

GUSTAVO ADOLFO MILLÁN CUENCA

**EL DERECHO A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES DE CÓNYUGES Y COMPAÑEROS
PERMANENTES EN EL NUEVO ESQUEMA DE SOCIEDAD, FAMILIA E IGUALDAD EN
COLOMBIA**

Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos con Énfasis en Derecho del Trabajo Universidad
Externado de Colombia

Bogotá - Colombia

2019

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA FACULTAD DE DERECHO Maestría en
Justicia y Tutela de los Derechos con Énfasis en Derecho del Trabajo Universidad Externado de
Colombia

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General: Dra. Martha Hinestrosa Rey

Director Departamento

Derecho Laboral: Dr. Jorge Eliécer Manrique Villanueva

Directora de tesis: Dra. Gabriela Mendizábal Bermúdez

Presidente de tesis: Dr. Jorge Eliécer Manrique Villanueva

Examinadores: Dr. Jorge Mario Benítez Pineda

Dra. Martha Ávila Triana

AGRADECIMIENTOS

A mi madre, faro de mis sueños, padre, madre, luz y vida, mujer de hierro y manantial de amor.

A mi hermano, por ser la génesis de mi existencia y la expresión exótica de amor y cariño que
alimenta mis días

A mis abuelos que desde algún lugar iluminan mi camino como lo hicieron desde mis primeros
pasos

A Ceci y Jacobito que me han acompañado en la cristalización de mis sueños en los últimos
peldaños de mi vida

A mi familia por su apoyo, confianza y alegría para nunca desfallecer

A mí estimado jefe, amigo y maestro, por su paciencia, cariño y disposición

A la Dra. Gabriela por sus luces, guía, disposición y cariño, que me abrió las puertas de su país
para enriquecer mi trabajo, con una experiencia inolvidable

TABLA DE CONTENIDO

Descripción	Pág.
Introducción	vi
Glosario	x
Capítulo I Marco Conceptual del Derecho de la Seguridad Social	1
1.1. Aproximación al concepto de seguridad social	1
1.1.1. Importancia del Derecho de la Seguridad Social en el mundo	4
1.1.2. Evolución histórica de la seguridad social	8
1.1.3 Delimitación de la cobertura de los sistemas de seguridad social	11
1.1.4. El rol de la seguridad social en las problemáticas sociales en el ámbito mundial	16
1.2 Sistema de seguridad social en Colombia	26
1.2.1. Evolución histórica	27
1.3. Seguridad social en pensiones en Colombia	36
1.3.1. Pensión de vejez	37
1.3.2. Pensión invalidez	40
1.3.3. Pensión de sobrevivientes	41
Capítulo II La Pensión de sobrevivientes en Colombia	43
2.1 Marco conceptual de la pensión de sobrevivientes	43
2.2 Finalidad de la pensión de sobrevivientes	44
2.3 Ámbito de protección	45
2.3.1 Concepto de familia	46
2.3.2 Concepto de necesidad	51
2.4. Historia de la pensión de sobrevivientes en Colombia	53
2.5 Etapa actual	68
2.5.1. Requisitos y beneficiarios	68
2.5.2 Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en normatividades latinoamericanas	75
Capítulo III Análisis crítico y propuestas de solución	81
3.1 Planteamiento de las problemáticas y soluciones relativas al primer orden de beneficiarios de las pensiones de sobrevivientes en Colombia	81
3.1.1. Análisis jurisprudencia Corte Suprema de Justicia periodo 2011-2018	82
3.1.1.1. Análisis del desarrollo jurisprudencial relativo a las pensiones de sobrevivientes en materia de beneficiarios en Colombia	85
3.1.1.2 Análisis jurisprudencia Corte Suprema de Justicia periodo 2019	93
3.1.1.3. Análisis jurisprudencia Corte Constitucional	96

3.2. Propuestas y conclusiones respecto de la problemática planteada	101
3.2.1. Convivencia material al momento de la muerte	103
3.2.2. Dependencia económica y mínimo vital del hogar	107
3.2.3. Otros aspectos importantes sobre la problemática	109
Conclusiones	114
Fuentes de Investigación	118

ÍNDICE DE GRÁFICAS Y TRABLAS

Gráficas

Descripción	Pág.
Gráfica 1 Cobertura de la seguridad social en el mundo	6
Gráfica 2 Cobertura sanitaria en el mundo	21
Gráfica 3 Índice de informalidad en el mundo	24
Gráfica 4 Objetivos de la agenda 2030	25

Tablas

Descripción	Pág.
Tabla 1 Características de los sistemas de seguridad social	12
Tabla 2 Índices de pobreza en el mundo	19
Tabla 3 Inicio de coberturas del ISS por ciudades de Colombia	32
Tabla 4 Comparativo Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003	69
Tabla 5 Comparativo sobre requisitos y condiciones para ser beneficiario en primer orden de la pensión de sobreviviente en 15 países de américa latina	75
Tabla 6 Cuadro comparativo de sentencias de la CSJ año 2019	93
Tabla 7 Propuesta de reforma legal y justificación	113

INTRODUCCIÓN

Este trabajo académico fue realizado con el objetivo de examinar si la legislación colombiana en materia de pensiones de sobrevivientes y puntualmente relativo al primer orden de beneficiarios se armoniza con los principios del Derecho de la Seguridad Social en pensiones y con los contenidos de la carta constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos.

Para lograr este producto académico es primordial agradecer a la Universidad Externado de Colombia por tener un estímulo importante para sus estudiantes en materia de investigación, por despertar la libertad de pensamiento, el razonamiento crítico y la sed por construir conocimiento, entregando herramientas valiosas para ello, con una planta docente de excelente calidad y a la Universidad Autónoma del Estado de Morelos por brindarme la oportunidad de realizar mi estancia investigativa en la ciudad de Cuernavaca- Estado de Morelos, donde tuve contacto directo con literatura latinoamericana y otras concepciones de Derecho de la Seguridad Social que enriquecieron conceptualmente la estructuración de este trabajo.

La metodología utilizada fue diversa a lo largo del desarrollo del trabajo de investigación, en su génesis se siguió un método descriptivo para dar conceptualización y contextualización a la temática y ambientar su importancia en la realidad actual colombiana. Se abordó un método histórico para evidenciar los cambios que han existido en materia de seguridad social en general y posteriormente de manera concreta en aspectos pensionales, para descender finalmente al tópico central que es la pensión de sobrevivientes, lo que implicó un método deductivo que inició por lo más general y abstracto para terminar con análisis de casos puntuales y concretos que han sido discutidos y resueltos por los tribunales de justicia colombianos.

Posteriormente, se utilizó un método sistemático para comparar el Derecho de la Seguridad Social, con el Derecho de Familia y el Derecho Constitucional tanto desde el punto de vista legal como jurisprudencial y finalmente con una metodología analítica arribar a conclusiones sobre la autonomía e independencia de la seguridad social frente a otros derechos y la necesidad de superar concepciones conservadoras y tradicionalistas que no permiten el desarrollo de la esencia de la pensión de sobrevivientes en la realidad colombiana.

Una vez planteado el método investigativo utilizado, se siguieron los siguientes pasos para el desarrollo del trabajo académico.

En primera medida se elaboró un derrotero histórico y social de las distintas manifestaciones de seguridad social en Colombia y en el mundo de manera general, para luego aterrizar tales fenómenos jurídicos a la temática de la pensión de sobrevivientes y puntualmente lo atinente a los cónyuges y compañeros permanente, o en otras palabras el primer orden de beneficiarios de la prestación económica.

En segundo lugar, se procuró realizar una aproximación terminológica que permitiere atemperar el discurso a la materia objeto de estudio, la cual entraña diferentes matices, condiciones y concepciones dependiendo del lugar del mundo donde se analice y así, de esta manera tener una identidad conceptual para abordar de fondo el asunto específico.

Posteriormente, se efectuó una recopilación de la doctrina que se ha construido sobre la materia, tanto en el ámbito colombiano como en otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos, se establecieron los requisitos esenciales para que se construya la idea de una pensión de sobrevivientes, y con ello, tomando tales premisas como filtro se desarrolló un discernimiento con los ingredientes que incorpora la legislación colombiana encontrando algunos aspectos que no superaron tal análisis y que hicieron emerger a la vista elementos peregrinos y exóticos, además de constructos jurídicos que no encuentran eco en la literatura, en la legislación internacional, ni en los objetivos de la seguridad social.

Una vez evidenciado que existía una problemática, se hizo un ejercicio de recopilación de jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y de la Corte de Justicia de Colombia, para efectos de matizar el contenido legislativo con los distintos pronunciamientos de constitucionalidad y hermenéutica normativa, con el objetivo de establecer si tales adecuaciones y ajustes lograban armonizar el ordenamiento colombiano a los estándares establecidos para las pensiones de sobrevivientes para parejas por parte del Derecho de la Seguridad Social, sin embargo, lejos de lograr esa avenencia los resultados obtenidos divergentes de los presupuestos señalados.

El producto de tales análisis derivó en que la jurisprudencia colombiana agregó ingredientes que la misma legislación no había incorporado, y se crearon unos requisitos para tener

la condición de beneficiario que no tiene par en ninguno de los 14 países de Latinoamérica y el Caribe con los cuales se contrastó, lo que evidenció que el estado actual del derecho a la seguridad social en pensiones para la pareja, atenta contra el derecho a la igualdad, desconoce la esencia de la protección, se aleja de la concepción de familia trazada por el texto constitucional y permite situaciones injustas que privan en ocasiones al beneficiario material de una parte de la prestación económica o de un todo, poniendo en riesgo la satisfacción de necesidades antes las carencias que el sistema procura conjurar.

Un hallazgo adicional que se verificó es que existe en el panorama judicial colombiano un problema latente de inseguridad jurídica, tanto el legislador como las cortes coadyuvan en ese ambiente de inestabilidad conceptual que no permiten consolidar una protección eficiente y clara de las necesidades colectivas de las familias ante el advenimiento de la muerte.

Dicho hallazgo se evidenció en el capítulo tercero donde se esbozaron el alto número de demandas de constitucionalidad contra la norma que regula la materia de pensión de sobrevivientes para parejas y además las ocasiones en que las altas cortes han llegado al punto de dar entendimientos condicionados a la norma para no expulsarla del ordenamiento jurídico, lo que implica un desfile por el fino lindero que separa lo judicial de lo legislativo. Por otro lado se realizó un comparativo de la jurisprudencia de las cortes de cierre concluyendo que el tema lejos de ser pacífico está en su punto más álgido, con posturas abiertamente contrarias, exigencias disímiles para casos idénticos y en suma un estado de cosas preocupante que abre la puerta a que las controversias judiciales sean resueltas dependiendo del juez que reciba el caso y su postura frente al tema, teniendo respaldo argumentativo en uno y otro sentido, en los divergentes precedentes de sus superiores funcionales. Tal situación reclama una solución que permita volver pacífico el entendimiento de este derecho pensional que toca fibras bastante sensibles en la sociedad y que protege a las familias en estado de vulnerabilidad.

Posteriormente, se materializaron unas propuestas de reforma con fundamento en los hallazgos, literatura, principios del Derecho de la Seguridad Social y fundamentalmente criterios de igualdad material, justicia, libertad, seguridad jurídica, equilibrio financiero del sistema y sobre todo para armonizar el ordenamiento colombiano con los requisitos de la esencia de la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del primer grado.

La construcción de tales ideas propositivas procuró brindar una protección efectiva a los miembros del grupo familiar que se enfrentan ante la falta de un ser querido que además de la congoja, sentimientos de compunción y tristeza, ponga en riesgo la garantía del mínimo vital del hogar y derive en la insatisfacción de necesidad individuales y colectivas de tal núcleo humano, también buscó incentivar a que los afiliados y pensionados mantengan actualizado su registro de beneficiarios ante la entidad de la seguridad social, se trató de evitar que la prestación económica se convirtiera en un botín preciado para personas que algunas vez compartieron la vida con el occiso pero años atrás había decidido poner punto final a su lazo afectivo y familiar y cuyas necesidades no eran satisfechas por el fallecido.

Un logro teórico y académico de la propuesta es que deslindó la concepción de pensión de sobrevivientes de la idea de herencia, legado, transmisión de patrimonio del causante a sus herederos o legatarios, para definirla como una cobertura propia del sistema y no derivada de la voluntad o el peculio del fallecido, de manera que los sujetos objeto de protección no vean conculcados sus derechos bajo figuras propias de legislaciones ajenas como el derecho civil y el derecho de familia.

Finalmente se plasmaron los resultados en un texto normativo que reemplace al vigente, con todos los ingredientes aquí descritos.

GLOSARIO

AFP: Administradoras de Fondos de Pensiones (Colombia)

ART.: Artículo

BEP: Beneficio Económico Periódico (Colombia)

BID: Banco Interamericano de Desarrollo

CAP: Capítulo

CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe

CSJ Corte Suprema de Justicia

DANE: Departamento Administrativo Nacional de Estadística (Colombia)

FMI: Fondo Monetario Internacional

ISS: Instituto de Seguros Sociales (antes ICSS)

ICSS: Instituto Colombiano de Seguros Sociales

LIT: Literal

MP: Magistrado ponente

NUM: Numeral

OCDE: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos OIT: Organización Internacional del Trabajo PEA: Población Económicamente Activa PIB: Producto Interno Bruto

OIT: Organización Internacional del Trabajo

ONU: Organización De Naciones Unidas

RAD: Radicación

RAIS: Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (Colombia)

REF: Referencia

RPM: Régimen de Prima Media con Prestación Definida (Colombia)

SMLMV: Salario mínimo legal mensual vigente

SL: Sentencia de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia

STL: Sentencia de tutela de la sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia

SU: Sentencia Unificadora

ST: Sentencia de Tutela

Capítulo I

Marco Conceptual del Derecho de la Seguridad Social

1.1. Aproximación al concepto de seguridad social 1.1.1. Importancia del derecho de la seguridad social en el mundo 1.1.2. Evolución histórica de la seguridad social 1.1.3 Delimitación de la cobertura de los sistemas de seguridad social 1.1.4. El rol de la seguridad social en las problemáticas sociales en el ámbito mundial 1.2 Sistema de seguridad social en Colombia 1.2.1. Evolución histórica 1.3. Seguridad social en pensiones en Colombia 1.3.1. Pensión de vejez 1.3.2. Pensión invalidez 1.3.3. Pensión de sobrevivientes

1.1. APRÓXIMACIÓN AL CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL

Una aproximación a los orígenes de la seguridad social lleva a estudiar diversas posturas doctrinarias que han considerado que el ser humano intenta atender sus necesidades, acudiendo a su propio esfuerzo, mediante el: *trabajo que le proporciona recursos para satisfacerlas*, pero su capacidad de previsión, así como el principio de solidaridad *le ofrecen mecanismos para la atención de las necesidades sociales* (Arenas Monsalve, 2018).

El maestro Cañón Ortegón (2017a) refiere que *la relación de protección tiene por objeto el suministro integral de los recursos, servicios o beneficios necesarios para atender las necesidades que se presenten cuando ocurre alguno de los infortunios previstos*. Dijo además que *esta relación se traduce en el derecho que tiene el afiliado o el beneficiario a recibir prestaciones asistenciales y económicas, servicios, en correspondencia con la naturaleza de la lesión sufrida o de las necesidades generadas por el hecho acaecido y acerca del sujeto*, y puntualizó que la persona es la beneficiada del sistema percibiendo prestaciones económicas o mediante el uso de servicios para el restablecimiento de su salud o su situación de vulnerabilidad.

Mendizábal Bermúdez (2019) frente al particular considera que la seguridad social es la *conciencia organizada de un pueblo y debe proteger en forma de un seguro o una técnica de protección social a los individuos frente a cualquier riesgo social* e hilvana diciendo que *ha evolucionado en cada país según las necesidades que le ha marcado su propia historia*.

La seguridad social integral es concebida como un fenómeno importante de las sociedades modernas, Cañón Ortegón (2017b) entiende que la misma desfila con el individuo como su sombra pues lo acompaña desde el comienzo de su existencia, durante todos los momentos y etapas de su

vida y para quienes de ellos dependían al momento de su muerte, refiriéndose a que se encuentra presente desde la concepción, pasando por la niñez, la adolescencia, la etapa productiva y hasta la muerte, permeando aspectos fundamentales como el nacimiento, la constitución de una familia, el desempleo, la enfermedad, la senectud y las consecuencias del fallecimiento en la familia.

Arenas Monsalve (2018, citando a Almansa Pastor, 1984) considera que el hombre procura la satisfacción más precaria de las necesidades sociales a través de medidas asistenciales o caritativas, en sus modalidades familiares, privada o pública, posteriormente se encuentra la previsión social que se traduce en: *la capacidad del hombre de prever o ver anticipadamente las necesidades, para encontrarles solución*, siendo el ahorro, el mutualismo y el seguro privado sus manifestaciones por excelencia y el mismo autor concluye que posteriormente, aparece el seguro social que: *acoge la técnica básica de seguro privado pero con criterio social y mediante una decidida acción estatal intervencionista*, y puntualiza el autor indicando que finalmente aparece la seguridad social como: *instrumento de protección ideal y universal* para la solución de las necesidades sociales, con posterioridad se detallará cada una de estas etapas.

El derecho a la seguridad social fue también incluido en la declaración universal de los derechos humanos, cuyo artículo 22, establece que: *Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.*

Otra concepción de seguridad social establece que es una modalidad de actuación administrativa orientada a compensar la pérdida de rentas de trabajo mediante prestaciones, sobre todo dinerarias, que el Estado financia, bajo la siguiente premisa, *compensar la pérdida de rentas de trabajo. Precisamente porque de estas rentas es de lo que vive la inmensa mayoría de la población, resulta lógico que se presuma que su pérdida les ocasiona a los ciudadanos una «situación de necesidad», tanto por defecto de ingresos (en casos de incapacidad, desempleo, jubilación, etc.) como por exceso de gastos (por ejemplo, por nacimiento de hijos), ante la que no cabe que los poderes públicos permanezcan impasibles* (Martínez Girón y otros, 2008).

A su turno la Organización Internacional del Trabajo (1976), establece que la seguridad social es: *una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra*

manera derivarían de la desaparición o de una fuerte reducción de sus ingresos como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos.

El tratadista Arce Cano (1972) define la seguridad social como un *instrumento jurídico y económico que establece el Estado para abolir la necesidad y garantizar a todo ciudadano el derecho a un ingreso para vivir y a la salud, a través del reparto equitativo de la renta nacional y por medio de prestaciones del seguro social, al que contribuyen los patronos, obreros y el Estado, por medio del subsidio a las pensiones, amparo a los riesgos profesionales y sociales, sobre todo ante la falta o insuficiencia de ganancia para su sostenimiento y el de su familia.*

De lo expuesto por las varias vertientes del pensamiento en materia de Derecho Social, el concepto de seguridad social se podría definir como una de las más puras y transparentes manifestaciones de sensibilidad, humanidad y auto-conservación, donde el individuo entiende que es un ser social y que, bajo esa concepción, sus necesidades personales se convierten en necesidades sociales por la tendencia a la gregariedad y la necesidad de asociarse en comunidad para sobrevivir.

Bajo esos postulados, ese individuo es consciente que la natural forma de satisfacer sus carencias es por su propio esfuerzo personal como lo refiere Arenas Monsalve (2011), pero a la par, también comprende que sus fuerzas no son eternas y por el contrario son finitas y no será siempre capaz de proveer para sí y para sus allegados, por lo que desarrolla la capacidad de prever los riesgos futuros y toma las medidas necesarias para evitar su consumación o en caso de ser inevitables, que causen el menor traumatismo posible.

La suma de tales individuos con consciencia de pueblo (como diría la Dra. Mendizábal Bermúdez, 2019), hace que las sociedades creen un sistema de organismos, instituciones, políticas, requisitos, condiciones, prestaciones, sujetos beneficiados, etc., encaminados a procurar la atención de las consecuencias derivadas de las contingencias propias de cada de las etapas de la evolución del ser humano desde su nacimiento hasta su muerte (como lo refiere Cañón Ortegón, 2017b).

Conforme se ha esbozado, no es un concepto pétreo y anquilosado, ha sido progresivo y ha dado respuestas a las diferentes preguntas que han formulado los actores sociales fruto de sus

necesidades individuales y sociales, con mecanismos diversos como la asistencia, la previsión, el seguro privado, el seguro social y finalmente la seguridad social, hoy la necesidad mutó y los desafíos en esta materia están develándose generando la inquietud mundial y el activismo de distintos gobiernos y organizaciones internacionales como natural previsión o anticipación a lo que poco a poco se posiciona en nuestra cotidianidad y demanda recursos económicos importantes que deben ser proyectados por los estados conforme las necesidades de su población.

Hoy las necesidades y maneras de generar ingresos para su satisfacción son completamente distintas a las de hace 50 años, los niños que hoy nacen están destinados a trabajar en actividades que en la actualidad resultan inimaginables, la globalización, la revolución 4.0, fenómenos de la naturaleza y de la sociedad generan que la seguridad social deba repensarse continuamente y procurar anticiparse a las circunstancias de desprotección e insatisfacción de necesidades, puntualizando con la idea de la Dra. Mendizábal Bermúdez (2019) la seguridad social evoluciona conforme a las necesidades que marca la historia de cada país.

1.1.1 Importancia del Derecho de la Seguridad Social en el mundo

El estudio de la seguridad social entraña particular relevancia pues es una parte sensible e importante de la protección social y, como se ha venido sosteniendo, es el soporte de las sociedades ante el advenimiento de condiciones desfavorables para la vida individual, familiar, social, de las empresas y de los estados. Un sistema de seguridad social fuerte hace que se garanticen otros derechos humanos como la vida, la dignidad, la igualdad y la salud, los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de los adultos con mayor vulnerabilidad de la sociedad como son las personas en situación de discapacidad y los que han llegado a la senectud.

Sobre la importancia de la seguridad social la Organización Internacional del Trabajo (2001) indica que:

tiene una profunda repercusión en todos los sectores de la sociedad. Hace que los trabajadores y sus familias tengan acceso a la asistencia médica y cuenten con protección contra la pérdida de ingresos, sea durante cortos períodos en caso de desempleo, maternidad o enfermedad, sea durante períodos largos debido a la invalidez o a un accidente del trabajo. Proporciona ingresos a las personas durante sus años de vejez¹.

¹ Organización Internacional del Trabajo. (2001). Hechos concretos sobre seguridad social. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf

Por otra parte, también reviste especial importancia analizar los sistemas de seguridad social en salud en el mundo y en América Latina, pues uno de los principios que debe regir su actuar es procurar una mayor protección económica a las familias y que ello se vea reflejado en un menor gasto de bolsillo (o gasto privado en salud), pues es la única manera de evitar que los hogares puedan ver en riesgo su patrimonio y recursos en la atención de los riesgos asociados a su salud.

La Organización Mundial de la Salud estableció que cerca de la mitad de la población mundial carece de acceso integral a los servicios sanitarios básicos, cerca de 100 millones de personas se ven abocadas a la pobreza extrema por tener que pagar de su bolsillo los servicios de salud, es por eso que uno de los grandes compromisos de los estados es la cobertura sanitaria universal que:

..implica que todas las personas y comunidades reciban los servicios de salud que necesitan sin tener que pasar penurias financieras para pagarlos. Abarca toda la gama de servicios de salud esenciales de calidad, desde la promoción de la salud hasta la prevención, el tratamiento, la rehabilitación y los cuidados paliativos y proteger a las personas de las consecuencias financieras que puede tener el pago de los servicios de salud reduce el riesgo de que se empobrezcan a resultas de una enfermedad inesperada que exija la utilización de los ahorros de toda una vida, la venta de bienes o el recurso a préstamos, que pueden destruir su futuro y a menudo el de sus hijos.²

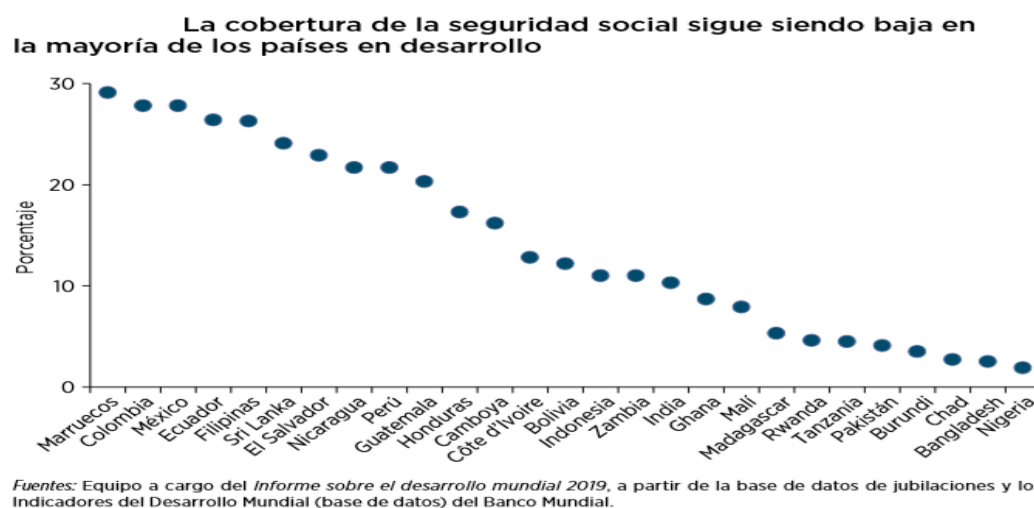
La importancia del estudio de la seguridad social también tiene repercusión en los niveles de cobertura mundial en la materia, pues muchos países han incorporado en sus derechos nacionales el sistema bismarkiano que adelante se detallará, el cual tiene una gran falencia y es que su ámbito de protección se encamina hacia los trabajadores formales y en países en desarrollo sigue siendo una aspiración, así lo consideró el Banco Mundial³, al referir que en los países de ingresos bajos solo el 18% del quintil más pobre está cubierto por el sistema de asistencia social y solo el 2% por la seguridad social. La situación no parece ser alentadora si se tiene en cuenta que el mercado del trabajo ha venido transformando a lo largo de los años, y las relaciones tradicionales fabriles son menos comunes por lo que su efectividad puede empezar a tener fracturas de gran consideración.

El Banco Mundial en su informe sobre el desarrollo mundial de 2019, consignó la siguiente tabla que ilustra la problemática de tal sistema:

² Organización Mundial de la Salud. (2019). Cobertura sanitaria universal. Recuperado de; [https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-\(uhc\)](https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-(uhc))

³ Banco Mundial, Informe sobre el Desarrollo Mundial 2019: La naturaleza cambiante del trabajo, cuadernillo del Panorama general, Banco Mundial, Washington, DC. Licencia: Creative Commons de Reconocimiento CC BY 3.0 IGO.

Gráfica 1
Cobertura de la seguridad social en el mundo



Fuente: Banco Mundial⁴

Es por ello que redunda en relevancia repensar cómo deben concebirse los sistemas de seguridad social en economías emergentes o pobres, lo que pone en duda que la seguridad social en el mundo deba cimentarse sobre la base de la relación del trabajo formal y dependiente.

Revisado el tema de las carencias, también existe una contraparte y es lo relativo a los recursos para cubrir esas necesidades y consecuencias de las contingencias sociales, pues resulta claro que tienen un fuerte impacto fiscal, en Colombia por ejemplo, la estabilidad financiera del sistema de seguridad social fue consagrado como un derecho de rango constitucional⁵ y por ello ha despertado tanto interés como preocupación en los gobiernos, los grupos económicos y los organismos internacionales.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe al analizar las reformas pensionales en América Latina indicó que la crisis económica y de la seguridad social promovió el interés de organismos financieros internacionales como el Fondo Monetario Internacional, el

⁴ Banco Mundial: recuperado el 1° de septiembre de 2019 de: <https://www.bancomundial.org/es/about/annual-report>

⁵ Acto legislativo 1 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política.

Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y la CEPAL, y los economistas empezaron a tener un papel más preponderante en la materia, introduciendo objetivos económico-financieros alegando principalmente que los sistemas pensionales:

...adolecen de graves defectos como: altas contribuciones sobre los salarios, evasión y mora, asignación inadecuada de recursos fiscales, inversión ineficiente y pérdida de oportunidades para aumentar el ahorro, pesada y creciente deuda pensional, estímulo al déficit fiscal y a la inflación y, por todo ello, impacto negativo en el crecimiento económico, la productividad y el empleo (Mesa Lago ,1996)

Tal visión e interés de economistas en estos aspectos de un resorte social hace que se genere una tensión entre la financiación y equilibrio del sistema con la garantía de los derechos de los más vulnerables, de manera que el reto no consiste en determinar cuál de los extremos gana el pulso pues en cualquiera de los escenarios habrían consecuencias terribles para las sociedades, sino en armonizar y lograr un sistema robusto y estructurado que tenga un equilibrio financiero y no se convierta en una carga insostenible que sea vista con malos ojos por los gobiernos.

A su turno la OIT, indicaron que las reformas como las concebidas por los organismos económicos internacionales, los problemas serían mayores pues:

...crearía incertidumbre social (porque el monto de las pensiones dependerá de factores macroeconómicos impredecibles, como la inflación, el retorno del capital, el desempeño del PIB), complejidad de las decisiones que deben tomar los asegurados (cuál tipo de pensión escoger en el momento del retiro), pensiones mínimas insuficientes para cubrir las necesidades básicas, introducción de desigualdades en las pensiones por razón del sexo, y carga doble sobre los asegurados actuales (para financiar sus pensiones y el déficit provocado por el cambio de sistemas).⁶

De lo anterior, se concluye que el estudio de la seguridad social es fundamental en las sociedades modernas, pues es tiene una triple dimensión al ser un derecho, una herramienta y un fin en sí misma, siendo una de las respuestas más claras a las grandes carencias que compungen a un gran porcentaje de la población mundial, adicionalmente, su estudio y análisis entraña gran importancia en los debates actuales ya que se erige una dualidad entre la economía y los derechos, la sostenibilidad financiera y las garantías sociales, resultan ser tópicos sensibles y delicados que requieren desarrollos científicos y académicos que permitan lograr un equilibrio y miradas alternativas a las futuras reformas legislativas de los estados.

El grado de importancia es tal, que tiene sumida a américa latina en un creciente proceso de agitación social, países como Chile, Ecuador y Colombia, en la segunda mitad del año 2019,

⁶ Mesa Lago, C (1996) p.75

han tenido procesos de insurrección para exigir de sus gobiernos tanto la revisión de las políticas en esta materia, como para impedir que entren en las agendas legislativas reformas peyorativas que reduzcan de manera sensible la protección social.

1.1.2 Evolución histórica de la seguridad social

Sin el ánimo de recabar en detalles sobre las distintas instituciones que fueron el germen de lo que hoy conocemos por seguridad social, sí es importante indicar que los orígenes se remontan a las primeras figuras del derecho basados en la solidaridad como pilar esencial para cubrir algunas de las necesidades de una determinada población.

Es así como el Dr. Arenas Monsalve (2018) relata el surgimiento de *collegias*⁷, *guildas*⁸, *cofradías*⁹, *corporaciones de oficios*¹⁰, y que en América precolombina también existieron vestigios de organizaciones para el beneficio colectivo para que nadie padeciera de hambre o desnudez, finalmente refiere que en el derecho indiano¹¹ existieron reservas de las ganancias para *aliviar las necesidades de los indios, pagar sus tributos, atenderlos en sus enfermedades y financiar las cosechas y desarrollo de la comunidad, mediante la compra de semillas, instrumentos de trabajo, bestias de carga y ganado*

En palabras de Ávila López (2016) citando a Wilches (1982) *estas organizaciones no tenían un verdadero carácter de obligatorias ni mucho menos de generosidad, puesto que eran organizaciones cerradas que propendían por los intereses de grupo o de gremio o de profesión o de religión, según el caso.*

Posteriormente con el liberalismo y el individualismo, los estados no intervenían en la economía y cada individuo era el responsable por su situación personal y la de su familia, por lo que *las únicas medidas de solución de necesidades sociales, surgidas también del grupo social, son principalmente la asistencia, el ahorro y el mutualismo.* Finalmente, con la concepción intervencionista de los estados se concibe la necesidad de superar necesidades sociales, se adoptan

⁷ Entidad con fines religiosos y de ayuda mutua por medio de auxilios funerarios y para viudas y huérfanos.

⁸ Instituciones de asistencia mutua entre los miembros de la asociación, para enfermos, educación para huérfanos, apoyo económico por miseria.

⁹ Hermandades para brindar auxilio a sus miembros, por enfermedad, asistencia médica, auxilios invalidez, vejez, accidentes o muerte.

¹⁰ Instituciones creadas por mercaderes y artesanos para garantizar la calidad de sus productos y servicios, atendían enfermedades, desocupación o incapacidad.

¹¹ Arenas Monsalve, (2018, citando a Liévano Aguirre, 1895)

de medidas protectorias, se restringen algunas libertades individuales y se imponen obligaciones sociales basadas en principios de solidaridad. (Arenas Monsalve, 2018)

La evolución histórica necesariamente debe contener la referencia a los sistemas alemán e inglés de seguridad social.

En primer lugar, para hablar del sistema alemán es necesario recabar en lo relativo al modelo de Otto von Bismark en 1883, que surgió a raíz de tres aspectos sociales claramente identificables, como lo indica Ávila López (2016) citando a Palomar (1993):

a) la existencia de una estructura demográfica peculiar (en Alemania, prácticamente, se duplica la población de 1810 a 1890); b) el desarrollo de una creciente industria que genera nuevas necesidades sociales apegadas a la protección de una mayor población laboral y, c) la aparición de un proletariado urbano de notable importancia cuantitativa que, además, se organiza corporativamente y comienza la lucha por obtener determinadas conquistas sociales

Lo anterior motivó al canciller a diseñar un sistema que mejorara las condiciones de la clase obrera para conjurar la crisis, morigerar la agitación social y apaciguar a las masas, y creó el sistema alemán de seguros sociales, expresa Arenas Monsalve (2018) que mediante la expedición de la *Ley 15 de 1883 organizó el seguro de enfermedad; la del 6 de julio de 1884 el seguro de accidentes de trabajo; y la de 22 de junio de 1889, el seguro de invalidez-vejez*, y posteriormente, un seguro de supervivientes del trabajador que fallece (1920. De las 3 circunstancias antes mencionadas, una frase resume el verdadero interés del gobierno, sin embargo, sentó las bases para los actuales sistemas de seguros sociales, dicha prosa rezaba: *Por caro que resulte el seguro social, resulta menos gravoso que los costos de una revolución* (Cortés González, 2009)

Tal esquema entraña un esquema de seguro obligatorio, para proteger a los trabajadores de industria con salarios bajos, con cargo a los empleadores, aseguradores y el Estado, las prestaciones económicas se garantizan con los futuros recursos del aseguramiento (intergeneracional), y la póliza se paga con aportes de empleador y trabajadores mediante retenciones mensuales, no hay selección de riesgo, ni primas diferenciales. (Arenas Monsalve, 2018)

En Gran Bretaña en el año 1941, según relata Cañón Ortegón (2017b) se encargó a un comité para revisar los sistemas de seguridad social existentes, principalmente por los problemas de miseria y desempleo y con base en ello rendir un informe. Dicha comisión fue encabezada el

señor William Beveridge y concibió un sistema no contributivo, financiado prioritariamente con impuestos.

Cortés González (2009) indica que: *el método principal es el seguro obligatorio, con asistencia pública y seguros voluntarios como sistemas subsidiarios* además refiere que el plan contiene: *servicios completos de salubridad, atención médica, convalecencia y restablecimiento, y continuidad en el trabajo*, como fundamento del mismo se establece que la lucha contra la pobreza es responsabilidad del estado, pero los particulares son llamados a la solidaridad. Refiere además el autor que el plan amplía la órbita de protección a los no trabajadores, siendo un importante avance en materia de cobertura y protección, procura la universalización y entraña subsidios públicos financiados con impuestos. El sistema procura la uniformidad y homogeneidad, por lo que no estimula los regímenes especiales para sectores de población

Finalmente, también es importante mencionar que el informe agrupó todas las instituciones, con un sistema de recaudo único, para garantizar todos los riesgos, simplificando los distintos procesos (Arenas Monsalve, 2011). El informe Beveridge fue base de diversos sistemas de seguridad social en el mundo y en la actualidad, varios países conservan parte importante de sus principios y características y características.

Diferentes cartas de derechos también tuvieron incidencia en el proceso evolutivo de la materia, y resultan de obligatoria mención para tener una referencia del marco histórico que rodeó la materia.

Con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, la asamblea nacional (1789) consideró que: *la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos* y posteriormente incluyó como derechos sagrados del hombre y del ciudadano, naturales e imprescriptibles los de igualdad, propiedad y seguridad (art.2) y luego en la Declaración de los derechos del hombre (1793) que sirvió como preámbulo de la Constitución Francesa de 1793, entendió que la Seguridad consiste en la protección acordada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, sus derechos y de sus propiedades (art. 8).

En la Conferencia de la OIT (1944), se realizó la Declaración de Filadelfia y se atribuyó como obligación de los estados garantizar los ingresos básicos de los más vulnerables y prestar asistencia médica completa, por medio de la seguridad social.

Tanto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) como en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), se establece que todo hombre (persona) tiene derecho a la seguridad social, particularmente la primera indica que la finalidad es: *protegerse de las consecuencias de la desocupación, vejez, incapacidad, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilita física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia*

La anterior revisión histórica marca las principales manifestaciones sociales encaminadas a la satisfacción de las necesidades individuales y sociales de la población y como a lo largo de la historia el hombre ha encontrado distintas respuestas a los interrogantes que le ha planteado el devenir político, social y económico de los pueblos, es importante resaltar que no todos los países han adoptado los mismo esquemas de protección y ello resulta apenas comprensible pues se trata de diferentes realidades y necesidades, sin embargo, tampoco es extraño que se adopten esquemas foráneos que no garantizan la satisfacción de las necesidades la población lo que redundo en desigualdad, inequidad y pobreza, el mundo sigue cambiando y las naciones deben adaptarse a su acelerado movimiento, así mismo ha ocurrido, sigue ocurriendo y debe ocurrir con el derecho de la seguridad social.

1.1.3 Delimitación de la cobertura de los sistemas de seguridad social

La seguridad social acorde con las definiciones que se ilustraron al inicio de este estudio, procura servir de apoyo y garantía a los individuos y los colectivos en todas las etapas de su vida desde la concepción y aún después de la muerte. Cañón Ortigón (2017a) establece que:

un concepto moderno de seguridad social debe inspirarse en principios propios de solidaridad, universalidad, integralidad y justicia conmutativa o distributiva, tener una cobertura amplia de la población, de los riesgos o contingencias que la pueden afectar y de los beneficios que se pueden otorgar dependiendo de la política de cada estado y de los recursos económicos disponibles en la sociedad.

De lo anterior, se concluye que las coberturas de los sistemas de seguridad social, dependen de las necesidades de la población, de su política de estado y de los recursos para brindar cobertura,

un esbozo de ello lo encontramos en Nielgs Plau & Jon Kavis (1996, citado por Cañón Ortégón 2017b), donde clasifica los modelos de seguridad social dependiendo del tipo de ideología así:

Tabla 1
Características de los Sistemas de Seguridad Social

Modelos Ideología	Selectivo Conservador: Alemania y Francia	Residual Liberal: Inglaterra y Holanda*	Comprensivo Socialdemócrata: Suecia, Noruega y Finlandia
Objetivos:	– Garantizar los estándares de vida previos a la jubilación. – Promover el valor del trabajo, el Estado y la familia – Promover las diferencias de estatus.	– Garantizar un nivel de vida de subsistencia. – Promover el trabajo ético y eficiente. – Promover la igualdad de oportunidades.	– Garantizar ciertos niveles de vida. – Promover la nacionalidad y la ciudadanía.
Significado	– Compensación por la pérdida económica.	– Atender las necesidades económicas mínimas.	– Prevención de las necesidades.
Población protegida:	– La población que trabaja, por ejemplo, los comerciantes.	– La población con necesidades básicas.	– Prevenir las necesidades económicas.–
Beneficios:	– Derechos según trabajo.	– Seleccionando según las necesidades.	– Derecho Universal
Cobertura:	– Según la posición social o económica: ocupación familiar, etc.	– Individual.	– Individual
Criterios para calcular el monto de los beneficios	– Ingresos o salarios obtenidos y contribuciones hechas.	– Selección según necesidades.	Con necesidades y ausencia de recursos.
Administración	– Representantes de los empleadores, los trabajadores y el Estado.	– Instituciones estatales.	– Instituciones estatales.
Fuente de financiamiento	– Contribuciones o aportes a la seguridad social.	– Impuestos.	– Impuestos.
Sistemas de financiación	– Fondos de capitalización a largo plazo.	– Reparto, según necesidades.	Reparto según necesidades.

* Son modelos combinados: comprensivo y residual.

Fuente: Cañón Ortégón (2017b)

Así las cosas, las coberturas del sistema de seguridad social estarían íntimamente relacionadas con el modelo político y económico de cada estado, puede ser proteccionista y con gran intervención estatal o un estado no interventor donde cada individuo sea libre y responsable de sus propias necesidades y coberturas, en palabras de la Dra. Mendizábal Bermúdez (2019) evoluciona en cada país según las necesidades que le ha marcado su propia historia.

No obstante, lo anterior, no puede dejarse de lado el gran interés de los diferentes organismos internacionales y estados para cumplir los objetivos que se han trazado en las diferentes cumbres mundiales donde, como se ilustró en precedencia, cumple un papel

trascendental tanto la protección social como la seguridad social, es por esto que se crearon unos pisos mínimos de derechos a la seguridad social por parte de la OIT, mediante la recomendación 202 de 2012, tal ámbito de protección se enmarca de la siguiente manera:

4. Los Miembros, en función de sus circunstancias nacionales, deberían establecer lo más rápidamente posible y mantener pisos de protección social propios que incluyan garantías básicas en materia de seguridad social. Estas garantías deberían asegurar como mínimo que, durante el ciclo de vida, todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una seguridad básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional.

Por lo expuesto, los sistemas de seguridad social en el mundo deben contemplar las coberturas necesarias y mínimas para atender las contingencias que puedan presentar sus respectivas poblaciones, así las cosas, se realizará un sucinto análisis de las diferentes coberturas que han consagrado los sistemas de seguridad social dependiendo de la necesidad de sus sociedades.

1.Desempleo

Se caracteriza por el cese de una actividad laboral productiva, por esta vía el individuo pese a encontrarse en capacidad de proveerse sus sustento se deslinda del mercado productivo y por ello cesa la percepción de ingresos lo que pone en riesgo la satisfacción de sus necesidades básicas, familiares y sociales, Cañón Ortegón (2017b) refiere que ocurre cuando se: *presentan hechos involuntarios en el medio laboral que determina la condición de desempleado, cesante o desocupado involuntario, los individuos se ven enfrentados a carencias de tipo personal, económico, familiar, etc., que pueden demandar asistencia o la protección de la seguridad social y que algunos sistemas de seguridad social y protección tratan de solucionar con prestaciones que se otorgan por concepto de cesantías, seguros o subsidios de desempleo....*

En Colombia, existen diversos mecanismos de protección al cesante, Arenas Monsalve (2018) refiere que se destacan el subsidio al desempleo, el servicio público de empleo, capacitación en competencias básicas y laborales específicas, ahorros de las cuentas de cesantías de los trabajadores, promoción del emprendimiento y desarrollo empresarial. Es importante anotar que existe un Fondo de Solidaridad de fomento al Empleo y Protección al Cesante, y los beneficios consisten en realizar los aportes a los sistemas de salud y pensión, se otorga una el subsidio

familiar, un beneficio monetario y un bono de alimentación, todo gestionado por medio de las Cajas de Compensación Familiar.

2. Enfermedad

La doctora Mendizábal Bermúdez (2019) acudiendo a la legislación austriaca indica que la enfermedad es: *odo estado anómalo del cuerpo o de la mente, que hace indispensable tratamiento médico*, bajo tal ilustración se entiende que es la perturbación de las capacidades físicas o psíquicas del ser humano, que afecta su salud al punto de requerir apoyo de otros, para su rehabilitación como para la satisfacción de las necesidades.

Arenas Monsalve (2018) indica que la asistencia médica por enfermedad es *la prestación más importante de la seguridad social, de modo que el Convenio 102 de la OIT, conocido como norma mínima de la seguridad social, señala que la asistencia médica debe tener por objeto conservar, restablecer o mejorar la salud de la persona protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales*

El mencionado Convenio 102 de la OIT, citado por Arenas Monsalve precisa que la asistencia médica debe comprender como mínimo: *asistencia médica general, la asistencia por especialistas, el suministro de productos farmacéuticos esenciales, la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal* y el Convenio 130, agregó: *la asistencia odontológica y la readaptación médica, incluidos aparatos de ortopedia y prótesis*

De lo referido se desprende que cuando acontece la enfermedad hay lugar a que el individuo reciba del sistema de seguridad social una atención asistencial que debe ir desde la promoción, la prevención, el derecho al diagnóstico hasta la rehabilitación, no obstante, los sistemas de seguridad social también deben comprender una protección económica del individuo y por ello existen los subsidios por incapacidad temporal, son prestaciones en dinero que se entregan al afiliado y pueden estar sometidas a las condiciones de afiliación o a los periodos de cotización si es del caso. Los países también pueden determinar si esta órbita de protección opera para toda la población afiliada a salud o solo a los que realizan contribuciones mensuales.

3. Maternidad

La contingencia deriva del estado de gravidez de la mujer, sin que sea posible asimilarlo a una enfermedad, tiene una doble connotación de protección, para la madre y para el que está por nacer, Cañón Ortigón (2017b) indica que: *la concepción de un nuevo ser humano es un hecho trascendental en la vida de las personas para su existencia para la proyección de la especie humana. Tan pronto sucede, el nuevo ser se debe poner bajo conocimiento y protección de la sociedad y debe ser motivo de gran preocupación para la seguridad social con el objeto de garantizarle su cuidado y el de la madre*, con el objetivo de cubrir las necesidades que tengan antes, durante y después del parto, refiere el autor que es la protección al nuevo ser y a la madre debe ser: *la expresión más adecuada de la solidaridad humana*

De la anterior expresión se desprende que la atención en salud debe ser integral tanto para la madre, como para el hijo, no puede haber ningún tipo de barrera en los servicios asistenciales que reciba por su alto grado de vulnerabilidad, no obstante no solo se debe remitir a dicha protección, pues la madre y el padre también deben tener periodos de descanso para el cuidado del bebé y para garantizar el restablecimiento de la salud de la madre, por ello existen prestaciones económicas creadas para brindar descansos remunerados tanto al padre como a la madre, existen discusiones respecto a si dichos periodos derivan en discriminación de género porque al ser mayor la licencia de maternidad que la de paternidad, resulta más costoso para los empleadores emplear una mujer que un hombre, dicha discusión está al orden del día y si bien los beneficios para el padre han ido en aumento en las legislaciones locales, aún hay gran diferencia entre ambos periodos de descanso.

En México, también existen otras protecciones como los servicios de guardería, cuidado y protección del niño, relata la doctora Mendizábal Bermúdez (2019) que es un seguro de prestaciones en especie tales como: *servicio de guarda y custodia, el aseo del menor. Su alimentación, su educación y su recreación.*

Finalmente, si bien puede entenderse como una prestación laboral y no de la seguridad social, también es un mecanismo de protección y es la garantía de estabilidad y continuidad en el empleo, diversos ordenamientos incorporan, como manifestación del derecho a la igualdad y no discriminación, protecciones reforzadas para evitar que las mujeres en estado de embarazo sean separadas de su empleo.

4. Invalidez, Vejez y Muerte

Estas tres coberturas suelen ser las más conocidas y acontecen ante los fenómenos de la invalidez, la senectud y el fallecimiento, teniendo en cuenta que serán abordados más ampliamente en el siguiente acápite por ser la seguridad social en pensiones el objetivo del presente estudio, solo se anotará que en los tres eventos existen un riesgo de insatisfacción de necesidades básicas, familiares y sociales, del individuo o de su núcleo familiar o de ambos (salvo en el evento de la muerte), por la pérdida de la posibilidad de acceder al mercado productivo o por el desaparecimiento de la fuente de ingresos.

Para concluir debe indicarse que las políticas relativas a la seguridad social, requisitos, beneficiarios y condiciones de reconocimiento tendrán una íntima relación con el modelo de estado, conforme se referenció en la figura 5 y además con los recursos económicos del estado, sus prioridades, demografía, determinantes de la salud, entre otros factores, tomando mucha relevancia lo indicado por la Dra. Mendizábal, la historia de cada nación es la que marca el destino de su seguridad social.

1.1.4. El rol de la seguridad social en las problemáticas sociales en el ámbito mundial

La seguridad social en el mundo, como se vio en precedencia, nació fruto de grandes procesos sociales, económicos y políticos y sus objetivos no pueden ir al margen de las necesidades que fueron el germen de su nacimiento, crecimiento, evolución y estado actual. La seguridad social debe formar parte de la agenda política de todos los países del mundo y de las diferentes organizaciones internacionales caminando por senderos de universalidad, ampliación de cobertura, garantía de servicios sanitarios y salubridad, protección laboral, entre otros servicios complementarios para aquellos que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad.

La recomendación 202 de la OIT¹², ratifica que la seguridad social es un derecho humano, y es una necesidad para el desarrollo y el progreso, es además una herramienta importante para: *prevenir y reducir la pobreza, la desigualdad, la exclusión social y la inseguridad social, para promover la igualdad de oportunidades, la igualdad de género y la igualdad racial y para apoyar la transición del empleo informal al empleo formal*

¹² Organización Internacional del Trabajo, Recomendación 202 de 2012, recuperado el 10 de septiembre de 2019, de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R202

La mencionada recomendación, también consideró que la seguridad social *es una inversión en las personas que potencia su capacidad de adaptarse a los cambios de la económica y el mercado del trabajo, y los sistemas de seguridad social actúan como estabilizadores sociales y económicos*. Finalmente, la OIT concluye: *que la priorización de políticas destinadas a promover un crecimiento sostenible a largo plazo, asociadas a la inclusión social, contribuye a superar la pobreza extrema y reducir desigualdades y diferencias sociales dentro de las regiones y entre ellas*¹³

En ese sentido, las metas de la seguridad social caminan de la mano con los índices de pobreza, desocupación, informalidad, falta de cobertura en salud, hambre, inequidad y además de los impactos de la globalización, los cambios en el mercado del trabajo, los nuevos esquemas de trabajo digital, y su incidencia directa en la población, y, en suma, tiene una íntima relación con la forma como los seres humanos acceden a la satisfacción de sus necesidades básicas, por ello, la seguridad social debe tener como meta ser esa red de protección y garantía de condiciones y derechos mínimos de los ciudadanos del mundo.

Lo anterior, demanda la estructuración de unos pisos de protección que deben ser garantizados por los estados y como límite mínimo de garantía para la satisfacción de necesidades básicas orientadas a que: *durante el ciclo de vida, todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una seguridad básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional*.¹⁴

Una vez señalada la importancia de la seguridad social es necesario observar cuáles son las problemáticas que enfrenta y se referirá el precedente estudio a las que se consideran estructurales para su desarrollo, son:

1. Pobreza
2. Cobertura de en salud
3. Desempleo e informalidad

¹³ Consideraciones de la recomendación 202 de 2012

¹⁴ OIT, recomendación 202 de 2012, artículo 4, recuperado el 10 de septiembre de 2019, de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R202

Esos tres tópicos entrañan las problemáticas sociales que tienen una ascendencia fundamental en el ámbito de la seguridad social, pues tienen una afectación directa en las necesidades, la financiación y las coberturas que deben garantizar los sistemas de seguridad social.

Para dejar planteado el espectro de la problemática se abordará cada uno de dichos tópicos y su influencia en el Derecho de la Seguridad Social.

1. Pobreza

La situación de pobreza tiene una alta incidencia en todos los ámbitos de la seguridad social, pues claramente las carencias pueden verse manifiestas en todos los espectros de protección, ya que un individuo sin ingresos tiene todas sus necesidades básicas insatisfechas, las propias y las de su grupo familiar, no contribuye con el financiamiento del sistema, no va a poder acceder a una pensión si envejece, se invalida o muere, requiere más cobertura en salud pues se encuentra expuesto a más factores de riesgo denominados determinantes de la salud, ello se explica el informe Lalonde (1974, citado por Villar Aguirre, 2011) así:

En 1974 se publicó el INFORME LALONDE donde se expuso, luego de un estudio epidemiológico de las causas de muerte y enfermedad de los canadienses, que se habían determinado cuatro grandes determinantes de la salud, que marcaron un hito importante para la atención de la salud tanto individual como colectiva.

Estos determinantes son:

MEDIO AMBIENTE: relacionado a los factores ambientales físicos, biológicos, de contaminación atmosférica, de contaminación química, tanto del suelo, agua y aire, y los factores socio-culturales y psicosociales relacionados con la vida en común,

ESTILOS DE VIDA: Relacionados con los hábitos personales y de grupo de la alimentación, actividad física, adicciones, conductas peligrosas o temerarias, actividad sexual, utilización de los servicios de salud, etc.

BIOLOGIA HUMANA, relacionado a aspectos genéticos y con la edad de las personas.

LA ATENCIÓN SANITARIA: que tiene que ver con la calidad, accesibilidad y financiamiento de los servicios de salud que atienden a los individuos y poblaciones.

Bajo este panorama, un individuo o grupo familiar sin ingresos potencializa los riesgos para su estado de salud, pues no tiene acceso a agua potable, alimentación adecuada, cultura de prevención, atención sanitaria, entre otros riesgos que afectan sus condiciones de vida digna.

Un informe del Banco Mundial (2018) ilustró acerca de los índices de pobreza en el mundo, refiriendo que se ha mejorado ostensiblemente en la erradicación de la pobreza extrema, aunque es difícil que se cumpla con dicho objetivo para el año 2030, la gráfica resulta bastante diciente y marca un derrotero de las condiciones de pobreza en el mundo:

Tabla 2
Índices de pobreza en el mundo

La pobreza según la línea internacional de pobreza de USD 1,90 al día (PPA de 2011)

<i>Región</i>	<i>Índice de recuento de la pobreza (%)</i>		<i>N.º de pobres (millones)</i>	
	<i>2013</i>	<i>2015</i>	<i>2013</i>	<i>2015</i>
Asia oriental y el Pacífico	3,6	2,3	73,1	47,2
Europa y Asia central	1,6	1,5	7,7	7,1
América Latina y el Caribe	4,6	4,1	28,0	25,9
Oriente Medio y Norte de África	2,6	5,0	9,5	18,6
Asia meridional	16,2	12,4	274,5	216,4
África al sur del Sahara	42,5	41,1	405,1	413,3
Total mundial	11,2	10,0	804,2	735,9

Fuente: Banco Mundial¹⁵

De la gráfica se desprende la población continental y mundial que vive bajo la línea de pobreza de menos de 1.90 dólares al día, es decir que para el año 2015, el 10% de la población mundial se encuentra en condiciones de pobreza extrema, sin ningún tipo de garantía de sus necesidades más básicas, tales tópicos son precisamente los que están llamados a ser protegidos por la seguridad social y a mayor escala la protección social, de lo que deriva su importancia, interés y actualidad.

De lo anterior, se concluye que un flagelo que debe combatirse por parte de la protección social y la seguridad social es la situación de pobreza, mejorando los determinantes de la salud, brindando servicios sanitarios de calidad, otorgando prestaciones económicas y en especie por desempleo, por hijos menores, con atención a la primera infancia, protección a los adultos mayores, entre otras situaciones que ponen a la población pobre en situación de mayor vulnerabilidad y perpetúa la cadena de miseria en el mundo.

¹⁵ Banco Mundial: recuperado el 1º de septiembre de 2019, de: <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2018/09/19/decline-of-global-extreme-poverty-continues-but-has-slowed-world-bank>

No puede concebirse el éxito de un sistema de seguridad social con los indicadores de pobreza extrema ilustrados, por ello uno de los tópicos que siempre debe reposar en los escritorios de académicos y autoridades públicas es el manejo de estas condiciones de completa insatisfacción de necesidades básicas.

2. Cobertura en salud

La atención médica por enfermedad Arenas Monsalve (2018) la considera: *la prestación más importante de la seguridad social* tal y como se esbozó en las coberturas que debe proveer un sistema de seguridad social en salud, debe existir una garantía integral de rehabilitación y no puede depender de si se realizan o no contribuciones al sistema.

Refiere el autor que: *los problemas que la asistencia médica plantea al sistema de seguridad social son múltiples, y en buena medida dependen del nivel de desarrollo de los países*, el primero de ellos es la organización de la asistencia médica pues el estado debe decidir si presta el servicio de manera directa¹⁶ o lo hacer de manera indirecta con la contratación de prestadores de servicios¹⁷, plantea el doctrinante que ambos tienen bondades y desventajas pero que: *teóricamente no es claro cuál es el ideal*.

Otro aspecto importante es que la OIT en su Convenio 102, permite que los estados puedan establecer periodos mínimos de carencia o pago de aportes, también existes topes en dinero para los servicios de salud, tiempos de duración de la atención en salud, coparticipación del afiliado en la financiación de su atención asistencial¹⁸ (Arenas Monsalve, 2018)

La Organización Mundial de la Salud, ha elaborado un derrotero de lo que debe incluir la cobertura sanitaria universal (CSU) indicando que:

La cobertura sanitaria universal (CSU) implica que todas las personas y comunidades reciban los servicios de salud que necesitan sin tener que pasar penurias financieras para pagarlos. Abarca toda la gama de servicios de salud esenciales de calidad, desde la promoción de la salud hasta la prevención, el tratamiento, la rehabilitación y los cuidados paliativos.

La CSU permite a todos acceder a servicios que atienden las causas más importantes de las enfermedades y la muerte, y asegura que la calidad de esos servicios sea suficientemente buena para mejorar la salud de las personas que los reciben.

¹⁶ El estado asume la prestación del servicio con personal asistencial contratado, asumiendo la dirección, control, supervisión y responsabilidades de dicha prestación.

¹⁷ Clínicas, hospitales, y profesionales que ejercer autónomamente.

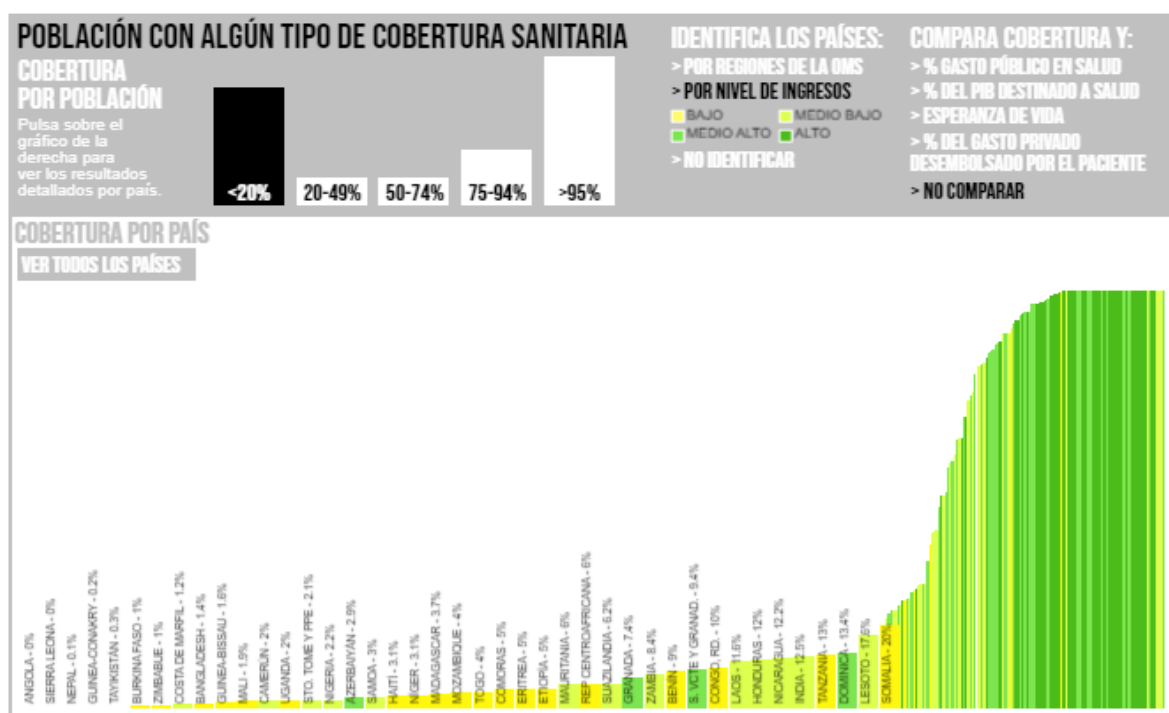
¹⁸ Denominado gasto privado o gasto de bolsillo.

Proteger a las personas de las consecuencias financieras que puede tener el pago de los servicios de salud reduce el riesgo de que se empobrezcan a resultas de una enfermedad inesperada que exija la utilización de los ahorros de toda una vida, la venta de bienes o el recurso a préstamos, que pueden destruir su futuro y a menudo el de sus hijos.

Lograr la CSU es una de las metas que se fijaron los países que adoptaron los Objetivos de Desarrollo Sostenible en 2015. Los países que progresan en el logro de la CSU también avanzarán hacia las demás metas relacionadas con la salud y los demás objetivos. La buena salud no solo hace posible que los niños aprendan y los adultos se ganen la vida y la gente escapen de la pobreza, sino que también sienta las bases para el desarrollo económico a largo plazo.¹⁹

Las cifras denotan una realidad preocupante, según la OMS, 1 de cada 7 personas no tiene acceso a sanidad básica, en un análisis de cobertura realizado por la entidad se pueden evidenciar países con 100% de cobertura, sin embargo, se procederá a ilustrar los índices más dicientes respecto de la problemática:

Gráfica 2
Cobertura sanitaria en el mundo



Fuente: OMS y OIT²⁰

¹⁹ Informe sobre la cobertura sanitaria universal año 2019, recuperado el 5 de diciembre de 2019, de: [https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-\(uhc\)](https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-(uhc))

²⁰ Diario el Mundo de España, *Hasta dónde llega la cobertura sanitaria de cada país*, recuperado el 5 de diciembre de 2019, de: <https://www.elmundo.es/grafico/salud/2015/07/27/55b3a4dcca4741343d8b457c.html>

Conforme al gráfico, países como Angola y Sierra Leona tienen un 0% de cobertura en servicios sanitarios y cerca de 33 países no alcanzan a tener un 10% de garantías mínimas en servicios de salud, tales índices coinciden con los países que tiene bajos ingresos (indicador amarillo) lo que ilustra que los índices de pobreza del país tienen una incidencia directa en la cobertura en servicios sanitarios, ello sumado a que tampoco las familias tienen ingresos suficientes para proveerse atención en salud con gasto de bolsillo implica que son países donde la insatisfacciones necesidades básicas está a la orden del día.

El panorama planteado, ilustra con claridad las necesidades mundiales en materia de atención en salud, siendo el Derecho a la Seguridad Social la disciplina llamada a brindar soluciones efectivas a los flagelos que compunguen la población mundial más vulnerable.

Retomando lo dicho al inicio del análisis de las coberturas en salud, si se entiende que la cobertura sanitaria básica es el más importante de los objetivos de la seguridad social, en palabras de Arenas Monsalve, los visores deben apuntar a esa problemática de falta de cobertura e incluso la cobertura en condiciones de inequidad, pues también son factores fundamentales en el devenir de esta materia.

3. Desempleo e informalidad

Conforme se ha venido ilustrando, desde el principio de los tiempos el hombre ha procurado satisfacer sus necesidades básicas individuales con el fruto de su esfuerzo, es decir que es el primer llamado a procurar por su auto-conservación, no obstante, las condiciones económicas de los países, los bajos niveles de educación, la desaparición de puestos de trabajo y los cambios permanentes en el mercado laboral tienen un fuerte impacto en la empleabilidad. Teniendo en cuenta que buena parte de los recursos de la seguridad social deviene de la contribución de empleadores y trabajadores, la inexistencia de esos dos extremos causa un impacto directo en materia de seguridad social.

Por otro lado, la economía informal ha ganado terreno en el mundo por dos factores, en primer lugar, por la carencia de fuentes de empleo y en segunda medida porque las nuevas tecnologías exigen del mercado otro tipo de competencias y entrañan un nuevo esquema de contratación.

Abordando de manera tangencial la temática y sin ánimo de profundizar sobre tales aspectos, la irrupción de las nuevas tecnologías en el mercado mundial tiene un efecto directo en las formas de contratación, no son pocos los ejemplos de trabajo humano donde no existe contacto directo entre quien contrata y quien presta los servicios.

En el trabajo académico realizado por Acosta, López & Millán (2019), denominado El sistema pensional colombiano y el empleo en la era de las plataformas digitales, se refirió el tema de la siguiente manera:

En este contexto de un nuevo modelo de industria, uno de los desarrollos más importantes que se han tenido a nivel global ha sido el de la plataforma digital, pues esta ha transformado nuestra vida cotidiana a través de una comunicación instantánea, global y de uno-a-muchos, mejorando los entornos industriales gracias a una interacción mejorada que favorece la colaboración y la innovación. Gracias a estas plataformas, los modelos de producción han sufrido profundas modificaciones que se perciben en asuntos como el la demanda de bienes o servicios a través de aplicaciones informáticas, lo que ha comportado a un nuevo paradigma de empleo denominado trabajo de demanda a través de aplicaciones.

El trabajo de demanda a través de aplicaciones o work on demand via apps, se refiere a actividades físicas o servicios que se realizan localmente y cuya transacción se efectúa por internet por medio de aplicaciones que concretan la demanda en el suministro de mano de obra en una zona delimitada. Este tipo de modelo de producción y de empleo, es quizá uno de los elementos más disruptivos dentro de las lógicas de trabajo subordinado que normalmente se han desarrollado en los sistemas jurídicos globales, pues la hiperlibertad bajo la que en principio se han desarrollado, ha generado un replanteamiento del entendimiento de las relaciones de trabajo.

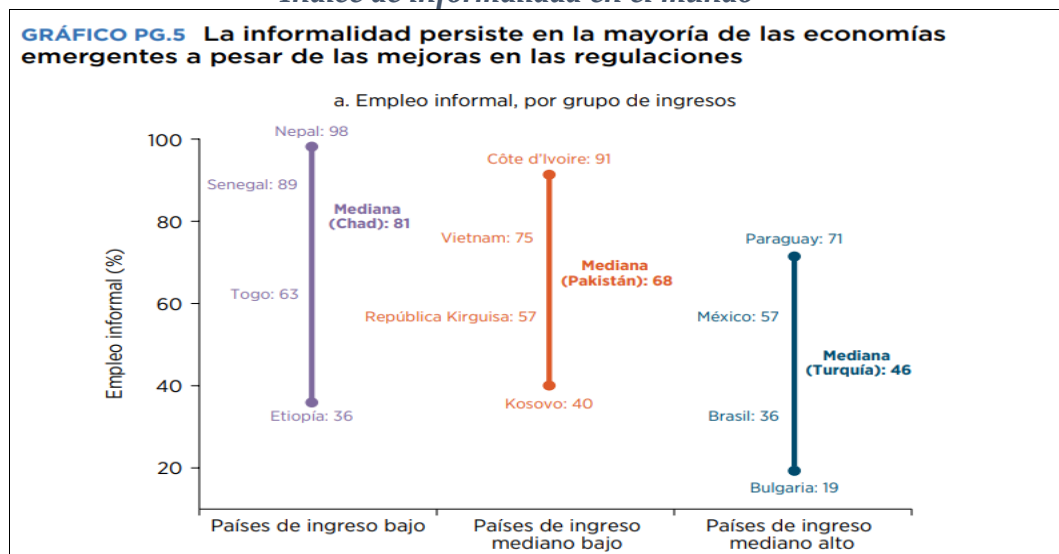
De lo anterior, emana la clara evidencia de que los fenómenos de las sociedades modernas, tienen un impacto sensible en los sistemas de seguridad social basados en el aporte tripartito del estado, los empleadores y los trabajadores, lo que desemboca en la última problemática propuesta en este trabajo.

El Banco Mundial expresó que incluso en las economías avanzadas, el modelo de seguridad social basado en deducciones de nómina pierde cada vez más vigencia dadas las modalidades de trabajo que no dependen de un contrato de empleo estándar²¹. Esa interrelación

²¹ Banco Mundial (2019), Informe sobre el Desarrollo Mundial 2019: La naturaleza cambiante del trabajo, cuadernillo del Panorama general, Banco Mundial, Washington, DC. Licencia: Creative Commons de Reconocimiento CC BY 3.0 IGO.

entre la seguridad social y el empleo tradicional, hace que los altos índices de informalidad tengan una incidencia capital en la materia, el Banco Mundial ilustró la siguiente gráfica:

Gráfica 3
Índice de informalidad en el mundo



Fuente: Banco mundial²²

Bajo ese panorama, si el esquema de seguridad social se encuentra cimentado en una base contributiva y basado en un esquema fabril de trabajo dependiente los recursos del sistema se encuentran en grave riesgo y si a ello se le suma la destrucción de los empleos ante la inminente llegada de la revolución tecnológica²³, se avanza a pasos grandes hacia una crisis social de inéditas proporciones. Por otra parte, también existen factores que influyen en la cobertura del sistema de seguridad social como los políticos o las prioridades del estado como se pasa a observar.

Por lo anterior, se considera que las problemáticas mundiales que más afectan la satisfacción de necesidades básicas y el rol de la seguridad social en el mundo, son la falta de cobertura en salud, el desempleo y la economía informal y la pobreza extrema, el primero por ser la medida de saneamiento básico y el piso esencial de protección en cualquier población mundial que garantiza su pervivencia y el disfrute de otros derechos humanos, el segundo por ser la principal fuente de recursos individuales y familiares para la provisión del sustento y además

²² Banco Mundial (2019), Informe sobre el Desarrollo Mundial 2019: La naturaleza cambiante del trabajo, cuadernillo del Panorama general, Banco Mundial, Washington, DC. Licencia: Creative Commons de Reconocimiento CC BY 3.0 IGO.

²³ Se espera que la digitalización de la industria genere la desaparición de 7,1 millones de empleos en los 15 países más industrializados del mundo y la creación de 2,1 millones de nuevas posiciones para 2020, la mayoría relacionados con las nuevas capacidades y habilidades digitales

porque muchos sistemas de seguridad social se basan en el modelo alemán donde la contribución de los trabajadores y empleadores es la principal fuente de financiación del sistema, y finalmente porque el tercer aspecto es el que más importante resulta la intervención de los estados y la expresión de los principios de solidaridad y humanidad pues se trata de poblaciones con un alto índice de necesidades básicas insatisfechas, siendo tales contingencias la esencia de la existencia de la disciplina que hoy se estudia.

Existen muchas problemáticas que pueden resultar importantes pero las tres referidas dan cuenta de los pilares fundamentales de cualquier sistema de seguridad social en el mundo: la población objetivo, las garantías básicas y los mecanismos de financiación de las prestaciones.

La importancia de estos tópicos se puede ver relegada en la Agenda 2030, para el Desarrollo Sostenible, ya que esta entraña un componente importante de justicia social, los 17 objetivos de dicha agenda se expresan de la siguiente manera²⁴:

Gráfica 4
Objetivos de la Agenda 2030



Fuente: Organización de Naciones Unidas ²⁵

En ese ámbito, la seguridad social juega un papel fundamental sobre todo en los puntos 1, 3, 5, 8 y 10, y resultan acordes con los pisos de protección contenidos en la recomendación 202 de

²⁴ Organización de Naciones Unidas, La Asamblea General adopta la Agenda 2030, para el desarrollo sostenible, recuperado el 21 de noviembre de 2019, de: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>

²⁵ Organización de Naciones Unidas, La Asamblea General adopta la Agenda 2030, para el desarrollo sostenible recuperado el 21 de noviembre de 2019 de: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>

2012. Del mismo modo, dentro de los objetivos del milenio la seguridad social también tiene un rol primordial, pues varios de ellos se ven permeados por esta materia, como son erradicar la pobreza extrema y el hambre, reducir la mortalidad de menores de 5 años, mejorar la salud materna, combatir el VIH/SIDA, malaria y otras enfermedades²⁶.

Conforme a lo esbozado, la agenda mundial en la lucha contra la pobreza, la desigualdad y la inequidad, tiene como ejes principales atender varias problemáticas de la seguridad social, de manera que tales propósitos trazan también el horizonte de la materia en el escenario mundial, pues de ello se desprende que las tareas pendientes se orientan por el sendero de grandes cambios en materia de salud, pensiones, riesgos laborales, trabajo decente e igualdad, y para ello se necesita una adecuada destinación de los recursos y una transparente y eficaz gestión de los mismos, lo que demanda una legislación clara y acorde con las realidades sociales.

Como anotación final de la temática, el estudio de las pensiones tiene un fuerte impacto derivado de las problemáticas anunciadas, pues la mayoría de los sistemas pensionales en el mundo están influidos por el modelo contributivo, de manera tal que si no existen aportes a la seguridad social por no tener empleo, o tenerlo de manera precaria impedirá el acceso a la mayoría de prestaciones y coberturas de carácter económico y adicionalmente, las prestaciones económicas por vejez, invalidez y sobrevivencia, precisamente procuran evitar que los individuos caigan en situaciones de miseria y pobreza, además que garantiza la cobertura en materia asistencial, de suerte que el engranaje de todos los aspectos ya mencionados logra armonizar un esquema de seguridad social robusto pero procure una mayor satisfacción de necesidades individuales y colectivas.

1.2 SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA

El sistema de seguridad social en Colombia tiene un desarrollo similar a la evolución mundial iniciando con las manifestaciones de caridad y asistencia, hasta llegar a los modernos sistemas de seguridad social que consagran los pisos mínimos de protección social. Una etapa de iniciativa privada y beneficencia, una positivización del sistema con las primeras manifestaciones de aseguramiento privado y social y una etapa contemporánea posterior a la constitucionalización del año 1991.

²⁶ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, Objetivo de Desarrollo del Milenio Año 2015, recuperado el 21 de noviembre de 2019, de: <https://www.undp.org/content/dam/colombia/docs/ODM/undp-co-odsinformedoc-2015.pdf>

Diversas posturas existen acerca de la evolución histórica de la seguridad social en Colombia, mientras algunos autores se limitan a la positivización acontecida en el año 1946, otros se remontan a la constitución de 1886 y otros incluso encuentran vestigios en el derecho indiano ya referido en precedencia, se procederá a efectuar un esbozo de los más importantes eventos en la evolución histórica de la seguridad social en Colombia.

1.2.1 Evolución histórica

Dentro de la historia de la seguridad social algunos autores han realizado clasificaciones de las distintas etapas conforme a los momentos sociales que se vivieron desde el punto de vista legislativo y de organización del sistema, para efectos de llevar un adecuado orden cronológico se acogerá la postura del Dr. Arenas Monsalve (2018), quien es seguido de cerca en este estudio por el buen desarrollo que le ha dado al tópico bajo examen, por tal motivo se propone el siguiente derrotero:

1. Etapa de dispersión (antes de 1945)
2. Etapa de organización del sistema (1945-1967)
3. Etapa de expansión (1967-1977)
4. Etapa de cambios y crisis (1977-1991)
5. Etapa de reformas estructurales (a partir de 1991)

1. Etapa de dispersión (antes de 1945)

El autor Martínez Cifuentes (2018) al realizar el contexto histórico refiere que el único precedente de la época colonial sobre la seguridad social se remonta a los *resguardos donde se destinaban una parte de sus recursos a un fondo comunal para el sostenimiento de las viudas, huérfanos y pobres*, tal vestigio concuerda con la referencia al derecho indiano que se relató en precedencia (Arenas Monsalve, 2018, rememorando a Liévano Aguirre).

En el congreso de angostura, refieren que Simón Bolívar en 1819, afirmó: *l sistema de gobierno más perfecto es aquél que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política*²⁷, lo que podría entenderse como un verdadero antecedente de la materia, sin embargo, el maestro Puyana Silva (2001) indicó que los asuntos de la seguridad social sólo tomaron relevancia con los proyectos presentados por el canciller Bismark ante el parlamento alemán en 1881, por lo que apuntó que *la referencia de*

27 Discurso de Bolívar en el Congreso de Angostura, recuperado el 30 de septiembre de 2019, de: <http://www.archivodelibertador.gob.ve/escritos/buscador/spip.php?article9987>

Bolívar se dirigía a la seguridad de la sociedad desde el punto de vista de sus bienes y su integridad más no desde la perspectiva moderna.

La constitución de 1886, incluyó algunos esbozos de seguridad social en salud bajo el enfoque de salubridad pública, sin embargo, ningún aspecto entrañó respecto a las pensiones. Con la constitución de 1936, se avanzó hacia una política social hacia un estado intervencionista con protección al trabajador, incorporación del concepto de asistencia pública como responsabilidad del estado y otras formas de protección social. (Cañón Ortigón, 2017b).

Martínez Cifuentes (2018) indica que los primeros planteamientos sobre previsión social los realizó el general Rafael Uribe Uribe en 1904, en el discurso socialismo de estado, se refiere a la implementación de *seguros sociales, cajas de ahorro y vivienda popular*, y luego con la expedición de la Ley 29 de 1905, que estableció pensiones de jubilación para los militares en retiro.

Arenas Monsalve (2018), indica que el primer periodo de la seguridad social va desde el nacimiento de la república hasta el año 1945, que denominó periodo de dispersión, donde se crearon beneficios de seguridad social sin ningún plan establecido, solo atendiendo necesidades políticas y socioeconómicas del momento. Siendo principalmente beneficios asistenciales y mutuales para militares, artesanos, y las primeras organizaciones obreras.

En vivir para contarla, Gabriel García Márquez (citado por Rodríguez Mesa, 2017a)²⁸ dedicó un fragmento a un término novedoso, extraño e inédito *la jubilación*, en su texto narró lo siguiente:

...Desde que se promulgó la ley de pensiones de guerra llenó los requisitos para obtener la suya, y tanto él como su esposa y sus herederos más cercanos siguieron esperándola hasta la muerte. Mi abuela Tranquilina, que murió lejos de aquella casa, ciega, decrepita y medio venática, me dijo en sus últimos momentos de lucidez: «Muero tranquila, porque sé que ustedes recibirán la pensión de Nicolasito». Fue la primera vez que oí aquella palabra mítica que sembró en la familia el germen de las ilusiones eternas: la jubilación. Había entrado en la casa antes de mi nacimiento, cuando el gobierno estableció las pensiones para los veteranos de la guerra de los Mil Días. El abuelo en persona compuso el expediente, aun con exceso de testimonios jurados y documentos probatorios, y los llevó él mismo a Santa Marta para firmar el protocolo de la entrega. De acuerdo con los cálculos menos alegres, era una cantidad bastante para él y sus descendientes hasta la segunda generación. «No se preocupen —nos decía la abuela—, la plata de la jubilación ha de alcanzar para todo». El correo, que nunca fue algo urgente en la familia, se convirtió entonces en un enviado de la Divina Providencia

²⁸ Cita tomada de; Rodríguez Mesa R., (2017), Sistema General de Pensiones, Estudios Sobre Seguridad social, 5ª edición, editorial Universidad del Norte, recuperado el 23 de noviembre de 2019, de; https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2338/stable/pdf/j.ctt1w6tdn0.10.pdf?ab_segments=0%2Fbasic_expensive%2Fcontrol&refreqid=search%3A734316edeafdd8ef53a1499dde16a9a7

Tal fragmento tiene una interesante dualidad que resulta tan enriquecedora como desconcertante, pues por un lado ilustra los primeros trazos de protección estatal ante una necesidad social, la confianza de una persona en que el estado va a brindar un mecanismo para suplir la necesidad que el individuo no puede proveerse por sí solo, es la más pura manifestación de solidaridad social y amparo a quien se encuentra en condición de vulnerabilidad, pero a la par, también entraña una sátira a la incipiente estructura pensional y lo ineficaz que resultaba, pues primero se materializaba el perjuicio (muerte), que pretendía conjurar dicho mal, antes que lograr disfrutar del beneficio

Sobre los orígenes de la seguridad social Rodríguez Mesa (2017b) indicó que después de la independencia que:

el Estado colombiano reconoció pensiones sin financiación o destinación específica a quienes se habían destacado en alguna batalla. Los recursos para su pago provenían del erario público como un premio y no como el cubrimiento de una contingencia. Por ejemplo, una de estas pensiones se le concedió a manera vitalicia al Libertado Simón Bolívar por decreto del 24 de julio de 1823

Refiere además el autor que se organizó el montepío militar (herencia colonial española), consistente en un fondo: *que se financiaba con los descuentos efectuados a los sueldos y pensiones de los generales, jefes y oficiales del ejército y la marina y su función era otorgar pensiones y prestaciones económicas a las viudas de los fallecidos en servicio. En 1913 se decidió la liquidación del Montepío Militar*

Las leyes 14 de 1882 y la ley 50 de 1886, crearon las primeras pensiones de jubilación con cargo a recursos públicos, para trabajadores del sector público con 20 años de servicio transparente, sumiso y sin censura, aspectos que resultan subjetivos y condicionan de manera injusta el disfrute de una prestación económica. Rodríguez Mesa (2017b)

Con la Ley 149 de 1896, se crearon pensiones y recompensas para militares y sus viudas y huérfanos.

Posteriormente la Ley 39 de 1903, creó una pensión para maestros, profesores e inspectores de instrucción pública. En adelante se crearon diferentes beneficios pensionales para diferentes cargos y oficios, sin ningún tipo de sistematicidad, simplemente surgían las leyes para conjurar reclamos populares o palear condiciones de desprotección de ciertos gremios o sectores de la población.

Arias Ramírez, (citado por Ávila López, 2016) denominó estas incipientes etapas como de aseguramiento individual fragmentado ya que no existía articulación de un sistema y cada

empleador empezó a asegurar a sus trabajadores mediante la creación de programas de pensiones bajo esquemas propios y algunos sectores adinerados adquirían pólizas de salud y vida. El mismo autor indica que luego sobrevino una etapa de fuerte presencia estatal y finalmente el actual sistema de seguridad social.

En el año 1936, con la expedición del Acto Legislativo 1, se modificó la Constitución de 1886 y en su artículo 16, se estableció que la asistencia pública era función del Estado, y respecto de los beneficiarios de la misma se estableció que: *Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitadas para trabajar*, hacia 1946 con la Ley 27, se creó el Ministerio de Higiene, para dirigir, vigilar y reglamentar la higiene pública y la privada y la asistencia pública en el país.

2. Etapa de organización del sistema (1945-1967)

Hacia el año 1945, llegó una etapa de *prestaciones patronales y seguros sociales diversificados* en palabras de Rengifo (citado por Arenas Monsalve, 2018), con la creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (Ley 90 de 1946), la expedición del Decreto Ley 2350 de 1944 y la Ley 6 de 1945 (creación de Cajanal), en las cuales se codificó la legislación laboral y de seguridad social a cargo de los patronos y abrió la puerta a la denominada previsión social para atender necesidades de obreros y empleados al servicios del Estado en sus diferentes niveles, lo que derivó en la creación de un importante número de cajas de previsión que incluso son estimadas por Cañón Ortegón (2017a) en más de mil en todo el territorio nacional y permanecieron en funcionamiento hasta la Ley 100 de 1993.

Tal etapa legislativa fue denominada por Cañón Ortegón (2017b) como el *sistema laboral de seguridad social que se aplicó en Colombia durante el período comprendido entre el 1940 y 1990*, orientado a atender la población trabajadora de los sectores formales de la economía con vínculo jurídico de dependencia con un empleador y que irradiaba su grupo familiar. Como anotación especial, tal sistema es la expresión local del sistema alemán ideado por Bismark y que ya se refirió en precedencia con las correspondientes falencias en su aplicación en países en desarrollo con altas tasas de informalidad y con una creciente des-laboralización.

3. Etapa de expansión (1967-1977)

El nuevo esquema de seguros sociales que nació con la Ley 90 de 1946, en principio sólo entrañó la cobertura por riesgos de enfermedad general y maternidad, solo hasta los años 64 y 66, con los Decretos 3170 y 3041, respectivamente, inició la cobertura en materia de riesgos laborales, riesgos de invalidez, vejez y muerte.

En los primeros años del ICSS, fue de agobio presupuestal, pues el Estado tenía una obligación legal de aportar y se retrasó, y generó déficit año tras año, que para el año 1958, llegaba a 20 millones de pesos (Arenas Monsalve, 2018).

La inexperiencia de los gobiernos colombianos en representación del Estado respecto de los dineros de la seguridad social en pensiones y sus necesarias reservas, tuvo un costo histórico que aún hoy sigue afectando la concepción del sistema pensional, es visto como un gasto, una erogación con cargo al PIB, que genera un anhelo reformista y presión internacional para el efecto, según indica Arias Ramírez (citado por Ávila López) era evidente que mientras el sistema de salud tenía un permanente flujo de recursos, en el sistema pensional el número de beneficiarios del sistema (pensionados) era bajo y había un ingreso periódico de aportes de empleadores y trabajadores, y por ello, el estado se abstuvo de efectuar sus correspondientes aportes, tampoco se hicieron los ajustes en los porcentajes de cotización para equilibrar el sistema de reparto simple.

Los errores del Estado también se evidenciaron, en la medida en que utilizó los dineros de las reservas del sistema pensional para financiar el IFI y el Fondo Nacional Hospitalario, por considerar que eran dineros que no cumplían una función social, ello derivó en la desfinanciación del ICSS y cuyas reservas se agotaron para el año 2004²⁹.

Siguiendo con la expansión de la seguridad social en pensiones, se puede evidenciar que la cobertura se amplió de manera paulatina como lo expone Rodríguez Mesa (2017^a):

²⁹ Ver: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1503374>

Tabla 3
Inicio de coberturas del ISS por ciudades de Colombia

- Zipaquirá:	1º de febrero de 1967
- La Ceja:	2 de noviembre de 1968
- Buenaventura:	1º de diciembre de 1969
- Tunja:	3 de julio de 1967
- Neiva:	10 de octubre de 1967
- Pasto:	14 de agosto de 1967
- Villavicencio:	15 de abril de 1968
- Ibagué:	15 de abril de 1968
- Riohacha:	1º de julio de 1968
- Bucaramanga:	15 de julio de 1968
- Cúcuta:	2 de noviembre de 1968
- Popayán:	7 de octubre de 1968
- Valledupar:	4 de noviembre de 1968
- Barranquilla:	2 de diciembre de 1968
- Cartagena:	3 de marzo de 1969
- Quibdó:	29 de septiembre de 1969
- Montería:	4 de septiembre de 1972
- Sincelejo:	25 de junio de 1973
- San Andrés:	20 de mayo de 1977

Fuente: Rodríguez Mesa (2017^a)³⁰

Lo anterior, generó una serie de problemas en el reconocimiento de pensiones y de responsabilidad de los empleadores que solo pudieron ser resueltos por la jurisprudencia en los últimos años, es decir en la actualidad generan conflictos que congestionan el sistema judicial del país.

Hacia los años setenta se expidieron importantes leyes en la materia con la Ley de 10 de 1972, Ley 33 de 1973, Ley 12 de 1975, Ley 4 de 1974, entre otras, las que se abordarán con posterioridad, al realizar el desarrollo normativo puntual de las pensiones de sobrevivientes.

Entre los años setenta y noventa, la seguridad social tuvo un cambio importante por diferentes movimientos por parte del gobierno nacional, con el Decreto 1935 de 1973, se modificó el sistema financiero de los seguros sociales para buscar estabilidad financiera, mediante la autorización de bonos de valor constante y de inversiones rentables en el Banco Central Hipotecario y en el Fondo Nacional Hospitalario y descargando al Estado de la responsabilidad por el pago de aportes.

³⁰ Rodríguez Mesa (2017^a) recuperado el 23 de noviembre de 2019, de: <http://www.jstor.org/stable/j.ctt1w6tdn0.10>

4. Etapa de cambios y crisis (1977-1991)

En 1977, se llevó a cabo una reorganización del ISS, orientada a separar el manejo de los recursos de los diferentes seguros y a la modernización del Instituto como establecimiento público descentralizado adscrito al Ministerio del Trabajo y de la Seguridad social. Al mejoramiento de la prestación de servicios médicos y la creación de servicios sociales complementarios. Con el Decreto 1650 de 1977, se transformó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales a Instituto de Seguros Sociales, y se separaron los seguros asistenciales y los seguros económicos.

Posteriormente, se expidió el Decreto 2879 de 1985, que modificó el reglamento del ISS y la Ley 33 de 1985, que reformó el régimen de los servidores públicos y unificó la edad pensional y la Ley 71 de 1988, que regula las pensiones por aportes y fortalecen financieramente el sistema.

El último periodo de evolución previo al estado actual es el acontecido en los años 90, donde se expidió el Acuerdo 049 de 1990, por parte del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales que fue aprobado por el Decreto 758 de 1990, constituyó una reforma importante en materia prestacional pues reguló lo atinente a la causación de las prestaciones por vejez, invalidez y sobrevivientes, la forma de calcular la mesada respectiva, las épocas de disfrute, reguló la compartibilidad de las pensiones, estableció prescripción para las prestaciones no reclamadas en tiempo y en suma, resultó una regulación importante del sistema, la cual no se materializaba desde el año 1967, cuando entró en vigencia en ICSS, y si bien existieron algunos decretos anteriores que regularon la materia, esta norma contempló una reglamentación más amplia e importante, no obstante, solo 3 años después fue reformo el sistema de manera integral.

Por otro lado, en este año también se materializó la reforma laboral de la Ley 50 de 1990, que flexibilizó la contratación laboral, las indemnizaciones por despido se redujeron, se eliminó la pensión sanción, se modificó el régimen de auxilios de cesantías, se presentó una globalización de la economía y se abrieron las puertas al proceso de una asamblea nacional constituyente.

5. Etapa de reformas estructurales (1991 - en adelante)

La seguridad social como hoy la conocemos, tiene una hoja de ruta que fue trazada por la asamblea nacional constituyente que trajo a la luz la Constitución Política del año 1991, incorporó un nuevo esquema de constitucionalización del derecho y bajo esta concepción los derechos sociales no solo no pueden ser ajenos, sino que además son alma y nervio de la nueva visión de Estado Social de Derecho como lo ilustra el artículo 1° de la carta de derechos, así mismo dentro

de su texto positiviza derechos humanos ahora denominados fundamentales y crea un mecanismo para su ejecutabilidad (art.86).

Si bien la seguridad social se consagra en el artículo 48 de la Constitución Política y en principio es un derecho social, la jurisprudencia se ha encargado de darle el carácter de fundamental siendo un pilar esencial en el quehacer del Estado.

Otro bastión que alimenta la esencia del estado social de derecho es la dignidad, como principio fundante, como valor y como derecho, siendo la piedra angular que irradia los demás derechos individuales y colectivos, y es el apellido perfecto para la materialización de cualquier derecho humano.

En cuanto a la seguridad social, la Constitución del 91, superó el modelo asistencialista, consagró la seguridad social como un derecho, además como un servicio público y estatuye la salud como un servicio público esencial, ambos pueden ser prestados por entes públicos o privados, pero siempre bajo la dirección, control y supervisión del Estado (Arenas Monsalve, 2018). A partir de la nueva constitución se abrió paso al activismo judicial y la preponderancia de las decisiones judiciales como parte del imperio de la ley, así lo establece la Sentencia C-539 de 2011, que en su texto estableció importantes principios que resulta necesario tener en cuenta:

- (i). todas las autoridades públicas administrativas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley, por expreso mandato constitucional, lo cual implica el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las Altas Cortes;*
- (ii). el entendimiento del imperio de la ley, a la que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, debe entenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales;*
- (iii). todas las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas a los casos concretos de conformidad con la Constitución y la ley;*
- (iv). todas las autoridades administrativas deben aplicar las normas legales en acatamiento del precedente judicial de las Altas Cortes o fundamentos jurídicos aplicados en casos análogos o similares, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas, y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos;*
- (v). el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta (a) en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122 Superiores-; (b) en el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (c) en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (d) en que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.); y (e) en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P.;*

Esta concepción de obligatoriedad del precedente judicial y la incorporación como fuente de derechos, toma en Colombia una importancia inusitada, al punto que los jueces en Colombia se han convertido en algunas materias, en el principal agente de cambio y proteccionismo, de manera que la jurisprudencia será una fuente fundamental para el tratamiento que se dará al problema de investigación que concita este estudio.

A solo dos años de haberse expedido la Constitución, fue expedida en noviembre del año 1993, la denominada Ley 100 de 1993, que transformó por completo el sistema de seguridad social en materia de pensiones y salud, trajo a Colombia una nueva perspectiva de la seguridad social, cambio de modelos de aseguramiento, un mayor nivel de cobertura en salud, unificó el manejo de las pensiones articulándolo en una sola norma y bajo dos regímenes las prestaciones económicas tanto para servidores públicos, como para trabajadores privados, eliminando la proliferación de cajas de previsión existentes, pero mantuvo algunos regímenes especiales y excepcionales, como lo indica su artículo 279, como es el caso de las fuerzas militares y de policía.

La Ley 100 de 1993, también abrió la puerta a los denominados servicios sociales complementarios, aunque lo hizo de manera muy superficial en los artículos 257 a 263, en su texto creó un programa de auxilios para los ancianos que cumplieren ciertos requisitos, esbozó algunas exhortaciones para que las diferentes entidades a nivel nacional y regional desarrollaran programas de educación, recreación, cultura y turismo para esta población y finalmente, creó el auxilio de desempleo que se materializó con la Ley 1636 de 2013, es decir 20 años después, por medio de un mecanismo de protección al cesante por 6 meses a través de las cajas de compensación familiar, el beneficio consiste en el pago de aportes a la seguridad social en pensión y el pago del subsidio familiar por el mismo plazo.

La ley 100 de 1993, creó el régimen de prima medida con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones y el de ahorro individual con solidaridad administrado por entidades privadas, ambos coexistentes pero excluyentes, el primero cimentado en un sistema de reparto simple con prestación definida y el seguro bajo la modalidad de ahorro individual, el objetivo era claro, la libre competencia en el mercado.

Rodríguez Mesa (2017^a) narra que desde el gobierno Samper, en enero de 1997, a solo tres años de haberse promulgado la Ley 100 de 1993, el presidente anunció *que preparaba un paquete de medidas para reformar el régimen de seguridad social en pensiones* y anotó que para realizar

las reformas pensionales los gobiernos colombianos han estado sometidos a presión por parte del Fondo Monetario Internacional.

También recaba el autor en que para la legislatura que se inició el 20 de julio de 2004, la reforma pensional fue: *junto con el proyecto de ley orgánica del presupuesto una de las exigencias del FMI*. Así las cosas, vemos cómo todo el proceso legislativo de reforma pensional que tiene como últimas piezas normativas las leyes 797 y 860 de 2003, el Acto Legislativo n° 1 de 2005 y la Ley 1151 de 2007 son en lo fundamental imposiciones al gobierno colombiano.

Para no extenderse más en estos aspectos, es claro que las últimas reformas en materia de seguridad social tienen dos matices, tienen un carácter populista y ningún efecto práctico como el caso de la pensión familiar (Ley 1580 de 2012), que puede tener loables propósitos, pero sus requisitos hacen que sea casi imposible que las parejas puedan acceder a ella, o se trata de medidas regresivas y peyorativas que reducen beneficios y hacen más rigurosos los requisitos. Es así como en la actualidad la agenda tanto laboral, como pensional colombiana está regida por los devenires del mercado, los préstamos internacionales y la postura de las organizaciones internacionales y no por los mandatos de optimización contenidos en la Constitución y a ley y en los pisos de protección de la Recomendación 202 de 2012, de la OIT, lo que se analizará en el siguiente capítulo.

1.3 SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES EN COLOMBIA

En Colombia la seguridad social en pensiones fue transformada por la Ley 100 de 1993, que realizó una regulación integral, unificó varios elementos importantes condensó en un solo cuerpo regulación relativa a instituciones, afiliación, cotización, financiación, prestaciones, requisitos, beneficios, beneficiarios, así lo ilustró la jurisprudencia al hablar de la finalidad de dicha normativa (SU-140/19):

A través de la Ley 100 el Legislador concibió una reforma estructural del sistema buscando (i) lograr el equilibrio fiscal; (ii) aumentar la cobertura, especialmente para los más vulnerables y mejorar la equidad; (iii) fortalecer el sistema financiero de ahorro; y (iv) mejorar la eficiencia en el manejo de los recursos. (...) En síntesis, la Ley 100 buscó ampliar la cobertura, adecuar la edad de retiro a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida del país, equilibrar la relación entre contribuciones y beneficios, reducir costos de administración y mejorar los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema

Dicha ley creó dos regímenes coexistentes pero excluyentes para administrar el sistema pensional, reguló la causación de derechos pensionales, creó entidades promotoras de salud, procuró ampliar la cobertura en salud, y creó servicios sociales complementarios.

En materia pensional, sobrevinieron 3 reformas fundamentales que marcan el estado actual del asunto, como son la Ley 797 de 2003, la Ley 860 de 2003 y el Acto Legislativo 1 del año 2005, todas con el claro propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, al punto que la enmienda constitucional referida elevó a rango constitucional dicho derecho. La influencia e importancia de dicha normativa en las pensiones de sobrevivientes será revisada en el siguiente capítulo, sin embargo, se hará una definición de cada una de las pensiones que hoy están contenidas en el sistema de seguridad social colombiano. Para efectos de observar en ellas los distintos elementos que han sido abordados en precedencia y que dan cuenta de la protección dada una vez surtidas las consecuencias de una contingencia.

1.3.1 Pensión de vejez

La pensión de vejez o senectud es una prestación económica que se otorga a quienes han llegado a una edad en que las fuerzas para ejecutar labores o actividades que generen lucro han menguado y la capacidad de productividad se ha diezmado, de suerte que se pone en riesgo la satisfacción de las necesidades básicas tanto del individuo como de su núcleo familiar.

En palabras de Cañón Ortegón (2017 A) es: *la época en que biológicamente las personas empiezan a disminuir su capacidad física y laboral y por tanto constituirse en dependientes de otras, se requieren sistemas de protección que garanticen buenas condiciones de salud y una forma de vivir digna y agradable.*

A su turno, López Villegas (2011) indica que la vejez es: *un estado de vulnerabilidad al que inevitablemente tiende el ser humano, que se manifiesta con la disminución o pérdida de capacidad de asumir diestramente y por sí la vida, compromete moralmente a la sociedad a ofrecer remedio a esa merma de auto sustento, especialmente para quienes contribuyeron a construirla y enriquecerla... [...] ...El envejecimiento es una condición natural de todo ser, que ocurre cuando el constante desgaste físico y mental, que comienza desde el nacer, adquiere los signos visibles del declive de la vida: la merma del vigor vital, que impone el abandono total o gradual de la actividad productiva y ofrece como recompensa el disfrute de un descanso.*

Arenas Monsalve (2018) precisó que conforme a los postulados de la OIT los estados tienen un amplio margen de configuración legislativa respecto a las prestaciones económicas por vejez, pero que en la mayoría de los casos operan como seguros sociales bajo el cumplimiento de dos requisitos complementarios, uno de edad y un segundo de tiempo de cotización.

La edad de pensión que fijan las legislaciones depende de la expectativa de vida de la correspondiente población beneficiaria de la seguridad social, en la actualidad los avances científicos y la atención a los determinantes de la salud han contribuido al aumento de la esperanza de vida al nacer lo que trae como lógica consecuencia la necesidad de aumentar la edad de pensión, medida impopular y resistida pero seguramente imperiosa para mantener la estabilidad del sistema. Es claro que al aumentar la esperanza de vida y mantener p  tre la edad de pens  n o jubilación, los recursos necesarios para garantizar la pens  n vitalicia y además la sustitución pensional son mayores lo que puede poner en riesgo la financiación del mismo.

De las anteriores definiciones, la dada por López Villegas (2011), resulta ser la más completa, pues tiene en cuenta los elementos de la esencia de la prestación, la consecuencia de la contingencia que busca conjurar el sistema, los motivos por los cuales el individuo debe ser protegido por el sistema y la finalidad de la prestación económica, surge entonces la pens  n de vejez como una respuesta a una de las etapas más difíciles del ciclo vital como el paulatino abandono de las fuerzas productivas, aquel tránsito a veces inaceptable en el que el hombre ya no es autosuficiente, no es capaz de satisfacer sus necesidades básicas con su propio esfuerzo personal, y es donde la previsión de futuro debe rendir sus frutos y la necesidad individual también tiene el matiz de necesidad social, pues con el reconocimiento de una prestación vitalicia e incluso pos mortem (para su núcleo familiar cuando fallezca) se garantiza al individuo unas condiciones de vida digna, evitando que a la vulnerabilidad e indefensión que tiene en razón de la senectud sobrevengan condiciones de hambre y desprotección.

En la actualidad la pens  n de vejez en Colombia se causa dentro del régimen de prima media con prestación definida con el cumplimiento de 2 condiciones, reunir un total de 1300 semanas cotizadas y el cumplimiento de una edad diferencial, 57 años para mujeres y 62 para los

hombres³¹, si bien existía un régimen de transición que permitía acudir a normativas anteriores³², el mismo finalizó el 31 de diciembre de 2014, por disposición del acto legislativo 1 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política.

Aún perviven algunas pensiones especiales por exposición a altos riesgos de afectación a la vida saludable, y su vigencia se mantiene hasta el año 2024, tienen como presupuesto que el afiliado haya laborado en actividades que implican alto riesgo para las condiciones de vida saludable y permite que se disminuya la edad para acceder a la pensión.

Existe también una condición de pensión especial de vejez en razón de la invalidez, siempre que el afiliado reúna las semanas cotizadas y cuente con un grado alto de deficiencia en su estado de salud, en este evento también se permite una pensión a una edad inferior a la ordinaria de vejez.

Finalmente, es posible que un afiliado acceda a la pensión especial por tener un hijo en condición de discapacidad, cuando se cumpla con el requisito de densidad de cotizaciones lo que permite que se pueda pensionar a cualquier edad siempre que se retire de la fuerza laboral y sea cabeza de familia.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad solo existen dos posibilidades para pensionarse por vejez, reuniendo el capital necesario para financiar al menos una pensión equivalente al salario mínimo vigente, dicho capital se obtiene de la sumatoria del capital habiente en la cuenta de ahorro individual del afiliado y los bonos pensionales³³ a que tenga derecho el afiliado y la segunda opción es cumpliendo los requisitos para ser beneficiario de una garantía de pensión mínima, en el cual el estado completa el capital necesario para el financiamiento de la prestación vitalicia, en este evento se requiere que se acredite el equivalente a 1.150 semanas cotizadas y el cumplimiento de 57 años en caso de las mujeres o 62 años en el caso de los hombres.

La pensión de vejez en ambos regímenes tiene relevancia frente al tema estudiado en la medida en que una vez acreditados los anteriores requisitos se activa de manera inmediata la causación de la pensión de sobrevivientes a favor de alguno de los beneficiarios,

³¹ Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

³² Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permitía conservar la edad, el tiempo de servicios y el monto de las prestaciones por vejez consagradas en normas anteriores.

³³ Acreditación de tiempos de servicios reconocido por entidades públicas en las cuales el afiliado haya laborado o por la administradora de pensiones del régimen de prima media cuando ha mediado un traslado de régimen, dicho bono es representativo de capital y depende directamente de la época en que se pretenda redimir y las condiciones de su negociabilidad.

1.3.2 Pensión Invalidez

En primera medida el autor López Villegas (2011), indicó que la invalidez es: *un estado permanente de afectación de la integridad corporal que compromete la funcionalidad laboral*

Arenas Monsalve (2018) refiere que: *la situación de invalidez constituye una de las contingencias más dolorosas y frustrantes para el ser humano. La capacidad de locomoción y la plenitud de las funciones físicas y síquicas son tan necesarias para llevar una vida normal, tanto en el plano individual como en la relación social, lo que causa un profundo impacto en su ser y en su familia.*

De lo referido en precedencia, se desprende que la pensión de invalidez es una prestación económica mediante la cual se brinda un amparo a las personas que vieron menoscabada su capacidad económica fruto de una afectación en sus condiciones de salud que les priva de la posibilidad de garantizar su mínimo vital y proveerse su propio sustento, el origen puede devenir de un suceso repentino o por una enfermedad independientemente de si tiene una naturaleza general o profesional.

La prestación económica por invalidez es la respuesta de la seguridad social frente a la materialización de un daño a la salud de un individuo, pero el daño debe ser de tal gravedad y permanencia que no tenga posibilidad de rehabilitación y se considere en estado de invalidez, para el efecto debe surtirse un proceso de calificación y se debe determinar una pérdida de capacidad para laborar, bajo esos postulados al materializarse su estado de incapacidad definitiva, ante su imposibilidad de proveerse su propio sustento, requiere de un ingreso periódico para satisfacer sus necesidades vitales.

La protección contenida en esta prestación es una manifestación al derecho a la desigualdad, contenida tanto en las cartas de derechos universales, americanas y locales, en las cuales se procura brindar garantías especiales a quienes se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, vulnerabilidad e imposibilidad de satisfacer sus necesidades congruas.

Dentro de las legislaciones de los estados se suele dar preponderancia al origen de la patología para efecto de establecer los requisitos y beneficios puntuales, no obstante, la esencia de las pensiones de invalidez es la convergencia de dos situaciones, una determinada pérdida de capacidad laboral y una fidelidad al sistema que garantice el financiamiento del mismo bajo un

régimen propio de los seguros privados. De tal suerte que los grandes conflictos judiciales que se erigen son en torno a la calificación de las diversas perturbaciones al estado de salud y las fechas de consolidación de la correspondiente pérdida de capacidad laboral, sin embargo, no es conflictivo que las personas en condición de vulnerabilidad tienen una posición preponderante en la sociedad y requieren una protección especial y así se ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia Colombiana al flexibilizar requisitos, aplicación de la ley en el tiempo y en suma condiciones para acceder al derecho pensional.

1.3.3 Pensión de sobrevivientes

Teniendo en cuenta que es el tema central del presente trabajo solo se realizará en esta etapa la definición de la misma y en el siguiente capítulo se abordará la parte principal de su temática.

Esta prestación económica procura brindar protección a la familia de quien fallece para que ante la ausencia de ese ser querido que proveía los ingresos del hogar, los miembros de ese núcleo no vean insatisfechas sus necesidades básicas y lleguen a condiciones de hambre, pobreza y desprotección social. Para su causación los estados han establecido algunos requisitos de tiempo de cotización y las calidades de los beneficiarios, pero es un aspecto que se abordará en profundidad en el siguiente capítulo.

En las anteriores líneas, se procuró dejar esbozado en primera medida algunas aproximaciones al marco teórico de la seguridad social, su papel, su problemática y los retos que afronta, posteriormente se procuró plantear en términos generales la evolución histórica de la seguridad social en general y de la seguridad social en pensiones en Colombia, haciendo un recuento de los esquemas y normas que más influyeron en dicho desarrollo, para dar lugar al análisis pormenorizado de la pensión de sobrevivientes como eje principal del presente trabajo.

En la actualidad, en Colombia la pensión de invalidez se causa cuando una persona obtiene un 50% o más de pérdida de capacidad laboral y reúne un total de 50 semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores al cumplimiento de la edad³⁴, también existe la posibilidad de pensionarse cumpliendo 26 semanas en el último año, si el inválido es un joven de menos de 20

³⁴ Artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

años sin embargo judicialmente se ha entendido que la palabra joven puede extenderse hasta la edad de 28 años conforme a las concepciones internacionales de juventud.

Finalmente, puede pensionarse también por invalidez quien haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas requeridas para pensión de vejez y cuente con 25 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a la invalidez.

En Colombia, los requisitos de invalidez generales siempre han tenido el mismo tenor normativo de la pensión de sobrevivientes, precisamente por lo imprevisto del suceso calamitoso que procura conjurar la prestación económica, incluso desde el año 1990, con el Decreto 758 de 1990, los requisitos de la prestación por muerte eran una remisión normativa a los de la pensión de invalidez.

Para concluir, debe indicarse que al igual que la pensión de vejez, los pensionados por invalidez una vez fallezcan causan su derecho a la sustitución pensional en cabeza de sus beneficiarios, sin necesidad de acreditar requisitos diferente, incluso si después de la muerte se notifica el dictamen de pérdida de capacidad laboral y se materializa la causación de la prestación por invalidez operaría el fenómeno de la causación de la sustitución pensional.

Capítulo II

La Pensión de sobrevivientes en Colombia

2.1 Marco conceptual de la pensión de sobrevivientes 2.2 Finalidad de la pensión de sobrevivientes 2.3 Ámbito de protección 2.3.1 Concepto de familia 2.3.2 Concepto de necesidad 2.4. Historia de la pensión de sobrevivientes en 2.5 Etapa actual 2.5.1. Requisitos y beneficiarios 2.5.2 Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en normatividades latinoamericanas.

2.1 MARCO CONCEPTUAL DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Ponce Bravo (2017) indica que la pensión de sobrevivientes se constituye en: *una garantía para los miembros del grupo familiar del afiliado y del pensionado que fallece y del cual dependían económicamente, brindándoles el sustento necesario para mantener un nivel de vida similar al que tenían en vida de éste* y hace hincapié en 3 principios contenidos en la sentencia C-1035 de 2008, el de estabilidad económica de la familia, reciprocidad y solidaridad para el supérstite que debe asumir cargas económicas que antes compartía y un principio material para definir el beneficiario, bajo un criterio de convivencia al momento de la muerte, aspecto que tomará suma relevancia en el desarrollo del presente trabajo. De manera más lacónica Cañón Ortegón (2017 a) refiere que también existen sistemas de protección que cubren a los familiares ante la muerte de quien derivaban su sustento.³⁵

Arenas Monsalve (2018) realiza una definición sencilla de dicha prestación al afirmar que se causa: *por el fallecimiento de la persona activa económicamente o de la persona jubilada, y en beneficio de quienes dependían de esa persona para su subsistencia.*

López Villegas (2011) la define como *la pieza maestra de la que dispone el sistema de seguridad social para proteger al grupo familiar del afiliado o del pensionado, ante el evento de la muerte, de las necesidades originadas en la misma y en cabeza de los beneficiarios que determine la ley.*

De las definiciones referidas se puede concluir que la pensión de sobrevivientes inicialmente denominada por viudez u orfandad, es una prestación económica que se otorga de manera temporal o vitalicia a un grupo de beneficiarios que conforman el núcleo familiar del fallecido. Aquí lo que materializa la protección es la muerte, la esencia es garantizar el mínimo

³⁵ Obsérvese que el criterio económico toma relevancia en la mayoría de definiciones sobre este tipo de prestación económica.

vital y la vida en condiciones de dignidad de aquellas personas que, además de verse afectadas emocionalmente por la falta de su ser querido, también van a tener una amenaza para la satisfacción de sus necesidades ante la falta de ingreso que percibía el afiliado o beneficiario.

Dos aspectos toman relevancia, que en efecto exista una afectación económica al grupo familiar y en segunda medida que ocurra un desaparecimiento de ingreso, por ello es que las legislaciones han contemplado esta prestación para dos casos a saber; el primero es cuando fallece un pensionado, lógicamente su ingreso era palmar pues había construido en vida su derecho a percibir una gracia pensional vitalicia, y un segundo escenario donde quien fallece no percibe pensión, pero sí un ingreso fruto de su trabajo. Al igual que la invalidez, puede tratarse de sucesos repentinos e imprevistos y por ello no se establece un grueso número de aportes al sistema para la causación del derecho, sino que toma relevancia la fidelidad al sistema, o, en otras palabras, contar con un determinado número de aportes en un lapso anterior al óbito.

2.2 FINALIDAD DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

López Villegas (2011) califica la pensión de sobrevivientes como el emblema de la seguridad social, al ser: *la primera de las manifestaciones de la seguridad social pensional ofrecida a una familia que quedaba expósita y necesitada por la muerte del soldado*. Tomando relevancia tres elementos; la muerte, la familia y la necesidad.

Hace énfasis en que la muerte del pensionado o afiliado implica pérdida de ingresos para el núcleo familiar que se afecta por la desaparición de quien proveía el sustento, naciendo para la seguridad social una obligación de recomponer las rentas congruas de esa familia para garantizar la satisfacción de sus necesidades. Una importante diferenciación realiza el autor al afirmar que no se trata de una protección al patrimonio del pensionado, ni de perpetuar sus derechos patrimoniales, sino que es una prestación nueva en cabeza del beneficiario, que no necesariamente es el heredero del causante y por ello la calidad de beneficiario está reglada por la ley.

La doctrinante Gabriela Mendizábal (2019) precisa que *la muerte del trabajador ajena al servicio, o del pensionista, sea cual sea su estado, dará como resultado la falta del ingreso económico para la familia, por lo que esta contingencia se prevé en la Ley del ISSSTE mediante el otorgamiento de una pensión de viudez, concubinato, orfandad o ascendencia según el caso*, de lo que se concluye que la finalidad de la prestación es cubrir la falta de ingreso económico a la familia.

En conclusión, la finalidad de la pensión de sobrevivientes es prodigar una protección al núcleo familiar del fallecido, que además de verse afectado moral, psicológica y espiritualmente, también se enfrenta ante una realidad económica incierta ante la carencia de los ingresos que derivaba el pensionado o afiliado, y por ello el sistema de seguridad social debe brindar cobertura y amparo. Una de las primeras expresiones de la Corte Constitucional Colombiana sobre el tema y que entraña una materialización del derecho social en todo su esplendor se consagra en la sentencia T-190 de 1993, que a la letra indica:

La sustitución pensional tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección. Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constituían la familia del trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post-mortem del status laboral del trabajador fallecido.

La finalidad de la seguridad social pensional en estos eventos sería clara y no resultaría problemática, pero el carácter vitalicio de la prestación y la flexibilidad en los requisitos para acreditar la condición de beneficiario hacen de esta protección un botín apetecido para oportunistas, por lo que la legislación en la materia debe ser tan rígida para evitar el fraude y tan laxa para evitar la pérdida del derecho a quienes sí componen el grupo familiar, en esta última línea está el corazón del presente trabajo.

2.3 ÁMBITO DE PROTECCIÓN

La pensión de sobrevivientes claramente no representa un beneficio para el afiliado al sistema pues el principal presupuesto para pensar en el asunto es su óbito, y no resulta una obviedad ya que existen reglamentaciones que permiten la sucesión en vida o incluso presupuestar las condiciones de reparto de bienes una vez suceda el fallecimiento. En materia de seguridad social, toma importancia aquella manifestación que realizaba López Villegas (2011), en cuanto que la pensión de sobrevivientes es una prestación a cargo del sistema y no se trata de una extensión del patrimonio del fallecido, no es un derecho que se tenga por transmisibilidad de un crédito que estaba a favor del causante, sino un derecho que nace con la muerte.

La gran diferencia es que se trata de una prestación que otorga directamente el sistema al grupo familiar de quien fallece, por lo que debe cumplir ciertos requisitos especiales que deben establecer cada uno de los Estados y que principalmente son un número de aportes determinado y una calidad especial taxativamente contemplada en la norma. No se trata entonces de que los

herederos accedan a la pensión, pues es necesario tener una cualificación especial de la esencia de la prestación por fallecimiento y que en el primer capítulo se mencionó es hacer parte de la familia y que se materialice una necesidad.

El ámbito de protección es el equivalente a la esfera de garantía que debe ser atendida por la seguridad social, para determinar lo que compone tal figura es necesario acudir a los requisitos de la esencia de la respectiva prestación, como ha sido común la definición dada por López Villegas (2011), se considera valiosa y completa, cuando afirma de manera categórica que son 3 los elementos que deben materializarse para pensar en la pensión de sobrevivientes son 3:

- La muerte del afiliado o pensionado
- Pertenecer al grupo familiar (comúnmente denominado beneficiario)
- Necesidad (afectación económica con repercusión en de sus condiciones de vida del beneficiario)

Bajo este panorama, la esencia de la protección requiere los tres ingredientes, de manera que de faltar uno de ellos nunca se podría hablar de una pensión de sobrevivientes. El hecho de la muerte no requiere mayores análisis y elucubraciones, teniendo además un medio idóneo para su acreditación según la legislación de cada país, de manera que la única relevancia sería para efectos de saber su origen y si se trató de un pensionado o afiliado para verificar la causación conforme a los periodos de aportes consagrados en las leyes locales.

La misma situación no ocurre con la calidad de miembro del grupo familiar y la necesidad, por tanto se procederá a analizar estos dos aspectos en detalle bajo los postulados de familia y necesidad.

2.3.1 Concepto de familia

Hablar del concepto de familia imperiosamente lleva a recurrir a otras materias ajenas a la seguridad social como es el derecho civil y de familia, así como la biología y la sociología, por tanto, se tratará de hacer un claro pero sucinto análisis sobre el particular.

Para iniciar, una definición primigenia del origen de la palabra familia la trae Vela Caro (2015) al indicar que se remonta al latín *Famulus*, que hace inicialmente referencia *al grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la gens* y por otro lado, se dice que proviene del latín *fames* (hambre) haciendo referencia al conjunto de personas que se alimentan juntas en la misma

casa, lo cual evidencia la importancia del uso de una olla común como un elemento fundamental en la configuración de la familia, independientemente de los lazos de sangre.

Baqueiro Rojas E., & Buenrostro Báez R., (2009) indican que la familia es: *el grupo natural del cual surgen los individuos que conforman la sociedad y en ella recaen las responsabilidades para que una sociedad se defina y se desarrolle*, los autores retoman el concepto de unidad económica que conforma la base de la seguridad material del individuo en sus diversas etapas de desarrollo.

Estos autores definen la familia bajo 3 ópticas, una biológica, una sociológica y una jurídica. La primera concebida. *desde la unión sexual de un hombre y una mujer que mediante la procreación generan lazos de sangre*. La segunda una definición sociológica que se refiere a las formas como se organizan los conglomerados humanos para sobrevivir, lo que entraña un concepto cambiante en el tiempo y en el espacio, dando lugar a las familias nucleares o extensas dependiendo de las costumbre de la sociedad, sin embargo se precisa que en la actualidad se han abierto paso las familias monoparentales o reconstituidas, no es fundamental el lazo consanguíneo sino la convergencia de intereses económicos, religiosos, de ayuda, culturales, entre otros.

El último enfoque trazado por los autores referidos es el jurídico, que no necesariamente coincide con factores biológicos y sociológicos, pues: depende del reconocimiento normativo que tenga cada legislación y a la par entraña los deberes y obligaciones civiles, puede establecer un límite en el parentesco y crear relaciones de afinidad o civiles que no necesariamente tienen el vínculo sanguíneo como común denominador.³⁶

Miguel Almendros, citado por Ricardo Meza (2016) define la familia como: *una institución social que necesariamente tiene que existir para cubrir las necesidades humanas de reproducción, cuidados biológicos, formación cultural y moral, creación de afectos y sentimientos, alimentación, dotación de status social*. tal postura resulta amplia y permite múltiples concepciones de lo que puede entenderse como familia, distinto a las posturas más conservadoras y radicales que conciben la familia como: *la formada por un hombre y una mujer unidos por el vínculo matrimonial, donde ambos se complementan mediante un vínculo formal y estable, libremente contraído y abierto a la transmisión de vida* (Crespo Garrido, M., y otros, 2005).

³⁶ Baqueiro Rojas E., & Buenrostro Baez R., (2009).

La anterior discusión en Colombia parecía superada ante el advenimiento de la Constitución Política, particularmente por los artículos 13 y 42, el primero que es el derecho a la igualdad y no discriminación, y el segundo, que establece que la familia es: *el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*, estos dos preceptos constitucionales prometen un plano de igualdad al momento de conformar una familia, brindando amparo tanto a las uniones solemnes, como a las parejas que tienen un vínculo material y han decidido formar una familia, lo que, en principio, conllevaría entender que la forma en que se constituye la familia resulta indiferente, con los mismos derechos y bajo el mismo esquema de protección.

Ceballos Fernández (2013) sobre la nueva formación de las familias indica que coexisten *las familias extensas o nucleares, junto a otras formas más novedosas, de menor raigambre, como los matrimonios de fin de semana, parejas sin hijos e hijas, familias monoparentales, familias reconstituidas, parejas de hecho, hogares unipersonales o familias homoparentales*. La autora indica que *esta pluralidad familiar es una alegoría de libertad, una muestra irrevocable de salud y de enriquecimiento humano (Scanzoni, 2004) en tanto que posibilita, a hombres y a mujeres, elegir itinerarios vitales de acuerdo a los intereses personales (Meil, 2001)*

Así lo entendió la Corte Constitucional Colombiana, en sentencia C-660 de 2000, que a la letra dice que la familia es:

el ámbito adecuado para que dentro de un clima de respeto, no violencia e igualdad, sus integrantes puedan desarrollarse a plenitud como seres humanos, con la garantía de intimidad que permita el transcurso de la dinámica familiar sin la intromisión de terceros y, así mismo, lograr un equilibrio entre la estabilidad necesaria para el desarrollo de sus miembros con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad a que tiene derecho cada uno de sus integrantes, aspecto este donde cobra especial importancia la existencia de un ambiente de respeto por cada persona y de libre expresión de los afectos y emociones

A su turno, el Consejo de Estado Colombiano consideró en la sentencia del 11 de julio de 2013, que:

...es una estructura social que se construye a partir de un proceso que genera vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus miembros. Por tanto, si bien la familia puede surgir como un fenómeno natural producto de la decisión libre de dos personas, lo cierto es que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor, lo que estructuran y le brindan cohesión a la institución.

En sentencia T-074 de 2016, la Corte Constitucional Colombiana, manifestó sobre la familia de crianza que: *Esta protección constitucional de la familia también se proyecta a aquellas conformadas por madres, padres e hijos de crianza; es decir, a las que no surgen por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respecto, solidaridad, comprensión y protección.*

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, en proceso de radicación 26710 de 2006, sostuvo que es miembro de familia cuando existe: *acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen....*

Castillo Cadena F. & Muñoz Segura A. (2014) indican que el grupo familiar es considerado como: *un subsistema de cuidado permanente y de organización económica que produce infinidad de bienes y servicios así como una institución responsable de la calidad de vida de una sociedad.* Adicionalmente, anotan que:

...gran parte del análisis frente al papel de la familia se sigue sustentando en la mujer que no trabaja, o si ella lo hace, el salario que devenga es complementario o subsidiario, de tal manera que los ingresos totales o mayoritarios los provee fundamentalmente el hombre. Asimismo, siguen presentando contradicciones en la asunción de funciones y responsabilidades dentro del grupo familiar, pues en la mujer recaen prioritariamente las labores de cuidado familiar, crianza y apoyo, creando así situaciones desiguales en el grupo familiar.

La anterior, es la explicación que llevó a las legislaciones en materia pensional a establecer las pensiones viudez exclusivamente refiriéndose a las esposas y posteriormente las concubinas o compañeras, situación que fue superada con los desarrollos constitucionales y jurisprudenciales en clave de igualdad de género, sin embargo un aspecto importante que toma relevancia es el hecho que legislaciones como la colombiana no incluyan entre los requisitos la dependencia económica³⁷.

Con lo anterior, se puede concluir que el grupo familiar es el objeto de protección de la seguridad social y al concebirla como una órbita de garantía, sólo podría estar amparado quien se encuentra dentro de esa esfera y contrario sensu, quien no hace parte de tal núcleo escaparía por

³⁷ Ha sido tradicional desde las primeras regulaciones, pasando por el Decreto 3041 de 1966, el Decreto 2879 de 1985, la Ley 33 de 1973, la Ley 12 de 1975, la Ley 100 de 1993 y finalmente la Ley 797 de 2003, que solamente se haya requerido el vínculo matrimonial o un tiempo mínimo de convivencia, sin recabar en aspectos de dependencia económica, seguramente entendiéndose como una presunción de derecho.

completo al interés de la seguridad social, pues no se cumplen los requisitos de la esencia de la prestación, sin embargo, como adelante se verá tales postulados que lucen tan diáfanos resultan ser cuestionados y enervados en muchos casos con argumentos de no mucha envergadura.

Se desprende además que la doctrina y la jurisprudencia colombiana, al menos hasta lo aquí analizado, han comprendido que el concepto de familia ha evolucionado abandonando la concepción biológica para convertirse en una expresión de la libertad individual donde su conformación depende de la conjugación de las necesidades de los individuos y su deseo de permanecer asociado bajo vínculos de respeto, ayuda, socorro, amor y reciprocidad, de suerte que su configuración ya no se limita a las cuadrículas que por años concibieron las legislaciones nacionales.

La familia es entonces aquél conjunto de individuos que por razones biológicas o en ejercicio de la libertad y la autodeterminación comparten una comunidad de vida y permanecen en una unidad con el objetivo de satisfacer diferentes tipos de necesidades fisiológicas, económicas, sociales, culturales, educativas, amorosas, políticas, y en general, las que permitan mantener una cohesión en los lazos de unidad que los vuelven un núcleo. Tal definición amplía conlleva que la familia puede ser constituida por múltiples caminos que dependen necesariamente de la naturaleza o de la voluntad libre y espontánea de cada individuo.

La existencia del núcleo familiar implica solidaridad, apoyo, afecto, ayuda, protección, colaboración y, en suma, satisfacción de necesidades recíprocas, de suerte que la ausencia total de estos elementos por voluntad de los individuos implica la ruptura de las fibras que mantienen en cohesión aquellos lazos con la correspondiente consecuencia de quedar excluido del grupo familiar, seguramente porque decidió ingresar a otro o porque su libre determinación lo llevaron a no querer ser parte de aquél que abandonó. Las consecuencias son idénticas tanto en materia de deberes como de derechos pues claramente sus necesidades no se están garantizando con la pertenencia al grupo familiar sino con su propio esfuerzo o con la asistencia de otro grupo familia diferente.

Lo anterior, toma relevancia para el estudio de la protección que debe derivar la seguridad social a los miembros del grupo familiar, pues si no se cumplen las referidas condiciones el sistema no debe sacrificar esfuerzos y recursos al no tener una consecuencia derivada de la muerte del afiliado o pensionado.

2.3.2 Concepto de necesidad

El otro elemento que toma relevancia en este estudio, frente al ámbito de protección del sistema de seguridad lugar ante la eventualidad de la muerte de un asegurado o pensionado es el criterio de necesidad que se pasa a revisar.

La Real Academia Española (2019) define la necesidad de diferentes maneras, las relevantes para los efectos enseñan que se concibe como: *el impulso irresistible que hace que las causas obren infaliblemente en cierto sentido, como aquello a lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistir, como la carencia de cosas que son menester para la conservación de la vida y un peligro o riesgo ante el cual se precisa auxilio urgente.*

Para la hablar de la necesidad indefectiblemente se deben retomar ideas sobre lo que es la seguridad social, Ramos Álvarez (2002) al hablar de tal figura indica que: *las familias tomaron consciencia de que no podían conocer de antemano cuándo les llegaría el momento de encontrarse con la desgracia, e idearon la forma de auxiliarse mutuamente en eventos difíciles, creando un fondo común para sus calamidades*

Por otro lado, el doctrinante Ruiz Moreno (1997) refiere que:

los cambios sociales apuntan a un solo fin y es superar los peligros que representa el medio ambiente en que transcurre la existencia y que en todas las épocas y confines del planeta existe una lucha constante del hombre para romper con la inseguridad que lo acompaña en todos los órdenes de la vida, en su lucha por sobrevivir, combatir el hambre y las enfermedades, vencer la ignorancia y la desesperanza, combatir la insalubridad, han sido la esencia del proceso evolutivo. Viéndose obligado, por su razón y no por su naturaleza, a ser social pues sus necesidades son superiores a sus fuerzas individuales.

La anterior definición es el germen de las distintas prácticas y políticas ya referidas en el capítulo inicial en el título 1.1.2, sin embargo, llama la atención en que todas las creaciones sociales derivan de un aspecto fundamental y es la necesidad.

En punto de la seguridad social, se desprende que las necesidades son esas carencias que llevan al hombre a buscar seguridad y garantizar su supervivencia y sus condiciones de vida y al tener una tendencia a la gregariedad surgen las necesidades colectivas a la par de las individuales.

Una diferenciación sobre las necesidades básicas, mínimas, sociales y colectivas, la realiza en su texto Ricardo Meza (2016) al definir las primeras como aquellas que, de no satisfacerse, se ocasionaría un perjuicio son: *inherentes a la supervivencia humana tienen un*

carácter permanente, es decir, las que la naturaleza le exige diariamente a una persona al punto de que sin ellas no se podría vivir, tales como el oxígeno, la alimentación, el agua, la salud, entre otros.

A su turno, el mismo autor enfoca las necesidades sociales y colectivas, como el reflejo en la sociedad de las necesidades individuales pues la lucha por satisfacerlas se desarrolla en un cuerpo social (Canessa, 2014, citado por Ricardo Mesa, 2016) de manera se convierte en una necesidad sociopolítica, para ejemplificar se podría pensar en una enfermedad grave y contagiosa sería una situación personal, pero la repercusión colectiva de tal situación impacta el grupo social en su trabajo, en su vecindario y la imposibilidad de laborar también tendría unas consecuencias en su grupo familiar, de ahí se desprende que una necesidad individual tiene unas consecuencias de carácter social que requiere ser atendida por el colectivo, por ejemplo la atención sanitaria, la afectación de su ingreso personal y la garantía de subsistencia de su grupo familiar dependiente.

En clave de las pensiones de sobrevivientes, la necesidad deviene del fallecimiento del afiliado o pensionado, y se cierne en cabeza de su grupo familiar quien debe enfrentar diversos tipos de carencias ante su ausencia física, unas materiales y otras inmateriales, no obstante se considera que sobre las primeras debe ocuparse la seguridad social, las otras podrán ser objeto de protección mediante otras ciencias, por lo cual, distinto a lo considerado por Ricardo Meza (2016) no es un tópico deba reposar en hombros de la seguridad social

Indica López Villegas (2011) que: *la razón histórica de la institución de la pensión de sobrevivientes está pensada para solventar las necesidades generadas con la muerte del afiliado, por quedar privado su grupo familiar de los ingresos provenientes de la actividad productiva como trabajador dependiente o independiente.* Acota que las necesidades por falta de ingresos en Colombia, se suponen de derecho para el caso de cónyuges y compañeros e hijos menores y debe acreditarse en el caso de los hijos mayores, padres o hermanos en condición de invalidez, por lo que es fundamental que los beneficiarios hagan parte real y vívida del grupo familiar, al punto que si no existen beneficiarios no hay derecho a la pensión, lo que distancia este tema de los derechos sucesorales.

Un aspecto redundante en importancia y es que la regulación parte de un sesgo de género, que presume el estado de carencia de la mujer pero por motivos de igualdad se extendió al hombre, sin embargo, en esta aspecto cabría preguntarse si debe seguir existiendo una presunción de estado

de carencia y vulnerabilidad, y si esa presunción debe ser de derecho o puede ser desvirtuable, ese será uno de los aspectos a retomar en el siguiente capítulo para efectos de censurar la actual configuración legislativa.

En conclusión, la necesidad en clave de seguridad social en pensiones de sobrevivientes, es la carencia de recursos para garantizar la satisfacción de necesidades individuales de cada miembro del grupo familiar y que deriva del hecho del fallecimiento de un integrante de dicho núcleo que proveía todo y parte del sustento de tal hogar.

Es importante indicar que presumir que el hombre es quien provee el sustento y los demás miembros de la familia estarán conminados a al hambre y la miseria es un criterio ortodoxo y que no atiende las concepciones modernas de igualdad de género, sostén mancomunado del hogar, incluso apoyo económico de otros miembros de la familia como hijos, hermanos o demás integrantes en común vivencia, por ello la necesidad que hoy se materializa es la de garantizar el mínimo vital del hogar, si bien los ingresos del fallecido no necesariamente eran la fuente única de ingresos, sí eran parte vital para el equilibrio del mismo y su ausencia, va a poner en riesgo las condiciones dignas de vida, educación, salud, recreación, alimentación y en general, las demás necesidades individuales de los miembros del hogar³⁸.

Los dos aspectos referidos en los dos últimos temas, es decir ser miembro del grupo familiar y la necesidad, completan el escenario para que la seguridad social deba brindar protección y garantía a quien ve amenazada la satisfacción de necesidades, por tanto se considera que son complementarios y no deben estar ausentes en los análisis de requisitos para ostentar la calidad de beneficiarios de un causante. No resulta ajeno al autor que las legislaciones han adoptado presunciones de derecho o legales frente al criterio de necesidad, sin embargo, este tipo de normativas al unirse con una laxitud en los conceptos de familia se adentran en un escenario peligroso donde se pone en juego la esencia de la protección por sobrevivientes y da lugar a múltiples circunstancias de injusticia, discriminación y desigualdad que más adelante se analizarán.

2.4 HISTORIA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN COLOMBIA

³⁸ Se itera que la perspectiva se toma exclusivamente en materia económica, sin desconocer las carencias espirituales, morales e intrínsecas que puede causar la muerte de un ser querido, sin embargo, por motivos de abordar el tópico de manera puntual y concreta no se recabará en ese tipo de necesidades inmateriales.

Algunos visos del tema han sido referidos en precedencia, sin embargo, en este acápite se procederá a desarrollar de manera puntual el proceso evolutivo de los reconocimientos de las pensiones por viudez hasta la hoy pensión de sobrevivientes. El proceso de desarrollo de esta prestación no puede ser ajeno a las etapas que marcaron la historia de la seguridad social en nuestro país, de manera que también se atenderá la propuesta de Arenas Monsalve (2011), para efectos de clasificar cada periodo, sin embargo, se limitará el periodo de cambios estructurales hasta el año 2003, que fue la última gran reforma en la materia, en adelante se propone analizar de manera más amplia todo el desarrollo que ha tenido la legislación y la jurisprudencia a partir del año 2003, pues es la norma en vigor que ha sufrido múltiples interpretaciones y que hoy convoca la principal atención en el desarrollo del presente estudio:

1. Etapa de dispersión (antes de 1945)
 2. Etapa de organización del sistema (1945-1967)
 3. Etapa de expansión (1967-1977)
 4. Etapa de cambios y crisis (1977-1990)
 5. Etapa de reformas estructurales (1990-2003)
-
1. Etapa de dispersión (antes de 1945)

En principio, los beneficios de seguridad social por el hecho de la muerte, al igual que las demás prestaciones pensionales, no se encontraban sistematizados, simplemente surgía una regulación que establecía un beneficio económico, por un hecho calamitoso y en favor de un beneficiario específico y con cargo al erario.

Ávila López (2016, citando a Muñoz Segura, 2011) relata de manera sucinta las primeras manifestaciones de la pensión de sobrevivientes en Colombia al relatar que:

A finales del siglo XIX se reconocen por parte del Estado colombiano una serie de pensiones de viudez⁸, esto es, el pago de una prestación en favor de la viuda debido a la vulnerabilidad particular de su estado y a la pérdida emocional y de los ingresos económicos que este hecho implica. Estas pensiones fueron reconocidas principalmente a viudas de militares de altos rangos, mediante leyes tales como: Ley 29 de 1870, leyes 1ª, 16, 65, 69 y 86 de 1882, y en el siglo XX mediante las leyes 35 de 1904, 20 de 1916, 38 de 1926 y 20 de 1935.

Sin embargo, estos reconocimientos de pensión no obedecieron a ningún proyecto sistemático del Estado, como tampoco obedecieron a fines u objetivos concretos de protección de una población específica, por cuanto su razón obedeció a dádivas aisladas y personales, y así como se reconocieron estas pensiones, a otras viudas simplemente se les reconocieron recompensas, aun cuando se encontraban en situaciones fácticas

similares, como, por ejemplo, las sumas de dinero reconocidas por una única vez a las viudas de Tomás Pizarro mediante la Ley 38 de 1896 y de Jerónimo Caicedo, fallecido en la Batalla de Sonso

Existieron instituciones heredadas de la corona española denominadas montepíos militares, los cuales continuaron con posterioridad a la independencia y hasta 1827, eran: *cajas de socorro financiadas por contribución de los miembros para dar auxilios a las familias*. En 1843, se estableció un montepío militar que: *reconocía asignaciones o prestaciones económicas a favor de las viudas de los militares fallecidos en servicio*, pervivieron interrumpidamente hasta su desaparición en 1917 (Arenas Monsalve, 2018).

Sobre tales instituciones Umaña Trujillo (1983, citado por Ávila López, 2016) precisa que tenían las siguientes características:

- *Se trató de personas jurídicas de derecho público, ya que su patrimonio se conformaba por dineros públicos.*
- *La Junta Directiva, al igual que la Tesorería, estaba conformada por funcionarios públicos designados para tal efecto por el Presidente de la República.*
- *El ejecutivo tenía injerencia en este tipo de instituciones al punto que podía revisar en cualquier época una adjudicación pensional, revocándola.*
- *Los montepíos gozaban de todo tipo de prebendas, entre ellas tributarias.*

Por tales vestigios de protección y preocupación por las viudas y los huérfanos es que López Villegas (2011) bautizó a esta prestación económica, con razón, como el emblema de la seguridad social en pensiones, al decir que la seguridad social ofrecía ayudas económicas a la *familia que quedaba expósita y necesitada por la muerte del soldado*.

Ávila López (2016, citando a Umaña Trujillo, 1983) refirió otra manifestación de pensiones de sobrevivientes indicando que;

fueron las destinadas a la protección de las viudas de quienes ejercieron como presidentes (Ley 29 de 1912), la legislación que protegió a las viudas de los servidores muertos en actos del servicio o en acción de guerra (Ley 71 de 1915). También, a principios del siglo XX se presentó la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, creada mediante la Ley 75 de 1925, que es el primer intento serio de estructurar un régimen pensional y es el fruto del trabajo de una Comisión Suiza contratada para tal efecto por el gobierno de aquel entonces.

Es importante anotar que existía requisito de que hubiere dependencia económica y además prohibición de contraer nuevas nupcias, este último requisito pervivió hasta nuestros días, aunque en Colombia fue expulsado del ordenamiento jurídico, sin embargo, subsiste en algunas legislaciones del mundo, como Paraguay, España, Honduras y Costa Rica.

2. Etapa de organización del sistema (1945-1967)

Hacia 1945, inició una nueva etapa de la seguridad social con la expedición de la Ley 6 de 1945 y la Ley 90 de 1946, tal y como se esbozó en el capítulo 1, se crearon las instituciones que administrarían la seguridad social tanto a nivel nacional, como a nivel territorial.

Relata Ricardo Meza (2016) que, en cuanto a las prestaciones por muerte, se crea un *seguro para empleados y obreros nacionales de carácter permanente* pagadero a beneficiarios o herederos, y una recompensa para la familia de los senadores y representantes que fallezcan, con el requisito de cierta carencia de medios económicos.

La Ley 90 de 1946, estableció unas pensiones por viudez en caso de muerte por accidente laboral o enfermedad profesional, otorgando una prestación a la viuda y el viudo siempre que estuviere en condición de invalidez (art. 54), a renglón seguido, estableció de manera subsidiaria el derecho de la mujer que hubiere hecho vida marital con el causante en los últimos 3 años o haya tenido hijos, y consagró la posibilidad de que tuviere varias concubinas, caso en el cual solo habría derecho proporcional las que tuvieren hijos del difunto (art. 55).

Es importante mencionar, que tal norma trajo importantes avances reconociendo derechos más allá de la institución del matrimonio, lo que se denota acorde con los cambios sociales y las necesidades de la población. A manera de comentario, tal normativa en ese tenor resulta más liberal y garantista que la actual legislación mexicana.³⁹

3. Etapa de Expansión (1967-1977)

Dichos reconocimientos en materia pensional quedaron sometidos a la entrada en funcionamiento del ICSS, para efectos de cobertura pensional situación que no ocurrió sino hasta la expedición del D.3041 de 1966, es decir 20 años después, con la especial particularidad que no solo cambió la forma de referirse a la viuda, pues tenía ahora la calidad de cónyuge sobreviviente, sino que además ignoró por completo el contenido de la Ley 90 de 1946, en lo relativo a *la mujer que conviviere con el difunto*, no se observa en el capítulo 3 de prestaciones por muerte, artículos 20 a 26, ni una sola mención a la hoy denominada compañera permanente, concubina o

³⁹ Otorga derecho subsidiario a las concubinas, que acrediten 5 años de convivencia, pero en caso de existir varias reclamantes no se otorga derecho a ninguna. (Mendizábal Bermúdez, G., 2019)

conviviente. Lo propio ocurrió con el art. 21 del D. 3170 de 1964, cuyo texto alberga el mismo tenor.

No existe una explicación histórica para que el legislador hubiere guardado silencio respecto de los derechos de los convivientes no casados, no obstante, no se puede perder de vista la regencia de la Constitución de 1886, que tenía a dios como fuente suprema y la religión católica como esencial elemento del orden social (art.38), sin que el Acto Legislativo 1 de 1936, afectare tal concepción.

El decreto 2663 de 1950⁴⁰, contempló una prestación económica por muerte del trabajador y de carácter temporal, para cónyuge e hijos, con la sola acreditación del parentesco y de no contar con medios económicos para subsistir, es decir, un esbozo de dependencia económica, sin más requisitos que el parentesco o matrimonio.

Ricardo Meza (2016) respecto de las normas expedidas en este periodo comentó que:

Toda la regulación legislativa hasta 1975 favoreció al cónyuge y excluyó rotundamente a las parejas de hecho. El Decreto 3135 de 1968, reglamentado por el 1848 de 1969, dispuso en el artículo 36 la sustitución pensional en favor del cónyuge e hijos de un empleado público o trabajador oficial, también de forma temporal pues únicamente se podía gozar por 2 años. La modificación que de este hizo el Decreto 434 de 1971, consistió en aumentar el tiempo de disfrute de la pensión a 5 años y se sujetó a lo dispuesto en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, ya anotado.

En los años setenta, se presentaron las primeras modificaciones a la norma y vinieron importantes leyes que regularon la materia que interesa el presente estudio, la Ley 33 de 1973, transformó en vitalicias las pensiones de las viudas que hasta el momento eran temporales, el artículo 2° de esta norma resulta significativo en el presente estudio, pues establece unas circunstancias de pérdida del derecho, a la letra indica:

Artículo 2°. *El derecho consagrado en favor de las viudas en el artículo anterior, se pierde cuando, por culpa de la viuda, los cónyuges no viven unidos en la época del fallecimiento del marido, o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias o haga vida marital.*

En tales condiciones, la norma trae un ingrediente trascendente y es la convivencia en la época del fallecimiento y además la posibilidad de que la viuda forme un nuevo hogar, la norma establece tal posibilidad de pérdida del derecho cuando exista culpabilidad de la mujer en la

⁴⁰ Código Sustantivo del Trabajo.

separación y además cuando no tenga otra fuente de sustento (nuevo hombre)⁴¹, de lo que se desprende que existen dos presunciones, la primera que el hombre es quien provee el sustento del hogar y la mujer no puede valerse por sí misma y segundo que al tener otro hombre que le brinde sustento desaparece el estado de necesidad requerido para que se active la protección estatal.

La Ley 12 de 1975, estableció el derecho a la sustitución pensional de la cónyuge sobreviviente (ya no viuda) y además incorporó también al ordenamiento la posibilidad de pensión para las compañeras permanentes, lo que en términos de Arenas Monsalve (2018) representó un significativo avance hacia el reconocimiento de las familias de hecho en Colombia. Además, contempló reconocimiento de una pensión de sobrevivientes sin haber completado los requisitos para la pensión de jubilación.

El mismo tenor del art. 2° de la Ley 33 de 1973, se reprodujo en la Ley 12 de 1975, reiterando la pérdida del derecho por no convivir al momento del fallecimiento o conformar nuevo hogar.

La Ley 44 de 1980, estableció la posibilidad de facilitar el trámite de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes mediante una especie de presentación de beneficiarios (antecedente de la Ley 1204 de 2008), para que la prestación sea reconocida de manera célere, generando una presunción de convivencia para el caso del cónyuge que figure dentro de la presentación que hizo el fallecido.

4. Etapa de cambios y crisis (1977-1991)

La etapa anterior a la Constitución Política del año 1991, fue agitada y de mucha convulsión en materia de seguridad social en pensiones y particularmente en las prestaciones económicas por muerte, y fue a partir de esta época en que Colombia se desprendió de muchas de las legislaciones del mundo y dio pasos importantes en búsqueda de la igualdad, la no discriminación y la protección de necesidades básicas a los más vulnerables, como se pasará a referir.

Con la Ley 113 de 1985, se amplió también al hombre la posibilidad de acceder a la prestación por muerte, con las mismas condiciones y beneficios, superando aquella discriminación

⁴¹ Los términos expresados son una extracción del contenido normativo y no consideraciones del autor.

histórica que consideraba a la mujer un apéndice del hombre e incapaz de generar recursos para su sustento. También precisó que el matrimonio debía hallarse vigente al momento de la muerte.

Al confrontar los textos de la Ley 12 de 1975, con la Ley 113 de 1985, se presentaba una situación controversial, pues la primera establece una causal de pérdida del derecho al desaparecer la convivencia, y la segunda norma instituye que se considera cónyuge sobreviviente a quien tenga vínculo matrimonial hasta la muerte lo que en principio llevaría a pensar que se excluyó como requisito la convivencia con el causante hasta la muerte, según Ricardo Meza (2016), acudiendo a la Corte Suprema de Justicia, el requisito de convivencia no se reemplazó con la ley del 1985, y ello tiene sentido, si se realiza la siguiente intelección: sé es cónyuge sobreviviente si no hay divorcio, empero, aun ostentando tal relación matrimonial, en caso de no existir vida en común al momento del óbito, habría pérdida del derecho.

Con la Ley 71 de 1988, se abrió un universo de posibilidades en materia pensional, se permitió la pensión de jubilación por aportes que hizo justicia con muchos trabajadores del sector oficial que también trabajaron en el sector privado y no podían sumar dichos periodos de labor y además en sus artículos 3 y 11, contempló un panorama claro en materia de beneficiarios. El primero extendió todas las prerrogativas de las normas analizadas en precedencia a todos los órdenes de beneficiarios⁴², y el 11, estableció que tales normas aplicarían a todos los afiliados de cualquier entidad de naturaleza pública o privada, lo que acabó cualquier discusión acerca del plano de igualdad de hombres y mujeres y de cónyuges y compañeros permanentes.

La norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que reafirmó la subsidiariedad del compañero permanente frente al cónyuge, su artículo 7° fue una remembranza de los artículos 2° de la Ley 12 de 1975 y Ley 33 de 1973, estableciendo la pérdida del derecho al cónyuge que no haga vida común (salvo sea culpable el fallecido) y cuando constituya un nuevo hogar.

La anterior regulación, trae hasta el año 1989, requisitos de clara convivencia hasta el momento de la muerte, para el cónyuge so pena de pérdida del derecho y para el compañero como requisito de causación y adicionalmente, si bien, presume la dependencia económica de la pareja, le da un efecto de pérdida del derecho en caso de formar un nuevo hogar. Lo anterior, resulta de relevancia para el presente trabajo, pues para el legislador ambos requisitos complementaban los

⁴² Es decir que permitió que los hombres también pudieran acceder a la prestación por sobrevivientes en caso del fallecimiento de la esposa o compañera permanente.

tres requisitos esenciales para pensar en una protección por sobrevivientes y que recalca López Villegas (2011): 1) muerte, 2) familia y 3) necesidad.

Con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el D. 758 de 1990, se modificaron las condiciones de reglamentación del Instituto de Seguros Sociales, se variaron requisitos de causación para las prestaciones económicas pensionales y en el capítulo V se reguló lo atinente a las prestaciones por muerte del afiliado o pensionado. Es importante mencionar que para los afiliados al ISS, ya operaban las prerrogativas de las Leyes 33/73, 12/75, 113/85, conforme lo contempló la Ley 71 de 1988.

La norma ajustó los requisitos para que los afiliados fallecidos causaren el derecho a favor de sus beneficiarios, utilizando las normas que regulan la pensión de invalidez⁴³.

En el artículo 27, se reiteró la subsidiariedad de los compañeros permanentes respecto de los cónyuges, y reguló los eventos en que se materializa la falta de cónyuge por muerte, divorcio, nulidad de matrimonio y separación definitiva de cuerpos y bienes. En el presente reglamento no se estableció tiempo de convivencia para el cónyuge, ni tampoco necesidad de acreditar dependencia económica, la que sólo reservó la ley para hijos mayores estudiantes o inválidos, padres y hermanos inválidos.

Para el caso de los compañeros permanentes, exige vida marital con el causante durante los 3 años inmediatamente anteriores al óbito o que haya tenido hijos y en caso de existir varias mujeres (debería hablar genéricamente, conforme la discusión superada con la Ley 113 de 1985), solo tendrían derecho los que tuvieran hijos con el fallecido.

El artículo 30, consagró la pérdida del derecho cuando el cónyuge sobreviviente no hiciere vida común con el causante salvo que la separación haya sido culpa del fallecido, cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital.

Con la Ley 54 de 1990, se reguló lo relativo a las uniones maritales de hecho y las sociedades patrimoniales entre compañeros permanentes, regularizando las condiciones jurídicas de las convivientes, generando unas consecuencias económicas mediante un patrimonio común.

⁴³ Debían reunir 300 semanas en cualquier época o 150 semanas en los últimos 6 años anteriores a la muerte.

La norma es un avance en materia de igualdad lo que termina de consolidarse con el advenimiento de la Constitución Política de 1991.

5. Reformas estructurales (1991-2003)

En el año 1991, fue expedida la nueva Constitución Política que instituyó que Colombia es un Estado Social de Derecho, estableció como principios fundantes la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad, para efectos de no reiterar lo referido en el capítulo primero de este estudio, en clave de pensión de sobrevivientes los artículos que más impactan el tema son el artículo 4, 5, 13, 19, 42, 43 y 48 de la nueva carta política, que se resumen en la garantía de los derechos a la seguridad social, la familia como núcleo de la sociedad, la igualdad material y la libertad de cultos.

Los anteriores aspectos resultan fundamentales para examinar el tema de los beneficiarios de una prestación económica por muerte, proscriben cualquier tipo de discriminación y brinda una protección a la familia constituida por decisión libre de una pareja que decide unirse en matrimonio o con voluntad responsable de conformarla. Bajo tales entendidos, pierden asidero muchos contextos normativos que pervivían hasta antes de la vigencia de la constitución como se analizará.

Otro cambio fundamental que trajo la Constitución Política de 1991, fue la creación de la Corte Constitucional, un tribunal encargado de hacer control constitucional abstracto y concreto sobre la norma y sobre casos puntuales de trasgresión de derechos fundamentales. También es relevante mencionar que la nueva hoja de ruta del país positivizó derechos humanos en su cuerpo normativo y además en sus artículos 53 y 93, incorporó al texto constitucional los tratados internacionales y los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Teniendo en cuenta que los cambios constitucionales serán de transversal importancia en materia pensional, se irá abordando su influencia en la medida en que sean analizadas las providencias de constitucionalidad que expulsan del ordenamiento normas que contravienen su texto y además las sentencias de tutela donde se ampara la garantía de derechos fundamentales.

No obstante, lo anterior, es este el momento para referir que la constitucionalización del principio de igualdad tuvo una incidencia muy relevante para los efectos de los beneficiarios de las pensiones de sobrevivientes, Cifuentes Muñoz (1998, citado por Arenas Monsalve, 2018) sintetizó los aspectos importantes de este cambio constitucional, así:

La igualdad ante la ley significa que todos los sujetos tienen la misma posición ante el estado y sus autoridades, sin posibilidad de aplicación diferencial sin justificación razonable.

Igualdad de trato, derecho a recibir la misma protección y trato de las autoridades, es la coherencia en la respuesta o acción estatal, ante supuestos fácticos que pueden ser semejantes y comparables.⁴⁴

La igualdad de trato como derecho subjetivo, tiene ejecutabilidad mediante el recurso de amparo o tutela, lo que les brinda a los jueces constitucionales un gran ámbito de acción, dota al juez de herramientas y obligaciones para tomar una decisión en clave de igualdad. Dicho mandato también afecta el legislador, pues en sus mandatos legales también se ve compelido a respetar este derecho y sus actos son susceptibles de revisión constitucional mediante el denominado test de razonabilidad.⁴⁵

Otro ámbito es la no discriminación, que prohíbe que se dé un trato diferenciado por motivos de raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política, teniendo dicho listado un carácter enunciativo, tales aspectos se denominan como categorías sospechosas de discriminación, brindando un tratamiento especial a grupos históricamente discriminados o vulnerables, de suerte que el control judicial es más estricto.

Finalmente, está el denominado derecho a la desigualdad, donde se brinda un trato más favorable a quienes tienen una condición de debilidad manifiesta y por tanto requieren una especial atención por parte del Estado.

No han sido pocos los ejemplos en que se ha expulsado del ordenamiento o se le ha dado una interpretación condicionada a distintas leyes o artículos, que erigen tratos discriminatorios e injustificados respecto a cierto grupo poblacional y serán analizados con posterioridad.

Con posterioridad a la Constitución Política de 1991, sobrevino la Ley 100 de 1993, que como se explicó en el primer capítulo realizó reformas estructurales al sistema de seguridad social integral y en palabras de la Corte Constitucional⁴⁶ derogó de manera expresa, tácita y orgánica todas las normas que no comulgaren con su texto, de manera que marcó un antes y un después, dicha ley creó dos regímenes pensionales coexistentes pero excluyentes para administrar el sistema pensional.

El primero de ellos es el régimen de prima media con prestación definida administrado por el entonces ISS, hoy COLPENSIONES, y el segundo, régimen de ahorro individual con solidaridad gestionado por las sociedades administradores de fondos de pensiones con una naturaleza privada. Ambos con distintas formas de administración, el sistema público bajo un sistema de aseguramiento y el privado bajo la modalidad de ahorro, sin embargo, para el tema que

⁴⁴ En palabras de la Corte Constitucional, SC-530/93, es distinto discriminación a diferenciación, la primera es irrazonada y no justificable, y se encuentra proscrita constitucionalmente, la segunda es aceptada.

⁴⁵ SC-511/92, SC-530/93 y SC-022/96.

⁴⁶ Corte Constitucional Su-140 de 1993.

nos convoca debe decirse que tanto los requisitos, como los beneficiarios son los mismos, solo varía el modelo de financiamiento.

Pasando al contenido de la Ley 100 de 1993, a partir del capítulo 4 del título 2, puntualmente en los artículos 46 a 49, se reguló lo atinente a las pensiones de sobrevivientes en el régimen de prima media con prestación definida y en el capítulo 4 del título 3, se estableció lo relativo al régimen de ahorro individual, en los artículos 73 a 78, y puntualmente el artículo 73 hizo una remisión normativa a los artículos 46 y 48 de la misma norma⁴⁷, y el artículo 74, sencillamente replicó el contenido del artículo 47⁴⁸, es decir, tanto requisitos de causación, como los beneficiarios se rigen por las mismas condiciones, de manera que con las modificaciones que se han hecho a las normas del RPM, también se alteran las exigencias del RAIS.

Martínez Cifuentes (2018) destaca en su texto⁴⁹ que la Ley 100 de 1993, en su artículo 46: *estableció una nueva prestación que no estaba contenida en la anterior normatividad de pensiones, pues reguló la situación de otorgar una pensión de sobrevivientes tras la muerte del afiliado en favor de sus beneficiarios*, enlistando los requisitos exigidos para el afiliado, rescatando que se trataba de una verdadera pensión de sobrevivientes y no una sustitución pensional, sin embargo, tal aserto no resulta avenido a la historia de la legislación de la materia, pues desde la concepción del D. 3041 de 1966, artículo 20 lit. a), ya contenía una prestación económica por muerte del asegurado, cumpliendo los mismos requisitos para causar la pensión de invalidez y

⁴⁷ ARTÍCULO 73. REQUISITOS Y MONTO. Los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad, así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48, de la presente Ley.

⁴⁸ ARTÍCULO 74. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

<Aparte subrayado condicionalmente EXEQUIBLE, y tachado INEXEQUIBLE> En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo, que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;

b) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez;

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

⁴⁹ La pensión de sobrevivientes, p. 41.

cuyos requerimientos fueron modificados con el D. 758 de 1990, y se ilustró en precedencia, incluso la Ley 12 de 1975, también contempló una especie similar en su cuerpo normativo.

Así las cosas, sí existió modificación, pero en cuanto a densidad de cotizaciones al sistema por parte del afiliado, pasando de requerir 300 semanas en cualquier tiempo o 150 en los últimos 6 años, a necesitar 26 semanas cotizadas en el último año si era cotizante inactivo o 26 semanas en cualquier tiempo si era activo. Las condiciones de la sustitución pensional⁵⁰, no sufrieron alteración alguna. También se incorporó la posibilidad de causar la pensión de sobrevivientes cuando el afiliado hubiere completado el tiempo de cotizaciones requerido para pensión de vejez tanto en vigencia de la nueva ley (1000 semanas cotizadas⁵¹), como para aquellos beneficiarios del régimen de transición⁵² (1000 semanas en cualquier tiempo o 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al fallecimiento⁵³).

Por otro lado, el artículo 47 de la norma estableció los beneficiarios de las pensiones de sobrevivientes así:

- a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;*
- b. Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.*
- c. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste.*
- d. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.*

⁵⁰ Evento en que el fallecido ya disfrutaba de una pensión de vejez o invalidez y fallece. No aplica para pensiones de sobrevivientes, pues la misma se extingue con la muerte del beneficiario.

⁵¹ Requisito de pensión de vejez contenido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, sin las modificaciones traídas por la Ley 797 de 2003, cuyo texto incremento paulatinamente las semanas requeridas para pensión de vejez a partir del año 2005 y hasta el año 2015, fecha en la cual se requieren 1300 semanas cotizadas.

⁵² CSJ SL7358-2014, la cual se reiteró en la CSJ SL19900-2017 y la CSJ SL149-2018

⁵³ Art.12 Ac. 049/90, sin embargo, se permitió que las 500 semanas pudieren ser cotizadas en los últimos 20 años con anterioridad a la fecha de la muerte, CSJ SL-4699/19, que reitera pronunciamientos como CSJ SL114-2019, CSJ SL-1132/19, entre otros.

Como se observa, la norma fue objeto de estudios de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, el aparte relativo al tiempo de convivencia desde la fecha de cumplimiento de requisitos de vejez o invalidez se declaró inexecutable con la SC-1176 de 2001, dicha corporación indicó que es una generalización intolerable desde la perspectiva constitucional y sacrifica los derechos de personas en las que se mueve un verdadero espíritu de convivencia cuando deciden unir sus vidas, dedicándose de lleno y por completo al cuidado de su pareja hasta el momento de su muerte.

La norma pretendía evitar las relaciones oportunistas en procura de sustituciones pensionales, pero podía privar del derecho a quienes sí tenían un ánimo libre y responsable de formar una familia con posterioridad a la adquisición de una pensión, lo que resultaba ser abiertamente injustificado.

Así las cosas, con la Ley 100 de 1993, se entraña un criterio material de convivencia para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, y además un plano de igualdad entre las uniones maritales de hecho y el matrimonio, así lo entendió también la Corte Constitucional en sentencia T-190 de 1993, que al referirse al tópico, a propósito del art. 42 de la carta indicó:

El vínculo constitutivo de la familia - matrimonio o unión de hecho - es indiferente para efectos del reconocimiento de este derecho. El factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge superviviente y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes. Es por ello que la ley ha establecido la pérdida de este derecho para el cónyuge superviviente que en el momento del deceso del causante no hubiere vida en común con él, salvo la existencia de justa causa imputable a la conducta del fallecido (L. 12 de 1975, art. 2º y D. R. 1160 de 1989)

Así mismo, ratificó que el criterio que debía prevalecer era el material y no el formal, al referir que:

Por el contrario, la ley acoge un criterio material - convivencia efectiva al momento de la muerte - y no simplemente formal - vínculo matrimonial - en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo de la persona fallecida. En consecuencia, en el hipotético caso de la negación de este derecho a la compañera permanente bajo el argumento de un vínculo matrimonial preexistente, pero disociado de la convivencia efectiva - v.gr. por el abandono de la esposa debido a la carga que representaba el cónyuge limitado físicamente -, se configuraría una vulneración del derecho de igualdad ante la ley en perjuicio de quien materialmente tiene derecho a la sustitución pensional.

Así las cosas, resultaba pacífico el hecho de la aplicación del principio de igualdad entre cónyuge y compañera y adicionalmente, y la necesidad de acreditar la convivencia hasta el momento de la muerte, sin embargo, el D.1889 de 1994, dio un viraje inesperado, su artículo 7.º, señaló:

ARTICULO 7o. CONYUGE O COMPAÑERO O COMPAÑERA PERMANENTE COMO BENEFICIARIO DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES. Para los efectos de los literales a) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 y 49 del Decreto 1295 de 1994, tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes, en primer término, el cónyuge. A falta de éste, el compañero o compañera permanente.

Se entiende que falta el cónyuge y por lo tanto se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes, en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Muerte real o presunta del cónyuge.*
- b) Nulidad del matrimonio.*
- c) Divorcio del matrimonio.*
- d) Separación legal de cuerpos.*
- e) Cuando la pareja lleve cinco (5) o más años de separación de hecho.*

El texto subrayado fue declarado NULO por el Consejo de Estado mediante providencia de octubre 8 de 1998, exp. 14634, C.P. Dr. Javier Díaz Bueno, sin embargo, la primera parte quedó incólume, incorporando vía reglamento un nuevo halo de discriminación al ordenamiento jurídico.

La Corte Suprema de Justicia en providencia de radicación 6412 del 1º de 1994, estudió el asunto y estableció:

Como bien lo explica la impugnante, no solamente son razones éticas las que llevan a entender en esa forma lo establecido en el artículo 2º de la Ley 33 de 1973, sino también una simple razón de decoro y orden práctico, cual es la circunstancia de que quien tiene la obligación de responder por las necesidades de subsistencia de la concubina o compañera permanente es su concubinario o compañero permanente, y no el hombre que no obstante ser el esposo legítimo ya no convive con dicha mujer. Resultaría francamente inmoral, por decir lo menos, que cualquiera de los dos esposos separados luego de hacer vida marital con otra persona o, lo que es lo mismo, convertirse en compañero permanente de alguien, vale decir, verdaderos esposos de hecho ante la sociedad, pueda al fallecer el cónyuge pensionado recibir por sustitución la pensión que éste disfrutaba.

En rigor a quien debería corresponderle recibir la pensión de jubilación por sustitución es a la persona que en su carácter de compañero convivió largo tiempo con el pensionado y estuvo a su lado hasta el momento de su fallecimiento. Esto en realidad parece ser lo más justo. Sin embargo, es lo cierto que hasta hoy el legislador aún no ha dado esta solución a la convivencia de hecho, pues privilegia la situación del cónyuge separado sin culpa suya que no hace vida marital con otra persona; pero que ello sea así no significa que los jueces laborales puedan además agregar de su propia cosecha a tan desventajosa situación otra a todas luces mucho más aberrante y socialmente inconveniente, como vendría a ser la de reconocerle a quien está probado plenamente convivió maritalmente

con alguien distinto a su legítimo cónyuge en vida de éste, la pensión de jubilación que como pensionado disfrutaba el fallecido. Esto por cuanto no existe título legal para disponer algo tan ostensiblemente contrario a derecho

Se observa en dicho proveído que, si bien, la anterior providencia alberga algunos matices de desigualdad entre hombres y mujeres, al considerar que sobre los hombres reside la obligación de manutención de las mujeres, tiene completamente claro que resulta aberrante, injusto y hasta inmoral, que quien ya no vivía con el causante y había conformado familia con otra persona, pueda verse favorecido al momento de su fallecimiento incluso en detrimento de quien sí convivía con el causante.

Refiere Ricardo Meza (2016) citando la sentencia del 10 de mayo de 2005, que, para la CSJ, no era suficiente demostrar el vínculo formal del matrimonio, sino la constitución de un grupo familiar en cuyo escenario se originen necesidades materiales e inmateriales por la muerte de uno de sus integrantes, y por tanto protegibles por la seguridad social:

Ciertamente se es cónyuge por virtud del matrimonio, pero no basta con la formalidad solemne de su celebración para conformar el grupo familiar protegido por la seguridad social. Esta calidad sólo se puede predicar de quienes, además, han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común o aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales.

El artículo 47 de la Ley 100 de 1993 al establecer que el cónyuge o compañero permanente supérstite son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los equipara en razón a la condición que les es común para ser beneficiarios: ser miembros del grupo familiar. No significa ello que se desconozca la trascendencia de la formalización del vínculo en otros ámbitos, como para la filiación en el derecho de familia, o para quien lo asume como deber religioso por su valor sacramental, sino que se trata de darle una justa estimación a la vivencia familiar dentro de las instituciones de la seguridad social, en especial la de la pensión de sobrevivientes, que como expresión de solidaridad social no difiere en lo esencial del socorro a las viudas y los huérfanos ante las carencias surgidas por la muerte del esposo y padre; es obvio que el amparo que ha motivado, desde siglos atrás, estas que fueron una de las primeras manifestaciones de la seguridad social, es la protección del grupo familiar que en razón de la muerte de su esposo o padre, o hijo, hubiesen perdido su apoyo y sostén cotidiano, pero no para quien esa muerte no es causa de necesidad, por tratarse de la titularidad formal de cónyuge vaciada de asistencia mutua

De lo esbozado en precedencia, tanto la Corte Suprema de Justicia, como la Corte Constitucional, irguen como necesarios los criterios de convivencia y necesidad tanto para cónyuge como para compañeros permanentes, sin que prime el uno sobre el otro, pues lo

materialmente relevante debe ser el apoyo, socorro, compromiso y ánimo de formar una familia y no una vana solemnidad desprovista de la expresión de los deberes que entrañan las leyes civiles.

Hasta aquí se han delineado los aspectos históricos que tienen directa incidencia en el actual sistema pensional en materia de sobrevivientes, con algunas posturas jurisprudenciales que marcaron una fuerte tendencia en cuando a la Constitucionalización de la seguridad social, y la materialización de los principios rectores de la carta política, en adelante se revisará cómo se encuentran normativizados los requisitos para acceder a la prestación económica en la actualidad.

2.5 ETAPA ACTUAL (2003 – HOY)

Es una etapa que nace en el año 2003, con la última modificación realizada a la Ley 100 de 1993, en materia de pensión de sobrevivientes, su texto se mantiene en vigor en la actualidad, pero es necesario estudiar con detenimiento cada una de las modificaciones, estudios de constitucionalidad e interpretaciones que ha sufrido a lo largo de estos 17 años. Se caracteriza por ser un periodo de incertidumbre, de mucho activismo judicial, aumento de las controversias en materia pensional y proteccionismo de la Corte Constitucional en materia de acciones de tutela y de estudios de exequibilidad.

La reforma tuvo sensibles modificaciones en cuanto a requisitos de causación, beneficiarios, monto y demás regulación relativa tanto a las pensiones sobre sobrevivientes como a las demás prestaciones económicas y que puntualmente, se erige como el principal eje de estudio en este trabajo pues es la norma que suscita el conflicto que aquí se quiere abordar, por tal motivo se procederá a esbozar el contenido de esta novedad legislativa.

La Ley 797 de 2003, fue expedida el 29 enero de 2003, modificando importantes aspectos de la Ley 100 de 1993, en materia de pensiones, campo de aplicación, afiliación, cobertura, características, obligaciones de los sujetos, cotizaciones, límites, requisitos para pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, montos de pensión, revisión de pensiones obtenidas de manera fraudulenta.

2.5.1 Requisitos y beneficiarios

Buena parte de su articulado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, entre ellos los nuevos requisitos establecidos para pensiones de invalidez, lo que dio origen a que en diciembre

de la misma anualidad se expidiera la Ley 860 de 2003, sin embargo, para el tema que atañe el presente estudio no tiene relevancia.

Resulta importante mencionar que la nueva norma aumentó el número de semanas cotizadas⁵⁴ para causar la pensión e incorporó un requisito de fidelidad de cotización, del 25% y 20% dependiendo de la forma del fallecimiento, sin embargo esta última exigencia fue expulsada del ordenamiento jurídico por la SC-556 de 2009, en principio se aplicó por 6 años, luego sobrevino la excepción de inconstitucionalidad por parte de los jueces ordinarios y finalmente la Corte Suprema de Justicia en providencias como la SL-14847 de 2014, estableció que no era exigible dicha fidelidad y lo propio hizo la jurisprudencia de la Corte Constitucional como por ejemplo en la SU-005 de 2018. Por lo expuesto, para dejar causada la pensión en cabeza de los beneficiarios, solo quedó vigente el requisito de 50 semanas en los últimos tres años anteriores al cumplimiento de la edad.

No se realizarán mayores anotaciones referentes a la aplicación de los requisitos de la condición más beneficiosa⁵⁵, pues se tornaría demasiado extenso este acápite, solamente se indicará que en la actualidad, en materia de pensión de sobrevivientes existe unanimidad por parte de las altas cortes en torno a que el deceso debe presentarse dentro de los 3 años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, para efectos de aplicar las exigencias de la norma inmediatamente anterior.⁵⁶

Ávila López (2016) realizó un cuadro comparativo entre las normas de la Ley 100 de 1993 y las modificaciones que introdujo la Ley 797 de 2003, que resulta muy ilustrativo, solo se extractará lo relativo a cónyuges y compañeros para iniciar a concretar el punto que atañe la presente investigación, es del siguiente tenor.

Tabla 4
Comparativo Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003

LEY 100 DE 1993	LEY 797 DE 2003
Cónyuge y compañera permanente a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera permanente supérstite. Si se causa por muerte	a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En

⁵⁴ El requisito de semanas cotizadas se aumentó a 50 semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años anteriores al momento del fallecimiento, sin hacer distinción de si era cotizante activo o inactivo como lo contemplaba la Ley 100 de 1993, en su tenor original.

⁵⁵ Figura utilizada jurisprudencialmente para inaplicar la norma actual y darle ultractividad a la norma anterior, en materia de pensiones de invalidez y sobrevivientes, se entiende como una manifestación del principio de favorabilidad y permitía que, pese a que la invalidez o la muerte se presentaran en vigencia de la nueva norma, se utilizaran las semanas exigidas en la norma anterior para causar el derecho pensional.

⁵⁶ Ver sentencia 25 de enero de 2017, Expediente SL45650-2017, Radicación N° 45262 y SU-005/08, la Corte Constitucional estableció la posibilidad de aplicar la condición más beneficiosa de manera indefinida siempre que se trate de una persona en condición de vulnerabilidad.

del pensionado, el cónyuge o compañera permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante (por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez INEXEQUIBLE), y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido	caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a). Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. En caso de convivencia simultánea <u>en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo</u>. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; (Apartes subrayados son condicionalmente exequibles)
---	--

Fuente: Ávila López (2016)

El anterior comparativo, ilustra que se incorporaron novedades interesantes como las pensiones temporales para menores de 30 (sin hijos del causante), se aumentó el tiempo de convivencia entre el beneficiario y el causante con el siguiente tenor: *deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte*, y estableció una serie de circunstancias para resolver conflictos en caso de convivencia simultánea. Los dos primeros aspectos resultan ser novedosos pero interesantes porque tiene un impacto en la financiación de las pensiones y además retoma la necesidad de convivencia al momento de la muerte y aumenta el tiempo requerido, siendo ello un cambio razonable para evitar las uniones efímeras y las convivencias *in extremis* con claros fines de defraudación.

Respecto de las herramientas que creó la ley para dirimir los conflictos es necesario hacer un análisis muy detallado, pues contienen aspectos que deben ser comentados con detenimiento y que han sido objeto de reproche constitucional.

La sentencia emanada de la Corte Suprema de Justicia, SL-1510 de 2014, establece aspectos importantes que reiteran la jurisprudencia de dicha corporación rememorando la decisión

del 20 de mayo de 2008, rad. 32393, donde se enlistaron las 7 hipótesis para el acceso a la pensión de sobrevivientes como pareja, se transcribirá las últimas 3 por ser las que generan gran controversia y conflictos judiciales, se incluirá también el análisis que hizo en oportunidad aquél tribunal por ser de relevancia para el tema estudiado:

Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia:

... 5) Si respecto de un PENSIONADO concurre ...un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo... (inc. 2º, lit. b), la pensión se dividirá en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

6) En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, entre el cónyuge y una compañera o compañero permanente, el beneficiario (a) será la esposa (o) (inc. 3º, lit. b).

7) Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera (o) podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente en el literal a), en un porcentaje igual al tiempo convivido con el causante, siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años.

Es indudable que en los eventos 1 a 4, para que el cónyuge o la compañera o compañero permanente, tengan derecho a la pensión de sobrevivientes, deben ser miembros del grupo familiar del afiliado, tal como lo señala expresamente el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, y esa condición la tienen, como lo sostuvo la Sala en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560):

<...quienes mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos>.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46.

En consecuencia, para demostrar su condición de beneficiarios, es indudable que este grupo de personas, debería acreditar la convivencia con el causante al momento de su muerte, pues, de lo contrario, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, no harían parte de su grupo familiar, aunque alguna vez lo hayan sido.

En el evento 6 no existe discusión respecto a la convivencia del cónyuge, por lo menos, durante los últimos cinco años de vida del causante, trátase de un pensionado o de un afiliado, para ser preferido (a) frente a una compañera o compañero permanente en iguales circunstancias.

El evento 5 se refiere a la concurrencia de un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta ...y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b).

Como se dijo, para tener derecho a la pensión de los literales a) y b), se debe pertenecer al grupo familiar del pensionado, para lo cual debe mantenerse vivo y actuante el vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, por lo que debe entenderse la regla referida al caso de la concurrencia de dos compañeras permanentes, con igual derecho, pues los eventos 6 y 7, tratan de la concurrencia entre el cónyuge y la compañera o compañero permanente.

El evento 7 implica expresamente una excepción a la regla general de la convivencia, en cuanto permite al cónyuge sobreviviente que mantiene vigente el vínculo, pero se encuentra separado de hecho, reclamar una cuota parte de la pensión, en proporción al tiempo convivido, ...siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante.

En consecuencia, respecto al nuevo texto de la norma, mantiene la Sala su posición de que es ineludible al cónyuge supérstite o compañero (a) permanente, la demostración de la existencia de esa convivencia derivada del vínculo afectivo con el pensionado o afiliado al momento de su fallecimiento y, por lo menos, durante los cinco años continuos antes de éste...(negrita fuera de texto original)

En tales circunstancias ocupa la atención de este estudio los puntos 5, 6 y 7, pues resultan una suerte de condiciones con mala redacción y que dan lugar a todo tipo de interpretaciones, como en efecto ha ocurrido y que ha desnaturalizado por completo la esencia de la prestación pensional aquí analizada.

En primera medida es importante mencionar que mediante sentencia C-1035 de 2008, se morigeró el alcance de la siguiente expresión: *En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo* contenida en el literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido, con esta decisión se atemperó el ordenamiento jurídico a una condición de igualdad de trato, pues contemplaba una discriminación injustificada e irrazonable.

Pese a que el debate se cerraba con tal decisión proferida 5 años después de la vigencia de la norma, Ricardo Meza (2016) sostiene que la intención del legislador siempre fue clara al

indicar que: *ello no desdice la intención del legislador en torno a inclinar la balanza en favor del cónyuge, pues nótese que siempre usó la disyunción o, lo que significa que el querer legal era que uno de ellos (cónyuge o compañero permanente) accediera a la prestación, solo que no contaba con que la intervención constitucional menguara manifiestamente el margen de configuración legislativa*, bajo esos parámetros, si bien, la voluntad del constituyente derivado era palmaria, tales normativas a partir del año 1991, debían resistir juicios de constitucionalidad y tenían un riguroso control en clave de derechos fundamentales.

Las otras dos hipótesis que deben analizarse son las numeradas como 5 y 7, por la jurisprudencia del 20 de mayo de 2008, rad. 32393, es decir:

... 5) Si respecto de un PENSIONADO concurre ...un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo... (inc. 2º, lit. b), dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

7) Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera (o) podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente en el literal a), en un porcentaje igual al tiempo convivido con el causante, siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años.

En el evento número cinco se observa una redacción completamente ininteligible, pues estructura una hipótesis sobre la familia del causante y habla de un compañero permanente con derecho a percibir pensión (convivencia de 5 años), hace una referencia a una sociedad conyugal no disuelta (sin precisar si habla del pensionado o del compañero) y puntualiza que la pensión se dividirá entre ellos según el tiempo de convivencia con el fallecido, siendo que solo ha mencionado dos sujetos: el pensionado y el compañero. La sentencia transcrita⁵⁷ interpreta que la hipótesis trata de la convivencia simultánea entre compañeros, Ricardo Meza (2016) atina a decir que es contradictoria con el inciso siguiente, pero que en este caso solo le brinda protección al compañero con sociedad conyugal anterior vigente.

A su turno, Martínez Cifuentes (2018) al analizar la misma norma concluye que se trata de un caso donde no hay convivencia simultánea pues existió separación con el cónyuge, pero sigue vigente la sociedad conyugal, y, por ende, hay lugar a compartir la prestación con el compañero que reúna los requisitos (5 años de convivencia).

⁵⁷ CSJ, 20 de mayo de 2008, rad. 32393.

Respecto a lo anterior, se considera que las tres posturas son intentos de asimilar la nefasta redacción de la ley que resulta oscura y ambigua, sin embargo, en las 3 hermenéuticas se observan inconsistencias, en el caso de la corte en ningún momento la ley habla de convivencia simultánea entre compañeras, en el caso de Rodríguez Meza, sería un contrasentido pensar que la ley otorga una garantía especial, solo al compañero permanente que tenga una sociedad conyugal anterior vigente, pues claramente la norma se refería al causante y no al presunto beneficiario, y frente a Martínez Cifuentes, la intelección que plantea es idéntica al postulado final de literal b), del art. 47, no siendo lógico que el legislador repita una consagración normativa regulando los mismos supuestos fácticos.

En conclusión, la interpretación puede ser tan variada como observadores exista, sin que pretenda este trabajo portar la última palabra frente a esta discusión, sin embargo, resulta inocuo detenerse en este aspecto, ya que las altas cortes fijaron recientemente unas reglas completamente distintas que incluso llegan a desfigurar la protección que se persigue y que se observará en el contenido del capítulo 3. Para dejar esbozado el tema, si existe convivencia simultánea entre cónyuges y compañeros permanentes se comparte la pensión en proporción al tiempo convivido y si no la hay, según la Corte Suprema de Justicia se comparte la pensión de sobrevivientes entre el compañero permanente y el cónyuge (separado de hecho) independientemente de si existe sociedad conyugal vigente⁵⁸ y según la Corte Constitucional sí es menester que se mantenga vigente la sociedad conyugal pese a la separación de hecho, y en tales condiciones se debe compartir la pensión con el compañero permanente⁵⁹.

La última situación bajo examen, es el caso de que no exista convivencia simultánea, y perviva la unión conyugal, en este caso se establece que habrá derecho proporcional entre compañero y cónyuge con sociedad conyugal vigente, en este aspecto se erigen muchas particularidades. Empezando por el final, el aparte con sociedad conyugal vigente fue declarado exequible en sentencia C-515 de 2019, al considerar que: *el requisito de existencia del vínculo patrimonial (sociedad conyugal vigente) hasta el fallecimiento del causante es el criterio relevante en el contexto de convivencia no simultánea*, la anterior manifestación entra en abierta contradicción con la reciente jurisprudencia de la Corte suprema de Justicia en su sala

⁵⁸ Lo único relevante sería la vigencia del matrimonio y que hayan convivido 5 años en cualquier momento de la vida, pues los deberes conyugales se mantienen, los cumplan o no. Sentencia SL-1399/18.

⁵⁹ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia de Constitucionalidad 515/19

especializada laboral, sin embargo ello se analizará en el acápite de análisis de jurisprudencia en el siguiente capítulo.

Así las cosas, la última hipótesis entraña que se comparte la pensión entre el compañero y el cónyuge separado de hecho siempre que tenga sociedad conyugal vigente, sin importar convivencia del cónyuge hasta el momento de la muerte.

2.5.2 Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en normatividades latinoamericanas

Las normatividades del mundo han contemplado diversos esquemas de protección para la familia en caso de que acontezca la muerte de quien provee el sustento del hogar, para ilustrar el tema y sin ánimo de ahondar en sus derechos nacionales, ni revisar las causas de sus posturas frente al matrimonio y las uniones de hecho, se efectúa el siguiente comparativo entre 15 países incluido Colombia, teniendo como puntos de comparación los siguientes: 1) Si el cónyuge o compañero tienen los mismos derechos, 2) Si alguno debe cumplir requisitos adicionales además de acreditar su condición (registro de matrimonio para el primero y para el segundo el registro de convivencia, sentencia judicial, acta de conciliación, inscripción en la entidad de seguridad social, entre otros, según la exigencia de cada país), 3) Si el derecho es vitalicio o hay alguna condición de pérdida del derecho⁶⁰, 4) Si la legislación erige algún tipo de presunción respecto de la necesidad de la pareja o requiere acreditación de dependencia económica y 5) Si en la normatividad se consagra algún tipo de discriminación entre cónyuge y compañera permanente.

Es importante precisar, que en el mundo hay un anhelo reformista en materia pensional, seguramente animado por organismos internacional y con una preocupación más económica que de garantía de derechos, sin embargo, conforme a las fuentes, el siguiente es el estado actual de la temática en el ámbito internacional.

Tabla 5
Comparativo sobre requisitos y condiciones para ser beneficiario en primer orden de la pensión de sobreviviente en 15 países de américa latina

#	PAÍS	CÓNYUGE	COMPAÑERO	HAY PÉRDIDA DEL DERECHO?	SE PRESUME DEPENDENCIA ECONÓMICA?	SE PRIVILEGIA EL MATRIMONIO?
---	------	---------	-----------	--------------------------	-----------------------------------	------------------------------

⁶⁰ Se precisa que no se trata de requisitos de causación del derecho sino de circunstancias para que una vez causado, se pierda por alguna condición o plazo.

1	ARGENTINA	NINGUNO, INCLUSO PUEDE TENER DERECHO EL EX-CÓNYUGE CON DERECHO A ALIMENTOS	SUBSIDIARIA, CONVIVENCIA POR 5 AÑOS INMEDIATAMENTE ANTERIOR AL FALLECIMIENTO O 2 SI TIENEN HIJOS	NO	SÍ	SÍ
2	PARAGUAY	Tener más de 40 años, si no los tiene se otorga una indemnización equivalentes a 3 anualidades de pensión	Tener 5 años de convivencia o 2 si tiene hijo en común con el fallecido y estar inscripta. Tener más de 40 años, si no los tiene se otorga una indemnización equivalentes a 3 anualidades de pensión.	SÍ, SI VUELVE A FORMAR UNA FAMILIA	SÍ	NO
3	EL SALVADOR	EN AHORRO INDIVIDUAL REQUIERE 6 MESES DE CONVIVENCIA, SALVO INVALIDEZ O HIJOS EN COMÚN.	EN AHORRO INDIVIDUAL REQUIERE 3 AÑOS DE CONVIVENCIA. SALVO INVALIDEZ O HIJOS EN COMÚN.	SÍ, ES VITALICIA SI TIENE MÁS DE 55 AÑOS O ES INVÁLIDA, EN CASO CONTRARIO SERÁ SOLO POR 3 AÑOS. SI FORMA OTRA FAMILIA O SE RECUPERA DEL ESTADO DE INVALIDEZ	SÍ	NO
4	VENEZUELA	TENER MÁS DE 45 AÑOS O TENER HIJOS. NO HABER SOLICITADO SEPARACIÓN DE CUERPOS	SUBSIDIARIA, TENER MÁS DE 45 AÑOS O TENER HIJOS. VIVIR HASTA EL FALLECIMIENTO POR DOS AÑOS.	SÍ, SI VUELVE A FORMAR UNA FAMILIA	SÍ	SI
5	ESPAÑA	NINGUNO	DEBE CONVIVIR 5 AÑOS Y ESTAR INSCRIPTO COMO TAL, NO PUEDE HABER CÓNYUGE Y DEBE TENER INGRESOS BAJOS	SÍ, POR CONTRAER NUEVAS NUPCIAS ANTES DE LOS 60 AÑOS.	NO	SÍ
6	ECUADOR	TENER MÁS DE 1 AÑO DE CASADOS AL MOMENTO DE LA MUERTE	CONVIVENCIA POR MÁS DE 2 AÑOS INMEDIATAMENTE ANTERIORES A LA MUERTE, O HIJOS COMUNES. SIN VÍNCULO MATRIMONIAL	SÍ, POR NUEVAS NUPCIAS O UNIÓN DE HECHO	SÍ	SÍ
7	BOLIVIA	NINGUNO	NINGUNO	NO	SÍ	NO
8	HONDURAS	NINGUNO	NINGUNO	SÍ, POR NUEVAS NUPCIAS	SÍ	NO

9	COSTA RICA	CONVIVENCIA Y DEPENDENCIA ECONÓMICA	CONVIVENCIA DE 1 AÑO Y DEPENDENCIA ECONÓMICA	SÍ, POR NUEVAS NUPCIAS O UNIÓN DE HECHO	NO	NO
10	PERÚ	CELEBRACIÓN DE MATRIMONIO CON 1 O 2 AÑOS DE ANTERIORIDAD A LA MUERTE Y DEPENDIENTE ECONÓMICAMENTE O INVÁLIDO	INSCRIPCIÓN DE LA UNIÓN MARITAL CON 1 O 2 AÑOS CON ANTERIORIDAD A LA MUERTE Y DEPENDIENTE ECONÓMICAMENTE O INVÁLIDO	NO	NO	NO
11	PORTUGAL	NINGUNO, INCLUSO PUEDE TENER DERECHO EL EX-CÓNYUGE CON DERECHO A ALIMENTOS	NINGUNO	NO RECLAMAR EN LOS 5 AÑOS SIGUIENTES A LA MUERTE	SÍ	NO
12	MÉXICO	TENER MÁS DE 6 MESES DE MATRIMONIO, NO HABERSE CASADO DESPUÉS DE QUE EL FALLECIDO TUVIERE 55 AÑOS O FUERE PENSIONADO (SALVO TUVIEREN MÁS DE 1 AÑO DE MATRIMONIO O TUVIEREN HIJOS). SI ES DIVORCIADO	ES SUBSIDIARIA A LA CÓNYUGE, Y DEBE TENER 5 AÑOS DE CONVIVENCIA INMEDIATAMENTE ANTERIORES A LA MUERTE O HABER TENIDO HIJOS. NO ES PERMITIDA CONVIVENCIA SIMULTÁNEA, SI HAY VARIAS CONCUBINAS NO HAY DERECHO.	SÍ, POR CONTRAER NUEVAS NUPCIAS O FORMAR OTRO HOGAR	SÍ	SI

Fuente: Elaboración del autor a partir de consultas en bases de datos de la Federación Iberoamericana de OMBUDSMAN, OIT, OISS, y páginas oficiales de cada uno de los estados ⁶¹

		TENDRÁ DERECHO SI TIENE SENTENCIA DE ALIMENTOS Y NO HAY CONCUBINA.				
1 3	URUGUAY	DEPENDENCIA ECONÓMICA, INCLUSO SI ES DIVORCIADO POR TIENE ALIMENTOS	DEPENDENCIA ECONÓMICA	SÍ, SI ES MENOS DE 30 ES POR DOS AÑOS, SI TIENE ENTRE 30 Y 39, POR 5 AÑOS, SI TIENE MÁS DE 40 ES VITALICIA O SI ES INVÁLIDO	NO	NO
1 4	PANAMÁ	NINGUNO	ES SUBSIDIARIA A LA CÓNYUGE, Y DEBE ACREDITAR CINCO AÑOS DE CONVIVENCIA INMEDIATAMENTE ANTES DE LA MUERTE, Y CON DOCUMENTO SUSCRITO POR EL ASEGURADO O QUEDE EN ESTADO DE GRAVIDEZ TRAS LA MUERTE DE ÉSTE.	DURA CINCO AÑOS, SALVO ESTÉ INVÁLIDA O ESTÉ EN EDAD DE PENSIÓN DE VEJEZ. (55M Y 60H)	SÍ	SÍ
1 5	COLOMBIA	5 AÑOS DE CONVIVENCIA EN CUALQUIER TIEMPO	5 AÑOS DE CONVIVENCIA INMEDIATAMENTE ANTERIORES A LA MUERTE	NO	SÍ	SÍ

61 Las fuentes utilizadas en el cuadro comparativo son las siguientes:
<https://oiss.org/category/bissi/busador-bissi/incossi/incossi-contenido/muerte-y-supervivencia/legislacion-basica-muerte-y-supervivencia/nivel- cuantitativo-de-la-prestacion-legislacion-basica-muerte-y-supervivencia/>
https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/BOL/INT_CMW_ADR_BOL_33193_S.pdf

Una vez diagramado lo precedente, lo primero que salta a la vista es que la mayoría de los países ha caminado con destino a lograr un plano de igualdad entre la cónyuge y compañera permanente, de la muestra se desprende que solo 4 de los países (Argentina, Venezuela, Panamá y México) conservan la subsidiariedad en los derechos de la compañera, concubina o conviviente, es decir, solo nace su derecho por defecto de la cónyuge lo que privilegia la solemnidad y lo formal sobre lo material.

Por otro lado, se observa que normativas como las de Panamá, Uruguay, Costa Rica, Honduras, España, Venezuela, El Salvador, México y Paraguay, contemplan condiciones o plazos que ocasionan la pérdida del derecho, es decir, que no se trata de una prestación vitalicia, sino que se sujeta a determinadas circunstancias como la edad, formar una nueva familia o tener una condición de invalidez, para determinar la temporalidad de la prestación económica. Por el contrario, Argentina, Bolivia, Perú no contemplan condiciones para la pérdida del derecho, Colombia lo contemplaba inicialmente pero el activismo de sus cortes modificó tal aspecto.

En cuanto a la dependencia económica, países como España, Costa Rica, Perú y Uruguay, requiere acreditación de que existen carencias económicas con la muerte del pensionado o afiliado, es decir, no consagran presunciones en sus cuerpos normativos.

Finalmente, y quizá lo más importante para este estudio, es evidenciar que, de la muestra, los países que tienen una legislación que no privilegia el matrimonio sobre las uniones de hecho, son Paraguay, El Salvador, Bolivia, Uruguay, Portugal, Perú, Costa Rica y Honduras, los demás contempla algún tipo de subsidiariedad, requisito adicional, o esbozo de discriminación para las parejas formadas sin la solemnidad del matrimonio, lo que demuestra que aún no se atienden

[Bhttps://ssf.gob.sv/wp-content/uploads/ssf2018/normativa-tecnica-marco-legal/sistema-previsional/Sistema%20de%20pensiones%20publico%20SSP/Instructivos%20SPP/SPP%2008-1998%20Otorgamiento%20de%20prestaciones%20por%20sobrevivencia.pdf](https://ssf.gob.sv/wp-content/uploads/ssf2018/normativa-tecnica-marco-legal/sistema-previsional/Sistema%20de%20pensiones%20publico%20SSP/Instructivos%20SPP/SPP%2008-1998%20Otorgamiento%20de%20prestaciones%20por%20sobrevivencia.pdf)
<https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1934/leydelsegurosocial2008.pdf>
<https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/14486/ESPER%2C%20Matias%20Eduardo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
<http://www.mitramiss.gob.es/es/mundo/consejerias/costarica/pensiones/contenidos/SSCR.htm>
<https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1393/Ley%20No.98.pdf>
<https://somoscongreso.blogspot.com/2019/01/ley-n-30907-ley-que-establece-la.html>
<https://www.bps.gub.uy/3506/pension-por-fallecimiento.html>
<http://www.css.gob.pa/Ley%2051%20de%2027%20de%20diciembre%20de%202005.pdf>
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISSSTE_040619.pdf
https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_segu.pdf
<https://www.economia.gob.ar/concursos/biblio/LEY%2024241%20SISTEMA%20INTEGRADO%20DE%20JUBILACIONES%20Y%20PENSIONES.pdf>

principios constitucionales y convencionales de igualdad que debe regir en este tipo de legislaciones.

Como conclusión de lo evidenciado en el presente capítulo, Colombia pese a tener una legislación progresista y que respeta los derechos humanos y los principios que rigen su constitución, tiene algunos rezagos en materia de pensiones de sobrevivientes, que hacen gala de su historia conservadora, religiosa y monógama. Se puede evidenciar además que el activismo judicial es el que ha forjado a altas temperaturas los verdaderos cambios sociales en Colombia, sin embargo, como se observará en el tercer capítulo, parece que el combustible humanista y garantista que avivaba el fuego en los candiles de las altas corporaciones⁶², se está agotando y muestra de ello serán los análisis jurisprudenciales de los últimos 3 años que se realizarán a continuación.

⁶² Sobre todo, por parte de la Corte Constitucional.

Capítulo III

Análisis crítico y propuestas de solución

3.1 Planteamiento de las problemáticas y soluciones relativas al primer orden de beneficiarios de las pensiones de sobrevivientes en Colombia 3.1.1. Análisis jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia periodo 2011-2018 3.1.1.1. Análisis del desarrollo jurisprudencial relativo a las pensiones de sobrevivientes en materia de beneficiarios en Colombia 3.1.1.2 Análisis jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia periodo 2019 3.1.1.3 Análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional 3.2. Propuestas y conclusiones respecto de la problemática planteada 3.2.1. Convivencia material al momento de la muerte 3.2.2. Dependencia económica y mínimo vital del hogar 3.2.3. Otros aspectos importantes sobre la problemática

En este capítulo se abordará con profundidad la temática relativa a los beneficiarios de las pensiones de sobrevivientes, puntualmente, en lo relativo a la pareja que conforma el hogar con el causante se realizará el planteamiento del supuesto normativo, se observará la evolución que ha tenido a lo largo de los 16 años de vigencia de la norma hasta el tratamiento actual y se efectuará un análisis crítico y una propuesta para ajustar la legislación o la interpretación jurisprudencial al verdadero espíritu de la prestación económica derivada de la muerte.

3.1 Planteamiento de las problemáticas y soluciones relativas al primer orden de beneficiarios de las pensiones de sobrevivientes en Colombia

El modelo actual que se encuentra vigente en Colombia es el establecido en la Ley 797 de 2003, arriba esbozado, cuyo texto deja mucho que desear en cuanto a claridad e índice de conflictividad.

La norma jurídica en palabras de García Máynez (citado por Cárdenas García, 2016) en sentido lato, son reglas de comportamiento que pueden ser obligatorias o no, y en sentido estricto, son normas de comportamiento que imponen deberes y confieren derechos. En tal sentido, al regularse la conducta humana se perseguía un fin, pues todo acontecimiento o modificación en el mundo físico, es el resultado de una modificación anterior y necesaria para su existencia⁶³, con ello se quiere indicar que el objetivo de la expedición de una modificación legal no es otro que regular el comportamiento humano, evitar los conflictos y adecuar su texto a la realidad social, no obstante el texto no cumplió con los objetivos que perseguía y lo que causó fue más obscuridad,

⁶³ Es lo que se denomina ley de la causalidad, según Rudolf Von Hhering.

discriminación, desigualdad, conflictos, congestión judicial, demandas de inexequibilidad y sacrificio de derechos.

Es encomiable el esfuerzo del legislador por procurar regular las situaciones que se pudieren presentar en vida de un pensionado, la forma de conformación de la familia, las múltiples hipótesis que derivan de las relaciones sociales y amorosas, sin embargo, todo el esfuerzo por atender la problemática que pudiere presentarse, ocasionó el efecto contrario, a razón de la caótica y poco cuidada redacción.

Para ser concreto y no divagar en aspectos pacíficos que no relieves para el presente estudio, solo se centrará la crítica sobre los postulados normativos orientados a regular lo atinente a la pareja o parejas en su calidad de beneficiarios de las pensiones de sobrevivientes.

3.1.1 Análisis del desarrollo jurisprudencial relativo a las pensiones de sobrevivientes en materia de beneficiarios en Colombia

La primera crítica que merecería la ley, sería la preferencia del cónyuge cuando existe convivencia simultánea, sin embargo, ya no es un aspecto conflictivo en la medida en que la Corte Constitucional declaró su exequibilidad condicionada mediante la SC-1035 de 2008, ya referida en el capítulo anterior, sin embargo, hubo aspectos que no fueron abordados por la decisión que son de importancia y que fueron reseñados en las aclaraciones de voto. El Dr. Jaime Araujo Rentería fue enfático en afirmar que:

El matrimonio es apenas una de las entradas que conducen a la familia, y éste, en nuestro sistema jurídico, sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer; o sea que están excluidos los matrimonios entre personas de un mismo sexo; empero, el hecho de que este sea un camino hacia la familia, no implica que sea el único, ya que existen otros caminos. Sintetizando podemos afirmar, que ha existido una interpretación errada tanto por la Corte Constitucional como por otros intérpretes del artículo 42 de la Constitución, ya que no es cierto que la familia siempre esté integrada o tenga en su base a un hombre y a una mujer; este fundamento, hombre y mujer sólo se exige para el matrimonio, pero no se necesita para las otras clases de familia que se encuentran igualmente protegidas por nuestra Constitución...

...[...]De otra parte, considero que no debe existir discriminación alguna entre las parejas matrimoniales y las uniones de hecho, y ello tanto para las parejas heterosexuales como para las homosexuales, por cuanto a la luz de los principios de nuestro Estado Constitucional de Derecho el matrimonio heterosexual no puede tener más derechos que las uniones maritales de hecho heterosexuales, ni tampoco frente a las parejas de homosexuales.

En este sentido, cabe preguntar si la Constitución habla de un matrimonio entre hombre y mujer y si esa es la única vía de formar un matrimonio? Mi respuesta categórica a esta pregunta es NO. El matrimonio de los laicos es, a mi juicio, un simple contrato. A la connotación religiosa no nos oponemos, pero en la esfera del Estado (secular y laico, separado de la iglesia) no se puede afirmar legítimamente que el matrimonio civil o el matrimonio religioso deban y puedan tener más derechos. Por el contrario, sostengo que en un Estado de Derecho a todo tipo de matrimonio, a todo tipo de uniones maritales de hecho, tanto de heterosexuales como de homosexuales, y a todo tipo de familia, se les debe conceder los mismos derechos y que los efectos jurídicos tienen que ser los mismos tanto para heterosexuales como para los homosexuales, y no se pueden aceptar válida y legítimamente el predicar efectos jurídicos diversos.

De los asertos transcritos, toman relevancia los relativos a la primacía del principio de igualdad, y la interpretación alejada de la Constitución Política y los convenios internacionales que se ha realizado en este aspecto, las ecuaciones hechas en el salvamento de voto relativas a que cualquier vía que conduzca al concepto de familia debe tener como resultado el mismo derecho, resulta plausible y avenida a los derechos humanos.

Recapitulando, la decisión de la Corte Constitucional si bien fue de exequibilidad condicionada en su forma, materialmente cambiaba por completo la regla de interpretación, pues la norma desataba el conflicto de convivencia simultánea otorgando derecho a la cónyuge y la Corte dijo que si existía tal fenómeno se dividiría en partes iguales, o en otras palabras legisló abriendo la puerta a la convivencia simultánea y a la repartición de la prestación, lo cual nunca fue querido por el legislador.

Lo anterior, privó de efecto alguno el inciso 2º del literal de la ley, que tantas interpretaciones suscitó, que a la letra indica: *Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido*, en suma, conforme a la sentencia mencionada, en todo evento de convivencia simultánea del fallecido por el tiempo que establece la ley, se otorgará la pensión en proporción al periodo de convivencia.

Tal postura, dejaría pacífico el tema y se partiría de un plano de igualdad, que pasaría por el ámbito probatorio para efectos de determinar materialmente la convivencia con el fallecido, sin embargo, la segunda parte, del inciso 3º de aquél literal b), fue la llave que abrió la puerta del caos en la materia, pues reguló los eventos en que no existe convivencia simultánea, pero el cónyuge

conserva derechos pensionales en una serie de hipótesis que dieron lugar a nutrida jurisprudencia en uno y otro sentido como se pasa a revisar.

A la letra la norma establece que: *Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente* sobre tal fragmento fue proferida la SC-515 del 30 de octubre de 2019, modulando su interpretación, sin embargo, no se realizará el estudio de dicho contenido en este momento por respeto a la cronología que debe guardar el presente análisis y para no hacer caótico el desarrollo evolutivo.

La primera anotación crítica frente a dicha norma es que el supuesto fáctico tiene las siguientes características:

- 1) Un compañero (a) permanente que cumple requisito de convivencia de 5 años.
- 2) Un cónyuge que no convivía con el causante al momento del óbito.
- 3) Se encuentra en vigencia la unión conyugal y/o la sociedad conyugal.

Partiendo de la segunda característica inicia la problemática, el legislador contempló que podía existir derecho a la pensión de sobrevivientes para una cónyuge sin que exista convivencia con el fallecido, aquí es importante rememorar todo lo concebido en el capítulo 1, puntualmente lo relativo a los requisitos de la esencia de la prestación económica derivada de la muerte y que basta con traer a colación lo dicho por López Villegas (2011), que califica la pensión de sobrevivientes con tres elementos fundantes: la muerte, la familia y la necesidad, si llega a faltar uno de ellos, no existiría la prestación en su natural concepción o derivaría en otra distinta.

Así pues, en principio, cuando el legislador sustrae el elemento convivencia hasta el momento de la muerte pone en riesgo la materialización de dos ingredientes, la familia y la necesidad, pues dependiendo de las circunstancias particulares puede haber casos y eventualidades donde existan rupturas de tal magnitud que no se encuentre presente ninguno de ellos. Bajo esas premisas, el tercer aspecto contenido en el supuesto fáctico, debería permitir retomar las riendas de los ingredientes de la esencia, es la vigencia de la unión o sociedad conyugal, empero lejos de

lograr el anhelo lo que generó fue más conflicto, pues usó un lenguaje anti-técnico y confuso que obligó a que los jueces sentaran sus propios criterios, que como se verá, aún no resultan pacíficos.

Siguiendo la matriz propuesta y ante lo abierto del texto normativo, el cónyuge podría acceder a la totalidad de la pensión de sobrevivientes⁶⁴ o a una porción de esta, aunque no es claro si debe pervivir el matrimonio o la sociedad económica que nace de él, tampoco se sabe qué ocurre si la sociedad nunca nació por efecto de capitulaciones, o si se disolvió por decisión de la pareja pese a continuar la vida común, respuestas que hasta el momento no se tienen y quedan sujetas al intérprete de turno.

3.1.1.1 Análisis jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia periodo 2011-2018

Una vez en vigencia la norma, debieron pasar algunos años para que una situación gobernada por su tenor normativo llegare a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, ocurrió en providencia del del 29 de noviembre de 2011 rad. 40055, si bien es cierto, muchas providencias vierten argumentos contenidos en la CSJ, rad. 24445 de 2005, para robustecer sus argumentos, dicho proveído no se refiere en estricto sentido a una prestación regulada por la Ley 797 de 2003, por lo que será el antecedente de 2011, el que se retomará para el efecto, en aquella oportunidad la corporación indicó:

Para la Corte no tendría ningún sentido y, por el contrario, sería carente de toda lógica, que al tiempo que el legislador consagra un derecho para quien mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, se le exigiera a esa misma persona la convivencia en los últimos cinco (5) años de vida del causante; porque es apenas obvio que, cuando se alude a la separación de hecho, sin lugar a hesitación se parte del supuesto de que no hay convivencia, ya que en eso consiste la separación de hecho: en la ruptura de la convivencia, de la vida en común entre los cónyuges.

Sin embargo, debe la Corte precisar que, siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, el cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo

De lo anterior, se tiene algo claro, la Corte Suprema de Justicia trató de acomodar su jurisprudencia al texto normativo que expidió el legislador, de suerte que para mantenerse en ese margen, atinó a dar la solución que más se avenía a su interpretación lógica y sistemática y era entender que al no haber convivencia simultánea, el derecho lo cumplía la cónyuge separada de hecho con haber acreditado su convivencia por espacio de 5 años en cualquier tiempo, lo que

⁶⁴ Si no existe compañera.

retrotrae al mismo debate que se planteó hace pocas líneas, si hay una separación de hecho, ¿hay familia?, ¿hay necesidad?, las respuestas las debe dar el legislador, pues la CSJ, en principio se limitó a darle alcance al frío y mal concebido texto legal.

Posteriormente, por medio de las providencias del 24 de enero y 13 de marzo de 2012, radicados 41637 y 45038 respectivamente, la corporación indicó:

quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época, se debe aplicar también en los casos en que no exista compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, toda vez que si el derecho incorporado en ese literal, otorgaba esa prerrogativa a la (el) cónyuge cuando mediaba una (un) compañera (o) permanente, no podía existir argumento en contra, ni proporcionalidad alguna, que se le restara cuando aquella no se hallaba, pues entonces la finalidad de la norma no se cumplía, es decir, no se proveía la protección al matrimonio que el legislador incorporó, haciendo la salvedad, de que la convivencia en el matrimonio, independientemente del periodo en que aconteció, no podía ser inferior a 5 años, según lo dispuesto en la preceptiva

En tal sentido, se confirmó la línea que venía construyéndose a partir del texto legal, una suerte de circunstancias acomodaticias que terminaron por enredar más el entramado jurisprudencial, en esta ocasión también se permitió que si no existía compañera permanente, pero se verificaba el vínculo conyugal y 5 años de convivencia en cualquier tiempo, se causaba el derecho a la pensión de sobrevivientes, de nuevo contraviniendo la esencia de las prestaciones económicas por muerte y abriendo la puerta a uniones conyugales equivalentes a cheques al portador a la espera la exigibilidad del derecho.

Posteriormente, en SL de radicación 41821 del 20 de junio de 2012, a propósito de una situación de convivencia no simultánea donde el causante había convivido los últimos 25 años de su vida con una compañera permanente pese a no haberse divorciado de su cónyuge la CSJ sostuvo:

*Como el Tribunal no tuvo en cuenta que la <convivencia> del difunto pensionado y la cónyuge MARÍA DEL CARMEN ROBAYO DE ESPINEL con sociedad conyugal vigente, durante el mínimo de los cinco (5) años de que trata el inciso 3° del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, puede cumplirse en estos eventos en **cualquier tiempo** y no necesariamente en los últimos años de vida del causante, conforme al criterio adocetrinado que se acaba de reseñar. Y por esta omisión, el Tribunal aplicó indebidamente la mencionada normativa, al negarle la posibilidad a dicha demandante de acceder a una cuota parte de la pensión de sobrevivencia en un porcentaje proporcional al tiempo convivido*

Posteriormente, mediante la SL11027 de 2014, la Corte entendió que en cualquiera de las hipótesis que trae el aludido artículo 13, es requisito indispensable para acceder a la pensión de sobrevivientes la exigencia de la convivencia real y efectiva, aún frente al último evento en el que concurren la cónyuge y la compañera permanente, con o sin convivencia simultánea con el causante (inciso 3° literal b.-), en aquella oportunidad analizó un supuesto fáctico en el cual el pensionado, fallecido llevaba 15 años conviviendo con una compañera permanente y separado de hecho de su cónyuge sin disolución del vínculo matrimonial, la sentencia del tribunal había concedido la pensión de manera proporcional a cónyuge y compañera⁶⁵, y a la compañera con quien convivía hace 15 años le correspondió un 18.3%⁶⁶ de la pensión, al analizar dicha decisión la Corte Suprema de Justicia rememoró las sentencias CSJ SL 24 ene. 2012, rad. 41637 y CSJ SL, 13 de mar. 2012, rad. 45038 y concluyó:

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala, se tiene que el Juez Colegiado al aplicar el precepto legal de marras, sostuvo que a la demandante, también le asiste derecho a percibir una cuota de la pensión de sobrevivientes, en virtud de haber convivido con el causante 26 años y haber mantenido vigente su vínculo matrimonial.

Dicha conclusión se encuentra plenamente acorde con los criterios expuestos en precedencia, razón por la cual, el Tribunal no interpretó de manera errónea la normativa acusada por el censor, al concederle a la cónyuge accionante la cuota parte de la pensión de sobrevivencia en un porcentaje proporcional al tiempo convivido, que dicho sea de paso, no fue materia de controversia en sede extraordinaria.

La misma tesis fue sostenida en la SL 13276 de 2014, donde la separación de hecho del causante con la cónyuge se había dado 45 años atrás, es decir, no existía convivencia simultánea y el fallecido llevaba 45 años de común habitación con una nueva pareja, pero no disolvió su vínculo matrimonial, en esa oportunidad la Corte Suprema casó la decisión del tribunal y sostuvo:

...el Tribunal interpretó erróneamente la norma debatida, que es el inciso 3° del literal b) del Art. 13 de la Ley 797 de 2003, al no hacer derivar de su texto la posibilidad de acceder a la pensión de sobrevivientes cuando la cónyuge con vínculo matrimonial vigente, tuviera una «convivencia real y efectiva» por los cinco (5) años a que alude dicho precepto, cumplida en cualquier época

En este evento, resulta más marcada la situación que convoca la atención en el presente estudio, pues existió una separación de más de 45 años con la cónyuge, el único argumento de la Corte Suprema para derribar la decisión de segunda instancia fue la transcrita, luego de reiterar la

⁶⁵ La discusión versaba sobre el 50% de la prestación, ante la existencia de otro beneficiario descendiente del causante.

⁶⁶ La cónyuge acreditó haber convivido por 26 años anteriores a la separación y la compañera los últimos 15 años de vida del fallecido.

línea jurisprudencial de la corporación para la intelección de tal articulado. Pese a que la circunstancia fáctica del caso permitía añadir un ingrediente que robusteciera la tesis⁶⁷ como era la dependencia económica de la cónyuge con el causante según se desprendía de los testigos, dicho asunto no fue abordado, seguramente ante la presunción de dependencia económica que impera en la legislación nacional, sin embargo, habría sido una oportunidad muy especial para afinar la regla de interpretación.

En sentencia SL-12442/15, la Corte Suprema de Justicia conoció otro evento similar al anterior, esta vez sin la existencia de compañero permanente, sin embargo, se encontraba acreditado que el cónyuge convivió con la fallecida por 10 años y hacía 25 no tenían vida común como el mismo demandante lo había confesado procesalmente, luego de citar la línea jurisprudencial de la corporación frente al tema:

Una lectura sistemática atendiendo la teleología del precepto conduce a su armonización con lo previsto en el artículo 46 ibídem, en el sentido que para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes se exige ser miembro del grupo familiar del pensionado o afiliado que fallezca. En otras palabras, el amparo se concibe en la medida en que quien reivindica el derecho merezca esa protección, en cuanto forma parte de la familia del causante en la dimensión en que ha sido entendida por la jurisprudencia de la Sala, referida en el caso de los cónyuges, a quienes han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico, aún en casos de separación y rompimiento de la convivencia (CSJ SL, 10 de may. 2005, rad. n° 24445.

Posteriormente, asentó que:

*Una comprensión distinta orientada por la aplicación fría y exegética del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que en el caso del cónyuge separado de hecho, por la sola existencia del lazo matrimonial, sin la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, permitiera el beneficio de la prestación periódica por muerte, dejaría vacía de contenido la protección de la familia que la ley verdaderamente quiere amparar. En esa medida aquel cónyuge a quien se le dispense el derecho a pesar de haber cesado la vida en común con el causante al momento del fallecimiento, además de la convivencia por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, **deberá demostrar que se hace acreedor a la protección, en cuanto efectivamente hace parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y por esa razón su muerte le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención.** (negrita fuera de texto)*

⁶⁷ En la sentencia de instancia la Corte tuvo en cuenta lo dicho por los testimonios afirmando que: También lo establecieron en sus declaraciones, los señores ERIC VALENCIA MOSQUERA, (folios 163-166), e IDELANDA VALENCIA ROA, (folios 150-151), quienes son hijos del causante, aclarando en una forma clara y creíble, sin que se adviertan fisuras, dudas o titubeos en dichas afirmaciones, que nunca han negado la existencia de la cónyuge, que entre ellos había una bonita amistad, pero no convivían juntos, y era el causante quien la proveía para su subsistencia pese a la separación de hecho que se produjo entre ellos.

En este proveído, la sentencia de la Corte retoma argumentos de providencias del año 2005, donde se mantenía una línea diferente a la fijada entre los años 2011 a 2014, también tiene en cuenta, la naturaleza de la prestación económica y su finalidad, indicando que la protección de la seguridad social es un esfuerzo colectivo y solidario, y por tanto la tutela debe orientarse al sujeto cuyo bien jurídico resulte sacrificado, es decir debe existir una efectiva pertenencia al grupo familiar y no basta la exhibición de un vínculo formal.

No obstante, al realizar el análisis probatorio, volvió al sendero sentado por la jurisprudencia al afirmar que en los casos puntuales se debía acreditar la convivencia por 5 años en cualquier tiempo y que: *participó en la construcción de la pensión, entendiendo por esto, que lo acompañó durante su vida productiva, le prestó socorro y ayuda, y fue solidario con sus necesidades...* con lo anterior, la decisión que parecía desenterrar algunos argumentos y caminar hacía la naturaleza y finalidad de la pensión de sobrevivientes, terminó por plegarse a la intelección que venía dando la corporación en las decisiones ya expuestas en precedencia.

Posteriormente, la Sentencia SL11536 de 2017, reitera lo dicho por la SL12442/15, relativo a que no basta la probanza de la pervivencia del vínculo formal, sino que se requieren lazos familiares de apoyo, socorro y ayuda mutua:

*Así las cosas, estudiados los medios de prueba obrantes en el expediente, no se advierte la existencia del lazo de familiaridad, apoyo y socorro mutuo entre los cónyuges para la fecha del deceso de Héctor Abel Cadavid Ortega, que permita tomar los más de cinco años convividos entre 1975 y 1998 para cumplir con este requisito, máxime si la accionante reconoce no convivir con el causante desde 1998 y en las declaraciones que rindió a lo largo de todo el proceso, son ausentes las referencias al señor Cadavid Ortega, lo cual junto con los demás medios probatorios conducen a concluir que en este caso en **particular tampoco existió contacto después de su separación y mucho menos alguna relación de apoyo moral o afectivo entre cónyuges, pues, como se vio, esta persona murió sola en el municipio de Bello, viviendo en un garaje que había arrendado, lo cual evidencia la carencia de vínculos de familiaridad con el fallecido, dando cuenta del distanciamiento físico y emocional entre los cónyuges, circunstancia que, conforme al actual criterio imperante de la Sala de Casación Laboral, es lo que hace que la cónyuge con vínculo matrimonial vigente pierda el derecho a obtener la pensión de sobrevivientes por la muerte de su esposo.** (negrita es ajena al texto original)*

Con la anterior decisión, la Corte parece modificar la regla de interpretación, y posteriormente, en sentencias SL-14498 y SL-21019 de 2017, confirmaba la tesis, en el primero de los casos se analizó el caso de una cónyuge que había disuelto su sociedad conyugal con el causante y no convivía con él al momento del fallecimiento, la corte destacó que:

*En efecto, para el caso de los cónyuges separados de hecho, a pesar de que resulta indiferente si tienen o no «sociedad conyugal vigente», lo que sí se les reclama es que obviamente el vínculo matrimonial perviva –lo que está fuera de discusión–, pero también que, incluso en la separación, hayan mantenido actuantes lazos de solidaridad y de ayuda mutua, que son propios a la unión conyugal, y que permiten predicar respecto de quienes están relacionados con ese vínculo jurídico, que pertenecen al grupo familiar del pensionado o afiliado que fallece, y que son quienes en la perspectiva de la seguridad social tienen derecho al amparo de ella cuando ocurra riesgo por muerte...
[...]*

... De cualquier modo, el que la recurrente y el pensionado tuvieran vigente su relación matrimonial hasta el momento en que falleció este último, no indica que tenga derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, dado que como se expresó en el estudio de los primeros dos cargos la cónyuge separada de hecho también tiene que acreditar que hacía parte del grupo familiar del fallecido, y como se evidenció, no cumplió con esta carga.

Así mismo en la SL-21019 de 2017, se estudió la existencia de lazos de apoyo y ayuda mutua hasta el fallecimiento, en esta oportunidad se dijo:

Así mismo, aun con lo contradictorio de los testimonios puede deducirse que, en ese periodo si se mantuvo la convivencia, de la que nacieron dos hijas y que en todo caso la ayuda y el socorro mutuo existieron hasta el final de los días, pues no solo se acreditó que el afiliado continuaba apoyando económicamente a Ochoa Bolívar, sino que además según se evidencia a folio 83, la mantuvo como beneficiaria en el servicio de salud, cuestión que es indicativa, en suma con lo demás, que efectivamente no se desprendió de las obligaciones matrimoniales, de allí que proceda al reconocimiento pensional

En la anterior decisión se incorporó un ingrediente que había venido siendo esbozado en el desarrollo argumentativo de la corporación y es que la cónyuge ayudó a construir la prestación económica⁶⁸ que disfrutaba en vida el causante, no han sido pocas las decisiones que hoy incluyen en su texto ese argumento dando incluso un matiz de género a la argumentación y dando pasos hacía la concepción de una deuda histórica con la mujer que debía ser recompensada con la prestación económica.

Otro caso especial fue abordado por la CSJ en sentencia SL-17400 de 2017, en el cual existía liquidación de sociedad conyugal ante notaría en el año 1976 y disolución de la comunidad de vida decretada por el vicario episcopal de la arquidiócesis⁶⁹ en el año 1975, en esta oportunidad, la corporación recalcó los últimos pronunciamientos ya referidos e indicó que la unión conyugal

⁶⁸ Tal consideración no es nueva pues había sido utilizada por la CSJ en SL16419-2017

⁶⁹ Es importante mencionar que dicha decisión le atribuyó al esposo la responsabilidad económica respecto de la cónyuge al referir: conservando el señor Octavio Restrepo sus derechos naturales sobre ellos como padre, como también las obligaciones en cuanto a la educación, mantenimiento de los mismos, de la esposa

pervivía pues el vínculo era indisoluble y como se acreditó apoyo económico y espiritual hasta la muerte del causante, había lugar a compartir la pensión entre cónyuge y compañera.⁷⁰

La misma corporación en sentencia SL-1399 de 2018, trae una novedad interpretativa que da un giro al panorama del asunto, citó la jurisprudencia vigente en torno a que el cónyuge separado de hecho que acreditase 5 años, podía tener derecho a todo o parte de la pensión, pero además indicó:

*Entonces la convivencia de 5 años con el cónyuge con lazo matrimonial vigente, puede darse en cualquier tiempo, así no se verifique una comunidad de vida al momento de la muerte del (la) afiliado (a) o pensionado (a), dado que: (i) el legislador de 2003 tuvo en mente la situación de un grupo social, integrado a más de las veces por mujeres cuyos trabajos históricamente han sido relegados al cuidado del hogar y que, por consiguiente, podían quedar en estado de vulnerabilidad o inminente miseria ante el abandono de su consorte y su posterior deceso; (ii) **esta dimensión sociológica debe servir de parámetro interpretativo, a modo de un reconocimiento que la seguridad social hace a la pareja que durante largo periodo contribuyó a la consolidación de la pensión, mediante un trabajo que hasta hace poco no gozaba de valor económico o relevancia social**; y (iii) es lógico pensar que si con arreglo al último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en los eventos de convivencia no simultánea, el cónyuge separado de hecho tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en forma compartida, también debe tener derecho a esa prestación ante la inexistencia de compañero (a) permanente.*

Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho. (negrita fuera de texto)

Conforme a lo expuesto, la decisión trata de llevar a la seguridad social a brindar reconocimientos históricos por haber contribuido a la construcción de la pensión que en vida devengaba el causante, sin embargo, cabría preguntarse si sería retroceder a concebir la pensión como un premio o una recompensa, como fue referido al inicio del análisis histórico de las pensiones de sobrevivientes, además también implicaría pensar que la pensión de sobrevivientes no es una prestación que da la seguridad social a la familia del pensionado, sino la continuidad de un derecho patrimonial que tenía en vida el *de cujus*, pues ello parece referirse la corte al fulminar

⁷⁰ La tesis de lazos y apoyo mutuo entre cónyuges pese a la falta de convivencia hasta la muerte también fue recalcada en la SL3405 de 2018: en los casos en que el vínculo matrimonial se encuentre vigente, ello solamente tiene cabida cuando tras la separación de hecho, efectivamente los esposos continuaron permanentemente con lazos afectivos, morales, de socorro y ayuda mutua

la frase la esposa *contribuyó a la consolidación de la pensión, mediante un trabajo que hasta hace poco no gozaba de valor económico o relevancia social.*⁷¹

Además de lo expuesto, otra aparte toma inusitada relevancia en este análisis, se trata del aserto en el cual la corte indica que:

Al compás de lo anterior, no es adecuado atar el derecho a la pensión de sobrevivientes a la pervivencia de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes, figuras que responden a contenidos netamente económicos, sino más bien a la vigencia del contrato matrimonial, dado que es esta unión la que confiere derechos y asigna obligaciones personales y subjetivos a los consortes, y, por consiguiente, permite incluirlos como miembros de su grupo familiar...

*[...] ...Ello explica por qué, para el legislador del 2003 a pesar de la separación de hecho de los cónyuges, es decir, de la cesación de la comunidad de vida, si alcanzan a convivir al menos 5 años, el supérstite puede adquirir la pensión de sobrevivientes mientras ese vínculo no se disuelva, ya que los deberes de la pareja subsisten, **al margen de si se allanaron a ellos o no.***

Así las cosas, en resumen, el cónyuge con unión marital vigente, separado o no de hecho, que haya convivido en cualquier tiempo durante un lapso no inferior a 5 años con el afiliado o pensionado fallecido, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes. (negrita ajena a texto)

Dicha providencia trazó un panorama disímil al que venía considerándose pues incorporó ingredientes sociológicos, de género, de reconocimiento histórico a la mujer, que no contemplaba el anterior entendimiento y además le dio un valor agregado al matrimonio respecto de la unión marital de hecho, al afirmar que del matrimonio se desprenden deberes conyugales al margen de si los esposos se allanaron a ellos o no, es decir, el contrato matrimonial *per sé*, derivaría en unión familiar para efectos de la pensión de sobrevivientes, independientemente de las situaciones materiales que hayan rodeado el hogar, la separación y los últimos días de vida del causante.

En providencias SL 3405 de 2018, se reiteró el razonamiento que venía sosteniendo la corte antes de la SL1399 de 2018, retomando el criterio material y manifestando que:

Entonces, en tratándose de cónyuge supérstite, separada de hecho o de cuerpos, con sociedad conyugal liquidada, pero con vínculo matrimonial vigente, para efectos de reclamar el derecho a la pensión de sobrevivientes o la sustitución de la pensión, por la muerte de su esposo, afiliado o pensionado, debe acreditar que convivió con el causante por lo menos cinco años en cualquier tiempo y, además, que tras la separación de hecho, efectivamente los esposos continuaron permanentemente con lazos afectivos, morales, de socorro y ayuda mutua.

⁷¹ Reiterada en múltiples pronunciamientos entre ellos la CSJ SL19419-2017 y la SL2993-2019

Hasta aquí se han trazado dos líneas de interpretación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia respecto a al contenido del inciso final del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, ambas reconociendo derechos a la cónyuge con vínculo conyugal vigente pero separada de hecho, siendo irrelevante la existencia o no de compañero (a) permanente, teniendo en cuenta que la discusión ha tomado matices importantes para el año 2019, se realizará un ejercicio comparativo que ilustrará la relevancia del asunto en la actualidad colombiana.

3.1.1.2 Análisis jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia periodo 2019

Lo primero que debe indicarse para el análisis es que en Colombia a partir del año 2016, se creó mediante la Ley 1781 la sala de descongestión de la Corte Suprema de Justicia, en forma transitoria con 4 salas compuestas por 3 magistrados cada una, para efectos de atender la gran congestión de la corporación, dentro de su competencia no era posible el cambio de criterios jurisprudenciales⁷² ya sentados por la sala permanente, esto resulta necesario mencionarlo pues la mayoría de las providencias que se profirieron emanan de esta sala de descongestión.

Conforme al sistema de consulta de jurisprudencia de la Corte suprema de Justicia⁷³, la sala permanente en el último año solo ha sacado 1 pronunciamiento donde dirimió el conflicto de un cónyuge separado de hecho que acreditó más de 5 años, y no tuvo en cuenta que existieren lazos de apoyo y afecto entre la pareja hasta el momento de la muerte. A su turno, la sala de descongestión sí ha realizado múltiples pronunciamientos sobre el tema de los cuales se extractaron 22 providencias y se ilustran en el siguiente cuadro:

Tabla 6
Cuadro comparativo de sentencias de la CSJ año 2019

MATRIMONIO VIGENTE + 5 AÑOS DE CONVIVENCIA EN CUALQUIER TIEMPO	FECHA	MAGISTRADO	MATRIMONIO+5 AÑOS DE CONVIVENCIA+ CONTINUIDAD DE LAZOS AFECTIVOS HASTA LA MUERTE	FECHA	MAGISTRADO
--	-------	------------	---	-------	------------

⁷² Las salas de descongestión actuarán independientemente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pero cuando la mayoría de los integrantes de aquellas consideren procedente cambiar la jurisprudencia sobre un determinado asunto o crear una nueva, devolverán el expediente a la Sala de Casación Laboral para que esta decida.

⁷³ <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

1	SL063-2019	23/01/2019	CAGUASANGO	1	SL1763-2019	19/02/2019	MUÑOZ SEGURA
2	SL3691-2019	27/03/2019	MUÑOZ SEGURA	2	SL1113-2019	27/03/2019	CAGUASANGO
3	SL1183-2019	2/04/2019	DURÁN UJUETA	3	SL1585-2019	30/04/2019	CAGUASANGO
4	SL2232-2019	29/05/2019	QUIROZ ⁷⁴	4	SL1576-2019	30/04/2019	CAGUASANGO
5	SL2076-2019	5/06/2019	JIMENA GODOY	5	SL1587-2019	30/04/2019	CAGUASANGO
6	SL2335-2019	11/06/2019	BRITO	6	SL2610-2019	7/05/2019	GUARÍN JURADO
7	SL1713-2019	2/07/2019	DURÁN UJUETA	7	SL1646-2019	8/05/2019	MARTÍN BELTRÁN
8	SL3410-2019	6/08/2019	MUÑOZ SEGURA	8	SL3372-2019	5/08/2019	BRITO
9	SL3255-2019	13/08/2019	RODRIGUEZ	9	SL3372-2019	5/08/2019	BRITO
10	SL3397-2019	13/08/2019	MUÑOZ SEGURA	10	SL2993-2019	16/07/2019	BRITO
11	SL3356 -2019	21/08/2019	MARTÍN BELTRÁN				
12	SL4836-2019	6/11/2019	RESTREPO OCHOA				
13	SL5150-2019	27/11/2019	JIMENA GODOY				

Fuente: Elaboración del autor basado en sistema de consulta de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁷⁵

Las 13 jurisprudencias que se ilustran al lado izquierdo de la tabla, tienen como común denominador que la Corte ha concedido prestaciones económicas por muerte en los eventos en que ha existido un matrimonio y hubo separación de hecho por parte de los cónyuges, haciendo viable que en estos eventos se cumple el requisito de 5 años convivencia en cualquier tiempo sin entrar a examinar si durante la separación física pervivió algún tipo de lazo afectivo entre la pareja.

En la columna derecha se evidencian 10 proveídos donde la misma sala de descongestión laboral de la Corte Suprema de Justicia ha estudiado circunstancias fácticas similares y dentro de sus consideraciones analizó que en casos de separación entre cónyuges solo se tiene la calidad de beneficiario cuando la unión moral, lazos familiares, apoyo, socorro, ayuda y afecto mutuo, perviven hasta el momento de la muerte del causante, es decir, hasta cierto punto garantiza que se materialicen los elementos esenciales de la pensión de sobrevivientes, el concepto de familia y de necesidad, sin embargo, no se consolida como línea jurisprudencial de la corporación, la sala permanente no ha vuelto a estudiar este tipo de conflictos y no parece que exista un interés claro encaminado a eliminar las diferencias y matices sembrados entre el matrimonio y las uniones maritales de hecho.

⁷⁴ Sentencia proferida por la sala laboral permanente de la CSJ.

⁷⁵ Sistema de consulta de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Recuperado el 12 de diciembre de 2019, de: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Del comparativo surgen conclusiones contradictorias respecto del caso bajo examen, en primer lugar, que no existe uniformidad por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a los conflictos donde existe una cónyuge que no convivía con el causante al momento de su deceso, en segunda medida, la sala permanente ha enviado a la sala de descongestión tales controversias sin tener una postura clara frente al particular, y finalmente de los 23 pronunciamientos analizados 10 tienen en cuenta la existencia de lazos de apoyo, socorro, ayuda y vínculos sentimentales entre cónyuges separados de hechos y otros 11 proveídos pretermiten por completo este análisis y dan relevancia exclusivamente a la existencia formal de un vínculo matrimonial.

Tales conclusiones generan una clara inseguridad jurídica y además no permiten consolidar una postura clara frente a la protección que la justicia colombiana está brindando en materia de seguridad social por el fallecimiento de un asegurado, no se logra establecer cuál es el ámbito de amparo, el concepto de familia que se adopta, el margen de necesidades que están en riesgo con la muerte, ni tampoco si existe igualdad entre cónyuge y compañera.

La consecuencia de lo anterior, es que el presunto beneficiario solo podrá acceder al derecho dependiendo del juzgador al que le corresponda conocer el asunto, eleva el nivel de litigiosidad y la congestión judicial y abre la puerta a que quien no tenía ningún tipo de vínculo familiar o lazo de apoyo mutuo, pueda acceder a una prestación de la seguridad social que brinda protección a las necesidades colectivas de los miembros del grupo familiar que se ven amenazadas ante la muerte de uno de sus miembros.

Es importante recalcar que en algunos *obiter dicta* de las providencias del lado izquierdo de la tabla 2, se señalan consideraciones sobre los lazos afectivos y de apoyo moral que debe pervivir entre los cónyuges separados de hecho lo que legitima que los cinco años de convivencia que exige la ley puedan ser acreditados en cualquier tiempo y no necesariamente inmediatamente antes del fallecimiento, al descender al caso concreto se echa de menos el análisis fáctico del apoyo, socorro y ayuda moral o económica, lo que deriva en que la decisión simplemente se pliegue a las posturas donde no es una exigencia que se mantengan tales vínculos de afecto.

De lo anterior, el tribunal encargado de solucionar conflictos, unificar la jurisprudencia y sentar criterios jurídicos sobre la materia, tomó dos senderos diferentes sobre el mismo asunto sin

que sea posible lograr un criterio hermenéutico uniforme que aclare el sentido en que la ley en materia de seguridad social debe ser aplicada.

Una vez planteada la postura de la Corte Suprema de Justicia colombiana, es necesario estudiar lo que ha planteado la Corte Constitucional Colombiana respecto del tema.

3.1.1.3 Análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional colombiana no es un tribunal de la justicia ordinaria, sino que estudia la vulneración de la carta política y de los derechos fundamentales en ella positivizados, es por ello que deben tomarse en cuenta tanto el control abstracto que se hace a las normas de carácter legal, como las de control concreto que se hacen frente a actuaciones puntuales de entidades públicas o privadas encargadas de prestar servicios públicos, como en el presente caso el de la seguridad social en pensiones.

Teniendo en cuenta lo anterior, se revisarán los pronunciamientos de tutela y de constitucionalidad que relieves en el presente estudio y marcan un derrotero en la interpretación de la materia.

En primer lugar, con la sentencia T-278 de 2013, la Corte Constitucional estableció que la pensión de sobrevivientes debe regirse por 3 principios:

(1) el principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante, lo cual se relaciona con asegurar a las personas más cercanas al causante y a quienes dependían de él, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria[35]; (2) el principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados quienes no pueden cargar aisladamente las cargas materiales y espirituales que suponen la muerte de su familiar; (3) el principio material para la definición del beneficiario que se refiere a la convivencia efectiva del causante con quien sobrevive al momento de la muerte lo cual sirve para determinar quién es el beneficiario.

De otro lado, las situaciones que se pueden presentar son: (1) Convivencia simultánea del causante con su cónyuge y una –o más- compañeras permanentes, caso en el cual la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido; (2) Convivencia simultánea del fallecido con dos o más compañeras permanentes que se asimila a la situación anterior, por lo que la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el causante; (3) Convivencia únicamente con compañero (a) permanente pero vínculo conyugal vigente evento en el cual la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido siempre que el cónyuge haya vivido durante cinco años o más con el causante en cualquier tiempo.

Con las reglas anteriormente enunciadas, se garantizan derechos constitucionales de carácter fundamental en un marco legal y administrativo respetuoso de la igualdad y de la protección especial de la familia independientemente del tipo de vínculo que la origine.

La postura que asume la corporación, acoge un criterio material que procura dar un amparo a quien tenía convivencia efectiva con el causante y tuvo afectación material y espiritual con el fallecimiento del causante, recordando la postura que la misma entidad sentó con la sentencia T-190 de 1993.

Posteriormente, con las Sentencias T-090 de 2016 y T – 015 de 2017, la Corte acogió la tesis expuesta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, autoridad que interpretó la medida adoptada por el legislador, de la siguiente manera:

...la condición exigida para el reconocimiento pensional a la compañera permanente es que haya convivido, cuando menos, los 5 últimos años con el causante, requisito que no puede exigirse a la cónyuge, de quien el causante se separó de hecho, precisamente porque la institución de la separación implica la no continuidad en la convivencia. Empero, justamente para cumplir con la finalidad de la norma, que es la de otorgar el beneficio pensional a quien demuestre la convivencia efectiva, la cónyuge en ese caso debe comprobar que convivió al menos 5 años con el causante, en cualquier tiempo.

La sentencia de 2017, ya mencionada concluyó que:

En este último evento, no hace falta que el cónyuge supérstite demuestre que convivió con el causante durante los últimos cinco años de su vida, sino, solamente, que convivió con él o ella más de cinco años en cualquier tiempo...

...En otras palabras, tendrá derecho a la sustitución pensional quien, al momento de la muerte del pensionado, tenía una sociedad conyugal que no fue disuelta, con separación de hecho. En este último evento, el cónyuge supérstite deberá demostrar que convivió con el causante por más de dos (2) o cinco (5) años, en cualquier tiempo, según la legislación aplicable, en virtud de la fecha de fallecimiento del causante.

Esta última aclaración es pertinente teniendo en cuenta que, para la fecha en que se produjo el deceso del señor Julio Vicente Chequemarca Guanana (23 de diciembre de 2002), aún no había entrado a regir la modificación que la Ley 797 de 2003 le introdujo al artículo 47 de la Ley 100 de 1993 (resaltado fuera de texto)

Las providencias de la corte que vigila la primacía de la constitución de los años 2016 y 2017, cambian la postura, pasando de un criterio material a una interpretación que procura ajustar la constitución a la ley vigente otorgando beneficios a las esposas que no convivían con el causante al momento del deceso, pero tenían vigente un lazo eminentemente formal, sin hacer ningún hincapié en la pervivencia de algún tipo de vínculo de afecto o moral.

En sentencia T-076 de 2018, reconoció una pensión compartida entre compañera y cónyuge pese a que existió una separación entre 1990 y el año 2014, pero se mantenía vigente el vínculo matrimonial, sin recabar en consideración adicional a que acreditaba 5 años de convivencia en cualquier tiempo.

Conforme a lo expuesto, la Corte Constitucional se allana a la postura de la Corte Suprema de Justicia, sin hacer análisis respecto de la esencia de la pensión de sobrevivientes que se ha puesto en consideración en el presente estudio, en reciente pronunciamiento la SU 453 DE 2019, expresó que:

Aunado a esto, como se señaló ampliamente en las consideraciones de esta providencia, tanto la jurisdicción constitucional como la ordinaria (Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia), leyeron el precepto normativo de la misma manera, esto es que la condición de haber procreado hijos con el fallecido remplazaba o suplía el último de los requisitos, es decir, la exigencia de haber convivido al menos dos años con el pensionado antes de su muerte.

Y es que era necesario que se llegara a esta conclusión teniendo en cuenta que la aplicación literal y fría de la norma derivaba en una total ignorancia de la realidad familiar y de principios constitucionales así:

a) Se estaría desconociendo el tiempo de convivencia que probó una de las partes (la primera relación en el presente caso) que en la mayoría de los casos es mucho más amplio, privilegiando a una persona que por un lapso mínimo (que podía ser de tan solo dos años) convivió con el causante de la prestación, lo que sería evidentemente desigual ya que deja por fuera de toda posibilidad a la persona que, en la generalidad de los casos, convivió con el causante durante la mayor parte de su vida y que, por razones de cualquier índole, no convivió con este los últimos años de manera continua, impidiéndole percibir una prestación que juntos construyeron a lo largo de una relación que casi siempre es de muy larga duración (en este caso, más de 20 años).

b) Desconocería por completo la justicia material que aquella persona que estuvo con el causante durante muchos años, compartió con él una gran parte de su vida, su tiempo, sus esfuerzos, sus logros y dificultades, y que casi siempre procreó hijos con el, quede descartada de todo beneficio pensional, restringiendo desproporcionadamente sus derechos, dando prevalencia a quien durante los dos últimos años de vida del pensionado (un tiempo mínimo y fugaz) pudo disfrutar, tanto de la compañía como de la pensión que recibía el causante, que en realidad fue el fruto del trabajo prestado al lado de aquella otra persona de la primera relación.

c) Las autoridades judiciales lo que estarían haciendo es proveer soluciones injustas a casos cuya realidad fáctica amerita un análisis desde la perspectiva de la justicia material, la dignidad humana y la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, teniendo el deber de aplicar, por encima de cualquier precepto legal, los mandatos constitucionales de igualdad, solidaridad y dignidad.

Con la anterior sentencia de unificación la Corte Constitucional amplió la perspectiva de protección dando el alcance de la Ley 797 de 2003, a aspectos regulados por la Ley 100 de 1993 antes de la modificación del año 2003, pero otorgando la prestación económica no con la acreditación de dos años en cualquier tiempo, sino con la procreación de un hijo común de la cónyuge con el causante, trayendo a consideración el argumento de la cónyuge merecía percibir el fruto del trabajo que el causante realizó a su lado, es decir el mismo concepto de recompensa o premio por haber ayudado a *construir* la prestación económica.

Además de lo anterior, permitió que la concepción de un hijo común reemplazara el requisito de los 2 años de convivencia, sin tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de vieja data había dejado claro que el hijo debía ser concebido dentro de los últimos dos años de vida del causante, sin embargo tal aspecto no es objeto del presente estudio, pero sí deja claro que las altas corporaciones lejos de procurar cumplir con la esencia de la prestación, desfiguran su aplicación abriendo la puerta a la creación de sub reglas no contenidas en la norma, escindiendo sus contenidos y bajo el amparo de principios de solidaridad, igualdad y dignidad.

Finalmente, se expidió la C-515 de 2019, mediante la cual la Corte Constitucional estudió la exequibilidad de la expresión con la cual existe la sociedad conyugal vigente, contenida en el inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, sobre el asunto aquí analizado refirió que:

Sin embargo, en los supuestos de convivencia no simultánea entre el cónyuge y la compañera o compañero permanente, la ausencia de una convivencia efectiva dentro de los 5 años anteriores a la muerte del causante, justifica que el legislador, en ejercicio del amplio margen de configuración en materia pensional (ver supra, numerales 56 y 57), establezca la vigencia de la sociedad conyugal como una condición necesaria para reconocer este derecho pensional al cónyuge supérstite, que separado de hecho, mantuvo el vínculo patrimonial con el causante, guiada por los principios que definen la pensión de sobrevivientes. Por lo anterior, es dado concluir que le asisten razones al legislador para distinguir en situaciones donde no es posible que el cónyuge acredite la convivencia hasta la muerte del causante –convivencia no simultánea-, que el cónyuge supérstite acredite la vigencia del vínculo patrimonial –sociedad conyugal-, que de manera voluntaria decidieron mantener con el causante, pese a la separación de hecho.

Con fundamento en lo anterior, es dado concluir que no hay mérito para continuar con el análisis de las etapas subsiguientes del juicio de igualdad, por cuanto, es claro que no existen sujetos comparables que se encuentren en situaciones de hecho o de derecho comparables, por cuanto, aquellos que se separaron de hecho (efectos personales) y que liquidaron su sociedad conyugal (efectos personales), no pueden tener una expectativa pensional dada la inexistencia de lazos afectivos o económicos entre el cónyuge supérstite

y el causante. En consecuencia, la Corte no advierte que exista un cuestionamiento de la disposición parcialmente acusada desde el punto de vista del derecho a la igualdad, por lo que procederá a declarar su constitucionalidad.

La decisión que se tomó en tal sentencia proferida el día 30 de octubre de 2019, es que el texto legal se avenía a la Constitución Política, porque había sido voluntad del legislador dentro de su libertad de configuración, incorporar como requisito para tener la calidad de beneficiario que el cónyuge separado conserve vigente la sociedad conyugal, es decir que en la intelección del alto tribunal: *no pueden tener una expectativa pensional dada la inexistencia de lazos afectivos o económicos entre el cónyuge superviviente y el causante*, tomando relevancia el aspecto afectivo y el aspecto económico, lo que sería acertado conforme a las consideraciones que se han esbozado a lo largo de este trabajo, sin embargo, tal posición jurisprudencial lejos de generar claridad y certidumbre, dispara el caos en la materia, pues contraviene la pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la misma Corte Constitucional citada en precedencia, al incluir un requisito adicional de vigencia de sociedad conyugal, máxime cuando expresamente se ha insistido en la vigencia de la sociedad conyugal no era relevante para efectos de la pensión de sobrevivientes por ser una figura eminentemente del derecho de familia y netamente económica.

Por citar un ejemplo, la SL4836 del 6 de noviembre de 2019, (6 días después de la C-515/19), sostuvo que:

Así las cosas, al cónyuge con unión marital vigente, con liquidación de sociedad conyugal, separado o no de hecho, que haya convivido en cualquier tiempo durante un lapso no inferior a 5 años con el afiliado o pensionado fallecido, como es el caso de la señora López de Villalobos, le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes.

Bajo ese panorama, el tema se vuelve más caótico a medida que pasa el tiempo no existe uniformidad entre las altas cortes, ni tampoco al interior de cada una de ellas y se abre la puerta a que tanto cónyuges, compañeras o compañeros, incluso madres o padres, tengan una expectativa de demandar la aplicación de tan variadas posturas jurisprudenciales según su conveniencia, quedando un tema neurálgico para la seguridad social, su sostenibilidad y la protección inmediata del verdadero núcleo familiar sujeto a la discrecionalidad judicial y la recursividad del accionante de turno.

Tomando en cuenta lo antes mencionado, la postura actual de la Corte Constitucional se pliega a la sentada por la Corte Suprema de Justicia en su sala especializada en torno a que los

cónyuges separados de hecho pueden acreditar 5 años de convivencia en cualquier tiempo, sin embargo también tiene en cuenta la vigencia de la sociedad económica surgida del matrimonio y sin dar relevancia a la pervivencia de lazos afectivos.

3.2. Críticas, propuestas y conclusiones respecto de la problemática planteada

Una vez vislumbrado el panorama doctrinal, legal, jurisprudencial e internacional sobre la materia, se considera que para poder estructurar una argumentación lógica, un postulado legislativo o un esquema de protección en razón de la muerte de un afiliado o pensionado lo fundamental es no salirse de lo fundamental, son tan elevadas las disquisiciones jurídicas, los intereses sociales, políticos, religiosos, costumbristas, que han llegado al punto de olvidar la esencia y nervio de la protección por sobrevivencia o viudez. Se retoman los 3 puntos señalados por López Villegas (2011) que tanto ilustraron el desarrollo de los dos primeros capítulos de este trabajo y es que se necesita una triada de ingredientes para que exista derecho a que la seguridad social brinde un amparo de esta naturaleza y son:

1. La muerte
2. La familia
3. La necesidad

Como se ilustró en el título 2.3, que se denominó ámbito de protección, el primero de los elementos es el que da lugar a pensar en los otros dos, es un requisito lógico y necesario, pues si no hay un causante toda la discusión carecería de sentido. En segunda medida los otros dos elementos resultan ser complementarios y además inseparables, pues la órbita de protección de este derecho no es otra que la necesidad de quien conforma la familia, o en otras palabras se procura garantizar que la muerte del miembro de la familia no derive en una afrenta contra las necesidades de los miembros de ese núcleo social.

Debe tenerse siempre presente que las pensiones de sobrevivientes o viudez no son la continuidad del patrimonio, no protegen el legado del fallecido, no resulta ser un crédito para sus herederos, no es un derecho que le pertenezca al afiliado o pensionado que transmita a sus derechohabientes, por el contrario, se trata de un manto de protección que tiende la seguridad social sobre aquellos a los cuales se les genera una necesidad económica ante el infortunio de la pérdida del ser querido.

También resulta problemático que las altas cortes colombianas, bajo la excusa de atender la perspectiva de género, hayan incorporado a sus proveídos el criterio según el cual el derecho a la pensión de sobrevivientes también se debe garantizar a quien ayudó a construir la prestación en vida del causante, tal postura desconoce abiertamente lo referido en el párrafo anterior, pues entiende que la pensión de sobrevivientes tiene el carácter de premio o recompensa, regresando a la etapa de dispersión de la seguridad social analizada en los primeros capítulos, y olvidando que es una prestación reconocida por el sistema de seguridad social a los beneficiarios y no una dádiva otorgada por quien fallece.

Pierde fuerza argumentativa dicha postura cuando se analizan casos de muerte de los afiliados, pues en estos eventos en Colombia basta con un año de cotización en el último trienio antes del óbito para dejar causado el derecho, resulta inconcebible hablar en este evento de construcción de la pensión, o en clave de merecimientos o esfuerzos dedicados al trabajo invisible y no remunerado del hogar, pues debe recordarse una vez más que los sistemas de seguridad social son financiados con recursos públicos⁷⁶ bajo principios de solidaridad y que en un país como Colombia donde las reservas de la administradora pública de pensiones se agotaron desde el año 2004, la carga pensional queda en hombros del presupuesto nacional.

Basta revisar los presupuestos fácticos y la decisión tomada en la SL-5150 de 2019, para concluir que tal postura no atiende la esencia de la pensión de sobrevivientes, en este caso no hubo evidencia de convivencia de la pareja de cónyuges desde 1994 hasta el año 2011, y quien lo cuidó en su lecho de enfermo fue su progenitora, y el requisito de causación fue el de 50 semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores al fallecimiento, de manera que en este caso, no hubo ayuda en la construcción de su pensión al no existir convivencia previa al fallecimiento, no hubo lazos morales o afectivos y además, queda en el aire que la madre del causante pudiese tener algún derecho pensional, pero al ser subsidiario el orden de beneficiarios se hace nugatoria cualquier posibilidad.

Por otra parte, se considera incompleta la afirmación que hacen algunos tratadistas relativa a que con la pensión por muerte se busca conjurar la pérdida del ingreso de quien proveía la satisfacción de las necesidades del hogar, pues entraña una discriminación de género y una

⁷⁶ En los regímenes públicos de pensiones.

ortodoxa concepción patriarcal que considera al hombre como el proveedor del hogar y a la mujer como sujeto bajo custodia y encargada del cuidado de los hijos y de la morada.

Por ello, es necesario acudir a otra precisión conceptual másavenida a las realidades actuales y a los nuevos conceptos de familia, donde se protege el mínimo vital del hogar, el cual puede estar comprendido por los ingresos de dos o más miembros del mismo, independientemente de los porcentajes de participación en las erogaciones comunes.

Siguiendo esa línea pensamiento, esos nuevos conceptos de familia tanto en Colombia como en el mundo, no pueden seguir un arraigo tradicionalista y conservador, donde tenga preponderancia la solemnidad sobre lo material. En clave de derechos humanos el principio de igualdad y no discriminación proscriben cualquier tipo de trato diferenciado irrazonable e injusto, en conexión con ello, la dignidad humana impide categorizar la familia como de primer o segundo nivel, según la forma del vínculo que las constituyó. Se retoma de este modo aquella concepción de familia contenida en el punto 2.3.1., de este trabajo donde lo que prima al momento de la constitución de una familia es el ejercicio pleno y espontáneo de la libertad individual, donde el ser humano es quien elige cuál será entorno próximo, el conjunto de personas que de manera conjunta procurará la satisfacción de sus necesidades individuales y colectivas, y ese ese espectro el que debe atender la seguridad social y no otro.

Sentadas las anteriores premisas, relativas al ámbito de protección de la seguridad social en materia de la pensión de sobrevivientes, se presentan las siguientes críticas al manejo que le han dado las instituciones al tema bajo examen, con la correspondiente propuesta constructiva.

3.2.1. Convivencia material al momento de la muerte

Lo lógico dentro de un sistema normativo es que cuando existan errores, traumatismos, problemáticas e interpretaciones equivocadas del tenor de una norma jurídica y sus efectos, es que sea aclarado, modificado o expulsado del ordenamiento el texto que genera tales situaciones caóticas. En Colombia, en el tema de los beneficiarios del primer orden para las pensiones de sobrevivientes, se redactó en el año 2003, una ley que pretendía incorporar en su texto premisas innovadoras, respetar los derechos fundamentales y dar paso a circunstancias de la realidad social que habían superado la consagración normativa del año 1993, sin embargo, todos los propósitos

no superaron tal estadio del universo de los fenómenos, pues la redacción del texto fue confusa, repetitiva y en algunos apartes, discriminatoria.

El tema resulta controversial, no obstante en 16 años de vigencia, ha soportado más de 12 estudios de constitucionalidad, que en su mayoría han debido modular el entendimiento de la norma⁷⁷ para ajustarla al contenido de la carta política.

Para focalizar la discusión, al tratarse del primero orden de beneficiarios, la norma establece en el literal a), que deben acreditar: *que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte*, esa tal vez es la única interpretación literal que se atempera a la esencia de la pensión de sobrevivientes, pues exige un tiempo de convivencia amplío e incorpora que la vida marital debe extenderse hasta la muerte, es un acierto legislativo, obedece a la concepción de hogar conformado con el causante con vocación de apoyo y socorro hasta el último instante de vida.

Ese acierto legislativo, bien ponderado en precedencia, es completamente afrentado por el inciso final del literal b), cuando establece una hipótesis en la cual se causa el derecho cuando no existe convivencia entre cónyuges, pero sigue vigente la unión conyugal, tal consagración desatiende el derecho a la igualdad, ignora el criterio material⁷⁸ que rige el concepto de familia, no tiene en cuenta el criterio de necesidad en clave de pensión de sobrevivientes y en suma, desnaturaliza la figura de la pensión de sobrevivientes.

No debe permitir la legislación criterios sospechosos de discriminación, ni puede reemplazar los elementos estructurales de un reconocimiento derivado de la seguridad social.

La propuesta de reforma debe entrañar un lazo indisoluble entre los requisitos para ser beneficiario de la prestación y las contingencias que pretende amparar la seguridad social, no es una cuestión retórica o que soporte interpretaciones diversas, la pensión de sobrevivientes o viudez busca garantizar la satisfacción de las necesidades causadas ante la ausencia del miembro del grupo familiar que fallece, llevado a un silogismo básico, si no se es miembro de la familia o si no hay

⁷⁷ En ocasiones con cosas básicas.

⁷⁸ Corte Constitucional Sentencia T190-93.

contingencias surgidas a raíz del deceso, no puede haber protección por parte de la seguridad social.

Bajo ese tenor, el presupuesto inicial para pensar en una solución es que debe existir una unión libre y voluntaria orientada a constituir un hogar, un *animus*, y además la común vivencia en un espacio físico, un *corpus*, el primero es insoslayable, el segundo es prescindible pero bajo circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito⁷⁹, tales postulados evidencian la verdadera conformación de un núcleo familiar ajeno a intereses económicos mezquinos y de oportunidad que solo afloran después del óbito.

El cambio legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, que aumentó el tiempo de convivencia de 2 a 5 años, se considera que robustece la idea esbozada en el anterior párrafo, evidencia una unión distendida en el tiempo con vocación de permanencia y con un proyecto de vida común desde todo punto de vista amoroso, social, económico, fisiológico y en suma orientado a la satisfacción de las necesidades de ambos individuos y además de los demás integrantes del entorno familiar.

La expresión *hasta la muerte*, también resulta fundamental en este evento, se itera que el *animus* y el *corpus*, deben coincidir salvo circunstancias excepcionales, de lo que se desprende que una separación de hecho, de cuerpos, física, implica una ruptura en el concepto de familia, hay un ejercicio de la libertad individual que decide que debe existir una separación de vidas, de necesidades, de fines, de hogares y emprender diferentes destinos, de manera individual o con la conformación de otro núcleo familiar en cualquiera de sus manifestaciones.

No puede incorporarse algún ingrediente de merecimiento, de construcción de la prestación, de misericordia o solidaridad, por haber existido una larga y común vivencia, pues de llegar a añadirse dicho componente se desfigura la cobertura a cargo del sistema de seguridad social.

La legislación debe caminar de la mano de las realidades sociales, máxime en el ámbito de los derechos de naturaleza social, es por eso que no puede darse la espalda a las circunstancias en que pueda existir una convivencia simultánea del afiliado o pensionado con dos o más personas

⁷⁹ Situaciones varias han concebido las cortes frente al tema, circunstancias de salud, trabajo, violencia, y en suma aspectos ajenos a la voluntad de la pareja,

y en tal evento, se abra la posibilidad de compartir la prestación económica, sin embargo, debe aceptarse de manera excepcional con una probanza muy rigurosa y con acreditación efectiva de dependencia económica o de aportes para la economía del hogar⁸⁰, sobre tal aspecto se profundizará en el siguiente acápite relativo a los aspectos económicos.

En ningún evento, la existencia de hijos comunes podrá reemplazar la acreditación de convivencia o dar lugar a prebendas adicionales, la protección del menor, en caso de serlo, se garantiza con una prestación económica directa y temporal dependiendo de sus condiciones particulares. La concepción de un hijo no hace presumir la existencia de una familia y un hogar, y si bien en la Ley 100 de 1993, se concebía tal posibilidad, la Corte Suprema de Justicia adocrinó que dicha concepción debía darse en los dos años anteriores al fallecimiento, postura que ahora revaluó la Corte Constitucional con la SU-453 de 2019, sin embargo, ello ya fue materia de análisis en precedencia.

De lo anterior, se desprende que no puede concebirse la posibilidad de beneficios con ocasión de pervivencia de la sola unión conyugal con la acreditación de convivencia en cualquier tiempo, como lo han establecido al menos 12 sentencias de la Corte Suprema de Justicia en el año 2019, donde solo fue relevante la mención de que los cónyuges: *hayan mantenido actantes lazos de solidaridad y de ayuda mutua, que son propios a la unión conyugal, y que permiten predicar respecto de quienes están relacionados con ese vínculo jurídico, que pertenecen al grupo familiar del pensionado o afiliado que fallece, y que son quienes en la perspectiva de la seguridad social tienen derecho al amparo de ella cuando ocurra riesgo por muerte*, para efectos de un *obiter dicta*, o como cita jurisprudencial pero no para servir de derrotero claro para auscultar la existencia de una verdadera familia.

Tampoco se considera necesario y constitucional que se establezca como causal de pérdida del derecho a la prestación económica la conformación de un nuevo hogar o contraer nuevas nupcias, pues atenta contra el derecho a la libertad y el derecho a conformar una familia protegidos por la Constitución. Toma relevancia, además, el hecho de que los requisitos para tener la calidad de beneficiario ocurren al momento de acaecida la muerte, que es cuando se materializa la insatisfacción de necesidades. Adicionalmente, no se puede partir de la concepción de que iniciar

⁸⁰ Aportes económicos que configuran la existencia de un mínimo vital del hogar.

una relación de pareja haga desaparecer de un tajo el criterio de necesidad pues sería partir de la base de que una persona es incapaz de proveerse su sustento y requiere de otro para tales efectos, lo que tiene cierto aroma a discriminación de género y a rezagos de concepciones ortodoxas e inaplicables en las sociedades actuales.

3.2.2. Dependencia económica y mínimo vital del hogar

La legislación colombiana consagra el requisito de dependencia económica en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, siempre que se trate de hijos mayores estudiantes (hasta los 25 años) o en condición de invalidez, ascendientes y hermanos en condiciones de invalidez⁸¹, no tipifica dicho requisito para efectos de los hijos menores y los cónyuges o compañeros.

Algunos tratadistas consideran que se trata de una especie de presunción de derecho respecto de tales categorías de beneficiarios, no obstante, tal concepción es equivocada teóricamente solo se puede hablar de presunciones cuando las consagra de manera expresa el legislador en el cuerpo de la norma, simplemente existe un silencio en tal aspecto de lo que se desprende que es jurídicamente irrelevante para el efecto.

Se considera que sí debe existir en el ordenamiento una consagración legal que exija la existencia de dependencia económica o de un mínimo vital del hogar, nociones que se pasa a desarrollar.

El primer caso se presenta cuando el fallecido asumía todos o una parte importante de los gastos de su pareja, es el mismo entendimiento que le dio la C-111 de 2006, cuando se estudió el tema de la dependencia total y absoluta de los padres y se declaró inexecutable la expresión en forma total y absoluta, abriendo la puerta a aportes importantes la manutención de los padres, sin los cuales puede ver amenazada su subsistencia o su ingreso mínimo vital.

La segunda figura entiende que no existe una relación de subordinación jurídica y económica como ocurre en el caso de la dependencia⁸², la pareja percibe ingresos individuales frutos de su trabajo pero han generado necesidades conjuntas y colectivas para sí como para otros miembros del grupo familiar, de suerte que la ausencia de uno de esos ingresos afecta de manera

⁸¹ Los órdenes son excluyentes, de manera solo podría analizarse el derecho de los padres, cuando no existen beneficiarios en los dos primeros órdenes, y lo propio ocurre con los hermanos, que son del cuarto orden, se aclara que los dos primeros órdenes están en plano de igualdad y de existir beneficiarios en cada uno se comparte la pensión.

⁸² Incluso la dependencia económica sin la noción de total y absoluta implica una condición de subordinación económica.

directa el mínimo vital del hogar, se parte de la idea que los individuos son autosuficientes y tienen la posibilidad de proveer su sustento personal, pero en el ejercicio de su autonomía y libertad han creado necesidades colectivas⁸³ dentro de su grupo familiar al punto que uno solo de los ingresos no sería suficiente para cubrir tales erogaciones.

Es importante precisar que las necesidades que protege la seguridad no son las básicas y mínimas para sobrevivir, sino que se garantiza el mínimo vital en condiciones de dignidad, en los términos del artículo 11 del PIDESC que a la letra indica: *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...*, bajo esos postulados, la propuesta implica utilizar la figura del mínimo vital extendido al hogar, para efectos de evidenciar la necesidad como elemento esencial de la protección por sobrevivientes.

Con las dos figuras mencionadas, se brinda protección a la familia y se evidencia la necesidad, que junto con el fallecimiento conjugan la existencia de una pensión de sobrevivientes y la condición de beneficiarios.

Este requisito refuerza la primera de las exigencias propuestas, es decir la convivencia por 5 años hasta el momento de la muerte, pues un hogar con vocación de permanencia, ánimo de socorro, apoyo y protección recíproca genera lazos de toda índole, incluso económicos, ante la generación de las denominadas necesidades colectivas, de tal modo que si existe una separación por motivos de fuerza mayor o caso fortuito, la protección encuentra respaldo con la probanza de este otro requisito, pues se evidencia que ante la ausencia de la común vivencia bajo un mismo techo, sí existen necesidades que deben ser protegidas para conjurar la inminencia de insatisfacción de las mismas ante el óbito de uno de los miembros de la familia.

En los eventos de obligaciones alimentarias derivadas del derecho de familia, donde se ha condenado a uno de los ex cónyuges al pago de alimentos, a la luz del artículo 411 del Código Civil, se enmarcan como una acreencia del causante, pero conforme al artículo 422 del mismo ordenamiento se extiende por toda la vida del alimentario, de manera que puede ser transmisible a sus causahabientes, pero no a la seguridad social, es decir, la seguridad social no debe asumir las

⁸³ Se pueden formular múltiples ejemplos como es el caso de las deudas por vehículos, vivienda, gastos de educación de la pareja o de los hijos, entre otras condiciones que elevan la necesidad de ingresos compartidos.

deudas de quien fallece, de manera que si bien el derecho alimentario persiste después de la muerte en los términos de la sentencia T-199 de 2016, ello será para efectos de perseguir la satisfacción de tal acreencia emanada de una sentencia judicial o de pacto expreso, de los legitimados por pasiva para ello.

Se discrepa del contenido del fallo en el sentido de que puede gravarse la pensión del superstite para la satisfacción de dicha deuda alimentaria pues goza del beneficio de inembargabilidad⁸⁴, no siendo oponible la condición de deuda alimentaria, pues toma fortaleza la noción que tantas veces a iluminado este estudio acuñada por López Villegas (2011), la pensión de sobrevivientes no es la continuidad del patrimonio del fallecido, ni la transmisibilidad de un beneficio *mortis causa*, es una prestación independiente que emana de la seguridad social y procura la protección de la familia y como tal el excónyuge ya no es tal. Se anota que cuestión diferente es que el ex conyuge pueda perseguir la masa sucesoral o la porción marital que correspondía al fallecido, pero ese es otro escenario que pierde relevancia en este estudio.

3.2.3. Otros aspectos importantes sobre la problemática

Temporalidad de la pensión

Inicia el literal a) con una prestación de carácter vitalicio con el condicionante de que el familiar del primer orden de beneficiarios tenga más de 30 años de edad, es decir asegura una prestación vitalicia, teniendo en cuenta que la esperanza de vida al nacer en Colombia es de 72 años para hombres y 79 para mujeres⁸⁵, es decir, que se garantiza una prestación por más de 42 años a un hombre y 49 años a una mujer. Si se revisa la edad productiva tomando la mayoría de edad de 18 años, y la edad de pensión de vejez contenida en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el hombre tendría una prestación económica durante 42 años, de los cuales 32 se enmarcan en etapa de vida productiva y en el caso de la mujer de los 49 años referidos, 27 de ellos son en etapa productiva. La situación la agrava la parte final del primer inciso del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, donde levanta el requisito de ser mayor de 30 años para tener una pensión vitalicia con la condición de la existencia de un hijo común.

⁸⁴ Artículo 134 de la Ley 100 de 1993.

⁸⁵ Según la OMS según datos estadísticos del año 2016, recuperado el 12 de diciembre de 2019, de: <https://www.who.int/countries/col/es/>

Para no entrar a realizar cálculos adicionales, basta decir que resulta particular que el hijo de la pareja que por cuestiones biológicas⁸⁶ debe ser menor de edad si la madre o el padre es menor de 30 años, pese a ser también beneficiario de la prestación económica hasta su mayoría de edad o los 25 años, conforme a lo dispuesto en el literal c) de la citada normatividad, legitime una pensión vitalicia para su progenitor supérstite por lapsos mayores a los calculados en el numeral precedente.

Es evidente que en estos eventos se superan los criterios de necesidad que nutren la esencia de la prestación, pues claramente esos distendidos periodos resultan supremamente largos para pensar en que la persona pueda recuperar su calidad de vida en condiciones de dignidad.

Países como el Salvador, Uruguay y Panamá, han entendido el anterior argumento y es por ello que sus normativas conciben exclusivamente prestaciones temporales salvo la materialización de una condición de vulnerabilidad⁸⁷.

Con relación al tiempo de duración de la prestación, puede resultar caprichoso establecer cuánto tiempo necesita una persona para rehacer sus condiciones de vida y tener la capacidad para proveer su propio sustento y el de su grupo familiar, no obstante, se considera que debe fijarse un parámetro temporal, salvo para los eventos en que el supérstite se encuentre en estado de vulnerabilidad pues en esos eventos la seguridad social no puede abstraerse de sus obligaciones y por ello se concluye que para eventos como la senectud y la invalidez se justifica que se conciba la condición de vitalicia de la pensión de sobrevivientes pues es evidente que sobrevino otra contingencia protegida por la seguridad social y de suspenderse el disfrute de la prestación periódica se corre el riesgo de desamparo de un individuo en condición de imposibilidad de incorporarse al mercado laboral, por todas las condiciones que se esbozaron ampliamente en varios apartados del presente estudio.

El momento de la senectud podría regirse por dos parámetros, el de la edad de la pensión de vejez y el de la época vital en que se considera una persona adulto mayor, por cuestiones de justicia, de acceso al mercado laboral colombiano y latinoamericano y favorabilidad, resulta

⁸⁶ Salvo casos excepcionales donde se haya dado el nacimiento con una edad menor a 12 años de la madre o el padre.

⁸⁷ Invalidez, vejez

práctico usar el derrotero que fija la Ley 1276 de 2009, que regula atención integral al adulto mayor que a la letra refiere en su artículo 7:

b). Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen;

Conforme a lo anterior, bajo el entendimiento de que los 60 años implican un manifiesto declive de las capacidades físicas, vitales y psicológicas, sería esa edad la adecuada para establecer la edad para que la pensión sea vitalicia, tanto si los cumple al momento del óbito como si los llega a cumplir antes de la fecha en vencimiento del periodo temporal de disfrute.

Con respecto al periodo temporal de disfrute de la prestación económica, el lapso de 20 años contenidos en la Ley 100 de 1993, es sumamente extenso, incluso genera efectos adversos en el superviviente porque le priva de un ingreso periódico después de haberlo disfrutado por un parte importante de su vida y si bien consagra una opción interesante y es que se aporta al sistema para su propia pensión, los 20 años serían insuficientes para acceder a la pensión de vejez que para el año 2019, requiere el equivalente a 26 años de aportes, de manera que deberá aportar esos 6 años con su esfuerzo personal, teniendo en cuenta que deberá ingresar al mercado laboral a una edad avanzada y sin ningún tipo de garantía.

El periodo de disfrute temporal podría ser equivalente al exigido para efectos de tener la condición de beneficiario, es decir 5 años, pues resulta prudente para efectos de rehacer su vida, replantear sus necesidades individuales y colectivas y procurar su propio sustento con la condición de que si al finalizar ese lustro se materializa una de las condiciones de vulnerabilidad referida en precedencia se convertirá en vitalicia.

Cotización para pensión propia

Un aspecto que se considera importante para la construcción de una nueva vida por parte del cónyuge superviviente es que tenga acceso a servicios de salud y tenga la posibilidad rehacer su vida, de manera que también es relevante que si la prestación económica será temporal también tenga cobertura en materia de seguridad social en pensiones y ese lapso impacte negativamente en su historial laboral, por ello para el caso de prestaciones económicas temporales deberá aportar a la seguridad social en pensiones para su propia pensión, tal y como se encuentra concebido en la

normativa actual, ello fomenta la cultura de cotización, facilita la reincorporación al mundo laboral y además le brinda coberturas adicionales tanto para sí como para su nuevo grupo familiar, pues podría completar requisitos ante una eventual invalidez o incluso su propio fallecimiento, tomando relevancia así la densidad de cotizaciones para los tres riesgos.

Las anteriores propuestas, fueron pensadas principalmente para respetar y honrar los requisitos esenciales en materia de pensión de sobrevivientes, garantizando el derecho a la igualdad, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a tener una familia, a la sostenibilidad del sistema y evita las uniones efímeras con claros intereses económicos o la pérdida del derecho de los compañeros que acompañaron al causante hasta su última exhalación con vocación de familia y en beneficio de quien tiempo atrás ya no conformaba una familia con el causante, ni tenía necesidad colectiva alguna.

La claridad en el tenor normativo evita especulación, legislación por parte de los jueces, situaciones de discriminación, fuga de recursos del sistema, motiva al supérstite a rehacer su vida, incorporarse al mercado laboral, brinda la posibilidad de constituir una nueva familia y en caso de alguna situación de vulnerabilidad le brinda protección vitalicia.

El planteamiento como se esboza deslinda el Derecho de la Seguridad Social de otras especialidades como la civil y la de familia, que se rigen por principios y reglas diferentes y pone de relieve la diferencia entre una prestación económica derivada del sistema y otra que emana del patrimonio del *de cujus*.

Como ingrediente adicional, se trata de una reforma pensional que no vuelve peyorativas las exigencias para causar la prestación económica en caso de los afiliados, se mantienen las condiciones de semanas cotizadas y se protegen recursos necesarios para la sostenibilidad y equilibrio financiero del sistema, como derecho constitucional a la luz del Acto Legislativo 1 de 2005.

Finalmente, baja los niveles de conflictividad, multiplicidad de reclamantes, revictimización del verdadero supérstite al tener que afrontar un proceso judicial⁸⁸ para procurar

⁸⁸ Conforme al artículo 6° de la Ley 1204 de 2008, en caso de conflicto entre beneficiarios se debe dejar en suspenso la prestación mientras se dirime el litigio mediante una sentencia judicial.

la garantía de su derecho, con el agravante de la congestión judicial y la posibilidad de tener que compartir la pensión.

Como aspecto conclusivo se procederá a realizar el comparativo entre el texto actual y la propuesta de reforma así:

Tabla 7
Propuesta de reforma legal y justificación

Texto del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003	Propuesta de reforma artículo 47 de la Ley 100 de 1993	Justificación
ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a). Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se	ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES El cónyuge o el compañero permanente supérstite, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes siempre y cuando acredite cinco (5) años de convivencia ininterrumpida con el causante hasta el momento de la muerte, dicho periodo deberá ser contabilizado en el tiempo inmediatamente anterior al deceso. Además de lo anterior, deberá demostrar que dependía económicamente del fallecido o que el aporte económico del mismo integraba el mínimo vital del hogar. En caso de convivencia simultánea se reconocerá la prestación de manera proporcional al tiempo de convivencia, siempre que los reclamantes acrediten a cabalidad los dos requisitos contenidos en los incisos anteriores. La prestación económica se disfrutará por cinco (5) años a partir del momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, salvo el cónyuge o compañero permanente acredite que se encuentra inválido o que cuenta con 60 años de edad al momento de la muerte o antes de finalizar el lapso de disfrute temporal referido, en esto evento será vitalicia. Parágrafo 1: Las expresiones cónyuge y compañero permanente hacen referencia tanto al hombre como a la mujer y comprende además a las parejas de mismo sexo sin discriminación alguna. Parágrafo 2: No será necesaria la acreditación exigida en el inciso segundo del literal a), si el causante ha realizado la presentación de	Se exige para cónyuges y compañeros permanentes la convivencia efectiva hasta el momento de la muerte y que se haya extendido por al menos 5 años, con ello se garantiza que se cumplan los dos requisitos esenciales de la cobertura, la necesidad y la familia como objeto y sujetos de la protección que brinda la seguridad social. Se elimina la pensión vitalicia como regla general y se vuelve una excepción, brindando a los miembros del grupo familiar del pensionado un plazo prudencial para garantizar la satisfacción de las necesidades colectivas que había generado ese hogar y brindar la oportunidad de rehacer sus condiciones de existencia que fueron afectadas ante el fallecimiento de la pareja. Se incorpora el requisito de acreditar la existencia de dependencia económica o existencia de mínimo vital del hogar, para garantizar que la muerte del asegurado realmente causó un detrimento económico al beneficiario y evitar que la protección sea recibida por personas que no hacían parte del grupo familiar y no tuvieron ningún tipo de insatisfacción con su deceso. Se acepta la convivencia simultánea eliminando cualquier posibilidad de discriminación entre cónyuges y compañeras o compañeros permanentes, siendo necesario que ambas acrediten convivencia hasta la muerte. Se elimina la posibilidad de que quien se separó físicamente del fallecido por voluntad unilateral o común acuerdo, pueda acceder a la prestación económica, garantizando que quien perciba la pensión sea verdaderamente

mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;	beneficiarios de que trata el artículo 1° de la Ley 1204 de 2008, dentro del último año previo al fallecimiento. Parágrafo 3: Durante el periodo de disfrute de la pensión temporal , el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión.	integrante de la familia del fallecido y no alguien que hace parte de otro núcleo familiar. Se incorpora un componente de igualdad de género para evitar discriminaciones o desgastes innecesarios del aparato jurisdiccional en estudios de exequibilidad. Se fortalece la importancia de la actualización de datos de afiliado o pensionado mediante la incorporación de beneficios para quienes aparezcan inscritos como pareja del fallecido ante la seguridad social en pensiones. Finalmente se mantiene la obligación de cotizar a la propia pensión durante los años que dure la pensión de sobrevivientes temporal y se otorga el carácter de vitalicia a la prestación cuando el beneficiario se encuentre en estado de vulnerabilidad por su edad o condiciones de salud, en aplicación de principios de igualdad material, solidaridad y dignidad humana.
---	--	---

Fuente: Elaboración propia

Conclusiones

1. El Derecho de la Seguridad Social acompaña a la persona como su sombra a lo largo de toda su existencia, pues debe atender la satisfacción de sus necesidades vitales desde el mismo momento de la concepción y aún después de su muerte. Estando presente en todas las etapas de la vida, desde la génesis, pasando por su etapa productiva y finalizando en el ocaso de la misma, garantizando el disfrute de sus derechos humanos y sociales en condiciones de dignidad.
2. El esquema de financiamiento de la seguridad social basado en gravámenes a la nómina y bajo un modelo contributivo encuentra graves problemáticas en el mundo actual a raíz de los altos índices de desempleo, el progresivo aumento de la informalidad laboral y la proliferación del trabajo *on demand*, pues deriva en baja cobertura, afecta el recaudo y puede privar de la protección cuando se exijan periodos mínimos de carencia.
3. La seguridad social en salud en materia de cobertura sanitaria no debe estar sujeta a condiciones contributivas, periodos de carencia, ni causales de pérdida de derecho,

debe garantizarse la cobertura sanitaria universal que permita el acceso a los servicios de salud desde la promoción hasta la prevención, tratamiento, rehabilitación y cuidados paliativos y se debe proteger a las personas de las consecuencias financieras que deriven del pago de los servicios de salud, cumpliendo así con la finalidad del sistema relativa a la protección económica de los hogares.

4. La pensión de sobrevivientes no es una prestación derivada del patrimonio del fallecido y que protege a los herederos, sino una prestación económica que emana del Sistema de Seguridad Social en Pensiones y que protege a la familia por ello no debe confundirse con la reglamentación civil o de familia, tiene sus propios principios, reglas y procedimientos.
5. El Derecho de la Seguridad Social en materia de pensiones procura la protección de las necesidades individuales y colectivas derivadas de las contingencias producidas por situaciones calamitosas que impiden que el individuo pueda proveerse su sustento y el de su familia, mediante la provisión de prestaciones en dinero y en especie que buscan conjurar la situación de vulnerabilidad y garantizar el derecho al mínimo vital y la dignidad humana.
6. La pensión de sobrevivientes requiere tres elementos esenciales: que fallezca un asegurado (afiliado o pensionado); que haya una familia; y que haya una necesidad, siendo los dos últimos los componentes fundamentales para establecer el perfil del beneficiario de la prestación económica.
7. La legislación colombiana en materia de pensión de sobrevivientes es una de las más amplias y garantistas en américa latina, no contempla para parejas el requisito de dependencia económica y es definitiva salvo la cónyuge o compañera tenga más de 30 años de edad o un hijo común con el causante, pese a tener una legislación progresista y que respeta los derechos humanos y los principios que rigen su constitución, tiene algunos rezagos en materia de pensiones de sobrevivientes, que hacen gala de su historia conservadora, religiosa y monógama.
8. La legislación vigente en Colombia en materia de pensión de sobrevivientes se ve altamente influida por las decisiones jurisprudenciales de sus altas cortes, al punto que no es posible dar aplicación al tenor original de la norma pues ha sido modificado sustancialmente lo que da cuenta del denso e importante activismo judicial.

9. La interpretación judicial de la Ley 797 de 2003, otorga beneficios diferenciales cuando se trata de cónyuges y de compañeros permanentes, ilustrando un panorama injustificado de discriminación en razón de la formalidad del vínculo pues permite que ante una separación de hecho solamente el cónyuge pueda acceder a la pensión de sobrevivientes acreditando 5 años de convivencia en cualquier tiempo.
10. La Corte Suprema de Justicia en Colombia, en su sala laboral ha incorporado figuras que afectan la interpretación de las normas de la seguridad social en materia de pensión de sobrevivientes como la de construcción del derecho pensional, la de discriminación histórica de la mujer y su trabajo en el hogar, y la de apoyo económico y lazos de afecto, socorro y ayuda mutua entre cónyuges pese a la separación de hecho, los tres ingredientes han construido el actual criterio de la corporación que permite dar beneficios a los cónyuges separados de hecho al momento de la muerte de uno de ellos.
11. La Corte Constitucional históricamente tuvo en cuenta un criterio material para determinar los miembros del grupo familiar que tienen la condición de beneficiarios, actualmente se allanó a la postura de la Corte Suprema de Justicia y consintió que el cónyuge separado de hecho pueda acceder a la pensión de sobrevivientes si convivió con el causante 5 años en cualquier tiempo, permitiendo además que ello sea aplicado también a la Ley 100 de 1993 en su tenor original y que se reemplace el requisito de convivencia con la concepción de un hijo, lo que otorga beneficios injustificados al cónyuge frente al compañero permanente.
12. La Corte Suprema de Justicia en su sala laboral no ha unificado el criterio respecto a los requisitos que deben acreditar los cónyuges separados de hecho para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, una postura exige que deba probarse que entre la separación y la muerte pervivió el apoyo, la ayuda y el socorro entre los cónyuges y otra no hace mención alguna de esta condición y solo basta acreditar el cumplimiento de 5 años de convivencia en cualquier tiempo.
13. La Corte Constitucional mediante una sentencia de exequibilidad del mes de octubre de 2019, generó una situación de conflicto interpretativo al exigir como requisito para los cónyuges separados de hecho, que tuvieran vigente la sociedad conyugal mientras que la Corte Suprema de Justicia ha considerado que no es necesaria la vigencia de

tal figura por tratarse de un aspecto netamente económico y derivado del derecho de familia que no puede ser tenido en cuenta para aspectos relativos a la seguridad social.

14. La mala estructuración legislativa y la interpretación jurisprudencial contentiva de ingredientes del derecho de familia y de concepciones conservadoras han desnaturalizado la esencia de la prestación económica por sobrevivientes para parejas y han generado inseguridad jurídica y situaciones de discriminación al conceder derechos pensionales a cónyuges separadas de hecho y sin ningún tipo de relación de familiaridad con el causante, haciendo prevalecer la solemnidad sobre la materialidad.
15. Una forma de evitar la conflictividad y las diversas interpretaciones es exigir convivencia hasta el momento de la muerte y además algún grado de aportación económica al hogar, con ello se garantizan los dos elementos estructurales de la prestación económica, la familia y la necesidad.
16. La pensión de sobrevivientes es una prestación económica de vital importancia en el universo del Derecho de la Seguridad Social y por tanto, las ideas reformistas no deben atacar la causación del derechos sino optimizar los beneficiarios de la prestación económica, con ello se disminuye el número de pensionados pero se focaliza la protección en quienes sufren un verdadero menoscabo de sus condiciones de vida ante el advenimiento de la muerte de un miembro del grupo familiar.
17. La protección que brinda la seguridad social en materia de pensión de sobrevivientes debe garantizar que las familias sufran condiciones de insatisfacción de necesidades individuales y colectivas y sufran detrimento en su mínimo vital con la muerte de un miembro del grupo familiar, sin embargo, dicha cobertura solo debe ser vitalicia cuando converjan condiciones de debilidad manifiesta en la pareja supérstite, por lo que una pensión temporal permite una readecuación de las necesidades familiares y una protección para iniciar una nueva vida.

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

ALMANSA PASTOR J.M., Derecho de la Seguridad social, Vol. 1, 4ª ed. Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

ACOSTA, LÓPEZ & MILLÁN (2019) *El sistema pensional colombiano y el empleo en la era de las plataformas digitales*, Tesina para la asignatura de Sistemas de Protección Social, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

ARENAS MONSALVE G., El derecho Colombiano de la Seguridad social, Editorial Legis, Cuarta Edición, p.3, 2018.

ARCE CANO, G., De los seguros sociales a la seguridad social, México D.F., Editorial Porrúa, 1972.

ARIAS RAMÍREZ, J. (2007). Seguro Social, el final de una historia. Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer y Corporación Pensamiento Siglo XXI.

ÁVILA LÓPEZ, J.D., (2016), La pensión de sobrevivientes: de la asistencia social al desagravio (tesis de maestría). Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

BANCO MUNDIAL, Informe sobre el Desarrollo Mundial 2019: La naturaleza cambiante del trabajo, cuadernillo del Panorama general, Banco Mundial, Washington, DC. Licencia: Creative Commons de Reconocimiento CC BY 3.0 IGO.

BANCO MUNDIAL, (2018), La pobreza registró su tasa más baja —del 10 %— en 2015, pero se corre el riesgo de no alcanzar el objetivo de ponerle fin para 2030, Comunicado de prensa No. 2019/03/DEC-GVP, , recuperado de: <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2018/09/19/decline-of-global-extreme-poverty-continues-but-has-slowed-world-bank>

BAQUEIRO ROJAS E., & BUENROSTRO BAEZ R., (2009), Derecho de Familia, segunda edición, Oxford University Press, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, México.

BERMÚDEZ ALARCÓN, K. y otros (2012), Progresividad en asuntos de seguridad social y laborales: aproximación a la doctrina y la jurisprudencia nacional, Universidad Externado de Colombia., Departamento de Derecho Laboral, Centro de Investigaciones Laborales.

BERMÚDEZ ALARCÓN, K. y otros (2016), Debilidad manifiesta: garantía de protección laboral constitucional, Universidad Externado de Colombia., Departamento de Derecho Laboral, Centro de Investigaciones Laborales.

CAÑÓN ORTEGÓN, L. (2017), La Seguridad social en la Constitución Colombiana, 3ª edición, Universidad Externado de Colombia.

CAÑÓN ORTEGÓN, L. (2017), Una visión integral de la seguridad social, 3ª edición, Universidad Externado de Colombia.

CASTILLO CADENA F. & MUÑOZ SEGURA A. (2014), La pensión familiar en Colombia, ¿una solución para el déficit pensional colombiano?, Revista Latinoamericana de Seguridad social, No. 18, ene/jun, 2014, México. Recuperado de; http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46702014000100059#fn1

CEBALLOS FERNÁNDEZ, M. (2012): *Ser madres y padres en familias homoparentales: Análisis del discurso de sus percepciones sobre la educación de sus hijos e hijas*, en ENSAYOS, Revista de la Facultad de Educación de Albacete, N° 27, 2012. Recuperado de: <http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/18637/1/246-1076-1-PB.pdf>

CORTÉS GONZÁLES J.C., (2009), Derecho de la Protección Social, 1ª edición, Legis, Centro Interamericano de Estudios de la Seguridad social.

CRESPO GARRIDO, M., HERNANDEZ-SAMPELAYO, M., & PEREZ-TOME, S., (2005). ¿Familia y familias? Estructura familiar en la sociedad actual, Sekotia. Madrid.

LAFONT PIANETTA, P. (2010). Derecho de familia, Tomo I: Derecho de familia contemporáneo, derechos humanos, derecho matrimonial. 1a ed. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

LIÉVANO AGUIRRE, I., Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia, Vol.1, Ediciones Tercer Mundo, Bogotá, 11ª ed.,1985.

LÓPEZ VILLEGAS, E., (2011), Seguridad social Teoría Práctica, Tomo 2, 1º edición, Sello Editorial Universidad de Medellín.

MARTÍNEZ CIFUENTES, J, (2018), La pensión de sobrevivientes, segunda edición, Editorial Temis.

MARTÍNEZ GIRÓN, ARUFE VARELA & CARRIL VÁSQUEZ, (2008), El Derecho de la Seguridad social, Segunda Edición, Netbiblo, La Coruña-España.

MENDIZABAL BERMUDEZ G., (2019) La Seguridad social en México, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México.

MESA LAGO, C (1996), Las reformas de las pensiones en América Latina y la posición de los organismos internacionales, Revista de la CEPAL, Ed. 60, Santiago de Chile, 75-94, recuperado de: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/12037-reformas-pensiones-america-latina-la-posicion-organismos-internacionales>

MUÑOZ SEGURA, A. (2011). Pensión como premio o como derecho. Bogotá, Universidad de los Andes.

NIELGS PLAU & JON KAVIS, (1996), Social Security in Europe, development or dismantlement, en Kluwer Sovac Series in Social Security, vol.3, Londres, citado por CAÑÓN ORTEGÓN, L. (2017), Una visión integral de la seguridad social, 3ª edición, Universidad Externado de Colombia.

OCDE (2019), Social Expenditure Update 2019: El gasto público social es alto en muchos países de la OCDE (Social Expenditure Update 2019, Public social spending is high in many OECD countries), Publicaciones de la OCDE, París. <http://www.oecd.org/centrodemexico/medios/Gasto%20P%C3%BAblico%20Social%20OCDE.pdf>

PALOMAR, A. (1993). Derecho Público de la Seguridad social. Barcelona, España: Editorial Ariel.

PONCE BRAVO, G. (2017), Seguridad social: Tratado del Régimen de Prima Media, Universidad de la Sábana, Chía.

PUYANA SILVA A. (2001), El Derecho a la Seguridad social, Régimen De Entidades Territoriales, Tomo II. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

RAMOS ÁLVAREZ O.G. (2002), Trabajo y Seguridad social, Editorial Trillas, México.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed. Recuperado de: <https://dle.rae.es>. Consultado el 2 de diciembre de 2019.

RICARDO MEZA, C.R., (2016), Análisis jurídico sobre el objeto de la pensión de sobrevivientes a partir de los requisitos establecidos para los cónyuges y compañeros permanentes beneficiarios en el sistema general de pensiones (tesis de maestría). Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

RODRIGUEZ LASCARRO, L.M., (2013), Distribución de la pensión de sobrevivientes en los nuevos modelos de familia en Colombia: cónyuge y compañero(a) permanente (tesis de maestría). Universidad Simón Bolívar, Barranquilla.

RODRIGUEZ MESA R., (2017), Sistema General de Pensiones, Estudios Sobre Seguridad social, 5ª edición, Editorial Universidad del Norte, recuperado de: https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2338/stable/pdf/j.ctt1w6tdn0.10.pdf?ab_segments=0%2Fbasic_expensive%2Fcontrol&refreqid=search%3A734316edeafdd8ef53a1499dde16a9a7

RODRIGUEZ MESA R. (2017). BREVE RECUENTO DE LA LEGISLACIÓN SOBRE SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA. en Estudios sobre seguridad social 5 edición (pp. 44-54). Colombia: Editorial Universidad del Norte. Recuperado de: www.jstor.org/stable/j.ctt1w6tdn0.7

RUIZ MORENO A. (1997), Nuevo Derecho de la Seguridad social, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México.

VELA CARO, A.C., (2015), *Del Concepto Jurídico De Familia En El Marco De La Jurisprudencia Constitucional Colombiana: Un Estudio Comparado En América Latina*, Universidad Católica de Colombia. Recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2746/1/DEL%20CONCEPTO%20JURIDICO%20DE%20FAMILIA.pdf>

VILLAR AGUIRRE, M. (2011). *Factores determinantes de la salud: Importancia de la prevención*. Revista Acta Médica Peruana, 28(4), 237-241. Recuperado en 12 de diciembre de 2019, de http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1728-59172011000400011&lng=es&tlng=es.

WILCHES, G. (1982). Fundamentos de Seguridad social. Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá, Colombia: Editorial Jurídica Radar Ltda.

LEGISLACIÓN

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE FRANCESA (1789), Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, recuperado de: <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/humano1789.htm>

CONVENCIÓN NACIONAL FRANCESA (1793), Constitución del Año I, recuperado de:
https://www.tendencias21.net/derecho/Declaracion-de-los-Derechos-del-Hombre-y-del-Ciudadano-Paris-1793_a48.html

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, (1944) Declaración de Filadelfia.
Recuperado de: <https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf>

LEGISLACIÓN

Ley 15 de 1883

Ley 29 de 1905

Ley 14 de 1882

Ley 50 de 1886

Ley 49 de 1896

Ley 39 de 1903

Ley 27 de 1946

Decreto Ley 2350 de 1944

Ley 10 de 1972

Ley 4 de 1974

Ley 113 de 1985

Ley 50 de 1990

Ley 1580 de 2012

Ley 1208 de 2008

Acto Legislativo 1 de 2005

Ley 1276 de 2009

Ley 100 de 1993

Ley 113 de 1985

Ley 12 de 1975

Ley 33 de 1973

Ley 90 de 1946

Ley 33 de 1985

Ley 54 de 1994

Ley 6 de 1945

Ley 71 de 1988

Ley 797 de 2003

Ley 860 de 2003

Decreto 3041 de 1966

Decreto 2879 de 1985

Decreto 758 de 1990

WEBGRAFÍA

Organización Internacional del Trabajo. (2001). Hechos concretos sobre seguridad social. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf

Organización Mundial de la Salud. (2019). Cobertura sanitaria universal. Recuperado de: [https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-\(uhc\)](https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-(uhc))

Banco Mundial: recuperado de: <https://www.bancomundial.org/es/about/annual-report>

Organización Internacional del Trabajo, Recomendación 202 de 2012, recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_COD E:R202 Banco Mundial: recuperado de: <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2018/09/19/decline-of-global-extreme-poverty-continues-but-has-slowed-world-bank>

Informe sobre la cobertura sanitaria universal año 2019, de: [https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-\(uhc\)](https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-(uhc))

Diario el Mundo de España, *Hasta dónde llega la cobertura sanitaria de cada país*, recuperado, de: <https://www.elmundo.es/grafico/salud/2015/07/27/55b3a4dcca4741343d8b457c.html>

Organización de Naciones Unidas, La Asamblea General adopta la Agenda 2030, para el desarrollo sostenible, recuperado de: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, Objetivo de Desarrollo del Milenio Año 2015, recuperado el 21 de noviembre de 2019, de: <https://www.undp.org/content/dam/colombia/docs/ODM/undp-co-odsinformedoc-2015.pdf>

Discurso de Bolívar en el Congreso de Angostura, recuperado de: <http://www.archivodellibertador.gob.ve/escritos/buscador/spip.php?article9987>

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1503374>

