



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N. 1

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

Magistrada ponente

SL4549-2019

Radicación n.º 68689

Acta 36

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por **ELVIRA ESCOBAR DAZA**, contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 29 de mayo de 2014, en el proceso que instauró contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** en liquidación, hoy **COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

Elvira Escobar Daza llamó a juicio al Instituto de Seguros Sociales en liquidación, hoy Colpensiones, con el fin de que sea condenado a reconocerle y pagarle la pensión de sobrevivientes originada por el deceso de Zulman Leiva Pérez ocurrido el 28 de noviembre de 2008, el reajuste legal, las mesadas adicionales, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas.

Fundamentó sus peticiones, en que mediante *«resolución No. 007446 de 2008»*, el ISS hoy Colpensiones le reconoció la pensión de vejez a la señora Zulman Leiva Pérez; que el 28 de noviembre de 2008 ésta murió por causas *«ajenas a su profesión»*, razón por la cual reclamó la pensión de sobrevivientes el 17 de diciembre de 2008, en calidad de compañera permanente; dicha solicitud le fue negada mediante *«resolución No. 007446 de 2008»*, bajo el argumento de que existió controversia entre las pruebas aportadas y la documentación que hacía parte del expediente administrativo de la pensionada.

Indicó que el 21 de mayo de 2009 la actora, suscribió un contrato de transacción con la señora Silvia Pérez de Leiva, madre de la causante, en el cual acordaron *«acceder a escritura de sección a favor de la demandante»* de un inmueble y de los derechos sobre una motocicleta teniendo en cuenta su relación sentimental con la pensionada, y por su parte, ella se comprometió a no acudir a la justicia ordinaria para que le fuera reconocida su unión marital de hecho y la sociedad derivada de la misma.

Por último, señaló que convivió seis años con la causante como compañera permanente, en virtud de lo cual se brindaron apoyo y ayuda material y espiritual hasta el fallecimiento (f.º 3 a 9).

Al dar respuesta a la demanda, el ISS, hoy Colpensiones, se opuso a todas las pretensiones bajo el argumento de que no le asistía el derecho reclamado a la

demandante, por lo que está exento de cumplir las obligaciones alegadas; en cuanto a los hechos, adujo no constarle el contrato de transacción celebrado entre la actora y la madre de la causante, así como tampoco, el tiempo de convivencia; frente a los demás hechos dijo ser ciertos.

En su defensa propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena fe, innominada y prescripción (f.º29 a 32).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral de Descongestión del Circuito de Cali, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 26 de abril de 2013, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido y prescripción propuesta por la parte demandada, de conformidad a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES HOY COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la señora **ELVIRA ESCOBAR DAZA** [...] como compañera permanente de la desaparecida **Zulman Leiva Pérez**, a partir del 28 de Noviembre de 2008, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre y los incrementos anuales de ley, en cuantía de \$989.805 para el año 2008, prestación que actualmente asciende a \$1.191.714,00; lo adeudado por concepto de mesadas causadas a la fecha es la suma de \$80.750.322,00, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES HOY COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de los intereses de mora del Art. 141 de la ley 100 de 1993 a favor de la señora **ELVIRA ESCOBAR DAZA**, a partir del 07 de febrero de 2009, a la tasa máxima que fije la Superintendencia Financiera al momento del pago, por cada mesada pensional, esto es, en forma mensual, sobre las mesadas causadas desde el 28 de Noviembre

de 2008 hasta que se reporte el pago de las mesadas adeudadas, por las razones aquí expuestas.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS y AGENCIAS EN DERECHO a la demandada INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES HOY COLPENSIONES. Liquidense por SECRETARÍA.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante fallo del 29 de mayo de 2014, revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Colegiado determinó como problema jurídico a resolver, establecer si las pruebas eran suficientes para dar por probada la convivencia exigida legalmente para acceder al derecho reclamado.

Aclaró que no era objeto de debate la causación del derecho, ni la fecha en que ocurrió, es decir, el 23 de noviembre de 2008, data en que falleció la causante, por lo que la prestación se regulaba por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Indicó que el motivo de apelación consistió en que la demandante no había demostrado el tiempo mínimo de convivencia exigido por la norma, pues la causante declaró que no tenía pareja, no vivía con nadie y no tenía ningún tipo de vínculo, declaración que no fue tomada en cuenta por el *a quo*, a pesar de ostentar plena credibilidad al provenir de la propia pensionada porque «*tampoco se allegaron otras para*

analizar lo que de dicha declaración emana, o por lo menos para justificar la razón por la cual lo hizo sin desvirtuar la realidad que acontecía».

Precisó que el juez de primer grado si bien aludió a la declaración extrajuicio de la causante, no la analizó, error que lo llevó a que concediera la prestación, cuando la propia pensionada el día 29 de enero de 2008 declaró bajo la gravedad del juramento que *«era soltera, no tenía vínculo alguno de índole civil católica o cualquier otro, así como afirmó que no convivió en unión libre ni bajo el mismo techo con nadie»*. Adujo que, al provenir tal manifestación de la propia causante en un tiempo menor a su deceso, merece plena credibilidad, ya que no se allegaron otras evidencias para *«matizar»* lo que emerge de tal prueba.

Dijo que la declaración de la propia causante era más contundente que la de los testimonios practicados, por lo que, según las reglas de la lógica, la sana crítica y las máximas de la experiencia, nadie mejor que el propio *de cujus* para describir las condiciones de tiempo, modo y lugar de su convivencia. Adujo que la parte actora no se esmeró en tratar de indicar las razones que motivaron a que la causante negara la unión y concluyó que no se acreditó la convivencia de los cinco años de forma previa al deceso.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso fue interpuesto por la parte actora, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, por lo que se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la actora que la Corte case totalmente la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, condene a la entidad demandada a las pretensiones de la demanda inicial.

Con tal propósito formula un cargo, por la «causal segunda de casación», el cual fue objeto de réplica.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia impugnada de violar por la vía indirecta, «*por los yerros fácticos, por la errada valoración de las pruebas en relación al artículo 13 de la Ley 797 de 2003, modificadorio del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, artículo 13, 15, 48 y el 53 de la Constitución Nacional*».

En la demostración del cargo, la casacionista alega que el Tribunal incurrió en los siguientes errores de hecho:

- 1) *No dar por demostrado, estándolo, que la señora **ELVIRA ESCOBAR DAZA** y la señora **ZULMAN LEIVA PÉREZ (q.e.p.d.)**, eran compañeras permanentes durante (06) años antes del deceso de esta.*
- 2) *No dar por demostrado, estándolo, que los testimonios realizados por **CUSTODIA BAQUERO, SONIA SEPÚLVEDA** y **CARLOS CUEVAS**, coinciden en afirmar que **ELVIRA ESCOBAR DAZA** y **ZULMA LAIVA PÉREZ (q.e.p.d.)**, convivían en unión marital de hecho como cualquier pareja.*
- 3) *No dar por demostrado, estándolo, que entre la señora **ZULMAN LEIVA (q.e.p.d.)** y la señora **ELVIRA ESCOBAR DAZA**, existía la ayuda mutua y la unión de familia.*
- 4) *No dar por demostrado, estándolo, que la señora **SILVIA PÉREZ DE LEIVA** (madre de la causante), reconoció a la señora **ELVIRA ESCOBAR DAZA**, ser compañera sentimental de su hija.*

Señala que los yerros fácticos que anteceden, son la consecuencia de la mala apreciación de las siguientes pruebas:

- a) *Contrato de transacción, suscrito entre la señora **SILVIA PÉREZ de LEIVA** (madre de la causante) y la señora **ELVIRA ESCOBAR DAZA**, visible a folio 16.*
- b) *Escrito suscrito por la madre de la causante **SILVIA PÉREZ de LEIVA**, en donde da cumplimiento a lo acordado con la señora **ELVIRA ESCOBAR**, para ceder una propiedad. Visible a folio 18.*
- c) *Declaración extraproceso rendida por la señora **ZULMAN LEIVA PEREZ (q.e.p.d)** visible a folio 119.*
- d) *Declaración extraproceso rendida por las señoras **SONIA SEPÚLVEDA** y **CUSTODIA BAQUERO GUZMÁN** visible a folio 60.*
- e) *Declaración extraproceso rendida por las señoras **ANA LUCÍA BALANTA** y **ANA MARÍA OSORIO** visible 60.*
- f) *Declaración del señor **CARLOS A. CUEVAS MENA** visible a folio 208 al 210.*
- g) *Declaración de la señora **SONIA SEPÚLVEDA** visible a folios 215 al 220.*
- h) *Declaración de la señora **CUSTODIA BAQUERO GUZMÁN** visible a folio 223 al 225.*

En la demostración del cargo, cita el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y aduce que conforme a los testimonios recepcionados de Alberto Cuevas y Sonia Sepúlveda, entre la recurrente y la señora Zulman Leiva si hubo una convivencia de seis a siete años; no obstante, explica que la madre de la causante era una persona «*muy católica*» y no admitía la relación que sostenía con la actora, así como que el núcleo familiar de la pensionada «*se oponía a sus preferencias sexuales, conllevando con ello a discusiones y el rechazo de la familia*» hacia la promotora del proceso.

Indica que la causante declaró el 29 de enero de 2008 que estaba soltera y que no convivía con nadie, negando su

relación con la recurrente. Al respecto, explica que el hacer parte de una población minoritaria la cual sufre del «*escarnio del estigma social de ser homosexual*», explica que hubiera realizado tal manifestación.

Igualmente, afirma que el testimonio de Custodia Baquero Guzmán confirma la inconsistencia de la declaración de la fallecida, pues dio cuenta que acompañó a la actora a averiguar los trámites del Soat y del Seguro y ahí se dieron cuenta de que la pensionada había dejado un documento donde indicaba que no convivía con nadie. Así mismo, aduce que la causante sostenía una relación con la actora, «*pero al momento de reconocer dicha condición, prefería abstenerse, haciendo valer su derecho fundamental a la intimidad*»; sin embargo, para el Tribunal la declaración de la pensionada fue prueba fehaciente para asentar la duda de la relación entre ésta y la actora. Agrega que los testigos, quienes eran personas allegadas a ellas, concuerdan en aseverar que ambas se comportaban como cualquier pareja que convive.

Frente al contrato de transacción, aduce que no fue tenido en cuenta por el *ad quem*, pues ahí la progenitora de la causante cede el primer piso de un inmueble y una motocicleta, a fin que convocante no iniciara el proceso civil, de familia y en el que se pretendiera el reconocimiento de la unión marital de hecho. En tal documento, indica, la propia madre de la fallecida reconoce la relación de la pareja, lo que contraría lo manifestado por la pensionada, por lo que «*se hace de bulto la falsedad del contenido moral para reconocer*

ante una entidad inclinaciones sexuales estigmatizadas por la sociedad».

Aduce que se allegó un documento suscrito por la madre de la causante en donde da cumplimiento a la transacción y en el que se le indica a la convocante que puede tomar posesión del inmueble y que *«espera que la disfrute y la cuide yo sé que Zulma con mucho amor se la concedió a usted».*

Sostiene que no acertó el juez de apelaciones al negar la pensión de sobrevivientes fundando su convicción en un solo documento elaborado por la pensionada, pese a que este se encuentra desvirtuado con los testimonios y la posición de la madre, pues si ella no hubiera visto una verdadera convivencia no hubiera cedido ninguna de las propiedades de su hija.

Respecto a las declaraciones extrajuicio rendidas por Sonia Sepúlveda y Custodia Baquero Guzmán, sustenta la recurrente, que si bien el numeral 2 del artículo 229 del CPC obliga a que sean ratificadas para que tengan mérito probatorio, en sentencia CSJ SL, 2 mar. 2007, rad. 27593, se precisó que no la necesitan, salvo que la parte contraria lo solicite, cosa que no ocurrió aquí, pues Colpensiones no lo pidió.

Indica que las reglas de la sana crítica se fundan en la lógica, la equidad, la justicia y en los principios científicos del derecho. Para el efecto, cita lo expuesto por un tratadista

referente a la que las reglas de la sana crítica son normas del correcto entendimiento, en las que interfieren las pautas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. De ahí que los falladores deban decidir con arreglo a la sana crítica, en virtud de lo cual no es libre de razonar discrecional o arbitrariamente.

Señala que la libre formación del convencimiento prevista por el artículo 61 del CPTSS contempla que el juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas y, por tanto, formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios que científicos que informa la crítica de la prueba, atendiendo las circunstancias relevantes del pleito y la conducta procesal observada. Al respecto, sostiene que la sana crítica no se contrapone a la libre convicción del juez, sino que otorga una vía que «*encarrille*» la racionalidad de su pensamiento.

Argumenta que a través de la providencia CSJ SL, 29 may. 2012, rad. 42179, se precisó que darles mayor credibilidad a unos medios de prueba sobre otros, no es un error de hecho, pues los jueces gozan de potestad para apreciar libremente las pruebas, ello con fundamento en aquellos elementos de convicción que más los induzca a hallar la verdad real y no la simplemente formal que aparezca en el proceso. En este caso, el Tribunal solo tuvo en cuenta la declaración extraproceso rendida por la causante, «*enviando al traste*» todos los testimonios recepcionados durante el debate probatorio.

Arguye que a la luz del artículo 13 de la Constitución:

«no resulta suficiente saber que el derecho de las diferenciaciones por razón del género, y de cualquier otro referente como la raza, la condición, la opinión política o filosófica, la orientación o identidad sexual, así mismo no se puede desconocer que la población homosexual ha sido víctima de prejuicios, marginalización y discriminación, donde el desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales persisten y las autoridades competentes se muestran reacias a garantizar el goce efectivo de los derechos».

Para finalizar, dice que su situación y la de la causante es la misma de muchas parejas homosexuales que tienen derecho a acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, pero por el hecho de no encontrarse en iguales condiciones a las parejas heterosexuales, se ven impedidas y encuentran un obstáculo por *«pertenecer a un grupo que va en contravía de principios religiosos y morales, es por esta razón que parejas homosexuales, no se atreven a reconocer su condición a la sociedad al momento de solicitar prestaciones económicas, ya que estarían sometiéndose al escarnio social».*

VII. RÉPLICA

Colpensiones se opuso a la demanda de casación, en razón a que las pruebas denunciadas por la recurrente no son calificadas, por tratarse de declaraciones extraprocesales, testimonios y documentos declarativos emanados de terceros.

Aduce que el fallador goza de la facultad de apreciar de forma racional los elementos de convicción, de conformidad

con las reglas de la sana crítica, por lo que para que se logre el quebrantamiento del fallo de segunda instancia el dislate deber ser notorio, grave y repugnar a la lógica más elemental.

Por último, señala que de pasarse por alto las falencias técnicas, el recurso de casación no está llamado a prosperar porque fue la señora Zulman Leiva Pérez quien expresó que estaba soltera y no convivía con nadie; frente a las demás alegaciones, aduce que son simples afirmaciones subjetivas de la recurrente.

VIII. CONSIDERACIONES

Si bien la demanda adolece de algunos defectos técnicos como no indicar la modalidad de violación de ley y aludir la causal segunda de casación, tales falencias son superables, en la medida que de la sustentación del cargo se evidencia que, en realidad, se acusa el fallo de segundo grado por la causal primera de casación, consistente en «*ser violatoria la sentencia de la ley sustancial*», así como que se acude a la modalidad de aplicación indebida, que es el *sub* motivo propio de la vía indirecta escogida por la censura.

Aclarado lo anterior, el Tribunal fundamentó su decisión en que la declaración extrajuicio de la causante -rendida para tramitar la pensión de vejez - en donde manifestó que no vivía acompañada, era más contundente que los testimonios practicados, pues nadie mejor que la propia *de cujus* para describir las condiciones de tiempo, modo y lugar de su convivencia. De ahí concluyó que la

actora no demostró el requisito de convivencia de cinco años anteriores al deceso.

La censura radica su inconformidad en que de las pruebas denunciadas en el cargo emerge evidente la relación de pareja que existía entre la actora y la causante, así como la convivencia como compañeras permanentes, la cual estuvo guiada por la ayuda mutua y la unión familiar de la pareja. Asimismo, sostiene que el juez de apelaciones se equivocó al negar la pensión de sobrevivientes fundando su convicción únicamente en la declaración extrajuicio suscrita por la pensionada, cuando la misma se justifica en que hacían parte de una población minoritaria la cual sufre del «escarnio del estigma social de ser homosexual» y estaba desvirtuada con las pruebas denunciadas.

Pues bien, de acuerdo al cargo formulado, le corresponde a la Sala determinar si el Tribunal se equivocó al negar la pensión de sobrevivientes al considerar que la calidad de compañeras permanentes y su convivencia en el término exigido legalmente no estaba acreditada. Para definirlo, la Sala procederá analizar las pruebas calificadas denunciadas por la recurrente, consistentes en la declaración de la causante Zulman Leyva Pérez; el contrato de transacción suscrito entre Silvia Pérez de Leiva y la actora y la comunicación del 16 de mayo de 2009, dirigida por la madre de la causante y recibida por la demandante, pues los testimonios y los demás documentos emanados de terceros que se acusaron no resultan ser prueba calificada según lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 16 de 1969.

1. Declaración extraprocésal de la causante:

La causante a través de declaración rendida el día 29 de enero de 2008 ante la Notaría 19 del Círculo de Cali, afirmó que: *«Soy soltera, No estoy casada por lo católico civil o por cualquier otro rito. No convivo en unión libre ni bajo el mismo techo con nadie. No recibo ningún tipo de pensión o jubilación. Todos los documentos que aporté al Seguro social son auténticos. Siempre le he cotizado al Seguro Social en Pensiones. Cuando sea pensionada deseo vincularme a la E.P.S. de Saludcoop. Eso es todo.»* (f.º 119)

Tal declaración hace parte del expediente administrativo de la causante y fue emitida para el trámite de la pensión de vejez, el cual fue adelantado ante el ISS meses antes de su fallecimiento.

El Tribunal al analizarla consideró que merecía plena credibilidad por provenir directamente de la causante, pues *«nadie mejor que el de cujus para describir los pormenores y las condiciones de modo, tiempo y lugar de su convivencia con la señora Escobar Daza»* y agregó que, *«tampoco se allegaron otras evidencias para matizar lo que de dicha declaración emana, o por lo menos para justificar la razón por la cual lo hizo sin desvirtuar la realidad que acontecía»*.

Lo anterior, en criterio de la Sala, denota que el Colegiado se limitó a verla únicamente de forma literal, sin analizar el contexto dentro del cual fue rendida ni menos aún, de forma conjunta con los restantes elementos

probatorios allegados al proceso. Al respecto, la Corte recuerda que conforme a lo dispuesto por el artículo 61 del CPTSS los falladores cuentan con la facultad de la libre formación de convencimiento, pero este debe estar debidamente sustentado en la providencia, e *«inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes»*.

2. Contrato de transacción (f.º 16):

Se trata de un acuerdo suscrito el día 21 de mayo de 2009 por la actora y la señora Silvia Pérez de Leiva, madre de la pensionada, ante la Notaría Primera de Cali. El objeto del mismo fue *«hacer cesar o precaver extrajudicialmente, en los términos del artículo 2469 y ss. del Código Civil, todo proceso civil, de familia y demás en los que se pretenda el reconocimiento de unión marital de hecho o sociedad de cualquier tipo entre la señora ELVIRA ESCOBAR DAZA y ZULMAN LEYVA PÉREZ (q.e.p.d.) y el reconocimiento de los derechos patrimoniales inherentes»*. Las partes convinieron que esa transacción se cumpliría de la siguiente manera: la madre de la causante se comprometió a adelantar el proceso sucesoral ocasionado por la muerte de su hija, luego de lo cual, le firmaría a la hoy actora, una *«escritura de cesión»* del primer piso del inmueble ubicado en la Calle 72 L No. 28D3 – 48 y le entregaría una motocicleta.

A cambio de ello, en la cláusula cuarta se pactó que la actora renunciaría a adelantar la *«acción civil, de familia,*

comercial», tendiente a obtener el reconocimiento de la unión marital de hecho o sociedad de cualquier tipo entre ella y Zulma Leyva Pérez, y en el artículo siguiente se acordó que, una vez registradas las escrituras quedarían totalmente extinguidas las obligaciones allí transigidas (f.º 16).

Para la Corte, el acuerdo antes descrito, tiene la suficiente fuerza persuasiva para demostrar que entre la pensionada fallecida y la actora si existía una relación sentimental encuadrada como relación de compañeras permanentes. Y ello se explica porque precisamente el objeto de dicho acuerdo se dirigió a evitar que se obtuviera su declaración judicial, propósito expresado por quien se encontraba en condición de conocerlo, pues se trata nada más ni nada menos que de la madre de la difunta. De allí que, por la calidad de sujetos intervinientes en el referido contrato, el tipo de obligaciones contraídas y el objeto del acuerdo, se otorgue contundencia y credibilidad al texto del mismo y se advierta como una clara muestra de que, la causa que originó el convenio provino precisamente de esa intención, de impedir que la relación amorosa existente entre la pareja conformada por Zulman y Elvira no gozara del reconocimiento judicial.

No de otra manera se explica que, en el contexto de ese acuerdo, se decida ceder un inmueble y una motocicleta a fin de que la actora renunciara a adelantar la acción judicial respectiva para obtener el reconocimiento de la unión marital de hecho con la hija de la suscribiente. Sin embargo, tal realidad fue pasada por alto por el Tribunal.

No se desconoce por la Corte que, los jueces, en su despliegue valorativo de las pruebas aportadas al proceso, gozan de la facultad prevista en el artículo 61 del CPTSS, y con base en ella puedan fundar libremente su convencimiento, sin estar sometidos a tarifa legal alguna sobre las pruebas. Pero ello no puede confundirse con la omisión del deber de sopesar y ponderar todos los medios probatorios que se aporten a la causa judicial junto con la debida sustentación de las razones por las cuales determinado medio de convicción ofrece más peso que otro, o entenderse cumplida a través de un análisis ligero de los medios de convicción sin atender las circunstancias relevantes del pleito, como aconteció en el caso examinado. Dicho deber se traduce en que la decisión judicial es el producto de la valoración en conjunto de las pruebas debidamente aportadas al plenario, conforme a los artículos 60 del CPTSS y 187 del CPC, hoy 176 del CGP.

Esa obligación legal no se satisfizo en este caso por el Tribunal con la simple afirmación de que la declaración extraprocesal de la *de cuius* «era más contundente que los testimonios practicados», pues no se dieron a conocer las razones de tipo jurídico que llevaron al Colegiado a desechar el peso probatorio que brindaba el documento analizado (f.º 16), cuando evidenciaba de manera clara y categórica, una realidad contraria a la que emergía de la declaración extraprocesal proveniente de la causante.

Es decir, el juez colegiado en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 61 *ibídem*, estaba obligado a dilucidar

las discrepancias derivadas de esas dos pruebas analizadas y auscultar cuál era la verdad real de la situación puesta bajo su conocimiento, sobre todo, por tratarse de una relación de pareja homosexual. Tal entendimiento, frente a su deber de valoración de la prueba en ese contexto, consulta la Constitución Política y efectiviza la fórmula del estado social de derecho, por proteger los derechos de personas históricamente discriminadas, así como de salvaguardar la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad sexual.

3. Comunicación del 16 de mayo de 2009 suscrita por la señora Silvia Pérez de Leiva, madre de la causante

Este documento al igual que el anterior, no fue valorado por el Tribunal. A través de esta comunicación dirigida por la madre de la causante y recibida por la actora, la primera le informa que puede tomar posesión del inmueble mencionado en el contrato de transacción, que los trámites de escrituración se están adelantado y que *«estamos cumpliendo lo pactado con usted. También puede hacer uso de todos los enseres de mi hija, para que usted los traslade a su casa de calipso, propiedad que en este momento es suya, Elvira, espero que la disfrute y la cuide yo sé que Zulman con mucho amor se la concedió a usted»* (f.º 18; subrayado de la Sala).

Este documento no hace más que reafirmar la relación de pareja que existió entre la actora y Zulman y el amor que se profesaban, así como el conocimiento que de ella tenía la

progenitora de esta última y el cumplimiento a las obligaciones pactadas en el contrato de transacción.

En esa medida, resulta palmaria la equivocación del Tribunal al concluir la inexistencia de la convivencia como pareja entre la causante y la actora, sin haber indagado esa realidad frente al conjunto probatorio, en particular, al haber omitido la valoración de estos dos últimos documentos que reflejaban un escenario contrario a lo concluido por la alzada, tras considerar que no existían más evidencias que desvirtuaran lo dicho por la causante en su declaración extra procesal. Tal error, no cabe duda, no solo es protuberante, sino relevante en la medida que justamente la convivencia en calidad de compañera permanente es un requisito indispensable para aspirar a la pensión de sobrevivientes.

Por ello, demostrado el error del Tribunal con prueba calificada, se analizan los restantes elementos de convicción obrantes en el plenario, y que si bien no son hábiles en casación la Corte queda facultada para su estudio, así:

a) Testimonio de Gustavo Eneas Rodríguez Rincón

Se trata del abogado que asesoró a la madre de la causante en la celebración del contrato de transacción ya analizado, quien además de lo anterior, en su declaración ilustró sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar que precedieron a la suscripción de tal documento y que por ser precisamente el profesional que brindó tal acompañamiento, confiere credibilidad a su dicho.

El deponente manifestó que fue contactado por la progenitora de la fallecida para brindarle una asesoría jurídica en punto a las diferencias existentes respecto de los bienes dejados por ésta, frente a lo cual fue él quien le propuso celebrar el contrato de transacción. Por ello sabe que Zulman Leyva Pérez y Elvira Escobar Daza residían en el segundo piso de una casa contigua a la de la madre de aquella, desde hacía seis años aproximadamente, antes del deceso; que en razón de su actividad profesional visitó el lugar donde vivían la pensionada y la actora a quien conoció por esas visitas, y quien luego de la muerte continuaba viviendo en el mismo sitio. Informó que con ocasión de su asesoría tuvo conocimiento de que la señora Silvia, madre de la pensionada, *“era una persona muy católica con una hija monja y otros familiares vinculados al clero y que de ninguna manera hubiera aceptado una relación homosexual, no obstante, sí quiso honrar la memoria de su hija en el sentido de reconocer parte de los bienes que la misma dejó según instrucciones que en vida le fueron impartidas por la señora Zulman»*.

Dicho testimonio permite colegir que las razones que llevaron a la madre de la causante a suscribir el documento contentivo de la transacción, obedecieron a la relación sentimental y de pareja existente entre Elvira Escobar y Zulman Leyva Pérez. Incluso, refleja el ambiente familiar que vivió la pensionada y que dado su entorno religioso no era aceptada su orientación sexual y por ende la convivencia con la actora. De ahí que se hubiese querido impedir que ésta acudiera a obtener la declaración judicial de la unión marital

de hecho, mediante el acuerdo transaccional sugerido por este testigo y finalmente celebrado.

b) Declaraciones de los testigos Carlos Alberto Cuevas Mena, Sonia Sepúlveda y Custodia Baquero Guzmán.

Estos testigos fueron claros en señalar que el trato que la actora y la causante se prodigaban era como pareja sentimental, y además, dieron a conocer que la convivencia como compañeras permanentes se desplegó por espacio aproximado de 6 o 7 años con posterioridad a su noviazgo y hasta el deceso de la pensionada.

En efecto, Carlos Alberto Cuevas Mena relató de forma coherente y consistente sobre su amistad con la causante ratificando que ésta convivió con la actora *«aproximadamente unos 6 años hasta la hora de la muerte»*, situación de la que tuvo conocimiento porque visitaba la casa en la que residían, calificándola como una *«relación estable, de pareja, vivían en (sic) el mismo techo»*; asimismo, describió el comportamiento de ellas señalando que eran *«muy afectivas las dos cuando se presentaban frente a los amigos, se abrazaban y se besaban ante los amigos»*; ilustró que el sostenimiento del hogar estaba el 70% a cargo de la causante y el 30% a cargo de la actora *«porque su sueldo no era mucho»* y las labores domésticas estaban a cargo de las dos. Además, supo que la pensionada *«se sentía incómoda a nivel familiar porque sus hermanos no se encontraban de acuerdo con su vida sentimental con otra mujer»* (f.º 208 a 210).

Los testimonios rendidos por Sonia Sepúlveda y Custodia Baquero Guzmán, reflejan similar realidad, pues dieron cuenta de la convivencia de la pareja durante aproximadamente seis o siete años anteriores al deceso de la causante, tratándose de personas que tuvieron conocimiento directo de los hechos ya que frecuentaban la residencia de la pareja.

La Corte destaca que la primera de las deponentes conocía a la causante desde hacía más de 15 años y que fue la pensionada quien le presentó a la promotora del proceso como su «*compañera sentimental*» en el año 2001, época para la cual tenían un noviazgo y que con posterioridad comenzaron a vivir juntas, lo que le consta porque se frecuentaban a través de invitaciones a almorzar; además, informó que esa convivencia de la pareja se desarrolló de forma estable, que tenían trato cariñoso, que hubo acompañamiento permanente de las dos en diferentes espacios, incluso en los recorridos de trabajo y que compartían los gastos familiares. También informó sobre el rechazo de la familia de la fallecida frente a la relación sentimental, al punto que luego de la defunción a la actora le «*hicieron la guerra*» porque la «*querían sacar de la casa*» y que la «*arreglaron*» con «*una de las casas*».

Por su parte, Custodia Baquero informó del vínculo sentimental de la pareja con similar duración hasta antes del fallecimiento; que la causante presentaba a la demandante como su pareja, que se repartían los gastos y se trataban bien. Agregó que tanto la madre de Zulman Leiva Pérez como

la familia no aceptaban la unión de ellas, pero que finalmente admitieron que vivieran en la misma casa.

De esa manera, para la Corte es claro que los medios de convicción analizados en conjunto, dan cuenta de que la causante y la actora convivieron como compañeras permanentes por espacio superior a cinco años hasta la muerte de Zulman, pues ilustran sobre cómo se desarrolló la vida en común de la pareja, su cohabitación y expresiones de amor que se manifestaron en diferentes ámbitos, el acompañamiento y apoyo económico que se brindaban; la forma en cómo se encontraban distribuidas las cargas del hogar, incluso describen las dificultades y el rechazo que tuvieron debido a que la familia de la causante no aceptaba su relación en razón de su orientación sexual.

Lo advertido anteriormente, en punto a la ausencia de aceptación familiar de la relación homosexual sostenida por la pareja, explica las razones por las cuales la causante, en declaración rendida el día 29 de enero de 2008, ante la Notaría 19 del Círculo de Cali, afirmó que era soltera, que no estaba casada por lo católico o civil y que no convivía bajo el mismo techo con nadie. Además, dicha declaración fue allegada para tramitar la pensión de vejez ante el Seguro Social, aproximadamente 9 meses antes del deceso ocurrido el día 28 de noviembre de 2008 (f.º 10) en accidente de tránsito, por lo que la misma debe analizarse dentro del contexto en el cual fue rendida y en medio del rechazo de que fue objeto la causante, incluso de parte de sus seres más allegados.

No obstante, el Tribunal tampoco razonó el contexto en el que pudo haberse emitido la declaración extrajudicial de la pensionada, pues, tal como lo hace notar la censura, este tipo de relaciones homosexuales aún padece la estigmatización y el escarnio social, por lo que la valoración probatoria del juez colegiado también debió considerar las circunstancias particulares en las que había sido rendida, pues así se comprende que la valoración probatoria deba atender «*las circunstancias relevantes del pleito*» a que alude la norma citada; sin embargo, brilla por su ausencia un análisis entorno a tal aspecto.

Pese a que en ese documento formalmente se indica que la causante no convivía en unión libre ni bajo el mismo techo con alguna persona, se entiende lo dicho por el entorno de censura o rechazo que sufrieron dada su condición homosexual, pues lo cierto es que las pruebas atrás señaladas dan cuenta de que ella y la promotora del proceso vivían como pareja, que tuvieron una convivencia efectiva con las características propias de quien comparte su vida con la intención responsable de conformar una familia, tal como lo ratificaron los relatos de los testigos, que dada su coherencia con los restantes elementos de convicción, demuestran que la pareja compartía su cotidianeidad, que ellas, como integrantes de dicha unión, tenían un hogar compartido y se trataban como consortes por un espacio temporal superior a los cinco años antes del fallecimiento de la pensionada.

La Corte aclara que tratándose de parejas del mismo sexo la declaración ante notario no es el único medio probatorio para demostrar el requisito de la convivencia, previsto por el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, dado que *«para acreditar esa cohabitación permanente, no hay exigencia de tarifa legal en materia probatoria»*.

En tal sentido, admitirse que la única forma de acreditar la convivencia de las parejas del mismo sexo es a través de la declaración extrajuicio como en este caso, el de la pensionada, implicaría avalar un trato discriminatorio, en la medida que las parejas heterosexuales pueden demostrar el mencionado requisito a través de distintos medios de prueba avalados legalmente. En esa dirección, se ha considerado que es inadmisibile aceptar que existan criterios de diferenciación para probar la convivencia de parejas del mismo sexo, pues con ello éstas estarían sometidas a reglas distintas para demostrar la vida en común, lo cual alteraría la igualdad de trato que merecen frente a las parejas heterosexuales. Al respecto la Corte en providencia CSJ SL5524-2016 explicó:

«Sería inadmisibile introducir como criterio de diferenciación para efectos de la prueba de la convivencia que otorga la condición de compañero (a) permanente para acceder a la pensión de sobrevivientes, que se trate de parejas del mismo sexo, quienes estarían sometidas a reglas distintas para demostrar la vida en común, lo cual alteraría la igualdad de trato que merecen frente a las parejas heterosexuales, sin que medie justificación objetiva alguna».

En reciente providencia reiteró tal criterio, en la cual expuso:

Aceptar la tesis del censor, sería tanto como avalar un trato discriminatorio, frente al tema probatorio para la acreditación de la convivencia entre las parejas del mismo sexo y las heterosexuales, pues para estas últimas, tal demostración de cohabitación permanente por el lapso de tiempo que la normatividad señala, puede hacerse por los distintos medios de convicción previstos en la ley, sin que en manera alguna pueda llegar a inferirse, que la intención del legislador o de la Corte Constitucional, en las providencias a las se alude en el cargo, sea el de imponer un trato diferenciado para estos efectos, en razón de la orientación sexual, que sin lugar a dudas no tiene ningún respaldo constitucional, lo cual resultaría desde todo punto de vista atentatorio del derecho a la igualdad (CSJ SL1366-2019).

Así las cosas, la Corte una vez revisada la providencia recurrida advierte que el Tribunal también incurrió en un error fáctico en la valoración de tal declaración extrajuicio rendida por la causante, porque se limitó a verla de forma aislada del restante acervo probatorio y descontextualizada no solo del entorno en que fue rendida, sino además, sin atender las particularidades especiales del pleito, las cuales, como quedó visto, acreditaban fehacientemente la condición de pareja estable con vocación de permanencia, la convivencia exigida legalmente en su calidad de compañeras permanentes, así como el rechazo de la familia de la *de cujus* a su relación sentimental.

Además, la Corte destaca que esa calidad de compañeras permanentes que está debidamente acreditaba con las pruebas ya referidas y que pasó por alto el juez de alzada, se adquiere por el «*devenir cotidiano de la pareja que comparte su vida con la intención de conformar una familia por la voluntad responsable de hacerlo, en los términos del artículo 42 de la Constitución Política*» (CSJ SL SL5524-2016).

En esa dirección y en perspectiva de aplicación de los mandatos constitucionales previstos por los artículos 1 y 13, esta Corporación ha considerado que cuando la Constitución en el artículo 42 consagra el derecho que tienen las personas a constituir una familia, «*debe entenderse que dicha garantía debe ser reconocida y amparada no sólo a las parejas heterosexuales sino también a las del mismo sexo que tengan «la voluntad responsable de conformarla»*» (CSJ SL5524-2016), tal y como aconteció en el *sub lite*. Para ello, ha tenido en cuenta que la Corte Constitucional en la sentencia CC C-577-2011, acogió un criterio amplio de familia que incluye también las parejas del mismo sexo, cuando conforman la unión como una manifestación libre y con vocación de estabilidad y permanencia.

Así las cosas, al acreditarse la comisión de yerros fácticos al pasar por alto la relación sentimental entre la causante y la convocante y su convivencia como compañeras permanentes por un lapso superior a los cinco años anteriores al deceso, el cargo prospera, por lo que se casará la sentencia.

Sin costas en el recurso extraordinario.

IX. SENTENCIA DE INSTANCIA

El fallador de primera instancia concedió la pensión reclamada. Para el efecto, luego de aludir a las distintas pruebas, consideró que las declaraciones rendidas por Custodia Baquero, Sonia Sepúlveda y Carlos Cuevas,

revelaban que la causante Zulman Leyva Pérez hizo vida marital con su compañera permanente - Elvira Escobar-, relación que era permanente, pública y constante, así como que la convivencia se mantuvo hasta el deceso de aquélla.

Además, precisó que pese a existir declaración de la causante en donde manifestó que no convivía en unión libre ni bajo el mismo techo con alguna persona, esta no desvirtuaba la convivencia efectivamente acreditada, máxime cuando la madre de la pensionada dio cumplimiento al contrato de transacción entregando un inmueble a la actora, lo que sumado a la declaración de Gustavo Eneas Rodríguez, quien brindó asesoría jurídica para la celebración de tal acuerdo y dio cuenta de que la madre de la causante *«de ninguna manera hubiera aceptado una relación homosexual»* pero que sí quiso reconocerle los bienes para honrar la memoria de su hija, daban cuenta de la realidad de la pareja. En tales condiciones, concluyó que las pruebas demostraban la existencia de una *«unión marital»* entre la actora y la causante y la voluntad de esta última de no dejar desprotegida a la demandante, circunstancias que probaban los requisitos para acceder al reconocimiento pensional.

La decisión anterior fue apelada por la parte demandada, quien sostiene que existen elementos de prueba que contrarían aquellas en las que se fundamentó el juez, para lo cual alude a la declaración extrajuicio rendida por la causante el 29 de enero de 2008, en donde expuso su situación personal, aunado a que no afilió a la actora a la EPS en calidad de beneficiaria. Además, dada la falta de

credibilidad de los testigos en que se fundó el *a quo*, demuestran la improcedencia de la pensión reclamada. Por último, solicita que en caso de no prosperar el recurso no se le impongan costas a su cargo.

Para definir los motivos de inconformidad de la parte demandada respecto de la decisión de primera instancia, debe reiterarse que a la luz del artículo 61 del CPTSS, los jueces gozan de la facultad de apreciar libremente los elementos probatorios para formar su convencimiento acerca de los hechos controvertidos, con fundamento en las pruebas que más los induzcan a hallar la verdad. Tal facultad no se traduce en arbitrariedad, pues el juzgador está obligado a exponer de forma razonada los motivos que le permitieron formar su convencimiento. Bajo los anteriores presupuestos, la Sala analizará si el fallador se equivocó o no en la valoración probatoria a partir de la cual concluyó que se acreditó la convivencia de la pareja por espacio superior a los cinco años exigidos legalmente para acceder a la pensión de sobrevivientes.

Pues bien, además de lo dicho en sede de casación, la Corte debe precisar que la declaración extrajuicio rendida el 27 de marzo de 2009 por Silvia Pérez de Leiva, madre de la causante, en donde afirmó que dependía económicamente de su hija y que ella «*no convivía en unión marital de hecho con ninguna persona*», no tiene la fuerza para desvirtuar la existencia de la convivencia demostrada con la actora con los testimonios, por dos razones. La primera, porque ella reclamó la pensión de sobrevivientes ante el ISS, lo que

denota el interés que tenía en ese momento en desconocer ante dicho Instituto la existencia de la compañera permanente y, la segunda, los testigos del proceso informaron que la relación de pareja no era aceptada por ella ni por el resto de los integrantes de la familia de la causante.

Por lo demás, la declaración de la madre se contradice con lo expuesto en el contrato de transacción, donde ella también intervino, del cual, como se precisó en sede de casación, emerge la existencia de una relación de pareja entre la actora y la causante, pues de otra manera no se entenderían las razones que llevaron a la señora Silvia Pérez de Leiva a suscribir el mencionado contrato, y también se contradice con la prueba testimonial, que resultó contundente para demostrar la convivencia efectiva con la demandante, tal como quedó visto en casación.

En cuanto al certificado de la EPS Saludcoop, a partir del cual la demandada pretende derivar la ausencia de cohabitación, la Corte advierte que fue expedido el 23 de enero de 2008 y en el mismo aparece que la causante tenía como beneficiarios a sus padres desde el 28 de junio de 2000, resultando desafiliado su progenitor el 3 de enero de 2001, en razón a su muerte ocurrida en tal fecha según el registro civil de defunción allegado (f.º 181).

Tal documento da cuenta únicamente de quienes eran los beneficiarios de la causante, pero no deja en evidencia, como al parecer lo entiende el apelante, que si la actora no estaba afiliada como beneficiaria de la pensionada fallecida

era porque en realidad no convivían o no eran compañeras, aseveraciones que corresponden a simples conjeturas de la demandada, en la medida que así no emergen de tal medio probatorio.

En efecto, esta Corporación ha señalado que la sola inscripción a título de cónyuge o de la compañera permanente como beneficiaria de la seguridad social en salud no es prueba por sí misma de la presencia de convivencia ni de su lapso por lo que, al contrario, la ausencia de afiliación al sistema de seguridad social en salud no evidencia la falta de convivencia de la pareja, pues en cada caso debe analizarse la situación concreta, de forma armónica con lo que emerja de los demás elementos demostrativos obrantes en el proceso. Al respecto en sentencia CSJ SL14237-2015, la Corte expuso:

Ahora, respecto de la documental denunciada por el censor como erradamente apreciadas y consistentes en las certificaciones de afiliación a COLMEDICA S.A. (fl .18), paz y salvo de auxilio póstumo (folio 21), certificado laboral emitido por AVIANCA S,A, (fl.22) y certificado AJUCAX, acerca del pago de póliza de salud (fl. 23), documentos donde la cónyuge fue incluida como beneficiaria del causante, se tiene que el Tribunal fue claro en señalar que eran indicativos de que el de cujus inscribió como amparados por esas pólizas a sus hijos y a su esposa, pero que de ellos no se podía establecer la convivencia con ésta.

Dedución que comparte esta Magistratura, pues en realidad, la sola inclusión de la cónyuge como favorecida de determinados beneficios económicos, no implican esa noción de convivencia, donde los esposos o compañeros permanentes, pese a estar separados físicamente, continúan bajo la noción de su vínculo, prestándose, se insiste, el apoyo mutuo y espiritual, manteniendo la comunidad de vida o la vocación de convivencia, es decir, persistiendo en la unión que por diversos acontecimientos no les permite desarrollarla bajo el mismo techo (subrayado fuera del texto).

De otra parte, la declaración extrajudicial de la actora efectuada el día 29 de enero de 2008 ya fue valorada por la Corte en sede de casación, en donde se indicaron las razones por la cuales se advierte que fue rendida y por qué no desvirtuaba la convivencia de la pareja.

Adicionalmente, en punto a la convicción de dichos testigos, en sede de casación la Corte expuso por qué los mismos merecían credibilidad, sin que las razones expuestas en el recurso de apelación logren poner en duda la certeza de los hechos que fueron relatados por los deponentes, pues se reitera, los mismos fueron coherentes y dieron cuenta de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que tuvieron lugar los hechos narrados y cómo tuvieron conocimiento directo de los mismos, de los cuales emerge no solo la relación sentimental que tenían sino la convivencia propia de la vida en común de una pareja, caracterizada por la cohabitación, el acompañamiento espiritual y el apoyo económico.

Recuérdese que el requisito de convivencia ha sido anclado por la jurisprudencia a la vida en común de la pareja y a los lazos de amor, solidaridad, colaboración y apoyo mutuo, tal y como se acreditó en el *sub lite*. Esto es, dicha exigencia ha sido entendida como la «*efectiva comunidad de vida, construida sobre una real convivencia de la pareja, basada en lazos de afecto y el ánimo de brindarse sostén y asistencia recíprocos*» (CSJ, SL 29 nov. 2011, rad. 40055).

Así, se ha entendido que «*el concepto de convivencia comprende circunstancias que van más allá del meramente*

económico, pues implica el acompañamiento espiritual permanente, proyecto familiar común, apoyo económico, el compartir la vida de pareja y la cohabitación bajo el mismo techo, que es la regla» (CSJ SL6286-2017). En esa dirección, no es la situación formal entre la pareja la que define si existe o no el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, sino la efectiva y real convivencia con las características ya señaladas.

En esa dirección, acorde con todo lo dicho, la Corte, en sede de instancia, al revisar la valoración probatoria efectuada por el fallador de primer grado, advierte que la misma fue acertada y razonable, pues tal y como se precisó en sede de casación, en especial, las pruebas testimoniales daban cuenta de la relación de la pareja y de la convivencia por espacio superior a cinco años anteriores al deceso, lo que lleva a que estén demostrados los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes a favor de Elvira Escobar Daza, en calidad de compañera permanente de Zulman Leiva Pérez.

Por último, cabe anotar que las partes no mostraron inconformidad respecto de la liquidación de la prestación, el retroactivo pensional, la ausencia de prescripción y los intereses moratorios, por lo que la Sala no puede adentrarse en la revisión de tales temáticas por no haber sido apeladas. Por demás, se aclara que el presente proceso fue radicado el 16 de septiembre de 2011 (f.º 1), esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1149 de 2007, pues la misma comenzó a regir para el Distrito Judicial de Cali el 1 de enero de 2012 - según lo previsto por el artículo primero del Acuerdo No.

SAA11-9006 de 2011 –, razón por la cual en este caso no operaba el grado jurisdiccional de consulta a favor del ISS.

En consecuencia, se confirmará íntegramente la decisión de primer grado.

Las costas de primera instancia a cargo de la demandada. En la alzada no se causan.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia dictada el 29 de mayo de 2014 por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ELVIRA ESCOBAR DAZA** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación.

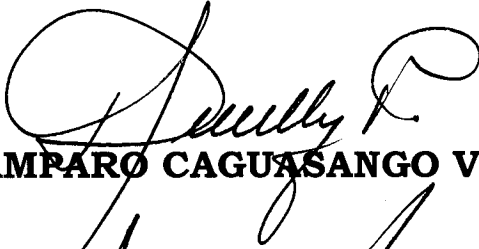
En sede de instancia, **RESUELVE:**

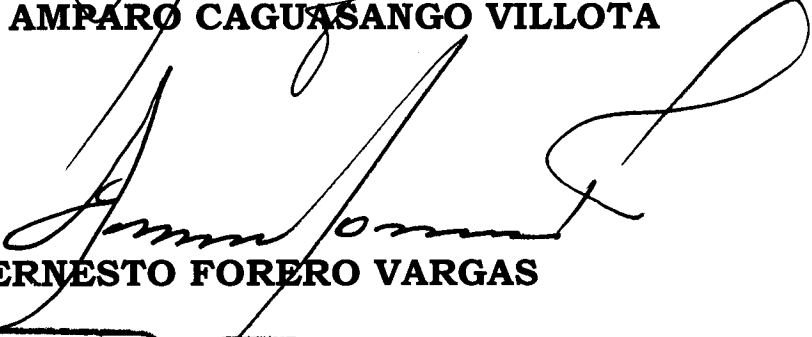
PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente el fallo proferido el 26 de abril de 2013 por el Juzgado Quinto Laboral de Descongestión de Cali, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.


SEGUNDO: Las costas como se dijo en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.


MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO
Con aclaración de voto



DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA


ERNESTO FORERO VARGAS


República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral
Secretaría Adjunta


Se deja constancia que en la fecha se fijó edicto.
Bogotá, D. C., 28 OCT 2019 *S. Ocampo*

[Signature]
SECRETARIO ADJUNTO


República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral
Secretaría Adjunta

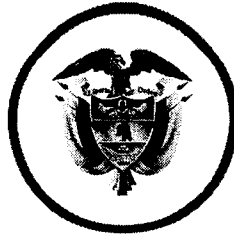
Se deja constancia que en la fecha se desfija edicto.
Bogotá, D. C., 28 OCT 2019 *S. Ocampo*

[Signature]
SECRETARIO ADJUNTO


República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral
Secretaría Adjunta

Se deja constancia que en la fecha y hora señaladas, queda ejecutoriada la presente providencia
Bogotá, D. C., 31 OCT 2019 Hora: *3:00pm*

[Signature]
SECRETARIO ADJUNTO



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1

ACLARACIÓN DE VOTO

SL4549-2019

Rad. 68689

Acta 36

**Magistrada ponente: DOLLY AMPARO CAGUASANGO
VILLOTA**

**ELVIRA ESCOBAR DAZA vs. INSTITUTO DE SEGUROS
SOCIALES en liquidación hoy COLPENSIONES.**

Con el acostumbrado respeto me permito manifestar, que comparto la decisión de casar la sentencia impugnada de segundo grado, por cuanto el Tribunal se equivocó en la valoración probatoria de los medios de convicción, al no tener en cuenta el contexto de la situación sometida a definición judicial, por tratarse de una pareja homosexual, lo cual condujo a la Corte a que en sede de instancia analizara en su conjunto el acervo probatorio, procediera a confirmar íntegramente el fallo condenatorio del *a quo* que concedió la pensión de sobrevivientes a la compañera permanente de la pensionada fallecida, junto con los intereses moratorios.

Sin embargo, como lo puse de presente en la sesión, **aclaro mi voto**, en cuanto a que en mi criterio, el solo hecho de que se trate de una convivencia de una pareja del mismo sexo, no significa que por el estigma o veto social que generalmente se presenta se deba dar ventajas probatorias,

porque habrá casos en que no se logre probar en el plenario que esa cultura sexista sea la causa para ocultar este tipo de relaciones sentimentales con vocación de permanencia, siendo necesario entrar a analizar la situación de una supuesta discriminación de género de cara a lo que aparezca probado, ello por lo siguiente:

1.- Independientemente que se trate de parejas heterosexuales o del mismo sexo cuando son compañeros o compañeras permanentes, el requisito de la convivencia para acceder a la pensión de sobrevivientes debe quedar suficientemente demostrado en el proceso, para el caso, por lo menos durante los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del afiliado o pensionado, conforme lo previsto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

2.- En el litigio que nos ocupa, la Sala estimó que del estudio conjunto de los medios de prueba allegados y practicados, se tenía que entre la demandante y la difunta pensionada, se encontraba acreditada la calidad de compañeras así como la existencia de una convivencia real y efectiva con el ánimo de conformar una familia, con vocación de estabilidad y permanencia, *«por un espacio temporal superior a los cinco años antes del fallecimiento de la pensionada»*, aun cuando debieron soportar el rechazo de la familia de la *cujus* a su relación sentimental, dada su orientación sexual, ello por la estigmatización y el escarnio social que padecen las relaciones de las personas del mismo sexo, estigma social que llevó incluso a la causante a negar ese vínculo en la declaración extraprocesal que rindió

durante el trámite para poder acceder a la pensión de vejez; lo cual se contraponía a lo que mostraba el resto de la documental aportada y la prueba testimonial, medios de convicción que corroboraron el ánimo de la pareja de mantener esa relación sentimental y de afecto hasta la muerte de la pensionada, quedando así satisfecho el requisito de la convivencia para obtener la pensión de sobreviviente objeto de condena, decisión que comparto.

Precisó la Corte, tanto en la esfera casacional como en sede de instancia, que en esta clase de contiendas los jueces de trabajo y de la seguridad social, aun cuando cuenten con la facultad de la libre formación del convencimiento consagrada en el artículo 61 del CPTSS, deben efectuar la valoración probatoria de manera amplia y dentro del contexto o entorno del asunto sometido al estudio y definición judicial, con mayor razón al tratarse de relaciones homosexuales, para el caso dos compañeras permanentes, pues para la mayoría de la Sala, era sabido que en todos los escenarios aún se presenta resistencia a su aceptación y se da la estigmatización.

3. Aun cuando es cierto, que *(i)* todavía se evidencia en nuestro país tal discriminación e intolerancia hacia la diversidad sexual de este sector de la población denominado LGBTI, pues la sociedad ha sido reacia a respetar esa diferencia y admitirla, lo cual impide que esta clase de relaciones sentimentales en algunos casos se incluyan completamente en el entorno social o cultural y, por el contrario, se ocultan por parte de sus protagonistas en

espacios familiares o en los diferentes estamentos o ámbitos; y *(ii)* que esos estigmas pueden dificultar la consecución y acreditación de pruebas idóneas sobre la convivencia real y efectiva de las parejas del mismo sexo, a fin de obtener una pensión de sobrevivientes; también lo es, que ello no ocurre en todas las situaciones de personas homosexuales, pues muchas relaciones de esta índole son aceptadas, y por tanto, en mi criterio, no es dable siempre partir de ese entorno para conceder el derecho pensional, salvo que como aquí acontece existan pruebas de que ese fue el motivo para que no se aceptara abiertamente esa relación.

4. En este orden de ideas, mi **aclaración de voto** va dirigida a sostener, que aunque los jueces y magistrados laborales, para esta clase de asuntos, deben valorar las pruebas confrontándolas con el entorno de la situación como la analizada de cultura de sexismo y de veto social, ello cuando se alega en el transcurso del proceso, no deben perder de vista para hallar la verdad real: *(i)* los principios científicos y reglas de la sana crítica de la prueba, *(ii)* las circunstancias relevantes del pleito y *(iii)* el examen de la conducta de las partes en el desarrollo del litigio. Lo que implica sopesar cada caso en particular, y por ende considero que en la sentencia proferida en este asunto, la Sala debió precisar, que con esta decisión no se está dando a entender que en los litigios de personas del mismo sexo se tengan ventajas probatorias, cuando debe ser la misma carga de la prueba que tienen las parejas heterosexuales, esto es, que quien alega la condición de beneficiario(a) debe demostrar con suficiencia que ostenta esa calidad y reúne los requisitos

de ley, entre ellos la convivencia real y efectiva con el ánimo de conformar una familia.

5. En otras palabras, si bien comparto la conclusión de la Corte de que frente al estigma familiar y social que se comprobó en el asunto a juzgar, las pruebas miradas en conjunto dan cuenta que entre la aquí demandante y la pensionada fallecida existió una verdadera convivencia que se mantuvo hasta la fecha de la muerte de la pensionada, sin interrupciones, lo que hace que salgan triunfantes las pretensiones incoadas en la demanda inaugural; **debo aclarar mi voto** en el sentido de que con una decisión como la proferida, no significa que para otras contiendas judiciales en las que no esté debidamente acreditada con pruebas ese entorno de cultura de sexismo y de veto familiar o social, necesariamente se tenga que considerar esa circunstancia para poder definir el derecho de personas de igual sexo, así sea un estigma que todavía se presenta en nuestro país, y por ende, mientras en esos otros litigios no esté comprobada plenamente la convivencia, no se podrá conceder el derecho pensional implorado, que como quedó visto no es el caso que nos ocupa en el que sí se probó.

En los anteriores términos dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra.



MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO