Providencia: Sentencia del 17 de agosto de 2018

Radicación No.: 66001-31-05-005-2016-00393-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Luz Dary Dávila López

Demandado: Colpensiones

Magistrada ponente: Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda

Magistrada que salva voto: Dra. Ana Lucia Caicedo Calderón

Tema:

Inaplicación de una norma por violar tratados internacionales: Mantener el trato diferenciado, so pretexto de que la Carta Magna actual entró a regir el 7 de julio de 1.991 desconoce que el derecho a la igualdad que tutela esa norma superior, hacía parte desde 1969 de los tratados internacionales ratificados por Colombia y que lo único que hizo el Constituyente del 91 fue, en cumplimientos de esos compromisos internacionales, consagrar en la Constitución el principio de la igualdad del hombre y de la mujer, como en efecto se hizo. En otras palabras, no fue una dádiva de la Asamblea Constituyente del 91 consagrar el derecho a la igualdad para todos los colombianos y colombianas, sino el acatamiento de un deber internacional, amén de que constituía un presupuesto para el establecimiento de un Estado social de Derecho.

En ese hilo conductor, los razonamientos que la Corte Constitucional tuvo para declarar inexequible la expresión *“siempre que ambos hubieren permanecido solteros durante el concubinato”* que contiene el artículo 55 de la ley 90 de 1946 tienen igual vigencia y contundencia para antes de la Constitución del 91, por cuenta de la consagración del derecho a la igualdad en los tratados internacionales ratificados por Colombia antes de la Constitución de 1991.

En consecuencia a efectos de superar ese trato discriminatorio, se inaplicará para el caso de marras la la expresión *“siempre que ambos hubieren permanecido solteros durante el concubinato”* contenida en el artículo 55 de la ley 90 de 1946 por violar los artículos 1, 2, 7 y 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1.969 y el artículo 2° de la Convención sobre eliminación de todas las forma de discriminación en la mujer -CEDAW-, ratificado por Colombia en 1981.

# SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto mi inconformidad frente a la decisión mayoritaria por cuanto considero que en el presente caso había lugar a reconocer la prestación reclamada por las siguientes razones:

1. **Supuestos fácticos probados**

 No existe discusión alguna en el presente asunto respecto a: *i)* Que el 1º de octubre de 1985 nació Ana Cristina Giraldo, hija de la demandante y el señor Jesús Giraldo Arango (fl. 24); *ii)* Que el 7 de marzo de 1988, esto es, dos años y medio después, falleció el señor Giraldo (fl. 18); *iii)* Que mediante Resolución 02480 del 15 de septiembre de 1989 se concedió la pensión de sobrevivientes a su hija Ana Cristina, representada por la señora Luz Dary Dávila, **prestación que percibió hasta el 1º de octubre de 2010, cuando alcanzó los 25 años de edad**; *iv)* Que el 6 de noviembre de 2014 esta última solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes (fl. 19); v) Que mediante le Resolución GNR 206613 de 2015 le fue negada la aludida prestación (fl. 15) y, *vi)* Que el señor Jesús Giraldo Duque contrajo matrimonio por el rito católico con Amparo Aristizabal Fadul el 1º de enero de 1959, de quien se separó de hecho pero cuyo vínculo se mantuvo vigente durante toda la convivencia con Luz Dary Dávila porque para la época de su fallecimiento no existía en la legislación colombiana la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, pues ello sólo vino a reglamentarse con la Ley 25 de 1992 (fl. 25).

1. **Norma aplicable a la pensión de sobrevivientes**

 Se ha decantado suficientemente que la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes es la legislación vigente al momento del fallecimiento del afiliado, que en este caso se produjo el 7 de marzo de 1988. Como en el caso de marras nos encontramos frente a una prestación **a cargo del Instituto de Seguros Sociales**, entidad sucedida por Colpensiones, por tratarse de una sustitución de un afiliado de dicha entidad la norma aplicable es el **Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de la misma anualidad,** el cual a su vez remite a la reglamentación general para los riesgos de invalidez, vejez y muerte adoptada con la **Ley 90 de 1946**.

1. **Posición de la Sala de Casación Laboral frente a la pensión de sobrevivientes a favor de las compañeras permanentes regidas por la Ley 90 de 1946**

La Sala de Casación Laboral por medio de las sentencias de 12 de diciembre de 2007 con radicación Nº 31.613, de 25 de marzo de 2009 con radicación Nº 34.401 y de 15 de febrero de 2011 con radicación Nº 37552, esta última con ponencia del Magistrado Jorge Mauricio Burgos Ruiz, sostiene que las compañeras permanentes de los afiliados o pensionados del Instituto de Seguros Sociales *–hoy Colpensiones-* pueden ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes causada con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos en el artículo 55 de la ley 90 de 1946 *–norma que regulaba dicha prestación económica en riesgos profesionales, pero que fue extendida a las pensiones de vejez por remisión expresa del artículo 62 de esa misma ley-*, los cuales consisten en i) Que no hubiere cónyuge supérstite, ii) Que hubieran hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a la muerte del asegurado, a menos que hubieran procreado hijos comunes, y iii) Que ambos hubieran permanecido solteros durante el concubinato *–requisito que fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-482 de 9 de septiembre de 1998,* ***pero a partir de la vigencia de la Constitución de 1991.***

Dicho en otras palabras, de acuerdo al precedente de la Corte Suprema de Justicia, los tres requisitos de la Ley 90 de 1946 se aplica a todos los casos en los cuales la muerte del causante se hubiere producido con anterioridad al 7 de julio de 1991, fecha en la que entró en vigencia nuestra Carta Magna, porque en adelante la Corte Constitucional quitó la tercera exigencia para los compañeros permanentes para quienes a partir de esa fecha es indiferente **si durante la convivencia eran solteros o no.** Esta Corporación en Sala mayoritaria acogió el mentado precedente y por eso en todos los procesos en los que se reclama pensión de sobrevivientes por un o una compañera permanente de quien murió con anterioridad al 7 de julio de 1991, se les exige el cumplimiento de los mentados 3 requisitos, tal como puede verse en las sentencias proferidas en los procesos Nos. 2013-00098[[1]](#footnote-1) y 2012-00022[[2]](#footnote-2) el 21 y 29 de mayo del 2014, respectivamente en las cuales *–valga aclarar-* la suscrita Magistrada Ponente no intervino.

En ese orden de ideas, en principio dicho precedente sería aplicable al presente caso por cuanto el óbito del causante devino el 7 de marzo de 1988, de modo que el hecho de que el causante no tuviera el estatus de hombre soltero durante la convivencia con la señora Luz Dary Dávila daría al traste con las pretensiones de esta última.

En este punto es necesario resaltar dos situaciones que se presentan en el *sub lite*; la primera, es que la Jueza de instancia negó el derecho deprecado aduciendo que la demandante no demostró que el vínculo matrimonial del señor Giraldo Arango con la señora Amparo Aristizabal había cesado sus efectos al momento del deceso de aquel, cuando lo cierto es que dicha carga demostrativa le correspondía asumirla al ente que estaba negando el derecho basado en ese supuesto; de manera que al no existir plena constancia de que ese matrimonio mantuvo sus efectos hasta el momento de la muerte de Jesús Giraldo, la negativa de la jueza de instancia no se respaldó en un hecho debidamente acreditado.

Por otra parte, es del caso advertir que de los dos requisitos que trae el artículo 55 de la Ley 90 de 1946, a efectos de considerar a la compañera permanente como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, se puede inferir que en ellos se plantea un requerimiento similar al exigir que el afiliado **no hubiera tenido un vínculo matrimonial vigente** al momento del óbito, pues la primera refiere a que no hubiera dejado cónyuge supérstite y, en la segunda, que se hubiera mantenido soltero durante el concubinato; por lo que el estudio de constitucionalidad efectuado en la sentencia C-482 de 1998, en relación con el derecho a la igualdad de las familias constituidas a las que les era aplicable el citado artículo 55 puede hacerse extensivo al primero de los supuestos traídos en esa disposición normativa, es decir, el que otorga la calidad de beneficiaria “residual” a la compañera en caso de que no existiera cónyuge supérstite.

No obstante, como se verá más adelante, el precedente al que se hizo alusión viola el artículo 2º de la **Convención sobre eliminación de todas las forma de discriminación en la mujer -CEDAW-**ratificado por Colombia en enero de 1.982, en virtud del cual:

***“Artículo 2:*** *Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:.*

*a) …*

*c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y* ***garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes*** *y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; (…)”*

Pero además viola los artículos 1, 2, 7 y 8 de la Declaración Universal der los Derechos Humanos, en virtud de los cuales:

### *“Artículo 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*

### *Artículo 2.- Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.(…)*

### *Artículo 7.-Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.*

### *Artículo 8.-Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.*

1. **Génesis y finalidad de la Convención sobre eliminación de todas las forma de discriminación en la mujer -CEDAW-**

El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer***,* que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países.

La Convención fue la culminación de más de 30 años de trabajo de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, órgano creado en 1946 para seguir de cerca la situación de la mujer y promover sus derechos. La labor de la Comisión ha coadyuvado a poner de manifiesto todas las esferas en que a la mujer se le niega la igualdad con el hombre. Estos esfuerzos en pro del adelanto de la mujer han desembocado en varias declaraciones y convenciones, de las cuales la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* es el documento fundamental y más amplio.

La Convención define el significado de la igualdad e indica cómo lograrla. En este sentido, establece no sólo una declaración internacional de derechos para la mujer, sino también un programa de acción para que los Estados Partes garanticen el goce de esos derechos.

En su preámbulo, la Convención reconoce explícitamente que *"las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones"* y subraya que esa discriminación viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana. Según el artículo 1, por discriminación se entiende *"toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo (... ) en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera"*. La Convención afirma positivamente el principio de igualdad al pedir a los Estados Partes que tomen *"todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre"* (artículo 3).

Colombia ratificó esta convención a través de la ley 51 de 1981 y a partir de ese año dicha convención hace parte de la legislación nacional y por tanto es de obligatorio cumplimiento.

1. **La norma aplicable al caso contiene un trato discriminatorio contra la compañera permanente no divorciada, que atenta contra el derecho a la igualdad proclamado en tratados internacionales**

 Como se dijo anteriormente, la norma que regula el presente caso es el Acuerdo 224 de 1966, que a su vez se remite a la reglamentación general para los riesgos de invalidez, vejez y muerte adoptada en el artículo 55 de la Ley 90 de 1946, antes de la declaratoria parcial de inexequibilidad proclamada en la sentencia C-482 de 9 de septiembre de 1998, toda vez que la muerte del causante ocurrió antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. Es decir, debe aplicarse la norma tal cual fue redactada por el legislador y por eso de conformidad a la posición de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, por el hecho de que el señor Jesús Giraldo hubiera mantenido vigente el vínculo matrimonial a pesar de haberse separado de hecho de su cónyuge desde 1972, no podría haber dejado causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a su compañera permanente con quien convivió durante los 5 años anteriores a su deceso. Reza el artículo 55 en armonía con el artículo 62 de la ley 90 de 1946, lo siguiente:

**ARTICULO 55.**  Para los efectos del artículo anterior, los ascendientes legítimos y naturales del asegurado tendrán unos 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, **siempre que ambos hubieran permanecido solteros durante el concubinato**; si en varias mujeres concurren estas circunstancias, sólo tendrán un derecho proporcional las que tuvieren hijos del difunto. *(La línea en negrillas fue declarada inexequible pero a partir de la Constitución de 1.991).*

**ARTICULO 62.** A las pensiones de viudedad y orfandad les será aplicable la disposición del artículo [55](http://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ley_0090_1946_pr001.htm#55). El derecho a estas pensiones empezará desde el día del fallecimiento del asegurado y cesará con la muerte del beneficiario, sin acrecer las cuotas de los demás, o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias, reciba de otra persona lo necesario para su subsistencia, o cuando el huérfano cumpla catorce (14) años de edad o deje de ser inválido. Pero la viuda que contraiga matrimonio recibirá, en sustitución de las pensiones eventuales, una suma global equivalente a tres (3) anualidades de la pensión reconocida.

 Sin embargo, si bien la intelección de la Corte Suprema de Justicia se acompasa a los efectos de la Sentencia C-482 de 1998 en virtud de la cual, la inexequibilidad de la expresión *“siempre que ambos hubieren permanecido solteros durante el concubinato”*, se aplica a partir del 7 de julio de 1991 (fecha de entrada en vigencia de la Constitución de 1991), lo cierto es que desconoce que ese trato diferenciado violaba también normas internacionales que regían en Colombia antes de la actual Constitución.

 En efecto, la expresión que la Corte Constitucional encontró violatoria del derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta Magna, trasgrede también el derecho a la igualdad protegido en los artículos 1, 2, 7 y 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1.969, de manera que la violación del derecho a la igualdad ya se presentaba desde 1969 por el carácter vinculante de ese instrumento internacional para nuestro país.

 Pero además y como quiera que en el presente caso **la demandante es una MUJER**, esa disposición violaba la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –CEDAW-**desde 1981 cuando fue ratificada por Colombia, toda vez que el artículo 55 contiene una discriminación contra la mujer que no tiene justificación alguna, como pasa a explicarse: En primer lugar, no puede perderse de vista que el tenor literal del artículo 55 se dirige exclusivamente a MUJERES, y que entre éstas hace una distinción odiosa entre las casadas y las compañeras permanentes, y a su vez, entre las mismas compañeras permanentes hace dos diferenciaciones más, clasificándolas entre solteras y casadas, o entre aquellas que tuvieron hijos con el causante y las que no los tuvieron, aplicando para cada una de esas distinciones efectos jurídicos discriminatorios.

 En la búsqueda de las causas que expliquen este trato discriminatorio, hay que concluir, con tristeza, que dicha norma no era más que el reflejo del momento histórico que se vivía en el país en el año 1946, cuando se expidió la ley 90 de ese año, pues recuérdese que a comienzos de los años treinta (1930) y la década de los 40 las mujeres colombianas no tenían derecho al voto, no eran ciudadanas, no eran sujetas de derecho, muy pocas tenían acceso a la educación formal, ninguna tenía acceso a la educación superior, no tenían voz ni representación legal, no tenían igualdad jurídica con los hombres y se encontraban bajo el yugo de la potestad marital. El 10 de diciembre de 1934 se presentó al Congreso un proyecto de ley para que las mujeres pudieran ingresar a la universidad en igualdad de condiciones que los hombres, pero ello suscitó una gran controversia como todo lo que tenía que ver con los derechos de las mujeres y muy pocas se atrevieron a ingresar a la universidad. El voto se ejerció por primera vez en el plebiscito de 1957 y sólo hasta 1974 la mujer casada dejó de estar bajo la potestad del marido al haberse estipulado la igualdad de derechos entre los esposos. El Código Civil Colombiano para esa época introdujo una serie de privilegios para los hombres y a la mujer la redujo a la ”capitis deminutio”, es decir, a una disminución de sus derechos, bajo el estereotipo, entre otros, de que el único proyecto de vida de la mujer era el matrimonio y su única labor la de ser exclusivamente ama de casa. El Estado confesional de nuestro país para esa época, exacerbó el sistema patriarcal imperante, disminuyendo enormemente a la mujer, de manera que la discriminación legislativa contra la mujer era sólo el reflejo del reproche social y moral que se ensañó especialmente contra las mujeres, a quienes se las castigaba cuando no se acomodaban al arquetipo religioso de ese momento.

 En conclusión, todo el panorama familiar, social, económico, político, religioso, jurídico y cultural menospreciaba a las mujeres, poniéndolas en una evidente desventaja frente a los hombres en el disfrute de los más básicos derechos humanos. Eso explica, por ejemplo, que el legislador concibiera la pensión de sobrevivientes sólo para las mujeres y no para los hombres, pues para esa época en el caso de las parejas (casadas o en unión libre) el único que cumplía el rol productivo era el varón y no la mujer. Con el paso de los años, la mujer se fue abriendo espacio en el mercado laboral, y por eso la jurisprudencia se vio en la necesidad de extender la pensión de sobrevivientes a los varones, a pesar del tenor literal de la norma que regulaba esa prestación únicamente a favor de las mujeres.

 Pero este trato diferenciado contra la mujer no fue exclusivo de Colombia, pues se vivía a lo largo y ancho del mundo, y por esa razón la Organización de las Naciones Unidas se vio en la necesidad de emitir la **Convención sobre eliminación de todas las forma de discriminación en la mujer -CEDAW-**a la cual tuvimos oportunidad de referirnos momentos atrás pero posteriormente han nacido otra serie de instrumentos internacionales que tienen igual fin como son la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en las mujeres Belem do Pará en 1993, el Estatuto de Roma 1998, la Cumbre del Milenio ONU 2000, las Conferencias Mundiales de México en 1975, Copenhague 1980, Nairobi 1985, Viena 1983, Beijing 1995, entre otros instrumentos internacionales.

Sin embargo para efectos del caso que nos convoca, nos remitiremos sólo a la CEDAW, convención que estaba vigente para la fecha del deceso del causante, en cuyo artículo 2º establece una serie de obligaciones a las que se someten los Estados Partes en la búsqueda de una política que acabe con todas las formas de discriminación contra la mujer. Dice el artículo 2:

**Artículo 2:** Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, **por conducto de los tribunales nacionales o competentes** y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

d) Abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

f) Adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

 A pesar de la importancia de todo este artículo, a efectos del presente asunto conviene resaltar dos aspectos: *i)* se vinculó directamente al poder judicial a quien instó para que garantizara efectivamente los derechos de la mujer contra todo acto discriminatorio. *ii)* No se condicionó la aplicación de tales deberes a que previamente se plasmaran en una ley, pues cuando se refiere a las medidas legislativas, la Convención las toma como una simple alternativa, de donde se infiere que la Convención es vinculante y de aplicación directa para los Estados Partes.

 En ese sentido, si la rama judicial por cuenta de ese instrumento internacional estaba obligada a garantizar efectivamente los derechos humanos de las mujeres, le correspondía, a través de sus jueces y juezas, adoptar medidas que superaran el trato diferencial que se encontrara implícito o explícito en la aplicación de una norma a un caso determinado, obligación que subsistía desde 1981, cuando entró a regir la CEDAW en Colombia y no solamente desde la Constitución de 1991 como se ha entendido. Mantener el trato diferenciado, so pretexto de que la Carta Magna actual entró a regir el 7 de julio de 1991 desconoce que el derecho a la igualdad que tutela esa norma superior, hacía parte desde 1969 de los tratados internacionales ratificados por Colombia y que lo único que hizo el Constituyente del 91 fue, en cumplimientos de esos compromisos internacionales, **consagrar** en la Constitución el principio de la igualdad del hombre y de la mujer, como en efecto se hizo. En otras palabras, no fue una dádiva de la Asamblea Constituyente del 91 consagrar el derecho a la igualdad para todos los colombianos y colombianas, sino el acatamiento de un deber internacional, amén de que constituía un presupuesto para el establecimiento de un Estado social de Derecho.

 En ese hilo conductor, los razonamientos que la Corte Constitucional tuvo para declarar inexequible la expresión *“siempre que ambos hubieren permanecido solteros durante el concubinato”* que contiene el artículo 55 de la ley 90 de 1946 tienen igual vigencia y contundencia para antes de la Constitución del 91, por cuenta de la consagración del derecho a la igualdad en los tratados internacionales ratificados por Colombia antes de la Constitución de 1991.

 En consecuencia bajo el amparo de los artículos 1, 2, 7 y 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969 y el artículo 2° de la Convención sobre eliminación de todas las forma de discriminación en la mujer -CEDAW-, ratificado por Colombia en 1981, también resulta válido afirmar, como lo hizo en su oportunidad la Corte Constitucional que *“respecto del derecho a la sustitución pensional rige el principio de igualdad entre cónyuges supérstites y compañeros (as) permanentes porque, siendo la familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio. Por el contrario, la ley acoge un criterio material - convivencia efectiva al momento de la muerte - y no simplemente formal - vínculo matrimonial - en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo de la persona fallecida... La exigencia de que ambos compañeros permanentes conserven el estado de soltería durante su unión para poder acceder a la sustitución pensional, constituye una vulneración del derecho de los compañeros permanentes a que la familia que ellos conforman reciba un trato igual a aquéllas que surgen del contrato matrimonial”.*

 Al argumento anterior habrá que agregarse el hecho de que la norma consagraba un imposible para quien se separaba de hecho de su cónyuge y quería luego construir otra familia, porque sólo hasta la ley 25 de 1992 se hizo posible el divorcio para los matrimonios católicos, de manera que el artículo 55 de la ley 90 de 1946 restringía enormemente el proyecto de vida de las personas que se habían unido en matrimonio a través del rito católico y luego se separaban de hecho, como sucedió en el caso que se está analizando, toda vez que el causante, a pesar de que se separó de hecho de su esposa en el año 1972 e inició una relación sentimental con la aquí demandante por espacio 5 años, le fue imposible adquirir el estatus de soltero durante esa relación y dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a su compañera, porque falleció antes de entrar en vigencia la Ley 25 de 1992. Eso denota la preocupante discriminación que consagró esa norma no solo por las diferencias que estableció entre las mujeres casadas y las solteras, sino además por la consagración de condiciones imposibles de cumplir.

 En consecuencia a efectos de superar ese trato discriminatorio, se inaplicará para el caso de marras las expresiones *“a falta de viuda”* y *“siempre que ambos hubieren permanecido solteros durante el concubinato”* contenidas en el artículo 55 de la ley 90 de 1946 por violar los artículos 1, 2, 7 y 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969 y el artículo 2° de la Convención sobre eliminación de todas las forma de discriminación en la mujer -CEDAW-, ratificado por Colombia en 1981.

1. **Solución al caso concreto**

 Como quiera que la norma aplicable al caso es el artículo 55 de la Ley 90 de 1946 sin las expresiones *“a falta de viuda”* y *“siempre que ambos hubieren permanecido solteros durante el concubinato”,* corresponde ahora establecer si la demandante cumple el resto de requisitos establecidos en la norma para hacerse acreedora a la pensión de sobrevivientes que dejó causada el Sr. Jesús Giraldo Arango, los cuales corresponden a los siguientes:

**6.1 Que hubieran hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a la muerte del asegurado, a menos que hubieran procreado hijos comunes:**

 En el proceso existe evidencia de la procreación de una hija común de la pareja Giraldo Dávila, que responde al nombre de Ana Cristina Giraldo Dávila, según consta en el respectivo registro civil de nacimiento, que da cuenta que aquella nació el 1º de octubre de 1985, es decir, dos años y 8 meses después de haber iniciado la convivencia, que lo fue desde 1983, según se relata en la demanda, y dos años y medio antes del fallecimiento del causante. Esta circunstancia exime a la demandante de probar la convivencia durante los tres años anteriores al deceso de señor Jesús Giraldo.

Con todo, con los testimonios de las señoras Stella Giraldo González y Amanda Villa Arboleda se logra determinar que la convivencia de la pareja superó los 3 años exigidos por la norma, pues fueron consistentes en exponer, en su condición de amiga de la pareja y clienta del causante en el almacén Risaralda Motor, las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las cuales le constaba la convivencia permanente e ininterrumpida de la pareja en el lapso que en que duró la relación, así como que era aquel quien velaba por el sostenimiento de su familia.

En consecuencia, habiendo quedado plenamente demostrado *i)* que la actora convivió con el causante por más de 5 años anteriores a su muerte o por los menos durante los tres últimos años en calidad de compañera permanente, *ii)* que tuvo una hija con el causante de nombre Ana Cristina Giraldo Dávila Luis Albeiro Cartagena Moreno, y, *iii)* que dependía económicamente del de cujus, podía concluirse válidamente que en el en caso bajo examen se cumplían los requisitos del artículo 55 de la ley 90 de 1946 para declarar que a la actora le asiste el derecho a que Colpensiones le reconozca la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del señor Jesús Giraldo Arango, retroactivamente y en un 50% a partir del día 7 de marzo de 1988, y en un 100% a partir del momento en que Ana Cristina Giraldo Dávila alcanzó los 25 años de edad, es decir, desde el 1º de octubre de 1985.

 En estos términos sustento mi salvamento de voto.

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

1. Proceso Ordinario No. 66001-31-05-001-2013-00098-01, Demandante Cecilia Vanegas de Zapata, Demandado COLPENSIONES, Sentencia del 21 de mayo de 2014, con Ponencia del Dr. JULIO CESÁR SALAZAR MUÑOZ [↑](#footnote-ref-1)
2. Proceso Ordinario No. 66001-31-05-001-2012-00022-01, Demandante Lucrecia Ceballos Díaz, Demandado COLPENSIONES, Sentencia del 22 de mayo de 2014, con Ponencia del Dr. JULIO CESÁR SALAZAR MUÑOZ [↑](#footnote-ref-2)