perviven, así como de la aplicación de un régimen de transición para determinadas situaciones con múltiples aristas.

Para efectos prácticos, a continuación presentamos las características actuales de los regímenes generales puesto que son los que interesan para el presente estudio:



## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

**Tabla 1**

*Diferencias esenciales entre el RPMD y el RAIS en materia de pensión de vejez.*

<b>Régimen de Prima Media con Prestación Definida</b>	<b>Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad</b>
<ol style="list-style-type: none"> <li><b>1.</b> Los aportes realizados al sistema constituyen un fondo común de naturaleza pública.</li> <li><b>2.</b> Las condiciones generales para acceder a una pensión de vejez, actualmente, son:               <ol style="list-style-type: none"> <li><b>a.</b> Cumplir una edad de 57 años en el caso de las mujeres o 62 años en el caso de los hombres.</li> <li><b>b.</b> Acreditar cotizaciones al sistema de al menos 1.300 semanas en cualquier tiempo.</li> </ol> </li> <li><b>3.</b> El monto de la pensión oscila entre el 55% y el 80% del IBL, el cual se calcula con base en el promedio de cotizaciones de los últimos 10 años o 120 meses, incrementándose el porcentaje por cada 50 semanas adicionales a las mínimas exigidas.</li> <li><b>4.</b> No dispone diferentes modalidades de pensión en contraste con el RAIS.</li> <li><b>5.</b> En caso de no reunir los requisitos para obtener una pensión de vejez, el afiliado puede optar por la indemnización sustitutiva, su inclusión en el programa de Beneficios Económicos Periódicos u otras alternativas solidarias que contempla este régimen.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li><b>1.</b> Los aportes efectuados se acumulan en una cuenta individual que se capitaliza atendiendo a diferentes características de la persona.</li> <li><b>2.</b> Los afiliados a este régimen pueden obtener la pensión a la edad que escojan, siempre y cuando el capital que hayan acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual superior al 110% de un salario mínimo.</li> <li><b>3.</b> El monto de la pensión depende del capital acumulado – con inclusión de rendimientos y bonos pensionales-, del cálculo actuarial sobre la duración probable de la pensión conforme a la situación personal, conyugal y/o familiar del afiliado así como de las modalidades de pensión.</li> <li><b>4.</b> Se destacan como modalidades de pensión, entre otras, la renta vitalicia inmediata y el retiro programado.</li> <li><b>5.</b> En caso de llegar a la edad de pensión y no reunir el capital suficiente para obtener la pensión en los términos descritos, es posible acceder a la garantía de pensión mínima subsidiada por el Estado colombiano o a la devolución de saldos.</li> </ol>

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

*Nota.* El cuadro toma como fuente los elementos presentes en la Ley 100 de 1993 con sus respectivas modificaciones. Adaptado de El sistema de pensiones en Colombia: institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera, por Azuero, 2020, Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL].

En igual sentido, podemos extraer que el sistema pensional tiene como similitudes principales, las siguientes:

**Tabla 2**

*Similitudes esenciales entre el RPMD y el RAIS en materia de pensión de vejez.*

1. Los afiliados pueden escoger el régimen que prefieran pero una vez efectuada la selección inicial, solo pueden cambiar una vez cada cinco años. Faltando 10 años para cumplir la edad de vejez, el afiliado no puede trasladarse de régimen.
2. La afiliación a este sistema es obligatoria, tanto para los trabajadores dependientes como independientes.
3. El tope máximo de cotización al Sistema es de 25 SMLMV.
4. El mínimo de cotización es el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente.
5. En los dos regímenes de pensiones, la tasa de cotización es la misma. Por regla general, es del 16% del IBC, pagado en un 75% por el empleador y 25% por los trabajadores; porcentaje total que aumentará de acuerdo al número de SMLMV de cotización.
6. En ningún caso la pensión puede ser inferior a 1SMLMV.
7. Se pagan 13 mesadas pensionales al año.

Aunado a lo anterior, la estructura diseñada por el legislador en materia de Seguridad Social, a juicio de autores como Azuero (2020) y Villar et al. (2020), puede entenderse a partir de dos subsistemas, incluso, en palabras de Bosch et al. (2015) existe también un componente de solidaridad.

Sobre estos aspectos, se distingue entre el sistema contributivo, que incluye a ambos regímenes, así como el sistema de pensiones no contributivo. De este último, vale decir que está integrado por el Programa de Protección Social al Adulto Mayor – Colombia Mayor, el

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Programa de Subsidio al Aporte en Pensión -PSAP-, un programa semi contributivo, el sistema denominado Beneficios Económicos Periódicos – BEPS- y, necesariamente, la aplicación de subsidios en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como la garantía de pensión mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Atendiendo a la clasificación expuesta, la pensión familiar en Colombia no ha sido incluida o analizada desde el prisma no contributivo; sin embargo, dado que es una alternativa u opción que permite generar una mixtura que concentra aportes de ambos beneficiarios, no podemos dejar de lado que se circunscribe precisamente en el campo contributivo resaltando su carácter único y autónomo.

### **1.1.4 La Crisis del Sistema de Seguridad Social Integral**

El modelo adoptado por el legislador de 1993 pretendía superar las problemáticas que aparejó el esquema previsional anterior, intentando superar la inequidad, insostenibilidad financiera, la baja cobertura, el incumplimiento Estatal y los factores ya mencionados. A pesar de sus buenas intenciones, la realidad demostró apartarse del objetivo propuesto, demandando con urgencia nuevas intervenciones del legislador con reformas las cuales derivaron en la Ley 797 de 2003, la Ley 860 de 2003, el Acto Legislativo 01 de 2005, la Ley 1580 de 2012 – Por medio de la cual se crea la pensión familiar-, entre otras regulaciones.

En igual sentido, fueron necesarios múltiples pronunciamientos del aparato judicial para contener situaciones como la extensión del régimen de transición o la vigencia de las previsiones contenidas en pactos y convenciones colectivas de trabajo, las cuales se derivaron de las Sentencias C-789 de 2002, C-754 de 2004 y SU-769 de 2014 proferidas por la Corte

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Constitucional, entre muchas otras providencias de la misma Corporación, que llevaron a una mayor cobertura del sistema y marcaron la pauta para el análisis de la sostenibilidad financiera del mismo.

Una variedad considerable de diagnósticos del sistema demostró que el mismo, en lugar de solucionar las problemáticas heredadas, terminó por afianzar muchas falencias. Lo más problemático de esta crisis es que todas las problemáticas terminan reflejándose en exclusión de los más pobres (Santa María et al., 2010). Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el sistema continuó con los siguientes inconvenientes:

La vigencia de varios regímenes especiales con altos costos fiscales, la concesión de generosos privilegios por transición del régimen de prima media al de ahorro individual, el reconocimiento del derecho a una pensión mínima para afiliados con 20 años de contribuciones y la migración de afiliados entre el régimen de prima media a las AFPs. (Arrieta, 2011, p. 5)

En similar orientación, respecto de las causas anteriores, subsistieron temas sobre (i) un proceso de transición extremadamente largo y, por lo tanto, bastante costoso; (ii) parámetros que, a pesar de la reforma, no iban acorde a las realidades demográficas; e (iii) incentivos de arbitraje entre regímenes. Es decir, posibilidades de que la gente se moviera entre regímenes de acuerdo a su conveniencia particular, con un grave impacto sobre las finanzas y la estabilidad de los dos regímenes y del SGP en general (Santa María et al., 2010).

El estudio realizado por Santa María et al. (2010) permite establecer que las falencias presentes en el sistema pensional guardan una relación directamente proporcional con las problemáticas laborales, en tanto que el trabajo, especialmente el formalizado, es la fuente que

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

debe surtir de recursos al sistema para garantizar un financiamiento sano, tema que puede ser objeto de otra investigación. Por ello, una baja tasa de formalización del empleo impacta de manera considerable no solo la afiliación sino la permanencia de los cotizantes y con ello se ve perjudicada la sostenibilidad ante la ausencia de recursos suficientes para garantizar las previsiones sociales.

Con las reformas legales y constitucionales planteadas hacia el 2005, el Estado colombiano buscó priorizar precisamente la sostenibilidad del sistema por encima de la cobertura y acceso a las prestaciones, de allí que toda norma en adelante debería observar cuidadosamente este principio.

Atendiendo a lo expuesto, existe una opinión bastante generalizada que, como fuere expresado por de la Calle (2018), se sintetiza de esta manera:

Si se tiene en cuenta que el presupuesto general de la nación se nutre de los impuestos que pagan todos los colombianos, incluyendo los estratos bajos que están sometidos al pago del IVA de 19% y de otros impuestos regresivos, en la práctica podemos decir que el sistema pensional colombiano terminó siendo un macabro sistema de transferencias de riqueza de los más pobres a los más ricos. (párr. 9)

Lo anterior debido a la alta destinación de subsidios del sistema a financiar las grandes pensiones, mientras que los menores subsidios se dirigen a las poblaciones con menor ingreso y mayor vulnerabilidad, configurándose un sistema regresivo como más adelante nos mostrarán las cifras globales y específicas del sistema.

Pese a ello, encontramos que, en punto del acceso a la Seguridad Social resulta pertinente destacar que entre los años 2000 a 2022 la cifra de informalidad laboral en Colombia

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

ha oscilado, aproximadamente, entre el 47% y el 61%, reflejando cifras preocupantes en el marco del mercado laboral; así, tomando ciclos quinquenales, para el año 2000 la cifra se ubicaba en 48.5%, para el 2005 se mantuvo estable, hacia 2010 ascendió a 51.3%, para el 2015 se ubicó en 49.7% siendo un 0.4% menos que el año inmediatamente anterior (Vásquez y Agudelo, 2021); entre diciembre de 2020 y febrero de 2021 la informalidad en Colombia llegó a 48,1% (Fenalco, 2021) y, finalmente entre abril – junio de 2022 la proporción de ocupados informales fue 58,0%, lo que significó una disminución de 2,1 puntos porcentuales respecto al mismo trimestre del año anterior (60,1%) (Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE], 2022).

La tasa de informalidad resulta relevante en tanto que agrupa la medición de aquellas personas laboralmente activas que no efectúan aportes al sistema de Seguridad Social, impactando de manera directa la cobertura de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, así como la reducción de una eventual posibilidad de lograr obtener el derecho a la pensión de vejez e incluso a la pensión familiar, circunstancia que se afianza con los datos reportados por el mismo sistema.

### **1.2 La pensión familiar en Colombia**

El panorama descrito permitió que existiera una constante de propuestas reformistas para efectos de solucionar las fallas del Sistema y, sobre todo, cumplir con los cometidos del Estado Social de Derecho buscando formas de brindar alternativas para una vejez digna.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Para el efecto, el enfoque se dirigió a la materialización de los Beneficios Económicos Periódicos, expidiéndose la Ley 1328 de 2019, el CONPES 156 de 2012, el Decreto 604 de 2013 y el Decreto 1872 de 2013 (Colpensiones, 2017).

Estas medidas son un avance para aumentar la cobertura pero no la calidad, recuérdese que los subsidios del sistema, mayoritariamente, son percibidos por quienes más ingresos perciben; así, se está sacrificando la accesibilidad a unos mínimos e incrementando la insostenibilidad del sistema que debe financiar las grandes pensiones.

Empero, no fue la única alternativa planeada puesto que para el año 2010 surge la propuesta legislativa de creación de la pensión familiar en Colombia cuyo propósito original buscaba asegurar al menos una pensión conjunta destinada al porcentaje global de la población afiliada al sistema que no lograría obtener una pensión.

Este novísimo objetivo únicamente contaba con un precedente en el Derecho Comparado, correspondiente al caso de Perú donde dicha figura ya estaba siendo incorporada y aplicada al sistema de pensiones para el año 2010 (Gómez Arias y Gómez Arias, 2013), bajo otra denominación.

### **1.2.1 Antecedente de Derecho comparado: El caso de Perú desde la norma**

A manera de análisis genérico, el 23 de mayo de 2010 se publicó en Perú el Decreto Supremo N.º 116-2010-EF, mediante el cual se aprobó el reglamento de la Ley N.º 29451 que establece el Régimen Especial de Jubilación para la Sociedad Conyugal y las Uniones de Hecho. Mediante este régimen especial de jubilación, las sociedades conyugales o uniones de hecho de

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

más de 10 años de duración, tienen la posibilidad de acceder a una pensión bajo los requisitos establecidos en sus normas (Matos, 2010)

Resulta importante destacar, como lo señala el Ministerio de Economía y Finanzas de la Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales de Perú (2004), que el sistema pensional peruano comparte similitudes con su homólogo colombiano, en tanto que es un sistema mixto, esto es, un Sistema Nacional de Pensiones de corte público y un Sistema Privado de Pensiones gestionado por Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

El régimen especial de jubilación aprobado en Perú en la Ley núm. 29451, tiene como principales características las siguientes:

- Está destinado únicamente para el sistema público de ese país.
- Exige que ambos cónyuges o compañeros permanentes cuenten con la edad de jubilación, esto es, sesenta y cinco años de edad.
- El vínculo familiar establecido debe tener una duración mayor a diez años a la fecha de presentación de la solicitud.
- Para acceder a la pensión especial es necesario que los aportes de ambos sumen veinte años.
- El monto de la pensión se considera como un bien de la sociedad patrimonial o conyugal, motivo por el cual se paga en favor de estas.
- No tiene un límite máximo; sin embargo, se establece que el monto mínimo no puede ser menor a la pensión mínima de jubilación que otorga el sistema público de pensiones a la fecha del reconocimiento.



## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

- En caso de fallecimiento, el supérstite percibirá solo el 50% de la pensión que le fuere reconocida a la sociedad patrimonial o conyugal; sin perjuicio del reconocimiento del restante en favor de alguno de los beneficiarios de conformidad con la legislación de ese país.
- La pensión especial reconocida caduca por la invalidación o disolución del vínculo familiar, obligándose solidariamente a restituir todo monto que se hubiere percibido con posterioridad al acontecimiento de los supuestos fácticos descritos.
- Para efectos de su financiamiento, la norma dispone que se sujetará a las asignaciones aprobadas en las leyes anuales de presupuesto.

Además de lo anterior, se coincide en que no existió un referente distinto sobre la nueva institución jurídica que pretendía ser creada.

### **1.2.2 Trámite Legislativo de la Pensión Familiar en Colombia**

La pensión familiar, inspirada en su objetivo y el incipiente antecedente, surtió su trámite inicial en el Congreso de la República al ser radicada en el Senado, reconocida como Proyecto de Ley número 85, radicado el 05 de agosto de 2010.

La exposición de motivos del Proyecto de Ley consagró como objetivo del mismo crear una nueva prestación, a título de pensión familiar, mediante la cual los cónyuges o compañeros permanentes pudieran aunar sus aportes pensionales para adquirir una sola pensión, sin afectar el equilibrio financiero del sistema.

Los fundamentos que fueron plasmados al interior de la iniciativa muestran de manera general e informada el horizonte pensional en materia financiera. Al respecto, la Exposición de

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Motivos, del Proyecto de Ley 85 Senado, citando cifras de la Superintendencia Financiera de Colombia, indicó:

[...]en el Sistema de Pensiones se encuentran como afiliados 13.892.175 personas, pero solo se encuentran activas, es decir, con cotizaciones al día 6.251.479 equivalente al 45% de los cotizantes.

Se infiere de lo anterior que el 55% (7.640.696 personas) de los cotizantes probablemente 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 se podrían pensionar.

Sobre esa base, el articulado inicialmente propuesto contempló una sola disposición que modificaba y adicionaba un nuevo capítulo al Título V del Libro I de la Ley 100 de 1993, limitándose a establecer los requisitos para acceder a la prestación creada, sin establecer distinción alguna en las exigencias para su causación en ambos regímenes pensionales vigentes. Este trámite contó con concepto desfavorable emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entidad que manifestó la inconveniencia del Proyecto de Ley originalmente concebido, esto es, aquel que fuere publicado en la Gaceta del Congreso número 500 de 2010.

Los motivos para proferir un concepto desfavorable se sintetizan en que: **(i)** para la época, existía una iniciativa que buscaba proteger a la vejez, misma que hoy conocemos como BEPS, la cual constituye una alternativa aparte del Sistema General de Pensiones para las personas que no alcanzan a cotizar al mismo, la cual ya cuenta con fuentes de financiación definidas; **(ii)** sobre el impacto fiscal, el Ministerio sostiene que el pasivo pensional aumentaría

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

cerca de cinco veces respecto de dejar de reconocer indemnizaciones sustitutivas para pasar a reconocer pensiones así como un déficit del 60% proyectado en 50 años por efecto del subsidio de garantía de pensión mínima; **(iii)** la iniciativa no define la sostenibilidad financiera de los beneficios que pretende otorgar.

Finalmente, indica que en el texto revisado existe una disparidad al contraponerse con el radicado en Cámara de Representantes, en tanto que este último contiene un requisito de acreditación de convivencia de 5 años, circunstancia que, a juicio del Ministerio, puede reducir el impacto Fiscal pero no representaba un cambio sustancial (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2010).

Este concepto ameritó que el trámite legislativo pusiera su foco en la racionalización y limitación de acceso a la pensión familiar, así, el procedimiento surtido en el Congreso se resume de la siguiente forma:

**Tabla 3***Resumen del trámite legislativo de la pensión familiar en el Senado*

<b>TEXTO INICIAL, EXPOSICIÓN DE MOTIVOS</b>	<b>INFORME PONENCIA PARA PRIMER DEBATE</b>	<b>INFORME PONENCIA SENGUNDO DEBATE</b>
<p><b>(i)</b> Aplica para las personas que cumplan requisitos de devolución de saldos o indemnización sustitutiva.</p> <p><b>(ii)</b> Podrán optar por pensión familiar cuando ambos obtengan la edad mínima de pensión y cumplan conjuntamente los requisitos de una pensión de vejez.</p>	<p><b>(i)</b> Aplica para las personas que cumplan requisitos de devolución de saldos o indemnización sustitutiva.</p> <p><b>(ii)</b> A partir de aquí, se establece un articulado para cada régimen.</p> <p><b>(iii)</b> En caso de capital insuficiente, se suman las semanas para constatar si le aplica la garantía de pensión mínima en el RAIS.</p>	<p><b>(i)</b> Conserva en esencia lo establecido en el articulado para la primera ponencia; sin embargo, agrega cambios en redacción y precisiones como las siguientes:</p> <p><b>(ii)</b> La decisión de acceder a la pensión familiar es opcional, es decir, una alternativa voluntaria.</p> <p><b>(iii)</b> Se define como titular de la pensión quien, al momento</p>

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

<p><b>(iii)</b> Ambos sumarán semanas o capital, según el régimen.</p> <p><b>(iv)</b> Los beneficiarios deben encontrarse afiliados al mismo régimen.</p> <p><b>(v)</b> Deben acreditar más de 5 años de relación conyugal o unión marital de hecho.</p> <p><b>(vi)</b> La pensión se calcula con el promedio de los últimos 10 años de cotización del afiliado que más haya cotizado.</p> <p><b>(vii)</b> En caso de fallecimiento, sólo beneficia a los hijos. No acrecenta el valor del cónyuge o compañero superviviente.</p> <p><b>(viii)</b> El superviviente debe informar el fallecimiento sin que sea necesario efectuar sustitución pensional.</p> <p><b>(ix)</b> Cada 6 meses deben acreditar a la AFP su supervivencia y manifestación juramentada de convivencia.</p> <p><b>(x)</b> En caso de divorcio y terminación de UMH, la pensión se reparte en partes iguales.</p> <p><b>(xi)</b> Es incompatible con cualquier otra pensión.</p>	<p><b>(iv)</b> Pasa de exigir acreditar 5 años a por lo menos 2 años de relación.</p> <p><b>(v)</b> Deben estar afiliados a la misma AFP, en caso contrario, se trasladan los recursos a la AFP del titular.</p> <p><b>(vi)</b> El titular estará afiliado a salud y realizará las cotizaciones.</p> <p><b>(vii)</b> El superviviente debe informar el fallecimiento del cónyuge a la AFP dentro de los 30 días siguientes al deceso y probar convivencia cada 3 meses.</p> <p><b>(viii)</b> En caso de separación o divorcio, la pensión se extingue y el saldo hará parte de la respectiva sociedad para su reparto.</p> <p><b>(ix)</b> En el RMPD la pensión no se sustituye y el superviviente continúa con la pensión completa.</p> <p><b>(x)</b> En caso de divorcio o separación, se extingue y cada uno recibe el 50% del monto de la pensión que percibían.</p> <p><b>(xi)</b> Se adiciona otro artículo indicando que, en caso de estar afiliados a diferentes regímenes, uno de ellos debe trasladarse al del otro, según lo estime más conveniente.</p>	<p>de la solicitud tenga más semanas o capital acumulado.</p> <p><b>(iv)</b> Incluye como legitimados para presentar los certificados de supervivencia tanto al titular como al beneficiario.</p> <p><b>(v)</b> Precisa el titular y la forma para reclamar el auxilio funerario, el cual corresponde a la mitad del auxilio funerario que se otorga en caso de pensión de sobrevivientes.</p> <p><b>(vi)</b> Retorna al requisito de acreditar al menos 5 años de relación.</p> <p><b>(vii)</b> De manera principal, en el RAIS se busca constatar que los aportes logren cubrir una pensión para el grupo familiar; de manera subsidiaria, se analiza si procede la garantía de pensión mínima.</p> <p><b>(viii)</b> Los recursos del Fondo de Garantía de Pensión mínima solamente se utilizarán tan pronto se agoten los recursos de las cuentas individuales.</p> <p><b>(ix)</b> En caso de divorcio o separación, en la modalidad de renta de vitalicia, cada uno recibirá la mitad de la pensión y si esta fuere inferior a 2 SMLMV, esa erogación de la mitad de la pensión se considerará como BEPS equivalente a la mitad de dicha pensión.</p> <p><b>(x)</b> Señala que el reconocimiento y pago de la pensión familiar se adquiere a partir de la fecha de la solicitud de este derecho ante</p>
--	---	--

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

		el sistema, previo al cumplimiento de los requisitos exigidos.
--	--	--

Las modificaciones paulatinas descritas no incluían limitación alguna sobre el estatus socioeconómico de las personas que pretendían acceder a la pensión familiar y se enfocaron en regular eventualidades comunes a situaciones similares a aquellas que acontecen respecto de las demás pensiones – invalidez, vejez o muerte-, otorgadas en cualquier régimen.

Una vez surtido el trámite en el Senado, la Cámara de Representantes concomitantemente avanzaba en las discusiones sobre el Proyecto de Ley 85 Senado Proyecto de Ley número 066 de 2011 de Cámara de Representantes, en el cual se surtirían cambios de forma y técnica legislativa que se condensan así:

**Tabla 4***Resumen del trámite legislativo de la pensión familiar en Cámara de Representantes*

<b>INFORME PONENCIA PRIMER DEBATE</b>	<b>INFORME PONENCIA SEGUNDO DEBATE</b>
<p><b>(i)</b> El texto publicado para primer debate aborda el trámite legislativo, continúa con el articulado de 7 disposiciones normativas y hace mención al Concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público UJ 1627 del 12 de septiembre de 2011, el cual dispone un concepto desfavorable sobre el proyecto de Ley, por cuanto, a su juicio, (i) aumenta el costo de las indemnizaciones sustitutivas en cerca de 5 veces por afiliado; (ii) en 10 años se generaría un faltante acumulado cercano a 9,12 billones (3,03% del PIB) y (iii) en 50 años el impacto se incrementa a 60% del PIB. Lo anterior respecto del RPMD.</p> <p><b>(ii)</b> La ponencia agrega que no resulta igual para el RAIS porque se considera benéfico, es</p>	<p><b>(i)</b> Se incorpora el requisito de iniciar la convivencia de la pareja que pretende acceder a la pensión familiar antes de los 55 años de edad de cada uno.</p> <p><b>(ii)</b> Al literal K) del artículo 2° del proyecto de ley se agrega la prohibición o incompatibilidad frente a percibir cualquier otra ayuda o subsidio que tenga como propósito ofrecer beneficios en dinero para la subsistencia de los adultos mayores.</p> <p><b>(iii)</b> Teniendo en cuenta la intervención del Ministerio de Hacienda, se agrega la limitación o destinación de la Ley a los</p>

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

<p>autosostenible, garantiza una pensión mínima ya que surge de las cotizaciones de los afiliados.</p> <p><b>(iii)</b> Finalmente, el grupo de ponentes dispuso agregar unas modificaciones de técnica legislativa sobre precisiones en cada artículo de forma semántica pero conservando los cambios introducidos en el Senado.</p>	<p>niveles 1 y 2 del SISBEN o sistema equivalente, como requisito en el RPMD.</p> <p><b>(iv)</b> Incorpora la acreditación de haber cotizado al menos el 25% de las semanas requeridas para pensionarse, antes de los 45 años de edad.</p> <p><b>(v)</b> Finalmente, en el RPMD el tope del valor de la pensión familiar no puede exceder de 1 SMLMV.</p> <p><b>(vi)</b> Se elimina la disposición que exigía acreditar la convivencia y la supervivencia periódicamente, en tanto era un trámite innecesario.</p>
--	--

Finalmente, el articulado sería definido y publicado como texto definitivo plenaria Cámara al Proyecto de Ley número 066 de 2011 de Cámara, número 085 de 2010 Senado en la Gaceta No. 392, reafirmado en la Conciliación al mismo proyecto. Así, derivó en la Ley 1580 del 01 de octubre de 2012, conforme se pasará a explicar:

### 1.2.3 Características de la pensión familiar en Colombia

Como se anticipó, la Ley 1580 de 2012 estableció una novedosa previsión al Sistema de Seguridad Social Integral de Colombia, concentrándose en los aspectos que a continuación se enuncian:

- Se define como aquella pensión que se reconoce por la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges o compañeros permanentes, derivando en el cumplimiento conjunto de los requisitos de la pensión de vejez para ambos regímenes.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

- Contiene diferentes requisitos para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
- En el RAIS, la pensión familiar se caracteriza por: **(i)** la acumulación conjunta de capital sea suficiente para solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez; **(ii)** en caso de ser insuficiente el capital, se sumarán las semanas de cotización para determinar si hay lugar al reconocimiento de la pensión familiar como garantía de pensión mínima con cargo al Fondo de Garantía de Pensión Mínima; **(iii)** acrediten más de cinco años de relación o convivencia; **(iv)** encontrarse afiliados a la misma administradora de fondo de pensiones o trasladarse a aquella en que se encuentre quien ostentará la titularidad de la pensión – aquel que cuenta con mayor saldo o cotizaciones en la cuenta- ; **(v)** atendiendo al artículo 48 Constitucional, será una sola pensión; **(vi)** en caso de fallecimiento de un cónyuge o compañero permanente, se acrecentará el valor al cónyuge o compañero permanente o beneficiará a los hijos beneficiarios en caso de existir estos conforme a las disposiciones generales. **(vii)** el fallecimiento de alguno de los beneficiarios de la pensión familiar no muta la naturaleza de dicha prestación; **(viii)** el supérstite debe informar al fondo el fallecimiento del difunto dentro de los treinta días siguientes al hecho a fin de determinar el acrecimiento; **(ix)** ante separación legal o divorcio, se extingue la pensión y el saldo en la cuenta hará parte de la liquidación de la respectiva sociedad patrimonial o, si se otorgó bajo la modalidad de renta vitalicia, cada uno recibirá mensualmente el 50% de la pensión que recibían. En caso de que la pensión reconocida fuese inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

(s.m.l.m.v), cada uno tendrá derecho a recibir mensualmente, un beneficio económico periódico, equivalente al 50% del monto de la pensión que percibían; **(x)** la pensión familiar es incompatible con cualquier otra pensión, beneficio, ayuda o subsidio otorgado para la subsistencia de los adultos mayores y solo se reconocerá una vez por cada cónyuge.

- En el RPMD, la pensión familiar guarda similares características a las descritas, agregando: **(i)** ambos cónyuges o compañeros permanentes tengan la edad de pensión y la suma conjunta de las semanas cotizadas supere el mínimo de semanas requeridas para la pensión de vejez; **(ii)** cuando alguno de los beneficiarios se encuentre cobijado por el régimen de transición, el monto de la pensión se determinará conforme a lo señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; **(iii)** 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; **(iv)** la pensión familiar es incompatible con cualquier otra pensión, beneficio, ayuda o subsidio otorgado para la subsistencia de los adultos mayores y solo se reconocerá una vez por cada cónyuge, así mismo, es incompatible con los Beneficios Económicos Periódicos; **(v)** solo podrán ser beneficiarios de la Pensión Familiar, en el Régimen de Prima Media, aquellas personas que se encuentren clasificadas en el Sisbén en los niveles 1, 2 y/o en cualquier otro sistema equivalente que diseñe el Gobierno Nacional; **(vi)** Para acceder a la Pensión Familiar, cada beneficiario deberá haber cotizado a los 45 años de edad, el veinticinco por



## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

ciento (25%) de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez de acuerdo a la ley; **(vii)** el valor de la pensión en el RPMD no puede exceder un salario mínimo legal mensual vigente.

- En caso de afiliación a diferentes regímenes de pensión por parte de cada uno de los cónyuges, alguno de ellos deberá trasladarse para el que considere conveniente. En este punto, la Ley agregó un párrafo transitorio para aquellas personas quienes, a la entrada en vigencia de la norma, se encuentren imposibilitados para trasladarse entre regímenes, pudieran hacerlo previa verificación que ese traslado se realiza con el fin de acceder a la pensión familiar.
- La norma prevé que la persona que compruebe sufragar los gastos exequiales de alguno de los cónyuges o compañeros permanentes beneficiarios de la pensión familiar, tendrá derecho a un auxilio funerario equivalente al 50% del valor general concedido en el artículo 86 de la Ley 100 de 1993.
- Finalmente, dispone la Ley 1580 de 2012 que el reconocimiento y pago de la pensión familiar se adquiere a partir de la fecha de solicitud de este derecho ante el sistema, una vez se constaten los requisitos anteriormente descritos.

### **1.2.4 La reglamentación de la Ley 1580 de 2012**

En adición a la Ley expedida, fue emitido por el poder ejecutivo el Decreto 288 de 2014 mediante el cual se reglamenta la Ley 1580 de 2012 compilado en el Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016 por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones, publicado en el Diario Oficial No. 50.053 de 10 de noviembre de 2016.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

La reglamentación tiene por objeto determinar las condiciones para el otorgamiento de la pensión familiar. Para tal efecto, el Decreto dispone lo siguiente:

- En el RMPD, cada cónyuge o compañero permanente debe acreditar, de forma individual: **(i)** afiliación vigente al RMPD al momento de la solicitud de pensión familiar; **(ii)** cumplir con los requisitos para acceder a la indemnización sustitutiva pero que esta no haya sido pagada; **(iii)** sumar entre ambos, como mínimo, el número de semanas cotizadas exigidas para el reconocimiento de la pensión de vejez conforme al artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993; **(iv)** acreditar haber cotizado, a los 45 años de edad, el 25% de las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez, teniendo en cuenta para tal efecto el año cumplimiento de la edad de pensión; **(v)** acreditar más de 5 años de relación o convivencia; **(vi)** estar clasificado en los niveles 1 y 2 del Sisbén al momento del cumplimiento de la edad de pensión, de acuerdo con los cohortes definidos por el Ministerio del Trabajo.
- En el RAIS cada cónyuge o compañero permanente debe acreditar, de forma individual: **(i)** afiliación vigente al RAIS al momento de la solicitud de la pensión familiar; **(ii)** cumplir con los requisitos para acceder a la devolución de saldos sin que esta hubiere sido pagada; **(iii)** sumar entre los dos el capital necesario requerido en la normatividad vigente, para tener derecho a una pensión de vejez, o en su defecto cumplir con los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima; **(iv)** acreditar más de cinco años de relación o convivencia.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

- Respecto del traslado entre administradoras de fondos de pensiones, la reglamentación dispone que cada solicitante debe obtener la información relacionada con el saldo existente en sus cuentas individuales, valor de bono pensional actualizado y capitalizado y número de semanas cotizadas, lo anterior, para efectos de determinar el titular – quien cuente con mayor saldo o densidad de semanas cotizadas-, para posteriormente iniciar el trámite de traslado por intermedio de la Administradora del afiliado titular quien, una vez reciba la información por parte de la Administradora solicitada, deberá determinar si habría derecho a la obtención de la pensión familiar, en caso contrario, se rechazará la solicitud.
- En punto del traslado de régimen de afiliados que les falten menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, establece el Decreto que podrán hacerlo por una sola vez para efectos de obtener la pensión familiar, con similar procedimiento que el anteriormente descrito.
- La pensión familiar se reconoce a partir de la fecha de la solicitud siempre y cuando se acrediten los requisitos legales y reglamentarios ya descritos.
- Se establece que, en caso que alguno de los solicitantes haya cotizado a diferentes administradoras en el RPMD, la administradora de este régimen actual deberá adelantar el procedimiento de cuotas partes pensionales y, teniendo en cuenta que la pensión familiar reconocida no puede exceder de un salario mínimo mensual legal vigente, el monto se distribuye en proporción al tiempo de servicio de cada una de las entidades en las que aportaron o prestaron sus servicios los solicitantes.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

- Acerca de la garantía de pensión mínima, una vez constatados los requisitos para su reconocimiento, la administradora debe solicitar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el reconocimiento de la misma, disponiendo que los recursos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima sólo se verán afectados una vez se agote el saldo de la cuenta de ahorro individual de los solicitantes.
- La normatividad en cita exige que, para el reconocimiento de la pensión familiar deberá haberse pagado en su totalidad el bono pensional y cuotas partes del mismo a cada uno de los solicitantes. En el caso de la Garantía de Pensión Mínima, se sigue lo dispuesto en el Decreto 142 de 2006.
- Se reafirma lo dispuesto en la Ley respecto del fallecimiento de los cónyuges o compañeros permanentes, adicionando que, cuando el fallecido no sea el titular de la pensión, la administradora tendrá un término de treinta días después del reporte del insuceso para continuar con el pago al nuevo titular. Si fallecieren ambos y no existe hijos beneficiarios, la pensión se extingue.
- La separación legal o divorcio extingue la pensión familiar y cada uno tendrá derecho a recibir mensualmente cada uno la prorrata de la pensión, equivalente al 50% del monto de la pensión que percibían.
- Establece la norma que el pensionado titular deberá estar afiliado y efectuar cotizaciones al Subsistema de Salud y su cónyuge o compañero permanente estará afiliado como beneficiario.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

- Por último, aclara que las disposiciones de dicha norma se aplicaran a las parejas del mismo sexo en los términos expuestos en la sentencia C- 577 de 2011 proferida por la Corte Constitucional.

Hasta este momento, se encuentra debidamente descrito el Sistema de Seguridad Social Integral, puesto en contexto para el surgimiento de la Pensión Familiar y el análisis de este instituto jurídico a través de las normas que lo crearon y reglamentaron. Corresponde entonces adentrarnos en la realidad que ha supuesto la aplicación de la pensión familiar, enfocándonos en su eficacia de cara al objetivo inicialmente planteado por el legislador y las vicisitudes del sistema.

### **1.3 La eficacia jurídica y sociológica**

De manera previa a analizar la eficacia de la pensión familiar en cada régimen, podemos cuestionarnos acerca de ¿Qué entendemos por eficacia o ineficacia de una norma jurídica? Para dar respuesta a este interrogante y continuar con el análisis propuesto, abordaremos esta categoría, a continuación:

#### **1.3.1 Contexto general**

Es indispensable comentar que las normas jurídicas poseen una dimensión fáctica que contiene dos particularidades estrechamente relacionadas, así lo menciona García (1997) en su texto *La filosofía del Derecho de Jürgen Habermas*. La primera de ellas, consiste en el seguimiento generalizado de la norma, es decir, que la norma sea cumplida en la cotidianidad;

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

la segunda, trata sobre la coacción que respalda a la norma, esto es, la aplicación de sanciones que se realizan por su incumplimiento.

En palabras de García (1997), la función de integración social del derecho “sólo puede cumplirse efectivamente si las normas poseen un elemento de legitimidad que rebasa su pura imposición coactiva y posibilita la mínima aceptación necesaria para su seguimiento” (p. 9).

De ese modo, para determinar si se cumple con la función de integración social del derecho, esto es, que las normas jurídicas del ordenamiento jurídico satisfagan las funciones de orden social y a su vez demuestren estrategias que busquen su cumplimiento, se debe entrar a estudiar la eficacia de sus normas.

Ahora bien, en cuanto a la definición de eficacia, debe decirse que no hay una sola tesis que sea aceptada por todos los estudiosos del tema, por lo que se hace necesario, en esta primera parte, realizar un análisis de algunas de las teorías que han surgido sobre ella para tratar de delimitar su definición. Igualmente, al no ser un concepto unívoco se tomará, como se dijo, el concepto de eficacia jurídica que se ha venido desarrollando en el país.

### **1.3.2 La eficacia: un esbozo en el contexto colombiano**

Así pues, la eficacia del derecho, como elemento indispensable en el desarrollo de las normas jurídicas, ha tenido su definición común como el componente que permite la aplicación y cumplimiento de los preceptos normativos por la sociedad y el Estado. De igual modo, dicha definición ha variado jurídica y doctrinalmente. Es así, como la Corte Constitucional Sentencia C-873 de 2003, evoca que la eficacia de las normas puede ser entendida tanto en un sentido jurídico como en un sentido sociológico.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

A voces de dicha Corporación (2003), el sentido jurídico de “*eficacia*” hace relación a la producción de efectos en el ordenamiento jurídico por la norma en cuestión; es decir, a la aptitud que tiene dicha norma de generar consecuencias en derecho en tanto ordena, permite o prohíbe algo. Por su parte, el sentido sociológico de “*eficacia*” se refiere a la forma y el grado en que la norma es cumplida en la realidad, pues será un hecho que socialmente sea observable; en consecuencia, una norma es eficaz cuando es cumplida por los obligados a respetarla, esto es, cuando modifica u orienta su comportamiento o las decisiones por ellos adoptadas.

Por otro lado, el concepto general de eficacia, por su rama doctrinal, ha desarrollado algunas categorías particulares que proponen explicar y analizar, desde lo teórico, las diferentes dimensiones que el derecho puede llegar a tener en la sociedad. Así las cosas, siguiendo las categorías existentes, señala García (1993) que actualmente existen dos categorías preponderantes que buscan analizar la eficacia de acuerdo a sus diversas funciones, a saber, la eficacia jurídica y la eficacia simbólica o instrumental del derecho.

### **1.3.3 La eficacia simbólica del Derecho**

En lo que respecta a la eficacia simbólica, García (1993) en su libro *La eficacia simbólica del derecho*, manifiesta que los objetivos perseguidos con la promulgación de normas, muchas veces no requieren que la norma se haga efectiva, pues incluso, con el simple anuncio de que será creada, será suficiente para lograr elementos simbólicos que pueden ser utilizados para fortalecer el poder político y social en diferentes contextos históricos y culturales; así pues, son normas que instrumentalmente se presentan ineficaces en relación a los objetivos que declara

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

perseguir. Por lo tanto, la incidencia de la norma en el ámbito social se reducirá al impacto simbólico que genere su publicación. La estrategia deliberada del creador de la norma es, en estos casos, perseguir objetivos distintos de los declarados, mediante el poder simbólico del Derecho. A través de este tipo de eficacia simbólica –señala García (1993)- los gobiernos reducen el impacto de las políticas públicas, implementadas a través del Derecho, a la política de impacto mediático, implementada a través de la publicidad del Derecho.

Siguiendo este hilo, el autor en cita presenta como concepto originario de la eficacia simbólica el hecho según el cual:

No todo lo que se promulga en el derecho está destinado a aplicarse o por lo menos no en el sentido que dicen las normas;(…) así pues, a veces el derecho se crea para hacer pensar que la realidad ha cambiado con el simple hecho de consagrar dicho cambio.

(García, 1993, p. 223)

Esto implica que, al momento de originar las normas, se da un análisis del potencial de posibilidades que tiene para que sea cumplida o no, lo que implica un estudio consciente del legislador a la hora de la promulgación, teniendo así una conciencia sobre la eficacia que presentará en la sociedad.

En suma, la eficacia simbólica en el derecho se refiere a la capacidad de las normas jurídicas para producir efectos en la sociedad a través del significado y el simbolismo que tienen para las personas que las aceptan y las aplican. Esto quiere decir que el Derecho no sólo tiene una función práctica de regular la conducta de las personas y resolver conflictos, sino que también cumple una función simbólica de transmitir valores y crear un sentido de comunidad y pertenencia. Lo anterior se logra a través de la aplicación de sanciones y medidas disciplinarias



## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

para aquellos que violan las normas. Pese a ello, la eficacia simbólica del derecho también puede contribuir a su eficacia práctica, ya que las personas pueden sentirse más comprometidas y obligadas a cumplir con las normas si éstas tienen un significado y un simbolismo importantes para ellas.

La eficacia simbólica del Derecho entonces alude a la aptitud de las normas jurídicas para generar una suerte de reconocimiento o simbolismo en ellas. Esto incluye la utilización de elementos simbólicos como el lenguaje y los ritos, así como la capacidad del derecho para transmitir valores y crear un sentido en la sociedad que los hace sentir pertenecientes a ella.

### **1.3.4 La eficacia instrumental del Derecho**

En lo referente a la eficacia instrumental, esta se puede definir conforme lo señala el autor referenciado como “la capacidad que tiene la norma para producir un cierto efecto en el comportamiento en los individuos *destinatarios a la norma*” (García, 1993, p. 92).

Esto, en pocas palabras, significa que las normas jurídicas se pueden presentar como instrumentos prácticos que se dirigen a una acción delimitada por el legislador en la cual su eficacia se delimitará en la capacidad de producir cambios de comportamiento en quienes resultan los receptores de la Ley.

Se refiere a la capacidad del derecho para producir los resultados deseados o para lograr los objetivos que se le asignan. Es decir, se trata de la capacidad del derecho para influir en el comportamiento de las personas y de las instituciones y para contribuir a la resolución de problemas sociales.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Acorde con ello, la eficacia instrumental del Derecho se mide por su capacidad para producir cambios. Por ejemplo, si una ley prohíbe ciertas actividades perjudiciales para la salud o el medio ambiente, su eficacia instrumental se mide por la capacidad de esta ley para evitar que se realicen esas actividades. En general, se puede decir que cuanto más eficaz es el derecho como instrumento, más eficaz será en cumplir con su función de regular la conducta de las personas y de las instituciones y de resolver conflictos de manera justa.

Prosiguiendo con este enfoque existe un concepto que se asemeja a la eficacia instrumental, adoptado por Kelsen et al. (2005), como se citó en Fiorenza (2019), la eficacia de una norma, se mide observando el impacto que ésta tiene sobre el comportamiento de los individuos destinatarios de la misma, en este sentido, “para definir el concepto de eficacia han de tomarse en cuenta las relaciones entre la conducta humana efectiva y la norma jurídica” (p. 167), por consiguiente, se deberá medir la eficacia según la efectividad que haya tenido la norma en la sociedad al igual que determinar cómo ésta ha incidido en la vida de los individuos, buscando que se haya cumplido con los fines que se perseguían desde su promulgación.

### **1.3.5 La eficacia jurídica**

Ahora bien, después de haber hecho un recuento de las diferentes concepciones anteriores que explican el concepto de eficacia, nos basaremos en la eficacia jurídica, la cual es la capacidad que tienen las normas jurídicas para producir efectos en la realidad social. En otras palabras, se refiere a la capacidad de las normas para ser aplicadas y hacerse cumplir por las personas y por los órganos del Estado encargados de hacer cumplir el derecho, esta concepción

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

será esencial en el estudio que se tratará a continuación; por consiguiente, respecto a este concepto también se estudiarán diferentes autores así:

Un primer acercamiento a esta definición la tiene Habermas como se citó en Leiva et al. (2011) quien señala, respecto del análisis integrador del Derecho, que la presencia de una norma solamente de manera formal y las posibilidades de exigibilidad sobre la misma no bastan para hablar de eficacia. Por el contrario, se requiere además que esa norma en efecto pueda ser realmente aplicada.

Quiere decir lo anterior que deben existir los presupuestos exigidos por la norma para crear consecuencias jurídicas, incluso cuando los destinatarios de la misma no la realicen de forma voluntaria, que el resto de las instituciones lo exijan, brinden las garantías para su concreción y sancionen su inobservancia. Esto significa que:

La norma de Derecho tenga una realización social; es una eficacia en cuanto a la utilidad real de la norma en la sociedad, a la efectividad de la normativa, a la real correlación entre lo jurídicamente dicho y el hecho social, y que conlleva la realización del Derecho; una eficacia de tipo funcional. (Leiva et al., 2011, p. 30)

Teniendo en cuenta lo anterior, Habermas citado conforme a los autores referenciados, ha desarrollado una teoría de la eficacia jurídica basada en la idea de que el Derecho es un medio para regular la vida social y política de una sociedad. Para lograr esto, el Derecho debe ser objetivo y basarse en principios universales y justos. Además, debe ser transparente y accesible para todos, existiendo a su vez, mecanismos efectivos para hacer cumplir las leyes y resolver conflictos.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Para Habermas, la eficacia jurídica también depende de la legitimidad del sistema jurídico y de la confianza que tienen las personas en él. Si el derecho es percibido como justo y equitativo, y si se aplica de manera consistente y coherente, las personas estarán más dispuestas a cumplir con las leyes y a cooperar con el sistema. Por el contrario, si el derecho es visto como injusto o si se aplica de manera desigual o corrupta, la eficacia jurídica se verá afectada.

En resumen, la eficacia jurídica es una combinación de la capacidad del derecho para regular la conducta de las personas y promover el bienestar de la sociedad, la legitimidad y confianza que tienen las personas en el sistema jurídico.

Bajo esa misma línea, Afonso Da Silva (2003) advierte que la eficacia jurídica de la norma ostenta la cualidad de producir, en mayor o menor medida, efectos jurídicos que contribuyen a regular situaciones, relaciones o comportamientos.

En ese marco, “la eficacia da respeto a la aplicabilidad, exigibilidad y ejecutoriedad de la norma, como posibilidad de su aplicación jurídica; es así, como el alcance de los objetivos estipulados en la norma, constituyen la efectividad de la misma” (Afonso Da Silva, 2003, p. 52). En esa lógica, se destaca que al analizar las normas jurídicas se habla de eficacia social de las mismas a partir de la efectividad, esto es, que se cumpla socialmente con lo que la norma impone; a diferencia de la eficacia jurídica que se concentra en el nacimiento y formación de la norma.

Confirma el autor que, en los dos sentidos de la palabra eficacia, una norma puede tener eficacia jurídica sin ser socialmente eficaz, es decir, puede generar ciertos efectos jurídicos, como, por ejemplo, el de revocar normas anteriores y no ser efectivamente cumplida

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

en el plano social, concluyendo que de igual forma, en alguna medida, los dos sentidos se encuentran conexos (Afonso Da Silva, 2003).

A su vez, Afonso da Silva (2003) destaca la importancia de la eficacia jurídica de la Constitución y de las leyes como elemento esencial para garantizar el Estado de derecho y el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Según el autor, la eficacia jurídica es la capacidad de las normas constitucionales y legales para producir efectos en la realidad y ser aplicadas por los órganos jurisdiccionales y administrativos del Estado.

El autor defiende la idea de que la eficacia jurídica no es una cualidad inherente a las normas, sino que depende de la existencia de un sistema de control y de una cultura de respeto a la ley en la sociedad. Por ello, para garantizar la eficacia jurídica de la Constitución y de las leyes, es necesario establecer mecanismos de control y de tutela de los derechos fundamentales, así como promover una cultura cívica y de respeto a la ley en la sociedad.

En síntesis, la eficacia jurídica de una norma depende de su formulación, de su vigencia, de su aceptación y de su aplicación por parte de la sociedad, así como de los órganos encargados de hacer cumplir el derecho, de su coherencia e incluso armonía con el resto del ordenamiento jurídico y con los valores y principios constitucionales.

En la investigación Eficacia jurídica y sociológica de los derechos fundamentales de las trabajadoras sexuales en Colombia (Leiva et al., 2011), se indica que el Estado de Derecho enfrenta en la actualidad la problemática sobre la ausencia de un orden normativo socialmente aceptado, dada la heterogeneidad y pluralidad de valores, intereses y expectativas que hoy compiten por legitimidad y reconocimiento en nuestra sociedad, así como la ausencia de confianza en las instituciones estatales. A su vez, los autores en cita señalan:

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

No basta sólo con que las normas se expresen con claras ideas, sino que han de crearse los medios e instituciones, tanto en el orden del condicionamiento social-material, proveniente del régimen socioeconómico y político imperante, de los órganos que hacen falta para su aplicación, como las normativas legales secundarias que sean necesarias para instrumentar la disposición normativa y que propicien, a su vez, la realización de los derechos y deberes que de tales situaciones resulten. (Leiva et al., 2011, p. 3)

### **1.3.6 La eficacia desde la óptica de la Corte Constitucional en Colombia**

Una vez estudiadas las consideraciones de algunos autores respecto a la eficacia, es indispensable traer a colación a la Corte Constitucional (Sentencia C-443 de 1997) la cual indica que la validez, la vigencia y la eficacia son fenómenos interrelacionados pues, en general, para que una disposición produzca efectos, es decir, sea aplicable y jurídicamente eficaz, es necesario que haya sido incorporada al sistema -vigencia- y que no contradiga las normas superiores -validez-.

Esta interrelación explica que en el lenguaje jurídico en ocasiones se utilizan indistintamente esas categorías sin que se produzcan confusiones. Sin embargo, las delimitaciones son útiles por cuanto una norma puede estar vigente pero no ser válida, para lo cual basta pensar en una ley inconstitucional pero que aún no ha sido retirada del ordenamiento por la decisión del respectivo órgano de control.

Una norma puede haber sido derogada, con lo cual parece no estar vigente, pero puede seguir produciendo efectos jurídicos, es decir ser eficaz. La Corte Constitucional Sentencia C-443 de 1997 interpreta que:

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

La norma puede ser válida y encontrarse vigente, pero no ser eficaz, por ejemplo por tratarse de una ley que fue formalmente adoptada, que no viola ningún mandato superior, pero que establece que debe transcurrir un determinado plazo antes de que pueda ser aplicada por los operadores jurídicos. (num. 9)

El Alto Tribunal en la Sentencia C-443 de 1997 expresa que “la eficacia jurídica o aplicabilidad de una norma equivale a la posibilidad de que la disposición produzca efectos jurídicos, o al menos sea susceptible de hacerlo” (preámbulo). A su vez, la misma Corporación destaca que el concepto de eficacia jurídica de las disposiciones es el de eficacia social de las mismas, que alude a su aptitud para cumplir con sus objetivos políticos (Sentencia C-939 de 2002).

Respecto a todo lo comentado en este aparte, es posible establecer que la eficacia jurídica se refiere a la capacidad de una norma o de una decisión judicial para producir efectos en la realidad, es decir, para ser aplicada y cumplida por las personas a las que se dirige. Por ejemplo, una ley tiene eficacia jurídica cuando es respetada y obedecida por la población.

La eficacia sociológica, por su parte, se refiere a la capacidad de una norma o de una decisión judicial para influir en la sociedad así como en las actitudes y comportamientos de las personas. A manera de símil, una ley que prohíbe el uso de la marihuana puede tener eficacia jurídica, pero no necesariamente tiene eficacia sociológica si no logra disuadir a una parte significativa de la población de no consumir.

Quiere decir lo anterior que la eficacia jurídica y la eficacia sociológica no siempre van de la mano. Una norma puede tener eficacia jurídica, pero carecer de eficacia sociológica si no es aceptada o respetada por la sociedad. Por otro lado, una norma puede tener eficacia

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

sociológica, pero adolecer de eficacia jurídica si no ha sido establecida de manera válida o no cumple con los requisitos necesarios para considerarla vinculante en la sociedad.

Por este motivo y al presentarse un alto abanico de oportunidades para lograr un estudio exhaustivo de la eficacia de la Ley 1580 de 2012, se vislumbra que la eficacia jurídica es la que presenta mayores herramientas de análisis para catalogar si la norma bajo estudio es eficaz o por el contrario es ineficaz debido a que no cumple los objetivos por los cuales fue creada, esto significa que la norma en realidad haya presentado una utilidad social y jurídica tan importante como se esperaba a la hora de promulgar esta Ley.

Lo anterior, sin olvidar la conexidad que se presenta con la eficacia social o sociológica, la cual contribuirá a determinar la forma y el grado en que la norma fue o está siendo cumplida en la realidad, en tanto que su ejecución se convierte en un hecho que puede ser criticado, analizado, catalogado y esencialmente observado por la sociedad a quien se supone brinda una alternativa de pensión, que para muchos representaría su único ingreso en la vejez.

### **1.4 La ineficacia de la pensión familiar en Colombia**

Con un panorama pensional colombiano claro desde sus antecedentes y sus características actuales, aunado a la conceptualización del concepto de eficacia en términos instrumentales, jurídicos y sociológicos, podemos adentrarnos ahora en el estudio de la pensión familiar a partir de la realidad que la misma ha representado desde su creación, promulgación y vigencia hasta la actualidad.

Para determinar cuál es la función que cumple la pensión familiar en el ordenamiento colombiano y su real impacto, determinando así qué tanto influye la norma sobre la sociedad y



## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

si a la fecha es cumplida eficazmente según el objetivo por la cual fue creada, así como el cumplimiento de los fines, principios y objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho en materia de la Seguridad Social de la población.

Llegado a este punto, y teniendo en cuenta la definición de la eficacia jurídica y sociológica, la cual nos da los parámetros para iniciar el estudio de la eficacia de la pensión familiar, es indispensable abordar en primera medida, las semejanzas y diferencias que se presentan en los requisitos que solicita la Ley 1580 de 2012 para el acceso a la pensión familiar, entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### **1.4.1 La pensión familiar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida**

En este régimen para ser acreedor de una pensión familiar, el cónyuge o compañero(a) permanente debe alcanzar la edad de pensión, modificada por la Ley 797 de 2003, que corresponde a 57 años para mujeres y 62 años para hombres. Cabe mencionar que en este modelo cada uno de los integrantes de la pareja debe aportar al menos el 25% semanas cotizadas antes de cumplir los 45 años, para acceder a este tipo de pensión.

De igual forma, la pensión familiar tiene como objetivo que las parejas reciban este beneficio de la suma de las semanas de cotización, por lo tanto, esta sumatoria debe corresponder a las 1.300 semanas exigidas actualmente por la Ley. Además, sólo podrán beneficiarse de esta previsión aquellas las personas que estén incluidas en el Sisbén 1 y 2. Por último, debe destacarse que el monto de la pensión no puede exceder, por expresa prohibición legal, de un (01) salario mínimo legal mensual vigente.

### **1.4.2 Pensión familiar en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad**

Por su parte, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se exige cumplir los requisitos para la devolución de saldos. Al respecto, señala el artículo 66 de la ley 100 de 1993 que la devolución de saldos aplica para quienes, a las edades previstas para pensionarse por vejez, hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no logren acumular el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, adquiriendo el derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.

Bajo el anterior requerimiento, para determinar la procedencia de la devolución de saldos se debe cumplir, en la actualidad, con los siguientes requisitos:

1. El afiliado debe tener cumplida la edad de 57 años si es mujer y 62 años si es hombre.
2. El afiliado no haya completado el capital mínimo para pensionarse.
3. El afiliado no lograra cotizar 1.150 semanas.
4. La declaración de imposibilidad de seguir cotizando al sistema

A su vez, se deberá tener en cuenta el capital que ostenta cada cónyuge o compañero permanente en su cuenta para efectos de establecer que, cada uno de manera independiente tiene un saldo insuficiente para la obtención de una pensión; sin embargo, de realizarse una sumatoria entre las dos cuentas se evidencie que ambos, conjuntamente, logran reunir el capital necesario para el financiamiento de la pensión de vejez.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

De igual forma, la Ley 1580 de 2012 advierte que para reunir ese capital mínimo por parte de la pareja, “deberá haberse pagado la totalidad del bono pensional y de las cuotas partes de bono pensional” (Art. 2).

Llegado el caso en que la sumatoria del capital de la pareja sea insuficiente, la Ley da la alternativa de optar por la suma de las semanas de cotización de los cónyuges o compañeros para completar la densidad de semanas exigidas para que opere la garantía de pensión mínima.

Por último, es necesario que los cónyuges o compañeros estén afiliados al mismo fondo de pensiones, de no ser así, un integrante de la pareja deberá proceder al traslado del capital a la cuenta del cónyuge o compañero titular.

Cabe anotar, que existen varias similitudes entre los dos regímenes, tales como, el requisito de convivencia permanente durante 5 años. Así mismo, en cuanto al caso del fallecimiento de uno de los cónyuges o compañero, de llegar a suceder tal hecho, la prorrata del 50% acrecentará la del supérstite, teniendo la claridad que no se dará la figura de pensión sobreviviente, pues su modalidad seguirá siendo la de la pensión familiar. A su vez, en caso de separación de los cónyuges cada integrante podrá tener el 50% pensión.

### **1.4.3 Diferencias de requisitos exigidos para acceder a la pensión familiar en Colombia**

Después de haber señalado los requisitos que se deben cumplir en cada régimen para el acceso a la pensión familiar, es menester realizar un paralelo entre los requisitos que fueron solicitados por el legislador en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida- RPDM y

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

que no se encuentran inmersos en los requisitos solicitados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad- RAIS .

**Tabla 5**

*Diferencias de los requisitos exigidos para acceder a la pensión familiar entre el RPMD y el RAIS*

<b>Requisitos Pensión Familiar en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad- RAIS</b>	<b>Requisitos Pensión Familiar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida- RPDM</b>
No existe este literal	k) Sólo podrán ser beneficiarios de la Pensión Familiar, en el Régimen de Prima Media, aquellas personas que se encuentren clasificadas en el Sisbén en los niveles 1, 2 y/o en cualquier otro sistema equivalente que diseñe el Gobierno Nacional.
No existe este literal	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.
No existe este literal	m) En el Régimen de Prima Media el valor de la pensión familiar no podrá exceder de un salario mínimo legal mensual vigente.

Como puede notarse, el literal k, del artículo 151-C de la Ley 100 de 1993, añadido por el artículo 3 de la Ley 1580 de 2012, solicita como requisito esencial para la obtención de la pensión familiar, la condición de esta calificados en los niveles 1 y 2 del Sisbén o sistema equivalente. Por lo cual, no bastará que la pareja cumpla con las semanas y edad requerida, requisito que no existe en el RAIS. Destacándose que desde el año 2021 se hizo una transformación de acuerdo a la clasificación de la personas en este sistema, retirando la calificación valorada con un puntaje de 0 a 100 y estableciendo ahora un rango medido en 4 grupos establecidos A, B, C y D, divididos de la siguiente forma:

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

En el grupo A se encuentran incluidos los hogares que están en situación de pobreza extrema. estado integrado el mismo por cinco subgrupos, del A1 al A5.

En el grupo B se encuentran los hogares con condición de pobreza moderada, teniendo a su vez siete subgrupos, del B1 hasta el B7.

En el grupo C se hace referencia a los hogares que están condición de vulnerabilidad, y quienes se encuentran en riesgo de caer en la pobreza, integrado por 18 subgrupos del C1 hasta el C18.

Por último, en el grupo D están los hogares que no están en situación de pobreza, ni vulnerabilidad, su rango de subgrupos son 21 del D1 al D21.

Ahora bien, continuando con el numeral l) del artículo 151 C, en este se solicita que 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; no obstante, esta limitación no aparece en ninguna otra clase de prestación y/o pensión otorgada por la Ley 100 de 1993, con sus respectivas modificaciones.

Incluso, en los requisitos que se solicitan en el RAIS tampoco se encuentra un numeral parecido a este, ya que como se dijo anteriormente, en este régimen sólo es necesario cumplir con los requisitos de la devolución de saldos y la verificación del capital insuficiente que ostenta el cónyuge en cada cuenta individual, sin solicitar en ningún momento un monto o semanas requeridas para determinada edad.

Por último, el literal m del artículo 151C señala que en el RPDM el valor de la pensión familiar no podrá exceder de un salario mínimo legal mensual vigente, limitante que tampoco

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

existe en materia pensional, puesto que este monto se determina según el Ingreso Base de Liquidación, que por lo general se basa en el Ingreso Base de Cotización al sistema.

### **1.5 El sistema pensional en Cifras: La ineficacia de la pensión familiar**

En punto del acceso a la Seguridad Social resulta pertinente destacar que entre los años 2000 a 2022 la cifra de informalidad laboral en Colombia ha oscilado, aproximadamente, entre el 47% y el 61%, reflejando cifras preocupantes en el marco del mercado laboral; así, tomando ciclos quinquenales, para el año 2000 la cifra se ubicaba en 48.5%, para el 2005 se mantuvo estable, hacia 2010 ascendió a 51.3%, para el 2015 se ubicó en 49.7% siendo un 0.4% menos que el año inmediatamente anterior (Vásquez y Agudelo, 2021); entre diciembre de 2020 y febrero de 2021 la informalidad en Colombia llegó a 48,1% (Fenalco, 2021) y, finalmente entre abril – junio de 2022 la proporción de ocupados informales fue 58,0%, lo que significó una disminución de 2,1 puntos porcentuales respecto al mismo trimestre del año anterior (60,1%) (DANE, 2022).

La tasa de informalidad resulta relevante en tanto que agrupa la medición de aquellas personas laboralmente activas que no efectúan aportes al sistema de Seguridad Social, impactando de manera directa la cobertura de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, así como la reducción de una eventual posibilidad de lograr obtener el derecho a la pensión de vejez e incluso a la pensión familiar, circunstancia se afianza con los datos reportados por el mismo sistema.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

De acuerdo con la información de medios, citando a la Superintendencia Financiera de Colombia (Sierra, 2022), con corte al mes de abril de 2022, el Sistema General de Pensiones alcanzó los 25,05 millones de afiliados.

En relación con esta cifra, la información disponible sobre el Régimen de Prima Media con Prestación definida (Colpensiones, 2022), reporta los siguientes datos de interés:

- Con corte al mes de julio de 2022, la cifra de afiliados al RPMD asciende a seis millones setecientos ochenta y dos mil personas (6.782.000), de las cuales, el 38,34% - 2.600.218 personas- efectuaron cotizaciones en el mes inmediatamente anterior.
- El 80,3% de los afiliados hacen o han hecho aportes por un ingreso base de cotización.
- El total de pensionados en el RPM asciende a 1.53 millones de personas. De los cuales, segmentados por tipo de riesgo, 78 mil corresponden a pensiones por invalidez -equivalente al 5%-, 361 mil son pensiones de sobrevivencia – equivalente al 23% y 1.101 mil consisten en pensiones de vejez – equivalente al 71,9%-.
- Respecto de las normas que determinan los derechos reconocidos, en promedio, Colpensiones indica que: (i) El 43,4% se rigen por el Acuerdo 049 de 1990; (ii) el 25,7% por la Ley 797 de 2003; (iii) el 14,3% por la Ley 100 de 1993, (iv) el 5,0% por la Ley 860 de 2003; (v) el 3,8% por la Ley 33 de 1985; (vi) el 3,7% por el Decreto 3041 de 1966; (vii) el 2,8% por la Ley 71 de 1988 y el 1,5% por otras normas.
- El programa de Beneficios Económicos Periódicos actualmente cuenta con 41.014 personas que reciben un promedio de \$289.000 cada dos meses, de forma vitalicia.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Vale recordar que este programa subsidia en un 20% sobre el valor de los ahorros de las personas.

De la información obtenida, se observa entonces que la Pensión Familiar no representa porcentaje significativo alguno respecto del número de pensionados para el RPMD; por el contrario, resulta ser una estadística no accesible al público a diferencia de lo que ocurre con las previsiones de vejez, invalidez y muerte. Incluso, el enfoque acepta una mayor difusión y representación de la alternativa denominada como BEPS.

Por su parte, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se encuentran las siguientes cifras:

- El total de afiliados al RAIS, vinculados en alguna de las cuatro administradoras de este régimen, asciende a 18.400.486 personas; con ello, se establece que, en promedio, siete de cada diez afiliados del sistema pensional se encuentran en este régimen (Sierra, 2022).
- Con corte al mes de junio de 2022, el total de pensionados en este régimen asciende a 268.215 personas. De ese total, 140.506 corresponden a pensiones de vejez – equivalente al 52,38%- ; 50.776 son pensionados por invalidez – equivalente al 18,93% 76.993 por sobrevivencia – equivalente al 28,70% (Superintendencia Financiera de Colombia, 2022).

Al igual que en el RPMD, en el RAIS la pensión familiar no representa una alternativa significativa en cifras, constatándose así un panorama desolador frente a la figura jurídica creada y el objetivo de la misma en materia de cobertura.



## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Debido a que la pensión familiar en el RPMD exige que los solicitantes pertenezcan o se encuentren clasificados dentro de los niveles I y II del Sisbén o el sistema equivalente que determine el Gobierno Nacional, vale resaltar en este punto exclusivamente estos potenciales beneficiarios. Así, sobre las cifras de la población actualmente en edad de pensión.

Se estima que para 2021 en Colombia residen 7,1 millones de personas mayores (60 años o más), lo cual representa el 13,9% de la población del país, según las proyecciones poblacionales basadas en el Censo Nacional de Población y Vivienda del 2018 (DANE, 2021).

Esa información se compadece con el reporte de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- quien estableció que “Aproximadamente el 14% (6.808.641) de la población se encuentra en edad de pensión para el 2020, y el 25% (15.286.187) de la población para el año 2050” (Ibáñez, 2021, p. 1).

Ahora, respecto de la población sujeta de inclusión en el Sisbén señala la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones- (2021) que sobre ese total, al menos 5.851.639 personas se encuentran en edad de pensión y sisbenizadas- sin determinación del nivel o grupo en el que se encuentran clasificadas-, el 62% de esta población es del género femenino y el 38% del género masculino; estableciendo una segmentación que indica que el 83% de los adultos mayores se encuentran en zona urbana y 17% restante se encuentra en zona rural.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

**1.6 La pensión familiar: datos y cifras**

Conforme a lo expuesto, se tiene que la información relacionada con las cifras acerca de la pensión familiar no es de fácil acceso ni representa valores significativos que impulsen o permitan su consulta ágil y actualizada en los informes emitidos por los gremios, las Administradoras de Fondos de Pensiones, Ministerios ni la Superintendencia Financiera de Colombia.

Por ese motivo, se requirió solicitar directamente a cada administradora la información concerniente a las pensiones familiares solicitadas, negadas, reconocidas, el monto de la mesada pagada, la segmentación por ciudades y/o regiones, como se verá:

**Figura 1**

*Cantidad de pensiones familiares solicitadas en ambos regímenes de pensiones*



*Nota.* El gráfico representa la información entregada, previa solicitud de información, por cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones de ambos regímenes en Colombia, desde el 01 de octubre de 2012 hasta el mes de junio de 2022. Elaboración propia.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Como se observa en la Figura 1, desde la entrada en vigencia de la Ley 1580 de 2012 hasta el mes de junio de 2022, la cifra de solicitudes elevadas ante las administradora de fondos de pensiones para acceder a la pensión familiar resulta ínfima, especialmente en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Esto puede obedecer no solo a lo novedoso de la figura jurídica creada que, a pesar de tener más de una década de operación, no es un instituto tradicionalmente reconocido. Aunado a ello, conforme a la información requerida a las Administradoras de Fondos de Pensiones, ninguna de ellas logró evidenciar un impulso o actividad encaminada a promocionar la pensión familiar como sí se hace por ejemplo con los Beneficios Económicos Periódicos - BEPS- en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como consecuencia, la información que gira en torno a las pensiones familiares ha sido una incógnita general, llena de especulaciones pero sin equivocarse precisamente en señalar que las pensiones familiares concedidas son extremadamente mínimas o pocas.

Para levantar ese manto de incertidumbre y dar claridad al respecto, se pudo concretar que en el mismo periodo de tiempo, esto es, entre la vigencia de la Ley 1580 de 2012 y el mes de junio de 2022, se han reconocido la siguiente cantidad de pensiones familiares, segmentadas por cada fondo:

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

**Figura 2**

*Cantidad de pensiones familiares reconocidas en ambos regímenes de pensiones*



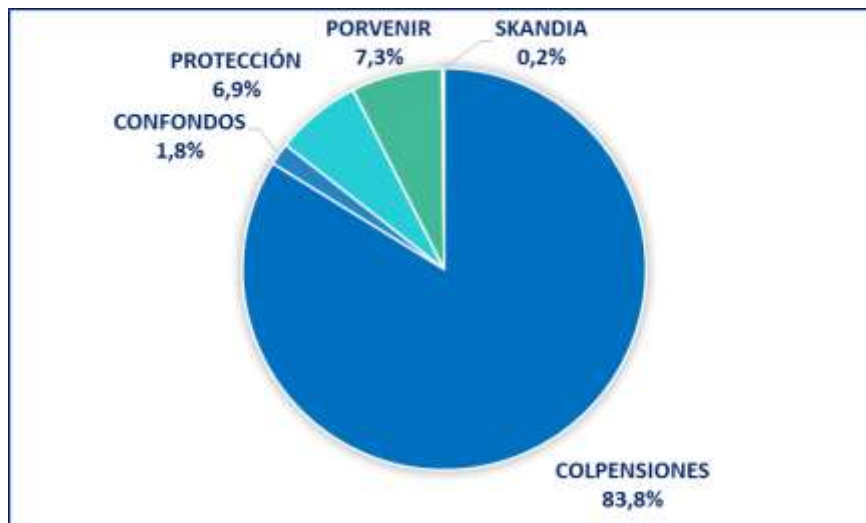
*Nota.* El gráfico representa la información entregada, previa solicitud de información, por cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones de ambos regímenes en Colombia, desde el 01 de octubre de 2012 hasta el mes de junio de 2022. Elaboración propia.

Conforme a la Figura 2, los datos obtenidos muestran que, en el RPM, se han concedido un total de 1.078 pensiones familiares, mientras que en el RAIS la cifra asciende a 208 pensiones familiares, así, en términos porcentuales, la prestación actualmente reconocida se puede representar de la siguiente manera:

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

**Figura 3**

*Porcentaje representativo de las pensiones familiares otorgadas en cada AFP*



*Nota.* El gráfico representa la información entregada, previa solicitud de información, por cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones de ambos regímenes en Colombia, desde el 01 de octubre de 2012 hasta el mes de junio de 2022. Elaboración propia.

Aunque a primera vista, pareciera ser que en el RPMD la pensión familiar ha surtido efectos conforme a los cometidos pretendidos por el legislador, la cifra resulta engañosa si nos detenemos cuidadosamente a analizar cuál es el porcentaje que representan estas pensiones frente a todo el Sistema Pensional, segmentado por cada Administradora de Fondos de Pensiones.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

**Tabla 6**

*Porcentaje representativo de las pensiones familiares reconocidas en cada AFP, respecto del total de pensiones generales y especiales, con discriminación por cada año.*

<b>AÑO</b>	<b>Colpensiones</b>	<b>Porvenir</b>	<b>Skandia</b>	<b>Protección</b>	<b>Colfondos</b>
<b>2012</b>	No reporta	No reporta	No reporta	No reporta	0,012%
<b>2013</b>	No reporta	No reporta	No reporta	0,05%	0,010%
<b>2014</b>	No reporta	No reporta	No reporta	No reporta	0,008%
<b>2015</b>	0,00099%	0,00073%	No reporta	No reporta	0,013%
<b>2016</b>	0,00179%	0,00073%	No reporta	0,04%	0,012%
<b>2017</b>	0,00158%	0,00073%	No reporta	0,06%	0,010%
<b>2018</b>	0,00199%	0,00073%	No reporta	0,10%	0,021%
<b>2019</b>	0,00152%	0,00073%	0,09%	0,21%	0,017%
<b>2020</b>	0,00132%	0,00073%	0,21%	0,17%	0,024%
<b>2021</b>	0,00079%	0,00073%	No reporta	0,37%	0,035%
<b>2022</b>	0,00265%	0,00073%	No reporta	0,03%	0,041%

*Nota.* El gráfico representa la información entregada, previa solicitud de información, por cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones de ambos regímenes en Colombia, desde el 01 de octubre de 2012 hasta el mes de junio de 2022. Elaboración propia.

La Tabla 6 da cuenta de la evolución del reconocimiento y pago de las pensiones familiares en Colombia respecto de cada Administradora de Fondos de Pensiones y cada régimen, constatándose así el bajo acceso a esta previsión.

En igual sentido, desde una óptica geográfica e incluso demográfica, puede establecerse que existen departamentos y regiones en las cuales no se han otorgado pensión familiar alguna. Al respecto, las Administradoras de Fondos de Pensiones antes consultadas reportan que:

- Las dos únicas pensiones familiares reconocidas por Skandia impactan a dos familias del departamento de Cundinamarca.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

- Para el caso de la AFP Protección, las pensiones familiares a lo largo del territorio nacional se distribuyen así: (i) Antioquia, 26 pensiones; (ii) Atlántico, 4 pensiones; (iii) Bolívar, 3 pensiones; (iv) Caldas, 2 pensiones; (v) Cundinamarca, 42 pensiones; (vi) Huila y Nariño, 1 pensión cada uno; (vii) Norte de Santander, 6 pensiones; (viii) Quindio, 5 pensiones; (ix) Risaralda, 7 pensiones; (x) Santander, 3 pensiones; (xi) Tolima, 4 pensiones; finalmente, (xii) Valle del Cauca, 13 pensiones.
- Respecto de la AFP Porvenir, la distribución informada es: (i) Quindio, 6 pensiones; (ii) Atlántico, 2 pensiones; (iii) Cundinamarca, 88 pensiones; (iv) Santander, 8 pensiones; (v) Valle del Cauca, 18 pensiones; (vi) Bolívar, 2 pensiones; (vii) Norte de Santander, Tolima, Córdoba y Magdalena, 1 pensión cada uno; (viii) Boyacá, 12 pensiones; (ix) Antioquia, 27 pensiones; (x) Caldas, 2 pensiones; (xi) Huila, 5 pensiones; (xii) Nariño, 3 pensiones y (xiii) Risaralda, 7 pensiones.
- Respecto de la AFP Colfondos, dicha entidad reportó que las 23 pensiones reconocidas se han efectuado en Bogotá D.C., arrojando entonces 23 pensiones para el departamento de Cundinamarca.

De la información descrita puede constatarse que en si bien existe una precaria cobertura en ambos regímenes pensionales, la situación en principio se muestra mucho más grave en el RAIS donde los afiliados al sistema no cuentan con la posibilidad de acceder a los Beneficios Económicos Periódicos -BEPS-, focalizandose entonces en la devolución de saldos a los afiliados y por ende generando una situación de desprotección para la vejez.

De otro lado, conforme a las cifras reportadas por Colpensiones, las pensiones familiares otorgadas por la entidad pública se concentran así:

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

- Antioquia, 163 pensiones; (ii) Arauca y Guajira, 1 pensión cada uno; (iii) Atlántico, 59 pensiones; (iv) Bolívar, 23 pensiones; (v) Boyacá, 28 pensiones; (vi) Caldas, 19 pensiones; (vii); Caquetá, 5 pensiones; (viii) Casanare, 2 pensiones; (ix) Cauca, 9 pensiones; (x) Magdalena y Cesar, 8 pensiones cada uno; (xi) Córdoba, 3 pensiones; (xii) Cundinamarca, 403 pensiones; (xiii) Huila, 15 pensiones; (xiv) Meta, 11 pensiones; (xv) Norte de Santander, 25 pensiones; (xvi) Risaralda y Nariño, 18 pensiones cada uno; (xvi) Quindío, 14 pensiones; (xvii) Santander, 71 pensiones; (xviii) Sucre, 6 pensiones; (xix) Tolima, 42 pensiones; (xx) Valle del cauca, 124 pensiones y (xxi) Valledupar, 3 pensiones.

Atendiendo a los datos suministrados, se observa que la cobertura de la pensión familiar alcanza solo 25 de los 32 departamentos de Colombia; de los cuales, en 9 departamentos las pensiones otorgadas no exceden una decena, reafirmandose así la poca cobertura de la pensión familiar aun en el régimen público. En el RAIS, sumando las cifras entregadas por las cuatro administradoras de ese régimen, existen 208 pensiones otorgadas; por su parte, en el RPM, existen 1.078 pensiones familiares.

Al adicionar ambas cantidades y contrastarlas con la cantidad global de pensiones otorgadas en cada régimen – incluyen las pensiones de vejez, invalidez y muerte-, los datos arrojan que las pensiones familiares otorgadas en el RAIS representan el 0,077% del total de pensiones de ese régimen; a su vez, las pensiones familiares otorgadas en el RPMD representan el 0,70% de las pensiones allí reconocidas.

Aunado a ello, al contrastar en términos porcentuales el número de pensiones familiares concedidas respecto del total de la población sisbenizada y en edad de pensión –



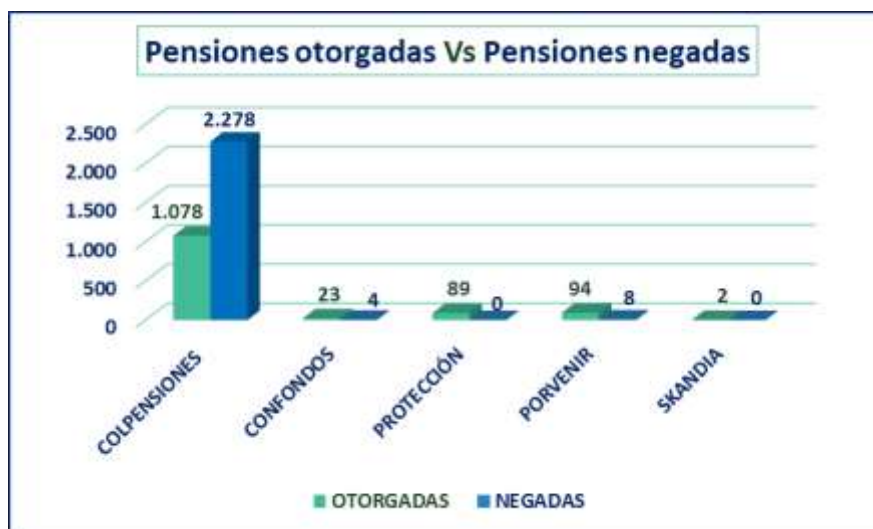
## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

5.861.639 personas-, la previsión consagrada en la Ley 1580 de 2012 representa tan solo el 0.018% del potencial de beneficiarios.

Es así que se constata que, en términos reales, la pensión familiar en Colombia no cuenta con una relevancia que haya brindado la alternativa pretendida por el legislador para lograr que la mayoría de personas que no van a acceder a una pensión pudiesen lograrlo a través de ese mecanismo. Finalmente, respecto de la cantidad de pensiones solicitadas en contraste con aquellas efectivamente otorgadas, el comportamiento de los fondos de pensiones puede concentrarse de la siguiente manera:

**Figura 4**

*Relación entre el número de pensiones solicitadas*



*Nota.* El gráfico representa la información entregada, previa solicitud de información, por cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones de ambos regímenes en Colombia, desde el 01 de octubre de 2012 hasta el mes de junio de 2022. Elaboración propia.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

En términos de proporción entre las solicitudes de pensiones familiares negadas frente a aquellas reconocidas, a partir de la Figura 4 encontramos que en el RPMD la cantidad de estas prestaciones negadas es superior a aquellas solicitadas en el RAIS. Finalmente, al comparar la cantidad de pensiones que fueron solicitadas y efectivamente reconocidas, para el caso de Skandia y Protección, la tasa de otorgamiento es del 100%, mientras que en Colfondos se ubica en un 79,3%, Porvenir en 50,8% y, finalmente, Colpensiones en un 16,8%.

**Figura 5**

*Porcentaje de reconocimiento de pensiones familiares en Colpensiones frente a la cantidad de pensiones solicitadas*



*Nota.* El gráfico representa la información entregada, previa solicitud de información, por cada la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, desde el 01 de octubre de 2012 hasta el mes de junio de 2022. Elaboración propia.

En suma, los datos recopilados muestran un escenario bastante negativo para la pensión familiar en Colombia, pues esta no cumple con la eficacia jurídica prometida por la misma, recordemos, que este concepto se refiere a la exigibilidad que tiene la norma en la sociedad, en donde no basta sólo con hablar de la obligatoriedad escrita en papel; por el contrario, se requiere además que esa norma pueda y sea realmente aplicada. Así mismo, el dispositivo

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

normativo creado debe basarse en objetivos reales, claros y posibles, no solo en expectativas que no se acompañan con el entorno social, ni con las deficiencias que presenta el sistema, es decir, que el propósito de la norma debe ser objetivo y accesible para todos, existiendo mecanismos que procuren por su desarrollo y cumplimiento.

Bajo ese norte, si bien la Ley 1580 de 2012 buscaba una mayor cobertura de la Seguridad Social para la población – concretamente dirigida al 55% de la población cotizante al sistema-, según los datos presentados en este escrito, es evidente que ha sido muy poco lo que ha aportado esta norma a dicha cobertura progresiva de los derechos de la futura vejez del país, pues representa tan solo el 0.7% de las pensiones actualmente otorgadas en el país.

Así pues, en concordancia con las definiciones de eficacia jurídica dadas por García (1997), Afonso Da Silva (2003) y la Corte Constitucional (1997), a las cuales nos acogimos a la hora de estudiar la eficacia de esta norma, se demuestra que los cometidos pretendidos por el legislador no brindan soluciones a las problemáticas de cobertura del Sistema de Seguridad Social en materia pensional, de igual forma, son pocos los efectos que se producen en la realidad social, pues la norma se presenta abiertamente restrictiva y exigente para el acceso a la pensión familiar, lo cual genera incertidumbre y dificultad a la hora de su aplicación.

En resumen, la eficacia jurídica es esencial para garantizar el funcionamiento adecuado del sistema legal y para proteger tanto los derechos como las libertades de los ciudadanos; sin embargo, al estudiar la presente norma, se vislumbra que son más las barreras, que las facilidades de la misma, pues al adentrarse a la efectividad que esta tiene en la sociedad, se descubre que aunque en el régimen público aparentemente existe una expectativa y acceso alto para lograr esta pensión, pues al menos 6.399 solicitudes fueron presentadas, el

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

otorgamiento se reduce a la cifra de 1.286 pensiones, un número precario para lo que materialmente esperaba producir la norma.

De otro lado, en el régimen privado, si bien la tasa de otorgamientos es más alta y el número general de pensiones familiares otorgadas asciende a 208, nuevamente esta proporción se aleja del objetivo que le dio vida a la iniciativa en el Congreso de la República sobre la pensión familiar.

Lo anterior entonces refleja, términos globales, que la pensión familiar en Colombia exclusivamente representa el 0,7% de las pensiones otorgadas, en cada uno de los regímenes descritos, afianzando entonces lo dicho hasta aquí.

Por consiguiente, el concepto de eficacia jurídica tomado en este escrito, da muestra de que la norma no cumple con los objetivos por los cuales fue creada y en consecuencia, no presenta una utilidad social y jurídica, esto en compas con la eficacia sociológica, la cual patentiza, como la norma está siendo cumplida en la realidad, es decir su grado de ejecución, conocimiento y respeto, que, como ya se determinó, es incipiente.

Finalmente, debe decirse que la norma ni siquiera es conocida por sus destinatarios pues a la solicitud de información sobre los mecanismos e instrumentos para su fomento, los fondos de pensión limitaron su respuesta a indicar que se estaba realizando en debida forma y, particularmente, COLPENSIONES tiene su enfoque dirigido hacia otra serie de programas como los BEPS, terminando por hacer ilusoria la pensión familiar e impidiendo cualquier incidencia efectiva de la pensión referida en los individuos que pretendía impactar.

## **Capítulo II. Inconstitucionalidad de la pensión familiar en Colombia**

Una vez analizada la ineficacia de la pensión familiar en Colombia, corresponde ahora abordar un estudio sobre la constitucionalidad frente a la norma expedida por el legislador por medio de la cual se creó esta figura, lo anterior para efectos de identificar si dentro de sus requerimientos existe disconformidad en contraste con los principios constitucionales, específicamente, con los principios fundamentales de la Seguridad Social, dentro de los cuales abordaremos a mayor profundidad aquellos que resultarán más relevantes en punto del control de constitucionalidad.

Para tal efecto, abarcaremos **(i)** nociones sobre el control de constitucionalidad, **(ii)** las acciones públicas de inconstitucionalidad interpuestas en la materia; **(iii)** los principios fundamentales de la Seguridad Social en Colombia; **(iv)** descenderemos a las exigencias puntuales planteadas por la Ley 1580 de 2012 y **(v)** haremos un recuento sobre su constitucionalidad e inconstitucionalidad que tendrá enfoque hacia el siguiente capítulo, en aras de identificar aquellos argumentos que aperturen el camino a una nueva propuesta de demanda.

### **2.1 La inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano**

#### **2.1.1 Introducción al concepto de inconstitucionalidad**

El ordenamiento jurídico colombiano parte de una premisa característica del constitucionalismo, esto es, que se rige por el principio de Supremacía Constitucional, el cual se encuentra consagrado en el artículo 4° de Constitución de 1991 al establecer que la

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Constitución es norma de normas y en todo caso de incompatibilidad entre la Carta Política y la Ley o aquella y otra norma, deberán preferirse los preceptos constitucionales.

Para referirnos al concepto de inconstitucionalidad es indispensable, en primera medida, hacer alusión al constitucionalismo colombiano, el cual es el conjunto de normas y principios constitucionales que rigen el funcionamiento del Estado y la sociedad. Lo anterior, en busca de garantizar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos como la libertad, la igualdad, la no discriminación y la seguridad jurídica, además de enmarcar a la Constitución como la norma más importante del ordenamiento, estableciendo a su vez mecanismos de protección a la misma.

No se puede olvidar que la Carta Política no se agota exclusivamente en su articulado, sino que también pertenecen al ordenamiento jurídico los tratados internacionales ratificados por Colombia integrados en la Carta, donde se establece que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (Art. 93).

A partir de allí, de manera tradicional se cuestionó el nivel y/o posición normativa entre la Carta y las disposiciones internacionales ratificadas, no obstante esta dicotomía se resuelve con la figura del bloque de constitucionalidad estableciéndose una concepción en sentido estricto y otra en sentido lato. El bloque de manera general es definido en múltiples providencias de la Corte Constitucional (Sentencia C-582 de 1999) como el conjunto de normas que se utilizan como parámetro para analizar la validez constitucional de las leyes; así pues, todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros de legitimidad constitucional, pero no por ello gozan de idéntica jerarquía normativa.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Como se puede observar, el bloque de constitucionalidad incluye normas y principios que no aparecen textualmente en la Constitución Política pero que, de igual manera, son utilizados como baremos del control de constitucionalidad de las leyes, en cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Carta.

Respecto de la clasificación, la Alta Corte ha expresado que el bloque de constitucionalidad puede ser entendido de dos maneras: en *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que ostentan un rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario; y en segundo lugar, en sentido *lato sensu*, el cual se refiere a aquellas disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-582 de 1999).

En conclusión, las normas del bloque de constitucionalidad se han de interpretar en forma armónica con el texto de la Constitución Política, logrando así una integración que constituya un criterio de obligatorio cumplimiento por el legislador y demás ramas del poder público. Así mismo, la Corporación (Sentencia C-291 de 2007) manifiesta que las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad cumplen con una función interpretativa del Derecho, ya que a partir de ellas se determina o aclara el contenido de los preceptos constitucionales, su esencia, así como los extremos de aplicabilidad de los derechos fundamentales.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Bajo este panorama, no se puede dejar de mencionar que los principios por los que se rige nuestro Estado Social de Derecho también cuentan con fuerza constitucional, es decir, coexisten en el mismo orden jerárquico que la Constitución, como se expresó en la Sentencia C-1287 de 2001, en donde la Corte Constitucional manifiesta que:

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental; [de la misma forma, expresan que su valor normativo] debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. (num. 5.1.2)

En cuanto al concepto de inconstitucionalidad, este puede ser entendido como la contrariedad de las normas a los principios, valores y normas que dicta la Constitución. El Diccionario de Jurídico Colombiano aclara que “su significado es el de violar, contravenir la letra y el espíritu de las normas de la Constitución Política de un Estado, por la expedición de leyes de los órganos legislativos o por actos realizados por los gobiernos” (Bohórquez y Bohórquez, 2016, p. 17).

Así pues, el concepto de inconstitucionalidad ha evolucionado en diferentes sistemas jurídicos, teniendo en los países diferentes procedimientos para establecer y/o determinar si una norma es constitucional o no.

En algunos sistemas jurídicos, el concepto de inconstitucionalidad se ha utilizado para proteger los derechos individuales y garantizar que el gobierno actúe de acuerdo a la



## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Constitución. En otros, el concepto ha sido utilizado como una herramienta política para invalidar leyes que son impopulares o no van de acuerdo con los intereses de ciertos grupos de poder.

En general, la adaptación del concepto de inconstitucionalidad ha estado influenciada por el contexto político y social en el que se ha desarrollado. A medida que los sistemas jurídicos y las constituciones avanzan, también lo ha hecho la forma en que se ha interpretado y aplicado el concepto de inconstitucionalidad.

De igual forma, es necesario dejar claro la diferencia entre inconstitucionalidad y inexecutable. Sobre este último la Real Academia Española [RAE] (2022) nos brinda una definición explicando que consiste en la “inaplicabilidad de una norma por haber sido declarada contraria a la Constitución por la Corte Constitucional” (párr. 1) En consonancia con este concepto, el Diccionario Jurídico Colombiano (Bohórquez y Bohórquez, 2016) también menciona que la inexecutable, es el acto por medio del cual la Corte Constitucional declara sin efecto una norma por estar contra la constitución o los principios que ella establece y cuyos efectos cesan en su aplicación para el futuro.

Conforme a lo señalado, la diferencia entre estos conceptos consiste en que la inconstitucionalidad se refiere a la incompatibilidad de los presupuestos demandados frente a la Carta Política, en cambio, la inexecutable consiste en la expulsión de las normas inconstitucionales del ordenamiento jurídico (Consejo de Estado, Sentencia 11001032400020070003000 de 2012). Bajo ese entendido, una norma puede ser inconstitucional y pertenecer aun al ordenamiento jurídico, por el contrario, si la norma es declarada inexecutable esta ya no integra el mismo.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Asentado lo anterior, para efectos de obtener la declaratoria de inexecutable por inconstitucionalidad, este control se puede realizar de dos maneras: **(i)** Controles que no requieren de la interposición de acciones y **(ii)** por vía de acción, a saber, la acción pública de nulidad, la acción de tutela y la acción pública de inconstitucionalidad, esta última que es la que nos interesa para este escrito.

### **2.1.2 Sobre la acción pública de inconstitucionalidad**

La figura de la acción pública de inconstitucionalidad, en sus orígenes, fue concebida por medio de la reforma constitucional de 1910 -Acto Legislativo 3, artículo 41-, en la cual se le otorgó a la Corte Suprema de Justicia -para esa época- la guarda e integridad de la Constitución a través del poder de decidir sobre la executable de actos legislativos objetados por el Gobierno, así como de las leyes y los decretos acusados por cualquier ciudadano.

Posteriormente, con la Constitución Política de 1991 se crea una nueva carta constitucional que vela principalmente por la supremacía, conservando la acción pública de inconstitucionalidad, depositando el cuidado y la guarda de sus postulados a la Corte Constitucional.

A fin de cuentas, esta acción es un medio de control por el cual se vela por la supremacía constitucional, incluyéndose allí los principios constitucionales y los tratados internacionales incorporados por el bloque de constitucionalidad. Este instrumento permite a la población participar de forma activa en la defensa del ordenamiento constitucional, impactando a su vez el desarrollo de políticas garantes y efectivas que procuren por generar dispositivos más democráticos e incluyentes.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

**2.2 El control de constitucionalidad a la Ley 1580 de 2012**

A partir de este momento nos enfocamos en efectuar el estudio en términos de inconstitucionalidad de la Ley 1580 de 2012 por medio de la cual se creó la pensión familiar en Colombia. Al respecto, se destaca que esta Ley ya ha sido demandada por múltiples cargos y contra los requisitos que se exigen en el RPMD pero que no se necesitan para el caso de pertenecer al RAIS. En líneas subsiguientes presentaremos la síntesis de las acciones incoadas para avanzar hacia los principios fundamentales de la Seguridad Social y descender a otra óptica de los requisitos existentes.

**2.2.1 Las sentencias de constitucionalidad sobre la Ley 1580 de 2012**

Respecto de las acciones públicas de inconstitucionalidad presentadas en contra de la Ley 1580 de 2012, tenemos que han sido elevadas 12 acciones, 6 de ellas rechazadas y 6 admitidas, conforme a continuación se sintetiza:

**Tabla 7**

*Demandas contra la Ley 1580 de 2012*

<b>Demanda</b>	<b>Sentencia</b>	<b>Norma acusada</b>	<b>Principio invocado</b>	<b>Decisión</b>
D 9405 y D 9411	C 613 de 2013	literales k) y m) del artículo 151C de la ley 100 de 1993,	Igualdad, Seguridad Social,	EXEQUIBLE
D 9709	C 913 de 2013	literal k del artículo 151C de la Ley 100 de 1993	Igualdad, Seguridad Social	EXEQUIBLE por cosa juzgada

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

D 10007	C 504 de 2014	los literales a (parcial), de los artículos 2 y 3 de la Ley 1580 de 2012	Igualdad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.	INEXEQUIBLE
D 10944	C 134 de 2016	el literal l) del artículo 151C	Igualdad, seguridad social, universalidad, solidaridad	EXEQUIBLE
D 11400	C 658 de 2016	el literal g) (parcial) del artículo 151B y el literal g) (parcial) del artículo 151C de la Ley 100 de 1993	Preámbulo, igualdad, protección a la familia, Seguridad Social, eficiencia, continuidad, progresividad	EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA

**2.2.1.1 Sentencia C-913 de 2013**

En la Sentencia C-913 de 2013 con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla, se demandó la inconstitucionalidad del literal k) del artículo 151C de la Ley 100 de 1993 adicionado por el artículo 3° de la Ley 1580 de 2012. El demandante señaló que la norma viola el derecho a la igualdad, desconociendo a su vez el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

La Corte Constitucional se detuvo en un primer momento para analizar la ineptitud sustantiva de la demanda, decidiendo admitir el cargo respecto al principio de igualdad; sin embargo, en cuanto a la violación al derecho a la Seguridad Social, manifestó que los argumentos eran insuficientes y contradictorios, declarándose inhibida para efectuar algún pronunciamiento sobre este derecho.

Pese a ello, la Corporación advirtió que existía pronunciamiento en el expediente D-9405, encontrando la presencia de la cosa juzgada constitucional por lo que se limita a señalar que reafirma lo concluido en Sentencia C-613 de 2013.

### 2.2.1.2 Sentencia C-504 de 2014

Prosiguiendo con este estudio, tenemos la Sentencia C-504 de 2014 con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual fueron demandados por inconstitucionalidad los literales (parcial), de los artículos 2 y 3 de la Ley 1580 de 2012 que adicionaron los artículos 151B y 151C de la Ley 100 de 1993. Las demandantes mencionan que las normas vulneran los derechos de igualdad y libre desarrollo de la personalidad, solicitando que se declaren inexecutable en razón a la afectación de los preceptos constitucionales.

La Corte admitió la demanda por el cargo en relación con el principio de igualdad pero desechó lo propio respecto del libre desarrollo de la personalidad; así, planteó como problemas jurídicos determinar si **(i)** al excluir a otras parejas que se crean posterioridad al límite de edad propuesto en la Ley implica un desconocimiento del principio de igualdad y constituye un trato discriminatorio; **(ii)** identificar si esta restricción vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, al incidir en la voluntad de las personas para conformar una familia.

Respecto a lo considerado por este Tribunal Constitucional, manifiesta que a la luz del principio de igualdad, son aceptables algunos tratamientos diferenciados ante grupos o situaciones comparables, siempre y cuando se den motivos constitucionales que lo justifiquen, evaluados por medio de un juicio de igualdad. Bajo este sentido, también indica que la Seguridad Social es un derecho fundamental y un servicio público, en donde el Estado tiene la obligación de prestar este servicio, brindando la protección frente a la falta de ingresos ya sea por alguna contingencia de enfermedad, invalidez, maternidad, accidente, vejez o muerte, relevando que existe la libertad de crear mecanismos orientados a la realización de estos derechos.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

El Alto Tribunal realizó un recuento sobre la Ley 1580 de 2012, en donde advierte que la pensión familiar fue creada para ampliar progresivamente la cobertura del sistema de pensiones, con el propósito de beneficiar a los afiliados que por varios motivos, no pueden completar las semanas de cotización necesarias para optar por una pensión de vejez. Lo anterior, en virtud de evitar una posible vulneración al mínimo vital de las personas de la tercera edad. En este mismo norte, la Corte sometió la norma a un juicio estricto de igualdad debido a que:

(i) el criterio de edad utilizado en las expresiones acusadas podría resultar discriminatorio para las personas mayores de 55 años de edad, al fijarles un límite para acceder al derecho y (ii) la restricción contenida en la norma constituye una medida que podría afectar el derecho fundamental a la Seguridad Social de un grupo poblacional vulnerable y un eventual sacrificio de otros valores y principios constitucionales. (Corte Constitucional, Sentencia C-504 de 2014, num. 3.7.2.3)

Al aplicar el juicio, el Alto Tribunal consideró que la medida, a pesar de contener un fin legítimo, importante e imperioso, esto es, procurar por asegurar la sostenibilidad financiera del sistema y evitar uniones fraudulentas, es una obligación innecesaria e inútil, puesto que en la Ley ya se contemplan mecanismos que contribuyen de manera efectiva para promover la seguridad y el acatamiento de estas situaciones.

Adicionalmente, advirtió que el requisito censurado resulta desproporcionado en estricto sentido, al privar a los afiliados del goce de los derechos a la Seguridad Social y la buena fe. En conclusión, la medida vulnera el derecho a la igualdad de aquellas parejas que se

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

conformen y/o integren con posterioridad al cumplimiento de esa edad y fue por esta razón que es declarada inexecutable.

### **2.2.1.3 Sentencia C-134 de 2016**

En Sentencia C-134 de 2016 con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se estudió la acción de inconstitucionalidad en contra el literal l) del artículo 151C de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 3 de la Ley 1580 de 2012, en razón a la presunta violación del derecho a la igualdad y a la Seguridad Social, advirtiendo el accionante que con esta norma se encuentran vulnerados los principios de universalidad y solidaridad. El órgano de cierre constitucional planteó como problema jurídico determinar:

Si el literal l) del artículo 151C de la Ley 100 de 1993, consistente en que para acceder a la pensión familiar, cada uno de los beneficiarios debe haber cotizado a los 45 años de edad el 25% de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez viola los derechos a la igualdad y a la Seguridad Social. (Sentencia C-134 de 2016, preámbulo)

En las consideraciones de la sentencia se estableció que la Seguridad Social contiene un amplio repertorio de normativa constitucional, resaltando los artículos 48, 49 y 365, los cuales relieves su carácter de servicio público e identidad como derecho irrenunciable. Continuó comentando que para lograr la efectiva realización de este derecho, es necesario “acreditar el cumplimiento de normas presupuestales, procesales, de organización que hagan viable el derecho y además permita el equilibrio económico y financiero del sistema” (Sentencia C-134 de 2016, num. 5.2).

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Pese a ello, arguyó que las facultades dadas al legislador en materia pensional no son ilimitadas, pues están sujetas, entre otros, a los principios constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como a los derechos fundamentales de igualdad, mínimo vital y dignidad humana y que las medidas que se adopten para este sistema, no deben estar aisladas del contexto general, ni de las sub categorías a los cuales pertenecen, “por cuanto se presume que corresponden a un juicio político, económico y financiero –razonable y proporcional- de las distintas hipótesis y constantes macroeconómicas que pueden afectar el futuro cumplimiento de obligaciones pensionales del Estado” (Sentencia C-134 de 2016, num. 5.2.1).

La Corporación advirtió que la pensión de vejez y la pensión familiar no son comparables pues esta última figura es la suma de esfuerzos de cotizaciones entre los cónyuges o compañeros permanentes; por el contrario, aquella modalidad, surge del esfuerzo de una sola persona que tendrá que cumplir con los requisitos, sin importar la situación de la pareja. Adicionando que en el RPMD se tuvieron en cuenta los afiliados más vulnerables en cuanto a su nivel socioeconómico, ya que estos presentan menos probabilidades de acceder a un empleo por causa de la edad y los altos niveles de desempleo del país. Además, concluyen que en cuanto al nivel de fidelidad se presenta una gran diferencia entre los dos Regímenes, en tanto que:

Si una persona completa el número de semanas necesarias para tener derecho a la pensión de vejez, es claro que ha permanecido como afiliado al sistema al menos durante el tiempo requerido para acumular las semanas exigidas, lo que no se puede afirmar de los cónyuges o compañeros permanentes que acceden a la pensión familiar, toda vez que en su caso, los períodos de fidelidad de los miembros de la pareja son



## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

inferiores, porque precisamente dejaron de cotizar un tiempo importante. Esa menor fidelidad implica un aumento del subsidio estatal en el régimen de prima media que la pensión de vejez, por lo que no se puede sostener que quienes quieren acceder a la pensión familiar de un lado, y a la pensión de vejez de otro, estén en la misma situación. (Corte Constitucional, Sentencia C-134 de 2016, num. 5.1)

Prosiguiendo con el estudio de la norma, la Corte aplicó un escrutinio constitucional de nivel intermedio, concluyendo que el precepto demandado si cumple con los fines constitucionales como la ampliación de la cobertura del sistema de Seguridad Social en pensiones, la promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y la sostenibilidad financiera del sistema pensional, particularmente en el régimen de prima media con prestación definida.

Para el Alto Tribunal el requisito de haber cotizado antes de los 45 años el 25% de las semanas requeridas para obtener una pensión de vejez, es ajustada a derecho, pues se busca con ella preservar la sostenibilidad financiera, promoviendo a su vez la igualdad real y efectiva mediante la identificación de un grupo vulnerable, sin crear discriminación o beneficio contrario a la debida asignación de recursos públicos escasos. Por todo lo expuesto la norma fue declarada exequible.

### **2.2.1.4 Sentencia C-658 de 2016**

Por último, en la Sentencia C-658 de 2016 con ponencia de la Magistrada María Victoria Calle Correa, se demandó la inconstitucionalidad del literal g) (parcial) del artículo 151B y el literal g) (parcial) del artículo 151C de la Ley 100 de 1993, adicionados, respectivamente, por los

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

artículos 2 y 3 de la Ley 1580 de 2012. Los demandantes manifestaron que las disposiciones acusadas quebrantan el preámbulo de la Constitución y los artículos 1, 2, 5, 13, 42, 46, 47, 48, 93, 94, 365 y 366 de la misma Carta.

En este asunto, se propuso como problema jurídico determinar si el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa por violación del principio de igualdad, al establecer como beneficiarios de la pensión familiar al cónyuge o compañero(a) permanente supérstite y a los hijos que reúnan los requisitos legales, excluyendo a los padres dependientes y a los hermanos en condición de discapacidad, también dependientes.

Para iniciar, la Corte realiza un paneo general sobre la jurisprudencia de existente acerca del derecho fundamental y servicio público de la Seguridad Social, la pensión familiar y los pronunciamientos relacionados, centrándose en la protección familiar en el régimen general de pensiones para finalizar con las consideraciones del caso en concreto.

Atendiendo a la estructura planteada, el Tribunal Constitucional consideró que la diferenciación de los beneficiarios de la pensión familiar, en comparación con los beneficiarios de la pensión de vejez en el RPM y el RAIS, persigue un fin legítimo e importante relacionado con la ampliación de la cobertura de la Seguridad Social en condiciones de sostenibilidad. Sin embargo, aunque la medida es adecuada, no es necesaria, ya que la Ley 1580 de 2012, prevé otras limitantes que logran la protección de la sostenibilidad del sistema, siendo también un requisito desproporcionado en razón a los derechos fundamentales que afecta.

En cuanto al análisis de la omisión legislativa relativa en virtud de la violación al principio de igualdad, la Corporación realizó una verificación de los elementos necesarios para su configuración, afirmando que, para el caso en concreto, se evidencia que no son incluidos los

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

grupos de beneficiarios de la pensión familiar que debían serlo, generando un trato discriminatorio.

Por lo anterior, se debió proferir una sentencia integradora, en virtud de los principios de efectividad y de conservación del derecho, en el entendido que en cada uno de los regímenes en los que se concede la pensión familiar se entiendan incorporados los beneficiarios previstos, en el artículo 47 de la Ley 100 de 1997 para el RPM , y el artículo 74 ibídem para el RAIS, es decir, exactamente los mismos beneficiarios para el caso de la pensión de sobrevivientes general, declarando que se encuentran incluidos los padres y hermanos en condición de discapacidad, y dependientes en los dos casos, ingresan al orden de beneficiarios.

### **2.2.2 La constitucionalidad de las disposiciones demandadas**

Las acciones públicas de inconstitucionalidad fueron dirigidas especialmente contra los requisitos relacionados a la acreditación de un número mínimo de semanas cotizadas antes de los 45 años de edad, la limitación del estatus socioeconómico para acceder a la prestación y el monto máximo de la pensión familiar.

Del recuento jurisprudencial fue posible extractar el enfoque del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, quien centró sus análisis principalmente en dos principios: **(i)** la protección del postulado de igualdad y **(ii)** la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

No obstante lo anterior, los cargos en relación con los demás principios, no solo constitucionales sino fundamentales de la Seguridad Social, fueron rechazados debido a la ausencia de técnica en su proposición, sin que en la actualidad hayan podido ser analizados en sede de control constitucional pero no por ello descartando un análisis futuro. En ese sentido, a

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

continuación nos referiremos a cada uno de los principios que orientan el sistema pensional, de manera previa al abordaje de cada uno de los literales demandados bajo su naturaleza y contenido.

### 2.3 Los principios fundamentales de la Seguridad Social en Colombia

Es importante dar inicio a este tema con el concepto de Seguridad Social que se encuentra el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia en donde se consagra que:

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.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social(...).

Para su desarrollo, se establecieron también una serie de principios contenidos en la Constitución Política de Colombia y en la Ley 100 de 1993 en su artículo 2°, los cuales pretenden asegurar el acceso sin discriminación al sistema, velando por la dignidad humana y la garantía de los servicios en caso de presentarse la pérdida de los ingresos de una persona a causa de contingencias como la enfermedad, los accidentes, el desempleo, la muerte, entre otras. Estos principios son:

#### Tabla 8

*Principios de la Seguridad Social acorde a la Constitución y la Ley 100 de 1993*

<b>1. Eficiencia</b>	Se refiere a la necesidad de que el sistema de Seguridad Social funcione de manera eficiente y eficaz, es decir, que se use de manera adecuada los recursos disponibles para proteger a la población y garantizar que los servicios sean prestados de forma adecuada, oportuna y suficiente.
----------------------	--

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

<b>2. Universalidad</b>	La Seguridad Social es un derecho de todos los habitantes del país, sin excepción.
<b>3. Solidaridad</b>	La Seguridad Social es una responsabilidad compartida entre el Estado, los trabajadores y los empleadores.
<b>4. Integralidad</b>	La Seguridad Social debe cubrir todas las necesidades de protección social de la población, incluyendo la salud, la vejez, la invalidez, la maternidad, la pensión y la muerte.
<b>5. Unidad</b>	Se refiere a que todos los componentes de la Seguridad Social deben estar coordinados y ser trabajados de manera conjunta y coherente, con el objetivo de proteger y garantizar los derechos de los ciudadanos.
<b>6. Participación</b>	Los trabajadores y los empleadores deben participar activamente en el diseño y la administración del sistema de Seguridad Social.

Ahora bien, una vez realizado un esbozo general de los principios que se encuentran en la Ley 100 de 1993, se entrará al análisis de los principios que se usaran como elementos determinantes de contradicción a la hora de revisar la inconstitucionalidad de la Ley 1580 de 2012; por consiguiente, en primera medida se hará un estudio de los principios constitucionales y legales, como lo son la eficiencia, universalidad y solidaridad, para después proseguir con el examen de los principios jurisprudenciales -entendidos estos como los que mayormente han sido analizados y delimitados-, como la igualdad, sostenibilidad y progresividad.

Siendo así, se debe mencionar que los principios constitucionales y legales, son los fundamentos jurídicos que definen los derechos y obligaciones que tienen las personas en el Estado Social de derecho respecto a la Seguridad Social consagrados en el artículo 48 Superior y el canon 2 de la Ley 100 de 1993, garantizando con estos la protección individual y colectiva de

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

la población; por ello existen principios intrínsecos en esta materia, de los cuales se analizarán la eficiencia, universalidad y solidaridad así:

### **2.3.1 El principio de eficiencia**

El principio de eficiencia se basa en el aprovechamiento de los recursos destinados a brindar a la población una vida con el máximo bienestar. La ley 100 de 1993 en el artículo 2° define el principio de eficiencia como 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.

Este postulado entonces se refiere al diseño y administración del sistema, de manera que se maximicen los beneficios para los afiliados, a su vez reduciendo el costo de estos servicios. Esto significa la eficiencia se basa en la idea del menor costo por el mayor beneficio posible.

Mediante este mandato se busca hacer efectivo el mandato constitucional de garantizar “el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales” conforme a los principios fundamentales del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

En la jurisprudencia, encontramos que la C-258 de 2012 manifiesta sobre el particular que el precepto invocado requiere la mejor utilización social y económica de los recursos humanos, administrativos, técnicos y financieros, definiéndolo como “la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos y la maximización del bienestar de las personas” (Corte Constitucional, Sentencia C-258, 2012, párr. 33).

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Por su interrelación, es necesario traer a colación la diferencia entre eficacia y eficiencia, frente a lo cual en Sentencia C-826 de 2013 se decantó que la eficacia, se refiere al cumplimiento de manera adecuada de las obligaciones; en cambio, la eficiencia se relaciona con medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos. Siguiendo este camino, se tiene asentado que “estos dos principios se orientan hacia la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho” (Corte Constitucional, Sentencia C-826 de 2013, preámbulo).

La Corte también ha explicado que el margen de configuración del legislador se relaciona directamente con la eficacia de principios como la universalidad, la solidaridad y la eficiencia y la viabilidad económica del sistema, teniendo la obligación entonces de determinar todos los asuntos que correspondan a la Seguridad Social, puesto que:

Es lo que permite que la ley pueda entre otras cosas establecer las condiciones y los mecanismos de afiliación, e incluso, dentro de los límites propios a dicha facultad de configuración, modificar las expectativas de los sujetos vinculados al sistema a fin de que el Estado cumpla con sus obligaciones en materia de Seguridad Social. (Corte Constitucional, Sentencia C-1089 de 2003, num. 3.2)

En conclusión, la eficiencia se diferencia de la eficacia en el sentido que la primera hace referencia a la mejor utilización de los recursos y la segunda es la capacidad que se tiene para alcanzar un objetivo. En efecto, podrá ser posible ser eficientes sin ser eficaces pues se puede hacer un excelente uso de los recursos sin cumplir los objetivos propuestos; sin embargo, en el Estado social de derecho estos dos principios deben ir de la mano, intercomunicándose para

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del erario público. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto.

### **2.3.2 El principio de universalidad**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) establece que: "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social" (Art. 22), asimismo, de ella se desprende que la Seguridad Social es un derecho universal, debido a que pertenece a toda persona humana, en condiciones de igualdad y no discriminación, esto es, independientemente de si es niño o adulto, hombre o mujer, nacional o extranjero, negro o blanco, cristiano o musulmán. La universalidad de su titularidad obliga al Estado y a la sociedad a la universalidad de su cobertura (Navarro, 2002).

Por este mismo camino, la Oficina de la OIT para los Países Andinos (2020) ha mencionado que en cuanto a la cobertura universal "la Seguridad Social es un derecho humano y, por tanto, todas las personas como miembros de una sociedad deberían acceder a una cobertura de Seguridad Social, incluida la protección de la vejez" (p. 3).

En el año 2001, la 89ª Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) estableció como máxima prioridad las políticas e iniciativas que pudieran extender la cobertura de Seguridad Social a todas aquellas personas que no están cubiertas por los sistemas vigentes (OIT, 2001). El informe resultante de esta CIT, Seguridad Social: un nuevo consenso, constituyó un punto de inflexión con relación al trabajo de la OIT en materia de Seguridad Social y motivó la puesta en



## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

marcha en 2003 de la campaña mundial sobre Seguridad Social y cobertura para todos (Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2020).

De igual forma, la Recomendación de la OIT de 2012 sobre los Pisos Nacionales de Protección Social también promueve la aplicación de políticas para garantizar la seguridad económica y el acceso universal a los servicios de salud esenciales durante todo el ciclo de vida. La estrategia que se propone en esta recomendación tiene como objetivo incidir en la implementación de un sistema de Seguridad Social integral basado en pisos de protección social que garanticen la seguridad de los ingresos de los niños, niñas y jóvenes, el grupo de edad activa y el grupo mayoritario.

En conclusión, la OIT indica que se presenta la necesidad de ampliar los pisos de protección social, para con ello universalizar el derecho a la Seguridad Social, sin que sea posible adoptar medidas regresivas como la incorporada en la disposición acusada, en tanto “los sistemas de Seguridad Social actúan como estabilizadores sociales y económicos automáticos, ayudan a estimular la demanda agregada en tiempos de crisis y en las etapas posteriores, y ayudan a facilitar la transición hacia una economía más sostenible” (OIT, 2012, p. 1).

Siendo así, la importancia del principio de universalidad como fundamento en el acceso a la Seguridad Social es indiscutible; de acuerdo con la OIT este principio representa una herramienta de igualdad social que se opone al carácter clasista obrero y exclusivo del cual tuvo origen y busca la protección del ser humano, dentro de una colectividad social indistintamente de la clase a la que pertenezca o de su actividad laboral (Núñez y Rivadeneira, 2020).

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Por esta misma línea, la OIT declaró la universalidad como el mayor reto que enfrentan los sistemas de Seguridad Social y acordó renovar la campaña para mejorar y extender la cobertura a quienes la necesiten, y define que cada país debe determinar una estrategia nacional que logre la Seguridad Social para todos (OIT, 2002).

Ahora bien, es preciso indicar que el principio de universalidad presenta dos facetas, como lo menciona Arenas (2009) en su libro *El derecho Colombiano de la Seguridad Social*, en el que refiere que “la política de Seguridad Social consiste en la búsqueda de ese ideal de protección social dentro de estos principios básicos: universalidad subjetiva (protección a todos los ciudadanos), universalidad objetiva (protección global de riesgos sociales)” (como se citó en Fortich, 2012, p. 17).

Así, una primera característica en este principio es que no reconoce un límite fijo para los compromisos de bienestar público. El punto de vista fundamental en este enfoque es que el bienestar del individuo es responsabilidad del colectivo social y su límite está determinado por el momento en que el individuo haya resuelto el problema de bienestar social, en función de su posibilidad de ser socialmente productivo (Gosta Espring y Walter, 1987 como se citaron en Duque et al., 2013).

Otra característica del principio es su tendencia a desmercantilizar las preferencias como base económica de los individuos, es decir, los bienes no son lo único que aporta felicidad a los individuos. Desde este punto de vista, prima la fortaleza y el confort personal. Se evalúa desde dos aspectos: uno es cómo se satisfacen las necesidades humanas normales del individuo y si estas necesidades se satisfacen con la ayuda de programas sociales; en el segundo, se evalúa si el nivel de vida de la población es suficiente.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Una tercera característica del universalismo es que el Estado debe promover mecanismos de amplia solidaridad social en razón a que los beneficiarios de la política social es toda la población, base de la ciudadanía compartida. El universalismo en la política social es el derecho que reconoce a sus ciudadanos, el acceso gratis, o lo más barato que sea posible, y universalmente a aquellos bienes que son indispensables para ampliar las capacidades y lograr la libertad real (Gosta Espring y Walter, 1987 como se citaron en Duque et al., 2013).

Así pues, el principio de universalidad es un principio fundamental en la Seguridad Social, que alude a la idea de que las leyes y las normas deben aplicarse de manera generalizada a todas las personas, sin importar su raza, género, clase social, orientación sexual, religión u otra característica. Por ello, el precepto termina convirtiéndose en una garantía de protección para todas las personas, en todas las etapas de la vida, obligando al Estado a disponer de instrumentos para proveer a todos los ciudadanos de un nivel de vida digno y garantizar sus derechos incondicionalmente.

El artículo primero de la Ley 100 de 1993 define el sistema de Seguridad Social; a su vez desarrolla el principio de universalidad formulado en el artículo 48 de la Constitución Política; en esta norma no se prevé algún tipo de diferenciación por raza, género u orientación sexual; siendo así, todo ser humano, por el sólo hecho de pertenecer al género humano e integrar la sociedad tiene derecho a la Seguridad Social.

De igual manera, el principio de universalidad significa específicamente que el derecho en cuestión se define para toda la población, entrelazándose este principio con la igualdad y la no discriminación de individuos y grupos sociales vulnerables o socialmente excluidos.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Es un principio en virtud del cual los beneficios de la Seguridad Social deben proyectarse sobre todos los integrantes de la población (Uthoff, 1999), buscando garantizar que todos los miembros de la sociedad tengan acceso a la protección y los beneficios que necesitan para llevar una vida digna.

Como se observa, este principio se ha desarrollado a lo largo del tiempo para garantizar que todos los ciudadanos tengan acceso a la protección social necesaria, independientemente de su situación. Este ha sido un elemento fundamental de la Seguridad Social desde sus inicios en el siglo XIX. En ese momento, la Seguridad Social se basaba principalmente en el seguro de enfermedad y en el seguro de vejez; con el tiempo, se han añadido nuevos componentes a la Seguridad Social, como el seguro de desempleo y el seguro de invalidez, y se han ampliado las prestaciones disponibles para incluir la protección de los trabajadores y sus familias en caso de enfermedad, discapacidad o muerte.

Ahora bien, retornando a su desarrollo jurisprudencial, la Corte Constitucional en la Sentencia C-575 de 1992 indica que el principio de universalidad trae inmerso el principio de solidaridad cuando se habla de Seguridad Social, relatando que:

Nuestra concepción de la finalidad Social del Estado debe ir necesariamente más allá de la retórica. La Seguridad Social constituye un elemento indispensable para posibilitar unas condiciones de vida dignas. En este sentido es necesario consagrar en la Carta el derecho irrenunciable a la Seguridad Social, garantizado por el Estado a todos los habitantes del territorio Nacional (...). Ahora del artículo 48 superior sobresalen los tres principios: eficiencia, solidaridad y universalidad (...). Y la universalidad es el principio relacionado con la cobertura de la Seguridad Social pues señala que es para todas las

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

personas. Ello es natural porque si, como se estableció, la dignidad es un atributo y un fin inherente de la persona, no es entonces concebible que unas gocen de vida digna y otras no. (num. 4)

Asimismo, en la Sentencia C-408 de 1994 se hace alusión a que el principio de la universalidad no se puede entender racionalmente como una regulación igual o común para todas las personas, sino en el sentido de que éstas en su totalidad se encuentren protegidas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida, aceptando sus especiales condiciones materiales de existencia. En este sentido, la Sentencia C-739 de 2002 del alto Tribunal refiere que en cuanto al alcance del principio de universalidad:

Todas las personas, sin discriminación alguna, tienen derecho a acceder a la Seguridad Social y que el Estado es responsable de garantizar que las entidades de la Seguridad Social, ya sean públicas o particulares, estén dispuestas en todo momento a brindar la atención que demanden los usuarios, en forma oportuna y eficaz. (Preámbulo)

De igual forma, esta Corporación menciona que el régimen de Seguridad Social, en aplicación del principio de universalidad, pretende extenderse a todos los habitantes del territorio nacional. En tal virtud, la afiliación al régimen hoy en día es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes (Corte Constitucional, Sentencia C-967 de 2003) y da lugar a la garantía de las previsiones permitidas en cada régimen.

Ahora bien, la Corte ha demarcado que han sido varias las alternativas para enfrentar el reto de la universalización, real y efectiva, de la protección y la Seguridad Social, y para contener los efectos de la informalización de las relaciones laborales. Todas tienen interés particular en ampliar la cobertura más allá de las personas que tienen un contrato formal de

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

trabajo, como lo exige el nuevo contexto económico, en el que la inclusión social se ha asumido como base del desarrollo (Corte Constitucional, Sentencia C-277 de 2021).

En resumen, el principio de universalidad en la Seguridad Social se refiere a la idea de que todos los miembros de una sociedad deben tener acceso a los servicios de protección social y a los beneficios que proporciona la Seguridad Social, independientemente de su situación.

Con el tiempo, este principio ha sido ampliado para incluir a todos los ciudadanos, siendo un elemento fundamental para la garantía del cumplimiento de los principios que pregona el Estado Social de Derecho; así mismo, el sistema general de pensiones está encaminado a la ampliación de su cobertura, logrando con ello la mayor cobertura posible.

### **2.3.3 El principio de solidaridad**

La solidaridad es un valor que está presente en todas las sociedades, no solamente para garantizar la convivencia entre las personas, sino para solventar las carencias que son propias de cada individuo en particular y cuyas necesidades muchas veces no pueden satisfacerse con los recursos que dispone de manera independiente.

El principio de solidaridad es uno de los mandatos fundamentales que rigen el funcionamiento de los sistemas de Seguridad Social, el cual se funda en la necesidad de la sociedad de trabajar conjuntamente para proteger a sus miembros más vulnerables y garantizar un nivel mínimo de bienestar para todos.

En el contexto de la Seguridad Social, esto significa que todos los miembros de la sociedad contribuyen de diversas maneras para proporcionar protección a aquellos que necesitan ayuda como las personas mayores, discapacitadas o sin empleo, aplicándose tanto en

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

el régimen público como privado para garantizar una distribución de la carga financiera entre todos los miembros de la sociedad.

Como señala Miranda como se citó en Alzate (2014) la solidaridad es un derecho inherente a la persona, por el solo hecho de su pertenencia a un conglomerado social consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. Así mismo lo define la Ley 100 de 1993, como la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, sectores económicos, las regiones y las comunidades, garantizada por la participación del Estado cuyos recursos se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables.

Respecto al concepto de solidaridad Alonso (2020), se ha señalado que i) la solidaridad se relaciona con la igualdad efectiva que hace alusión a que todas las personas deben tener las mismas oportunidades y posibilidades para participar plenamente; ii) encuentra comunidad con la justicia distributiva; iii) ha dado pie al surgimiento de la solidaridad mundial, que se fundamenta en la equidad y la justicia social y v) se entiende como un fundamento indispensable para la concreción y progresividad de los derechos sociales. Así pues, se trae a colación la Sentencia C-529 de 2010, en la cual se expresa que:

Desde el punto de vista constitucional, tiene el sentido de un deber -impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social- consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. La vigencia de este principio elimina la concepción paternalista, que crea una dependencia absoluta de la persona y de la comunidad respecto del Estado y que ve en éste al único responsable de alcanzar los fines sociales. Mediante el concepto

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

de la solidaridad, en cambio, se incorpora a los particulares al cumplimiento de una tarea colectiva con cuyas metas están comprometidos, sin perjuicio del papel atribuido a las autoridades y entidades públicas. (párr. 4)

Siguiendo con este entramado, el principio de solidaridad permite que el derecho a la Seguridad Social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de prestaciones adicionales por parte de las entidades que han cumplido con todas sus obligaciones prestacionales, conforme a lo establecido en las leyes. Este parámetro también impone un compromiso público y privados enfocado a la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familias (Corte Constitucional, Sentencia C-1187 de 2000).

Lo anterior se ratifica en Sentencia C-1000 de 2007 donde se menciona que, en razón a este principio, los sectores económicos con mayores recursos deberán contribuir al financiamiento de la Seguridad Social de las personas más vulnerables, constituyéndose una obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, colaborar en la protección de la Seguridad Social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para sufragar su propio sustento y el de su hogar.

El Alto tribunal en Sentencia C-529 de 2010 dejó claro que: **(i)** el principio de solidaridad propende a la realización del derecho a la Seguridad Social, imponiendo a su vez una carga al Estado y a las personas pertenecientes al sector público o privado; **(ii)** conlleva a que todas las personas que participan en el sistema de Seguridad Social, contribuyan a la sostenibilidad, equidad y eficiencia, es así, como no solo se busca el beneficio propio, sino que procura por preservar el sistema en conjunto; **(iii)** la ley puede determinar la forma como los particulares o empresas deben cumplir con su deber de solidaridad, dentro de determinados límites; **(iv)** de



## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

ser fijado algún aporte, este debe enmarcarse dentro de los parámetros de progresividad; **(v)** si bien la solidaridad es considerada fundamental, no tiene un carácter absoluto frente a los demás principios, debiéndose interpretar e integrar armónicamente; **(vi)** conforme a lo prescrito por el artículo 95 superior, el principio de solidaridad genera deberes concretos en cabeza de las personas; **(vii)** si bien este principio tiene una gran ampliación, no supone que las personas tengan que responder por acciones que pongan en peligro su vida o la salud de los demás; **(viii)** obliga a las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan; **(ix)** implica el deber de que los sectores con mayores recursos contribuyan al financiamiento de la Seguridad Social de los menos favorecidos y **(x)** marca la pauta para poder aumentar razonablemente las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna.

Por último en Sentencia C-293 de 2020 se menciona que la solidaridad es un valor constitucional con tres dimensiones; en primer lugar, es una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; segundo, se trata de un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; y, tercero, es un límite a los derechos propios.

Para concluir, el principio de solidaridad es sumamente importante en la búsqueda de niveles de vida digna y protección de los derechos de Seguridad Social para toda la población; sin embargo, esta no puede ser excesiva al punto de afectar la calidad de vida de otros los ciudadanos y por esto su sustento debe estar basado en criterio de razonabilidad y proporcionalidad.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Este parámetro constitucional se convierte en una extremidad del principio de universalidad, en tanto, con el principio de solidaridad se enuncia que toda la población, en la medida de sus posibilidades, debe contribuir económicamente al financiamiento de la Seguridad Social, ayudando así a alcanzar el principio de universalidad que pretende la protección a toda la población sin discriminación por su raza, sexo o estrato socioeconómico.

Realizado un análisis de los principios constitucionales y legales, traeremos a colación otros 3 principios que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es decir, los principios que se deducen de la interpretación y aplicación de las leyes por parte de los tribunales y órganos judiciales, los cuales se tornan de igual importancia que los preceptos de la Seguridad Social; bajo ese norte se analizarán los principios de igualdad, sostenibilidad financiera y progresividad, así:

### **2.3.4 El principio de igualdad**

El principio de igualdad al ser un principio general en el derecho, es aplicable en el campo de la Seguridad Social, este, se encuentra consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, donde se plantea una protección a la persona frente a cualquier tipo de discriminación. A partir de allí, el Estado debe garantizar que tanto las entidades públicas como privadas, brinden sin distinción alguna servicios eficaces y completos.

Desde el derecho internacional se menciona que todas las personas son titulares de las garantías por el solo hecho de ser de la especie humana y en razón de ello, la igualdad tendrá

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

que ir de la mano con el principio de la no discriminación, conformando un binomio que busque la garantía de la dignidad humana. Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) en su artículo 3 ha consagrado que “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos”. Y, respecto a la no discriminación, ha declarado en su artículo 2 parte 1 que cada uno de los Estados partes se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos los derechos reconocidos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El Pacto reseñado en su artículo 26 proclama que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho igual protección; por esta razón, se prohibirá toda clase de discriminación y se garantizará a todas las personas la protección igual y efectiva, como lo señala la Observación General No. 18 del Comité de Derechos Humanos (1989), donde se expresa que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos” (p. 1).

En ese marco, la Constitución comprendió que la igualdad no podía quedar limitada sólo en el ámbito formal; es así, como se le impone al Estado el deber de promover las condiciones para que se genere una igualdad real y efectiva, creando garantías que impulsen el ejercicio de todos los derechos, implementando medidas afirmativas pasando del reconocimiento al deber de acción. Esto sólo es posible si se crean mecanismos que nivelen el acceso de los grupos discriminados o marginados al ejercicio de tales derechos.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

La igualdad como derecho, valor y principio transversal a la Constitución de 1991 impone, a partir de su artículo 13, tres obligaciones precisas: **(i)** la promoción de la igualdad material mediante la adopción de medidas en favor de grupos marginados o discriminados; **(ii)** la especial protección a las personas que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta y **(iii)** la sanción a los abusos o maltratos en contra de personas en situación de debilidad manifiesta (Corte Constitucional, Sentencia SU-219 de 2003).

A criterio de la Corte, las dos primeras obligaciones tienen el objetivo de balancear una situación de desventaja, garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, y avanzar en la construcción de una sociedad más igualitaria (Corte Constitucional, Sentencia SU-219 de 2003).

Respecto al desarrollo jurisprudencial de este principio en la Seguridad Social tenemos en primer lugar la Sentencia C-739 de 2002 en la cual se mencionan los supuestos que justifican el trato diferente. Se concibe a la igualdad como un concepto, un principio y un derecho que no tiene un sentido unívoco, sino que permite tener varias acepciones de acuerdo a las particulares que se presenten en cada caso; por consiguiente, desde una perspectiva jurídica:

La igualdad se manifiesta como un derecho relacional que involucra usualmente, cargas, bienes o derechos constitucionales o legales, y cuya efectiva garantía, no se traduce en la constatación de una paridad mecánica y matemática, sino en el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto. (Corte Constitucional, Sentencia C-739 de 2002, num. 5)

La aplicación efectiva de este principio corresponde a las consideraciones que se realizan a cada circunstancia ya que se le podrá brindar un tratamiento diferente a personas

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

que por sus condiciones sociales, políticas o económicas hacen que sea razonable hacer una distinción.

Bajo estas consideraciones, la jurisprudencia constitucional en Sentencia C-504 de 2014 ha señalado que un tratamiento diferenciado solamente será posible cuando se observen los siguientes momentos: **(i)** que las circunstancias comparadas sean distintas y no se hallen en situaciones que permitan su comparación o **(ii)** que pese que existan similitudes entre los grupos o hechos objeto de comparación, la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en derechos constitucionales. Para la Corte Constitucional en la Sentencia C-250 de 2012, la igualdad impone al menos cuatro mandatos, entre ellos:

(i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. (Preámbulo)

Además de la anterior, en lo que respecta a las pensiones, el Alto Tribunal en Sentencia C-295 de 2021 ha aclarado que el sistema debe garantizar la igualdad en el acceso a esa clase de provisiones, por ende, cualquier persona que cumpla con los requisitos previstos en la Ley tendrá derecho a gozar esa prestación sin distinción raza, sexo, origen nacional o familiar,

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

lengua, religión, opinión política o filosófica. De ello se desprende la prohibición de la no discriminación y el trato paritario.

Finalmente, es de destacar que en los casos en que se presentase una supuesta infracción al principio de igualdad, la jurisprudencia ha creado una metodología específica que es el test de o juicio de igualdad, para efectos de obtener una decisión razonable, cuyo proceso se encuentra descrito en sentencias como la C-093 y la C-673 de 2001.

Este test tiene como punto de partida un examen de los sujetos en comparación para determinar si existe un trato diferenciado en donde se evidencien rasgos comunes que, en principio, ameritaría un trato en condiciones igualitarias. Luego, se hace el estudio sobre los derechos fundamentales afectados por el trato diferente para que, finalmente, se efectúe un juicio de proporcionalidad en el cual se examina la adecuación, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida adoptada por el legislador.

### **2.3.5 El principio de sostenibilidad financiera**

Con antelación a dialogar sobre el principio de sostenibilidad financiera, se despejará su diferencia frente al principio de sostenibilidad fiscal. Este, se entiende como la capacidad de un Estado para mantener su estabilidad financiera a largo plazo. Esto implica que el gobierno debe ajustar sus gastos y recaudación de ingresos de manera que pueda financiar sus necesidades actuales sin comprometer su capacidad para cumplir con sus obligaciones financieras en el futuro.

Ahora bien, el principio de sostenibilidad fiscal en el sistema de pensiones en Colombia se refiere a la capacidad del sistema de pensiones para mantener el equilibrio financiero a largo

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

plazo, sin depender de financiamiento externo ni generar una carga insostenible para las finanzas públicas. En otras palabras, se trata de garantizar que el sistema de pensiones pueda cumplir con sus obligaciones a mediano y largo plazo sin poner en riesgo el equilibrio fiscal del país.

En Colombia, el sistema de pensiones se basa en un esquema de reparto, lo que significa que los beneficios de pensiones se financian con las cotizaciones de los trabajadores y empleadores actuales. Como consecuencia de ello, para garantizar la sostenibilidad fiscal del sistema, es necesario que el número de trabajadores y empleadores activos sea suficiente para financiar las pensiones de los ciudadanos que cumplen con los requisitos para adquirir la pensión.

En observancia de este principio, el legislador ha implementado una serie de medidas, como ajustes en las tasas de cotización y modificaciones paulatinas a las edades de pensión. Además, se han adoptado mecanismos de transparencia y rendición de cuentas para asegurar el adecuado manejo de los recursos del sistema de pensiones.

Teniendo en cuenta lo anterior, el principio de sostenibilidad financiera busca hacer sostenible el régimen pensional y con ello garantizar el pago y reconocimiento de las pensiones, así como la cobertura universal que impone la principalística del sistema general de Seguridad Social (Monsalve, 2020).

Respecto a esto, se menciona que para el sistema dual que existe actualmente en Colombia, el principio de la sostenibilidad financiera representa en distintas dimensiones la garantía de un derecho fundamental a la pensión de los colombianos de manera sostenida e indefinida en el tiempo.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Vale la pena destacar que la Corte, en Sentencia SU-149 de 2021, calificó la sostenibilidad “como un mecanismo encaminado al logro del cometido de universalidad a través de la solidaridad del Estado y de las personas residentes en Colombia” (num. 45).

Sobre esto último, mencionan que el principio se encuentra interrelacionado, no solo con la universalidad, sino también con la satisfacción misma del derecho a la Seguridad Social. Por consiguiente, se tendrá que tener en cuenta simultáneamente el principio de sostenibilidad y los avances en cobertura que se presenten en el país pues:

Es una condición dirigida a la preservación del mismo sistema pensional, actual y futuro, y la garantía del derecho fundamental a la Seguridad Social; teniendo en cuenta, empero, que el compromiso de las autoridades por la garantía de los derechos fundamentales es ineludible. (Corte Constitucional, Sentencia SU-149 de 2021, num. 45)

En suma, el principio de sostenibilidad financiera consiste en lograr un buen uso económico y financiero de los recursos con el fin de asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la Seguridad Social, lo que implica el cumplimiento del también mandato constitucional de garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales, de acuerdo al tenor del artículo 53 de la Constitución Política.

Por su parte, Camacho et al. (2012) menciona que, analizando el tema de la sostenibilidad financiera de la pensión de vejez en los regímenes pensionales, para el caso colombiano consideran que el tema se volvió crucial a la hora de modificar los sistemas pensionales en el mundo, se señala que el sistema pensional colombiano es ineficaz, y las constantes reformas estatales no han hecho más que agudizar una problemática social que no



## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

ha logrado los efectos esperados en el sistema y sus componentes, especialmente en las expectativas los colombianos de una vida poslaboral, con calidad a partir del logro de una pensión digna.

Sin embargo, el hecho de que exista una crisis económica y un aumento en la inversión estatal no es razón suficiente para reducir – bajo el principio de sostenibilidad financiera – derechos sociales que resultan ser un aspecto fundamental de desarrollo, teniendo en cuenta que el desarrollo no se mira en términos de capital – competitividad, sino de vida digna, goce efectivo de derechos y economía (Camacho et al., 2012).

Por otra parte, respecto a su desarrollo, la expedición de la Ley 100 en 1993 supuso el inicio de la cobertura total de la población colombiana, en desarrollo del principio de universalidad que allí se consagró, intentando vincular al sistema, tanto a la fuerza formal laboral activa, como a los trabajadores del sector informal.

El problema financiero del sistema pensional se agudizó y se hizo más evidente, por lo que se requirieron de reformas sustanciales para lograr la obtención de los recursos necesarios que disminuyeran los pasivos financieros.

Como se vio en el primer capítulo, para el año 2005, mediante Acto Legislativo 01, se priorizó el tema de la sostenibilidad fiscal a tal punto que se elevó a principio constitucional la sostenibilidad financiera del sistema pensional y se suprimieron los regímenes especiales que hasta entonces cohabitaban el sistema jurídico de la Seguridad Social con el fin de frenar más reconocimientos de pensiones onerosas para el sistema.

Es importante advertir que el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional establecido en el artículo 48, inciso 7° de la Constitución no es equiparable al criterio

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

sostenibilidad fiscal, de que trata el artículo 334 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2011.

Sobre este punto la Corte constitucional reiteró en la Sentencia SU-140 de 2019 la diferenciación entre la sostenibilidad fiscal y la sostenibilidad financiera del sistema pensional, mencionando que la sostenibilidad fiscal “se erige como un criterio jurídico general y orientador en tanto se refiere a las pautas que deben guiar al Estado en desarrollo de su función de director general de la economía nacional” (num. 4.4.3), en cambio, la sostenibilidad financiera, más allá de un principio, es una norma jurídica que se encuentra en cabeza del legislador como un mandato hermenéutico que se dirige a relacionar este principio, con los propósitos de universalidad, solidaridad e integridad.

En otras palabras, mientras la sostenibilidad fiscal es un criterio orientador, de carácter general y que debe ser tenido en cuenta en las decisiones judiciales, pero que en todo caso cede ante la vigencia de los derechos fundamentales, la sostenibilidad financiera es un principio de aplicación específica para el sistema de Seguridad Social, el cual debe ser ponderado con el alcance de los derechos constitucionales vinculados con las prestaciones de ese sistema. Esto, con el objeto de garantizar su adecuada financiación, bajo condiciones de progresividad y universalidad (Corte Constitucional, Sentencia SU-149 de 2021).

Prosiguiendo con este desarrollo jurisprudencial, la Sentencia C-227 de 2004 manifiesta que en los casos en que se afirme que existe una escasez de medios para negar el acceso a un derecho a grupos vulnerables, será necesario que las explicaciones no se basen sólo en afirmaciones genéricas limitándose solo a la restricción de recursos, pues:

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Cuando se trata de establecer diferenciaciones que comprometen los derechos de los grupos específicos más débiles de la sociedad, el Estado corre con la carga de la argumentación para demostrar específica y realmente que era efectivamente conducente establecer una determinada diferenciación. (Preámbulo)

En observancia de lo anterior, el Estado ostenta el deber de ampliar progresivamente la cobertura de la Seguridad Social a la población que cuenta con menos oportunidades, así como también velar por el mejoramiento de su servicio; por lo tanto, el argumento derivado de la escasez de recursos deberá ser cuidadosamente ponderado, en función, por un lado, de los derechos que presentan déficit de protección y, por otro, de la sostenibilidad del sistema.

Dicho esto, la Sentencia C-242 de 2009 nos menciona que las reformas a los regímenes pensionales garantizan la sostenibilidad financiera del sistema y la capacidad de financiación de otros potenciales pensionados. Por ello, la Corte aclara “que el Legislador no está obligado a sostener en el tiempo las expectativas que tienen las personas, conforme a las Leyes vigentes, en un momento determinado” (Corte Constitucional, Sentencia C-242 de 2009, párr. 18); pues su facultad de configuración legislativa le permite modificar el ordenamiento jurídico de acuerdo con las nuevas circunstancias, oportunidades, variables de conveniencia, y a otros intereses y contingencias que deba priorizar para lograr los fines del Estado social de derecho, sin dejar a un lado la justicia, equidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Lo indicado va en concordancia con lo establecido en sentencia SU-140 de 2019, en donde se comenta que la sostenibilidad financiera:

(i) es una preocupación transversal a la [respectiva] reforma [constitucional]”; (ii) “es un principio constitucional que debe ser consultado en la dirección y control del sistema de

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Seguridad Social [y] las medidas que se adopten para alcanzar tal fin son necesarias, máxime si (...) no se evidencia la lesión de un derecho sino el límite para acceder a un eventual beneficio”; (iii) que “no desvirtúa el mandato cuya realización incumbe al Legislador, [sino que] simplemente señala expresamente un factor que ha de ser ponderado por la ley, cuya importancia por otra parte ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional de tiempo atrás”; y (iv) que debe interpretarse “como un mecanismo encaminado al logro del cometido de universalidad a través de la solidaridad del Estado y de las personas residentes en Colombia. (Corte Constitucional, Sentencia SU-140 de 2019, num. 4.4.2)

Por último en Sentencia C-110 de 2019 el órgano de cierre constitucional menciona que la finalidad del principio es buscar la viabilidad del sistema de acuerdo a la capacidad económica del territorio nacional, por lo tanto, cualquier modificación en materia pensional debe haber sido en primera medida estudiada en su totalidad respecto al monto necesario que permita su total financiamiento:

Pues de lo contrario, al reconocerse prestaciones indebidamente financiadas puede generarse un escenario de déficit en el cual no existan recursos suficientes para atender las obligaciones pensionales ya adquiridas, situación que vulneraría la propia Carta Política que establece que las pensiones reconocidas conforme a derecho no podrán dejar de pagarse, congelarse o reducirse. (num. 7.1.1)

En conclusión, al momento de elaborar normas o políticas relacionadas con la Seguridad Social y los derechos que de ella se derivan, el Estado debe brindar alternativas que faciliten la sostenibilidad integral del sistema, a su vez ofreciendo las mejores garantías

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

constitucionales para la materialización efectiva del derecho pensional tanto para el presente, como para el futuro; en cualquier caso no puede ser una limitante exclusiva del derecho fundamental a obtener una pensión y sus derechos conexos.

### **2.3.6 El principio de progresividad**

Como se ha señalado anteriormente, Colombia al adoptar el modelo de Estado Social de Derecho adquirió el compromiso de proteger a la población de desigualdades y vulneraciones a sus prerrogativas. Por ende, debe velar por el mejoramiento progresivo de los sectores más vulnerables de la población, creando sistemas que alivianen las condiciones de vida de estas personas.

Bajo estas premisas, es importante señalar, que el Estado cuenta con dos tareas importantes, la primera, consiste en implementar medidas que logren la igualdad real de oportunidades de toda la población, esto es, creando mecanismos progresivos que ayuden a cumplir con las necesidades económicas, sociales y culturales de sus habitantes; en segundo lugar, no podrán promover o ejecutar políticas o programas que representen un retroceso en materia de derechos fundamentales, que conduzcan claramente a la injusticia y marginación de un grupo de la sociedad.

En mérito de esas obligaciones, el principio de progresividad es imprescindible para alcanzar los fines del Estado garantizando y velando por la no regresividad, es decir, deberá ser garante porque las medidas que se adopten no acentúen las desigualdades sociales y mucho menos disminuyan derechos, puesto que, lo que se busca es la evolución y mejoría de la

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

calidad de vida de los habitantes. Así las cosas, en caso de promulgarse una norma en demérito de los presupuestos fundamentales, tendrá que ser declarada como inconstitucional.

Por otro lado, este principio cuenta con sustento internacional, ya que ha sido avalado por varios acuerdos que ha suscrito Colombia, en donde se contempla la obligación de los Estados Partes de lograr el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales; es así, como el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales manifiesta que cada Estado que se compromete a adoptar las medidas o mecanismos, especialmente económicos, técnicos y legislativos que ayuden a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos. De igual forma, el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1978) señala que:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Asimismo, en el Protocolo de San Salvador en su artículo 1.1 se consagra que los Estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la colaboración entre los Estados, para lograr progresivamente el desarrollo real y eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

La Corte Constitucional en Sentencia C-443 de 2009 menciona que el mandato de progresividad, que se desprende del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tiene dos contenidos complementarios:

Por un lado el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el pacto supone una cierta gradualidad. Por otra parte, también implica un segundo sentido, el de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

En ese orden de ideas, en cuanto al desarrollo jurisprudencia, la Sentencia C-428 de 2009 de la Alta Corporación, enuncia que el principio de progresividad impide adoptar medidas que constituyan un retroceso frente al nivel de protección ya alcanzado en materia de derechos sociales prestacionales; así pues, el Legislador no podrá desmejorar los beneficios que ya se encuentran en el ordenamiento jurídico, sin que existan razones suficientes y constitucionalmente válidas para hacerlo. Por ello, cuando una prerrogativa alcance un determinado nivel de protección, acarrearía una limitante en la libertad de configuración del legislador en materia de la derechos sociales.

En esta misma providencia se indica que con fundamento en el principio de progresividad de los derechos sociales y de no regresividad de las normas sobre Seguridad Social, no se puede concluir que las regulaciones sobre regímenes pensionales sean inmodificables, pues, excepcionalmente, si se llegare a presentar circunstancias que se encuentren plenamente justificadas y que ameriten una revisión legislativa o constitucional de las normas pensionales, se tendrá que realizar un estudio, en donde se determine si estas afectan el interés general o la concreción de otros principios como la ampliación progresiva de

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

la cobertura social o de la realización de políticas sociales y económicas para lograr la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social asegurando así la estabilidad de las futuras generaciones.

Por otro lado, en cuando la medida de regresividad, el Órgano de cierre constitucional ha manifestado que le corresponde al Estado demostrar: (i) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (ii) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (iii) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (iv) que no afectan el contenido mínimo del derecho social comprometido; (v) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que apareja (Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2011).

Ahora bien, en lo que respecta al alcance del principio de progresividad, el Alto Tribunal en Sentencia C-271 de 2021 ha establecido que dicho principio no sólo impone el deber de adoptar regulaciones que contribuyan a la expansión y efectividad de los derechos, sino que también obliga a iniciar un proceso encaminado a su realización, aumentando el número y contenido de las prerrogativas que dicho derecho confiere a sus titulares. Bajo este mismo criterio, la Sentencia C-277 de 2021 estableció que la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales se materializa a través del principio de progresividad, teniendo como característica la gradualidad, pues la plena efectividad de estos derechos no se puede lograr en un periodo breve de tiempo. Lo anterior “no implica que la obligación de los Estados carezca de contenido significativo, sino que, es necesario un mecanismo de flexibilidad necesaria que



## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

refleje las realidades del mundo y las dificultades de cada país para el cumplimiento del mencionado deber” (Corte Constitucional, Sentencia C-277 de 2021, num. 56).

Como resultado, el principio de progresividad es un parámetro de interpretación constitucional que propende por el mejoramiento paulatino y constante de las condiciones de vida del hombre y consagra en el ordenamiento positivo el derecho inalienable del hombre al mejoramiento de su calidad de vida. Dicho de otro modo, el principio de progresividad funciona como una suerte de válvula en el sistema de derecho, “que no permite que se pueda retroceder en los niveles de conquistas protectoras logradas. Y se expresa articuladamente con el principio de irrenunciabilidad y las reglas de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa” (Cornaglia, 2000 como se citó en Díaz, 2019, p. 4).

### **2.4 Análisis de inconstitucionalidad de los requisitos exigidos para la pensión familiar**

Después de haber realizado un estudio sobre las acciones de inconstitucionalidad efectuadas en contra de la Ley 1580 de 2012, se identifican 4 disposiciones (artículo 151C literales k, l, m) como aquellas que más controversia han causado en sede constitucional por su contrariedad a los principios superiores; no obstante, sin el abordaje completo de todos los mandatos que deben permearlos.

Por lo tanto, se hará un breve recuento sobre los requisitos que exige la pensión familiar en el RPMD diferenciando aquellos que no presentan disparidad con la Carta Política de aquellos que sí la tienen.

El artículo 151C de la Ley 100 de 1993, adicionado por la Ley 1580 de 2012, en su parte preliminar advierte que, para optar por una pensión familiar, la pareja deberá cumplir con los

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

requisitos para adquirir el derecho a la indemnización sustitutiva; así mismo, deberán acreditar haber cumplido la edad mínima de pensión, cada uno y las semanas requeridas para la pensión de vejez al efectuar la sumatoria conjunta.

Por esta misma línea, la disposición citada exige los siguientes requisitos, ordenados a partir de literales:

“a) Los cónyuges o compañeros permanentes deberán acreditar más de cinco (5) años de relación conyugal o convivencia permanente”.

Este literal aparejaba la condición de haber iniciado la relación antes de cumplir los 55; sin embargo, esa condición fue declarada inexecutable en sentencia C-504 de 2014 por vulnerar el derecho a la igualdad así como el derecho a conformar una familia por parte de las parejas que se conformen con posterioridad al cumplimiento de esa edad. Este criterio, de manera similar, es exigido para acceder a la pensión de sobrevivientes.

“b) Se requiere que los cónyuges o compañeros permanentes sumen entre los dos el mínimo de semanas requeridas para el reconocimiento de la pensión de vejez”;

El literal b) es común para ambos regímenes, siendo consecuente con la acreditación conjunta de las semanas suficientes o el capital – según corresponda, para pensionarse. Este elemento no cuenta con demanda o cargo alguno en su contra por inconstitucionalidad.

“c) Se advierte, que en caso de que uno de los cónyuges o compañeros permanentes se encuentre inmerso en el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la pensión familiar no se determinará conforme a lo dispuesto en este artículo”.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Debido al reconocimiento de expectativas legítimas, este literal atiende a la posibilidad de aplicar el régimen de transición en lo pertinente, frente al cual no existe demanda o cargo alguno por inconstitucionalidad.

“d) El titular de la pensión familiar deberá estar afiliado y cotizar a salud, de acuerdo a lo que se promulga en el artículo 204 de la presente Ley; de igual forma, el cónyuge o compañero permanente será beneficiario del Sistema”.

A la par de lo establecido para todos los afiliados al sistema, la pensión familiar no se aparta de esta obligatoriedad, estando acorde a las demás prestaciones. Aclarando que no cuenta con demanda o cargo alguno por inconstitucionalidad.

“e) La pareja tendrá derecho al otorgamiento de sólo una pensión familiar”,

De acuerdo al objeto de la prestación, armoniza los esfuerzos conjuntos para una única prestación, lo anterior, se asemeja con lo solicitado en el RAIS en su artículo 151 B literal E, sin que se haya propuesto acción en contra de la condición plasmada.

“f) En caso de fallecimiento de alguno de los cónyuges o compañeros permanentes beneficiarios de la pensión familiar, el 50% sobrante acrecentaría la pensión 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 se dividirá 50% al cónyuge o compañero y 50% a los hijos”.

Este literal es equivalente al literal F del artículo 151 B, pues en los dos regímenes y, al igual que las disposiciones anteriores, se acompasa con el régimen general en materia de pensión de sobrevivientes, sin que recaiga acción por inconstitucionalidad sobre el mismo.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

“g) La pensión familiar no cambia por el hecho del fallecimiento de alguno de los integrantes de la pareja”.

Esto significa que al corroborarse ese hecho, la naturaleza de la prestación no pasará a ser suplantada por la figura de la “pensión sobreviviente”; por tanto, en caso del fallecimiento de ambos integrantes de la pareja y la ausencia de hijos beneficiarios, la pensión familiar dejará de existir. Este literal fue demandado parcialmente, en consecuencia, el Alto Tribunal lo declaró exequible condicionado, en razón a que entre los beneficiarios también se deberá incluir : “los padres dependientes ante la inexistencia de cónyuge, compañera o compañero supérstite e hijos con derecho; y hermanos en condición de discapacidad y dependientes ante la inexistencia de cónyuge, compañera o compañero supérstite e hijos con derecho, y padres dependientes” (Corte Constitucional, Sentencia C-658 de 2016, título 6, num. 2.2).

h) El supérstite deberá informar a la Administradora el fallecimiento de su cónyuge o compañero permanente a fin de que se determine que la pensión continúa en su cabeza, sin que sea necesario efectuar sustitución alguna.

i) En caso de divorcio, separación legal o de hecho, la figura de la pensión familiar será extinguida y los ex cónyuges o ex compañeros permanentes recibirán mensualmente el equivalente al 50% del monto de la pensión que percibían”. En el RAIS, el saldo disponible hará parte de la sociedad conyugal para su partición excepto en el caso de la modalidad de renta vitalicia donde cada uno recibirá el 50% de la pensión familiar. (Ley 1580 de 2012, Art. 3)

Respecto del literal j) de la ley en mención, ambos regímenes se equiparan al advertir que la pensión familiar es incompatible con cualquier otra pensión, BEPS o cualquier otra clase

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

de ayudas y/o subsidios otorgados por el Estado cuyo objetivo sea brindar beneficios para el mantenimiento de adultos mayores.

### **2.5 Los requisitos diferenciadores de la pensión familiar en ambos regímenes**

Hasta aquí hicimos un recuento de algunos de los literales que se encuentran en el artículo 151C de la Ley 100 de 1993 adicionados por la Ley 1582 de 2012; como podemos observar, estos requisitos guardan armonía con el sistema general y frente a los que fueron demandados, las acciones de inconstitucionalidad han salido avantes obteniendo la declaratoria de inexequibilidad o exequibilidad condicionada.

Empero, los siguientes tres literales contemplados por la norma para el caso del RPMD han resultado sumamente polémicos en tanto que limitan o restringen la cobertura y efectividad de la pensión familiar en dicho régimen, a tal punto de concentrar una gran cantidad de acciones de inconstitucionalidad, por lo cual abordaremos los aspectos que han dado paso a su declaratoria de exequibilidad.

#### **2.5.1 Densidad de semanas antes de los 45 años en el literal I)**

Inicialmente estudiaremos el literal I) del artículo 151C de la norma en cita, en el cual se establece que cada integrante de la pareja debe haber cotizado a los 45 años de edad, el veinticinco por ciento (25%) de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez. Respecto a este precepto es necesario destacar los argumentos que expone el demandante en la Sentencia C-134 de 2016, siendo así, el actor expresa que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, establece que los afiliados sólo

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

deberán cumplir con dos requisitos en el RPMD para obtener la pensión de vejez – edad y semanas cotizadas.

Respecto a esto, destaca que la norma acusada vulnera flagrantemente el derecho a la igualdad, pues al contrario de los posibles beneficiarios de la pensión de vejez este régimen, la norma les impone un requisito adicional. Por tal razón, afirma que esta medida es discriminatoria con los cotizantes que no pudieron por alguna razón trabajar desde jóvenes; limitación que desconoce el objetivo de la nueva previsión creada.

En adición, aduce que también se transgreden los principios de universalidad y solidaridad al excluir un sector más débil y vulnerable de la población, aunado al desconocimiento del derecho a la Seguridad Social al no poner en marcha los principios de los cuales ufana.

Para no reiterar las consideraciones de la Corte en el presente asunto, exclusivamente destacamos que la Corporación indica que el objetivo principal de la pensión familiar es la ampliación de la cobertura del sistema de Seguridad Social en pensiones; empero, si bien esta norma se encuentra a la par con la Carta Política, su relación con los otros principios constitucionales se ha tornado compleja a la hora de decidir cuál merece más prevalencia. Ciertamente, uno de estos principios es la sostenibilidad financiera, la cual según la Corte, debe ser asegurada para evitar un desajuste económico en el sistema de Seguridad Social.

De la misma manera, se encuentra el principio de igualdad, desde su óptica material propendiendo por la adopción de medidas en favor de grupos marginados o discriminados; siendo así, se hace necesario que entre toda la población tenga que operar un filtro para que entre todos los sectores se determine quién necesita la prestación y quién se encuentra en

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

condiciones de aportar en el RPMD, el cual es nutrido con estas cotizaciones evitando una mayor desfinanciación del sistema.

En conclusión, la medida que se demandada persigue fines constitucionales como la igualdad real y efectiva, la sostenibilidad financiera y a su vez la progresividad de la cobertura del sistema de Seguridad Social; en consecuencia, esta medida identifica un grupo vulnerable de la comunidad que se hace acreedora del auxilio del sector público.

Este requisito sirve de tamizaje para identificar a su vez las personas más vulnerables y quienes cumplen los requisitos básicos, pues el sistema requiere un mínimo de aportes para seguir progresivamente funcionando.

De igual forma, nos encontramos de acuerdo con la intervención de ASOFONDOS que es tomada en cuenta por la Corte Constitucional para su decisión, pues en esta se considera que quien a los 45 años no haya cotizado al menos el 25% de las semanas requeridas, le sería prácticamente imposible alcanzar las 1300 semanas antes de cumplir la edad de pensión, ya que así empezara a cotizar regularmente en ese momento, es de anotar que se necesitan 25 años continuos de cotización para poder alcanzar las semanas requeridas. Bajo este panorama, si una persona a los 45 años ha cotizado al menos el 25% de las semanas requeridas para pensionarse en el régimen de prima media, ha podido cotizar en promedio 3 meses por año y por lo tanto “es poco probable que a partir de esa edad cada uno de los miembros de la pareja por sí solo alcance a cotizar las semanas que le hacen falta antes de alcanzar la edad de pensión”; sin embargo, este requisito resulta comprensible a la hora de realizar la sumatoria de los esfuerzos de la pareja; de igual forma, cabe mencionar, que con esta medida, se busca eliminar la posibilidad de que los ciudadanos coticen solo el tiempo justo para cumplir las

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

semanas mínimas, pues para el Régimen de Prima Media significa una pérdida de los rendimientos de los recursos de las cotizaciones.

**2.5.2 La limitación al monto de la mesada en el literal *m*)**

En relación al literal *m*) del artículo 151C de la Ley 100 de 1993 adicionado por la Ley 1582 de 2012, este requisito fue demandado por establecer como límite de la mesada un salario mínimo legal mensual vigente, con lo cual, a juicio del accionante, se generaba una discriminación de quienes pretenden obtener la pensión familiar frente a los beneficiarios de la pensión de vejez, pues para acceder a los requisitos generales se limitan a la edad y las semanas de cotización; sin embargo, el límite impuesto perjudica los beneficiarios de la pensión familiar (Corte Constitucional, Sentencia C-913 de 2013).

El Alto Tribunal descarta los argumentos expuestos debido a que compara dos grupos que no son iguales, pues si bien es cierto que ambos deben acreditar los mismos requisitos de edad y semanas cotizadas, no se puede olvidar que las semanas de la pensión familiar son el esfuerzo de cotizaciones de una pareja, mientras que para la pensión de vejez las semanas son cotizadas por un solo individuo. Esta situación resulta relevante toda vez que “los períodos de fidelidad son un criterio determinante del cálculo actuarial de la pensión” (Sentencia C-913 de 2013, título 4, num. 3), en razón a que ante una mayor fidelidad de cotización existirá una mayor tasa de rendimiento.

El fundamento reseñado se encuentra fundado porque el tiempo de fidelidad de los miembros de la pareja que acceden a la pensión familiar son menores, en razón a que estos no presentan un tiempo prolongado de cotización, significando una mayor inversión estatal, a



## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

diferencia de la pensión de vejez o de la pensión familiar en el RAIS, en tanto el dinero en los fondos privados depende del monto de cotización de cada persona, mientras que en el RPM las pensiones cuentan con un subsidio estatal.

Este argumento convierte la limitación del salario mínimo en un requisito ajustado para la prevalencia de la sostenibilidad financiera en el RPMD, constituyéndose como la medida adecuada para demarcar un balance de manera que el sistema pueda financiar sus necesidades actuales sin comprometer su capacidad para cumplir con sus obligaciones financieras en el futuro. Es decir, prevalece el equilibrio financiero a largo plazo y tiene en cuenta tanto el componente subsidiado de la prestación como los sujetos destinatarios de la pensión familiar que precisamente se concentra en aquellas personas cuyos ingresos son iguales o inferiores al monto limitado.

### **2.5.3 Diferenciación socioeconómica en el literal k)**

Por último, pasando al estudio del literal K) el mismo fue acusado de contener un trato diferenciado entre las parejas afiliadas al RPM y las afiliadas al RAIS, debido a que en el RAIS no se impone la limitación consistente a estar clasificadas en los niveles 1 o 2 del SISBEN para acceder a la pensión familiar.

Cabe mencionar que si bien la Corte manifiesta que estos dos grupos no son comparables, debido a sus condiciones de acceso, particularidades y autonomía de gestión, este es el mayor obstáculo con el que se encuentran los afiliados para obtener una garantía en la vejez.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

La restricción a los niveles 1 y 2 del Sisbén o sistema equivalente cierra la posibilidad de acceso para los otros niveles.

Como se ha recalcado, esta medida no se encuentra consagrada en los requisitos para el acceso a la pensión familiar en el RAIS ni mucho menos existe una limitación semejante en las demás prestaciones otorgadas por el sistema, las cuales atienden a requisitos objetivos, siendo en este caso una exigencia innecesaria, que violenta los principios de la Seguridad Social, especialmente los de universalidad, igualdad, solidaridad conjugados.

En adición, desde el año 2021 se hizo una transformación de acuerdo a la clasificación de la personas en este sistema, eliminando la valoración con un puntaje de 0 a 100 y estableciendo ahora un rango medido en 4 grupos, A, B, C y D, siendo el más vulnerable el grupo A en donde se encuentran los hogares que están en situación de pobreza extrema. Esta situación desconoce la vulnerabilidad de los demás grupos y la generalidad considerando el contexto de informalidad y baja cobertura del sistema.

Debe memorarse que el principal objetivo de la pensión familiar es mejorar la cobertura en pensiones para el 50% de los cotizantes que no lograrán pensionarse atendiendo al contexto de informalidad y el bajo nivel de ingresos, cumpliendo así con el principio de progresividad; sin embargo, la limitación de estar encuadrada entre los niveles descritos reduce en gran medida su campo de aplicación. Sobre los niveles protegidos, estos agrupan:

Nivel 1: Personas en situación de pobreza extrema que no cuentan con acceso a los servicios básicos de salud y educación, viven en hacinamiento, tienen un bajo nivel educativo, y/o tienen dificultades para acceder a alimentos.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Nivel 2: personas en situación de vulnerabilidad que tienen acceso limitado a servicios básicos de salud y educación, viven en condiciones precarias, tienen un nivel educativo bajo y presentan restricciones para poder acceder a algunos alimentos.

Teniendo en cuenta esto, cabe cuestionarnos ¿una persona en situación de extrema pobreza, quien tiene escasez de recursos y bajos niveles de estudio, se encuentra en la posibilidad de realizar cotizaciones regulares o cotizaciones aleatorias al sistema de Seguridad Social?

Al analizar esta situación podemos deducir que estas personas no cuentan con el dinero suficiente para realizar cotizaciones, a duras penas podrán cubrir las necesidades básicas como techo y comida, adicional a que muchos de ellos no cuentan con empleo o se ganan la vida como trabajadores independientes, lo cual se encamina en una inestabilidad en cuanto al monto salarial que recibe mensualmente.

Así pues, queda claro que la posibilidad de acceso a la pensión familiar en el RPM está altamente restringida por las condiciones económicas, lo que no les permite realizar cotizaciones y mucho menos tener la posibilidad a futuro de poder acceder a una pensión.

Las personas incluidas en el Sisbén no son los únicos sujetos en situación de vulnerabilidad, a la par de ello, al igual que con las cifras de informalidad, existe población que debido a sus limitaciones no cuentan con el acceso si quiera a esta clase de instrumentos; en cualquier caso, el requisito no atiende armónicamente a las exigencias generales del sistema que sí se fundan en exigencias objetivas como semanas y edad, encontrándose que si el argumento central es la sostenibilidad financiera, ésta ya se encuentra protegida por la

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

limitación al monto de la mesada y la densidad mínima de cotización antes de los cuarenta y cinco años.

Bajo los conceptos expuestos, resulta inaceptable exigir este requisito, fuera de la limitación que ya existe al monto de la pensión y el requerimiento de haber cotizado el 25% de las semanas antes de los 45 años de edad, ya que las personas que no han alcanzado los requisitos de semanas mínimas pero se encuentran por encima del nivel del SISBEN I y II no tienen derecho a la aspiración a una pensión con su pareja. En conclusión, este requisito viola flagrantemente la constitución y sus principios, al limitar el acceso de la pensión familiar solo a los niveles referidos, impidiendo la ampliación de la cobertura de la Seguridad Social, resultando suficiente con los requisitos de los literales L y M para mantener la sostenibilidad financiera.

### **Capítulo III. Hacia una propuesta de inexequibilidad en la pensión familiar en Colombia**

En el capítulo anterior efectuamos un análisis del control de constitucionalidad realizado hasta ahora a la pensión familiar como figura novedosa instaurada en Colombia a partir de la Ley 1582 de 2012. No obstante, el debate en sede constitucional no se encuentra agotado en virtud de la naturaleza y contenido de los principios que rigen la Seguridad Social.

Al encontrar que el literal k) vigente para el RPMD despierta el mayor punto de desacuerdo y cuestionamientos reprochados desde la academia, la práctica y la ciudadanía, el ejercicio aquí propuesto pretende establecer consideraciones no evaluadas por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional sobre el requisito en mención.

De cara a una nueva propuesta de control constitucional, en el presente capítulo corresponde **(i)** precisar aspectos del control de constitucionalidad para poder adelantar un nuevo estudio de inconstitucionalidad; **(ii)** la superación de los requisitos formales y sustanciales, especialmente, la cosa juzgada constitucional; finalmente, **(iii)** arribar a los criterios que deben ser tenidos en cuenta como cargos para una eventual demanda de inconstitucionalidad.

#### **3.1 Aspectos procesales del control de constitucionalidad a la Ley 1580 de 2012**

Sobre la Ley 1580 de 2012, resta decir que corresponde a una norma de carácter ordinario, susceptible de control constitucional posterior cuya competencia, al tenor de lo señalado por el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia, reposa en cabeza de la Corte Constitucional, activándose un control constitucional concentrado y rogado, en tanto que requiere una demanda para su conocimiento.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Esta acción debe cumplir con los parámetros formales contenidos en el Decreto 2067 de 1991, el trámite allí consagrado y, en lo pertinente, lo dispuesto por el Acuerdo 02 de 2015 – Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional-.

Adicional a lo anterior, la Corporación ha exigido una serie de requisitos diferenciales para tecnificar las demandas presentadas ante ese organismo; entre esos requisitos, encontramos la exigencia de atender a razones claras, precisas, específicas, pertinentes y suficientes. Al respecto, la Corte Constitucional ha definido cada uno de estos criterios como integradores del concepto de la violación a la Carta Política y que sintetiza de la siguiente forma:

- i) Claros, lo que implica que exista un hilo conductor en la argumentación que permita comprender el contenido de la demanda y las justificaciones que la sustentan; ii) ciertos, es decir, que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente; iii) específicos, de modo que se precise cómo la norma acusada vulnera un precepto o preceptos de la Constitución. La oposición entre las normas debe ser objetiva y verificable, a partir del contenido de la ley y el texto de la Carta. Por lo que son inadmisibles los argumentos vagos, indeterminados, abstractos y globales; iv) pertinentes, lo que significa que el reproche debe tener naturaleza constitucional y no legal y/o doctrinaria; y, v) Suficientes, en el sentido de que se expongan todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio. Lo anterior, tiene la finalidad de despertar una duda mínima sobre la constitucionalidad de la disposición acusada. (Corte Constitucional, Sentencia C-277 de 2021, título 5, num. 14)

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Conforme a estos requisitos, (i) la claridad, alude a una determinada pulcritud en la presentación de los cargos, la argumentación que los respalda y el desarrollo de un escrito conectado e inteligible; (ii) la certeza exige que la disposición analizada exista razonablemente y no que corresponda a una simple interpretación infundada sobre su tenor literal o sus efectos; (iii) la especificidad atiende tanto a indicar de manera concreta la norma constitucional vulnerada así como establecer el modo o la forma en la cual se transgrede ese parámetro constitucional atendiendo a argumentos razonables y concretos; (iv) relevancia constitucional, es decir, que se atienda a las normas superiores y no aquellas de menor jerarquía; (v) suficiencia, esto es, efectuar un desarrollo argumentativo que tenga un mínimo grado de persuasión por encontrarse debidamente soportados en un punto válido que suscite al menos la duda sobre la constitucionalidad de la norma atacada (Corte Constitucional, Sentencia C- 243 de 2010).

Estas características han hecho que la acción se tecnifique, llegando al punto de considerarse que este instrumento se ha privatizado (Hartman-Cortés et al., 2021), en razón a la alta carga argumentativa exigida, desincentivando la presentación de las acciones y por ende la participación ciudadana queda reducida a aquellos profesionales quienes logran traspasar el umbral persuasivo exigido por los baremos introducidos por la Alta Corporación.

De tal manera, la ausencia de los anteriores requisitos puede conllevar a que se profiera una decisión inhibitoria, a juicio de la Corte Constitucional, por dos razones fundamentales; la primera, la omisión de los requisitos no habilita al juez constitucional para que, por su propia cuenta, establezca las razones de constitucionalidad o inconstitucionalidad, tornando así el control rogado en un control oficioso, en el cual, el máximo órgano se convertiría a la vez en

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

juez y parte, entrometiéndose de manera desproporcionada en las funciones de la esfera del legislador.

El segundo motivo, consiste en evitar clausurar el debate constitucional de manera definitiva, así, la decisión inhibitoria permite que otra nueva acción pública sea instaurada con nuevos cargos o los mismos cargos propuestos pero desarrollados de mejor manera, materializando así el derecho de acceso a la justicia de los ciudadanos (Corte Constitucional, Sentencia C-688 de 2017).

Como un matiz a la tecnificación descrita, el Alto Tribunal ha reconocido que toda acción pública de inconstitucionalidad debe ser analizada bajo el prisma del principio *pro actione*, lo anterior, precisamente debido al carácter público predicado, así, cuando se presente alguna duda o discrepancia sobre los requisitos mínimos de la demanda, debe resolverse al favor del accionante con el fin de admitir la demanda y, eventualmente, proferir una sentencia de fondo (Corte Constitucional, Sentencia C-688 de 2017).

En ese sentido, es consistente el acto de la Corte Constitucional de despachar las demandas incoadas por los ciudadanos exigiendo altísimos niveles de argumentación, situación que igualmente afectó las acciones interpuestas contra los requisitos de la pensión familiar como se estudió anteriormente. Por ello, una nueva acción requiere de una base sólida de delimitación del contenido de los principios que rigen la Seguridad Social, sustentados en la facticidad y pruebas que la respaldan, frente a ello, la vocación de procedibilidad de la acción aumentará.



### 3.2 Inexistencia de Cosa Juzgada constitucional

De manera previa al análisis de la proposición de nuevos cargos, en adición a los requisitos antes esbozados, es menester superar la primera barrera que se impone sobre esa posibilidad, esto es, la cosa juzgada constitucional como fenómeno jurídico que puede afectar de entrada la interposición de una acción constitucional contra el literal k) del artículo 151A de la Ley 100 de 1993 adicionado por el artículo 2 de la Ley 1580 de 2012.

La cosa juzgada en materia constitucional ha sido definida por la Corte Constitucional como una institución jurídico procesal que establece como inmutables, vinculantes y definitivas a aquellas decisiones plasmadas en determinadas providencias. Con este efecto se mantiene la estabilidad jurídica de un Estado, se materializa el debido proceso y permite la culminación definitiva las controversias presentadas ante la administración de justicia (Corte Constitucional, Sentencia C-100 de 2019). Esta figura es esencialmente regida por el derecho general; sin embargo, cuenta con su desarrollo específico a partir del artículo 243 Constitucional .

Esta institución procesal debe atender la posibilidad de que la decisión no haya cerrado toda la discusión en sede constitucional en tanto pueden existir nuevos cargos; se expongan uno o más asuntos no señalados en una primera oportunidad; se omitiera analizar la disposición a la luz de más artículos que integran la Carta Política; se presente variación en la identidad del texto normativo; la sentencia haya sido producto de un acto fraudulento; entre otras posibilidades que rebaten el carácter inmutable de esta figura, tal como lo señala la Alta Corporación (2019).

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Para su constatación entonces se tienen como parámetros de verificación de la cosa juzgada, señalados por la Corte Constitucional (2019), los siguientes:

- Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.
- Identidad de causa *petendi*, esto es, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.
- Identidad de partes, lo que implica que al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.

Además de lo expuesto, el Alto Tribunal ha permitido la superación de la cosa juzgada constitucional ante la disparidad de la realidad con los postulados constitucionales, aun cuando ya existiere pronunciamiento sobre el tema.

Ello es así porque la realidad social avanza de manera adelantada a las concepciones jurídicas. Al respecto, la Corporación (2019) promulga que el carácter dinámico de la

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que, en determinados casos, resulte imperativo que el juez constitucional deba modificar su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva - aun cuando no haya habido cambios formales en el texto fundamental -, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas.

Así, el Alto Juez Constitucional, continúa:

El concepto de “Constitución viviente” puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, - que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades -, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica. (Corte Constitucional, Sentencia C-100 de 2019, num. 2.15)

En ese escenario, una interpretación diferente de la Carta Política, adecuada al contexto político, social o económico, puede devenir en un cambio sobre la exequibilidad de una norma que otrora fuere sometida a estudio en sede constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 2020).

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Finalmente, debe tenerse en cuenta respecto de la cosa juzgada constitucional que, la Corte, en cada caso, debe desentrañar si existe o no cosa juzgada absoluta o material, así como identificar si, por el contrario, existe cosa juzgada aparente o relativa que permita una valoración de la norma frente al texto constitucional, en aras de garantizar tanto la integridad y supremacía de la Carta como la de los fines y valores propios de la institución de la cosa juzgada.

Sobre este punto, para efectos de practicidad, retornaremos en líneas posteriores para develar inicialmente la existencia de argumentos nuevos o mejor estructurados que deban ser tenidos en cuenta y, en caso de configurarse, permitan superar la presunción de cosa juzgada.

De manera pues que la cosa juzgada como fenómeno procesal, a pesar de propender por la seguridad y coherencia del sistema, no es absoluta ante la presentación de nuevos cargos, el cuestionamiento a supuestos no analizados o la integración de diferentes partes a las que conocieron originalmente la controversia; siendo para el presente estudio relevantes los dos primeros elementos como a continuación se verá.

### **3.3 Los expedientes de acciones públicas de inconstitucionalidad en contra del literal acusado de inexecutable**

Además de los aspectos procesales descritos, se debe superar el fenómeno que desembocaría en la inadmisión con el posterior rechazo de la demanda o un fallo inhibitorio si se superaran esos estadios procesales, por ello, es imperante retomar la decisión objeto de nuevo cuestionamiento para no desgastar en tesituras que ya fueron abordadas.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Así, teniendo presente que, una vez ahondados los requisitos de la pensión familiar, la disparidad se presenta frente a la exigencia relacionada con la clasificación socioeconómica, nos concentraremos en este aspecto, iniciando por la decisión de exequibilidad sobre la disposición, abordando el eje central de su argumentación – los argumentos del Ministerio de Hacienda- y llegando a un análisis integrador en clave de principios de la Seguridad Social.

En concordancia con lo descrito en el anterior capítulo, se recuerda que, respecto de la Ley 1580 de 2012 fueron presentadas doce acciones públicas de inconstitucionalidad, de las cuales, siete derivaron en sentencias de mérito (Datos Abiertos, 2022), las restantes, fueron inadmitidas y, posteriormente, rechazadas por ausencia de subsanación de los requisitos materiales y formales para su procedencia.

No obstante, resultan valiosas para efectos de destacar puntos sustanciales de análisis que tangencialmente fueron mencionados pero que no alcanzaron el estándar para su análisis en sede de constitucionalidad.

Dado que con anterioridad se abordaron las sentencias de mérito proferidas por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, a continuación se destacan factores, a manera de esbozo, que aportan a la discusión y proposición de argumentos sobre una nueva demanda de inconstitucionalidad circunscritas al literal K) del artículo 151C de la Ley 100 de 1993 adicionado por la Ley 1580 de 2012.

### **3.3.1 Expediente D-9349 de 2012**

Bajo la radicación D- 9349 del 10 de octubre de 2012, la Corporación estudió una acción contra la norma referida por transgresión al derecho a la igualdad y al principio de

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

universalidad, proponiendo que el literal acusado establecía una limitación arbitraria en tanto que, en el RAIS, a diferencia del RPMD, no existía dicho requisito, cercenando el acceso a la pensión familiar de las demás personas. Igualmente, agregó que el argumento de la supuesta insostenibilidad fiscal no tenía lugar precisamente porque, tal como ocurre en el RAIS, en lugar de conceder dos pensiones, se otorgaría exclusivamente una. Estas enunciaciones pretendieron ser desarrolladas a través de un test de proporcionalidad propuesto por el actor comparando ambos regímenes (Corte Constitucional, Expediente D-9349 de 2012).

Frente a lo anterior, la Corte Constitucional decidió inadmitir la demanda, despachando el cargo sobre universalidad por guardar idéntico soporte en el principio de igualdad, así como denegar inicialmente este último por la potísima razón que el ciudadano erró al comparar grupos disímiles puesto que las condiciones en cada régimen se encuentran justificadas precisamente debido a su configuración diferencial en materia general en el sistema; finalmente, ante ausencia de subsanación, se desató el auto de rechazo de la acción y dispuso su archivo.

### **3.3.2 Expediente D-12224**

Subsecuentemente, la acción con número de radicación D-12224 del 27 de junio de 2017, dirigida contra el literal en comento por transgresión a los mismos principios antes referidos, el artículo 10 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 48 y 53 constitucionales, propuso la declaratoria de inexequibilidad del requisito exigido al RPMD por cuanto no tiene en cuenta la realidad económica de la mayoría de personas que pueden estar o no incluidas y clasificadas en el sistema dispuesto para tal fin; adicionalmente, reprochó que este instrumento recoge

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

información para efectos de prestaciones, beneficios y subsidios, categorías en las cuales no se encuentra clasificada la pensión familiar, resultando ser una herramienta inidónea para el fin perseguido. Por último, refiere que se desconoce el principio de universalidad ligada a la igualdad sin desarrollar el cargo. En ese panorama, la Alta Corte decidió inadmitir la acción y, por carecer de subsanación, se rechazó.

**3.3.3 Expedientes D-9426 de 2012 y 11048 de 2015**

Los expedientes rechazados D-9426 de 2012 y 11048 de 2015 coinciden en la falta de acreditación de los requisitos relacionados a la claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, es decir, no presentaron un concepto de la violación adecuado en tanto que es la carga que le asiste al censor de los cargos propuestos, ni generaron una duda suficiente que permitiera a la Corte acceder a la aplicación del principio *pro actione*.

En general, las acciones interpuestas tanto inadmitidas como rechazadas, pese a sus fallas, señalaron puntos que deben ser mejor desarrollados para cumplir con las exigencias técnicas descritas, así, acudiremos a una remisión tangencial a las mismas, apoyados en los análisis que anteceden desde la ineficacia e inconstitucionalidad.

Así mismo, las acciones permiten identificar uno de los principales obstáculos para una prosperidad de la acción en términos adecuados, como lo es la correcta interpretación y aplicación del principio de universalidad sin confundirlo totalmente con el principio de igualdad aun cuando guarden íntima relación.

Finiquitado lo anterior, podemos acudir a la profusa doctrina constitucional y las herramientas o institutos que han sido desarrollados a partir de ella, encontrando que el

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

debate sobre el control constitucional acerca de la pensión familiar en su punto de acceso central no se encuentra clausurado ni analizado de manera definitiva.

Por el contrario, existen aspectos no analizados por la Corte Constitucional que pueden ser presentados para su estudio.

Para tal efecto, necesariamente se exige la interposición de una nueva acción pública de inconstitucionalidad que debe tener en cuenta los elementos procesales, procedimentales y sustanciales que a continuación se expondrán, mismos que son extractados del estudio de constitucionalidad aquí abordado y circunscrito al elemento normativo que conlleva más dificultad a la hora de acceder a la pensión familiar, al menos desde el RPMD.

### **3.3.4 Expedientes D-9401 y 9411 de 2013**

Bajo la referencia a los expedientes D-9405 y D-9411 correspondió a la Corte Constitucional conocer la demanda de inconstitucionalidad incoada contra los literales k) y m) del artículo 151C de la Ley 100 de 1993 adicionados por la Ley 1580 de 2012. Esta acción, derivaría en la Sentencia C-613 de 2013 con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

La acción interpuesta concentró su atención en señalar que el literal k) de la norma referida excluye sin justificación a los esposos o compañeros permanentes de un estado socioeconómico diferente al exigido, agregando que es discriminatoria en tanto que, a los afiliados del RAIS no se les impone tal limitación. En similar sentido, respecto del literal m) refiere que limitar el monto de la pensión implica una discriminación en el RPMD frente a los beneficiarios de la pensión de vejez a quienes se les calcula el monto conforme a lo reglado en



## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

la Ley 100 de 1993; lo anterior, partiendo de su concepción que, ambos grupos – quienes reclaman la pensión de vejez y quienes reclaman la pensión familiar en el RPMD- se encuentran en la misma situación y la prestación pretendida no es un subsidio sino una previsión que es fruto de un ahorro mancomunado.

**3.3.5 Sentencia C-613 de 2013**

Con base en ello, el Alto Tribunal plantea tres problemas jurídicos, a saber, primero, si limitar la pensión familiar a las personas que se encuentran en la clasificación exigida por la norma desconoce el principio de igualdad, al excluir a otras parejas que no se encuentran clasificadas; segundo, si la Ley estableció un trato diferencial injustificado sobre ese requisito entre las perjas afiliadas al RPMD y aquellas afiliadas al RAIS y, tercero, si constituye un trato discriminatorio el hecho que los beneficiarios de la pensión familiar solamente puedan reclamar un monto inferior y máximo en comparación a quienes obtienen la pensión de vejez quienes tienen derecho a una mesada mayor

Frente a la primer cuestión, la Corporación (2013) vierte de contenido al principio de igualdad reiterando que no cualquier diferenciación *per se* es un acto discriminatorio; así, un trato diferenciado es posible cuando los grupos comparados sean diferentes o no se encuentren en situaciones semejantes y, aun siendo similares, el trato diferencial se encuentre soportado en razones constitucionales. Para tal efecto, la herramienta propuesta por la Corporación es un juicio de igualdad; sin embargo, de manera previa a adelantarlo debe definirse si las situaciones sobre las cuales se alega discriminación son comparables, así como identificar cuáles son las competencias del legislador en la materia diferenciada.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

La Corporación, sobre el juicio de igualdad, señala que puede ser de diferentes niveles - leve, intermedio y estricto-. Posteriormente, aborda el derecho a la Seguridad Social, desarrollando su marco jurídico integrando nociones del bloque de constituconalidad en esta materia, todo ello para destacar que, al momento de materializar el derecho a la seguridad, los Estados cuentan con un amplio margen de configuración, llegando a un análisis general del Sistema de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993.

Como características importantes, destaca la existencia de dos regímenes autónomos – sin perjuicio de los regímenes especiales y exceptuados- con múltiples diferencias en cuanto a la destinación de los subsidios públicos, poniendo en evidencia que el RPMD beneficia con subsidios en mayor proporción las mesadas más altas del sistema, contrario a los fines distributivos del Estado Social de Derecho (Corte Constitucional, Sentencia C-613 de 2013).

Para cerrar este tema, la Corte refiere que debido a las características diferenciadas de ambos regímenes, los beneficios que cada uno contempla no transgreden por si mismos el derecho a la igualdad, precisamente porque la intención del legislador fue generar una oferta de beneficios que permitiera a los afiliados adoptar la decisión del régimen que más le convenga en virtud del principio de libre elección.

Posteriormente, la Corporación abordó la jurisprudencia constitucional sobre la asignación prioritaria del gasto social a las personas en situación de mayor vulnerabilidad socioeconómica, trayendo a colación el caso del Subsistema de salud que permite acceder al régimen subsidiado precisamente a partir de la inscripción en el Sisbén, destacando que “en el escenario de los subsidios para proteger el mínimo vital de los adultos mayores, esta Corporación ha considerado razonable que los esfuerzos estatales se concentren en la

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

población en situación de mayor pobreza” (Corte Constitucional, Sentencia C-613 de 2013, num. 2.7.2). Apoyando lo anterior en sentencias de constitucionalidad que declaran exequibles la concesión de subsidios o auxilios a personas en especial condición de vulnerabilidad; se cita para el efecto a las providencias C-152 de 1999, C-1036 de 2003 y C-221 de 2012, así como las Sentencias T-523 de 2006 y T-348 de 2009 para considerar como razonable la selección de los beneficiarios de los programas de subsidios para adultos mayores, por medio del Sisben.

Con fundamento en lo expuesto, la Corporación concluye que se debe acudir a esa herramienta de caracterización socioeconómica para seleccionar beneficiarios de programas sociales, subsidios estatales y priorizar la distribución de los recursos públicos a los más pobres. Agregando que los instrumentos de selección deben contemplar diversos factores de vulnerabilidad y no encontrarse exclusivamente asociados al ingreso de las personas, fundamentarse en criterios objetivos y públicos, así como permitir el resultado de la clasificación para efectos de controvertirla si hay lugar a ello.

Aparejado a lo dicho, destaca que esas herramientas materializan el principio de progresividad en tanto que permiten focalizar la distribución del gasto social como compromiso del Estado Social de Derecho, situación que debe atender a la finitud de los recursos administrativos y financieros.

Ahora, adentrándose en el origen y contenido normativo de las disposiciones demandadas, la Corte Constitucional aborda, de manera breve, un recuento sobre el objetivo que básicamente queda descrito en la definición de la norma; así mismo, centra su atención en el concepto de inconveniencia emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público al

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

interior del trámite legislativo cuando el proyecto de ley solamente contaba con dos disposiciones que no desarrollaban de manera adecuada la nueva institución creada.

El concepto en mención y la intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Cámara de Representantes; Comisión Séptima Constitucional Permanente; Congreso de la República de Colombia, 2012), fueron los puntos de especial consideración y razón de la decisión para la incorporación de los literales acusados y para el análisis de la Corte Constitucional puesto que pusieron su foco no en la progresividad sino en la sostenibilidad de un sistema pensional con un gran déficit.

Descendiendo al análisis de constitucionalidad, la Corte Constitucional establece frente al literal k) demandado que las personas ubicadas en los niveles 1 y 2 del Sisbén, aquellas ubicadas en niveles superiores del mismo sistema y las personas no incluidas, se encuentran en condiciones diferentes que no son susceptibles del juicio de igualdad, así, afirmó que el primer grupo se encuentra en extrema pobreza y vulnerabilidad, el segundo grupo es vulnerable pero no en las condiciones extremas del primero y el tercero está en posibilidades de asegurarse por sí mismo una vida en condiciones dignas – últimas dos conclusiones que no cuentan con estudio, análisis o premisas a lo largo de la sentencia C-613 de 2013-.

Agrega la Corporación que, si bien la norma pretende aumentar la cobertura, debido a las características y estructura financiera del RPMD, la satisfacción de la pensión familiar demanda un subsidio público importante – citando para tal efecto al concepto del Ministerio de Hacienda (2012); con ello, requiriendo la adopción de criterios para distribuir los recursos públicos disponibles.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

En ese sentido, se concluye que, con base en los diferentes niveles de vulnerabilidad y la redistribución del subsidio estatal implícito, las parejas que se encuentran en el Sisbén en la forma prescrita y aquellas que no lo están, para efectos de la pensión familiar, no resultan comparables.

En contraposición, argumenta el Alto Tribunal (2013) que, si se admitiera que son comparables, aun así el trato diferencial se encuentra justificado debido a la intención de la pensión familiar de favorecer a los sectores más vulnerables, bajo esa premisa, señala que se persigue una finalidad constitucional favoreciendo a esos sectores con un subsidio estatal implícito y es un medio conducente dado que no existiría otra alternativa para proteger el mínimo vital del núcleo familiar, excepto la indemnización sustitutiva en el RPMD.

En lo que respecta al análisis del literal m) demandado, se adopta similar metodología para su abordaje, dejando asentado que, dada la autonomía y particularidades de cada régimen, no existe confluencia de posiciones para efectuar la comparación debido a que, aun cuando para reclamar tanto la pensión familiar como la pensión de vejez se requieren las mismas semanas de cotización, en el caso de la pensión familiar, se generarían menores rendimientos ante una menor fidelidad de cotizaciones al sistema.

Debido a lo anterior, el subsidio estatal implícito debe aumentar, por ello, los afiliados al RPMD que quieren acceder a la pensión familiar y aquellos que buscan la pensión de vejez, no se encuentran en la misma situación. Por último, la Corte Constitucional (2013) indica que se justifica la limitación al monto de la pensión familiar porque desarrolla una finalidad constitucionalmente válida, esto es, promover la sostenibilidad del sistema de pensiones.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Finalmente, la Corporación, teniendo en cuenta los argumentos expuestos y los cargos analizados, decidió declarar exequible los literales k) y m) del artículo 151C de la Ley 100 de 1993 adicionados por la Ley 1580 de 2012.

A la decisión en comento, se agregan tres aclaraciones de voto, destacándose lo siguiente:

- El Magistrado Jorge Iván Palacio aclaró su voto en el sentido de señalar que la limitación de acceso a la pensión familiar únicamente a los niveles 1 y 2 del Sisbén, no materializa de manera importante la cobertura del sistema. Afirmación que respalda en la alta informalidad presentada en el mercado que conlleva a la falta de afiliación al Sistema e incluso la ausencia de inclusión de muchas personas en la base de datos utilizada, refiriendo entonces que se pudo tomar otros criterios de medición para acceder a la prestación familiar creada. En adición a lo anterior, indicó que el monto máximo de la pensión en el RPMD afectaría directamente a este régimen en tanto que muchos afiliados optarían por trasladarse al RAIS donde podrían obtener una pensión de mayor embergadura, afectando financieramente al régimen público, por ejemplo, con las transferencias de los bonos pensionales.
- La Magistrada Maria Victoria Calle Correa señala que, en abstracto, la norma es exequible, no obstante, centra su preocupación en aquellas personas que se encuentran en situación de pobreza extrema y, por causas imputables o no a cada uno, no se encuentran en la base de datos del Sisbén ni en los niveles exigidos. Para esos casos, señala que la no inclusión no debe convertirse en una barrera para esas personas en situación de pobreza extrema y que debe examinarse en conjunto la situación socioeconómica de las personas para diluir esa frontera rígida.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Del recuento jurisprudencial extractado, puede evidenciarse una tendencia mayoritaria de privilegiar el análisis económico, en términos de sostenibilidad del sistema pensional, observándose, como lo afirman Herrera y Solano (2015) que el número de personas beneficiadas con la pensión familiar no compensan los que se perjudican con los requisitos impuestos por la norma.

### **3.3.6 La intervención del Ministerio de Hacienda**

El elemento central de la decisión adoptada en la sentencia C- 613 de 2013 toma como principal fundamento la intervención efectuada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público en el tercer debate legislativo en Cámara de Representantes para el año 2012. Recuérdese que es en ese momento en el cual aparecen los literales demandados.

La exposición del Ministro para esa época centró su retórica en describir el panorama general con la crisis pensional, sus causas, el trabajo adelantado hasta ese momento para mitigar el déficit y una crítica a las Altas Cortes por las decisiones que siguen poniendo en vilo al sistema. Posteriormente, descendió a dialogar respecto a la pensión familiar, argumentando que se oponía a la misma por lo siguiente:

- La pensión familiar tiene un riesgo grande de dirigirse hacia quienes más aportan al sistema por su gran cantidad de ingreso, sumándose a la regresividad del sistema por cuanto el subsidio de las pensiones está dirigido precisamente a quienes tienen dicha prestación en montos mayores.
- Refiere que el subsidio para una pensión de salario mínimo asciende a un 45% pero, en caso de aplicarse a pensiones mayores, en promedio podría ascender a un 77%.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

- La aprobación del proyecto de Ley, como se encontraba presentado hasta ese debate, podía generar un mercado secundario en el cual se vincularan parejas para obtener una pensión y unir montos de cotización bastante altos, desfalcando el sistema.
- Refirió que prefería usar esos recursos para beneficiar a los más pobres a partir de la nueva alternativa creada en paralelo denominada como BEPS.

Bajo esas premisas, sin cifras soportadas, la Corte Constitucional estableció que el objeto de la Ley era beneficiar a la población más vulnerable en términos socioeconómicos cuando lo cierto es que esta proposición nació para limitar la posibilidad señalada por el Ministro de Hacienda en el año 2012 que destacaba un uso irracional de la figura al permitir que personas con cotizaciones altísimas pudieran acceder a esa prestación.

En igual sentido, la Corporación estableció que el subsidio que se entregaría correspondería a un valor implícito equivalente al 77% cuando lo cierto es que esa cifra únicamente aplicaba en caso de aprobarse un proyecto de ley que cobijara las cotizaciones más altas, incurriendo en una errónea motivación (Corte Consttucional, Sentencia C-613 de 2013).

La intervención en comentario entonces tuvo la efectividad de desviar la atención del objetivo planteado por el legislador inicial al buscar limitar la figura en torno a la sostenibilidad financiera, situación que podía ser conjurada exclusivamente con la limitación al monto de la mesada descartando de plano cualquier intención de las personas con grandes aportes al sistema para obtener esta figura en razón a su bajo retorno.

Si bien en desarrollo del principio de sostenibilidad financiera, el Estado pretende asegurar el mantenimiento del equilibrio financiero al largo plazo, para efectos del



## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

reconocimiento y pago de las diferentes prestaciones otorgadas en materia de la Seguridad Social que inclusive puede armonizarse con el principio de universalidad, en el entendido de ser un mecanismo encaminado al logro de la mayor cobertura (Sentencia SU-149, 2021), este no podía ser el argumento central y exclusivo omitiendo el propósito de la ley a la par de los principios fundamentales de la Seguridad Social.

Pese a ello, es comprensible el foco expuesto puesto que este criterio adquirió especial relevancia con posterioridad a la entrada en vigencia de nuestra actual Constitución Política, el nuevo sistema de Seguridad Social y sus reformas a efectos de alivianar los problemas adquiridos con anterioridad y los derivados de la novísima regulación, exigiendo especial consideración pero sin que por ello sea razón suficiente para el aseguramiento de los derechos fundamentales y económicos como los aquí tratados, relevando lo consignado por Camacho et al. (2021) en el entendido de extender más allá del desarrollo económico, la competitividad, la vida digna y el goce efectivo de los derechos.

### 3.4 Factores a considerar

Como viene de observarse a lo largo de la presente investigación, la pensión familiar cuenta con un desarrollo e impulso incipiente por parte del Estado colombiano para que sea una alternativa adecuada a las necesidades de la población objeto de su regulación, quienes no pueden acceder de forma individual a la pensión de vejez y cumpliendo con los requisitos legalmente establecidos.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Con el objetivo de eliminar las barreras de acceso a la prestación creada, fueron planteadas múltiples acciones de inconstitucionalidad en contra de los literales k), l) y m) del artículo 151B de la Ley 100 de 1993 adicionada por el artículo 2 de la Ley 1580 de 2012.

Una de las situaciones que inquietó desde el trámite legislativo a la Corte Constitucional en sede de análisis de exequibilidad, consistió en la protección o salvaguarda de la sostenibilidad financiera del sistema, dando por hecho, sin estar acreditado en el trámite constitucional, que existe una amenaza a las finanzas públicas.

Este planteamiento se apartó del entendimiento global del Sistema de Seguridad Social en materia pensional; así, nada reprocha respecto de los altos subsidios otorgados a las pensiones de mayor monto (Santa María et al., 2010), sacrificando el acceso a las prestaciones económicas de la población cuyos ingresos no exceden los cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El argumento de la sostenibilidad financiera debe comulgar con los principios de universalidad y solidaridad, permitiendo que las personas tengan la alternativa, opción o posibilidad de seleccionar la pensión familiar frente a otra clase de beneficios cuyo monto no asegura con un mínimo grado la vida digna de las personas en edad de pensión.

Desconocer la potencial ayuda que brinda esta herramienta bajo la razón argüida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2012) según la cual es preferible entregar indemnizaciones sustitutivas que garantizar la pensión familiar, desconoce los postulados superiores de solidaridad, dignidad humana, Seguridad Social e igualdad.

Respecto de la Sentencia C-613 de 2013, resulta necesario tener en cuenta lo siguiente:

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

- La providencia en mención no aborda el estudio del principio de igualdad desde la comparación entre grupos iguales; por el contrario, compara los requisitos exigidos para RPM y el RAIS. Al respecto, un análisis intuitivo debe partir, como lo expresare el órgano de cierre constitucional sobre la igualdad, siguiendo alguna variante de la fórmula clásica (como la contenida en el artículo 13 de la Constitución Política), tiene sentido sólo en la medida en que se respondan las siguientes tres preguntas: ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio? citado en (Corte Constitucional, Auto Exp. D-11048 de 2015).
- A juicio de la Corporación, en caso de no existir la pensión familiar en los términos legalmente consagrados, las personas solo podrían acceder a la indemnización sustitutiva; sin embargo, deja de lado la existencia del programa Colombia Mayor y de los Beneficios Económicos Periódicos los cuales sí se encuentran dirigidos para las poblaciones más vulnerables pero en ningún caso excluyendo la posibilidad de acceder a ellos bajo un criterio socioeconómico.
- Las demás alternativas no han sido contrastadas en cifras en comparación con la pensión familiar para efectos de determinar la carga financiera que soporta el sistema con los subsidios explícitos de ellas, rebatiendo así la falencia de la figura creada pues la insostenibilidad deviene del sistema en general.
- Los conceptos de vulneración constitucional presentados hasta el momento no cumplen con los baremos de argumentación mínima que permita al órgano de cierre en la materia adentrarse a armonizar los principios de la Seguridad Social,

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

limitándose exclusivamente a la igualdad aun cuando el debate abarca más preceptos.

- Los argumentos expuestos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público previos a la aprobación del proyecto de Ley que desembocaría en la creación de la pensión familiar no cuentan con respaldo en cifras posteriores respecto de los requisitos implementados en el régimen de prima media con prestación definida. Su enfoque exclusivamente se dedicó a evitar un abuso del derecho con la prerrogativa a crearse para evitar un desfalco al sistema por parte de las personas que mayores aportes realizan al mismo.

Finalmente, para desarrollar estos aspectos la Corte emplea un método de interpretación, sin embargo, no es la única herramienta de la cual dispone el control de constitucionalidad para constatar la adecuación de la norma a la Carta Política; por ende, una vez finalizado el recuento de las decisiones que dieron sustento a la exequibilidad de los requisitos, podemos abarcar los argumentos e instrumentos no tenidos en cuenta por la Corporación.

### **3.5 Métodos de interpretación constitucional**

#### **3.5.1 El test de proporcionalidad**

Es importante destacar la necesidad de la aplicación del test de proporcionalidad ajustado al fin u objetivo de la pensión familiar. De manera previa, sin ahondar en tesis extraordinarias, dado que no es el objeto de la presente investigación, se abordará una

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

generalidad de esta herramienta para dar pinceladas de los elementos que debería tener en cuenta su aplicación con rigurosidad.

Afirma Armenta ( 2018) que para el control de constitucionalidad, la Corte Constitucional implementó desde un inicio el test de proporcionalidad con el fin de materializar en debida forma el principio de supremacía constitucional. La proporcionalidad en sí misma exige actuar con razonabilidad e igualdad para garantizar la eficacia de los derechos. Lo anterior, a través de la adopción de niveles – leve, intermedio y estricto-, así como el análisis a través de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Aun cuando el test está sujeto a las reglas enunciadas, ha recibido múltiples críticas dado que, como lo expresa Armenta (2018), una misma cuestión tiene la virtualidad de admitir dos interpretaciones válidas- constitucionalidad o inconstitucionalidad-, bajo las mismas premisas; sin embargo, prevalecerá aquella que estime la Corte. Pese a ello, el test comporta mayores ventajas que desventajas que han permitido su permanencia y aplicación.

Este test en su contenido general no ha sido aplicado conforme a la anterior estructura puesto que, en presencia de determinados principios, la Corporación ha optado por adecuarlo a un solo par de juicios o test independientes, como se verá:

### **3.5.2 El test de progresividad y la prohibición de no regresividad**

En adición a lo anterior, respecto del análisis de constitucionalidad en materia de Seguridad Social, el Alto Tribunal ha empleado el test de progresividad y la prohibición de no regresividad para efectos de armonizar los derechos Económicos, Sociales y culturales con los principios de dignidad, solidaridad e inclusive aquellos fundamentales de la Seguridad Social. El

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

desarrollo de esta figura ha generado varias vertientes no opuestas, pasando por las Sentencias C-038 de 2004, C-228 de 2011, C-644 de 2012, C-486 de 2016, C-115 de 2017, C-028 de 2018, C-046 de 2018, C-327 de 2019, entre otras, citadas por la Alta Corporación (Corte Constitucional, Sentencia C-277 de 2021).

Con el ánimo de identificar posturas que acompañan los esbozos de cara a una nueva acción de inconstitucionalidad, podemos destacar la sentencia C-486 de 2016, donde a juicio de la Corte Constitucional, el mandato de progresividad comporta esencialmente:

(i) la satisfacción inmediata de niveles mínimos de protección; (ii) el deber de observar el principio de no discriminación en todas las medidas o políticas destinadas a ampliar el rango de eficacia de un derecho; (iii) la obligación de adoptar medidas positivas, deliberadas, y en un plazo razonable para lograr una mayor realización de las dimensiones positivas de cada derecho, razón por la cual la progresividad es incompatible, por definición, con la inacción estatal; y (iv), la prohibición de retroceder por el camino iniciado para asegurar la plena vigencia de todos los derechos. (Corte Constitucional, Sentencia C-277 de 2021, num. 61)

Igualmente, a los anteriores parámetros, los desarrollos jurisprudenciales han agregado la necesidad de analizar si se ha recortado o limitado el ámbito sustancial de protección del derecho; el aumento desproporcionado de los requisitos para acceder al mismo; la disminución o reducción los recursos destinados para la eficacia del derecho; el estudio acerca de si se persigue un fin constitucional, la medida resulta idónea para alcanzar el fin, la medida sea necesaria, esto es, que no existan medios menos agresivos para alcanzar ese fin y, finalmente,

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

que la medida sea proporcional sin afectar el núcleo esencial del derecho (Corte Constitucional, Sentencia C-277 de 2021).

### **3.5.3 El juicio de igualdad**

En paralelo con las figuras anteriormente descritas, la Corte Constitucional, en materia de Seguridad Social, también se ha valido de instrumentos como el test o juicio de igualdad que sigue un fuerte influjo guiado por aquél de proporcionalidad.

Este juicio, al igual que los demás instrumentos, cuenta con una serie de niveles enunciados. Al respecto, un nivel leve donde basta con constatar que el fin buscado y el medio empleado no estén restringidos por la Carta Política. En un segundo nivel, se encuentra el análisis intermedio en el cual el fin perseguido debe tener justificación superior y el medio elegido para lograrlo debe ser conducente. En un tercer nivel, la hermeneútica se torna más estricta se analiza si el fin resulta imperioso conforme a los postulados constitucionales y si el medio escogido no puede ser reemplazado por otro que suponga una menor restricción de otros principios.

### **3.6 La ausencia de interpretación armónica**

Los mecanismos antes descritos han sido de alguna manera amalgamados por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional en Colombia para efectos de hacer confluir las ventajas de ambos tipos de análisis para respetar principios de raigambre constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-589 de 2012).

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Todos ellos involucran una serie de subreglas o subprincipios que, de acuerdo al parámetro constitucional con el cual se confronta la norma demandada en sede de control constitucional, se usan con más o menos integración de cara a obtener una decisión proporcional o razonable; en suma, se concentran y dirigen su atención a armonizar el plexo de principios superiores.

Como se relató, para el caso de la Sentencia C-613 de 2013 fue efectuado un análisis en términos del juicio de igualdad en un nivel intermedio, ello coincidió precisamente con el cargo formulado, esto es, la transgresión al principio de igualdad. Sin embargo, no fueron analizados los cargos a partir del principio de universalidad, prohibición de no regresividad, sostenibilidad fiscal de manera integral, ni por separado.

Esta situación obedece a la dificultad inicial planteada por la Corporación para efectos de diferenciar o vertir de contenido autónomo al principio de universalidad, posteriormente enmarcarlo en torno a la Seguridad Social en materia pensional y armonizarlo con los demás principios. Aunado a ello, la tecnificación del concepto de la violación ha logrado omitir cargos tendientes a señalar la vulneración de otros principios, limitando el margen de interpretación y decisión.

Acorde al principio de universalidad, como se expuso en el capítulo anterior, este resulta ser un pilar fundamental de la Seguridad Social en razón a la consolidación de esta como derecho humano. Lo anterior deriva en una orientación hacia el acceso efectivo y general hacia la protección social, incluso, más allá de la colectividad social a la que pertenezca (Núñez y Rivadeneira, 2020).



## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Su naturaleza se desprende de dos facetas diferenciables del principio de igualdad – pero no por ello excluyentes- así, vale traer a colación la consideración efectuada por Arenas como se citó en Fortich (2012), estableciendo una universalidad subjetiva concerniente a la protección de todos los ciudadanos sin distinción y una universalidad objetiva, esto es, la protección global de los riesgos sociales. Compaginándose estos elementos con el universalismo o la promoción de mecanismos de amplia solidaridad social.

En efecto, se desprende entonces que el principio de universalidad ofrece una garantía general de previsión como compromiso de la garantía de una vida digna y los postulados superiores, lo cual llevaría a su expresa consagración en la Carta Política y, especialmente, la Ley 100 de 1993, entrelazándose con la igualdad y la prohibición de discriminación, pero conservando su propia consideración.

Las caracterizaciones expuestas no escapan del criterio de la Corte Constitucional (C-575, 1992) que posiciona este principio como la esencia de la cobertura a todos los habitantes del territorio nacional; un relacionamiento común y total (Sentencia C-739 de 2002); pretensión de extensión y amparo (Sentencia C-967 de 2003) o la cobertura más allá de la formalización del empleo y la inclusión social (Sentencia C-277 de 2021); entre otras.

Luego, una interpretación armónica sobre la constitucionalidad de las normas en materia de Seguridad Social no solamente debe limitarse al principio de igualdad pues no fue el único parámetro establecido por el constituyente primario, sino que este a su vez se ocupó de establecer elementos fundamentales en la Seguridad Social que, aun asociados, tienen su propio contenido.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Con lo expuesto, un cargo a explorar de manera más profunda debido a los elementos conceptuales que se encuentran y acepta la Alta Corporación, permite proponer la aplicación del principio de universalidad como un cargo independiente y garante, no de igualdad en las prestaciones previstas por el sistema, sino en la oportunidad y/o posibilidad de acceso a las mismas, puesto que, objetivamente, el sistema recoge previsiones que aseguran contingencias sin limitar la eventualidad de acceder a ellas exclusivamente por criterios como el estatus socioeconómico. En esa misma orientación, un juicio adecuado debe tener en cuenta la aplicación general del sistema y sus beneficios mas no una igualdad en estricto sentido sobre las condiciones individuales de los sujetos.

En consonancia ello, no se encuentra alejado de la realidad el gran peso concedido a la argumentación y preocupación respecto de la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

El panorama en cifras fue debidamente aclarado en el primer capítulo del presente trabajo de investigación, encontrando, de antaño, situaciones y datos preocupantes.

Datos similares fueron tenidos en cuenta por la Corte Constitucional para efectos de adeptar las decisiones en el marco del principio de igualdad y de sostenibilidad, otorgando infundadamente prelación a lo señalado por el Ministerio de Hacienda y Crédito público en el tercer debate legislativo surtido en la comisión séptima permanente de la Cámara de Representantes en el año 2012.

En este aspecto, se relieva que la sostenibilidad se muestra debidamente salvaguardada a partir de la limitación del monto de la mesada a otorgar a las parejas beneficiarias; sin embargo, una limitación adicional como lo es la pertenencia a los niveles del Sisbén o sistema equivalente, resulta innecesaria pues precisamente la limitación del monto reduce el campo de

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

impacto de aquellas personas que, sin importar su situación socioeconómica, no cotizaron sobre un monto mayor y por tanto su aspiración no puede ser diferente.

Además, con la limitación descrita se evita la generación de un “mercado secundario” como lo refirió el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2012) en el cual quienes tuvieran grandes cantidades de aportes en valores significativos se juntaran exclusivamente para obtener pensiones mayores, pues de plano con el literal creado se descarta de plano la favorabilidad para esas personas.

Mucho menos la medida es proporcional pues sacrifica el acceso universal a la pretensión brindándole preponderancia a una doble limitación de acceso a la prestación creada, desconociendo los precedentes relacionados con la prohibición de no regresividad.

### **3.7 La omisión legislativa relativa como posible argumento**

El control de constitucionalidad ha tenido grandes avances, al punto de considerar que la inconstitucionalidad no solamente deviene de una acción sino que también puede ser fruto de una omisión, parcial o absoluta. Al respecto, Bidart (1996) como se citó en Restrepo y Vergara (2020) señala que:

Así como se realiza un control de constitucionalidad cuando se vulnera la Constitución porque se hace algo que ella prohíbe, “hay que rescatar la noción importantísima de que también hay inconstitucionalidad cuando no se hace lo que ella manda hacer. Esta omisión es inconstitucional, y a la figura la llamamos inconstitucionalidad por omisión.  
(p. 208)

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Acerca de la omisión legislativa, vale decir que esta puede ser clasificada en dos (Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1996); a saber, absoluta cuando no expide norma alguna para materializar el deber constitucional impuesto por la Carta Política y relativa, cuando pese a que se expide una norma, la misma beneficia a cierto grupo perjudicando a otro o en desarrollo del mismo deber, de forma expresa o tácita excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto o cuando el legislador omite una condición que sería una exigencia esencial para que la norma guarde armonía con la Constitución.

Sobre la omisión legislativa relativa, la Corte Constitucional también ha dicho que:

Es una acción normativa del legislador en la que se ha excluido una condición, una institución, un supuesto normativo o una garantía procesal fundamental exigida por la Constitución o, existiendo la regulación de las hipótesis normativas exigidas constitucionalmente, estas se presentan discriminatorias, deficientes o incompletas porque no regulan presupuestos fácticos análogos que debieron ser objeto de desarrollo legislativo. (Restrepo y Vergara, 2020, p. 211)

En este punto es posible enfocar nuestra atención no solamente en torno al principio de igualdad, sino más concretamente en el principio de universalidad, interpretado con los demás preceptos superiores de la Seguridad Social para efectuar un análisis de una disposición que resulta discriminatoria sin una razón que la justifique, deficiente desde una óptica de la utilidad de la norma para cumplir con su cometido y la generación de un perjuicio o la ausencia de reportar un beneficio conforme a la finalidad de la institución creada.

Bajo esa clasificación, la Ley 1580 de 2012 puede ser ubicada dentro de aquellas normas que, pese a diferenciar un grupo de afiliados de otro, respecto a su situación socioeconómica,

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

termina por perjudicar a aquellas personas quienes se encuentran dentro del mismo régimen, siendo en principio destinatarias de la misma figura, pero que se ven afectadas o perjudicadas por la imposibilidad de acceder o ubicarse en las mismas alternativas que los demás afiliados.

Una interpretación armónica y cohesionada de los principios fundamentales de la Seguridad Social, plasmados desde el artículo 48 superior, así como en la Ley 100 de 1993, aunado al objetivo de la Ley 1580 de 2012, permite centrar la atención en una cobertura eficaz de una pensión que asegure condiciones de vida dignas a las personas que por sí mismas no pueden acceder a una pensión de vejez.

Debe ponerse de presente que, como fuere afirmado por los intervinientes y la misma Corte Constitucional en la sentencia C-613 de 2013, la pensión familiar es una figura o previsión autónoma que no reviste la naturaleza de ser un subsidio. Al contrastar esta previsión con las demás pensiones, su núcleo se desprende o aleja del principio de universalidad.

La creación de la norma no implica que inmediatamente todas las personas quedan amparadas bajo la prestación creada, pero sí debe garantizar que esa figura tenga la potencialidad de beneficiar a los integrantes del sistema. Es una posibilidad y una alternativa que, conforme al resto de requisitos exigidos, puede ser más o menos favorable para los afiliados quienes en cualquier caso cuentan con más alternativas y se itera, ninguna de ellas excluye de manera tajante e inicial la posibilidad de acceder a las mismas como lo es el caso de la indemnización sustitutiva, el auxilio al adulto mayor y los Beneficios Económicos Periódicos - BEPS-.

Finalmente, se destaca que, por el camino de la proposición de una omisión legislativa, no solamente se puede llegar a una sentencia de exequibilidad o inexecuibilidad simple, sino

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

que, conforme a la Corte Constitucional citada en Restrepo y Vergara (2020), el remedio judicial puede devenir en (i) sentencias que adicionan la norma; (ii) sentencia interpretativa que dispone cómo debe entenderse el precepto; (iii) sentencias de inexequibilidad diferida; (iv) sentencias exhortativas y (v) la aplicación analógica de una legislación semejante.

**3.8 Factores adicionales a considerar**

Una demanda consolidada debe reunir tanto las cifras como los conceptos que impacten directamente en el reconocimiento y pago de la pensión familiar, desde la óptica de los recursos así como la inclusión de los datos relacionados a la potencial población beneficiaria y la que actualmente percibe esta previsión.

Dentro de los aspectos relevantes, debe rebatirse todo aquel argumento relacionado con la exclusiva alternativa que supone la pensión familiar para los afiliados al RPMD, así, se requiere incluir un análisis sobre los datos disponibles de los Beneficios Económicos Periódicos- BEPS- , mecanismo consolidado a partir del año 2013 el cual fortalece el componente asistencial y/o subsidiado del Sistema en lugar del contributivo (Muñoz y Castillo, 2014). Lo anterior para efectos de deslindar la pensión familiar del alto componente solidario que representan otras alternativas, así como reconocer el verdadero propósito y alcance de la Ley 1580 de 2012 la cual buscó una solución diferente en el sistema para el acceso a una pensión.

Tan es cierto es que la finalidad de la norma no consistió en dirigirse a los estratos más bajos que para el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad dicha prohibición no quedó consagrada, sin considerarse en momento alguno la carga financiera que esto

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

representa en razón a la garantía de pensión mínima disponible para los afiliados de ese régimen.

Incluso, el sistema no está estructurado a manera general para establecer limitaciones de índole socioeconómica y/o subjetiva en materia pensional, a diferencia de lo que si ocurre con las prestaciones paralelas como el subsidio al adulto mayor o los Beneficios económicos Periódicos – BEPS-. Solamente tiene en cuenta tiempos, aportes, edad y rentabilidades pero nada se exige de la condición socioeconómica para su causación y mucho menos fue la intención del legislador, convirtiéndose, además de un criterio sospechoso, en un mecanismo inviable para cumplir con el cometido de las normas.

El concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2013) centró su atención en que la norma incentiva la cotización hacia el final de la vida y por ello el subsidio estatal es extremadamente alto; sin embargo, desconoce que la mayoría de aportantes no se ubican en esa esfera temporal, recuérdese que las oportunidades de acceso al mercado laboral y permanencia en el mismo son inversamente proporcionales a la edad del afiliado. Por lo tanto, la fidelidad de cotización se genera mucho antes de la restricción legal de traslado entre regímenes, momento para el cual ya tienen que encontrarse cumplidas las exigencias de la cotización mínima a los 45 años de edad, la existencia de una relación de familia y sobre todo, la persona sabe y conoce que la prestación a obtener exclusivamente puede ascender a un salario mínimo legal mensual vigente.

En la intervenciones de la C- 613 de 2013 varias intervenciones destacan el carácter de retribucionista de la pensión familiar y no de asistencialista, en tanto que no es un subsidio, por

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

el contrario, debe ahondarse precisamente en las cotizaciones que efectúan de manera mancomunada la pareja potencialmente beneficiaria como el aspecto relevante.

No se cuestiona el margen de configuración para materializar los derechos y compromisos en materia de Seguridad Social; sin embargo, su estructura debe atender a una serie de principios mínimos como la dignidad humana, el derecho a la Seguridad Social, la universalidad, el mínimo vital, la progresividad, la prohibición de regresividad, la integralidad, entre otros, pues la norma desconoce la estructura establecida por el legislador y el constituyente en un marco respetuoso de los postulados superiores.

Sobre la comparación, debe atender a los sujetos comparados en razón al objetivo de la Ley, esto es, aumentar la cobertura de ese 50% hoy 70% de personas que no lograrán pensionarse. Al analizar a esa población, el margen comparativo debe nacer precisamente de la misma posición en que se encuentran, es decir, en un estado en el cual no logran cotizar al sistema las semanas requeridas – o el capital suficiente-, lo cual no es fruto de su estatus socioeconómico sino de las condiciones laborales que ha tenido a lo largo de su vida cada una de esas personas, estas condiciones impactarán en el estatus socioeconómico pero no a la inversa, por ello, la comparación propuesta nace de una falencia de interpretación del alcance y objeto de la norma. En el resto de previsiones se acude a este requisito objetivo, las semanas, precisamente porque se trata de pensiones, diferente a las subvenciones, subsidios o auxilios como por ejemplo los BEPS que aun así no cuentan con dicha restricción.

Finalmente, el objeto de una nueva decisión debe tener en cuenta los métodos referenciados y, sobre todo, las posibles determinaciones a adoptar, considerando que la salida inmediata de la norma en el sistema puede acarrear complicaciones para el mismos,



## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

haciéndose necesario de revisar la procedencia de un exhorto o una exequibilidad condicionada para no sacrificar ni la sostenibilidad ni los demás principios fundamentales de la Seguridad Social.

**3.9 Inconstitucionalidad sobreviniente de la reglamentación de la Ley 1580 de 2012**

Por último, sobre este tópico, basta con referirnos al fenómeno de la inexequibilidad por consecuencia. Esta figura jurídica, ha sido entendida a partir del principio de *lo accesorio sigue la suerte de lo principal*; por ello, al desaparecer del ordenamiento la norma que da origen a un decreto, ocurre el decaimiento de este último, total o parcialmente, según se trate de un análisis de constitucionalidad total o parcial. (Corte Constitucional, Sentencia C-253 de 2011)

En ese sentido, ante una eventual acción pública de inconstitucionalidad en contra del literal k) del artículo 151C de la Ley 100 de 1993 adicionado por la Ley 1582 de 2012, cuyo resultado sea la declaratoria de inexequibilidad de la norma acusada, el efecto necesariamente se extendería al decreto que lo reglamenta en virtud de la inexequibilidad por consecuencia, culminándose así el control constitucional de una norma que ha menguado la eficacia de la prestación creada.

### Conclusiones generales

- La pensión familiar en Colombia no ha sido una alternativa representativa para el aseguramiento de una vejez en condiciones dignas debido a su baja cobertura tanto cuantitativa como demográficamente.
- La pensión familiar no cuenta con una eficacia en términos jurídicos pues aun cuando se creó el dispositivo legal y su reglamentación, la norma no impactó en la forma esperada el sistema pensional en favor de los afiliados al mismo.
- La pensión familiar resulta ser ineficaz bajo el concepto de eficacia jurídica ante su consagración meramente formal que no impacta a la sociedad pues consecuencias jurídicas derivadas de la Ley 1580 de 2012 son incipientes, resultando ser poco útil en términos reales.
- A pesar de la vigencia de la Ley 1580 de 2012, su aplicabilidad se ve comprometida en el régimen de prima media con prestación definida ante la limitación existente en materia de acceso universal e igualitario a esta prestación, reduciendo el espectro de sujetos potencialmente beneficiarios.
- Incluso desde la eficacia simbólica del derecho, la pensión familiar fracasa ante su escasa promoción e impulso por parte del Estado colombiano quien enfoca su visión al reconocimiento de prestaciones como BEPS o la indemnización sustitutiva, situación que acontece en similar manera respecto del régimen privado en materia de pensiones.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

- En punto de la eficacia instrumental, la pensión familiar no impactó de manera congruente con la motivación que le dio origen al grueso de la población que no puede acceder a una pensión en Colombia, que representa a más del 55% de los afiliados al sistema.
- En igual sentido, la pensión familiar fue ineficaz al momento de producir efectos significativos, en tanto que las pensiones concedidas ascienden al 0,07% del total de pensiones concedidas en ambos regímenes, mostrándose así como un instrumento no determinante en materia de la Seguridad Social integral.
- Las pensiones familiares reconocidas en Colombia desde la entrada en vigencia de la Ley 1582 de 2012 hasta el mes de junio de 2022 representan, en términos porcentuales, una cifra inferior al 0,77% de las previsiones contempladas por el sistema de Seguridad Social integral.
- La pensión familiar no ha sido ajena al control de constitucionalidad en razón a los requisitos que limitan el acceso y efectividad de la previsión creada.
- Los requisitos concernientes a los literales k), l) y m) del artículo 151C de la Ley 100 de 1993 adicionados por la Ley 1580 de 2012 representan limitaciones orientadas principalmente a la garantía del principio de sostenibilidad financiera del sistema, excediendo la necesidad y finalidad de las medidas adoptadas generando discriminación.
- Los principios de fundamentales de la Seguridad Social consagrados en la Constitución Política, legalmente establecidos y jurisprudencialmente desarrollados no se conciben como mandatos aislados; por el contrario, se integran y cohesionan

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

como auténticas normas del Sistema General de Seguridad Social Integral, requiriendo de su armonización para cumplir con los cometidos de aseguramiento de una vida en condiciones dignas ante las diferentes contingencias que se pueden presentar.

- El enfoque de análisis de la Corte Constitucional en las acciones públicas de inconstitucionalidad sometidas a su consideración respecto de la pensión familiar no han logrado abordar de manera armónica y contundente las disposiciones demandadas bajo la óptica de los principios fundamentales de la Seguridad Social de universalidad, solidaridad, eficacia y sostenibilidad financiera, ante la ineptitud de los cargos que se han dirigido en base a ellos, limitando de esta manera la competencia de la Corporación.
- El control constitucional efectuado al artículo 151C de la Ley 100 de 1993 adicionado por la Ley 1580 de 2012 no se encuentra agotado de manera definitiva en razón a la ausencia de análisis de los principios fundamentales de la Seguridad Social que no han constituido cargos susceptibles de admisión para su estudio.
- La Corte Constitucional debe armonizar los principios fundamentales de la Seguridad Social a partir de los diferentes métodos de interpretación disponibles trascendiendo el uso exclusivo del test o juicio de igualdad.
- La sostenibilidad financiera fundada en argumentos superados no puede ser el único argumento que permita la diferenciación y/o limitación al acceso a la pensión familiar en el régimen de prima media con prestación definida, pues en

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

contraposición se encuentran los principios de universalidad, solidaridad, eficacia y dignidad humana.

- La pensión familiar contine requisitos que pueden tener dos funciones , el primero, que se presenta en forma de filtro, en donde solo se privilegiara a las familias en condiciones de vulnerabilidad y quienes a su vez cumplan los requisitos mínimos para el acceso a esta pensión ; el segundo como una limitante, es decir, un obstáculo para el acceso como lo es el literal K del artículo 151 C que trae consigo discriminaciones sospechosas.
- Además de la integración de los principios, puede reprocharse una omisión legislativa relativa en razón al defecto contenido en la norma bajo el baremo de los principios y fines del Estado Social de Derecho que no son cumplidos ni desarrollados en debida forma por las limitaciones impuestas a la nueva figura creada, especialmente, respecto del acceso universal a ella.

El presente trabajo de investigación se desarrolló a partir del análisis de la información entregada por las Administradoras de Fondos de Pensiones en Colombia; el análisis de la jurisprudencia constitucional en torno a la pensión familiar en Colombia, sus elementos y requisitos y una hermenéutica constitucional que abarca el análisis de las categorías de ineficacia e inconstitucionalidad presentes en la pensión familiar. Una vez abordadas esas circunstancias esperamos que el camino continúe en el ejercicio activo y ciudadano de los derechos para efectos de hacer la pensión familiar una institución que funcione, sea garante de los postulados superiores y se convierta en una alternativa viable para el aseguramiento de una vejez en condiciones dignas de los afiliados.

### Referencias

Acto Legislativo 01 de 2005. Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política. 22 de julio de 2005. Diario Oficial No. 45980.

Acto Legislativo 3 de 1910. Reformatorio de la Constitución Nacional. 31 de octubre de 1910. Diario Oficial No. 14131.

Afonso Da Silva, J. (2003). El problema de la eficacia de las normas constitucionales. En J. Afonso Da Silva, *Aplicabilidad de las normas constitucionales* (págs. 49-67). Universidad Autónoma de México UNAM.

Alonso, J. M. (2020). Seguridad Social y principio de solidaridad. *Revista de Derecho Político*, (108), 127-164. <https://doi.org/10.5944/rdp.108.2020.27997>

Alzate, A. A. (2014). Algunos aspectos del principio de solidaridad en la ley 1562 de 2012, ¿es posible el aseguramiento de los trabajadores informales al sistema de riesgos laborales en Colombia? *Diálogos De Derecho Y Política*, (14), 102-122. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/derypol/article/view/20583>

Arenas, G. (2009). *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*. Legis.

Armenta, A. (2018). El test de proporcionalidad: Su uso y aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Rvista Verba Iuris*, 14 (41), 121-133. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/4663/3957>

Arrieta, C. (2011). *Las reformas del sistema pensional colombiano*. Friedrich Ebert Stiftung En Colombia -FESCOL-.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Naciones Unidas.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Naciones Unidas.

Azuero, F. (2020). *El sistema de pensiones en Colombia: institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera*". Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL].

Bloomberg. (2021). *Bloomberg Línea*. <https://www.bloomberglinea.com/2021/10/25/cuanta-gente-se-pensiona-al-ano-en-colombia-y-con-cuanta-plata/>

Bosch, M., Berstein, S., Castellani, F., Oliveri, M., & Villa, J. (2015). *Diagnóstico del sistema previsional colombiano y opciones de reforma*. Banco Interamericano de Desarrollo [BID].

Bohórquez, J. I., & Bohórquez, F. (2016). *Diccionario Jurídico Colombiano con Enfoque en la Legislación Nacional*. <https://ecoleyes.com/wp-content/uploads/2016/06/DICCIONARIO-JUR%C3%8DDICO-COLOMBIANO.pdf>

Calvo, N. J. (2011). Aplicación del principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Memorando de Derecho*, 2(2), 63-81.

Camacho, P. D., Moreno, J., & Rincón, M. L. (2012). *Sostenibilidad financiera de la pensión de vejez en los regímenes pensionales, el caso colombiano*. [Tesis de grado]. Universidad Libre. <https://hdl.handle.net/10901/6417>

Cámara de Representantes; Comisión Séptima Constitucional Permanente; Congreso de la República de Colombia. (2012). *Acta de comisión número 26*. Bogotá, D. C.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Cañón, L. (2017). La solidaridad como fundamento del Estado social de derecho, de la Seguridad Social y la protección social en Colombia. *Páginas de Seguridad Social*, 1(1), 5-29.

<https://doi.org/10.18601/25390406.n1.01>

Colpensiones. (2017). *Información general BEPS*. <https://www.colpensiones.gov.co/preguntas-frecuentes/316/informacion-general-beps/#:~:text=El%20CONPES%20156%20de%202012,de%20los%20Beneficios%20Econ%C3%B3micos%20Peri%C3%B3dicos>

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2012). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y su Protocolo Facultativo*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. (1978). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

Congreso de la República del Perú. (2009). *Ley núm. 29451 [modifica el Decreto-Ley núm. 19990]*. El Peruano - Diario Oficial del Bicentenario.

Consejo de Estado. Sección Primera, Sentencia 11001032400020070003000, C. P. María Claudia Rojas Lasso; 23 de agosto de 2012.

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2012). *CONPES 156 de 2012. Diseño e Implementación de los Beneficios Económicos Periódicos (BEPS)*. Departamento Nacional de Planeación.

Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Bogotá, D. C.



## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Corte Constitucional de la República de Colombia. Auto Expediente D-11048 de 27 de marzo de 2015.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Expediente D-9349 de 10 de octubre de 2012.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Expediente D-9401 de 2013.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Expediente D-9411 de 2013.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Expediente D-9426 de 2012.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Expediente D-12224 de 26 de julio de 2017.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Acuerdo 02 de 2015. Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional. 22 de julio de 2015.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz; 23 de enero de 1996.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-083 de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos; 27 de febrero de 2019.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-089 de 2020, M.P. Alberto Rojas Ríos; 1 de marzo de 2020.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero; 31 de enero de 2001.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-100 de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos; 6 de marzo de 2019.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-110 de 2019, M.P.

Alejandro Linares Cantillo; 13 de marzo de 2019.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-134 de 2016, M.P.

Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 16 de marzo de 2016.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-227 de 2004, M. P.

Manuel José Cepeda Espinosa; 8 de marzo de 2004.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-228 de 2011, M.P.

Juan Carlos Henao Pérez; 30 de marzo de 2011.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-242 de 2009, M.P.

Mauricio González Cuervo; 1 de abril de 2020.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-243 de 2010, M.P.

Mauricio Gonzalez Cuervo; 29 de diciembre de 2010.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-250 de 2012, M.P.

Humberto Antonio Sierra Porto; 28 de marzo de 2012.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-253 de 2011, M.P.

Luis Ernesto Vargas Silva; 6 de abril de 2011.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-258 de 2013, M.P. Jorge Ignacio

Preteit Chaljub; 7 de mayo de 2013.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-271 de 2021, M.P.

José Fernando Reyes Cuartas; 11 de agosto de 2021.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-277 de 2021, M.P.

Gloria Stella Ortiz Delgado; 19 de agosto de 2021.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-288 de 2012, M.P.

Luis Ernesto Vargas Silva; 18 de abril de 2012.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-291 de 2007, M.P.

Manuel José Cepeda Espinosa; 25 de abril de 2007.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-293 de 2020, M.P.

Gloria Stella Ortiz Delgado; 5 de agosto de 2020.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-295 de 2021, M.P.

Jorge Enrique Ibáñez Najjar; 3 de septiembre de 2021.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-408 de 1994, M.P.

Fabio Morón Díaz; 15 de septiembre de 1994.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-428 de 2009, M.P.

Mauricio González Cuervo; 1 de julio de 2009.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-443 de 1997, M.P.

Alejandro Martínez Caballero; 18 de septiembre de 1997.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-443 de 2009, M.P.

Humberto Antonio Sierra Porto; 8 de julio de 2009.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-504 de 2014, M.P.

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 16 de julio de 2014.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-529 de 2010, M.P.

Mauricio González Cuervo; 23 de junio de 2010.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-543 de 1996, M.P.

Carlos Gaviria Díaz; 16 de octubre de 1996.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-571 de 2019, M. P.

Alberto Rojas Ríos; 27 de noviembre de 2019.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-575 de 1992, M.S.

Alejandro Martínez Caballero; 29 de octubre de 1992.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-582 de 1999, M.P.

Alejandro Martínez Caballero; 11 de agosto de 1999.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-589 de 2012, M.P.

Nilson Pinilla Pinilla; 25 de julio de 2012.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-613 de 2013, M.P.

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 4 de septiembre de 2013.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-658 de 2016, M.P.

María Victoria Calle Correa; 28 de noviembre de 2016.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-673 de 2001, M.P.

Manuel José Cepeda Espinosa; 28 de junio de 2001.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena, Sentencia C-688 de 2017, M.P.

Carlos Bernal Pulido; 22 de noviembre de 2017.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-739 de 2002, M. P.

Jaime Córdoba Triviño; 10 de septiembre de 2002.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-754 de 2004, M.P.

Álvaro Tafur Vargas; 10 de agosto de 2004.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-760 de 2004, M.P.

Rodrigo Uprimny Reyes; 10 de agosto de 2004.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencias C-789 de 2002, M.P.

Rodrigo Escobar Gil; 24 de septiembre de 2002.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-826 de 2013, M.P.

Luis Ernesto Vargas Silva; 13 de noviembre de 2013.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-873 de 2003, M.P.

Manuel José Cepeda Espinosa; 30 de septiembre de 2003.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-913 de 2013, M.P.

Nilson Pinilla Pinilla; 3 de diciembre de 2013.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-939 de 2002, M.P.

Eduardo Montealegre Lynett; 31 de octubre de 2002.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-967 de 2003, M.P.

Marco Gerardo Monroy Cabra; 21 de octubre de 2003.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-1000 de 2007, M.P.

Humberto Antonio Sierra Porto; 21 de noviembre de 2007.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-1036 de 2003, M.P.

Clara Inés Vargas Hernández; 5 de noviembre de 2003.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-1089 de 2003, M.P.

Álvaro Tafur Galvis; 19 de noviembre de 2013.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-1187 de 2000, M.P.

Fabio Morón Díaz; 13 de septiembre de 2000.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-1287 de 2001, M.P.

Marco Gerardo Monroy Cabra; 5 de diciembre de 2001.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia SU-140 de 2019, M.P.

Cristina Pardo Schlesinger; 28 de marzo de 2019.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia SU-149 de 2021, M.P.

Gloria Stella Ortiz Delgado; 21 de mayo de 2021.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia SU-219 de 2003, M.P.

Clara Inés Vargas Hernández; 13 de marzo de 2003.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia SU-769 de 2014, M.P.

Jorge Iván Palacio Palacio; 16 de octubre de 2014.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Plena. Sentencia T-238 de 2017, M.P.

Alejandro Linares Cantillo; 24 de abril de 2017.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-825 de

2014, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 5 de noviembre de 2014.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2022). *Relatoría de la Corte Constitucional*.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

Coulson, V., & Ramírez, L. (2010). *La eficacia en el Ordenamiento Jurídico Colombiano: el caso de la Ley 789 de 2002*. Universidad EAFIT. [Tesis de grado].

<http://hdl.handle.net/10784/12065>

Datos Abiertos. (2022). *Portal único del Estado Colombiano*. <https://www.datos.gov.co/Justicia-y-Derecho/Demandas-de-inconstitucionalidad-radicadas-en-la-C/4akn-42rj/data>

de la Calle, J. (2018). *La crisis pensional*. Asuntos Legales:

<https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/jose-miguel-de-la-calle-510741/la-crisis-pensional-2598394>

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Decreto 288 de 2014. Por el cual se reglamenta la Ley 1580 de 2012. 12 de febrero de 2014.

Diario Oficial No. 49062.

Decreto 604 de 2013. Por el cual se reglamenta el acceso y operación del Servicio Social

Complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS). 1 de abril de 2013. Diario Oficial No. 48748.

Decreto 1872 de 2013. Por el cual se modifica el artículo 24 del Decreto 604 de 2013. 30 de agosto de 2013. Diario Oficial No. 48901.

Decreto 2067 de 1991. Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la corte constitucional. 4 de septiembre de 1991. Diario Oficial No. 40.012.

Decreto Supremo N.º 116-2010-EF. Aprueban Reglamento de la Ley N° 29451 que establece el Régimen Especial de Jubilación para la Sociedad Conyugal y las Uniones de Hecho. 23 de mayo de 2010. Perú.

Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones. 10 de noviembre de 2016. Diario Oficial No. 50.053.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE]. (2021). *Nota estadística:*

*Personas mayores en Colombia: Hacia la inclusión y la participación.* DANE.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE]. (2022). *Medición de empleo informal y Seguridad Social- Trimestre abril-junio (2021-2022).*

<https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-informal-y-seguridad-social>

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Departamento Nacional de Planeación [DNP]. (s.f.). *Seguridad Social Integral*.

<https://www.dnp.gov.co/programas/desarrollo-social/subdireccion-de-empleo-y-seguridad-social/Paginas/Seguridad-Social-Integral.aspx>

Díaz, E. (2019). El principio de progresividad en el derecho colombiano: revisión teórico-jurídica.

*Criterio Libre Jurídico*, 16(2), 1-13. [https://doi.org/10.18041/1794-](https://doi.org/10.18041/1794-7200/clj.2019.v16n2.6405)

[7200/clj.2019.v16n2.6405](https://doi.org/10.18041/1794-7200/clj.2019.v16n2.6405)

Díeguez, Y. El derecho y su correlación con los cambios de la sociedad. *Derecho y Cambios*

*Social*, 8(23), 1-28.

Duque, S., Quintero, M., & Gómez, N. (2013). El régimen subsidiado pensional en Colombia: un

análisis desde la eficacia del principio de universalidad. *Estudios de Derecho*, 70(756),

19-44. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.21984>

El Tiempo. (31 de agosto de 2021). *Paso a paso para consultar su grupo en la clasificación del*

*Sisbén IV*. <https://bit.ly/3mdLVmu>

Fasecolda. (2019). *Comunicado de Prensa. El 75% de los colombianos no accede a la pensión de*

*vejez*. [https://fasecolda.com/cms/wp-content/uploads/2019/09/seminario-sistema-](https://fasecolda.com/cms/wp-content/uploads/2019/09/seminario-sistema-pensional.pdf)

[pensional.pdf](https://fasecolda.com/cms/wp-content/uploads/2019/09/seminario-sistema-pensional.pdf)

Fedesarrollo. (2010). *El sistema pensional en Colombia: Retos y alternativas para aumentar la*

*cobertura*.

[https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/351/El%20sistema](https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/351/El%20sistema%20pensional%20en%20Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

[%20pensional%20en%20Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/351/El%20sistema%20pensional%20en%20Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Fenalco. (2021). *Entre diciembre de 2020 y febrero de 2021 la informalidad en Colombia llegó a*

*48,1%*. <https://www.fenalcoantioquia.com/blog/entre-diciembre-de-2020-y-febrero-de->



## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

2021-la-informalidad-en-colombia-llego-a-

481/#:~:text=De%20esta%20forma%2C%20el%20Departamento,estuvo%20en%2049%2

C2%25

Fiorenza, A. A. (2019). *En torno al proceso*. Bosch.

Fortich, L. M. (2012). Historia de la Seguridad Social en Colombia. *Revista Cultural UNILIBRE*(02),

15-19. [https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/revista\\_cultural/article/view/4007](https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/revista_cultural/article/view/4007)

García, J. A. (1997). *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhman*. Universidad Externado de Colombia.

García, M. (1993). *La eficacia simbólica del derecho*. Universidad de los Andes.

Gerencie. (22 de septiembre de 2022). *IBL en Colpensiones – Así se liquida*.

<https://www.gerencia.com/ibl-en-colpensiones-asi-se-liquida.html>

Gómez, S., & Gómez, S. C. (2013). *Pensión Familiar*. [Monografía de grado]. Universidad EAFIT.

<http://hdl.handle.net/10784/5237>

Gosta Espring, A., & Walter, K. (1987). *From Poor Relief to Institutional Welfare States: The Development of Scandinavian Social Policy. Comparative public policy analysis series*.

Series Editors, Martin Rein. Institute of Technology Lee Rainwater, Harvard University.

Hartman-Cortés, K., Herrera, J. F., & Angarita, G. H. (2021). La 'privatización' de la acción pública de inconstitucionalidad. *Revista Derecho del Estado*, 50, 203-259.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/7431>

Herrera, B., & Solano, D. (2015). La pensión familiar y el derecho laboral como escenario de desigualdades. *Justicia Juris*, 11(2), 82-91. <http://dx.doi.org/10.15665/rj.v11i2.766>

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Ibáñez, A. (2021 ). *Caracterización de grupos de interés priorizados COLPENSIONES*.

<https://www.colpensiones.gov.co/loader.php?IServicio=Tools2&ITipo=descargas&IFuncion=descargar&idFile=13126>

Junca, R., Guauque, Z., & Carrillo, A. (2018). La historia laboral pensional como elemento necesario para el acceso a la pensión: el caso de Bogotá D. C. *Vniversitas*, 67(137),

<https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj137.lhlp>

Leiva, E., Aristizabal, J., Martínez, J. A., & Muñoz, A. L. (2011). Eficacia jurídica y sociológica de los derechos fundamentales de las trabajadoras sexuales en Colombia. *Nova et Véteria*, 20(64), 29-42. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3896299>

Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de Seguridad Social integral y se dictan otras disposiciones. 23 de diciembre de 1993. Diario Oficial No. 41.148.

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

Ley 860 de 2003. Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones. 26 de diciembre de 2003. Diario Oficial No. 45.415.

Ley 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. 15 de julio de 2009. Diario Oficial No. 47.411.

Ley 1580 de 2012. Por la cual se crea la pensión familiar. 1 de octubre de 2012. Diario Oficial No. 48.570

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Matos, A. (2010). *Derecho Perú: Alan Emilio Matos Barzola*.

<https://derechoperu.wordpress.com/2010/05/24/decreto-supremo-n%C2%BA-116-2010-ef-reglamento-de-la-ley-n%C2%B0-29451/>

Mendieta, D. (2010). La Acción Pública de Inconstitucionalidad: a Propósito de los 100 Años de su Vigencia en Colombia. *Vniversitas*, (120), 61-83.

<https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj59-120.apip>

Ministerio de Economía y Finanzas de la Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales de Perú. (2004). *Los sistenas de pensiones en Perú*. Ministerio de Economía y Finanzas.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2010). *Concepto Jurídico del Ministerio de Hacienda Y Crédito Público*. Gaceta del Congreso.

Miranda, A. (1995). *El derecho de la Seguridad Social*. Pontificia Universidad Javeriana.

Moncayo, A. D. (2016). *La eficacia sociológica del derecho*. [Tesis de especialización].

Universidad Libre. <https://hdl.handle.net/10901/16621>

Monsalve, M. Y. (2020). *Sostenibilidad Financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones de Alto Riesgo*. <https://bit.ly/3Zweg5A>

Muñoz, A. M., & Castillo, F. (2014). La pensión familiar en colombia. ¿una solución para el déficit pensional colombiano? *Revista latinoamericana de Derecho Social*, (18), 59-99.

<https://www.scielo.org.mx/pdf/rlds/n18/1870-4670-rlds-18-00059.pdf>

Muñoz, N., & Peláez, M. (2014). *Tensión entre el principio de sostenibilidad financiera y el principio de la condición más beneficiosa en la pensión de sobrevivientes*. [Tesis de especialización]. <https://hdl.handle.net/10901/16842>

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

- Naciones Unidas. (2003). *Reunión sobre El Impacto de Género de la reforma de Pensiones en América Latina*. CEPAL. <https://hdl.handle.net/11362/20149>
- Navarro, A. (2002). El derecho fundamental a la Seguridad Social, papel del estado y principios que informan la política estatal en Seguridad Social. *Revistas de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social*, 10(1), 13-18.  
[http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1409-12592002000100002&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-12592002000100002&lng=en&tlng=es).
- Núñez, M. D., & Rivadeneira, M. L. (2020). El principio de universalidad desde una perspectiva legal y efectiva en la Seguridad Social ecuatoriana. *Foro: Revista de Derecho*, (35), 126-145. <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.35.7>
- Oficina de la OIT para los Países Andinos. (2020). *Los principios de la Seguridad Social y la reforma de las pensiones en Colombia*. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/publication/wcms\\_765063.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/publication/wcms_765063.pdf)
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1989). *Observación General N° 18*. Naciones Unidas.
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32)*. [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1988). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Protocolo de San Salvador*. OEA.

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (2001). *89.a reunión de la Conferencia*

*Internacional del Trabajo, 5 - 21 de junio de 2001.*

<https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/89thSession/lang--es/index.htm>

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (2002). *Seguridad Social: Un Nuevo Consenso*. OIT.

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (2012). *La Recomendación sobre los pisos de*

*protección social*. [https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-](https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS_222053/lang--es/index.htm)

[advice/WCMS\\_222053/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS_222053/lang--es/index.htm)

Orjuela, M., & Tolosa, L. (2020). *Eficacia de la "Ley 1580 de 2012 o pensión familiar", a través*

*del régimen de prima media -RPM-COLPENSIONES, dentro de los departamentos del*

*territorio colombiano, desde su promulgación en el año 2012 hasta el mes de julio de*

*2020*. [Tesis de especialización]. Universidad Libre. <https://hdl.handle.net/10901/19410>

Proyecto de Ley 066 de 2011 Cámara de Representantes. Por el cual se crea la pensión familiar.

Gaceta No. 392 de 2012.

Proyecto de Ley 85 de 2010 Senado. Por medio de la cual se crea la pensión familiar. Gaceta del

Congreso No. 500 de 2010.

Real Academia Española [RAE]. *Definición de Inexequibilidad*.

<https://dpej.rae.es/lema/inexequibilidad#:~:text=Const.%3B%20Col.,Constituci%C3%B3n%20por%20la%20Corte%20Constitucional>

[n%20por%20la%20Corte%20Constitucional](https://dpej.rae.es/lema/inexequibilidad#:~:text=Const.%3B%20Col.,Constituci%C3%B3n%20por%20la%20Corte%20Constitucional)

Restrepo, J. F., & Vergara, S. A. (2020). Acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa

relativa: un instrumento procesal constitucional para la protección judicial efectiva de

los derechos fundamentales. *Opinión Jurídica*, 19(39), 203-226.

<https://doi.org/10.22395/ojum.v19n39a9>

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

Rey, J. G. (2008). El control constitucional en Colombia a partir de la Constitución de 1991.

*Revista VIA IURIS*, (4), 63-74.

Romero, A. G., & Deulofeu, T. I. (2017). La pensión familiar: Una norma de papel. *Vis iuris*.

*Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 4(7), 26-37.

<https://doi.org/10.22518/vis.v4i72017.1141>

Santa María, M., Steiner, R., Botero, J. H., Martínez, M., & Millán, N. (2010). *El sistema pensional en Colombia: Retos y alternativas para aumentar la cobertura*. entro de Investigación Económica y Social.

Sema, L. A., Rodríguez, B., & Alférez, J. A. (2016). *La pensión familiar y la violación al derecho a la igualdad*. [Tesis de grado]. <http://hdl.handle.net/11396/2751>

Sieckmann, J. (2015). Capítulo 24. Norma Jurídica. En J. L. Fabra & V. Rodríguez, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (pp. 895-945). Universidad Nacional Autónoma de México.

Sierra, C. A. (2022). *Afiliados al sistema pensional llegan a 25 millones y 73% están en fondos privados*. La República: <https://www.larepublica.co/finanzas/afiliados-al-sistema-pensional-llegan-a-25-millones-y-73-estan-en-los-fondos-privados-3400845#:~:text=Afiliados%20al%20sistema%20pensional%20llegan,73%25%20est%C3%A1n%20en%20fondos%20privados>

Silva, J. A. (2003). *Aplicabilidad de las normas constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1000/5.pdf>

Superintendencia Financiera de Colombia. (2022 ). *Actualidad del sistema financiero colombiano. Junio 2022*. Dirección de Investigación, Innovación y Desarrollo:

## INEFICACIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENSIÓN FAMILIAR

<https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/informes-y-cifras/informes/informe-actualidad-del-sistema-financiero-colombiano/resultados-del-sistema-financiero-colombiano-junio-dh><https://fundpro.com/wdpr/wp-content/uploads/2022/06/comsectorfinanciero032022.pdf>

- Uthoff, A. (1999). *La universalización de la Seguridad Social en pensiones en América Latina: reforma a la Seguridad Social y mercados de trabajo. ¿Cuál debe adaptarse al otro?. II Foro Internacional de Política Social* (pp. 15-29). Pontificia Universidad Javeriana.
- Vásquez, J. C, & Agudelo, C. A. (2021). *Informalidad en Colombia 2000-2020. Un análisis histórico dentro de un contexto pandémico*. [Tesis de grado]. Universidad EAFIT.  
<http://hdl.handle.net/10784/30037>
- Villar, L., Becerra, A., Forero, D., & Ortega, M. (2020). *El pilar no contributivo y su rol en el sistema de protección a la vejez: Colombia mayor social*. Fedesarrollo - Centro de Investigación Económica y Social.