

CONCEPTO 14060 DE 2008

(noviembre 19)

<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: DIRECCION JURIDICA NACIONAL – UNIDAD SEGUROS

ASUNTO: Su oficio No. 062.2.10 No. 3293

Pensión de sobrevivientes compañera permanente – Decreto [3041](#) de 1966

Respetada Doctora:

Acuso recibo de su comunicación de la referencia por medio de la cual solicita a este Despacho emita concepto jurídico relacionado con la viabilidad o no de reconocer una pensión de sobrevivientes a favor de la señora María Bernarda Mora Torres, teniendo en cuenta que el titular de la prestación, señor Inocencio Castiblanco, hoy causante, falleció el 22 de junio de 1986 y para dicha época sólo se presentaron a reclamar el pretendido derecho prestacional las hijas debidamente representadas por la hoy solicitante, pensión ésta que disfrutaron hasta tanto cumplieron los requisitos legales para tal efecto.

No obstante ello, en la actualidad la señora Mora Torres reclama el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente del afiliado, allegando para ello copia autenticada de la notaría de Fusagasuga, en la que se autoriza al Instituto de Seguro Social para que reconozca y pague todos los derechos que le pudieran corresponder, a la mencionada señora.

Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso formular las siguientes consideraciones:

Para absolver el caso de cita, es oportuno distinguir dos eventos, el primero de ellos, el relacionado con el presunto vacío normativo para regular el caso concreto a la luz del acuerdo [224](#) de 1966 y el segundo, el que hace referencia a la viabilidad de reconocer la prestación invocada frente a los preceptos constitucionales de la Carta Política de 1991.

1. Pensión de sobrevivientes en el Seguro Social antes de la Constitución de 1991 y de la entrada en vigencia de la Ley [100](#) de 1993.

El derecho a la sustitución pensional es una garantía que permite a una o varias personas entrar a gozar de los beneficios de una prestación económica antes percibida por otra, lo cual no significa el reconocimiento del derecho a la pensión sino la legitimación para reemplazar a la persona que venía gozando de este derecho.

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

En desarrollo de la anterior finalidad, el Instituto de Seguro Social consagró en su artículo [55](#), por remisión directa del precepto contenido en el artículo [62](#) de la Ley 90 de 1946⁽¹⁾, el reconocimiento de pensiones de viudedad y orfandad cuando estipuló “la posibilidad para que los ascendientes legítimos y naturales del asegurado tuvieran los mismos derechos, siempre que por otra parte, llenen los requisitos exigidos en su caso; y a falta de viuda, será tenida como tal la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte, o con la que haya tenido hijos, si en varias mujeres concurren estas circunstancias, solo tendrán un derecho proporcional las que tuvieran hijos del difunto”.

De la norma anterior, se infiere que fue voluntad del legislador del año 1946 establecer que la compañera permanente podrá, a falta de viuda, sustituir en el derecho pensional al compañero que fallece, siempre y cuando ambos hubiesen convivido durante los tres años anteriores a la muerte - o hubieran tenido hijos -.

De forma posterior, en el año 1966, el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales expidió el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, el cual fue recogido en el Acuerdo 224 de 1966 y aprobado por el Gobierno Nacional por medio del Decreto [3041](#) de 1966, de acuerdo con el cual, las prestaciones en caso de muerte que serían reconocidas por el Instituto se otorgarán a favor del cónyuge sobreviviente y de los huérfanos de acuerdo con los parámetros porcentuales y legales establecidos en los artículos [21](#) y [22](#) de dicho cuerpo normativo.

Nótese como la consagración anterior no tuvo en cuenta la posibilidad de reconocimiento prestacional a favor de la compañera permanente del causante, pero tampoco dispuso tal prohibición. Es más, revisadas cuidadosamente las notas de derogatoria contenidas en el Decreto 3041 de 1966, no se observa que haya mediado una derogatoria expresa de la norma cuestionada, puesto que en su artículo [66](#) se dispuso “Deróganse el Acuerdo 188 de 1965, el artículo 44 del Acuerdo 150 de 1963 y todas las disposiciones que sean contrarias a este reglamento”.

Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso determinar si en el caso objeto de estudio, al no mediar una derogatoria expresa, ha operado la denominada derogatoria tácita, para ello, es preciso hacer uso de las reglas de la hermenéutica jurídica de acuerdo con las cuales, una derogación expresa opera cuando la nueva ley taxativamente lo establece. Por lo general, toda ley incluye al final un artículo que suele llamarse “Derogatorias”, es allí donde expresamente señala qué artículos y qué leyes se derogan. En este evento no hay ningún problema o duda frente a la vigencia de las normas que han sido derogadas. No se requiere ninguna interpretación para determinar la vigencia o no de una ley anterior, sencillamente se excluye de la legislación o de la normatividad, las leyes y los artículos expresamente señalados en la nueva ley.

La dificultad se presenta cuando la nueva norma no manifiesta expresamente la derogación de una norma anterior, pero que al comparar la norma nueva con la anterior, resultan claramente opuestas y/o contradictorias, por lo que se hace necesario proceder a interpretar la vigencia o no

de la norma anterior.

En este caso, sucede el fenómeno de la derogatoria tácita, el cual sucede cuando la nueva norma contradice, pugna, o colisiona con la norma anterior. Cuando no es posible conciliar la norma nueva con la que le precede.

La derogatoria tácita, no necesariamente invalida toda la norma anterior, sino sólo aquella parte que no sea posible conciliar. La derogatoria tácita deja vigente en la norma anterior todo aquel aspecto que no riña directamente con la nueva norma. Es por eso que se da el caso en que una norma puede seguir parcialmente vigente, porque mientras que no sea contraria a la nueva norma, la anterior seguirá vigente en los aspectos conciliables con la nueva, tal como lo consagra el artículo [72](#) del código civil colombiano.

Frente a las disquisiciones anteriores, se puede constatar que la norma contenida en la Ley [90](#) de 1946, al no pugnar directamente con la previsión contenida en el Decreto [3041](#) de 1966, en materia de pretendidos beneficiarios de las prestaciones económicas con ocasión de la muerte de los afiliados, la complementa y concilia sus mandatos a fin de proteger la institución de la familia y su derecho a la sustitución pensional.

Se infiere entonces, que en presente caso, ni se está ante una laguna legal, puesto que existe consagración normativa expresa aplicable para la solución de casos donde media el deceso de un afiliado que cuenta con pretendidos beneficiarios, ni tampoco hay lugar a aplicar la premisa interpretativa según la cual, cuando hay pugna entre dos normas que gobiernan la misma materia, prevalecerá la ley posterior, que sirve a la vez de sustento para la figura de la derogatoria tácita, toda vez que cuando se expide una nueva norma, ésta derogará toda norma anterior que le sea contraria o se le oponga ya que como se hizo notar en forma precedente, las normas objeto de cuestionamiento (ley [90](#) de 1946 y Decreto [3041](#) de 1966) concilian el punto relacionado con la determinación de las personas a quienes les asiste la legitimidad para solicitar el derecho prestacional y no riñen entre ellas, en cuanto a la definición de los titulares del mismo.

2. Las normas cuestionadas a la luz de la Constitución de 1991.

Habiendo dejado claro lo anterior, en este punto, se confrontará la validez de la aplicabilidad legal anterior frente a los parámetros contenidos en la Carta Política de 1991, donde se reconoce una protección especial de la familia dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

En los términos contenidos en la Carta Política de 1991, se ampara a la familia como la institución básica de la sociedad (artículo [5º](#)), lo que como ha dicho la Corte Constitucional, conduce a procurar un modelo de sociedad colombiana basado en los principios de la unidad familiar, construido desde la responsabilidad entre sus miembros, el cumplimiento de los deberes de cada uno y la satisfacción de las necesidades de todos sus integrantes. Lo que ha implicado necesariamente, el reconocimiento de la realidad sociológica colombiana de las relaciones familiares, que comprende entre otras, las relaciones maritales de hecho, las que como ha señalado la jurisprudencia constitucional, no sólo cumplen una función de carácter espiritual, sino de carácter material con relación a los miembros que la integran (sentencia C-190 de 1994).

El artículo [42](#) superior en desarrollo de este principio, reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y establece que ella se constituye bien sea a partir de vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre o de una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Colocándose de esta manera y con fundamento constitucional, en un mismo plano de igualdad tanto a la familia constituida por vínculos

naturales como jurídicos (sentencia T-042 de 1994).

Es preciso destacar que bajo la égida de la Constitución de 1863, el único matrimonio válido era el contemplado en la ley y se refería al matrimonio civil. Reconocimiento éste que también consignó la Ley 153 de 1887.

Fue solo un siglo después, en el año 1990 cuando se reguló el fenómeno social de la convivencia permanente de la pareja que se conocería como la “unión marital de hecho”, por considerarse desde entonces como fuente de familia y por ser fuente de efectos jurídicos y patrimoniales.

Con el propósito de proteger a los integrantes de la familia establecida por vínculos naturales, la Ley 54 de 1990 define las uniones maritales de hecho, como “la forma entre un hombre y una mujer que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular”, denominándose así compañero o compañera permanente, a los miembros de esta pareja, es decir, al hombre y a la mujer que forman parte de la unión marital de hecho (artículo 1º, Ley 54 de 1990).

No obstante lo anterior, la suerte de la denominada “pensión de sobrevivientes” que es una especie contenida dentro del género de los derechos de la previsión social, ha contado con un reconocimiento normativo distinto, aunque no incompatible, con el que se ha formulado desde el ámbito constitucional.

Por ello, a pesar que en el artículo [48](#) superior se consagra el deber de garantizar a todos los habitantes el derecho a la seguridad social en concordancia con la protección de la familia regulado por el artículo [42](#), su reconocimiento y formas de sustitución ya habían sido objeto de protección normativa por parte del legislador nacional, en proyección del actual resguardo de la institución de la familia.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en la sentencia de tutela T-[190](#) de 1993, señaló:

“El derecho a sustituir a la persona pensionada o con derecho a la pensión obedece a la misma finalidad de impedir que sobreviniera la muerte de uno de los miembros de la pareja el otro no se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales”(sentencia T-190 de 1993).

Consecuente con esta finalidad, el derecho de pensión de invalidez o muerte en favor de la concubina se estableció inicialmente a partir de la Ley [90](#) de 1946, aunque se debe precisar que éste derecho sólo operaba cuando se producía la ausencia de la cónyuge supérstite, siempre que se demostrara que la concubina había hecho vida marital durante los tres últimos años anteriores a la muerte del causante.

Posteriormente, la Ley [12](#) de 1975 creó una pensión especial para sobrevivientes, que consistía en reconocer a la cónyuge o a la compañera permanente la pensión del trabajador que teniendo derecho a ésta muriera antes de cumplir la edad establecida en la ley. Este derecho que era exclusivo de la cónyuge sobreviviente se amplió a la compañera permanente, aunque aparentemente las colocaba a las dos en un mismo plano de igualdad frente a la pensión de jubilación, esta extensión del derecho se limitó a un orden de precedencia excluyente, de tal suerte que sólo a la falta de la cónyuge, la compañera permanente pasaría a ocupar el lugar de la primera para efectos de la sustitución pensional (Ley [33](#) de 1973).

Finalmente, el derecho a la sustitución pensional por muerte del trabajador pensionado o con

derecho a jubilarse fue extendido por la Ley [113](#) de 1985 a los (as) compañeros (as) permanentes, colocándolos (as) desde entonces en un mismo plano de igualdad frente a los cónyuges respecto de este derecho. Como ha dicho la Corte en reiterada jurisprudencia, “de esta forma se puso fin a la discriminación en materia prestacional contra las personas que conviven en unión de hecho y sobre esta realidad erigen una familia” (sentencia No. T-[190](#) de 1993).

Obsérvese como en el régimen general de prestaciones sociales que ha regido para el reconocimiento de prestaciones económicas con ocasión del fallecimiento del titular del derecho en el Seguro Social, se han seguido los parámetros de igualdad y protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, al reconocer y proteger el derecho de equivalencia de los (as) compañeros (as) permanentes frente los cónyuges, razón suficiente para no aceptar de ninguna manera que en la actualidad y bajo la égida de la Carta Política de 1991, no pueda darse aplicación a la norma contenida en el artículo [55](#) de la Ley 90 de 1946, por cuanto no fue reproducida en el texto contenido en el Decreto [3041](#) de 1966, máxime si se tienen en cuenta las premisas de aplicación normativa que ha señalado la Corte Constitucional frente a este tipo de disposiciones, de acuerdo con las cuales, aunque en la actualidad se trate de normas derogadas⁽²⁾, en los casos en los que esas normas siguen produciendo efectos en el tiempo, deberá observarse su aplicación por los operadores jurídicos pero siempre en consonancia con los nuevos parámetros constitucionales.

Esa es precisamente la situación que se presenta con el texto legal cuestionado. Si bien la norma ya ha sido derogada, ella sigue regulando el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes en favor de los compañeros permanentes, en los casos en los que los fallecimientos han acaecido antes de la entrada en vigencia de la Carta Política, y por ello, no hay reparo alguno, frente a su aplicación actual en relación con aquellas controversias que hayan sido causadas antes del 07 de julio de 1991, fecha de entrada en vigencia de la Constitución Política puesto que dichas disposiciones legales no atentan en manera alguna contra el reconocimiento y especial protección de la familia como célula fundamental de la sociedad colombiana.

En los anteriores términos esperamos haber absuelto su consulta.

Cordialmente,

Original Firmado

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS

Director Jurídico Nacional

RAMG/jaac / Rad. 10329 / Pensión sobrevivientes compañera permanente antes 100 / 07 nov. 08

NOTAS AL FINAL

1. “Por medio de la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”.

2. La norma contenida en el Artículo [55](#) de la Ley 90 de 1946 fue derogada 1295 de 1994, toda vez que al referirse a los beneficiarios de la pensión de sobreviviente originada en un riesgo profesional, remite a lo estipulado en el artículo [47](#) de la Ley 100 de 1993.



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

