

CONCEPTO 14379 DE 2008

(noviembre 24)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá D. C.

Doctor

LUIS RODRIGO BAEZ MORENO

Director de Talento Humano Instituto Nacional de Vías

Transversal 45 No. 26 – 60 CAN

Bogotá, D.C.

Asunto: Su oficio SA – AGT 45756 del 04 de noviembre de 2008

Respetado Doctor:

Acuso recibo de su comunicación de la referencia por medio de la cual solicita a este Despacho le sean absueltos algunos interrogantes relacionados con la viabilidad de reconocer una pensión de sobrevivientes de forma proporcional entre la cónyuge y la compañera permanente del causante, cuyo deceso tuvo ocurrencia en el mes de marzo de 2008.

Sobre el particular es pertinente formular las siguientes consideraciones:

En primer lugar es oportuno señalar que dado que esta Dirección carece de competencia funcional así como de los elementos probatorios necesarios para establecer con certeza como debe ser resuelto el caso concreto, procederá a exponer unos planteamientos jurídicos generales bajo los cuales se enmarcará la solución a la situación narrada.

La denominada 'pensión de sobrevivientes' o pensión por muerte, es una especie contenida dentro del género de los derechos de previsión social, ya que con ella se pretende proteger a la familia del trabajador de las necesidades generadas por su muerte, debidas éstas a la privación de los ingresos con los cuales se atendía a la subsistencia del grupo.

“Recogiendo las palabras de la doctrina, la principal finalidad de la llamada pensión de sobrevivientes o sustitución pensional es la de que quien pierde al ser que lo sostenía en vida, tenga la manera de poder seguir atendiendo a su subsistencia y a la de sus hijos menores y a los inválidos y demás personas que señala la Ley. No se trata, pues de un derecho herencial; es una prestación social que se encamina a proteger a las personas que dependían económicamente del jubilado fallecido o de quien tenía derecho a esa prestación.⁽¹⁾”

Teniendo en cuenta la fecha en que ocurrió el deceso del causante (marzo de 2008), ésta prestación económica se encuentra regulada por el Artículo [13](#) de la Ley 797 de 2003, que a su vez modificó las previsiones contenidas en los Artículos [47](#) y [74](#) de la Ley 100 de 1993.

Para una mayor ilustración, el Artículo [13](#) aludido, consagra lo siguiente:

Artículo [13](#). Los artículos [47](#) y [74](#) quedarán así:

Artículo [47](#). Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

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

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; (aparte subrayado declarado condicionalmente exequible bajo la Sentencia C- [1035](#) de 2008)

c) (...)

De la normatividad antes transcrita, se establece que la voluntad legislativa fijó los parámetros que deberían tenerse en cuenta a la hora de determinar el titular o titulares de la prestación de sobrevivientes, cuando ocurre el deceso de la persona que causó originalmente el derecho y dispuso, así mismo los requisitos que deberían satisfacer para el otorgamiento de la prestación económica.

Para el caso específico en el que existe compañera (o) permanente o cónyuge, el legislador había previsto la definición del pretendido derecho a partir del elemento “convivencia efectiva” con el causante. En un primer momento, se fijó la obligatoriedad de acreditar la convivencia con el de cujus, durante los dos últimos años anteriores a su deceso (artículo [47](#), primigenio, de la Ley 100 de 1993); posteriormente, a partir del año 2003, por conducto de la Ley [797](#), el legislador señaló que la temporalidad mínima de la convivencia con el causante debía circunscribirse a los últimos cinco (5) años anteriores a la muerte del causante.

No obstante lo anterior, a partir de la entrada en vigencia de la aludida ley [797](#) de 2003, se fijó la posibilidad no excluyente de coexistencia para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes tanto de la compañera (o) permanente y del cónyuge con sociedad conyugal vigente y se impartieron las siguientes posibilidades legales para determinar el titular de la prestación económica:

-- Si se presentaba convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante, entre el cónyuge y una compañera o compañero permanente, el beneficiario de la pensión de sobrevivientes sería la esposa o esposo con sociedad conyugal vigente.

-- Si no existe convivencia simultánea, durante el mismo periodo (5 años anteriores al deceso), pero se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera (o) permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) de la norma, en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante, siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco (5) años anteriores del fallecimiento y en consecuencia, corresponderá la otra cuota parte al cónyuge con el que se existe la sociedad conyugal vigente.

De los supuestos de hecho aludidos se observa que el legislador buscó regular la determinación del titular del derecho a la pensión de sobrevivientes a partir de la valoración del elemento convivencia simultánea, de manera que pudiera fijarse la prestación económica sólo a favor del cónyuge con sociedad conyugal vigente, como ocurre en el primer caso, o de forma proporcional al tiempo efectivamente convivido con el causante por cada una de las parejas que lo acompañó, bien en su condición de cónyuge con sociedad conyugal vigente o como compañera permanente, siempre que no hubiere simultaneidad.

Con estas soluciones legales, correspondía a cada una de las personas que se creían con derecho a ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, la debida acreditación tanto de su convivencia con el causante durante los últimos cinco años anteriores a su deceso, así como la vigencia de la sociedad conyugal, en el caso del cónyuge o de la Unión marital de Hecho, en el caso del compañero (a) permanente.

No obstante ello, cuando existen elementos de juicio que no permiten definir con plena certeza quién es la persona que ostenta mejor derecho frente a la pensión de sobrevivientes, o se presenta una controversia entre la documentación allegada por cada uno de los solicitantes, de manera que el operador administrativo no cuenta con elementos precisos y claros que le permitan de acuerdo con una sana valoración probatoria llegar a la definición del titular del derecho, es preciso dar aplicación a las previsiones contenidas sobre el particular, en la Ley [1204](#) de 2008.

Consagra el artículo [6o](#) de la Ley 1204 de 2008 lo siguiente:

ARTÍCULO [6o](#). DEFINICIÓN DEL DERECHO A SUSTITUCIÓN PENSIONAL EN CASO DE CONTROVERSIA. En caso de controversia suscitada entre los beneficiarios por el derecho a acceder a la pensión de sustitución, se procederá de la siguiente manera:

Si la controversia radica entre cónyuges y compañera (o) permanente, y no versa sobre los hijos, se procederá reconociéndole a estos el 50% del valor de la pensión, dividido por partes iguales entre el número de hijos comprendidos. El 50% restante, quedará pendiente de pago, por parte del operador, mientras la jurisdicción correspondiente defina a quién se le debe asignar y en qué proporción, sea cónyuge o compañero (a) permanente o ambos si es el caso, conforme al grado de convivencia ejercido con el causante, según las normas legales que la regulan. Si no existieren

hijos, el total de la pensión quedará en suspenso hasta que la jurisdicción correspondiente dirima el conflicto. (se subraya)

Estos criterios de aplicación y decisión del titular del derecho a la pensión de sobrevivientes fueron aplicados por el conjunto de los operadores administrativos a la hora de reconocer y ordenar el pago de las prestaciones económicas solicitadas con ocasión de la muerte del causante.

Sin embargo, es preciso señalar que la doble posibilidad para establecer el titular del reconocimiento y que fue esbozada en párrafos anteriores, donde el criterio sustancial para fijar el titular del derecho radicaba en la convivencia simultánea o no con el causante, fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional a través del estudio de exequibilidad adelantado sobre las normas contenidas en los artículos [47](#) y [74](#) de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003 en su artículo [132](#), por lo tanto, la interpretación que debe darse a dichos preceptos normativos ha sido condicionada a la observancia del principio de no discriminación en el trato entre compañeros permanentes y cónyuges con sociedad conyugal vigente, toda vez que no existe un tratamiento constitucional que justifique la discriminación del compañero (a) permanente frente al cónyuge con sociedad conyugal vigente en aquellos casos en que mediaba una convivencia simultánea.

De lo anterior se infiere que las dos fórmulas explicitadas en precedencia y que radicaban en determinar la existencia o no de convivencia simultánea para esclarecer el titular del derecho, han convergido en una única solución legal, y es la que remite a señalar que ante el evento tanto de la convivencia simultánea o una convivencia no simultánea entre cónyuge con sociedad conyugal vigente y compañero (a) permanente, deberá resolverse, “de tal manera que no se favorezca a la unión matrimonial”⁽³⁾, como lo hacía la norma legal, sino que deberá extenderse la posibilidad de reconocimiento entre los beneficiarios “de manera que se divida entre el (la) esposo (a) y el (la) compañero (a) permanente, según lo establecido en el mismo literal b) del artículo 13, esto es, en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido”⁽⁴⁾.

A pesar de la previsión jurisprudencial anterior, esta Dirección jurídica considera que en aquellos eventos en que no sea posible para el operador jurídico determinar bajo las reglas de la sana crítica a quién o en qué proporciones corresponderá la asignación del derecho a favor de los pretendidos beneficiarios, deberá darse aplicación a la previsión contenida en el artículo [60](#) de la Ley 1204 de 2008 y declarar en suspenso el otorgamiento del derecho hasta tanto la jurisdicción correspondiente defina a quién se le debe asignar y en qué proporción el derecho invocado.

De conformidad con las anteriores precisiones, este Despacho absuelve sus interrogantes de la siguiente manera:

1. Las normas correspondientes a la seguridad social son disposiciones de orden público que no pueden ser objeto de transacción entre los particulares. Por lo tanto, la definición del derecho prestacional así como su correspondiente cuantía deberán ser definidos por el operador jurídico con base en la observancia del principio de legalidad y para el caso particular de la pensión de sobrevivientes, a partir de la sana crítica del acervo probatorio allegado por las partes. Si éste no fuera suficiente o no ofreciera elementos suficientes para la formación del convencimiento, como ya se sostuvo, será necesario dar aplicación a lo dispuesto en la Ley [1204](#) de 2008, sobre el particular.
2. Sí una vez valorada la prueba recaudada, el operador define que el derecho prestacional radica

en cabeza tanto de compañera (o) permanente y de cónyuge con sociedad conyugal vigente en razón de su efectiva convivencia con el causante, fijará la respectiva proporción con base en la previsión contenida en el literal b) del artículo [13](#) de la Ley 797 de 2003, esto es en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido, tal como lo dispuso la Corte Constitucional en su examen de la norma controvertida.

3. La respuesta a este interrogante está implícita en los numerales anteriores. No obstante ello, es preciso agregar sobre el particular, que la respectiva entidad de previsión llamada a definir y reconocer el derecho pensional debatido, deberá dictar una resolución que de cuenta de la controversia evidenciada entre los pretendidos beneficiarios y la imposibilidad de definición en vía administrativa del titular así como su respectiva cuota parte en el derecho pretendido, de manera que por conducto de dicha actuación se concedan los respectivos recursos en vía gubernativa, para que las partes puedan rebatir la decisión de la administración y allegar las pruebas que consideren conducentes y pertinentes para que la controversia, de ser posible, pueda ser dirimida en vía administrativa.

En los anteriores términos esperamos haber absuelto su consulta, con la previsión y efectos contenidos en el artículo [25](#) del CCA.

Cordialmente,

Original Firmado

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS

Director Jurídico Nacional

RAMG/jaac

Rad. 11593

Compañera – cónyuge luego de C-[1035/08](#)

13 nov. 08

NOTAS AL FINAL

1. Concepto del Viceprocurador General de la Nación en conocimiento de la Acción Pública de Inconstitucionalidad promovida contra el Artículo [47](#), literal a) parcial de la Ley 100 de 1993 radicada con el número D-1148 y que culminó con la sentencia C- [389](#) de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero, 22 de agosto de 1996.

2. Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C- [1035/08](#), M.P. Jaime Córdoba Triviño

3. Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C- [1035/08](#), M.P. Jaime Córdoba Triviño, en comunicado de prensa No. 47 del 22 de octubre de 2008.

4. Ibidem.



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

