

La pensión familiar y el derecho laboral como escenario de desigualdades¹

Family pension allowance and labor law sorting out inequalities

BELIÑA HERRERA TAPIAS

Abogada, magister en Derecho, doctorante en Derecho. investigadora del Grupo de Investigaciones en Derecho, Política y Sociedad, de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Costa.

bherrera3@cuc.edu.co

Calle 58 No. 55-66 Barranquilla-Colombia

DARWIN ELIECER SOLANO BENT

Abogado, especialista en derecho laboral. Magister en Derecho. Docente Investigador del área de Derecho Laboral de la Universidad de la Costa, dsolano1@cuc.edu.co

Para citar este artículo

Herrera Tapias, B & Solano Bent D (2015). La pensión familiar y el derecho laboral como escenario de desigualdades. *Justicia Juris*, 11(2), 82-91

DOI: <http://dx.doi.org/10.15665/rj.v11i2.766>

Recibido: Enero 21 de 2015

Aceptado: Junio 15 de 2015

RESUMEN

El cambio de la sociedad multicultural e inclusiva al Estado Plurinacional y democrático significa también establecer estructuras de poder que retroalimenten la defensa de la seguridad social. A pesar que el Estado colombiano propone medidas para obtener justicia material e igualdad de género utilizando al derecho como mecanismo de eliminación de los problemas sociales, muchas de estas tienen cortapisas en su propio diseño. Este artículo través de una metodología analítico-descriptiva, con enfoque cualitativo, propios del análisis distributivo, nos referiremos a la pensión familiar implementada por la Ley 1580 de 2012, que si bien fue creada como una medida de acción afirmativa en la misma forma en la que protege a la familia, a la mujer y los grupos menos favorecidos, contiene igualmente en su diseño normativo y teórico ciertos requisitos que potencialmente le pueden restar efectividad a la mujer, al momento de que la figura se desarrolle.

Palabras clave: Género, igualdad, pensión, justicia, trabajo.

ABSTRACT

The changes in society to a multicultural, inclusive, and democratic state also means establishing structures to provide feedback to the defense of social security. Although the Colombian government proposes measures to obtain material justice and gender equality using the law as a mechanism of eliminating social problems, many of these have hindrance in your own design. This article aims to explain the family pension implemented by Law 1580 of 2012, which although was created as a measure of affirmative action in the same way that protects the family, women and disadvantaged groups. It also contains, in its normative and theoretical design, certain requirements that can potentially reduce the effectiveness of a woman, when the figure is developed.

Keywords: Gender equality, pension, justice, labor.

¹ Este Artículo es producto de los resultados de la Investigación denominada: “El Estado Económico Constitucional Colombiano” Desarrollada en el marco de la línea de investigación en Asuntos Civiles y Laborales del Grupo de investigaciones en Derecho, Política y Sociedad de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Costa- CUC.

Introducción

Se ha pensado el derecho como un espacio de igualdad y de justicia. Uno de los escenarios donde este paradigma de igualdad y justicia ha tratado de desarrollarse, es en el derecho laboral, debido entre otras razones, a la influencia de los institucionalistas, quienes argumentaron que las normas laborales constituyen elementos para promover la eficiencia productiva y la justicia social. Sin ellas no podrían desplegarse plenamente ni la innovación industrial ni el dinamismo económico, ni tampoco lograrse una distribución equitativa de los beneficios económicos de los que se dispone. (Organización Internacional del Trabajo, 1998).

Las garantías del derecho laboral en Colombia funcionan a diferentes categorías, una a nivel del derecho laboral individual, como los son los derechos al trabajo como derecho social, al mínimo vital, la seguridad social, y otros a nivel de derecho laboral colectivo como lo son por ejemplo el derecho de asociación o las garantías sindicales. Concretamente en este trabajo se estudiarán dos niveles; un nivel general donde se revisaran instituciones como el trabajo decente, es decir, contar con oportunidades de un trabajo y que el mismo sea remunerado de manera digna, seguridad social para el trabajador y su familia, desarrollo personal e integración a la sociedad. El último nivel al que puede aplicarse nuestro estudio se refiere a la protección que se ha dado a la mujer en el marco del derecho laboral.

El Estado Colombiano no ha sido ajeno a las dinámicas del derecho transnacional y ha asumido esta obligación de eliminar las desigualdades existentes con figuras como la pensión familiar que es precisamente el objeto de análisis de este documento.

Cuando se aborda el tema de pensiones, la tendencia generalizada de la comunidad consiste en conocer el contenido de la disposición normativa posteriormente asumirlo sin siquiera preguntarse el motivo de los tratos desiguales entre hombres y mujeres en temas tan sencillos como la edad de pensión por ejemplo (62 hombres, 57 mujeres) aun cuando según el DANE entre los años 2010-2015 la expectativa de vida de las mujeres es superior a la de los hombres (70,95 Hombres y 77,10 mujeres), lo que implica que el hombre se pensiona a más avanzada edad y disfruta menos su pensión.

En este sentido se sostendrá que la pensión familiar tal como ha sido diseñada en la ley 1580 de 2012 que en principios pareciera una novedosa figura

que permitiría a miles de colombianos acceder a un derecho pensional que en principio no tenían, luego de revisado el articulado de la ley de manera sistemática se encuentra que se presentan limitantes que dificultan el acceso a dicho derecho.

En este orden de ideas la figura establecida en la ley 1580 de 2012 abre el debate y permite cuestionarse con relación a si ¿Es la pensión familiar una medida afirmativa que permite disminuir las desigualdades entre hombres y mujeres en materia de pensiones en Colombia?, este interrogante coloca dos escenarios de derecho principales: constitucional y laboral; por tanto a través de una técnica de investigación cualitativa y analítico-descriptiva, se procura dar respuesta a la formulación problemática planteada, abordando temas como el trabajo decente, las desigualdades existentes en el ámbito del derecho laboral, la pensión familiar vista bajo su mejor lupa, y finalmente la pensión familiar vista como medida afirmativa el objetivo de disminuir las desigualdades existentes entre hombres y mujeres en materia de pensiones.

Derecho laboral como escenario de igualdad y justicia

El derecho es el conjunto de normas que imponen deberes y confieren facultades, que establecen las bases de convivencia social y cuyo fin es dotar a todos los miembros de la sociedad de los mínimos de certeza, igualdad, libertad y justicia y termina siendo un instrumento para mantener el equilibrio de la sociedad, manteniendo a todos los miembros de la misma dentro un escenario de igualdad y de Justicia (Pereznieto & Ledesma, 1986).

Además son fines del Derecho la seguridad jurídica, en la que el ordenamiento responde a la necesidad de un régimen estable y la eliminación de todo lo que signifique arbitrariedad, garantizándose a la persona la seguridad en sus bienes y sus derechos. Son fines del derecho la justicia, que es la adaptación de la conducta del hombre a las exigencias de su naturaleza social. Como virtud, la justicia es el hábito según el cual alguien con constante y perpetua voluntad da a cada uno su derecho y se entiende por suyo en relación con otro todo lo que le esta subordinando. (Fernández, 1993)

Uno de los escenarios en los que con mayor facilidad se puede identificar la función del Derecho como instrumento de equilibrio en la sociedad, se observa cuando en el derecho laboral se intenta disminuir la ya demostrada diferencia existente entre hombre y mujeres en temas tan

comunes como el trabajo que a priori refleja el trato injusto del que son parte las mujeres.

El vocablo “justicia” es una expresión que va ligada a la experiencia, que es siempre interpretada, reflexionada y expresada con ayuda de palabras, las creencias y las estructuras mentales que posee cada grupo cultural, y dentro de cada grupo, cada persona dispone de mayores o menores recursos culturales para interpretar su situación (y la ajena) según sea su edad, grado de inteligencia, nivel de conocimientos, posición social y manera de reflexionar. (Martínez, 1998)

Autores clásicos como Hart (2004), se pronuncian acerca de la justicia en su obra “El concepto de Derecho”, en dicha obra, indica que los juristas usan con frecuencia los términos justo e injusto y razonan como si las ideas de justicia y moral fueran coextensivas. Que “justo” e “injusto” son formas más específicas de crítica moral que “bueno” y “malo” o “correcto” o “incorrecto”. Una norma jurídica es buena porque es justa o injusta, pero no es justa porque es buena, o injusta porque es mala. (Hart, 2004).

En materia de derechos laborales de a poco estos conceptos de justicia se han ido tergiversando hasta el punto que existe un gran peligro que la ausencia de normas encierre a las empresas en el círculo vicioso de los bajos salarios y la escasa productividad, donde la ausencia de derechos sociales no llega a compensarse, ni a mediano ni a largo plazo, con los esperados resultados económicos. Además, como lo sostuvieron los defensores del garantismo, las garantías sociales no deberían ser consideradas como variables del ajuste, pues ello equivaldría a menoscabar su condición de parámetros éticos y culturales a los que cualquier estrategia económica debería ajustarse: lo social no debía subordinarse a lo económico, sino al contrario los programas de ajuste debían respetar los valores sociales y éticos que constituyen los pilares de una sociedad. (Organización Internacional del Trabajo, 1998).

Dentro de todas estas medidas garantistas del derecho laboral se estudiarán los elementos constitutivos del trabajo decente, para posteriormente revisar a la discriminación de la mujer en el ámbito laboral.

Trabajo decente y discriminación en la mujer

La OIT en conjunto con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, la Organización

de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y ONU Mujeres; en el año 2013 sintetizó el trabajo decente como las aspiraciones de la gente durante su vida laboral. Significa contar con oportunidades de un trabajo que sea productivo y que produzca un ingreso digno, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración a la sociedad, libertad para que la gente exprese sus opiniones, organización y participación en las decisiones que afectan sus vidas, e igualdad de oportunidad y trato para todas las mujeres y hombres.

En el mismo estudio identifiqué los cuatro objetivos del trabajo decente, los cuales fueron desarrollados en la publicación “trabajo decente e igualdad de género en América Latina, los cuales son: a) las oportunidades para conseguir empleo, que los ingresos sean los justos para la labor que se realiza, y que las condiciones en las que se realice el servicio sean de calidad, b) el cumplimiento del bloque de constitucional en el cual los trabajadores gozan de especial protección amparados no solo en la constitución política, sino también en los tratados y convenios internacionales, es decir, todas las regulaciones de la OIT que previamente han sido ratificadas por Colombia (jornadas de trabajo, normas de asociación sindical, etc...), c) el diálogo social que debe existir entre empleadores, trabajadores y gobierno, lo que se conoce como el tripartismo, d) la protección y la seguridad social, que consiste en que los trabajadores puedan acceder a los sistemas de seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales, para así garantizarles un nivel mínimo de protección no solo al trabajador sino a sus familiares.

Aun cuando la OIT (2013) ha establecido los lineamientos sobre los que debe navegarse en el trabajo decente, históricamente la mujer viene siendo afectada de manera especial en el medio laboral. A pesar de los avances de las mujeres en diversas esferas, se mantienen brechas de desigualdad de género en la participación laboral, la segregación ocupacional y los ingresos, la precariedad laboral, participación de las mujeres en posiciones de decisión, influencia y poder, así como en la distribución del tiempo no remunerado que hombres y mujeres dedican al cuidado de la familia. Aunque las mujeres representan el 51,2% de la población total y el 52,1% de la población en edad de trabajar, están sobrerrepresentadas en el grupo que se sitúa fuera del mercado de trabajo (71,7%) y subrepresentadas entre quienes tienen

empleo (41,1%). La desproporcionada carga que asumen las mujeres en las tareas de cuidado de la familia es una de las principales explicaciones de esta brecha. (OIT, 2013).

Estadísticamente se ha demostrado la heterogeneidad de la partición de las mujeres en el mercado laboral no solo en Colombia, sino en toda la región de América; y se ven representadas estas diferencias en el nivel de participación laboral de las mujeres por país. Lo anterior ha sido demostrado por estudios de la OIT (2013), que señalan a Perú como el país con mayor tasa de participación laboral femenina, seguido de cerca por Bolivia, también se ubican sobre el promedio regional del 52,6% Brasil, Colombia, Paraguay y Uruguay. En cambio en Chile, Costa Rica, Honduras y México la tasa de participación femenina son inferiores a 45% (OIT, 2013).

En Colombia las mujeres se ven ampliamente afectadas, en temas como la diferencia salarial, las dificultades para vincularse laboralmente y en términos generales toda la discriminación de la que son víctimas en la sociedad en la que vivimos. En las estadísticas del observatorio laboral del Ministerio de educación las mujeres reciben menores salarios en los diferentes niveles de educación; las recién graduadas que trabajan como dependientes ganan en promedio \$1.523.594 mientras que los hombres ganan \$1.742.706, es decir un 12,6% menos. Según las estadísticas del Dane por ejemplo, para el año 2014, la tasa de desempleo en hombres era de 6,7% mientras que en las Mujeres era del 12,9 %, lo que equivale a 6,2% en contra de las mujeres (OIT, 2013).

Históricamente han existido controversias derivadas de la expresión “discriminación positiva” y la percepción generalizada de que se trata de una “discriminación a la inversa” lo cual es una equivocación. Según la doctrina del Comité para la Eliminación de Discriminación Racial, el termino discriminación positiva es contradictorio en el contexto de las normas internacionales de derechos humanos y debe evitarse (Ruiz, 1994).

El Relator Especial en Derechos humanos de la ONU, Bossuyt señalo que “acción afirmativa es un término de uso frecuente. Aunque para algunos el concepto también encierra la discriminación positiva, es de suma importancia recalcar que este término no tiene sentido.

De acuerdo con la práctica ya generalizada de utilizar la palabra discriminación exclusivamente para designar distinciones arbitrarias injustas o ilegítimas, el término discriminación Positiva es un contrasentido, la discriminación se justifica y es legítima pues no es arbitraria y no puede llamarse discriminación, o es injustificada e ilegítima por ser arbitraria y no debe llamarse positiva”

Como mecanismo para contrarrestar estas desigualdades de las que las mujeres son víctima, el Estado hace uso de las medidas de acción afirmativa, las cuales hacen referencia a las políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural, o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo sobrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación. (ONU, 2002)².

Al momento de introducir a las mujeres en el mercado laboral se hace necesaria la intervención del Estado quien por medio de medidas de acción afirmativa va configurando todo su andamiaje para así conseguir este fin. Es importante aclarar que para que esta incursión de la mujer en el mercado laboral sea eficaz, requiere que la misma se realice dentro los parámetros del trabajo decente que a su vez tienen como columna vertebral los principios consagrados en la legislación laboral colombiana, puntualmente en el artículo 53 de la Constitución Política colombiana así como en el Código sustantivo del Trabajo.

En este punto, el estado colombiano es consiente que por motivos de diferente índole la mujer viene siendo tratada de forma desigual en el ámbito laboral, y que estas desigualdades dada la evolución misma de la sociedad deben ser eliminadas de forma inmediata, lo que implica diseñar y aplicar políticas de estado para equilibrar esta situación.

La pensión familiar vista desde su mejor perspectiva

La Ley 1580 (2012) define la pensión familiar como aquella que se reconoce por la suma refuerzos de cotización o aporte de cada uno de los cónyuges o cada uno de los compañeros permanentes, cuyo resultado es el cumplimiento de los requisitos establecidos para la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida o en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS).

Esta ley es muy importante para los colombianos porque amplía la cobertura del Sistema General de pensiones al final de la vida laboral de los cónyuges o compañeros permanentes que individualmente no puedan cumplir los requisitos para pensionarse pero que sumados las semanas cotizadas de cada uno de los saldos de sus cuentas de ahorro pensional, podrían alcanzar una pensión

de vejez común para la pareja. (Rodríguez, 2012, pág. 341).

Esta nueva pensión se implementa tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (en adelante RPM) como en el RAIS, con requisitos diferentes. En el RAIS, el artículo 2 ibídem –que introduce el artículo 151B a la ley 100- exige a los integrantes de la pareja que desea reclamar la pensión familiar: (i) reunir los requisitos para la devolución de saldos en términos de edad e insuficiencia de aportes para financiar cuando menos una pensión de 1 SMLMV, (ii) acreditar que la suma de sus aportes -de los 2 compañeros o cónyuges- sí alcanza para reconocer una única pensión o al menos para acceder al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, (iii) estar afiliados al mismo régimen y a la misma AFP, (iv) probar una relación o convivencia mínima de 5 años que inició antes de que los compañeros o cónyuges cumplieran 55 años, y (v) demostrar que los bonos pensionales a los que los compañeros o cónyuges tengan derecho ya han sido pagados a la respectiva AFP. (Sentencia C-613, 2013).

La figura de la Pensión Familiar debe analizarse desde un enfoque de su eficiencia al momento de su distribución o de hacerse acreedores a la misma; el incentivo de la norma se sitúa en la hipótesis de unir los esfuerzos de cotizaciones entre dos personas que aisladamente no podrían obtener un beneficio, pero la ley le permite bajo esta modalidad de pensión, maximizar su bienestar, partiendo del principio que “los seres humanos actúan con base en incentivos” (Kelman, Landes & Posner, 2011)

Al respecto, y siguiendo a Polinsky:

“Cuando se trate de conceptualizar las nociones del análisis económico del derecho (AED), la eficiencia alude a la relación entre los beneficios totales de una situación y los costos totales de la misma, mientras que la equidad se refiere a la distribución de la renta -los beneficios- entre los individuos. Así en principio, podríamos decir que una acción es eficiente cuando aumenta los beneficios totales y disminuye los costos totales de una determinada situación, mientras que será equitativa en la medida en que disminuya la diferencia entre los beneficios distribuidos a cada miembro de la comunidad. (Polinski, 1983)

La figura de la pensión familiar debe analizarse siempre desde un enfoque económico-normativo,

es decir desde el punto de vista de su eficiencia, y equidad; puntualmente desde su eficiencia al momento de su distribución o de hacerse acreedores a la misma.

En este sentido con la pensión familiar se podría pensar que habrá un mejoramiento de la calidad de vida de las personas de la tercera edad que no tiene posibilidades de tener un ingreso, pero que sumando las semanas con su cónyuge, compañera o compañero permanente, podrían hacer acreedores a este beneficio, que está alrededor de las 65.000 familias.

Esta novedosa figura permite que entre dos personas se pueda acceder a derechos en materia pensional que en principio una sola persona no tenía, haciendo un uso diferente del concepto de solidaridad entre los miembros del sistema, que en principio se utilizó en el sentido netamente económico y que con la Pensión familiar se ha hecho extensiva a requisitos puntuales como lo son el número de semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media, o el capital necesario en la cuenta de ahorro individual con solidaridad.

La verdadera cara de la pensión familiar

Luego de expuestos los grandes beneficios que introduciría a la sociedad colombiana la implementación de la pensión familiar, llega el turno de revisar detenidamente el articulado de la misma, ya que al momento de estudiar a fondo gran parte de la normatividad, sale a flote nuevamente el trato indistinto que se le da a la mujer que si bien en principio demuestra una aparente igualdad, podría terminar causando un efecto desigual debido al trato diferenciado que por naturaleza tiene la mujer en los regímenes de Pensiones.

a) Edades como requisito.

La ley 1580 (2012) en su artículo 1 introdujo un nuevo Capítulo al Título IV al Libro I de la Ley 100 (1993), y un nuevo artículo al Capítulo V, el cual quedará así:

“Artículo 151 C. Pensión Familiar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Quienes cumplan los requisitos para adquirir el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en el sistema de prima media con prestación definida, podrán optar por la pensión familiar, cuando los dos cónyuges o compañeros permanentes

obtengan la edad mínima de jubilación y la suma del número de semanas de cotización supere el mínimo de semanas requeridas para el reconocimiento de la pensión de vejez. (...) (Ley 1580, 2012)

En este punto se hace claridad que desde la entrada en vigencia de la Ley 797 (2003) las edades para pensión en Colombia para el régimen de prima media con prestación definida es de 62 años para los hombres y 57 para las mujeres lo que en principio representa una ventaja para las mujeres en el sentido que podrán pensionarse a una edad más temprana y disfrutar por mayor tiempo de su pensión.

Hay quienes plantean que por el hecho que la mujer se pensione 5 años antes que el hombre, que en principio se consideró un beneficio o ventaja, según por las labores de maternidad inherentes a la mujer, hoy en día y dada la realidad pensional es evidente que este requisito termina en muchos casos perjudicando a la mujer debido a que tiene menos tiempo de fidelidad con el sistema, lo que representa directamente menos semanas cotizadas en el Régimen Público o menos tiempo para ahorrar el capital en el fondo privado. Esta conjetura es tan notable, que haciendo análisis de derecho comparado se observa que en la mayoría de países de Europa que fueron referentes al momento de estructurar el sistema pensional colombiano actual, en este momento tienen equiparadas las edades de pensión entre hombres y mujeres, entre otros motivos porque la expectativa de vida de las mujeres es incluso superior a la de los hombres. (Buchely & Castro, 2013).

Ahora bien, al momento de proyectar el ingreso base de liquidación de las pensiones de los afiliados, se encuentra una nueva desventaja consistente en la ya sustentada diferencia salarial discriminatoria hacia la mujer, en la que estas por tener ingresos inferiores demoran mayor tiempo en el ahorro del capital necesario para pensionarse en el régimen de ahorro individual con solidaridad, mientras que en el régimen de prima media con prestación definida, cumplido el requisito del tiempo necesario para pensionarse los ingresos sobre los cuales se reportan los aportes, en promedio son menores con respecto a los hombres. Lo que indudablemente lleva a la conclusión que al momento de realizar una nueva reforma pensional estos factores marcaran un nuevo rumbo en lo relativo al trato diferencial en el mercado laboral pensional.

b) Fidelidad con el sistema

La ley 1580 (2012) en su artículo 3 introdujo un nuevo Capítulo al Título IV al Libro I de la Ley 100 (1993), y un nuevo artículo al Capítulo V, el cual quedará así:

Artículo 151C Literal L

l) Para acceder a la Pensión Familiar, cada beneficiario deberá haber cotizado a los 45 años de edad, el veinticinco por ciento (25%) de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez de acuerdo a la ley. (Ley 1580, 2012)

En este punto y realizando un ejercicio interdisciplinar con la ciencia matemática se infiere que el hombre luego de cumplido con el 25% de las semanas (325 semanas) antes de los 45 años requeridos por esta ley le quedarían 17 años (hasta cumplir los 62) para seguir cotizando, lo que significa 875,16 semanas es decir que podría llegar hasta 1200,16 semanas.

Contrastado con el caso de la mujer que cumpla con el requisito del 25% de las semanas antes de cumplidos los 45 años, le restarían solo 12 años antes de cumplir los 57 años que es su edad de pensión, lo que equivale a 617,76 adicionales, para un total a los 57 años de 942,76, lo que denota una significativa desventaja hacia la mujer.

c) Nivel del SISBEN (El Sistema de Selección de Beneficiarios Para Programas Sociales)

La ley 1580 (2012) en su artículo 3 introdujo un nuevo Capítulo al Título IV al Libro I de la Ley 100 (1993), y un nuevo artículo al Capítulo V, el cual quedará así:

k) Solo podrán ser beneficiarios de la Pensión Familiar, en el Régimen de Prima Media, aquellas personas que se encuentren clasificadas en el SISBEN en los niveles 1, 2 y/o en cualquier otro sistema equivalente que diseñe el Gobierno Nacional. (...) (Ley 1580, 2012)

Aun cuando luego del estudio realizado por la Corte Constitucional en pronunciamiento de la sentencia C-613 de 2013 terminan declarándose Exequibles los artículos atacados, no es menos cierto que el argumento principal del alto tribunal fue velar por el sostenimiento económico del sistema financiero, aceptando en la parte

considerativa de la misma que efectivamente la Ley 1580 de 2012 contiene un trato diferenciado para los diferentes estratos sociales, limitando el disfrute de la Pensión Familiar a los estratos 1 y 2 del SISBEN, y dejando a un lado a los estratos del 3 al 6, lo que abiertamente demuestra una ruptura no solo en la Pensión Familiar, sino en el sistema de Seguridad Social en materia de pensiones en el que se limita la aplicación solo a 2 de los 6 estratos sociales existentes. Al respecto la Corte constitucional plantea (Sentencia C-613, 2013):

“Si en gracia de discusión se admitiera que los dos colectivos son asimilables en tanto ambos deben acreditar una suma de aportes monetarios al sistema de pensiones equiparables, lo cierto es que la diferenciación es tan sólo aparente y en todo caso está justificada.

El trato desigual es aparente, ya que lo es cierto que tanto en el RAIS como en el RPM, la pensión familiar únicamente favorece a los afiliados en mayor condición de vulnerabilidad socioeconómica, los cuales, dada la estructura del primer régimen, el Legislador concluyó pueden ser identificados por medio de la verificación de la suma de sus aportes –el ahorro realizado durante la vida laboral-. Ciertamente, según el artículo 2 de la ley 1580, los requisitos en el RAIS en materia aportes para que se cause el derecho a la pensión familiar son: reunir, por cada miembro de la pareja, los requisitos para la devolución de saldos por insuficiencia de aportes para financiar cuando menos una pensión de 1 SMLMV o para acceder al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Por tanto, quienes pueden reclamar la pensión familiar en el RAIS son exclusivamente aquellas parejas que no pueden individualmente siquiera acceder a una pensión de vejez de 1 SMLMV. Esas personas - entendió el Legislador- son las más vulnerables del RAIS y por ello deben ser las beneficiarias de la medida (Sentencia C-613, 2013).

Si el concepto de eficiencia aquí planteado, se analiza desde la óptica Iuspositivista característica de nuestro sistema legislativo, se infiere que el número de personas que se benefician con la norma, puntualmente que cumplan con los requisitos contenidos en los literales en comento no compensan los que se perjudican con tal disposición, en el entendido que si bien es cierto se benefician los estratos 1 y 2 del SISBEN, se ven perjudicados los estratos 3, 4, 5 y 6, que sin lugar

a dudas podrían ser los que más posibilidades tendrían de beneficiarse, ya que es la población económicamente activa en el sistema, y ante la ecuación costo beneficio, los beneficiados son las personas más vulnerables del sistema pensional en Colombia.

d) Tiempo de convivencia

Finalmente en este estudio se abordan los literales a) de los artículos 151B y 151C de la Ley 100 (1993) adicionados por los artículos 2 y 3 de la Ley 1580 (2012) en los que se exige que la relación conyugal o convivencia permanente deberá haber iniciado antes de haber cumplido los 55 años de vida cada uno de los cónyuges que en su tenor literal plantean:

Artículo 151 B:

a) Los cónyuges o compañeros permanentes deberán estar afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y acreditar más de cinco (5) años de relación conyugal o convivencia permanente. Esta relación conyugal o convivencia permanente deberá haber iniciado antes de haber cumplido 55 años de vida cada uno.

Artículo 151 C:

a) Los cónyuges o compañeros permanentes deberán estar afiliados al régimen pensional de prima media con prestación definida y acreditar más de cinco (5) años de relación conyugal o convivencia permanente. Esta relación conyugal o convivencia permanente deberá haber iniciado antes de haber cumplido 55 años de vida cada uno. (Ley 1580, 2012)

Al respecto el Ministerio de hacienda y Crédito Público en intervención de la sentencia C-504 de 2014 plantea que La no previsión de ese requisito habilita a que las personas que no cuenten con semanas de cotización o sumas de dineros suficiente para el momento de cumplir la edad de pensión de vejez, puedan lograrlo a partir del establecimiento de una relación conyugal o convivencia permanente de forma posterior a esa edad, lo que permite la posibilidad de prácticas no deseadas por el legislador, esto es relaciones conyugales o convivencia permanente que tengan por móvil única y exclusivamente la adquisición de una pensión familiar entre personas

que no fueron fieles al SGP y los deberes de solidaridad y cotización, lo cual puede desestimular las finalidades propias del sistema respecto del ahorro individual que se presume debe seguirse.

Basados en el planteamiento del ministerio parte de la mala fe de los afiliados al sistema en el entendido que los mismos utilizarían este requisito para incurrir en prácticas no deseadas como lo son por ejemplo la simulación de uniones ya sea por medio de matrimonios o declaraciones extrajuicio cuando se encuentran próximos a convertirse en adultos mayores con el único fin de acceder a una pensión a cargo del Estado.

De igual forma en intervención de la misma sentencia (Sentencia C-504, 2014) el Ministerio de Trabajo respalda la limitante establecida en el artículo argumentando en su tenor literal:

“Privilegiar el interés colectivo y asegurar la efectividad de los principios fundantes del sistema, tales como la equidad, la sostenibilidad financiera del sistema y la progresividad, en aras de garantizar los derechos de todos, desestimando el alcance pretendido en la demanda para autorizar beneficios que, a la postre, representarán un retroceso si con ello se afecta el ya de por sí limitado acervo con que cuenta nuestro sistema pensional”. (Sentencia C-504, 2014)

Vistas tales intervenciones y teniendo los antecedentes contenidos en la anteriores demandas de constitucionalidad de la Ley 1580 de 2012, en principio se pensaría que la Corte constitucional en su obligación de velar por la sostenibilidad del sistema financiero; pero a diferencia de los pronunciamiento de la C-613 de 2013 y de la C-913 de 2013 donde declara Exequibles los artículos atacados, en la C-504 (2014), termina declarando INEXEQUIBLE la expresión “esta relación conyugal o convivencia permanente deberá haber iniciado antes de haber cumplido 55 años de vida cada uno” contenida en los literales a) de los artículos 151B y 151C de la ley 100–adicionados por los artículos 2 y 3 de la ley 1580 fundamentando:

(...) “se vale de una medida innecesaria e inútil, toda vez que las disposiciones ya contemplan mecanismos eficaces para tal fin menos lesivos para los derechos involucrados.

Adicionalmente, la Sala advirtió que el requisito censurado es desproporcionado en

estricto sentido, al sacrificar en gran medida principios constitucionales como el derecho a la seguridad social y la buena fe, y promover beneficios tangenciales en términos de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones y desestímulo de prácticas fraudulentas.” (Sentencia C-504, 2014)

El estudio de las disposiciones contenidas en la Ley 1580 de 2012, dejan al descubierto un sinnúmero de requisitos que en principio parecen accequibles y homogéneos para hombres y mujeres pero que realmente en la medida en la que se revisan se podría pensar que ni son del todo accequibles y que el hecho de que sean los mismos para hombres y mujeres terminan ocasionando una discriminación hacia la mujer en el sentido de que al tener ellas menos edad para adquirir los requisitos de pensión es decir hasta los 57 años, estos requerimientos las limitan tanto de manera teórica como de manera práctica a la hora de materializar su derecho a la Pensión Familiar.

Conclusiones

La Corte Constitucional como máximo tribunal de la jurisdicción constitucional en Colombia es garante del respeto a cada persona, de garantizar la defensa de los derechos teniendo como uno de los pilares la dignidad del ser humano y empleando como eje la justicia. Cuando se habla de justicia se puede ver desde una perspectiva generalizada viendo a los hombres y mujeres como sujetos de derecho, pero con el pasar del tiempo hemos visto como este ideal de justicia se ve truncado al momento de legislar toda vez que al momento de elaborar las disposiciones normativas se pasan por alto cantidad de situaciones que terminan siendo determinantes al momento de garantizar la justicia como fin del derecho.

Aun cuando existen medidas de rango constitucional, mediante la cual la Corte Constitucional trata de eliminar la desigualdad laboral de la que es víctima la mujer, es evidente que la mujer está en circunstancias de inferioridad con respecto a los hombres.

Independientemente de todas las opiniones que se generen al respecto, queda claro que el Estado siempre ha querido ser garante de los derechos fundamentales aunque eventualmente algunas de las medidas tomadas, terminen generando efectos diferentes que pueden ampliar aún más la brecha de la desigualdad o generar inseguridad jurídica en la realidad social de facto.

En el debate actual sobre las prerrogativas de la mujer y los derechos laborales, se debaten más cosas que las en principio se creen, como por ejemplo una política progresista a favor de la mujer que ha sido un grupo políticamente discriminado; así como la intención de la política de darle elementos de justicia material a un Estado tan desigual como es el nuestro, y finalmente se debate que tipo de país se está construyendo realmente después de la constitución de 1991, si un Estado proteccionista o un Estado fiscal, como en principio afirmo el entonces ministro de hacienda quien manifestó su inconformismo con la figura pensional.

“En efecto, en el concepto del 13 de septiembre de 2010, el Ministerio de Hacienda tildó de inconveniente el proyecto de ley debido al impacto que –a su juicio- podría tener en la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. Los fundamentos del concepto pueden resumirse así: el Ministerio sostuvo que ya existen otras medidas con fuentes de financiación definidas, como el Programa Social Complementario de los Beneficios Económicos Periódicos, que constituyen opciones -alternativas al Sistema General de Pensiones- para las personas que no alcanzan las cotizaciones necesarias para reclamar una pensión de vejez; también indicó que la iniciativa podía tener un impacto fiscal importante y no preveía criterios de sostenibilidad financiera de los beneficios. Argumentos similares fueron expuestos por el Ministerio de Hacienda en una audiencia llevada a cabo el 14 de septiembre de 2010.

Posteriormente, en el debate ante la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes –tercer debate-, después de relatar las dificultades financieras del sistema de pensiones y las razones por las cuales es inequitativo, el Ministro de Hacienda llamó la atención sobre la importancia de no hacerlo más oneroso ni atentar contra su equilibrio mediante la introducción de modificaciones individuales como la pensión familiar.

En resumen, las razones por las cuales aseguró que el proyecto era inconveniente son: (i) creación de un incentivo para la acumulación de semanas de cotización entre personas que no son auténticas cónyuges o compañeros permanentes, (ii) generación de un subsidio estatal del 77% para financiar la pensión familiar, y (iii) destinación del subsidio a las clases media y alta, las clases que

pueden cotizar al sistema de pensiones –efecto adverso desde el punto de vista de la justicia social (Sentencia C-613, 2013).

Del estudio realizado se infiere que en este diseño de la pensión familiar no se avanzó tanto como se ha pensado, esto no se logró porque la pensión familiar tiene serias cortapisas que dificultan la protección de derechos en la mujer.

Estas cortapisas se ven sustentadas en el hecho que las mujeres tienen edad de pensión diferente a la de los hombres la cual limita de manera considerable el margen de tiempo para efectuar sus cotizaciones, esto sin incluir que al tener las mujeres ingresos promedio inferiores al de los hombres, demorarían mayor tiempo en ahorrar el capital necesario en el RAIS o un IBL inferior al de los hombre si están en el otro régimen. Por otro lado la ley le exige el 25% de las cotizaciones antes que el afiliado cumpla los 45 años de edad hecho que condiciona a la mujer a cotizar antes que el hombre para así lograr tener mayor capital antes de los 57 años, ya que dado los 5 años menos que tiene de cotización con respecto al hombre, le dará un margen de error inferior.

Por último se le exige a la mujer que la relación conyugal o convivencia permanente deberá haber iniciado antes de haber cumplido los 55 años de vida cada uno de los cónyuges una vez mas deja al descubierto otro requisito que por el simplemente hecho que se igual para hombres y mujeres, termina generando una discriminación hacia la mujer por su anticipada edad para pensionarse.

Todo esto contradice el andamiaje teórico del Estado que en La ley 1580 de 2012 se mostró como una gran medida afirmativa del Estado que beneficiaría a miles de personas, pero que luego de implementada se demuestra que prevalece es nuestro estado fiscal antes que el proteccionista.

Queda al descubierto que el principal argumento de los altos tribunales al momento de revisar la Constitucionalidad de alguna Ley del sistema general de pensiones, no es la eficiencia de la norma, si no por el contrario la sostenibilidad del sistema financiero del país, que en muchos eventos termina afectando en forma directa el beneficio de muchas personas afiliadas al sistema, por lo que antes que hacer una análisis de la eficiencia de una norma positiva, lo que termina realizando es un análisis económico pero visto desde una óptica estatal.

Referencias

- Buchely, L. & Castro, M. (2013). *La Reforma Pensional y las mujeres, ¿Cuándo será que dejaran de hacernos el favor? Precedente*, 2. Bogotá: Universidad Icesi.
- Fernández, A. (1993). Estructura y sentido de la abogacía. *Boletín Jurídico*, 52(1). 27. Guanajuato: Universidad de Guanajuato.
- Hart, H. (2004). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-perrot.
- Kelman, M., Landes, W. & Posner, R. (2011). *Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Uniandes.
- Martinez, E. (1998). *Justicia en 10 palabras clave en etica*. Barcelona: Verbo Divino.
- Pereznieto, L. & Ledesma, M. (1986). *Introducción al estudio de Derecho*. México: Harla.
- Organización Internacional del Trabajo. (1998). *Pasado y presente de la legislación laboral en América Latina*. Recuperado de <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/papers/pasado.htm>
- Organización Internacional del Trabajo, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y ONU Mujeres. (2013). *Trabajo decente e igualdad de género. Políticas para mejorar el acceso y la calidad del empleo de las mujeres en América Latina y el Caribe. Informe regional*. Recuperado de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@americas/@ro-lima/@sro-santiago/documents/publication/wcms_233161.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2002). *Prevención de la discriminación*. Recuperado de <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/45279484047527b1c1256c0c0032e145?Opendocument>
- Polinsky, A. (1983). *Introducción al análisis económico del derecho*. Barcelona: Ariel.
- República de Colombia, Congreso de la República. Ley 100. (Diciembre 23 de 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 41.148. Bogotá, D. C.: Imprenta Nacional de Colombia.
- República de Colombia, Congreso de la República. Ley 797. (Enero 29 de 2003). Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales. *Diario Oficial* 45.079. Bogotá, D. C.: Imprenta Nacional de Colombia.
- República de Colombia, Congreso de la República. Ley 1580. (Octubre 1 de 2012). Por la cual se crea la pensión familiar. *Diario Oficial* 48.570. Bogotá, D.C.: Imprenta Nacional de Colombia.
- República de Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. (2010). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-613. Septiembre 4 de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-913. Diciembre 3 de 2013. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 504. Julio 16 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Rodríguez, R. (2012). *Estudios Sobre Seguridad Social*. Barranquilla: Universidad del Norte y Grupo Editorial Ibáñez.
- Ruiz, M. (1994). *Discriminación Inversa e Igualdad*. Madrid: Pablo Iglesias.