***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, 7 de julio de 2016

**Radicación No**:66001-31-05-004-2013-00456-01

**Proceso**: Ordinario Laboral

**Demandante**: Isabel Cristina Giraldo Saavedra

**Demandado:** Colpensiones. y Luz Ayda Tobón Vélez

**Juzgado de origen**: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

**Magistrado Ponente:** Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Tema a tratar: Pensión de sobrevivientes en parejas del mismo sexo:** La jurisprudencia patria ha sido apacible en indicar que las parejas del mismo sexo pueden reclamar la pensión de sobrevivientes y demás derechos derivados de la seguridad social, en los mismos términos y requisitos establecidos para las uniones maritales heterosexuales**,** para lo cualgozan de libertad probatoria para demostrar la condición de compañero (a) permanente y el tiempo de convivencia para acceder al derecho. Ello, por cuanto la pensión de sobrevivientes premia de manera destacada la convivencia con el afiliado (a) o pensionado (a), entendiéndose ésta como la voluntad permanente de la pareja de permanecer juntos, de ayudarse mutuamente, de compartir sus vidas y de conformar una familia, la cual al tenor de lo preceptuado en los artículos 5 y 42 de la Constitución, es el núcleo fundamental e institución básica de la sociedad, que merece una protección integral indistintamente del origen o la forma en que ella se constituya o adopte, ora por vínculos naturales ora por jurídicos, a través de los cuales se manifiestan, desenvuelven y regulan las relaciones afectivas, de modo que comprende también a las parejas del mismo sexo, cuando conforman la unión como una manifestación libre y con vocación de estabilidad y permanencia.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los siete (07) días del mes de julio de dos mil dieciséis (2016), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación propuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 28 de abril de 2015 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora ***Isabel Cristina Giraldo Saavedra*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** y ***Luz Ayda Tobón Vélez,*** vinculadacomo litisconsorte necesaria.

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***I. INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, dígase que la demandante pretende que se declare que en calidad de compañera permanente tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso de María Inés Idárraga Cardona, a partir del 5 de enero de 2012. En consecuencia, pide que se le pague la misma, junto con el retroactivo pensional, los intereses de mora de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales.

Su pedido se fundamenta en que la señora María Inés Idárraga Cardona falleció el 5 de enero de 2012; que aquella tenía el status de pensionada desde el 2002; que en condición de homosexuales fueron compañeras permanentes durante más de 25 años, compartiendo techo, lecho y mesa, prohijándose ayuda y sostenimiento emocional hasta la fecha del deceso, teniendo como último domicilio común la Calle 65 No. 19-78, barrio La Capilla en Dosquebradas; que el 27 de junio de 2012 elevó derecho de petición ante el Director Administrativo de la Alcaldía de Dosquebradas, tendiente al obtener el reconocimiento de la prestación pensional, y que esta a su vez lo remitió al ISS, sin el mismo hubiese sido resuelto de fondo; y que a pesar de que realizó una nueva solicitud ante Colpensiones, a la fecha no ha sido resuelta.

La entidad convocada a juicio dio respuesta a la demanda en la que indicó que carece de fundamentos fácticos y jurídicos para oponerse a las pretensiones, por cuanto no tiene acceso al expediente de la demandante y a los antecedentes administrativos de su reclamación. Formuló las excepciones previas de “Inepta demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa” y “Falta de Integración del contradictorio”, en consideración a que a la señora Luz Ayda Tobón Vélez, le fue reconocida la prestación pensional por haber acreditado convivencia efectiva con la causante. En su defensa, propuso como excepciones de fondo “Improcedencia de condena por intereses de mora en la forma en la forma pretendida”, “Pago eventual y compensación”, “Incompatibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión con el reconocimiento posterior de la pensión de sobrevivientes” y “Prescripción”.

Tras intentarse vanamente la notificación personal de la señora Luz Ayda Tobón Vélez, se realizó el emplazamiento conforme lo establece el artículo 29 del C.P.T.S.S. sin que el curador ad-litem designado para representar sus intereses, allegara respuesta en el término otorgado para descorrer el traslado.

En el curso del proceso, la vinculada compareció al despacho y confirió poder a un profesional del derecho para que continuara representando sus intereses, motivo por el que el Juzgado de conocimiento le reconoció personería al portavoz judicial designado y removió de su cargo al curador ad-litem, en aplicación del artículo 46 del C.P.C.

 ***II.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

 El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, luego de haber agotado las etapas procesales respectivas, dictó sentencia en la que negó las pretensiones de la demanda, al encontrar que si bien la demandante fue compañera permanente de la causante, no convivió con ella al momento de su muerte, debido a que desde hacía un buen tiempo se produjo un distanciamiento. Tal conclusión la afianza del interrogatorio que rindió la demandante y de las declaraciones recibidas en el curso del proceso.

***III. APELACIÓN***

La apoderada judicial de la parte demandante apeló la decisión, argumentando que la prueba testimonial da cuenta de que la convivencia con la causante se dio por un lapso superior a cinco años, por lo que solicita se haga una valoración detallada de la misma. De otra parte, pide que se excluya a la señora Luz Ayda Tobón Vélez como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en disputa, toda vez que no acreditó el cumplimiento de los requisitos legales para ello, amén de que no realizó su intervención bajo la figura procesal de interviniente ad-excludendum.

***IV. ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, proceda a decidir lo de su competencia, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte recurrente (art. 66 A CPLSS.).

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir lo que corresponda, previas las siguientes:

***V. CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

En orden a resolver el recurso de apelación planteado la Sala deberá resolver el siguiente interrogante:

*¿Se acreditó por la demandante, la convivencia exigida por el legislador para acceder a la pensión de sobrevivientes generada con el deceso de la señora María Inés Idárraga Cardona?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

La jurisprudencia patria ha sido apacible en indicar que las parejas del mismo sexo pueden reclamar la pensión de sobrevivientes y demás derechos derivados de la seguridad social, en los mismos términos y requisitos establecidos para las uniones maritales heterosexuales***,*** para lo cualgozan de libertad probatoria para demostrar la condición de compañero (a) permanente y el tiempo de convivencia para acceder al derecho.

Ello, por cuanto la pensión de sobrevivientes premia de manera destacada la convivencia con el afiliado (a) o pensionado (a), entendiéndose ésta como la voluntad permanente de la pareja de permanecer juntos, de ayudarse mutuamente, de compartir sus vidas y de conformar una familia, la cual al tenor de lo preceptuado en los artículos 5 y 42 de la Constitución, es el núcleo fundamental e institución básica de la sociedad, que merece una protección integral indistintamente del origen o la forma en que ella se constituya o adopte, ora por vínculos naturales ora por jurídicos, a través de los cuales se manifiestan, desenvuelven y regulan las relaciones afectivas, de modo que comprende también a las parejas del mismo sexo, cuando conforman la unión como una manifestación libre y con vocación de estabilidad y permanencia.

Así lo enseñó la Corte Constitucional, entre otras en sentencia C-336 del 16 de abril de  2008, en la que al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993, contra las expresiones *“compañero o compañera permanente”,* expuso que: “*la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género”.*

Valga anotar que pese a que en dicha providencia el alto tribunal indicó que el único medio de prueba para acreditar la convivencia entre compañeros permanentes del mismo sexo era la declaración de estos ante notario, lo cierto es que en pronunciamientos posteriores ha enfatizado que el compañero (a) supérstite de una pareja del mismo sexo, goza al igual que las uniones maritales de hecho heterosexuales de todos los medios probatorios, en virtud a que el estatuto del trabajo y de la seguridad social ninguna solemnidad o tarifa legal ha previsto al respecto, y no existen razones válidas para hacer una distinción injustificada y discriminatoria entre parejas homosexuales y heterosexuales.

Pues bien, al tenor del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, aplicable por ser la vigente al momento del deceso de la causante, resulta ineludible que hubiere existido convivencia, por lo menos en los cinco años que antecedieron al deceso.

Esa convivencia ha sido entendida como el ánimo constante de estar unidos, compartiendo todos los aspectos de la vida de pareja, dándose ayuda, amor, comprensión y apoyo, lo que no implica necesariamente que cohabiten bajo el mismo espacio físico, pues pueden existir múltiples razones que lleven a que la pareja se vea obligada a vivir en lugares diferentes, como por ejemplo cuestiones laborales, de salud u otras análogas, sin que ese solo aspecto conlleve, indefectiblemente, a la ruptura de la relación. (Véase sobre el tema, entre otras, sentencia SL 15503 del 11 de noviembre de 2015 Sala de Casación Laboral CSJ).

En el sub-judice se tiene que si bien la prueba testimonial, la declaración de parte rendida por la demandante y el cuantioso material fotográfico y de video que fue aportado al expediente, es indicativo de que entre la señora Isabel Cristina Giraldo y la extinta María Inés Idarraga existió una convivencia real y efectiva en algún tramo de sus vidas, lo cierto es que la misma no quedó acreditada en los términos que exige la norma aplicable al caso, en la medida en que no se demostró que el vínculo afectivo hubiese permanecido vigente por lo menos durante cinco años continuos anteriores al fallecimiento de la pensionada, lo que en principio, generaría la imposibilidad de conceder el derecho pensional perseguido.

Sin embargo, encuentra la Sala que es necesario dar un enfoque diferenciado a tal exigencia en este asunto. Tal perspectiva especial, se fundamenta en la discriminación histórica de que han sido sujetos los miembros de la comunidad LGBTI y la imperiosa necesidad de romper esos hitos que les han mermado sus derechos, además de ponerlos en un plano de igualdad frente a las parejas heterosexuales, que en materia de pensión de sobrevivientes han sido favorecidas con varias interpretaciones sobre el período en que se debe haber dado la conviviencia exigida por el legislador. Por ejemplo, en el caso de las parejas atadas por vínculo matrimonial y separadas de hecho, el legislador salvaguardó sus derechos permitiéndoles acceder a parte de la pensión, autorizándose la acreditación de los cinco (5) años de convivencia, en cualquier tiempo, sin que sea el inmediatamente anterior al deceso del afiliado o pensionado. Tal tesis, se puede consultar, entre otras, en la sentencia SL478 de 2013, del 24 de julio de 2013.

Tal posibilidad de acreditación de la convivencia en cualquier tiempo, no se puede hacer extensiva, en principio, a las parejas del mismo sexo, dado que ellas no estaban habilitadas para contraer matromonio, por la falta de regulacion legal al respecto y apenas, mediante decisiones de la Corte Constitucional, se ha ido abriendo paso tal posibilidad. En efecto, mediante sentencia C-577 de 2011, se trató el tema y se dispuso exhortar al Congreso para que legislará al respecto. Dicha decisión se fundamentó en un concepto de familia amplio y flexible, coligiéndose que el mismo no aludia únicamente a la conformada por un hombre y una mujer, sino que existían diversas formas de conformaciòn familiar, que no podían quedar desamparadas o con un déficit de protección o estar restringidas a conformar su familia solamente por vías de hecho, ante la ausencia de un instrumento jurídico que contemple otra opción. Sin embargo, el legislador omitió crear ese nuevo régimen legal para proteger a las parejas del mismo sexo, razón por la cual, la Corte Constitucional se vio obligada a pronunciarse nuevamente al respecto, lo que hizo mediante decisión SU-214 de 2016, en la que se dijo que era permitido el matrimonio entre parejas del homosexuales y dio instrucciones, para que las autoridades encargadas de celebrar y registrar tales uniones, lo hagan sin obstáculo alguno.

Este brevísimo análisis jurisprudencial, permite a la Sala concluir que las parejas del mismo sexo no habían tenido la posibilidad legal de contraer matrimonio, por la potísima razón de la inexistencia de la institución jurídica del matrimonio igualiitario y que apenas, mediante recientes avances jurisprudenciales, se ha logrado ampliar la aplicación de la institución jurídica matrimonial existente a los miembros de la comunidad LGBTI.

Y se hace mención a la imposibilidad de contraer matrimonio por parte de las las parejas del mismo sexo, por cuanto es el nexo marital el que ha validado la protección especial, con apenas demostrar cinco años de convivencia en cualquier tiempo, autorizando al cónyuge de una pareja heterosexual fallecida, acceda a la pensión de sobrevivientes, mientras que, en casos como el presente, con la acreditación de un tiempo superior a esos cinco años, por la imposibilidad jurídica de contraer matrimonio, se niegue la pensión de sobrevivientes. Es decir, es posible que una persona que hubiere contraído nupcias con otra, y apenas hubiere convivido cinco años en cualquier época, acceda a la sustitución pensional por el solo hecho de mantener vigente el vínculo marital, mientras que otra persona, que conformó con el fallecido una comunidad de vida homosexual, hayan convivido 5 o más años y, por el solo hecho de no poderse contraer matrimonio, se quede por fuera de la protección del sistema pensional.

Tal conclusión resulta a todas luces injusta y discriminatoria, pues no está teniendo en cuenta que la pareja homosexual no contaba con la posibilidad de formalizar contractual y legalmente su vínculo, por lo que de mediar cualquier separación, por la razón que sea, quedarían completamente desamparados, situación contraria a la de las parejas heterosexuales, que cuentan con un resguardo legal de sus derechos, lo que configura de manera evidente un trato discriminatorio y desigual ante situaciones fácticas similares, como la de haber convivido con una persona por un tramo considerable de su vida.

Por lo tanto, estima la Sala que para zanjar tal fuente de inequidad y discriminación, es indispensable dar una nueva interpretación a la exigencia de la convivencia en un período de cinco años, con un enfoque diferenciado y proteccionista de una minoría históricamente mermada en sus derechos, como lo es la LGBTI. Esa nueva interpretación, no puede ser otra diferente a que, se causa la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional a favor del compañero o compañera supérstite del mismo sexo del afiliado o pensionado fallecido, siempre que este acredite una convivencia igual o superior a los cinco (5) años, en cualquier tiempo o inmediatamente anteriores a su deceso. Tal interpretación, se insiste, está más acorde al texto constitucional, especialmente a los artículos 5, 13, 16 y 42 de la Carta Política, que amparan a la familia, como institución básica de la sociedad y protegen los derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

Aterrizando lo dicho al caso puntual, se tiene que la Señora Giraldo Saavedra, está persiguiendo la pension de sobrevivientes por el deceso de su compañera permanente María Inés Idarraga Cardona. Tal pedido fue negado por la a-quo, bajo el argumento de que la convivencia entre las mencionadas, si bien existió, no estaba vigente para el momento del fallecimiento de esta última.

Pero analizando la prueba obrante en el proceso, puntualmente la documental consistente en fotografias y videos caseros (folios 47 a 62 y 64) y la testimonial obrante en el infolio, se puede obtener certeza de que la demandante si bien no convivió con la causante en los últimos días de su vida, sí lo hizo por un lapso de tiempo considerable, que supera los cinco años y que, en atención a la interpretación diferenciada explicada párrafos atrás, permite colegir sin embages, que la actora sí tiene derecho a la sustitución pensional.

En efecto, de las aludidas fotografías se puede colegir que las señoras Isabel Cristina y Maria Inés se presentaban ante la sociedad como compañeas permanentes, que ello lo hicieron en varias épocas, 1987, 1989, 1995, 1998, 2003, 2005, 2006, 2007, 2009 y 2010, relato fotográfico, que encuentra ratificación en los dichos de las declarantes, especialmente, Gloria Patricia Vallejo, quien tuvo la oportunidad de vivir en la misma casa con la pareja, entre los años 1987 a 1994, quien da cuenta de que ellas eran una pareja y que así lo mostraban y que compartían todos los espacios propios de una relación sentimental, es decir, se acredita la convivencia por un período que excede los cinco años. Pero además, dan cuenta de la convivencia antes aludida por un espacio mayor de tiempo Maria Margarita Quintero Arroyave y Blanca Amelida Martínez de López, que eran allegadas a la pareja y que pudieron conocer su comunidad de vida, su permanencia en el tiempo, coincidiendo en que los últimos años dicha convivencia se rompió por cuanto la demandante se fue a la casa de su mamá, por razones de salud. Estas deponentes dan cuenta de que la relación tuvo una vigencia mayor a los 20 años.

Este compendio probatorio, permite colegir que la pareja conformada por Isabel Cristina Giraldo Saavedra y María Inés Idarraga Cardona, tuvo una convivencia que superó los cinco años exigidos por la ley y que, atendiendo la interpretación atrás asentada, a pesar de no tratarse de los cinco años inmediatamente anteriores a la muerte de Idarraga Cardona, ello no es óbice para conceder la prestación pensional perseguida.

En síntesis, se revocarà la decisión de primer grado y se concederá la sustitución pensional a la señora Isabel Cristina Giraldo Saavedra en un 100%, dejando de paso sin efecto el reconocimiento pensional que efectuó Colpensiones a la señora Luz Ayda Tobon Vélez, de la pensión de sobrevivientes, pues la misma se hizo sin el lleno de los requisitos legales, en la medida en que esta jurisdicción fue convocada para que definiera la situación pensional de sobrevivientes, en virtud del deceso de quien en vida gozaba del estatus de pensionada, María Inés Idárraga Cardona, situación que obvió el ente de la seguridad social al precipitarse en el otorgamiento de la gracia pensional a la segunda.

En efecto, siendo evidente la presencia de dos reclamos, el de la demadante y el de Tobón Vélez, la entidad de la seguridad social, hizo caso omiso de la previsión legal a tono con la cual “*Cuando se presente controversia entre los pretendidos beneficiarios de las prestaciones, se suspenderá el trámite de la prestación hasta tanto se decida judicialmente por medio de sentencia ejecutoriada a qué persona o personas corresponde el derecho*” (artículo 34 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 0758 de ese año, incorporado a la Ley 100 de 1993, gracias a las voces del inciso segundo de su artículo 31, igualmente aplicado por el órgano de cierre en sentencia de casación laboral, radicación 44454 de 2 de octubre de 2013, entre otras).

El yerro del organismo de la seguridad social se pone más evidente, si se repara el interrogatorio de parte, rendido por la misma Luz Aida Tobón, quien afirmó que apenas en el mes de septiembre de 2007 había conocido a la señora María Inés Idárraga, calenda que comparada con la del deceso de la última, 5 de enero de 2012, no alcanza a abarcar los 5 años que se exigen de convivencia, más si en ese lapso se debe comprender el tiempo del mero conocimiento entre la supuesta pareja, más la convivencia real y efectiva como tal.

La prestación se concederá a partir de la ejecutoria de esta providencia, amén que la entidad de seguridad social venía pagando la prestación a la señora Luz Ayda Tobón Vélez, quien deberá cancelar las sumas recibidas a favor de la señora Giraldo Saavedra.

En cuanto a los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993, se tiene que al concederse esta pensión en virtud de una interpretación constitucional y diferenciada, los mismos no son procedentes, por lo menos antes de esta sentencia, debiéndose imponer los mismos solo a partir de la ejecutoria de esta determinación y en caso de que no se pague el retroactivo y las mesadas causadas posteriormente, en forma oportuna.

Finalmente, en torno a las costas de ambas instancias, serán a cargo de Colpensiones a favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, el *H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,* administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

*FALLA*

1. *Revocar* la sentencia proferida el 28 de abril de 2015 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de *Isabel*

*Cristina Giraldo Saavedra* contra la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones* y *Luz Ayda Tobón Vélez*, vinculada en calidad de litisconsorte necesaria.

En consecuencia,

* 1. ***Conceder*** la pensión de sobrevivientes, por causa del deceso de María Inés Idárraga,a la demandante Isabel Cristina Giraldo Saavedra, a partir de la ejecutoria de esta sentencia, a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.
	2. ***Condenar*** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer a la señora Isabel Critina Giraldo Saavedra intereses moratorios sobre las mesadas que se causen en el futuro, en caso de no pagarse a la ejecutoria de esta providencia.
	3. ***Declarar no probadas*** las excepciones planteadas por Colpensiones, conforme a lo dicho.
	4. ***Dejar sin efecto*** la resolución GNR 192271 del 25 de julio de 2013 de Colpensiones, mediante la cual se reconoció la sustitución pensional a la señora Luz Ayda Tobón Vélez, conforme a lo dicho. Esta deberá cancelar a la señora Isabel Cristina Giraldo Saavedra las mesadas recibidas y el retroactivo que le pago Colpensiones en la referida Resolución.

*2.* Costas en ambas instancias a cargo de la demandante y en pro de la Administradora de Pensiones, Colpensiones. Se absuelve por tal concepto a la Litis consorte, Luz Aida Tobón Vélez

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCIA CAICEDO CALDERON

 Magistrada Magistrada

ALONSO GAVIRIA OCAMPO

Secretario