

Luz Mery Rodríguez Lascarro**

Distribución de la pensión de sobrevivientes en los nuevos modelos de familia en Colombia: cónyuge y compañero(a) permanente*

Distribution of the survivors' pension in the new models of family in Colombia: spouse and companion(a) permanent

Recibido: 29 de julio de 2013 / Aceptado: 24 de septiembre de 2013

Palabras clave:

Seguridad social,
Pensión de sobrevivientes,
Beneficiarios, Cónyuge,
Compañera(o) permanente supérstite.

Key words:

Social safety,
Survivors' pension,
Beneficiaries, Spouse,
Companion(o) permanent surviving.

Resumen

El presente artículo de revisión, aborda el estudio de la costumbre inveterada de los seres humanos de tener relaciones de pareja con varios miembros de su comunidad, sean de tipo heterosexual, bisexual u homosexual, y que hasta hace algún tiempo se mantenían en total clandestinidad, han obligado a los legisladores y jueces de la República de los diferentes países a emitir pronunciamiento legal y jurisprudencial que permitan resolver de manera equitativa la pensión de sobrevivientes, entendiéndose por este comportamiento, que el trabajador cotizante o pensionado que convive con diferentes parejas tiene como fin último extender su brazo protector a todos por igual. En Colombia se venían haciendo pronunciamientos muy tímidos a través de la legislación y la jurisprudencia, pero a partir de la reforma constitucional de 1991, que incluye la igualdad material, se han hecho avances sustanciales, aceptando nuestra realidad social.

Abstract

The present article of review, it approaches the study of the inveterate custom of the human beings of having relations of pair with several members of his community, be of heterosexual, bisexual or homosexual type, and that up to some time ago were kept in total stealthiness, have forced the legislators and judges of the republic of the different countries to issuing legal and jurisprudential pronouncement that they allow to solve in an equitable way the survivors' pension, understanding for this behavior, that the worker cotizante or pensioned that it coexists with different pairs it has as last end extend his protective arm to all equally. In Colombia they were coming doing very shy pronouncements across the legislation and the jurisprudence, but from the constitutional reform of 1991, which includes the material equality, substantial advances have been done, accepting our social reality.

* El presente artículo de revisión es un resultado de investigación derivado de la tesis de Maestría en Derecho de la Universidad del Norte.

** Abogada, Magíster en Derecho, Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social. Diplomados en Gestión Pública y Municipal, Auditoría en Salud, Mercadeo para personal de farmacias, Actualización en Jurisprudencia y Docencia Universitaria. Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico. Vinculada al Grupo de Investigación INVIUS de la Universidad del Atlántico. consultarluz@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo, se abordará el tema del desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal de la pensión de sobrevivientes en Colombia; haciendo énfasis cuando la prestación debe ser distribuida entre el cónyuge y el compañero(a) permanente que han convivido de manera simultánea con el causante fallecido.

Los cambios en la conformación de la familia nuclear (Dueñas, 2010, p. 25), (*en Colombia es muy común la presencia de un cotizante o pensionado con dos hogares, por lo que se ha hecho necesario en muchas ocasiones distribuir la mesada pensional del fallecido*), propiciando que el legislador colombiano, efectúe cambios en la legislación interna, poniéndose a tono con los nuevos modelos de familia. Sin embargo y a pesar de ser un tema de consulta muy frecuente entre los profesionales del Derecho y del ciudadano común y corriente, no existe legislación ni doctrina suficiente que hagan referencia al tema, lo que se constituyó en una dificultad en la elaboración del artículo.

Para lograr este cometido, se procedió a revisar lo decidido en las sentencias emanadas de las Cortes colombianas cuando los ciudadanos que consideran sus derechos conculcados han acudido a ellas y algunos conceptos de doctrinantes locales, que hacen referencia al tema. Para tener en cuenta los antecedentes, fue necesaria una revisión legislativa y jurisprudencial, haciendo una división principal de la forma de reconocer la pensión de sobrevivientes antes de la Ley 100 de 1993 y después de ella.

Este artículo se ha elaborado, para que sir-

va de texto de consulta por personal docente, estudiantes y abogados litigantes que quieran ampliar sus conocimientos y pretende hacer un recorrido por la legislación de nuestro país y ver cómo en desarrollo de las políticas públicas de los diferentes gobiernos, se ha hecho necesario introducir reformas al Estatuto de Seguridad Social y de Pensiones, que permitan que dentro del Estado Social de Derecho, exista la inclusión de todos los sectores de la población. Es así como el legislador ha avanzado notablemente al reconocer que dentro de nuestra sociedad, dejó de existir la conformación única de la familia por parejas heterosexuales monogámicas y que por el contrario pueden existir dos familias, beneficiadas por el mismo causante de la prestación, ya sea que esté conformada por parejas heterosexuales u homosexuales, cuando el causante de la prestación, ha hecho vida en común con dos personas de manera simultánea.

Por último, en este artículo se desplegarán los siguientes capítulos, iniciando por la introducción, seguidamente se da paso a la pensión de sobrevivientes y la Constitución de 1991, el desarrollo legal y jurisprudencial de la pensión de sobrevivientes antes y después de la Ley 100 de 1993, seguidos de un apartado final en el que se plantearán las principales conclusiones.

Pensión de sobrevivientes y la Constitución de 1991

Para empezar se considera necesario anotar que la Constitución Política según su propia definición en el artículo 4° es una “Norma de Normas” (Carrillo, 2005).

Seguidamente se dice, que nuestra Constitución Política consagró, que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, que será prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos establecidos por la ley; en la misma Carta se otorga carácter de irrenunciabilidad a la seguridad social, ofreciendo garantías de acceso para todos los habitantes y establece que con la ayuda de particulares se ampliará la cobertura, cuya prestación podrá llevarse a cabo por entidades públicas o privadas, así mismo plasmó que los recursos de la seguridad social tienen destinación específica, es decir, que no se puede dar un uso diferente (Cortés, 2006, p. 22).

Es así que en la Carta de 1991, se constitucionalizó la seguridad social en los artículos 48 y 49, uno de cuyos segmentos es la pensión y con ella la sustitución pensional (CE 2, B, sept. 20 de 2007).

Se conoce a esta nueva etapa de nuestra Constitución con la expresión “nuevo derecho” (Zagrebel'sky, 2008, p. 14), introduciendo nuevos ingredientes relacionados con la interpretación y aplicación del Derecho, la reformulación de nuestro sistema de fuentes, el papel del juez en la creación del Derecho, la relación Derecho-sociedad y el carácter vinculante de los principios, entre otros.

En una primera instancia el legislador y los máximos tribunales jurisdiccionales en Colombia, han extendido el derecho a la compañera(o) permanente, hasta aquí restringido únicamente

para la esposa(o), equiparando en iguales derechos a la compañera permanente respecto al derecho a la pensión, pero hasta ese momento contempló un orden de precedencia excluyente, donde la segunda tendría derecho solo a falta de la primera (Rodríguez, 2009, p. 211).

En este orden de ideas, el Constituyente de 1991 consagró en el artículo 48, la seguridad social como un “servicio público de carácter obligatorio, irrenunciable, prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado” (Narváez, 2008, p. 33); en consecuencia hace parte de los derechos que tienen los ciudadanos y que le permiten tener una vida digna; son condiciones universales que deben ser protegidas por el Estado y por la comunidad internacional, reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales (Rojas *et al.*, 2008).

A partir de esta reforma, donde se reconoce a Colombia como un Estado Social de Derecho, “siendo el modelo jurídico político que ha resultado más satisfactorio para la promoción de la justicia y la igualdad en la sociedad global compleja de hoy” (Neves, 1999, p. 365). y en desarrollo de sus principios inspiradores, se consagra la seguridad social en el capítulo correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales, mencionados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 22 y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 9º, catalogados como derechos de segunda generación (Naranjo, 2006, p. 357), entre los cuales se haya comprendido el derecho a la pensión; y los derechos fun-

damentales, en el Capítulo I del Título II, lo que generó la discusión si solo pueden catalogarse como fundamentales los descritos como tal.

Contrario a lo que piensa Marcelo Neves, la realidad colombiana refleja resultados contrarios a este concepto, por cuanto la cantidad de tutelas impetradas por los ciudadanos, ponen en evidencia la carencia de efectividad en la prestación oportuna de los derechos invocados por ellos, ante las entidades administradoras de los diferentes subsistemas, lo que ha ocasionado la congestión de los operadores jurídicos, llevando a los ciudadanos a trámites tediosos e innecesarios y a los jueces a resolver asuntos que han podido tener una pronta resolución sin necesitar su intervención.

Frente a esta problemática, el máximo Tribunal colombiano, ha emitido diversos pronunciamientos, que se inspiran en las facultades constitucionales de una interpretación extensiva otorgada por el artículo 94 superior, en el sentido de que los derechos incluidos en el capítulo y título antes mencionados, no son los únicos considerados como fundamentales, bajo dos perspectivas: la primera de ellas, basada en que la naturaleza propia de un derecho fundamental, no depende de la ubicación dentro del texto constitucional, sino de otros factores, como la inherencia de este derecho fundamental al ser humano y la segunda, porque la titulación en la Constitución no es vinculante sino que se hizo con fines pedagógicos.

Sin embargo, esta corporación judicial no ha sentado una posición definitiva de cuáles son aquellos derechos considerados como funda-

mentales autónomos y ha adoptado diferentes posturas sobre el particular; reconociendo en algunas oportunidades el carácter absoluto de este derecho y en otras, dependiendo del caso concreto, cuando existe conexidad con otros derechos catalogados como fundamentales.

En desarrollo del mandato constitucional, de garantizar la seguridad social como un servicio público a cargo del Estado, surge el marco normativo que crea el Sistema General de Seguridad Social –Ley 100 de 1993–, permitiendo que el sector privado participe en su financiación, administración y gestión, pero sin acompañarlo de una política de Estado, que permitiera su direccionamiento y avance progresivo ajustado a la situación socioeconómica del país, lo que ha generado una prestación tardía y fraccionada de los servicios, desconociendo sus principios rectores como son: Eficiencia, Universalidad y Solidaridad, quedando los derechos reducidos a un concepto economicista, en que todo se tabula en razón a un costo-beneficio y no a la protección integral y efectiva del derecho a la seguridad social (Dueñas, 2010, pp. 72-75).

Consagra dentro de la asistencia social o esquema de aseguramiento, prestaciones en especie y en dinero en la pensión de sobrevivientes, encontrándonos ante la presencia de un derecho perseguido por la ley, al ofrecer esta modalidad de protección a los miembros de la familia del afiliado o pensionado que fallece, protección que busca cubrir las contingencias económicas derivadas de la pérdida de un ser querido (C. Const. C-1176/2001).

Lo que persigue el legislador es evitar que

una vez ocurrido el deceso de una persona, los demás miembros del grupo familiar que dependían económicamente de él, se vean obligados a soportar además de la carga espiritual, las cargas materiales ocurridas con su fallecimiento (Arenas, 2009, p. 146) y hacer del derecho previsional un sistema en palabras de Luhmann, menos excluyente donde la mayoría de las personas puedan estar incluidas y protegidas (Luhmann, 1998).

De otra parte el legislador, ha expresado en Sentencias como la del Consejo de Estado, del 20 de septiembre de 2007, que el derecho a la sustitución pensional ha sido creado como mecanismo de protección a los familiares del trabajador pensionado, que ante su deceso, puedan quedar desamparados en razón a que ellos dependían económicamente del producto de su actividad laboral, lo que la constituye en protección directa de la familia, cualquiera sea su origen o fuente de conformación, jurídica o natural, heterosexual u homosexual (CE 2, B, sept. 20 de 2007).

Las Cortes hacen este tipo de pronunciamientos, basados en el principio de justicia retributiva y de equidad (García, 2008, p. 293); justificando que las personas que constituyen la familia del trabajador, tengan derecho a la prestación de pensión de sobrevivientes del pensionado o trabajador cotizante fallecido, para mitigar el riesgo de la viudez y orfandad, al permitirles gozar *post-mortem*, de los servicios asistenciales, sustitución pensional u otros beneficios y poder ver sus necesidades básicas satisfechas (Cañón, 2007, p. 31).

Desarrollo legal y jurisprudencial de la pensión de sobrevivientes en Colombia antes y después de la Ley 100 de 1993

Pensión de sobrevivientes antes de la Ley 100 de 1993

Se puede anotar, de acuerdo a la cronología elaborada por Juan Martínez (2009, pp. 5-12) que la pensión de sustitución o sobrevivientes, tiene un primer lugar en la historia de nuestro país, con la expedición de la Ley 29 de 1905, que consagró la pensión en favor de las viudas de aquellos ciudadanos que hubiesen prestado sus servicios a la Patria.

Posteriormente en los años 1945 a 1967, emanó de nuestro legislador la Ley 90 de 1946, o Ley del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, que estableció la pensión vitalicia mensual al viudo o la viuda, sufriera invalidez o no, incluyendo como sustituta eventual a la concubina, siempre y cuando no existiera esposa y aquella demostrara que el vínculo existente con el fallecido superaba los últimos tres años inmediatamente anteriores a la muerte del trabajador. El término concubina fue cambiado por el de compañera permanente con la expedición de la Ley 54 de 1990, la cual representa una “actitud diametralmente contraria, frente al concubinato; en tanto que la legislación anterior no le asignaba consecuencias económicas por sí mismo, con la entrada en vigencia de esta ley, no solo se denomina unión marital de hecho, sino que hace de esta unión, el supuesto de hecho de la presunción simplemente legal, que permite declarar judicialmente la existencia de la sociedad

patrimonial entre compañeros permanentes” (C. Const. C-239/1994).

Se dio en esta etapa la Ley 64 de 1947, en su artículo 2º, modificando el artículo 5º de la Ley 43 de 1945, que hacía referencia al fallecimiento del maestro e institutor de enseñanza primaria oficial, que ostentare el estatus de pensionado al momento de su deceso conforme a las leyes preexistentes, en esta oportunidad se incluyeron como beneficiarios temporales de la pensión, a la esposa siempre y cuando se mantuviera en estado de viudez, los hijos menores, las hijas solteras o viudas, los padres o hermanas solteras que carecieran de recursos para subsistir y en cuanto a los servidores públicos y trabajadores oficiales, se encuentra el artículo 12 de la Ley 77 de 1959 que creó una forma genérica para obtener el derecho a la sustitución pensional (Martínez, 2009, p. 10).

Luego, el Decreto 3135 de 1968, artículo 34, modificado parcialmente por el Decreto 1848 de 1969, otorgando la sustitución temporal de la pensión por un término de dos años, de un empleado público o trabajador oficial fallecido, que se encontrara en goce de su pensión o con el lleno de los requisitos para tener derecho a ella, en el orden establecido en este artículo; encabezando la lista de beneficiarios el cónyuge supérstite, norma que a pesar de haber sido derogada expresamente, los artículos 3, 4 y 5, fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-879 de 2005, en el entendido de que serán también beneficiarios la compañera o compañero permanente supérstite (C. Const. C-879/2005).

Únicamente a partir de la Ley 33 de 1973 y su Decreto Reglamentario 690 de 1974 (C. Const. C-1028/2010), se concede el derecho a la sustitución pensional en forma vitalicia ante el deceso de un trabajador particular, fuera pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o de un empleado o trabajador del sector público, oficial o semioficial, con igual derecho para la viuda, siempre y cuando demostrare la convivencia con el fallecido hasta el momento de su muerte y no hubiese vuelto a contraer nupcias ni a hacer vida marital (Martínez, 2009, p. 11).

En cuanto a la viuda el Tribunal Constitucional colombiano, hace un pronunciamiento interesante a través de la Sentencia C-309 de 1996, haciendo referencia a la pérdida de la pensión de sobrevivientes en el evento de que la viuda contrajera un nuevo vínculo matrimonial, poniendo en pie de igualdad a mujeres y hombres como consecuencia del ejercicio legítimo de su libertad; expresando así en esta oportunidad, que en aras de plantear una relación inequívoca entre la conformación de un nuevo vínculo y el aseguramiento económico de la mujer, sería inconstitucional que se perdiera la prestación por este motivo (Dueñas, 2010, p. 484). La norma legal que asocie a la libre y legítima opción individual de contraer nupcias o unirse en una relación marital, el riesgo de la pérdida de un derecho legal ya consolidado, se convierte en una injerencia arbitraria en el campo de la privacidad y autodeterminación del sujeto, que vulnera el libre desarrollo de su personalidad, sin ninguna justificación comoquiera que nada tiene que ver

el interés general con tales decisiones personalísimas (C. Const. C-309/1996).

Así mismo, moduló la sentencia, en el sentido de que las viudas que con posterioridad al 7 de julio de 1991, hubieren contraído nupcias o hecho vida marital y por tal motivo hubiesen perdido el derecho a la pensión de sobrevivientes, podrán, como consecuencia de ese fallo y a fin de que se vean restablecidos sus derechos constitucionales conculcados, reclamar de las autoridades competentes las mesadas que se causen a partir de la notificación de esa sentencia. En este sentido los tutelantes, invocaron como derecho fundamental conculcado para el caso *sub examine*, el libre desarrollo de la personalidad, contenido en el artículo 16 de nuestra Carta Magna, por lo que se puede afirmar, que la Alta Corporación, adoptó la definición de derecho fundamental de Robert Alexy, quien define los derechos fundamentales como “posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento, no pueden quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria” (Arango, 2005, p. 17).

Más adelante se da una etapa de cambio, donde se proporciona una metodología para hacer más ágil el traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales y en la Ley 44 de 1980 artículo 1º, modificada por la Ley 1204 del 4 de julio de 2008, el pensionado podrá designar en forma expresa el beneficiario o beneficiarios de su pensión, para que la entidad que reconocerá la prestación efectúe la sustitución en forma inmediata, aunque en forma provisional, mientras

decide la sustitución de forma definitiva o vitalicia, pero la realidad es que esta disposición legal no es aplicada por parte de los operadores públicos y privados encargados del reconocimiento de pensiones.

El Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 del mismo año, establece como requisitos para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, que la muerte del asegurado sea de origen no profesional y que haya cotizado 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la fecha del estado de invalidez o 300 semanas en cualquier época, con anterioridad a la fecha del fallecimiento.

Esta ley fijó como beneficiarios, en forma vitalicia, el cónyuge supérstite y a falta de este, el compañero o la compañera permanente del asegurado, entendiéndose que falta el cónyuge supérstite, en los siguientes casos: a) Por muerte real o presunta; b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico; c) Por divorcio del matrimonio civil y d) Por separación legal y definitiva de cuerpos y de bienes.

En el artículo 29 de la norma citada anteriormente, para que el compañero o compañera permanente tuvieran derecho a la pensión de sobrevivientes, se requería que fuese soltero o que siendo casado estuviere separado legal y definitivamente de cuerpos y de bienes y que haya hecho vida marital con el causante durante los tres (3) años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, o con la que haya tenido hijos; si en varias mujeres concurren estas circunstancias solo tendrán un derecho proporcional las

que tuvieran hijos con el asegurado fallecido. Se perdía el derecho a la pensión de sobrevivientes, cuando el cónyuge superviviente en el momento del deceso no conviviera con el causante bajo el mismo techo, salvo que se hubiera encontrado en imposibilidad de hacerlo porque este abandonó el hogar sin justa causa o le impidió su acercamiento o compañía.

Pensión de sobrevivientes a partir de la Ley 100 de 1993

Se puede anotar, que a partir de esta ley, los avances legislativos en la prestación de pensión de sobrevivientes, se han extendido con el fin de beneficiar a los familiares del afiliado o pensionado que llegare a fallecer. Esta prestación goza de garantía constitucional, cumpliendo con el objetivo primigenio de la seguridad social, como es la de velar porque las personas que se vean en la imposibilidad temporal o permanente de producir para su propio sustento, o que por haber perdido al familiar que sufragaba los gastos para el sostenimiento del núcleo familiar, se vean abocadas a la miseria.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional, ha dejado sentado, que la pensión de sobrevivientes es “un derecho fundamental de carácter cierto, indiscutible e irrenunciable, por estar asociado íntimamente con valores sujetos de tutela, como el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud y al trabajo, condiciones estas que le dan el carácter de inalienable, inherente y esencial, dada la indefensión del beneficiario respecto a quien debe reconocerle y pagarle su derecho” (C. Const. T-173/1994).

Cónyuge y compañero(a) como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a partir de la Ley 100 de 1993

Es preciso hacer alusión en este acápite a los beneficiarios establecidos en la Ley 100 de 1993, cuando hace mención a la esposa(o) o compañera(o) permanente, que hayan convivido en grado de simultaneidad con el causante hasta el momento de su deceso, teniendo en cuenta que la justicia como igualdad compleja es incompatible con la “exclusión” de personas o grupos que hagan parte del sistema social, conllevando en sí misma la exigencia de “inclusión social” como “inclusión jurídica” en términos de derechos fundamentales (Neves, 1999, p. 366).

Establecía esta norma que en caso de convivencia simultánea entre esposa(o) y compañera(o) permanente superviviente, tendría un lugar de prevalencia la esposa, que hubiese convivido por lo menos durante los dos años inmediatamente anteriores a su fallecimiento en la sustitución de los derechos pensionales de la persona fallecida, siempre y cuando no exista separación legal y definitiva de cuerpos, o cuando en el momento del deceso el causante no hiciera vida en común con él, excepción de esta situación se da únicamente cuando dicha separación no se hubiere dado por culpa del beneficiario, por haber el primero impedido acercamiento alguno (Rodríguez, 2009, p. 27), en el mismo sentido se había pronunciado el Consejo de Estado en sentencia del 1º de julio de 1993.

En la Ley 797 de 2003, se introdujo un cambio en el requisito del tiempo de convivencia, siendo ampliado por el legislador de dos (2) a

cinco (5) años continuos con anterioridad a la muerte del trabajador cotizante o pensionado fallecido (Arenas, 2009, p. 348).

Siguiendo con el análisis de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en la Sentencia C-075 de 2007, abrió la posibilidad de interpretar la noción de compañeros permanentes, en el sentido de incluir las parejas del mismo sexo, no solo para el caso del régimen patrimonial de bienes previsto en la Ley 54 de 1990, sino también para los demás regímenes jurídicos que utilizan esa noción para conferir beneficios a las parejas no casadas (C. Const. C-075/2007).

En similar decisión la misma Corte, declaró exequibles las expresiones “*la compañera o compañero permanente*”; contenidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y las expresiones “*el cónyuge o la compañera o compañero permanente*”; “*la compañera o compañero permanente*”; contenidas en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el entendido que también 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 heterosexuales (C. Const. C-336/2008).

Respecto al tema de la reclamación de la pensión de sobrevivientes de beneficiarios de parejas homosexuales, la Corte Constitucional se vio abocada a hacer un nuevo pronunciamiento, debido a los obstáculos que debían superar los homosexuales al momento de la reclamación

ante el Instituto de Seguros Sociales y las Administradoras de Fondos de Pensiones, debido a que estaban vulnerando el principio constitucional de la buena fe, exigiendo que el reclamante aportara declaración ante notario, donde la pareja haya expresado su voluntad en vida del fallecido, de conformar una relación permanente y singular, en este sentido la alta corporación consideró que esa posibilidad no tiene sustento jurídico y que desencadenaría un tratamiento discriminatorio injustificado (C. Const. C-051/2010).

El legislador hasta ese momento, había hecho regulación expresa sobre la sociedad patrimonial de la unión marital de hecho de las parejas heterosexuales, dejando sin regulación la unión marital de hecho conformada por parejas homosexuales, que hayan tomado la decisión de conformar una pareja como proyecto de vida de manera permanente y singular. Señaló la Corte Constitucional que no hay razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado. Por ello, se vio precisada a emitir su pronunciamiento en aras de proteger los derechos fundamentales de las personas, como el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona humana (C. Const. C-075/2007).

Hasta ese momento la Corte Constitucional no se había pronunciado respecto a los casos de convivencia simultánea, por lo que al resolver una demanda de constitucionalidad decidió declarar exequible por los cargos analizados, la expresión: “*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 sobrevivientes será la esposa o el esposo”, contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos(as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido (C. Const. C-1035/2008).

Requisitos para dejar causado y tener derecho a la pensión de sobrevivientes

En demanda de inconstitucionalidad que fue presentada por los ciudadanos Rafael Rodríguez Mesa y otros, contra los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del parágrafo 2° del artículo 12 de dicha Ley, equiparando en un 20 % la cotización exigible del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado al sistema que fallezca cumplió 20 años de edad y la fecha de su muerte (C. Const. C-1094/2003) y posteriormente mediante Sentencia C-556 de 2009, siguiendo el precedente jurisprudencial de la Sentencia C-428 del mismo año, sacó del ordenamiento jurídico los literales a) y b) del artículo 12 de la citada ley, que exigía para el reconocimiento de la prestación de pensión de sobrevivientes, que al momento del fallecimiento, el causante hubiese acreditado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, el 20 % del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y el momento de su deceso, fuera

este causado por enfermedad de origen común o riesgo profesional (C. Const. C-428/2009 & C. Const. C-556/2009). En este mismo sentido, del literal a) la frase que dice tenga 30 años o más de edad y no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte y todo el contenido del literal b).

Muy a pesar de que en jurisprudencia anterior, se exigía como requisito para tener derecho a la pensión de sustitución, la convivencia con el causante, durante los últimos cinco (5) años antes de su fallecimiento, la Corte Suprema de Justicia, dio un giro a sus pronunciamientos anteriores, afirmando que si la unión conyugal se mantiene vigente, con el solo hecho de demostrar que hubo convivencia en algún tiempo de la relación por un término superior a los cinco (5) años, el cónyuge tendrá derecho a reclamar en proporción al tiempo convivido, demostrando este hecho con testimonios de terceros o con hechos probatorios que demuestren la veracidad de lo dicho. Fue un pronunciamiento sin precedentes, de la Corte Suprema de Justicia, que permitió aclarar, que con ocasión de que en muchos casos, la convivencia simultánea no se producía, por causa del alejamiento sin justa causa del cónyuge fallecido, permaneciendo vigente la sociedad conyugal, tendrá derecho la esposa(o) que demuestre que esa unión tuvo una permanencia bajo el mismo techo, en cualquier época por más de cinco años, aun cuando al momento de fallecimiento del causante no se encuentren en ese estado (CSJ, Sala L. Rad. 40055, 29 nov./2011).

CONCLUSIONES

Se puede concluir que nuestro legislador, ha hecho cambios sustanciales respecto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en primera medida cedió en cuanto a reconocer a la compañera permanente, inicialmente a través de la Ley 90 de 1946 para el sector privado y posteriormente en la Ley 71 de 1988, para el sector público, más adelante con la expedición de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y a través de Sentencias de Constitucionalidad, Tutela y demandas de Casación ante la Corte Suprema de Justicia, dando paso al reconocimiento de la prestación en caso de convivencia simultánea de esposo(a) o compañero(a) permanente supérstite, cuando el legislador se ha quedado rezagado al momento de reconocer algunos derechos o no ha sido lo suficientemente claro al expresar la intención de una reglamentación. En este campo, las leyes expedidas por el legislador, han sido reformadas por la Corte Constitucional en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad, consagrada en los artículos 40-6 y 242-1 de la Constitución Política, cuando algunos ciudadanos han presentado demanda de inconstitucionalidad contra los artículos de las normas que a su juicio consideran que vulneran derechos fundamentales o no cumplen con el principio de progresividad en materia de seguridad social.

Especialmente, uno de los avances lo ha hecho al reconocerle derechos prestacionales de la pensión de sobrevivientes a las parejas conformadas por miembros del mismo sexo, poniéndose muy a tono con relación a otros países

latinoamericanos en la misma materia y muy avanzado en lo que se refiere a reconocer que ha dejado de existir en alguna manera la familia monogámica-heterosexual, extendiendo su brazo de protección en caso de convivencia simultánea del causante fallecido con cónyuge y compañero(a) permanente supérstite.

En lo que sí ha faltado pronunciamiento, es cuando se presentan a reclamar dos compañeras(os) permanente supérstites, tema al cual no se ha referido ni el legislador ni los tribunales colombianos por lo que en este caso se deberá acudir a la figura de la analogía.

REFERENCIAS

- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis S.A.
- Arenas, G. (2009). *El derecho colombiano de la seguridad social*. Bogotá: Legis S.A.
- Cañón, L. (2007). *Una visión integral de la seguridad social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Carrillo, J. (2005). *Reforma constitucional al sistema de pensiones, evaluación y análisis*. Bogotá: Legis S.A.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 20 de septiembre de 2007 C.P. J. Lemos. Rad. 76001-23-31-000-1999-01453-01(2410-04).
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-051/2010, M.P. M. González. Expedientes: T-2.292.035, T-2.299.859 y T-2.386.935.

- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-556/2009, M.P. N. Pinilla. Expediente: D-7569.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-075/2007, M.P. R. Escobar.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1035/2008, M.P. J. Córdoba.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1094/2003, M.P. J. Córdoba.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1176/ 2001, M.P. A. Beltrán.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-239/1994, M.P. J. Arango.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-251/1997, M.P. A. Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-309/1996, M.P. E. Cifuentes.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-336/2008, M.P. C. Vargas.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-428/2009, M.P. M. González.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-521/2007, M.P. C. Vargas.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-879/2005, M.P. M. Monroy.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-1028/2010, M.P. H. Sierra.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-173/1994, M.P. A. Martínez.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-534/2010, M.P. L. Vargas.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-595/2002, M.P. M. Cepeda. E.
- Cortés, O. (2006). *Derecho de la seguridad social*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Dueñas, O. (2010). *Las pensiones*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional Ltda.
- García, L. (2008). El nuevo Derecho en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente? *Revista de Derecho Universidad del Norte*, Barranquilla.
- Luhmann, N. (1998). *Inclusión y exclusión*. En J. Beriain y J. García M. Madrid: Editorial Trotta.
- Martínez, J. (2009). *La pensión de sobrevivientes*. Bogotá: Temis S.A.
- Naranjo, V. (2006). *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Narváez, J. (2008). *Régimen pensional y seguros privados*. 2 ed. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Neves, M. (1999). Justicia y diferencia en una sociedad global compleja. XVII Conferencia Nacional de Abogados, Río de Janeiro, del 29 al 2 de septiembre de 1999.
- Rodríguez, R. (2009). *Estudios sobre seguridad social*. Barranquilla: Ediciones Uninorte.
- Rojas, M., Cardona, C. & Jiménez, R. (2008). La igualdad en los derechos a la salud y la unidad familiar gozan de garantía constitucional. *Revista de Derecho Universidad del Norte*.
- Zagrebelsky, G. (2008). *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta.