

**OMISIÓN LEGAL EN EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES  
RESPECTO DE LOS JOVENES AFILIADOS**

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana



**OMISIÓN LEGAL EN EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES  
RESPECTO DE LOS JOVENES AFILIADOS**

**Autores**

María Cristina Isaza Londoño

Wendy Jakeline Luna Tarasona

**Asesor**

Daniel Montoya Valencia

Septiembre 2021

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana

## **Agradecimientos**

- ❖ Agradecemos a Dios por el amor, vida, la fuerza y la sabiduría que nos ha brindado.
- ❖ A nuestras familias por siempre acompañarnos con amor y dedicación en nuestro proceso de formación personal y profesional.
- ❖ A nuestro maestro y asesor por brindarnos su entera disposición y acompañamiento en nuestro proceso de formación profesional.

## Resumen

La pensión de sobrevivientes por pertenecer al sistema general de pensiones, es consolidada como derecho fundamental, toda vez que permite a sus beneficiarios vivir en condiciones dignas una vez ocurra el deceso del afiliado o pensionado que suplía las necesidades del hogar. Es una pensión que está estrechamente relacionada con la dignidad humana, al igual que la pensión de invalidez; las dos cubren contingencias intolerables de necesidad, situaciones que las personas no están en obligación de soportar. La presente tesis consiste en indagar sobre los estudios hasta ahora existentes, se realizó bajo la metodología cualitativa, utilizando la técnica o instrumento de la revisión documental, al analizar la jurisprudencia, la doctrina y la normatividad tanto nacional como internacional. El primer capítulo se refiere las generalidades del sistema pensional y a los principios que lo rigen; en el segundo capítulo se demuestran las dificultades que padecen los jóvenes para ingresar al mercado laboral; y en el tercer capítulo se devela el vacío legislativo existente en la pensión de sobrevivientes y además logramos darle unas posibles soluciones. Finalmente, se concluye que los beneficiarios de la población joven afiliada al sistema pensional están siendo excluidos de la pensión de sobrevivientes.

**Palabras claves:** Derecho Fundamental, Dignidad Humana, Igualdad, Jóvenes, Pensión de Sobrevivientes, Vacío Legislativo.

## Abstract

Survivor's pension, as it belongs to the General Pension System, is established as a fundamental right, as it allows its beneficiaries decent living conditions once the pensioner or affiliate, who provides for the household's needs, dies. This pension is closely related to human dignity, as is the disability pension: both cover unbearable eventualities of need; situations that people are not forced to endure. This study consists in looking into existing studies. It was carried out with a qualitative methodology, using the technique or instrument of literature review, by analyzing both national and international case law, doctrine, and regulations. The first chapter addresses the generalities of the pension system and the principles that govern it; the second chapter shows the difficulties experienced by young people to enter the labor market; and the third chapter reveals the existing legislative gap regarding survivors' pension, and also suggests some possible solutions. Finally, we conclude that young beneficiaries, affiliated to the pension system, are being excluded from survivor's pensions.

**Keywords:** Fundamental right, Human dignity, Equality, Youth, Survivor's pension, Legislative gap.

## Tabla de contenido

<b>Introducción .....</b>	<b>7</b>
<b>Capítulo I Generalidades Del Sistema General De Pensiones Y Sus Principios .....</b>	<b>9</b>
Las Contingencias Que Resguarda El Sistema General De Pensiones .....	9
Principios que rigen el Sistema General de Pensiones .....	9
La población joven dentro del Sistema General de Pensiones .....	12
Evolución del sistema pensional a favor de la población joven .....	12
Pensión de Invalidez.....	12
Pensión de Sobrevivientes.....	14
Modo De Financiar La Pensión De Sobrevivientes .....	15
Régimen de Prima Media con Prestación Definida .....	15
Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad .....	16
<b>Capítulo 2 Dificultades Que Padecen Los Jóvenes Para Ingresar Al Mercado Laboral .....</b>	<b>17</b>
Desempleo .....	17
Informalidad .....	17
Inactividad.....	17
Formación Académica.....	17
<b>Capítulo 3 Vacío Legislativo En La Pensión De Sobrevivientes.....</b>	<b>19</b>
Concepto De Laguna.....	19
Tipos de omisiones legislativas.....	19
Omisión Legislativa Absoluta.....	19
Omisión Legislativa Relativa.....	20
Omisión Legislativa Relativa En La Pensión De Sobrevivientes Y Sus Consecuencias: Afec- tación A Derechos Fundamentales .....	20
Configuración De La Omisión Legislativa Relativa.....	23
Afectación a la Dignidad Humana.....	23
Afectación del Derecho a la Igualdad.....	24
Principio de Sostenibilidad Financiera del Sistema ¿Se Afecta?.....	25
Ampliar La Cobertura De Protección Dentro De La Pensión De Sobrevivientes:Principio De Universalidad Y Progresividad .....	27
Principio de Universalidad.....	27
Del Principio De Progresividad En La Pensión De Sobrevivientes .....	28
Posibles soluciones a la omisión legislativa.....	29
Analogía.....	29
Principio Indubio Pro Operario y Favorabilidad.....	31
Excepción De Inconstitucionalidad .....	32
Facultad De Configuración Del Legislador .....	34
<b>Conclusiones .....</b>	<b>35</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>37</b>
<b>Tabla 1.....</b>	<b>13</b>
<b>Tabla 2.....</b>	<b>14</b>

## Introducción

El sistema general de pensiones desde su creación ha sido objeto de discusiones y serias reformas en procura de consolidar un sistema financieramente sostenible, pero que además cumpla con su finalidad: otorgar pensiones dignas a sus beneficiarios. No obstante, el sistema al ser objeto de múltiples reformas por el legislador, aun no se ha consolidado como un sistema igualitario puesto que deja en desamparo económico a los beneficiarios y/o familiares de los jóvenes afiliados.

En una investigación realizada por William Franco y Jorge Gómez, en el 2018, mencionaron que la familia de los jóvenes afiliados, presentaron dificultades al momento de adquirir la pensión de sobrevivientes una vez ocurrida la muerte del joven que no cuenta con las 50 semanas requeridas por la ley. Además, mencionan que la posibilidad de adquirir la pensión de sobrevivientes por parte de este grupo poblacional está supeditado a las semanas cotizadas y que de ser esto así, se estaría sometiendo a los beneficiarios a condiciones de desprotección, puesto que los jóvenes son sujetos que no poseen la facilidad de cotizar dichas semanas al sistema. Evento que no sucede en la pensión de invalidez, donde se prescriben unos requisitos más flexibles para que los jóvenes puedan acceder al goce de la misma.

Así las cosas, es de público conocimiento que en la actualidad existen jóvenes trabajadores que son el sustento económico del hogar, ya sea porque tienen al menos un hijo o unos padres a los cuales deben solventar económicamente, pero que además trabajan y cotizan a favor del sistema con la ilusión de pensionarse y tener una vejez digna, o como tristemente suele suceder que una vez ocurrido un accidente o una enfermedad el joven quede inválido o fallezca, lo que menos quisiera ese joven sería que sus familiares quedaran en desprotección o desamparo económico después de ocurrida su muerte y vivieran en condiciones paupérrimas de vida. Sin embargo, nótese que actualmente los jóvenes colombianos que cotizan de buena manera o hasta donde las condiciones económicas y sociales del país se lo permiten, tienen supeditada la posibilidad de dejar causada la pensión de sobrevivientes a una densidad de semanas que dificultosamente pueden cumplir, es por esto que se evidencia, que de una u otra manera se está excluyendo a los beneficiarios y/o dependientes económicos de los jóvenes afiliados de la posibilidad de adquirir una pensión de sobrevivientes, que le brinde no solo estabilidad económica, sino también una vida en condiciones dignas.

Si bien es cierto, el Estado no se torna en ser ente responsable por la muerte que le ocurra al joven trabajador, si es el responsable de velar por la protección efectiva a los derechos de los ciudadanos y se torna más reforzada la obligación del Estado cuando se trata de personas vulnerables (Franco y Gómez, 2018). El Estado no puede hacer caso omiso a las situaciones sociales y económicas que enfrentan los jóvenes colombianos.

Se piensa que, nos estamos enfrentando a un vacío legal, el cual debe ser solucionado y nuestra cuestión es ¿de qué manera el Estado les puede salvaguardar a los beneficiarios de la población joven el derecho de acceder a la pensión de sobrevivientes en ausencia del presupuesto objetivo enlistado en el numeral dos del artículo 12 de la ley 797 de 2003?

Nuestro objetivo primordial es develar las causales que impiden que los jóvenes puedan dejar causada el derecho a la pensión de sobrevivientes con la acreditación de las 50 semanas exigidas por la ley. Parapoder lograr el objetivo principalmente planteado nos ceñimos a es-

tablecer el concepto de persona joven para el sistema de seguridad social en Colombia y a delimitar los eventos en los que procede la omisión legislativa.

Se seleccionó la técnica de revisión documental, bajo la metodología cualitativa toda vez que nos centramos en analizar jurisprudencia de las altas cortes, doctrina y trabajos de grado realizados en otras instituciones educativas, para indagar sobre la preocupación que padecen los beneficiarios de las personas jóvenes afiliadas que fallecen y no pueden dejar causada la pensión de sobrevivientes por el vacío legislativo existente en la norma, así mismo, intentamos indagar los motivos que impiden que los jóvenes tengan un trabajo estable. Mediante la metodología cualitativa se logra llegar a la comprensión de la cotidianidad de lo subjetivo e intersubjetivo con el ánimo de evidenciar la problemática y sus posibles soluciones para de esta manera establecer un sistema pensional en igualdad de condiciones (Duque et al. 2018).

El trabajo está estructurado por tres capítulos y un apartado de conclusiones. El primer capítulo se plasman las generalidades del sistema pensional, a los principios del mismo, la forma de financiarse y demás, como también se hace alusión al concepto de población joven según la normatividad colombiana; luego en el segundo capítulo se demuestran las dificultades que padecen los jóvenes para ingresar al mercado laboral; y en el tercer capítulo se devela el vacío legislativo existente en la pensión de sobrevivientes con relación a la población joven y donde además, se logra dar unas posibles soluciones con la finalidad de salvaguardar los derechos fundamentales.

## CAPITULO I

### Generalidades Del Sistema General De Pensiones Y Sus Principios

#### Las Contingencias Que Resguarda El Sistema General De Pensiones

De conformidad con el artículo 10 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones, ostenta la finalidad de proteger a la sociedad frente a contingencias de invalidez, vejez y muerte, así es que acaecida una de las anteriores circunstancias, el sistema se activa y le otorga a la persona afiliada, pensionada o beneficiaria la respectiva prestación social y económica. Por lo general todas las personas que cotizan al sistema pensional, lo hacen con la finalidad de obtener una pensión de vejez, sin embargo, hay circunstancias de la vida misma que impiden la adquisición de esta prestación, provocando que el legislador se viera en la obligación de legislar las prestaciones económicas de invalidez y sobrevivientes.

En razón a lo anterior, el legislador estableció unos requisitos diferenciadores para la adquisición de cada prestación social, puesto que, cada una cubre diversas contingencias:

Del artículo 9 de la Ley 797 del 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se deduce que la pensión de vejez se otorga con la finalidad de proteger a las personas en razón de su edad, puesto que al cumplir determinada edad se ve reducida su capacidad laboral, lo cual impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna.

Por otro lado, la pensión de sobrevivientes es una prestación que está regulada en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, y su finalidad es proteger al grupo familiar que económicamente dependía del afiliado o pensionado fallecido del desamparo económico que deja una vez acaecida su muerte (Arenas, 2018).

Por último, tenemos la pensión de invalidez, esta es una prestación que se encuentra regulada en el artículo 1 de la Ley 860 del 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y su objetivo es amparar económicamente a las personas que de manera activa cotizaron al sistema pensional por un periodo de tiempo y que por circunstancias ajenas a la voluntad del trabajador, sufre un accidente o una enfermedad de tal gravedad que le disminuye su capacidad laboral, lo cual provoca que se reduzcan sus ingresos económicos de manera notable, impidiéndole proveer su propio sustento e imposibilitándole vivir en condiciones dignas e iguales a los demás seres humanos.

Por su lado, Arenas (2018) manifiesta que la invalidez es el acontecimiento más “doloroso y frustrante” que le pueda suceder a un ser humano, puesto que, la pérdida de la capacidad física o psíquica se traduce en un cambio drástico y radical que recae sobre la persona y la impacta de tal manera que imposibilita la continuación de su vida en condiciones normales.

#### Principios que rigen el Sistema General de Pensiones

La Constitución Política de Colombia, consagra algunos principios que rigen el sistema de seguridad social colombiano, por lo que el artículo 48 superior dispone, que: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.” (Const. 1991, art. 48).

Arenas (2018) explica acerca de los principios de la seguridad social, grosso modo dice, que estos pueden considerarse como una guía para la regulación de la gestión y cuando los mismos se encuentran contemplados en la ley son una herramienta de interpretación jurídica para las ramas del poder público en su conjunto; sin embargo, cuando están consagrados en la Carta Superior, aparte de ser un criterio hermenéutico, se convierten en un mandato particularmente para el legislativo y el ejecutivo con relación a los desarrollos legales de los mismos.

También se menciona que, internacionalmente la doctrina ha sintetizado algunos de estos principios, como: “universalidad, integridad de las prestaciones, solidaridad, coordinación de gestión, universalidad, internacionalidad. Se menciona también el principio de sostenibilidad financiera” (Arenas, 2018, p. 147).

En cuanto a estos principios internacionales, tenemos que *el principio de integridad de prestaciones*, indica que el sistema de seguridad social debe tener en cuenta que las prestaciones que se ofrecen sean efectivamente suministradas a sus beneficiarios en el momento en que estos lo requieran, por cualquier contingencia que concurra; como también deben ser prestaciones de calidad que permitan cubrir las necesidades de los ciudadanos y hacerlo de manera suficiente, para así contar con un sistema confiable, eficaz y seguro (Rodríguez, 2019).

En cuanto al *principio de internacionalidad*, consiste en que la seguridad social no tiene fronteras y es por lo tanto de alcance mundial; esto por los Convenios Internacionales ratificados por los diferentes países que se comprometen con la protección y cobertura del sistema y los organismos internacionales que la tratan (Rodríguez, 2019).

Por último, *el principio de sostenibilidad financiera*, el cual Arenas (2018) manifiesta que consiste en que el legislador al momento de crear o modificar las leyes deberá tener en cuenta la capacidad financiera y económica del país y de esta manera se estaría creando un sistema pensional factible y sostenible económicamente.

También se ha dicho, que es aquel por medio del cual el Estado reconoce que se dispone de recursos limitados los cuales deben ser distribuidos teniendo en cuenta las necesidades de la población, buscando la efectividad de los derechos. De esta forma, este principio busca blindar al sistema contra las crisis económicas y un posible colapso financiero.

Ahora bien, después de analizar los principios de doctrina internacional, nos enfocaremos en los que trata el ordenamiento jurídico colombiano interno, dentro del cual se regulan seis principios que rigen la seguridad social mencionados y definidos en la ley, pues, esta dispone que: “El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.” (Ley 100, 1993, art. 2).

El legislador en la Ley 100 de 1993, describe cada uno de los principios anteriormente mencionados, de allí se puede deducir que *el principio de integralidad* tiene similitud con el principio internacional antes explicado: *principio de integridad de las prestaciones*.

Seguidamente, el legislador define que *el principio de unidad*: “Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social” (Ley 100, 1993, art. 2). En ese mismo sentido, Rodríguez (2019) manifiesta que los principios de la seguridad social como, por ejemplo, la *solidaridad* y la *universalidad*, ne-

cesitan de una unidad o consonancia en el ordenamiento estatal, tanto en lo legislativo y administrativo como en lo financiero, pues, de esta forma organizada y armónica se evitarían posibles irregularidades, desigualdades e injusticias.

Y *el principio de participación*, lo describe la Ley diciendo que: “Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto” (Ley 100, 1993, art.2).

Siendo entonces, el principio de unidad, la concordancia y unión de las políticas e instituciones y regímenes, etc. Conformando así el sistema mismo para poder alcanzar los fines planteados de la seguridad social; y el principio de participación, indica la injerencia de los beneficiarios de la seguridad social para fortalecer su organización y el control de las instituciones.

Se evidencia que, de los seis principios mencionados anteriormente, la Constitución Política de Colombia le otorga rango constitucional solo a tres de ellos: el principio de universalidad, el principio de solidaridad y el principio de eficacia.

*El principio de universalidad*, consiste en proteger a todos los seres humanos, ya que todos tienen derecho a la protección del sistema, desde su nacimiento hasta su muerte. La universalidad busca la cobertura de todos los riesgos y contingencias sociales para toda la población en conjunto, sin excepción alguna (Rodríguez, 2019).

La universalidad como principio de rango constitucional supone la obligación del Estado colombiano en lo que se refiere a la incrementación de la cobertura del régimen, lo que debe englobar no solamente a todas las personas, sino también respecto de todos los riesgos que ampara el sistema (Arenas, 2018).

Este principio en particular, es muy importante para el Sistema de Seguridad Social, pues, la universalidad recalca la importancia de la no distinción por ningún motivo a ninguna persona, sino que por el contrario trata de la inclusión y el incremento de la cobertura para que todos los colombianos tengan acceso a todas las prestaciones que se ofrecen.

El siguiente principio constitucional, es el de *solidaridad*; el cual según Rodríguez (2019) constituye “la razón de ser” del sistema, esto porque tiene relación directa con la financiación del mismo; toda vez que, los aportes provienen de los miembros de la colectividad que a su vez están económicamente activos según su capacidad económica.

Acerca de esto, Arenas (2018) manifiesta también, que este principio constituye un principio esencial, ya que a través de este se desarrollan algunas normas e instituciones específicas, como, por ejemplo: los aportes de solidaridad en los sistemas de pensiones, la garantía de pensiones mínima, entre otras.

Por último, tenemos *el principio de eficiencia*, donde Arenas (2018) explica que es una exigencia primordial en cualquier sistema, ya que, este principio es el que determina el alcance efectivo y real del ciudadano al derecho de la seguridad social. Este principio es de suma importancia para toda la población, ya que de nada serviría toda la principalística y teoría de la seguridad social, si a fin de cuentas los beneficiarios de la misma no pueden acceder realmente a sus derechos, y esto es lo que específicamente busca el principio de eficiencia propiamente; el alcance real o la materialización de sus derechos a través de una verdadera gestión

del sistema que los ampara.

### **La población joven dentro del Sistema General de Pensiones**

Para llegar a la concreción de lo planteado, resulta menester responder el siguiente interrogante; ¿Qué se entiende por persona joven en el marco normativo colombiano? En Colombia legalmente se entiende por *joven* a las personas que estén entre los 14 y los 28 años de edad; así lo establece el artículo 5 numeral 1° Ley Estatutaria 1622 del 2013, la cual se legisló con el objetivo de garantizar a la población joven los derechos que se les han otorgado y además fortalecer las condiciones de igualdad de acceso “en la vida social, económica, cultural y democrática del país”.

Cuando se analiza el párrafo 1 del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en el que se establecen los requisitos para adquirir la pensión de invalidez; se avizora que el legislador dispone un beneficio pensional para el sector joven consistente en adquirir la referida prestación pensional acreditando una cotización de 26 semanas dentro del último año inmediatamente anterior, sin embargo, dicha normativa se aparta del rango de edad establecido en el artículo 5 de la Ley Estatutaria 1622 del 2013, puesto que, se estableció la protección solo hasta las personas menores de 26 años de edad, inclusive, y excluyendo a los que tienen entre 27 y 28 años de edad.

Nótese que, en la pensión de sobrevivientes el legislador ni siquiera tuvo en cuenta a la población joven afiliada para la posibilidad de dejar causada la prestación en cuestión a favor sus dependientes económicos.

### **Evolución del sistema pensional a favor de la población joven**

Es bien sabido que el régimen de seguridad social y pensional colombiano ha sido el sistema que más reformas ha obtenido desde su creación, dado que el Estado colombiano procura la sostenibilidad financiera del mismo, y es por esto que cuando alguno de los pilares del sistema falla, tales como: los aportes al sistema, las contribuciones, los montos pensionales, la edad de retiro y la tasa de reemplazo; el sistema se debe reformar para no crear inestabilidad financiera; y a raíz de esto se modifican los requisitos para causar los diferentes beneficios pensionales existentes y puede suceder que se dejen en desprotección a ciertos grupos poblacionales (Arrieta, 2011).

Con la constante evolución del sistema pensional, resulta considerable analizar si el mismo lo ha hecho en beneficio de la población joven, o si por el contrario ha creado un velodonde los deja desprotegidos. Esto es precisamente lo que se averiguará a continuación, haciendo una comparación de pensiones a través del tiempo; y por obvias razones se analizarán solo la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivientes, siendo esta última el tema central del presente trabajo de grado.

#### ***Pensión De Invalidez***

A continuación, observaremos las reformas hechas a la pensión de invalidez en Colombia, a través del tiempo:

#### **Tabla 1:**

Cuadro comparativo entre el Decreto 758 de 1990, Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003.

DECRETO 758 DE 1990	LEY 100 DE 1993	LEY 860 DEL 2003
<p>“Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.” (Decreto 758, 1990, art. 6).</p>	<p>“a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez;</p> <p>b) Que, habiéndose dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.” (Ley 100, 1993, art. 39).</p>	<p>“1. <i>Invalidez</i> causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración</p> <p>2. <i>Invalidez</i> causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.</p> <p>PARÁGRAFO 1:</p> <p>Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su <i>invalidez</i> o su declaratoria.” (Ley 860, 2003, art. 1).</p>

Fuente: Construcción personal. Grafica #1

En el cuadro anterior, se evidencia, cómo el Decreto 758 de 1990 exige una densidad mayor a las demás normas pero que es compensada por el tiempo que se tenía para conseguirse, pues, podían ser 150 semanas dentro de los últimos 6 años o bien fueran 300 semanas en cualquier tiempo. Seguidamente, la Ley 100 del 93 instaura una reforma al artículo 6 del ya analizado Decreto, con la que se puede acceder a este beneficio pensional con la acreditación de 26 semanas para el afiliado que se encuentre cotizando, lo cual es un rango menor de semanas a comparación de la norma anterior, y las mismas 26 semanas al que dejó de cotizar al sistema,

pero estas dentro del año inmediatamente anterior al momento en el que se produjo la invalidez.

Ahora bien, la Ley 860 del 2003 tiene una densidad de semanas mucho mayor que la Ley 100 de 1993, ya que ahora el requisito de adquisición de la pensión consiste en acreditar 50 semanas en los 3 años inmediatamente anteriores al hecho causante, no obstante, se avizora una evolución normativa en favor de la población joven, puesto que, el parágrafo 1 de la última norma permite que los jóvenes menores de veinte años accedan a esta pensión cotizando 26 semanas consecutivas en el último año anterior al hecho causante de la invalidez; por lo que se considera que este parágrafo consigna un beneficio para dicha población.

Como se dijo anteriormente, es una ventaja la que trae consigo el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 860 del 2003, sin embargo, el rango de edad consagrado para este beneficio se consideró injusto en su momento, debido a que solo estaba protegiendo a una pequeña parte del sector considerado población joven: los menores de 20 años; esta disposición legal no amparaba a los mayores de 20 años, quienes también hacen parte del mismo sector poblacional y por consiguiente tienen exactamente los mismos obstáculos y dificultades para acceder a la vida laboral y a su vez a la prestación de invalidez, es por esto que la Corte Constitucional se pronunció al respecto en sede de constitucionalidad manifestando que este parágrafo se entenderá extensivamente para los jóvenes menores de 26 años, inclusive, y no solamente los menores de 20 años (Sentencia C 020, 2015).

El análisis que se hizo de la pensión de invalidez a través del tiempo, arroja como resultado que aunque en general, se han aumentado la densidad de semanas exigidas con relación a la prestación de la pensión, la evolución a favor de los jóvenes se encuentra presente, pues, la última norma pretendió protegerlos y junto con la Corte Constitucional se consiguió una protección reforzada, con relación al Principio de Universalidad e Igualdad para que todo el sector estuviera amparado por el sistema general de pensiones, más concretamente por la pensión de invalidez.

### ***Pensión De Sobrevivientes***

A continuación, observaremos las reformas hechas a la pensión de sobrevivientes en Colombia, a través del tiempo:

#### **Tabla 2**

Cuadro comparativo entre el Decreto 758 de 1990, Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003.

DECRETO 758 DEL 90	LEY 100 DEL 93	LEY 797 DE 2003
-----------------------	-------------------	-----------------

<p>“Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez” (Decreto, 758, 1990, art. 6).</p>	<p>“a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte</p> <p>b) Que, habiéndose cotizado al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.” (Ley 100, 1993, art. 46).</p>	<p>“2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento” (Ley 100, 1993, art. 12).</p>
---	---	--

Fuente: Construcción personal. Grafica #2

En el cuadro anterior, se observa un cambio de densidad de semanas y tiempo similar a las analizadas para la pensión de invalidez, sin embargo, no se encontró en la última y actual norma ningún beneficio para el sector joven; solo establece que todos los afiliados al sistema, en general, deben cotizar y acreditar 50 semanas para poder dejar causado este beneficio pensional en favor de sus dependientes económicos.

### **Modo De Financiar La Pensión De Sobrevivientes**

Actualmente el sistema pensional está compuesto por un sistema dual, por un lado, hay un sistema denominado régimen de prima media con prestación definida; que es un sistema de carácter público y es administrado por Colpensiones y por otro lado hay un sistema llamado régimen de ahorro individual con solidaridad que es administrado por los fondos privados.

#### ***Régimen de Prima Media con Prestación Definida***

Este sistema, se financia mediante los aportes que realizan las personas cotizantes, es decir, que las pensiones de vejez, invalidez y muerte el Estado las paga con los aportes que realizan los trabajadores activos con el sistema, pero además el Estado garantiza las diferentes modalidades de pensión con los ingresos generales de la nación, *verbigracia*, cuando otorga bonos pensionales.

### ***Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad***

Las pensiones dentro de este sistema se financian con la cuenta de ahorro individual del afiliado, es decir, que las diferentes pensiones se financian con los aportes que cada afiliado de manera individual realice. Además, las pensiones están garantizadas con seguros que las AFP contraten con las diferentes aseguradoras.

En conclusión, los pagos de pensiones no son dádivas que ofrecen el sector público o privado a los pensionados o beneficiarios, sino que son aportes que han ido realizando los trabajadores durante toda su vida laboral con la finalidad de vivir tanto ellos como sus beneficiarios en condiciones dignas.

## CAPITULO 2

### Dificultades Que Padecen Los Jóvenes Para Ingresar Al Mercado Laboral

Como se ha manifestado en capítulos anteriores, la población joven se encuentra en una serie de dificultades económicas y sociales que le imposibilitan cotizar a favor del sistema pensional la densidad de semanas requerida por la ley para dejar causado el beneficio pensional de sobrevivientes a favor de sus familias.

Ahora bien, en este capítulo se develarán las principales dificultades que padece este sector poblacional con relación a la imposibilidad de ingresar al mundo laboral y hacerlo a temprana edad.

#### **Desempleo**

Según un informe presentado por el DANE (2021), para el trimestre de marzo a mayo del año 2021 la población menor de 28 años tuvo un porcentaje de ocupación del 41,9% avizorándose un aumento del 6,4% al contrastar el porcentaje de ocupación del año 2020 que fue de 35,3%, y una tasa de desempleo del 23,1% viéndose una disminución del 3,3% comparando la del año 2020 que fue del 29,3%.

En el más reciente informe entregado por el DANE (2021), el cual comprende el trimestre de abril a junio del 2021, se evidencia que la tasa de desempleo se ubicó en el 23,3%, teniendo un aumento de 2 puntos porcentuales en comparación a los meses de marzo a mayo.

#### **Informalidad**

De acuerdo con las estadísticas publicadas por el DANE (2021) se presenta en el país una informalidad del 46,5% para los hombres y un 48,4% para las mujeres dentro del territorio, observándose que más de 5 millones de personas están trabajando en la informalidad.

Si bien, no tenemos la cifra exacta de cuantos jóvenes menores de 28 años trabajan en la informalidad, es un hecho notorio que ellos también están afectados por la informalidad que se vive en Colombia y esto es algo que impide que puedan realizar cotizaciones al sistema.

#### **Inactividad**

El término “inactividad” hace alusión a la población joven que no estudia ni trabaja, es decir, personas que no se encuentran ocupadas, según el DANE este porcentaje fue del 26,8%.

#### **Formación Académica**

Desde el 2001 y hasta el 2019 el Observatorio Laboral para la Educación (OLE) realizó un estudio del porcentaje de estudiantes graduados en los niveles de técnico, tecnológico, pregrado, postgrado, maestría y doctorado. El estudio consistió en analizar cuáles eran las probabilidades que tenían los egresados de estudios técnicos, tecnológicos, pregrado, postgrados y maestría para incursionar al mercado laboral.

Para efectos del presente trabajo se tendrá en cuenta únicamente los porcentajes concernientes a los niveles técnico, tecnológico y pregrado, toda vez que son los niveles en los que se detecta mayor participación de población menor de 28 años.

Así las cosas, en los niveles técnico profesional hubo una participación del 4,2%, en el nivel tecnológico un 28% y en el nivel universitario hubo una participación del 46,3% de población. Con relación a la vinculación laboral; la tasa de cotización que arrojó los recién graduados del nivel universitario fue del 72,7%, los graduados de técnica profesional representaron el 58,9%. Vemos que existe alto porcentaje de jóvenes preparándose profesionalmente para el mundo laboral razón por la cual no tienen la posibilidad de ingresar a trabajar cuando la ley se los permite, que es a la edad de 15 años.

En este orden de ideas, resulta valioso manifestar que, según un estudio realizado por la Universidad Libre, en el año 2018, en donde se demuestra el tiempo que se tardan los jóvenes entre 18 y 28 años para conseguir empleo una vez culminados sus estudios profesionales, técnicos y bachiller; consideraron que los jóvenes que cursan estudios profesionales se demoran alrededor de 7 meses en conseguir empleo; seguidos por los técnicos quienes se demoran alrededor de 6 meses y los bachilleres se tardan aproximadamente 5 meses para ingresar a laborar.

Es relevante manifestar otras problemáticas en las que se encuentran inmersos los jóvenes para ingresar a laborar, serían: la falta de experiencia, la baja demanda laboral y la alta competencia, las cuales se convierten en obstáculos que dificultan que los jóvenes una vez culminen sus estudios profesionales puedan ingresar de manera inmediata a trabajar.

A modo de conclusión, se puede evidenciar que las anteriores problemáticas dan lugar con la posibilidad de que este sector poblacional pueda cotizar a favor del sistema pensional de manera consecutiva.

## CAPÍTULO 3

### Vacío Legislativo En La Pensión De Sobrevivientes

Menciona Hernández (2015) que todo Estado y más aún un Estado Social de Derecho, busca consolidar un sistema jurídico a plenitud, es decir, un sistema sin faltas o vacíos normativos que produzcan consecuencias negativas de interpretación al momento de analizar un caso concreto por no hallar ley aplicable.

Las disposiciones legales buscan dentro de un Estado Social de Derecho, dar cumplimiento cabal a las disposiciones constitucionales, es decir, buscar hacer efectivos los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, por cuanto esta no se puede aplicar, en la mayoría de los casos de manera directa, puesto que, no establece casos concretos sino principios y derechos generales. Es específicamente aquí donde radica la importancia de tener disposiciones legales desprovistas de vacíos u omisiones legislativas, para que de esta manera se logre obtener una verdadera armonización jurídica.

#### Concepto De Laguna

Laguna proviene etimológicamente del latín *lucuna*, se define, según la Real Academia Española (RAE) como "...omisión o hueco en que se dejó de poner algo [...] defecto, vacío o solución de continuidad en un conjunto o una serie" (Real Academia Española, s.f., definición 2y 3).

Las lagunas normativas, también llamadas vacíos u omisiones legislativas, provienen de esa libertad de configuración legislativa que posee el legislador de decir que legisla y cuando legisla, teniendo como punto de partida la evolución cultural y social de la humanidad. Al momento de ejercerse esta potestad, resulta acertado aceptar que el legislador por más sabio que sea no está en la capacidad de prever una norma para todas y cada una de las evoluciones comportamentales de los humanos; es por esto que, comúnmente, regula sucesos que tienden a producirse con mayor frecuencia y que a su vez suelen ser de mayor impacto social, pero no por esto las circunstancias de menor relevancia social deben quedarse en el limbo por el legislador. El Estado como ente garantizador de derechos fundamentales, promotor de la seguridad jurídica y convivencia pacífica de la ciudadanía, confiere a sus otras ramas de poder público, como el poder judicial, la obligación que en caso de hallar una laguna en la ley le dé aplicación a los principios generales del derecho (Hernández, 2015).

#### Tipos de omisiones legislativas

Existen diferentes tipos de lagunas u omisiones legislativas, pero solamente nos centraremos en dos.

##### *Omisión Legislativa Absoluta*

Entraña un "no hacer" emanado del legislador, es una abstención por regular un deber constitucionalmente prescrito, es decir, existe una ausencia de texto por cuanto no reguló una problemática social que debía ser regulada para efecto de asegurar derechos fundamentales (Sentencia C 543, 1996).

### ***Omisión Legislativa Relativa***

Esta difiere de la anterior por cuanto, si existe regulación sobre determinada problemática social, pero solamente se hizo favoreciendo a particulares sectores poblacionales, lo cual provoca que al no permitir que determinadas personas gocen de ciertos derechos entrañan una violación del principio de igualdad (Wessel, 1952, como se citó en Fernández, 2009). Se evidencia que no solo hay lugar a hablar de lagunas cuando existe ausencia total del texto, sino también cuando la norma existente carece de aplicabilidad por adolecer de un ingrediente esencial para la protección de los derechos fundamentales.

Por su lado, la Corte Constitucional hace énfasis en lo anterior, manifestando que existe *omisión legislativa relativa* cuando el legislador sí reguló la problemática social, pero lo hizo para beneficio de precisos grupos poblacionales, excluyendo a otros quienes se encuentran inmersos en las mismas situaciones problemáticas, afectando así el principio de igualdad (Sentencia C 543, 1996).

No obstante, cuando el legislador incurre en una omisión, la Corte Constitucional como salvaguarda de la Constitución, debe realizar un control constitucional de todos los actos que ejecuta el legislador para controlar esa potestad de configuración legislativa e impedir que con estas acciones u omisiones se vulneren disposiciones constitucionales (Sentencia C 543, 1996). Este control de constitucionalidad solamente se puede hacer para efectos de demostrar una omisión legislativa relativa, y no así en una omisión absoluta, por cuanto en esta no existe norma aplicable y es de resorte del órgano legislativo como ente autónomo decidir cuándo legisla y para qué eventos.

### **Omisión Legislativa Relativa En La Pensión De Sobrevivientes Y Sus Consecuencias: Afectación A Derechos Fundamentales**

El artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 del 2003, establece un requisito objetivo que da lugar a causar la prestación de sobrevivientes a favor del grupo familiar, así es que, si el afiliado cumple con una cotización de 50 semanas en los últimos 3 años anteriores al fallecimiento; deja causada la referida prestación a favor de sus beneficiarios. Nótese que, esta disposición legal a primera vista resulta ser aceptable y fácilmente aplicable a un caso concreto cuando se trata de personas mayores quienes tienen facilidad de cotizar al sistema; no obstante, si se tiene en cuenta la realidad social y las dificultades en las que se encuentran los menores de 28 años en Colombia para poder cotizar al sistema general de pensiones las 50 semanas, se evidencia que esta ley no es justa y les restringe la posibilidad de dejar causado el derecho pensional.

Al precisar las problemáticas sociales que padecen los jóvenes en Colombia y al analizar de manera detallada el artículo en cuestión, podemos observar una irregularidad dentro del mismo, que consiste en la desprotección económica que hace el legislador respecto del grupo familiar que depende económicamente del joven afiliado; si bien estos casos no son de común ocurrencia, si se han presentado al interior de los Tribunales en Colombia.

Es valioso traer a colación tres casos para evidenciar la existencia del vacío normativo, dos cursaron al interior del Tribunal de Medellín y uno al interior de la Corte Suprema de Justicia:

El primero en la Sala Segunda de Decisión Laboral, bajo el radicado 2019-00420 en el que la señora Luz Marina Correa Quiróz demandó a Colpensiones, con la finalidad de que se le

reconociera la pensión de sobrevivientes a causa del fallecimiento de su hijo Estiben Fabián Hernández Correa, ya que ella dependía económicamente del joven afiliado, quien para el momento del fallecimiento contaba con 26 años y una cotización al sistema general de pensiones de 47 semanas en el último año anterior a su fallecimiento, sin embargo, se falló negando el referido beneficio pensional, ya que el Tribunal Superior de Medellín consideró que:

Partiendo de lo expuesto se advierte que el requisito para acceder a la pensión de sobrevivientes con respecto a la densidad de semanas cotizadas que no se encuentra acreditado, pues es claro cómo se ha advertido, que la norma aplicable es la vigente al momento de la muerte, la cual ocurrió el 14 de noviembre del 2016, por lo que es aplicable los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la ley 797 del 2003, que exigen como requisito, tener cotizadas un total de 50 semanas en los tres últimos años anteriores a la muerte, y como quedó demostrado el joven ESTIBEN FABIAN HERNANDEZ CORREA, en dicho periodo solo tenía un totalde 47 semanas cotizadas (Sentencia SL Radicado, 2019-00240, 2021, p. 7).

Otro suceso similar al anterior aconteció ante la Sala Sexta de Decisión Laboral, bajo el radicado 2017-243, proceso en el que la señora Diana Inés Barrientos Londoño pretendía acceder a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo Edison Barrientos Lodoño, quien para la fecha del fallecimiento contaba con 19 años y 41,14 semanas, quien además, solventaba las necesidades básicas del hogar. A diferencia del anterior caso, en esta ocasión el Tribunal concedió dicha prestación pensional, considerandolo siguiente:

En el caso concreto, la norma que regula el derecho pensional se regula en el **artículo 12 de la Ley 797 de 2003**, que exige acreditar 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores al fallecimiento. Y es claro que, EDISON BARRIENTOS LONDOÑO falleció a sus **19 de años de edad**.

La norma que regula los requisitos para dejar causada una pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, **no estableció excepción alguna para el caso en queel causante sea una persona joven** (p. 5).

Y desde ya se advierte que al no consagrarse en la norma general una excepción para las personas jóvenes como EDISON BARRIENTOS, se evidencia un déficit de protección; al exigirle una densidad de cotizaciones semejante a las de las personas adultas, conllevando sin lugar a dudas, a una **ostensible desprotección para él y sus beneficiarios**.

[...] en criterio de la Sala y ante el déficit de protección previsto en la norma aplicable al caso concreto, la hermenéutica que debe adoptarse es a la luz de los principios constitucionales de irrenunciabilidad, universalidad y solidaridad en que se sustenta el derecho de la seguridad social adoptado en Colombia desde la **Constitución de 1991**. (Tribunal Superior de Medellín, 2017, p. 9).

A partir de esto, el Tribunal con aplicación específicamente de principios como los de universalidad e integralidad, reconoce la situación especial en que viven los jóvenes cotizantes al sistema general de pensiones y a sus beneficiarios, considerando adecuada las 41,14 semanas cotizadas por un joven que fallece a los 19 años de edad, otorgando así la prestación pensional y su vez protegiendo los derechos de la beneficiaria.

Y como último suceso fáctico tenemos el de la Corte Suprema de Justicia sala de Casación Laboral, mediante sentencia SL 2538 del 2021, donde cursó un proceso para reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de una madre que dependía económicamente de un menor de 23 años, quien para el momento del fallecimiento acreditó un total de 44 semanas en los últimos 3 años, lo anterior fundamentando la parte actora que debía aplicarse por analogía el parágrafo 1 del artículo 1 de la ley 860 de 2003, toda vez que el artículo 12 de la ley 797 de 2003 conserva un vacío legislativo por cuanto no tiene en cuenta la realidad social y económica que padecen los jóvenes colombianos ante la imposibilidad de conseguir empleo estable.

En dicha sentencia la Corte no casó la sentencia y fue enfática al manifestar que no existía omisión legislativa y por ende no habría lugar a darle aplicación de manera analógica a la ley, puesto que actualmente existe norma legal que regula el caso en concreto y además mencionó que, la seguridad social por el hecho de ser un derecho irrenunciable no es óbice para que el legislador imponga restricciones y exigencias para su reconocimiento.

No obstante lo anterior, y mediante salvamento de voto realizado por 3 magistrados; adujeron que no estaban de acuerdo con la decisión tomada por sus compañeros de Sala, puesto que si existe omisión legislativa toda vez que el legislador no tuvo en cuenta la realidad social y económica que padecen los jóvenes colombianos al momento de ingresar al mercado laboral, también se cuestionaron los aportes incipientes e inestables de este sector.

## Configuración De La Omisión Legislativa Relativa

Ahora bien, se evidenciará si se configura o no la *omisión legislativa relativa*. Se reitera, esta omisión proviene cuando el legislador si reguló la problemática social, pero lo hizo para beneficio de un determinado grupo de ciudadanos y excluyendo a otros quienes se encuentran inmersos en las mismas situaciones problemáticas, afectando así el principio de igualdad (Sentencia C 543,1996). Sin embargo, estas omisiones relativas no en todos los casos giran en torno al desconocimiento del principio de igualdad, puesto que también se configuran vacíos legales cuando el legislador no incluye elementos en la norma legal que por mandato constitucional debería incluir, provocando de esta manera una incompatibilidad entre la Constitución y la disposición legal (Sentencia C 352, 2017).

La Corte Constitucional en senda jurisprudencia, verbigracia, en sentencia C 083 de 2018 estableció unos parámetros que se deben cumplir para efectos de reconocer cuando una norma legal padece o no omisión legislativa relativa:

a) **“Que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo y que excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes o asimilables o, en su defecto, que no incluya determinado elemento o ingrediente normativo.” (p. 29)**

Para la existencia de este presupuesto se deben determinar dos cosas; primero la existencia de una disposición legal y como segundo, que dicha disposición legal no incluya dentro de su regulación un elemento normativo que resulte ser indispensable.

Se evidencia, que el primer requisito está cumplido, toda vez que la disposición legal existe dentro del ordenamiento jurídico, sobre el particular, es el artículo 12 de la ley 797 del 2003, en la que además, se evidencia la satisfacción del segundo requisito, consistente en que dicho artículo no planteó la posibilidad que debió consagrar, para que la población joven pudiera dejar causada la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios acreditando una densidad de semanas un poco más flexible, en otras palabras, esta normatividad debió prescribir un trato desigual a favor de este sector poblacional.

b) **“Que exista un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al Legislador que resulta omitido, por (i) los casos excluidos o (ii) por la no inclusión del elemento o ingrediente normativo del que carece la norma.” (p. 29).**

Este presupuesto deviene de la “obligación de hacer” que tiene el legislador por mandato constitucional, es decir, para poder predicar la omisión legislativa relativa, el legislador debió haber afectado con la creación de una disposición legal un imperativo constitucional. (Sentencia C 034, 2020) y efectivamente fue lo que sucedió puesto que en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991 se establece, *grosso modo*, que *el Congreso cuando expida el estatuto del trabajo* deberá respetar los principios fundamentales de *garantía a la seguridad social*. Aunado a lo anterior, por esa desprotección a la referida garantía se afectan, en igual sentido, derechos fundamentales tales como:

### *Afectación a la Dignidad Humana*

El derecho a la pensión de sobrevivientes tiene una finalidad compensatoria, en el sentido de que se le otorga al beneficiario del pensionado o afiliado fallecido una prestación, para que

este no termine en situación de desprotección o abandono económico, haciendo de esta una protección a la Dignidad Humana y al mínimo vital.

Es así, como el legislador al no incluir una densidad de semanas más flexible en la pensión de sobrevivientes a favor de la población joven, incumplió un deber constitucional establecido, consistente en el respeto al derecho fundamental de la Dignidad Humana y el respeto del derecho a la seguridad social del grupo familiar del joven afiliado, puesto que, al no tener en cuenta todas las dificultades que estos jóvenes padecen para ingresar al mercado laboral y la imposibilidad de cotizar las 50 semanas, no se les dio un trato excepcional -como efectivamente se hizo en la pensión de invalidez- dejando a las personas que dependían del joven afiliado desprotegidas económicamente una vez ocurrido su deceso impidiendo el cumplimiento de los pilares que estructuran el principio de Dignidad Humana, los cuales son; “vivir como quiera, vivir bien y vivir sin humillaciones” (Sentencia T 881, 2002, p. 16)

### ***Afectación del Derecho a la Igualdad***

Refiriéndonos al criterio de igualdad, esta es concebida como principio y como derecho fundamental; es principio toda vez que, está comprendida en el preámbulo de la Constitución cuando se mencionan los objetivos de su creación, que entre otras son; “...asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad...”. (p. 1)

Además, es consagrado como un derecho de raigambre fundamental cuando en el artículo 13 constitucional, se referencia que “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades...” (Const. 1991, art. 13). Así que, es obligación del legislador abstenerse de crear tratos discriminatorios al momento de crear las leyes, sin embargo, en ciertas circunstancias se pueden contemplar tratos favorables a ciertos grupos poblacionales que a primera vista pueden verse iguales, pero que en el fondo necesitan un mejor tratamiento por parte del Estado por encontrarse inmersos en circunstancias de debilidad manifiesta, dicho de otra manera, el derecho a la igualdad no solo se ve resguardado cuando se establece un trato igual entre iguales, sino también cuando se crean oportunidades y tratos desiguales entre desiguales y con esto se estaría garantizando un real goce de este derecho en particular (Sentencia C 862, 2008).

En igual sentido manifiesta Arenas (2018) “también hace parte del principio de igualdad la necesidad de medidas a favor de los grupos discriminados y marginados, aspecto conocido como igualdad promocional” (p. 158). También existe la llamada *igualdad de oportunidades*, la cual se menciona por la Corte Constitucional en sentencia T 422 de 1992 como:

La igualdad de oportunidades en un mundo caracterizado por diferencias de todo tipo (éticas, culturales, económicas, sociales, políticas) se garantiza mediante la misma protección y trato de las autoridades, sin que haya lugar a discriminación. Pero su consecución sólo es posible estableciendo diferencias en favor de personas o grupos en situación de desigualdad por sus condiciones concretas de marginamiento, discriminación o debilidad

manifiesta (p. 8).

Por lo analizado en el capítulo segundo, es evidente que la población joven y de contera sus beneficiarios merecen un trato diferente sobre esta prestación pensional, puesto que, son grupos poblacionales de especial protección estatal por hallarse en condiciones sociales, económicas y laborales de desventaja y sus familias por encontrarse en situaciones físicas que los imposibilitan para trabajar por diversos factores, como pueden ser: la edad, es decir, las personas que dependen económicamente de este sector pueden; ser niños, niñas o personas de la tercera edad. Y solo si se flexibilizara la densidad de semanas para dejar causada la pensión de sobrevivientes a favor de su grupo familiar se lograría para este sector una *igualdad real y efectiva* (Sentencia T 167, 2011).

Nótese, como lo anterior es lo que efectivamente sucede en la pensión de invalidez, por cuanto existe regulación cuando el afiliado pertenece a la población joven, consistente en dejar causado el derecho con el requisito objetivo de la densidad de 26 semanas en el último año anterior a la fecha de estructuración del estado de invalidez, situación que no ocurre cuando quien fallece pertenece a la clasificación de ser afiliado joven menor de 28 años en la pensión de sobrevivientes.

c) **“Que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente”** (Sentencia C 083, 2018, p. 30)

No existe razón por parte del Congreso que fundamente la no inclusión de este elemento objetivo en el artículo 12 de la Ley 797 del 2003. Lo anterior, se logra evidenciar cuando se esbozan las gacetas del Congreso, donde se demuestra que al momento de proponerse el proyecto de ley número 056 del 2002, con la cual se creó la Ley 797 del 2003 no se habló del tema en cuestión; ni se evidencian las razones en la exposición de motivos, ni en la explicación del articulado. Nada se dice acerca de la posibilidad de flexibilizar los requisitos de acreditación de la pensión de sobrevivientes a favor de la familia de la población joven, así mismo se logra evidenciar el silencio del congreso sobre el particular, cuando se analizan las gacetas 508 y 533 de 2002 en la que se modifican los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes mediante el proyecto de ley 056 de 2002.

Se concluye, que el legislador no tuvo razón suficiente para omitir el beneficio antes mencionado, es más ni se tuvo en cuenta las dificultades que padecen los jóvenes dentro del marco de empleabilidad.

### **Principio de Sostenibilidad Financiera del Sistema ¿Se Afecta?**

Si bien es cierto, el Estado debe cumplir con el deber de proteger los derechos fundamentales, pero también debe velar por la sostenibilidad financiera del sistema, así es que en este apartado se analizará si el principio relacionado se afecta o no.

Para el año 2004 mediante el Acto Legislativo 034, los representantes a la cámara expusieron una serie de motivos por los cuales era considerable incluir dentro del artículo 48 constitucional el principio de sostenibilidad financiera del sistema y es que, para el momento el sistema pensional estaba pasando por una serie de dificultades como por ejemplo las bajas cotizaciones, los beneficios exagerados, habían tasas de mortalidad bajas y el aumento en la esperanza de vida condujeron a que se considerara la idea de incluir el referido principio.

La sostenibilidad financiera del sistema pensional ostenta la categoría de principio constitucional puesto que se incluyó en el artículo 48 de la Constitución Política de 1991 con la finalidad de preservar y evitar que en un futuro el esfuerzo de la colectividad por pensionarse pueda verse afectado por no hallarse el sistema pensional económicamente estable. Por eso, es que antes de implementarse regulaciones o beneficios pensionales, es menester asegurar el equilibrio financiero. De manera que, si se pretende avanzar en la protección y cobertura del sistema pensional, primero se deben analizar los recursos con los que cuenta el Estado, para no generar un déficit económico (Arenas, 2018).

Si bien la sostenibilidad financiera del sistema es un eje primordial al momento de ampliar la cobertura de protección dentro del sistema general de pensiones; lo cierto es que este sistema por amparar derechos fundamentales como la Dignidad Humana, Seguridad Social y el Mínimo Vital de las personas cotizantes, las entidades administrativas, legislativas y judiciales bajo ninguna circunstancia pueden desconocer, restringir, negar o menoscabar derechos fundamentales justificándose en la sostenibilidad financiera y fiscal, puesto que en caso de existir “conflicto entre la aplicación del criterio de la sostenibilidad fiscal y la consecución de los fines estatales prioritarios, propios del gasto público social, deberán preferirse, en cualquier circunstancia, los segundos” (Sentencia C 288, 2012, pp. 88-90).

El legislador tiene la obligación de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas que de manera activa cotizan al sistema pensional y lo hacen con la finalidad de obtener una de las ya mencionadas prestaciones sociales; dependiendo del evento en el que se puedan encontrar, pero también, el legislador, tiene la obligación de salvaguardar la sostenibilidad financiera, la cual no se verá afectada si se reconoce este beneficio pensional a los beneficiarios de la prestación de sobrevivencia por cuanto el RAIS financia la pensión de sobrevivientes con los recursos que el mismo trabajador o cotizante aportó, pero si hiciere falta sumas adicionales para completar el capital de financiamiento de la pensión; el seguro previsional que contrató el fondo de pensiones es el responsable de sufragar dicha suma; de conformidad con el artículo 77 de la Ley 100 de 1993. Y dentro del RPM se constituye reservas que pueden ayudar para financiar las prestaciones pensionales y además, el Estado es el encargado de velar por el pago de la pensión mínima; de conformidad con el artículo 20, modificado por el artículo 7° de la ley 797 del 2003 y 83 de la Ley 100 de 1993.

En conclusión, *ut supra* se evidenció la afectación del derecho a la Igualdad y Dignidad Humana de los jóvenes y de las personas que económicamente dependían de estos, los anteriores son derechos que el Estado debe amparar, pero también debe procurar la salvaguarda del principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Encontramos que dentro del problema, la Corte Constitucional ha sido enfática al manifestar que ante cualquier controversia que se suscite entre derechos fundamentales y la sostenibilidad financiera del sistema, siempre se preferirá salvaguardar los derechos fundamentales de la colectividad bajo cualquier circunstancia, así que al darle una aplicación mecánica al principio de sostenibilidad financiera se estaría desprotegiendo, de plano, derechos fundamentales y en igual sentido se estaría restringiendo la aplicación del principio internacional y constitucional de progresividad.

## **Ampliar La Cobertura De Protección Dentro De La Pensión De Sobrevivientes: Principio De Universalidad Y Progresividad**

### ***Principio de Universalidad***

Anteriormente se evidenció el vacío legislativo existente en el ordenamiento jurídico colombiano, con relación al sistema general de pensiones y la regulación de la pensión de sobrevivientes, en cuanto a la población joven del país; situación que es ostensiblemente lesiva para dicho sector y sus beneficiarios que son desprotegidos por el Estado, afectando su bienestar y así mismo, los derechos de Dignidad Humana e Igualdad.

La seguridad social además de ser un derecho fundamental tal como lo consagra el artículo 48 superior y como se puede deducir del artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando dispone que: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, [...] y a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad...” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 22) está sujeta a unos principios de orden constitucional y legal que a su vez son un elemento hermenéutico para los jueces, como también mandatos hacia el legislador o el ejecutivo para así llevar a cabo el desarrollo de los mismos; así, *el principio de universalidad*, es un principio constitucional que se debe tener en cuenta en todo momento de aplicación o regulación de normas de la seguridad social y que ahora mismo cobra mucha relevancia en el tratamiento del problema que se está mostrando.

Este principio ya se trató en el primer capítulo y por lo tanto, se entiende la importancia del mismo; pues, como ya se vio, *el principio de universalidad* consiste en salvaguardar a todas las personas de todas las contingencias que cubre el sistema, y se busca con este que el Estado pueda generar una amplia cobertura del régimen pensional, ya que el sistema de seguridad social es universal y esto implica la tendencia a cubrir o amparar a todos los hombres, sin hacer distingo (García, 2003).

A raíz de lo que este principio comprende, se hace necesario el análisis del mismo con relación al caso concreto del déficit de protección a los jóvenes a los cuales se les imposibilita acreditar las semanas requeridas por la ley para tener derecho a la prestación de sobrevivencia. Así, dicho principio en particular, resulta crucial para el conflicto en cuestión, puesto que, si se le da una verdadera aplicación e interpretación podrían estos jóvenes menores de 28 años ser incluidos y tendrían la posibilidad de dejar causada la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios y de esta forma el sistema cumpliría con esa cobertura amplificada, protegiendo a las familias que dependen económicamente de los jóvenes afiliados al sistema y así garantizándoles una vida en condiciones dignas.

Explicado lo anterior, se puede decir que, el principio en mención está altamente relacionado con la *progresividad* que debe encerrar el sistema colombiano, toda vez que, así lo ha dicho la Corte en su jurisprudencia disponiendo que el principio de “*universalidad*” específicamente en el área de la seguridad social está verdaderamente complementado por el principio de *progresividad* porque la Constitución Política dispone el deber del Estado colombiano de ampliar progresivamente la cobertura del sistema, lo que indica que la universalidad puede ser un resultado por medio del cual se obtiene la progresividad constitucionalmente requerida (Sentencia C 020, 2015).

En este orden de ideas, a propósito de la estrecha relación que guardan ambos principios, es necesario resaltar la importancia que tiene el *principio de progresividad*, en el ordenamiento jurídico colombiano, más precisamente para el sistema de seguridad social y es por eso que se tratará a continuación.

### ***Del Principio De Progresividad En La Pensión De Sobrevivientes***

La génesis de este principio es de orden internacional dado que Colombia taxativamente no contemplaba este principio dentro de la Constitución de 1991. Este principio funge como un deber que adopta el Estado colombiano a raíz de la ratificación de los tratados internacionales que lo contempla, dichos tratados, son:

La Convención de la OIT, la cual en su artículo 24 establece que: “Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.” (Convención de la OIT, 1989, art. 24).

En igual medida se tiene el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) que en el artículo 2 numeral 1 prescribe que los Estados que ratifiquen el presente Pacto se comprometen a adoptar medidas tendientes a ampliar “hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”; entre los cuales está la seguridad social.

Y también se encuentra El Protocolo de San Salvador el cual prescribe, grosso modo, en el artículo 1; que es obligación de los Estados partes adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se reconocen y consagra el protocolo, y en el artículo 9 establece, que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y además menciona que “en caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

El principio de progresividad, es definido internacionalmente por la noción que adoptó la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, este órgano aprobó el 7 de junio de 2005 las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del protocolo de San Salvador”, ya que en los informes nacionales que dispuso el protocolo de San Salvador los estados deben dar cuenta de las medidas progresivas allí adoptadas (Curtis, 2006, p. 4). El artículo 5 de dicho documento define el principio como: “El criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural” (Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del protocolo de San Salvador, 2004, p. 4)

Ahora bien, dentro del ordenamiento jurídico colombiano se hace alusión al referido principio cuando el artículo 48 superior, menciona que: “El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley” (Const. 1991, art. 48).

Así mismo, la jurisprudencia colombiana ha enfatizado reiteradamente en lo que se debe entender por principio de progresividad, menciona que es una carga estatal de orden constitucional e internacional, en vista de la cual, el Estado colombiano debe inclinarse hacia la realización de reformas que posibiliten cada vez mayor inclusión y ampliación con respecto de la

cobertura y calidad de la seguridad social en el país (Sentencia T 828, 2014).

Significa entonces, que el Estado colombiano tiene como deber propender por el avance de la seguridad social, donde se brinde la incorporación de más personas en situación de desprotección. Conlleva al cumplimiento de esta carga constitucional, materializando la progresividad cuando, por ejemplo; se expiden normas que abren pasos a nuevos beneficiarios de prestaciones a las que no tenían derecho, pues, de esta manera se extiende y amplía la cobertura del sistema.

Siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, en relación con el principio abordado, en jurisprudencia más antigua se ha planteado el mismo disponiendo que; Colombia es un Estado Social de Derecho, y por lo tanto debe velar por que todas las personas logren tener las mismas posibilidades y oportunidades dentro del contexto social y cultural, promoviendo políticas públicas que ayuden a conseguir una igualdad real entre los administrados; esto lo lleva a la obligación de avanzar con respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los cuales se encuentra el sistema general de pensiones y todas las prestaciones que esta ofrece, de esta forma, el Estado se encarga de no restringir ni agravar la situación de las personas más vulnerables (Sentencia C 727, 2009).

A manera de conclusión, la noción de este principio es sumamente relevante para cualquier sistema de seguridad social y el Estado colombiano es quien tiene el deber de mejorar cada vez más las prestaciones sociales en aras de los sectores más desfavorecidos y de esta forma se conseguiría proteger a la población colombiana, es decir que, si el Estado ve la posibilidad por vía legislativa en materia de pensiones para que los jóvenes como sector poblacional desprotegido puedan causar la prestación pensional de sobrevivencia a favor de sus beneficiarios (personas que en últimas también están siendo desprotegidas y excluidas por el Estado) y de esta manera logren mantener la calidad de vida que ostentaba el núcleo familiar cuando el joven estaba con vida; estaría no solamente ejecutando y dándole sentido a el *principio de universalidad* como se habló anteriormente, sino también brindando una ampliación de cobertura y el avance del sistema, con base en el *principio de progresividad* cumpliendo con su deber constitucional e internacional.

## Posibles soluciones a la omisión legislativa

### *Analogía*

La analogía es definida como un “recurso intelectual que busca la definición del Derecho en un caso discutido, comparándolo con un caso semejante indiscutido” (Riofrío, 2015, p. 11), es decir que se da aplicación de la ley a casos similares o semejantes por su causa, pero que en esencia no están contemplados o regulados por dicha disposición. Esta aplicación se justifica a partir del principio de igualdad.

Vale aclarar que existe una variedad de analogías, pero para el presente trabajo, solamente se utilizarán la *analogía iuris* y la *analogía legis*, que en últimas son las que verdaderamente le interesan al Derecho. La primera de ellas consiste en el estudio riguroso que hace el juez de varias disposiciones legales y de estas solamente extraerá los principios generales del derecho que la integran, para darle aplicación a una situación similar; la segunda consiste en aplicar la ley a una situación de hecho que no está contemplada o regulada taxativamente en dicha disposición, pero por ser esencialmente iguales hay lugar a darle aplicación (Sentencia C 083,

1995).

Las dos categorías de analogía sirven para llenar vacíos u omisiones legislativas, funcionan como criterio orientador de interpretación para el órgano judicial que es el encargado de aplicar el Derecho y quien también tiene una función integradora del ordenamiento jurídico, puesto que da sentido a las normas que se tornan dudosas y oscuras (Riofrío, 2015).

Ahora bien, para aplicar válidamente el concepto de “analogía” se debe cumplir unaserie de requisitos establecidos por la doctrina, los cuales según Riofrío (2015) son cuatro:

a. *La “existencia de un caso indiscutido”*, es decir que dentro del ordenamiento jurídico debe haber ley que regule un determinado caso que contenga semejantes características y de contera la dote de consecuencia jurídica. Este presupuesto se aplica en los casos de *analogía legis*, mas no de *analogía iuris*, puesto que esta también puede estar legitimada por la doctrina o jurisprudencia y no solo por la ley.

b. *“La existencia de un caso discutido”*, es decir, que exista un determinado supuesto de hecho y que este carezca de regulación normativa o que su interpretación sea oscura o dudosa.

c. *“Que exista semejanza entre los dos supuestos”*, necesariamente debe hacer una relación en razón de la materia regulada, puesto que no cabría hablar de analogía si carecen de este requisito.

d. *‘Que exista una “ratio decidendi” que recaiga sobre lo que es igual o semejante’* (pp. 14-15)

Ahora bien, se analizará si dándole aplicación a la analogía legis podemos solventar la omisión legislativa presentada.

El primer presupuesto se cumple, puesto que existe dentro del ordenamiento jurídico colombiano una disposición legal que regula el caso en concreto, sobre el particular es el párrafo 1 del artículo 39 de la ley 100 de 1993 el cual establece que: “Los menores de (20) años de edad solo deberán acreditar que han cotizado veintiséis semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria”, edad que se hizo extensiva hasta los 26 años, inclusive, mediante sentencia C 020 del 2015; sentencia que ampara a los menores de 26 años, pero al mismo tiempo desprotege a los de 27 y 28 años.

Sobre la aplicación de la analogía legis en materia laboral y de la seguridad social, la Corte Suprema de Justicia por medio de sentencia SL 3087 de 2014 concedió la prestaciónpensional de invalidez dándole aplicación al párrafo 1 del artículo 46 que fue modificado por el párrafo 1 del artículo 12 de la ley 797 de 2003, disposición legal que solamente, contempla los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. La Corte dijo que:

[...] encuentra la Sala que la sentencia acusada soslayó otro criterio jurisprudencial,

este sí trascendente frente la situación analizada y es el sostenido en el fallo de esta Sala

de 2 de agosto de 2011, rad. N° 39766, el cual contiene una regla jurisprudencial con-

sistente en que quien ha cumplido los requisitos en materia de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media, tiene derecho a la pensión de invalidez, así no haya cotizado en los últimos 3 años anteriores a la estructuración del estado de invalidez como lo exige la Ley 860 de 2003 (p. 5).

Así es que, analizando lo expuesto por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en las sentencias y teniendo en cuenta que se está tratando con un sector poblacional que padece serias dificultades para cotizar las 50 semanas a favor del sistema general de pensiones y que además se evidencia la existencia de jóvenes que son el único sustento económico para sus familias, quienes por no existir ley vigente no pueden acceder a la prestación económica de sobrevivientes. Además, nos ceñimos a una misma materia; la cual es seguridad social y sistema general de pensiones, si bien una prestación difiere de la otra en esencia, no obstante las dos poseen exactamente los mismos requisitos de adquisición.

Por otro lado, resulta viable analizar si dándole aplicación a la *analogía iuris* podríamos solventar, en igual sentido, el vacío legislativo ya descubierto y es que, si aplicamos los principios constitucionales de irrenunciabilidad de los derechos, principio de universalidad, progresividad y solidaridad, se podría garantizar el derecho a la seguridad social que reza en el artículo 48 constitucional.

En este orden de ideas, se concluye que aplicando la *analogía legis* o la *analogía iuris* se puede colmar el vacío legal que existe dentro del ordenamiento jurídico colombiano; mediante la *analogía legis*, los dos casos son exactamente los mismos, entonces resultaría acertado darle aplicación, o mediante la *analogía iuris*, de la cual se puede extraer los principios generales y hacer valer el derecho irrenunciable a la pensión de sobrevivientes a favor de los beneficiarios económicos de los jóvenes fallecidos, para los eventos en los que estos acrediten una cotización de 26 semanas, como sucede en la pensión de invalidez.

Vale la pena manifestar, que lo anterior es de posible aplicación dentro del ámbito pensio-  
nal, puesto que así está consagrado en el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo:  
“Cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican las que regulen casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia...”

### ***Principio Indubio Pro Operario y Favorabilidad***

Estos principios fundamentales, rigen dentro del sistema de seguridad social colombiano. El primero hace referencia al principio de favorabilidad en sentido amplio, y se aplica en eventos donde una o varias disposiciones legales admiten diversas interpretaciones al momento de aplicarse a un suceso en particular y se aplica la que brinde mayor protección al trabajador. Y la segunda, la favorabilidad en sentido estricto, es aplicable en los eventos donde existen varias disposiciones legales o leyes vigentes para el momento de causarse el derecho, entonces, en estos eventos se aplicará la más favorable al trabajador (Sentencia T 088, 2018).

Ahora bien, analizando de manera rápida el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, se aprecia que este consagra los requisitos que se deben acreditar para la dejar causada la pensión de sobrevivientes, entonces en primera medida podríamos advertir que no existe interpretación diversa a la que se logra deducir de su resorte, ni mucho menos existe duda sobre cuál norma es la que se debe aplicar, puesto que esa es la que está vigente para este momento.

No obstante lo anterior, si se tiene en cuenta la serie de dificultades que padecen los jóvenes para acreditar el requisito objetivo de 50 semanas y además, teniendo en cuenta la falta de regulación por parte del órgano competente y que una posible solución al problema planteado sería aplicando el parágrafo 1 del artículo 39 de la ley 100 de 1993 el cual fue modificado por el artículo 1 de la ley 860 del 2003, entonces, se evidencia que si se puede presentar una duda acerca de cuál norma es la que debe aplicarse para el evento fáctico, si la que rige para la pensión de sobrevivientes a sabiendas que es la más desfavorable y contraria a los intereses y derechos de los trabajadores y de sus beneficiarios o la que rige para la pensión de invalidez que resulta ser la más apropiada y protectora de los derechos fundamentales en tela de juicio.

### ***Excepción De Inconstitucionalidad***

La herramienta de la *excepción de inconstitucionalidad* está fundamentada en el artículo 4 Superior, cuando este manifiesta que: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.” (Const., 1991, art. 4).

El artículo 4 de la Carta Política les da la facultad a las autoridades; ya sean jueces o servidores públicos y hasta particulares, para que inapliquen cualquier norma jurídica que contraría la Constitución misma y en su lugar apliquen los preceptos de esta última. Esto con la única finalidad de proteger los derechos fundamentales que resulten vulnerados debido a la aplicación de una norma de inferior jerarquía que va en contraposición de las disposiciones de la Constitución Nacional.

Quinche (2015) considera que la excepción de inconstitucionalidad se predica cuando en un caso en concreto se presentan dos posibles soluciones contrarias entre sí, una de ellas consagrada en la ley y la otra en la Carta Magna, a lo que las autoridades deben ceñirse a la norma constitucional directamente, inaplicando la ley.

En ese mismo sentido, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional se ha pronunciado en distintas ocasiones sobre dicho control de constitucionalidad definiéndolo como una facultad que ostentan los operadores jurídicos, lo que significa que esta puede no ser interpuesta a manera de una acción. Sin embargo, más que una posibilidad de los operadores es a su vez un deber, por lo que las autoridades estatales no pueden pretermirla específicamente en eventos en que se encuentren con una contradicción manifiesta entre la norma jurídica aplicable a un caso concreto y la constitución (Sentencia T- 389 de 2009).

En el presente trabajo, toma relevancia la excepción de inconstitucionalidad como una posible solución o alternativa al problema planteado, toda vez que las autoridades administrativas o jueces de la república podrían hacer uso de la misma, cuando se encuentren ante casos concretos donde claramente se violan los derechos fundamentales como los de Seguridad Social e Igualdad de los jóvenes dentro del marco pensional y la vez, los derechos de Dignidad Humana y Mínimo Vital de su núcleo familiar como beneficiarios.

Como se evidenció anteriormente, este control de constitucionalidad es realizado por cualquier autoridad, lo que indica finalmente que en Colombia se realizan controles difusos y concentrados de constitucionalidad; al respecto Quinche (2015) explica que, el sistema de control constitucional acogido nacionalmente es mixto, pues, tiene características en común tanto con los sistemas concentrados como con los sistemas difusos de constitucionalidad; como ejemplo del primero tenemos a la Corte Constitucional como órgano único de control y del segundo las acciones de tutela que las ejerce cualquier órgano jurisdiccional.

Ahora bien, teniendo todo eso en cuenta, es importante referirse a los requisitos que se deben cumplir en tanto se pueda aplicar la excepción mencionada; al respecto la Corte Constitucional en sentencia T 681 de 2016 ha dicho que la excepción puede ser a petición de parte o *ex officio* siempre y cuando se esté frente a las siguientes circunstancias:

**a. “(i) La norma es contraria a los cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad”**

Esto es así, porque si ya existe un pronunciamiento judicial que sea abstracto y erga omnes, como por ejemplo la declaración de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional, el control difuso sería inviable, toda vez que ya se tomó una decisión con efectos para todos, lo que quiere decir, que toda decisión judicial y acciones de tutela inclusive, deben estar acordes a la luz de la sentencia ya resuelta por el órgano constitucional (Sentencia T- 103, 2010)

Por lo que es pertinente precisar, que cuando se ejerce la excepción mencionada, nos encontramos ante una decisión judicial con efectos *inter partes*, lo que indica que solo se aplicará para el caso resuelto en concreto, y que la norma no es expulsada del ordenamiento jurídico, por el contrario, esta sigue vigente.

**b. “(ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional...”** (Sentencia T- 669 de 1996, Corte Constitucional)

Este requisito indica que cualquier norma vigente que en su contenido no esté sino reproduciendo otra norma jurídica que ya fue declarada inconstitucional, podrá inaplicarse, ya que contraría directamente las disposiciones constitucionales.

**c. “(iii) En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental.”** (Sentencia T-103 de 2010)

Es decir, que la norma en cuestión de manera abstracta no es vulneradora de la Constitución, sin embargo, si se aplica en el caso en concreto inevitablemente vulneraría el ordenamiento constitucional.

En el caso que nos atañe, el requisito primero es fácilmente agotado por el tema central del trabajo, toda vez que, el artículo 46 de la ley 100 del 93 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 es actualmente vigente y por lo tanto constitucional, no obstante, como se ha expuesto anteriormente está en contraposición de los derechos fundamentales de los jóvenes colombianos, por no reconocerlos como un grupo vulnerable que necesita un trato desigual para llegar a la igualdad real y efectiva de que trata la Constitución Nacional; dejando desprotegida a la familia, desconociendo el derecho de contar con una vida en condiciones dignas.

Los operadores jurídicos pueden hacer uso de esta excepción que le es otorgada por la Constitución misma, para resolver casos de los jóvenes y sus beneficiarios desprotegidos en materia de pensiones y aplicar directamente los postulados constitucionales teniendo en cuenta los principios que se extraen de la misma en cuanto a la Seguridad Social, como son los principios ya vistos de universalidad, de progresividad e irrenunciabilidad de los derechos para lograr realizar un verdadero amparo y protección para dicho grupo poblacional.

En este orden de ideas, y en el caso concreto de los jueces de la república Quinche (2015) ha dicho que más allá de la teoría, es decir, en la vida real o en la práctica los jueces se abstienen de ejercer esta facultad/deber que se les otorga y esto es debido al temor “cierto o infundado” de ser acusados por prevaricato.

Lo anterior, es considerado inaceptable, pues, los jueces están llamados a poder ir más allá siempre y cuando se encuentren frente a un hecho que es manifiestamente contrario a los postulados constitucionales y no solo “ampararse al ministerio de la ley” cuando la misma muchas veces puede transgredir las esferas de los derechos fundamentales de los asociados del Estado Social de Derecho. Es por eso, que se les hace un llamado a los jueces a que reivindicquen su poder de decisión y motivación cumpliendo con las facultades y deberes que les otorga la Carta Política para poder amparar realmente los derechos de las personas, como en este caso en particular, los derechos de los jóvenes colombianos y sus familias.

### ***Facultad De Configuración Del Legislador***

Esta podría ser una solución apenas lógica, puesto que el único órgano facultado para expedir, crear, reformar, derogar e interpretar las leyes es el Congreso, así está taxativamente descrito en los numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución, donde se evidencian las facultades otorgadas.

## Conclusiones

El sistema general de pensiones es consolidado como derecho fundamental dentro del ordenamiento jurídico de Colombia, autodenominada esta última como un Estado Social de Derecho, por lo tanto, de tal derecho fundamental deben gozar todas las personas que hayan cotizado activamente a favor del sistema pensional y hasta donde de buena fe pudieron hacerlo.

El artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, prescribe como requisito objetivo una cotización de 50 semanas *sine qua non* las personas afiliadas no pueden dejar causada la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios o dependientes económicos, lo anterior es un atentado garrafal contra los derechos y principios constitucionales tanto de los jóvenes trabajadores como de sus beneficiarios económicos, toda vez que, como se vio en el capítulo 2 son un sector poblacional que atraviesan una serie de adversidades para poder ingresar o incluso mantenerse en el mercado laboral: las altas tasas de desempleo, que como se evidenció para el mes de junio 2021 estuvo en un 23.3%, la informalidad que si bien es cierto no hay una cifra exacta publicada por el DANE acerca de cuantos jóvenes trabajan en esta, para nadie es un secreto que los jóvenes también los afecta de manera negativa esta situación, pues si se hace un recorrido al interior de las zonas donde hay más comercio informal se refleja que muchas de esas personas son jóvenes. Por otro lado, se encuentra la inactividad, la cual es otra de las razones por la que los jóvenes no pueden cotizar ya que estos no estudian ni trabajan; y como última y no menos importante situación está la formación académica, un gran porcentaje de personas entre los 14 a 28 años están formándose académica y profesionalmente y que tan solo transcurridos 7 meses después de haber egresado como profesionales logran estabilizarse en un empleo. Son estas las razones fácticas por las que en el régimen pensional este sector debe ser tratado de una manera especial en relación con las semanas de cotización requeridas para alcanzar la prestación de sobrevivencia, porque las 50 semanas muy difícilmente las pueden acreditar.

El legislador, al obviar los cambios culturales, las vivencias reales y las dificultades que padecen estos jóvenes ante la viabilidad de configurar unos requisitos de cotización que pueden ser elevados para este sector les transgrede el derecho de Igualdad, puesto que no se les trata como personas de especial protección, porque ante todo lo visto fácilmente pueden ser catalogados como personas en estado de vulnerabilidad, tanto estos jóvenes como sus beneficiarios económicos a quienes se les vulnera el derecho fundamental a la Dignidad Humana, pues, al fin y al cabo es el núcleo familiar el que no puede obtener la calidad de beneficiarios quedando en completa desolación emocional y económica al momento de la muerte del joven trabajador, que era el único sustento o proveedor.

Además, se logró evidenciar en el presente trabajo, cuando se analizó la evolución que había tenido el sistema pensional a favor de la población joven colombiana y el evidente resultado fue que sí hubo una evolución a favor de los jóvenes, pero solo ante la posibilidad de acceder a la pensión de invalidez, más no ante la posibilidad de dejar causada la pensión de sobrevivientes, puesto que el requisito objetivo de densidad de semanas es muy elevado.

Es entonces donde se evidencia la omisión relativa que presenta la pensión de sobrevivientes en Colombia, dejando una laguna en dicha normatividad por no prever, ni introducir en la norma el elemento constitucional omitido, el cual es la protección a la seguridad social de los jóvenes y sus beneficiarios en condiciones de igualdad y dignidad, elemento que si se hubiera

introducido en la normatividad o disposición legal, estuviera acorde con nuestro ordenamiento Superior.

Para establecer una posible solución al problema vivido, se acude a los principios aplicables al régimen pensional como el de universalidad y progresividad, y se evidencia que a la luz de estos el Estado colombiano puede darle una solución cumpliendo con deberes constitucionales e internacionales sobre la ampliación de la cobertura y el amparo de los derechos económicos, sociales y culturales, tratando de que cada vez más personas sean incluidas y protegidas evitando medidas de regresividad, desigualdad y discriminación, para así garantizar mejores condiciones de vida a los sectores más vulnerables de la población.

Es por eso, que en la presente tesis se expusieron algunas posibilidades por las cuales el Estado puede actuar en favor de los jóvenes colombianos para que así prontamente este sector sea tratado de manera correcta en materia de pensiones integralmente, en virtud de su situación particular logrando una igualdad real y efectiva en el sistema para que así no se siga desprotegiendo ni a los jóvenes, ni a sus familiares que son quienes al final sufren el desamparo estatal.

El Estado colombiano tiene una variedad de instituciones y herramientas jurídicas de las que podría hacer uso y que podrían ser totalmente convenientes y aceptadas a la hora de dar solución a un problema social de tal relevancia, en donde están en juego los derechos fundamentales de un grupo vulnerable de la sociedad colombiana como lo son los jóvenes que cada día deben luchar contra una serie de obstáculos para poder alcanzar unos requisitos de ley que difícilmente pueden acreditar. Las figuras jurídicas como *la analogía*, *indubio pro operario o favorabilidad*, *excepción de inconstitucionalidad* e incluso *la configuración legislativa* son herramientas de las cuales se puede valer el Estado desde sus funciones judiciales o legislativas para poner fin a la vulneración de derechos que se presenta en la pensión de sobrevivientes actualmente; tomando conciencia de la problemática y dándole una solución justa en donde los beneficiarios de los jóvenes trabajadores colombianos puedan tranquilamente lograr alcanzar una pensión de este tipo, porque en últimas el joven trabajador siempre habría querido que sus dependientes económicos queden amparados y protegidos.

## Referencias

- Acto Legislativo 034 de 2004. Se adicionan los siguientes incisos y párrafo al artículo 48 de la Constitución Política. <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/view/gestion/gacetaPublica.xhtml>
- Arenas, G. (2018). El derecho colombiano de la Seguridad Social, Bogotá, Colombia, Legis S.A.
- Arrieta, C. (2011). Las reformas del sistema pensional colombiano. Friedrich-ebert-stiftung FES-COL, Análisis (5), p. 2. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/08859.pdf>
- Comisión de Derechos Humanos. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 22. 10 de diciembre de 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Constitución Política de Colombia [Const]. 4 de julio de 1991 (Colombia). [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Convenio de la Oficina Internacional del Trabajo. Convenio Núm. 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Artículo 24. 27 de junio 1989. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_345065.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf)
- Corte Constitucional. Sentencia C 020, M.P. María Victoria Calle Correa; 21 de enero del 2015. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-020-15.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia C 034, M.P. Alberto Rojas Ríos; 05 de febrero del 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-034-20.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia C 083, M.P. Carlos Gaviria Díaz; 01 de marzo del 1995. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-083-95.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia C 083, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; 29 de agosto del 2018. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-083-18.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia C 352, M.P. Alejandro Linares Cantillo; 25 de mayo del 2017. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-352-17.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia C 543, M.P. Carlos Gaviria Díaz; 16 de octubre del 1996. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-543-96.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia C 727, M.P. María Victoria Calle Correa; 14 de octubre de 2009. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-727-09.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia C 862, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 3 de septiembre del 2008. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-862-08.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T 088, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; 8 de marzo del 2018. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-088-18.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T 103, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; 16 de febrero del 2010. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-103-10.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T 167, MP. Juan Carlos Henao Pérez; 11 de marzo del 2011. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-167-11.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T 389, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. 28 de mayo de 2009. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-389-09.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T 422, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; 19 de junio de 1992. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-422-92.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T 669, M.P. Alejandro Martínez Caballero; 28 de noviembre de 1996. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-669-96.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T 681, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; 5 de diciembre del 2016. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-681-16.htm>

- Corte Constitucional. Sentencia T 826, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 05 de noviembre de 2014. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-826-14.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T 828, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 05 de noviembre de 2014. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-828-14.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia T 881, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; 17 de octubre del 2002. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso 2538, M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán; 9 de junio del 2021. <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bago2021/SL2538-2021.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso 3087, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz; 12 de marzo del 2017. [https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/csj\\_scl\\_sl3087\\_2014\\_2014.htm](https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/csj_scl_sl3087_2014_2014.htm)
- Courtis, C. (2006). Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. <https://nuevatribuna.opennemas.com/media/nuevatribuna/files/2015/06/26/ni-un-paso-atras-la-prohibicion-de-regresividad-en-materia-de-derechos-sociales.pdf>
- Decreto 758 de 1990. [Ministerio de Trabajo y Seguridad Social]. Por el cual se aprueba el acuerdo número 049 de febrero de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios. 18 de abril de 1990. [https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto\\_0758\\_1990.htm](https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_0758_1990.htm)
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2020). Panorama sociodemográfico de la juventud en Colombia. <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/genero/informes/informe-panorama-sociodemografico-juventud-en-colombia.pdf>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2021). Boletín Técnico Mercado Laboral Según Sexo. [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech\\_genero/boletin\\_GEIH\\_sex0\\_a0r21\\_jun21.pdf](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_genero/boletin_GEIH_sex0_a0r21_jun21.pdf)
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2021). Empleo informal y seguridad social. [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech\\_informalidad/bol\\_geih\\_informalidad\\_a0r21\\_jun21.pdf](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/bol_geih_informalidad_a0r21_jun21.pdf)
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2021). Empleo y Desempleo. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2021). Mercado laboral de la Juventud. [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/juventud/Boletin\\_GEIH\\_juventud\\_mar21\\_may21.pdf](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/juventud/Boletin_GEIH_juventud_mar21_may21.pdf)
- Duque Quintero, S., González Sánchez, F., Cossío Acevedo, N., Martínez Monsalve, S. (2018). Investigación en el saber jurídico. Universidad de Antioquia.
- Fernández, F. (2009). El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. Estudios Constitucionales. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82011841002>
- Franco, W. y Gómez, J. (2018). Derechos familiares de trabajadores pensionales de menores de 26 años por muertes comunes. [Tesis de especialización, Universidad Libre]. Repositorio Institucional – Unilibre. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/17903/DERECHOS%20FAMILIARES%20DE%20TRABAJADORES%20PENSIONALES%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- García, M. (2003). Teoría y práctica de la seguridad social. Guadalajara, México: Universidad de Guadalajara. <https://elibro.net/es/ereader/bibliounaula/74210?page=47>.
- Hernández, M.V. (2015). El problema de las lagunas. Rasgos distintivos y razones de las peculiaridades de las lagunas canónicas. Universidad Católica de Valencia San Vicente Martir. <https://riucv.ucv.es/handle/20.500.12466/183>
- Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. 23 de diciembre de 1993. D.O. No. 41.148. [http://www.secretaria-senado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0100\\_1993.html](http://www.secretaria-senado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html)
- Ley 1622 de 2013. [Departamento Administrativo de la Función Pública] Por medio de la cual se expide el estatuto de ciudadanía juvenil y se dictan otras disposiciones. 29 de abril del 2013. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=52971>
- Ley 797 de 2003. Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales. 29 de enero del 2003. D.O. No. 45.079. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0797\\_2003.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0797_2003.html)
- Ley 860 del 2003. Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones. 29 de diciembre del 2003. D.O. No. 45.415. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0860\\_2003.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0860_2003.html)
- Noticias Universidad Libre. (2018). La Universidad Libre revela preocupante radiografía del desempleo juvenil en Colombia. <http://www.unilibre.edu.co/bogota/ul/noticias/noticias-universitarias/3548-la-universidad-libre-revela-preocupante-radiografiadel-desempleo-juvenil-en-colombia>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 2. 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: Protocolo de San Salvador. 17 de noviembre de 1988. <https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf>
- Quinche, M. (2015). La acción de inconstitucionalidad. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario. <https://elibro.net/es/ereader/bibliounaula/69683?page=29>
- Real Academia Española. (s.f.). Laguna. En Diccionario de la lengua española. Recuperado en 26 de junio del 2021, de <https://normas-apa.org/referencias/citar-diccionario/>
- Riofrío, J. (2015). Alcance y límites de la interpretación analógica. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires 2015, no.79 pp. 197-215. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2846/1/alcance-limites-interpretacion-analogica.pdf>
- Rodríguez, R. (2019). Tratado sobre Seguridad Social. <https://elibro.net/es/ereader/bibliounaula/122380>
- Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral. Proceso 2019-00420, M.P. Hugo Alexander Bedoya Díaz, Guillermo Cardona Martínez y Carmen Helena Castaño Cardona; 10 de marzo del 2021.
- Tribunal Superior de Medellín, Sala Sexta de Decisión Laboral. Proceso 2017-00243, M.P. Ana María Zapata Pérez, Diego Fernando Salas Rondón y María Patricia Yepes García; 11 de agosto de 2020.