

CONCEPTO 11810 DE 2008

(septiembre 24)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá D. C.

PARA: Dra. ANA SOCORRO GIRAL JUNCA

Gerente - Seccional Cundinamarca y D.C.

DE: Dirección Jurídica Nacional – Unidad de Seguros

ASUNTO: Su oficio GSC - 379 - Aplicación de la sentencia C-[336](#) de 2008

Pensión de Sobrevivientes para parejas homosexuales

Respetada Doctora:

Acuso recibo de su comunicación de la referencia por medio de la cual solicita a este Despacho se establezca la aplicación de la sentencia C-[336](#) de 16 de abril de 2008, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró exequibles algunas expresiones contenidas en el artículo [47](#) de la Ley 100 de 1993 modificado por el Artículo [13](#) de la Ley 797 de 2003 y en el artículo [74](#) de la Ley 100 de 1993 también modificado por el Artículo [13](#) Ibidem, en el entendido que son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-[521](#) de 2007 para las parejas homosexuales.

Sobre el particular es pertinente formular las siguientes consideraciones:

En primer lugar, se remite su memorial de consulta a establecer los efectos de la sentencia C-[336](#) de 2008, de manera que se señalen los lineamientos temporales a seguir para su aplicación y especialmente se definan los parámetros a tener en cuenta en aquellos casos en que el causante falleció con antelación a la expedición de la sentencia aludida.

Frente a este punto y una vez revisado el contenido expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-[336](#) del 16 de abril de 2008, esta Dirección encuentra que no hay pronunciamiento explícito de la Corporación en relación con el ámbito de aplicación temporal del mencionado fallo.

No obstante ello, este Despacho encuentra, que la única mención que se presenta en dicha sentencia en relación con su aplicación temporal se ubica en el acápite 7.8 que al tenor señala:

“7.8. En conclusión, como lo ha considerado esta corporación, desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual pueda acceder a la pensión de sobreviviente de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo, configura un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha

exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja.

En efecto, si se reconoce jurídicamente a las parejas del mismo sexo, por ahora, y en este caso, la Corte deriva de tal condición sólo la consecuencia jurídica del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes”. (subrayado por fuera del texto)

Ahora bien, como en el párrafo anterior no se consigna de forma expresa el tipo de efectos que deberá otorgarse a la sentencia dictada, este Despacho considera pertinente acudir a las reglas generales que sobre el particular se han dispuesto tanto por las normas de interpretación así como en la jurisprudencia proferida sobre este punto.

Por tal razón, la primera pauta a tener en cuenta para determinar los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control constitucional se encuentra consagrada en el artículo [45](#) de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, de acuerdo con la cual, las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo [241](#) de la Constitución Política, **tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario**. (Resaltado fuera de texto)

En el mismo sentido, es preciso destacar que la doctrina ha señalado sobre este punto que “el artículo [45](#) de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de Colombia determina que las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control “tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”, norma que fue declarada exequible, por la sentencia de la Corte Constitucional C-[037](#) de 1996, precisando que, “Los efectos concretos de la sentencia de inexequibilidad dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución que aconseja atribuir a la decisión efectos ex tunc, esto es, retroactivos y el respeto a la seguridad jurídica que, por el contrario, sugiere conferirle efectos ex nunc, esto es únicamente hacia el futuro”⁽¹⁾.

De igual manera, la misma Corporación jurisprudencial ha puntualizado sobre los efectos de sus sentencias de constitucionalidad lo siguiente:

Esta corporación en jurisprudencia reiterada ha precisado cuáles son los efectos en el tiempo de los fallos que, en ejercicio del control de constitucionalidad, le corresponde dictar.

Es regla general que las sentencias que la Corte Constitucional expide en desarrollo de las atribuciones consagradas en el artículo [241](#) C.P., **sólo producen efectos hacia el futuro, a menos que la propia Corte resuelva darle efectos retroactivos. En este último caso, el juez constitucional debe señalar, en forma expresa e inequívoca**, tal circunstancia, es decir, que la decisión adoptada se aplica a situaciones ocurridas con anterioridad a su pronunciamiento. (negritas por fuera del texto)

La Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, establece en el artículo [45](#), esas mismas reglas, así: "Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo [241](#) de la Constitución Política, **tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario**" (énfasis no original).

Esta atribución, como ya lo ha dicho la Corte, está íntimamente ligada con la misión que se le confía al guardián de la Constitución, de asegurar la integridad y supremacía del ordenamiento supremo.

"La facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo [241](#), de guardar la "integridad y supremacía de la Constitución", porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos. En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel"

A las preguntas sobre ¿cuál es la autoridad llamada a señalar los efectos de los fallos de la corte? y ¿de qué modo puede hacerlo?, la jurisprudencia ha dado también, una respuesta contundente:

"Sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad" Sentencia C-270/00 Referencia: expediente D-2519 Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de dos mil (2000). (Se destaca)

La declaratoria de inexecutable proferida por la Corte Constitucional es una orden para que ni las autoridades estatales ni los particulares la apliquen o, en otros casos, una facultad para que dejen de aplicarla. Es decir, es la de restarle efectos a la disposición inconstitucional. Adicionalmente, contiene implícita otra orden en aquellos casos en que sea resultado de una confrontación del contenido material de la norma con la Constitución: la prohibición al legislador de reproducir la disposición declarada inexecutable. La decisión adoptada por la Corte es la de sacarla del ordenamiento jurídico, de tal modo **que no siga surtiendo efectos hacia futuro**, independientemente de que, mediante una ficción jurídica, en ocasiones excepcionales, la Corte profiera una decisión retroactiva o difiera sus efectos hacia futuro. Sentencia C-329/01 Referencia: expediente D-3175 Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL Bogotá, D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil uno (2001)

De conformidad con las disquisiciones expuestas, en el caso concreto de la sentencia C-[336](#) de 2008, se está en presencia de una clara sentencia de constitucionalidad cuyos efectos están definidos por el artículo [243](#) de misma Carta Política y que han sido objeto de reiterado análisis por la jurisprudencia del mismo tribunal constitucional, al punto que puede decirse con pleno convencimiento que las sentencias dictadas en ejercicio del control de constitucionalidad a) tienen efecto erga omnes, es decir, general y obligatorio, tanto para particulares como para autoridades públicas; b) por regla general, **surten efectos hacia el futuro** y, c) son definitivas en la medida en que no pueden ser objeto de un segundo debate judicial.⁽²⁾"

Habiendo dejado claro lo anterior, este Despacho concluye que los efectos temporales en el caso de la sentencia C-[336](#) de 2008, deben surtirse hacia futuro, por cuanto no hubo precisión alguna sobre este punto por parte de la misma Honorable Corte Constitucional.

No obstante ello, esta Dirección estima pertinente resaltar que para determinar los efectos prácticos de la sentencia en comento, se debe estar en consonancia con lo preceptuado en el artículo del [331](#) del Código de Procedimiento Civil y en tal medida, para determinar la fecha a partir de la cual se dará paso a la aplicación de la decisión de la Corte Constitucional se seguirán las siguientes pautas:

Como el término de la ejecutoria de las sentencias vence tres días después de la notificación de las mismas, y ésta se entiende surtida al vencimiento del término de desfijación del edicto, de conformidad con el artículo [323](#) del mismo código, se entiende que para el caso que nos ocupa,

la Honorable Corte Constitucional adoptó la sentencia C-[336](#) de 2008 el pasado 16 de abril de 2008, y comunicó su texto a través del edicto No. 091, el cual fue fijado el 5 de junio y desfijado el 9 de Junio de 2008. En esa medida, el término de ejecutoria de la referencia corrió 3 días después de la desfijación del edicto, esto es el día 12 de junio de 2008.

De la cronología anterior se establece por este Despacho que la sentencia anterior quedó debidamente ejecutoriada el día 12 de junio de 2008, fecha que deberá ser tenida en cuenta para establecer los efectos fiscales de las pensiones de sobrevivientes que se reconozcan a favor de las parejas del mismo género que cumplan con los requisitos legales para tal efecto.

Concordante con lo expuesto, y como quiera que se pudo establecer que en el presente caso no opera la retroactividad en la decisión jurisprudencial proferida, en tratándose de aquellos casos en que el hecho de la muerte del afiliado o pensionado que conformaba una pareja permanente del mismo género, ocurrió con anterioridad a la aludida declaratoria de exequibilidad, habrá de tenerse en cuenta el mismo parámetro temporal consignado en el párrafo anterior, esto es, que aunque el hecho de la muerte haya tenido ocurrencia en fecha anterior al 12 de junio de 2008, los efectos fiscales del derecho pensional reconocido, solamente adquieren su plena eficacia y operatividad a partir de dicho momento y no antes. Lo anterior, en consideración a que previo a dicho pronunciamiento no existía norma aplicable o criterio auxiliar de interpretación que facultara a la administración para efectuar este tipo de reconocimientos.

Para concluir este acápite sobre los efectos temporales de la sentencia objeto del presente concepto, este Despacho considera pertinente resaltar, que frente a aquellas solicitudes en que el deceso del causante se haya producido con posterioridad al 12 de junio de 2008, se procederá a fijar como fecha de causación del derecho, la que rige por regla general para el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes y que está determinada por la correspondiente fecha de defunción del afiliado o pensionado.

El segundo punto a dilucidar, es el referido a las ritualidades que deben ser tenidas en cuenta para acreditar la condición de parejas permanentes de conformidad con los parámetros establecidos en la sentencia C-[336](#) de 2008, que remiten a los términos señalados en la sentencia C-[521](#) de 2007 para parejas homosexuales.

Sobre el particular, conviene en señalar esta Dirección que el estudio de la Corte Constitucional contenido en la sentencia C-[336](#) de 2008, frente a este punto, se centró en precisar lo siguiente:

“Al resultar extensivos los efectos de estas normas a las parejas integradas con personas del mismo sexo, a los compañeros o compañeras del mismo sexo les corresponde acreditar su condición de pareja, para lo cual deberán acudir ante un notario para expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable, de la cual posteriormente pueden derivar prestaciones de una entidad tan noble y altruista como la correspondiente a la pensión de sobrevivientes”. (subrayado fuera del texto)

De lo anterior se infiere que fue exigencia de la corporación constitucional el precisar que a las personas destinatarias de su interpretación les asiste la obligación de acreditar su condición de pareja del mismo género por medio de una declaración personal ante notario en la que se exprese su voluntad de conformar una pareja singular y permanente con un compañero del mismo sexo.

Como quiera que en la parte resolutive de la sentencia se consignó que “(...)son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea

acreditada en los términos señalados en la sentencia C-[521](#) de 2007 para las parejas homosexuales”, es preciso señalar que frente a este punto, los entonces demandantes del proceso de constitucionalidad solicitaron a la Corte Constitucional, por medio de escrito calificado 12 de junio de 2008, la aclaración de la parte resolutoria del fallo, por cuanto se consideraba que “la misma induce a un equívoco, ofrece un verdadero motivo de duda, es ambigua y susceptible de ocasionar perplejidad en su intelección”.

La argumentación consignada en la solicitud de los demandantes establecía que hacer uso de las previsiones contenidas en la sentencia C-[521](#) de 2007 para dar aplicación a la sentencia C-[336](#) de 2008, “(...)implica que, en muchos casos, dicha reclamación no puede verse antecedida de una declaración ante notario de ambos miembros de la pareja, por la simple razón de que uno de ellos puede morir antes de surtir tal trámite. Cosa distinta sucede con la cobertura familiar en salud, que se predica de parejas cuyos dos miembros cotizante y beneficiario están vivos, y que por ende en todos los casos pueden acreditar su convivencia como requisito previo de acceso a la prestación.

Así las cosas, el equívoco, duda, ambigüedad o perplejidad que genera la expresión de la parte resolutoria de la sentencia C-[336](#) de 2008 cuya aclaración se solicita en el presente escrito consiste en que la misma puede ser interpretada en el sentido de que la única manera a través de la cual los miembros de parejas permanentes del mismo sexo pueden acceder a la pensión de sobrevivientes es demostrando la existencia de una declaración ante notario de ambos miembros de la pareja, contentiva de su voluntad de conformar una pareja singular y permanente. Esta interpretación es inconstitucional y va en contra del espíritu y objetivo de la sentencia C-[336](#) de 2008 consistente en ampliar la protección otorgada a las parejas heterosexuales a las parejas del mismo sexo, por dos razones fundamentales.

De una parte, dicha interpretación genera la imposibilidad absoluta de acceder al derecho a la pensión de sobrevivientes en los casos en los cuales las parejas del mismo sexo no logran hacer la declaración ante notario de su voluntad de convivir en pareja antes del fallecimiento de uno de sus miembros, lo cual puede fácilmente suceder en todas aquellas situaciones en las cuales el fallecimiento resulta sorpresivo, imprevisto o imprevisible. Esta imposibilidad absoluta va en contra de la importancia de que existan mecanismos y procedimientos idóneos para garantizar el acceso efectivo a los derechos de las parejas del mismo sexo y para evitar que estas encuentren obstáculos a su materialización, que ha sido resaltada por la Corte Constitucional en su reciente jurisprudencia sobre la materia.

De otra parte, la interpretación según la cual la exigencia de la declaración ante notario de la voluntad de convivir en pareja es el único mecanismo para acreditar la condición de pareja permanente en el caso de las parejas del mismo sexo genera una nueva discriminación de estas parejas en relación con las parejas heterosexuales, pues dicha exigencia no es aplicable a estas últimas parejas que, de conformidad con la ley, cuentan con otros mecanismos para acreditar su condición de tales como requisito de acceso a la pensión de sobrevivientes”.

En este punto, la Dirección Jurídica del Seguro Social considera oportuno hacer notar que las razones expuestas por los demandantes en el escrito de aclaración de la sentencia de constitucionalidad aludida, tienen plena coincidencia con el punto de consulta contenido en su memorial suscrito, motivo por el cual, se estima pertinente dilucidar el asunto, haciendo uso de la respuesta que sobre el particular emitió la Corte Constitucional a través del Auto No. 163 del 09 de julio de 2008, por medio del cual rechazó por improcedente la solicitud de aclaración de la parte resolutoria de la sentencia C-[336](#) de 2008.

Sustentó su rechazo el máximo tribunal constitucional de la siguiente manera:

“10. Que, contrario a lo expuesto por los solicitantes, la Sala considera que las expresiones sobre las cuales recae la petición de aclaración no generan equivoco, duda, ambigüedad o perplejidad en su intelección, pues su texto envía a las previsiones de la Sentencia C-[521](#) de 2007 y en ésta **no se encuentra expresamente establecido que los integrantes de la pareja están obligados a concurrir simultáneamente ante el notario**; en la Sentencia C-[521](#) de 2007, se dijo:

“La condición de compañero (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto; por lo tanto, el fraude o la ausencia de veracidad en las afirmaciones hechas durante esta diligencia acarrearán las consecuencias previstas en la legislación penal y en el resto del ordenamiento jurídico”. (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

Así mismo concluyó la Corporación afirmando lo siguiente: “12. Que los eventuales abusos en que puedan incurrir los operadores jurídicos al aplicar lo dispuesto en la Sentencia C-[336](#) de 2008, pueden dar lugar a las acciones consagradas en el ordenamiento jurídico para la defensa de la legalidad objetiva y de los derechos fundamentales, más no a una aclaración en los términos pretendidos por los solicitantes”.

En consonancia con lo expuesto, esta Dirección establece que para dar aplicación a la sentencia C-[336](#) de 2008, que remite a la acreditación de la condición de pareja permanente del mismo sexo conforme a los términos señalados en la sentencia C-[521](#) de 2007, deberá tenerse especial consideración de la declaración que se haga ante la autoridad notarial por parte de los integrantes de la pareja, manifestación ésta que gozará de la presunción de la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto y frente a la cual no podrá exigirse por parte del operador administrativo, que se haya suscrito en forma simultánea por los dos miembros de la pareja, por hallarse en imposibilidad jurídica de hacerlo ante el acaecimiento del hecho de la muerte respecto de uno de ellos.

En síntesis, exigir la declaración simultánea de los dos miembros que conforman la pareja permanente del mismo género, haría que la garantía a la pensión de sobrevivientes se convierta en un derecho de imposible consecución a la vez se constituye en una exigencia que no fue establecida por la Corte Constitucional para hacer valer el derecho fundamental pretendido.

En los anteriores términos esperamos haber su consulta.

Cordialmente,

Original Firmado

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS

Director Jurídico Nacional

Copia:

-Dra. Clara Ivy González Marroquin

Vicepresidencia de Pensiones ISS

-Dra. Isabel Cristina Martínez Mendoza

Gerente Nacional de Atención al Pensionado ISS

RAMG/jaac

Rad. 6923

Pensión Sobrevivientes parejas del mismo género

15 sept. 08

NOTAS AL FINAL:

1. OLANO GARCIA, Hernán Alejandro. “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”,
Revista Universitas Javeriana, 18 de agosto de 2004

2. T-322 de 1999



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

