



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 2

SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO

Magistrado ponente

SL2151-2022

Radicación n.º 86342

Acta 18

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A.**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019), en el proceso ordinario que le instauraron **JOHN ALEJANDRO RODRÍGUEZ RAMÍREZ, MANUEL JOSÉ BERMÚDEZ ANDRADE**, junto a **ELVIA ROSA LUJÁN PINEDA** en *calidad de interviniente ad Excludendum*.

I. ANTECEDENTES

John Alejandro Rodríguez Ramírez y Manuel José Bermúdez Andrade llamaron a juicio a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S. A., con el fin

de que les fuera reconocida y pagada la pensión de sobrevivientes proporcional con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente Alex Esneyder Zabala Luján el 16 de abril de 2014; las mesadas causadas; los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; lo ultra y extra *petita* y costas.

Fundamentaron sus peticiones, en que convivieron a la vez en unión marital de hecho con el causante Alex Esneyder Zabala Luján desde el año de 2006 y hasta data de su muerte; que «*los dos primeros sabían de la simultaneidad de la convivencia [y todos] compartieron techo, lecho y mesa*» (f.º 28); que elevaron solicitud pensional ante la administradora de pensiones, misma que fue negada el 2 de diciembre de 2014, manifestando que la reclamación quedaría suspendida, por no mediar elementos probatorios suficientes que certificaran o establecieran la existencia de una unión marital de hecho (f.º 27 a 30 del cuaderno del expediente 023-2015-01955).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S. A. se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, manifestó que no le constaban las circunstancias de la convivencia; que la simultaneidad de la convivencia fue informada por los accionantes en la investigación administrativa realizada; que Elvia Rosa Luján Pineda también presentó petición pensional; que ésta mediante declaración extrajuicio señaló que su hijo no tenía familia diferente a la materna; que a pesar de no ser expresado en el texto de demanda, el auxilio funerario fue reclamado por la

hermana del causante y que el fallecido Alex Esneyder Zabala Luján se afilió al fondo el 9 de enero de 2007.

En su defensa propuso las excepciones de mérito de, buena fe, imposibilidad de condena en costas y prescripción (f.º 53 a 60, *ibidem*).

Por providencia del 6 de diciembre de 2016 (f.º 114 a 117 del cuaderno del expediente 007-2015-01955), fue decretada la acumulación a este del proceso iniciado por Elvia Rosa Luján Pineda, madre del causante, radicado con el número 023-2016-00188, en el que ésta solicitó el reconocimiento de la prestación en la calidad que anunció, como dependiente económicamente del fallecido, manifestando que éste dejó causadas las semanas exigidas por la ley; que no tuvo esposa ni compañera permanente, como tampoco procreó hijos y que John Alejandro Rodríguez Ramírez y Manuel José Bermúdez Andrade constituyeron entre sí una unión marital de hecho desde el 3 de noviembre de 2000 como pareja (f.º 1 a 17 del cuaderno del expediente 007-2015-01955).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S. A., frente al segundo proceso, oponiéndose a las pretensiones, aceptó la calidad de la accionante e informó que, según las declaraciones extrajuicio aportadas los otros dos codemandantes, manifestaron haber convivido con el causante desde 2004 en forma conjunta e ininterrumpida por diez años hasta 2014.

Excepcionó de fondo, buena fe, imposibilidad de condena en costas contra Protección S. A. y prescripción (f.º 118 a 124, *ibidem*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, por sentencia del 9 de mayo de 2017 (f.º 136 a 138 y 145 Cd del cuaderno de del cuaderno principal), decidió:

PRIMERO: Se **DECLARA** que los señores **JOHN ALEJANDRO RODRÍGUEZ RAMÍREZ**, identificado con [...] y el señor **MANUEL JOSÉ BERMÚDEZ ANDRADE**, identificado con [...], son beneficiarios de la pensión de sobrevivencia causada con ocasión de la muerte de su compañero permanente, señor **ALEX ESNEYDER ZABALA LUJÁN**.

SEGUNDO: En consecuencia, se **CONDENA** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A.**, representada legalmente [...], a reconocer y pagar en favor del señor **JOHN ALEJANDRO RODRÍGUEZ RAMÍREZ y MANUEL JOSÉ BERMÚDEZ ANDRADE**, la pensión de sobrevivencia, causada con ocasión del fallecimiento del señor **ALEX ESNEYDER ZABALA LUJÁN**, reconociendo como retroactivo de la misma la suma **TRECE MILLONES SETENTA Y UN MIL CIENTO CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$13.071.158,00)**, para cada uno de ellos, que comprende las mesadas pensionales causadas entre el 17 de Abril de 2014 y el 30 de abril del año 2017.

TERCERO: Se **CONDENA** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A.** para que a partir del primero (1º) de Mayo de 2017, continúe reconociendo al señor **JOHN ALEJANDRO RODRÍGUEZ RAMÍREZ** una mesada equivalente a **TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$368.858,00)** y al señor **MANUEL JOSÉ BERMÚDEZ ANDRADE**, una mesada pensional equivalente a **TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$368.858,00)**, con los incrementos anuales aprobados por el Gobierno Nacional, por 13 mesadas.

CUARTO: Se **CONDENA** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A.** a reconocer a las codemandantes, la **INDEXACIÓN** sobre las sumas

reconocidas, la cual deberá ser liquidada por la entidad demandada al momento del pago, aplicando los índices de precios al consumidor certificados por el Dane y de conformidad con la siguiente fórmula [...].

QUINTO: Se **ABSUELVE** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A.** del reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

SEXTO: Se **ABSUELVE** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A.** de todas las pretensiones instauradas en su contra por la señora ELVIA ROSA LUJÁN PINEDA, identificada [...].

SÉPTIMO: De las excepciones formuladas por la parte demandada, **NO SE DECLARA PROBADA NINGUNA DE ELLAS.**

OCTAVO: Se condena en costas [...].

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de Elvia Rosa Luján Pineda y Protección S. A., la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante fallo del 28 de mayo de 2019 (f.º 150 a 152 CD del expediente 023-2016-00188), confirmó la del *a quo*, con la consideración audible de:

[...] actualizar la condena al retroactivo pensional, respetando los parámetros y criterios que fueron definidos en la primera instancia y no discutidos por las partes.

La pensión es de un salario mínimo distribuida en un 50% para cada uno. Son 13 mesadas al año. La fecha de causación del retroactivo es el 16 de abril del 2014. La liquidación la hacemos hasta el mes mayo del 2019 en el que se emite esta sentencia. Se ordenará a protección seguir pagando a partir del 1º de junio del 2019 una mesada equivalente a un salario mínimo distribuido en un 50% para cada uno. Sin perjuicio del derecho al crecimiento a que hubiere lugar.

El retroactivo para Manuel José Bermúdez es de \$23.539.250 y la misma cifra para John Alejandro Rodríguez Ramírez.

Como el recurso de apelación de la señora Elvia Rosa no sale avante, se le condena a pagar a cada uno de los demandantes en costas. En esta instancia la suma por agencias en derecho [...] para cada uno.

Como el recurso de apelación de Protección no sale avante, se le condena a pagar a cada uno de los demandantes en costas en esta instancia, la suma por concepto de agencias en derecho [...] para cada uno.

Y como se advierte que en la sentencia nada se dijo en relación con los descuentos en salud, se ADICIONA a la sentencia en el sentido de que Protección S. A. descontará al momento del pago del retroactivo lo referente a estos descuentos para destinarlos al sistema general de salud, de acuerdo con lo establecido en la ley y en el precedente de las altas Cortes sobre la materia.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal concretó como situación fáctica relevante, que John Alejandro Rodríguez Ramírez y Manuel José Bermúdez Andrade, pretendieron el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes proporcional con ocasión del fallecimiento de origen común de Alex Esneyder Zabala Luján el 16 de abril de 2014; que convivieron en una unión marital de hecho con el causante, *«el primero, desde el año 2006 y, el segundo, desde enero del 2004 (sic)»*, es decir ambos, durante más de diez años; que John Alejandro y Manuel José conocían de la simultaneidad de la convivencia con cada uno de ellos; que después de un año se fueron a vivir los tres por más de siete años compartiendo techo, lecho y mesa, prestándose ayuda mutua y una cohabitación estable entre los tres de manera ininterrumpida.

Dejando en claro que la primera instancia negó el derecho reclamado por la madre del fallecido en proceso acumulado, en razón a que la dependencia económica no fue probada, dijo que los problemas jurídicos a resolver se

centrarían en: *i)* definir si resulta acorde al ordenamiento jurídico tener como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a quienes afirmaban haber conformado una familia en una relación poliamorosa que acredita vida en común estable al momento de la muerte del causante y durante más de cinco años; *ii)* de ser afirmativo, analizar las pruebas a fin de establecer si se acreditó la convivencia exigida por la ley entre John Alejandro Rodríguez Ramírez y Manuel José Bermúdez Andrade y el causante Alex Esneyder Zabala Luján y, *iii)* en caso de no proceder el derecho en favor de aquellos, revisar la procedencia respecto a Elvia Rosa Luján Pineda como madre beneficiaria.

Advirtió que el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 reguló el derecho a la prestación de sobrevivencia en forma vitalicia para el cónyuge, compañera o compañero permanente, siempre y cuando el beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tuviera 30 o más años. Y, en el literal b, el derecho a la pensión en forma temporal, destacando que las expresiones compañera o compañero permanente fueron declaradas exequibles condicionalmente por la Corte Constitucional mediante sentencia CC C-336-2008, en el entendido de que también son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo, cuya condición fuera acreditada en los términos señalados en la sentencia CC C-521-2007 para parejas heterosexuales.

Planteó que, en relación con los derechos reconocidos a las personas del mismo sexo, el precedente constitucional ha

evolucionado presentándose un giro en solo hace 12 años; que, en un primer momento, la Corte Constitucional denegó el reconocimiento de los derechos a la familia, a la seguridad social en salud y pensiones, argumentando que las relaciones de los homosexuales no eran asimilables a las de los heterosexuales (CC C-098-1996, CC T-999-2000, CC T-1426-2000, CC T-618-2000, CC SU-623-2001 y CC C-814-2001).

Dijo, que dicha Corporación, en la sentencia CC T-349-2006, revisó una acción de tutela interpuesta contra el extinto ISS por denegar una pensión de sobrevivientes, en un caso en que el actor convivió con su pareja del mismo sexo por casi 18 años, confirmando la sentencia de instancia que negó la pretensión, para reiterar que el régimen legal de la pensión de sobrevivientes no era discriminatorio frente a los homosexuales, aclarando a su vez que el criterio definitorio adoptado por el legislador, como condición para el acceso a la pensión de sobrevivientes, fue el de grupo familiar, motivo por el cual, a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia.

Aseveró que, desde esa oportunidad se reconoció que las parejas homosexuales estables eran una realidad distinta y en la que no aparecían razones objetivas que justificaran hacerles extensivo el régimen especial de protección a la familia; que, empero, fue a partir de la sentencia CC C-075-

2007 que se reconoció a estas parejas la unión marital de hecho, lo cual derivó en la aceptación de la correspondiente sociedad patrimonial y en la extensión de otros derechos, deberes y obligaciones en todas las ramas del derecho.

Anotó, que a partir de esa decisión la Corte Constitucional cambió su jurisprudencia al realizar un segundo control de exequibilidad a la Ley 50 de 1990, que entonces fue declarada atendida a la Carta Política en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo, dado que es contrario a esta que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales, señalando que en esa oportunidad se hizo tomando la Ley 979 de 2005 como referente normativo.

Resaltó que, en la mencionada, se reconoció la aplicabilidad de la Ley 54 de 1990 a parejas de un mismo sexo, por resultar discriminatorio y desconocer la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad en concordancia con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente Francesa el 26 de agosto de 1789, según la cual los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Y, constituyéndose en el punto de partida gradual hacia el reconocimiento de derechos constitucionales para dichas parejas en el ámbito de seguridad social en salud y pensiones (CC C-521-2007, CC C-800-2007, CC T-856-2007, CC C-336-2008).

Precisó que en la sentencia CC T-1241-2008 se reiteró el precedente establecido en cuanto al acceso a la pensión de sobrevivientes por parte de parejas del mismo sexo y fue la primera en la que se reconoció la prestación, recordando que tiene como objetivo proteger a los seres queridos que por causa del fallecimiento de la persona que proveía el sustento del hogar, quedaban en situación de indefensión, bien sean por razones de tipo económico, físico o mental. Y que, en dicho modo, la Corporación constitucional reafirmó el valor de la diversidad y pluralidad dentro de una comprensión de la sociedad que reconoce la realidad homosexual, llevando a la apertura o admisión de nuevas opciones y el reconocimiento de necesidades y carencias (CC T-911-2009, CC T-051-2010 y CC T-016-2011).

Afirmó, que el condicionamiento de que la situación de compañera o compañero permanente en estos casos debería ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera sólida, fue superado con la CC T-051-2016 con efectos *inter comunis*. Añadió que esta Sala, también en materia de pensión de sobrevivientes, acogió un concepto amplio de familia al entender que ella se constituye cuando se conforma una unión de personas a partir de una manifestación libre y con vocación de estabilidad y permanencia, tomando como ejemplo las sentencias CSJ SL5524-2016, CSJ SL2296-2018 y CSJ SL1366-2019 y fijó el criterio según el cual éstos gozan de libertad probatoria para demostrar el estado de compañeros permanentes y el término de cohabitación para

acceder al derecho en las mismas condiciones que para las parejas heterosexuales.

Aludió, en lo restante, a dar continuidad a la amplia reseña jurisprudencial que desarrolló la alta Corte frente a las formas constitutivas de familia como concepto que responde a realidades sociológicas heterogéneas y su consecuente protección y reconocimiento constitucional, citando las CC C-577-2011, CC T-716-2011, CC T-860-2011, CC T357-2013, CC T-151-2014, CC T-327-2014 y CC T-395-2014, CC SU-617-2014, CC C-071-2015 y CC C-683-2015, CC SU-214-2016, CC T-319-2017.

Manifestó encontrarse de acuerdo con el reconocimiento constitucional de las parejas del mismo sexo y, por ende, la conformación de las familias en dicho sentido, considerando que no existen razones jurídicas que permitan desconocer el derecho a la pensión de sobrevivientes por el hecho de que tres personas, sin importar el género, hayan decidido conformar un núcleo de manera estable, ligados por vínculos de afecto, respeto y solidaridad hacia un proyecto de vida en común, acreditando el componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, fundándose especialmente en la sentencia CC C-577-2011, la que dijo, resultaba aplicable al presente caso, en que tres personas tomaron la decisión de integrar una familia, lo cual debe ser valorado de forma objetiva y sin prejuicio.

Expresó que el fallo de primera instancia ratificó su posición como Sala, en el sentido de que los jueces deben actuar con conciencia de inclusión, agregando que, afirmar la calidad de beneficiarios de los demandantes a la pensión de sobrevivientes del causante constituye para esta, una expresión clara y contundente del modelo constitucional de 1991 y de un Estado que reconoce la autonomía del individuo para conformar su propia familia, y *«afirmar con total convencimiento que varias personas, sin importar su sexo, pueden confluir con el ánimo de constituir una sola familia. Una persona puede amar a dos personas a la vez y los tres entre sí»*.

Citó un documento académico para establecer la definición de las relaciones poliamorosas diferenciándolas de las polígamas, diciendo que según el escrito:

[...] el término poliamor es una combinación del griego Pólux, que significa ovarios y latín amor que significa amor y es usado en algunos eventos de manera alterna con el término poly fidelidad. Fidelidad que en lugar de amor toma prestado del latín la palabra fidelity, que significa lealtad o fidelidad. Como estos términos lo sugieren, las personas poliamorosas están o prefieren estar involucradas en más de una relación íntima, a la vez en relaciones amorosas estables y a largo plazo de dos o más personas.

Razonó, que la unión entre los demandantes y el causante fue una relación poliamorosa con componentes de permanencia y comunidad y supuso el acoplamiento de una identidad como familia que se sustentó en la búsqueda común de los medios de subsistencia, en la compañía mutua o en el apoyo moral, en la realización de un proyecto

compartido que redundó en el bienestar de cada uno de los integrantes de esa familia y en el logro de su felicidad.

Aseveró que, desde esa perspectiva, la unión entre John Alejandro, Manuel José y el fallecido Alex Esneyder, constituyó una modalidad de familia constitucionalmente protegida, titular de las prerrogativas, derechos y deberes que la Constitución y la ley le reconocen a ésta en tanto es núcleo fundamental de la sociedad y como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a cargo del sistema general de pensiones.

Razonó que, solucionado el primer problema jurídico planteado, si bien el inciso 4º del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 consagró que en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre cónyuge o compañero, la beneficiaria o beneficiario de la pensión será la esposa, ese aparte fue declarado exequible condicionadamente a través de la CC C-1035-2008, con sustento en que la prestación de sobrevivencia prevista para los regímenes de prima media y de ahorro individual persigue la protección del núcleo familiar del afiliado o pensionado que fallece frente a las adversidades económicas que se generan por la muerte, caracterizado porque la convivencia hubiere contado con una clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia, de manera que la cohabitación de cada uno con el causante fuera concurrente durante los cinco años previos a la muerte, excluyendo las relaciones casuales, circunstanciales, incidentales u ocasionales.

Señaló que aun cuando la norma solamente regula el derecho del cónyuge o compañero permanente y no la referida a la convivencia simultánea entre estos, la Sala ha reconocido en diferentes oportunidades el derecho en dicha situación, bajo el criterio de que los escenarios que prevé la norma no son taxativos, imponiendo así el reconocimiento pensional a partir de la finalidad de la prestación de sobrevivencia, reseñando las sentencias CSJ SL4774-2018 y CSJ SL1399-2018.

Determinó, que si el ordenamiento regula el derecho a distribuir la pensión entre cónyuge y compañero permanente o entre dos compañeros permanentes, cuando cada uno acredita una relación de convivencia con el causante para su deceso y durante al menos el término previsto para tal fin, conformando dos hogares diferentes y dos parejas autónomas, no resultaba constitucionalmente aceptable negar el derecho a John Alejandro Rodríguez Ramírez y Manuel José Bermúdez Andrade por el hecho de que estos vivieran simultáneamente bajo el mismo techo y en una relación poliamorosa con Alex Esneyder Zabala Luján.

Dijo que, visto de otra forma, ello equivaldría a afirmar que la única posibilidad de que tuvieran derecho a distribuir la pensión sería si Alex Esneyder Zabala Luján hubiera vivido con cada uno en techos separados, como condición para estar protegido por la seguridad social en ese sentido. Negando así los argumentos de la alzada de la madre del fallecido, como también la primera parte de la AFP demandada que se adhirió a ellos.

Frente a la alegación del ente pensional, dirigida a que procesalmente no estaba clara la fecha a partir de la cual sucedió la convivencia entre los demandantes y el causante bajo un mismo techo y que no puede presumirse que fueron más de cinco años, determinó que a la luz de lo previsto en el artículo 61 del CPTSS y el precedente jurisprudencial descrito en cuanto a que no se requiere que los tres compañeros permanentes hubieran asistido a una notaría para afirmar su intención de convivencia, sino que existe libertad probatoria, tuvo como premisas indiscutidas: *i)* que Alex Esneyder Zabala Luján murió el 16 de abril del 2014 como consecuencia de un cáncer de estómago; *ii)* que aportó la densidad de semanas necesarias para dejar causada la pensión de vejez; *iii)* que los demandantes así como la madre del causante formularon petición pensional; *iv)* que los accionantes, John Alejandro Rodríguez Ramírez y Manuel José Bermúdez Andrade, conforme a la Escritura Pública del 3 de noviembre del 2001, de folios 22 a 26, constituyeron una sociedad de hecho como pareja sentimental y, *v)* que mediante sentencia del 12 de abril del 2016 el Juzgado Primero Civil Municipal de Medellín aprobó el trabajo de partición de herencia del fallecido, en el que se tuvo como adjudicataria a la madre Elvia Rosa Luján Pineda (f.º 34).

Apreció que con relación al inicio y duración de la convivencia entre estos y el fallecido, la información se recaudó en tres escenarios diferentes al interior del proceso, en declaraciones extrajuicio ante notario y en las intervenciones que realizaron en el marco de la investigación

adelantada por Sercoin, empresa encargada por Protección S. A.

Estimó que, abordadas las aseveraciones de los demandantes en los tres ámbitos, se encontró que Manuel José Bermúdez Andrade, tanto en su declaración ante notario (f.º 126 a 128) y ante Sercoin - encargada de la investigación administrativa - (f.º 92 y siguientes), informó que la convivencia fue superior a 10 años y que, en el interrogatorio de parte, dijo que lo fue desde el 2000, celebrando un evento simbólico matrimonial con John Alejandro Rodríguez Ramírez. Así mismo, que John Alejandro se conoció con el causante Alex Esneyder Zabala Luján en el coro de la Universidad de Antioquia y desde el momento en el que el último llegó a sus vidas, muy rápido se fue a vivir con ellos, esto es, casi dos meses después, primero en el barrio Santander, luego en el Robledo La Campiña; que nunca estuvieron separados, solo el día en que se graduó el fallecido, que durmió en la casa de la mamá y en las hospitalizaciones que tuvo al final de su vida; que fueron 10 años de cohabitación de los tres.

Explicó, que en el documento denominado análisis de la investigación administrativa en folio 96, Manuel José, aseguró que se conoció con Alex Esneyder en febrero del 2004 y empezaron a hablar los tres y que, para abril de ese año, se fueron a vivir juntos.

Expuso en lo que concierne a John Alejandro Rodríguez Ramírez, que en el interrogatorio éste dio cuenta de que se

conoció con el extinto Alex Esneyder en 2002, primero de amistad, luego inició una relación amorosa entre los dos y más o menos desde abril del 2004, comenzaron una relación los tres; que fueron diez años de convivencia ininterrumpida; que para finales de 2012 fue integrado en la relación Víctor Prada, siendo ya para entonces cuatro personas.

Arguyó que dicha declaración obraba a folio 125, ante Sercoin en folios 96 a 97 y que, el informe donde se indica que la convivencia se forjó bajo un mismo techo desde 2004, constaba a folio 73.

Expuso que Elvia Rosa Luján, madre solicitante, con relación a ese aspecto, en el interrogatorio de parte, dijo conocer a John Alejandro Rodríguez Ramírez y Manuel José Bermúdez Andrade cuando su hijo estudió en la universidad; que allá se conocieron y que *«Su hijo vino a ser homosexual cuando se hizo amigo de estos pelaos»*.

Refirió que la progenitora dijo que éste al fallecer no vivía con ella, sino con ellos; que Alex Esneyder alguna vez le comentó de la relación, *«Alex vivía allá, se mantenía allá, pero ellos dos eran casados, vivía con ellos y a los poquitos días se graduó en la universidad»*; que reconoció que estando en la universidad ya vivía con ellos; que los visitó en la primera casa y luego en la segunda; que ante Sercoin manifestó que su hijo en 2004 se fue a vivir al barrio Santander y luego al barrio Robledo y agregó que Alex Esneyder se graduó en el año 2007 (f.º 93 a 95).

Apuntó que John Alejandro Rodríguez Ramírez y Manuel José Bermúdez Andrade aportaron al proceso 12 declaraciones extra juicio de personas que afirmaron haber presenciado la convivencia de John Alejandro, Manuel José y Alex Esneyder (f.º 6, 7, 8 a 89, 9, 10, 11, 12 y 88, 13, 89, 90 y 14 *sic*); que de esas personas declararon en el marco del proceso, César Augusto Alzate Vargas, Antonio José Restrepo Flores, Inés Lucrecia Osorio Rubiano y Gloria Eugenia Ruiz, a pesar de que no se solicitó la ratificación de la prueba por Protección S. A. en su contestación.

Que Antonio José Restrepo Flores dijo conocer a Manuel José Bermúdez Andrade hace 25 años, a John Alejandro hace 20 o 15 y a Alex Esneyder 13 o 14; que fue el padrino de matrimonio de Manuel José y John Alejandro; que los conoció en la universidad; que era profesor; que vio que el causante se volvió amigo de John Alejandro; que a raíz de un conflicto entre la pareja, el testigo conoció a Alex, entró en la pareja; que Manuel José le contaba sus tristezas; que la relación amorosa fue por diez años entre los tres; que recuerda la fecha porque primero fue la convivencia, luego el grado, las visitas, la enfermedad y que el testigo los visitó en los dos lugares donde vivieron.

Que Inés Lucrecia Osorio Rubiano, vecina de los demandantes en Robledo, La Campiña, dijo que desde hacía siete años iban a ser ocho, aproximadamente del 2007, los conoció a los tres al mismo tiempo; que ellos venían del barrio Santander.

Así mismo, que César Augusto Alzate Vargas, amigo personal de los integrantes de la relación de convivencia objeto de estudio, afirmó que conoció a Manuel José desde 1995, a John Alejandro desde que comenzó a vivir con él y a Alex Esneyder desde que inició convivencia con ellos; que primero John Alejandro inició tratos sentimentales con el fallecido, luego Manuel José conoció a este y, luego lo que era un vínculo sentimental entre dos, pasó a ser de tres.

Y que, Gloria Eugenia Ruiz, expresó que conocía a Manuel José y a John Alejandro desde 2005; que esta trabajaba con derechos humanos; que ellos mantenían una convivencia de tres personas desde 2005 - 2006; que fue compañera de conferencias y, por tanto, de labor. con Manuel José de 2005 a 2010; que tuvieron mucho contacto; que la testigo procreó un bebé en 2010; que sufrió situaciones familiares complejas, pero le permitió verse con ellos como tres o cuatro veces y pudo declarar que nunca se han separado ni dejado de comunicar.

Resaltó que la madre del causante también aportó varios testigos; que respecto a la relación de Manuel José, John Alejandro y Alex Schneider dijeron, Rubiela de Jesús Correa, como vecina de Elvia Rosa Luján Pineda hacía 30 años, encargada de los mandados; que entendió que Alex Esneyder vivía con los otros dos solicitantes; que conoció a los dos últimos de vista; que vivía allá hace cinco años o menos; que conoció al fenecido desde hacía más de diez años; y que aproximadamente 9 años atrás se fue de la casa de su madre.

Hipólito de Jesús Álvarez afirmó ser conocido de Elvia Rosa; que desconocía la relación de los codemandantes. Y, Luz Gladys Cano, dijo que vivió en apartamentos de la hija de Elvia Rosa; que conoció al «demandante» por espacio más o menos de 9 años; que este estuvo en la casa materna hasta hacía para ese entonces cinco o seis años y luego, se independizó; que la testigo se trasladó a la ciudad de Pereira, pero que, antes de 2008, Alex Esneyder iba a visitar a su madre porque ya no vivía con ella.

Relacionó lo concerniente a las entrevistas obrantes en el informe definitivo de Sercoin en que constaron las manifestaciones de Marlenys, Albeiro y Janeth Zabala Luján, al igual que, el artículo periodístico del periódico ADN del 8 de febrero de 2011 (f.º 24), que también se aludió en la investigación administrativa y que describió que Manuel José y John Alejandro fueron pareja por cinco años, luego de lo cual, apareció Alex Esneyder, llevando seis años de convivencia los tres, para la fecha de la publicación en el noticiario.

Concluyó que, de las documentales en conjunto con las testimoniales, la relación de convivencia entre John Alejandro Rodríguez Ramírez, Manuel José Bermúdez Andrade y Alex Esneyder Zabala Luján de manera estable e ininterrumpida se prolongó hasta el momento del fallecimiento del causante y se perpetuó durante mucho más de cinco años desde sus orígenes.

Aclaró que, a pesar de que en la demanda se afirmaron distintas fechas, a partir de las cuales Manuel José y Juan Alejandro comenzaron su convivencia con el causante, en el marco del proceso, la prueba le permitía colegir que, inicialmente, Manuel José y John Alejandro empezaron una relación de pareja formalizando su vínculo mediante Escritura Pública del 3 de noviembre de 2000. Luego, aproximadamente en el año 2003, John Alejandro conoció a Alex Esneyder, por ser ambos miembros del coro de la Universidad de Antioquia y se forjó un vínculo sentimental, pero los tres decidieron tener una relación poliamorosa y, en abril de 2004, comenzaron a vivir bajo el mismo techo en el barrio Santander. Aspecto corroborado por la madre del causante en el interrogatorio de parte y en la investigación adelantada por Protección S. A. a través de Sercoin.

Enfatizó que mientras aquellos residían en el barrio Santander, Alex Esneyder se graduó en la universidad en el año 2007 y en 2009 los tres se fueron a vivir al barrio Robledo La Campiña, donde residieron hasta que Alex Esneyder falleció en abril del 2014.

Acotó que, con relación a la formalización del vínculo entre Manuel José y John Alejandro, de acuerdo con el análisis efectuado, esa circunstancia, en manera alguna, desvirtúa el inicio de una convivencia posterior entre ellos dos con el fallecido, que perduró hasta el momento de su muerte.

Y, que, respecto a la providencia que aprobó el trabajo de partición de herencia, lo cierto del caso es que, al margen de que Elvia Rosa Luján Pineda figurara como adjudicataria, en el presente proceso ordinario laboral, lo que se discutía era quiénes ostentaron la calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, marco jurídico que tiene una naturaleza y finalidades distintas a las del derecho sucesoral, así como al de conformación de la unión marital de hecho, aspecto que dijo fue tratado en la sentencia de esta Corporación CSJ SL2296-2018.

Conforme a ello, confirmó la primera instancia y recalculó el retroactivo pensional hasta mayo de 2019, a razón de 13 mesadas al año, equivalentes al SMMLV en un porcentaje del 50 % para cada uno de los compañeros permanentes beneficiarios.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S. A., concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver (cuaderno digital de la Corte).

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende,

[...] la CASACIÓN de la sentencia impugnada en cuanto confirmó con una modificación, la decisión condenatoria del A quo. En sede de instancia, solicito que sea REVOCADA la decisión del

Juzgado de primera instancia, para que de esta forma quede totalmente absuelta mi mandante.

Sobre costas pido resolver en concordancia con el resultado del proceso.

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación, que no fue replicado y se pasa a estudiar (cuaderno digital de la Corte).

VI. CARGO ÚNICO

Acusa que,

La violación de la ley que se denuncia se produce por la vía directa, por aplicación indebida de los artículos 42, 230, 234 de la Constitución Política; por interpretación errónea de la ley sustancial contenida en los artículos 12, 13 de la Ley 797 de 2003 que subrogaron los artículos 46, 47, 74 de la Ley 100 de 1993; por infracción directa del artículo 10 del Decreto de 1889 de 1994.

Para la demostración del cargo sostiene, en primer lugar, que la demandada en rigor no se ha opuesto al reconocimiento de la pensión de sobrevivencia que se ha debatido a lo largo del presente proceso, como se puede colegir tanto de las respuestas que en su momento le fueron dadas a los demandantes cuando solicitaron al fondo de pensiones el reconocimiento de la pensión, como del contenido de la contestación de la demanda y de la proposición de excepciones, con lo cual, no se desconoció la posibilidad de la causación de la prestación pretendida, aunque se expusieron varios argumentos dirigidos a solicitar un examen detenido de la situación, el cual, considera no se produjo con el pronunciamiento del *ad quem*.

Advierte, que la posición del cargo no es contraria a la configuración de parejas de un mismo sexo ni a la conformación de tríos o triejas cohabitacionales, pues respeta las condiciones individuales de cada persona y, consecuentemente, el libre desarrollo de su personalidad, en tanto, como es obvio, no invada la libre individualidad de otros, aclarando su pertinencia en punto al énfasis dado por la segunda instancia.

Cuestiona que la decisión atacada, si bien muestra erudición, se encuadró más en el esclarecimiento de temas concernientes al derecho de familia, pero en lo tocante a la seguridad social no tuvo en cuenta los postulados de la Constitución Política y la Ley 100 de 1993.

Dice, que la segunda instancia se fundó básicamente en expresiones jurisprudenciales, lo cual no es inadecuado, pero que el problema radicó en que, al momento de enfrentar el contenido de la norma con lo estudiado en una sentencia de la Corte Constitucional, el Tribunal descartó lo previsto en la primera, vulnerando el artículo 230 de la CP en relación con que los jueces solo están sometidos al imperio de la ley, por lo cual, la jurisprudencia como criterio auxiliar de la actividad judicial toma relevancia ante la ausencia de un texto legal claro y vigente, en forma subsidiaria, pero jamás con la capacidad de desplazar el texto legal.

Sostiene que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 no modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 que *«siempre alude al cohabitante, sea cónyuge o acompañante, en forma*

singular por lo que convertir su contenido en forma en que admita al beneficiario, tratándose de acompañante o compañero, en forma plural, no se compagina con la previsión de la ley, aunque ello sea admisible socialmente y haya sido adoptado en las expresiones del Derecho de Familia».

Reprocha, que el texto del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, aun visto con amplitud, solo admite en el caso de los cónyuges o de los compañeros cohabitantes, una persona como beneficiaria de la pensión de sobrevivencia. Pueden ser del mismo sexo, aspecto que no se debate, pero la realidad es que la norma, retardataria o no, no admite la dualidad o pluralidad de beneficiarios en la modalidad de cónyuges o de compañeros cohabitantes.

Argumenta, que cierto es que se prevé la figura de la convivencia simultánea, pero entendida esta como la simultaneidad de dos hogares mas no de uno solo con pluralidad o multiplicidad de integrantes y, además, la previsión se hace en la norma en relación con el pensionado fallecido y no con el afiliado que perece.

Indica, que la inclusión del artículo 234 de la CP en la proposición jurídica obedece a la constante de proferir fallos dejando en segundo plano la jurisprudencia de esta Corte, privilegiando la de la Corte Constitucional, desconociendo la condición de máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria.

Anota, que el Tribunal se prestó del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 para traer a colación el concepto de grupo

familiar, precepto que se refiere de manera genérica, pero que en el artículo 13 de la misma norma se decanta de forma específica los integrantes con vocación de ser beneficiarios, pero expresados en forma singularizada en lo relacionado al cónyuge o el (la) compañero (a) permanente.

Reitera que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 no admite pluralidad en los convivientes con el fallecido en calidad de cónyuges o compañeros permanentes e increpa que el *ad quem* confundió las nociones de convivencia y de vida marital y aceptó la primera como si fuera lo mismo que la segunda. Expone:

"Vida marital" es muchísimo más que la simple convivencia. En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual del maestro Guillermo Cabanellas, en lo que atañe a la diferenciación jurídica que se plantea con esta acusación, centrándose en la expresión "marital", se lee: "Concerniente a la vida de los casados; ya propiamente o por imitación, como la vida marital que el concubinato significa". Y agrega: "Lo que al matrimonio como institución atañe".

Por su parte, el Diccionario de la Lengua Española en su vigésima segunda edición describe el concepto "marital" como "Pertenciente al marido o a la vida conyugal".

Lo anterior deja en claro que para otorgar el derecho a la pensión de sobrevivientes no bastaba probar la convivencia entre los demandantes y el fallecido, sino que el juzgador debía obtener la prueba del trato entre ellos como pareja o triaja marital y sobre ello, exista o no la prueba en el expediente, lo cual no interesa para este cargo debido a la vía jurídica escogida para el planteamiento del mismo, no recabó el Ad quem.

Asegura que, frente al artículo 10º del Decreto 1889 de 1994, que considera ignorado por el Colegiado que, aunque en esta norma se alude puntualmente a la persona de sexo diferente al del causante, como censor no recaba en la

diferencia de aquél porque entiende que ha sido un concepto que ha sufrido variaciones en el marco de la aceptación social y en los pronunciamientos judiciales, pero si destaca que en tal norma también se exige la singularidad en cuanto a la persona del beneficiario de la pensión de sobrevivientes cuando el derecho es reclamado en la condición de cónyuge o de compañero o acompañante, lo que significa que si el Tribunal hubiera reparado en lo dispuesto en esta norma, no hubiera podido tan libremente disponer la confirmación del proveído de primer grado.

Plantea que el fallador apoyó también su decisión en el artículo 42 de la CP, empero, no se discute la familia como núcleo fundamental de la sociedad y sus diferentes alternativas de conformación, por lo que, aun cuando en ningún momento fue objeto de controversia que los demandantes hubieran podido conformar una con el causante, ello no borra el mandato legal de que la persona de los beneficiarios de la prestación solicitada sea singular, insistiendo en que inclusive, también en este mandato se impone la singularidad en la conformación de quienes se unen para conformarla, por lo que también por tal aspecto, resulta errada jurídicamente la invocación que el Tribunal hizo de este precepto (cuaderno digital de la Corte).

VII. CONSIDERACIONES

El Tribunal fundamentó su decisión en que John Alejandro Rodríguez Ramírez y Manuel José Bermúdez Andrade en calidad de compañeros permanentes

simultáneos y bajo un mismo techo del fallecido Alex Esneyder Zabala Luján, tenían derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes proporcional como beneficiarios.

Desde el punto de vista fáctico, tuvo por demostrado que los codemandantes, de común acuerdo, conformaron una relación sentimental poliamorosa con el causante, la cual dio lugar a una convivencia permanente e ininterrumpida durante 10 años entre 2004 y 2014 en que acaeció la muerte de Alex Esneyder Zabala Luján (16 de abril).

Convencimiento al cual llegó a partir de la valoración conjunta de los testimonios, interrogatorios de parte y las documentales, con la aclaración de que si bien, procesalmente se acreditó que John Alejandro Rodríguez Ramírez y Manuel José Bermúdez Andrade, conforme a la Escritura Pública del 3 de noviembre del 2001, de folios 22 a 26, constituyeron una sociedad de hecho como pareja sentimental, lo cierto es que estos convivieron bajo un mismo techo y hasta al fin de los días del causante durante el periodo ya descrito, lo que abría paso a su derecho.

Como marco jurídico tomó en cuenta lo consagrado en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 relativo al derecho de los compañeros permanentes simultáneos en materia de pensiones de sobrevivencia, prestándose ampliamente de las sentencias de la Corte Constitucional a modo de reseña jurisprudencial, para argumentar lo relativo a la condición de beneficiarios cuando se trata de parejas de un mismo sexo

y haciendo extensiva su aplicación a las relaciones de tipo poliamoroso, que describió a partir de un documento académico, como aquellas donde las personas «*están o prefieren estar involucradas en más de una relación íntima, a la vez en relaciones amorosas estables y a largo plazo de dos o más personas*».

Recalcó que, aun cuando el ordenamiento regula el derecho a distribuir la pensión entre cónyuge y compañero permanente o entre dos compañeros permanentes, cuando cada uno acredita una relación de convivencia con el causante para su deceso y durante al menos el término previsto para tal fin, conformando dos hogares diferentes y dos parejas autónomas, no resultaba constitucionalmente aceptable negar el derecho a John Alejandro Rodríguez Ramírez y Manuel José Bermúdez Andrade por el hecho de que estos vivieran simultáneamente bajo el mismo techo y en una relación poliamorosa con Alex Esneyder Zabala Luján.

La censura por su parte radica su inconformidad, por la senda de puro derecho, en la equivocación del *ad quem* de no tener en cuenta que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 exige la singularidad del hogar en la persona del beneficiario de la pensión de sobrevivientes cuando se trata de una convivencia simultánea.

Así las cosas, corresponde a esta Sala dilucidar si para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en los términos del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la figura de la convivencia simultánea con compañeros permanentes

debe ser entendida como la simultaneidad de hogares mas no de uno solo con pluralidad o multiplicidad de integrantes.

Para resolver, cabe aclarar que, para efectos de determinar el derecho de los codemandantes como beneficiarios pensionales, al estar acreditada su condición de compañeros permanentes convergentes del causante Alex Esneyder Zabala Luján, como consecuencia de la relación conjunta, consensuada y bajo un mismo techo que sostuvieron, misma que el Tribunal definió como poliamorosa, que, en todo caso, como neologismo, esto es, palabra formada recientemente, de acuerdo con la Real Academia Española de la Lengua, responde a personas que con pleno consentimiento y conocimiento de todos los involucrados, deciden libremente conformar una relación con ánimo estable y exclusivo entre ellos, de modo que, en últimas, para la Sala, visto desde el contexto objetivo que debe guiar las decisiones judiciales, reiterando en todo caso el respeto absoluto por los actuales modelos de familia y las opciones sexuales y de vida, a la luz de la seguridad social (CSJ SL5424-2016, CSJ SL1366-2019 y CSJ SL1744-2021), John Alejandro Rodríguez Ramírez y Manuel José Bermúdez Andrade responden a la connotación de compañeros permanentes simultáneos individualmente considerados con igual derecho de acceso a la prestación reclamada, cumpliendo a un mismo tiempo con los requisitos exigidos por la norma.

Lo anterior, en línea con lo enseñado por esta Corporación en el sentido de que, en materia de pensión de

sobrevivientes, no es dable hacer distinciones entre los miembros del grupo familiar más allá de las propias de quienes se hayan expuestos a condiciones de vulnerabilidad, puesto que *«existiendo simultaneidad en la convivencia, no puede aceptarse que uno de aquellos deba verse como parte de la familia del causante en tanto que el otro no; o que uno tenga un mejor derecho que el otro, pues, frente a aquél, que es lo que interesa a la teleología proteccionista de la norma, en vida se encontraban en similares condiciones en lo atinente a las expresiones de apoyo, ayuda, protección, afecto, etc.»* (CSJ SL, 10 jul. 2012, rad. 49787 reiterada en CSJ SL13368-2014 y CSJ SL1399-2018).

Ahora bien, sobre el particular, vale la pena recordar que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, preceptúa en lo concerniente al derecho a la pensión de sobrevivientes del cónyuge y/o compañeros permanentes, lo siguiente:

Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste (sic). La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar

al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

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

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

El texto subrayado fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia CC C-1035-2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que *«además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido»*.

Por lo cual, como lo ha dicho esta Sala en varias oportunidades, la norma no reguló expresamente la hipótesis relativa a la convivencia simultánea del causante con dos o más compañeras permanentes, de manera que, ello ha sido resuelto jurisprudencialmente por esta Corporación, en sentencias como la CSJ SL402-2013, reiterada en la CSJ SL18102-2016, que *«soportada en un juicio analógico, ha defendido la tesis de que también en esta hipótesis se genera*

el derecho a la pensión, dividida proporcionalmente entre los (as) compañeros (as)».

De manera que, si del caso fuera, el ataque del recurrente por interpretación errónea de la norma antes transcrita, no tendría vocación de prosperidad, dado que debe señalarse que el Tribunal, en un primer momento, no incurre en tal trasgresión, pues vista la norma en su literalidad, con la explicación antes dada, es evidente que la inconformidad traída en casación se desprende es del criterio jurisprudencial que da lugar a la figura de la simultaneidad de la convivencia, el cual en nada ataca y por el contrario se queda en apreciaciones genéricas.

Ahora, si de la revisión de la génesis del condicionamiento que el recurrente pretende hacer ver se tratara, la sentencia de esta Sala CSJ SL402-2013, dijo:

Si bien es cierto que la existencia simultánea de dos o más compañeras permanentes es un asunto no gobernado expresamente en la legislación vigente para la época del fallecimiento del causante, no es menos cierto que de acuerdo con los criterios señalados por la jurisprudencia acerca de lo que debe entenderse por convivencia, de cara al surgimiento del derecho a una sustitución pensional, es posible que una persona mantuviera por separado, pero simultáneamente, una convivencia o vida marital con dos personas. Pero ello no indica que ante la falta de una regulación expresa la solución lógica fuese la de negar el derecho a quienes al mismo tiempo cumplían con los requisitos exigidos en las normas aplicables (Resaltado de la Sala).

Lo cual, de manera prístina llevaría a pensar que le acude razón al impugnante en el sentido de que la convivencia simultánea para efectos pensionales solo sería

válida siempre que los compañeros permanentes con derecho *no compartan el mismo hogar*, cuando la providencia dice «*es posible que una persona mantuviera por separado, pero simultáneamente una convivencia o vida marital con dos personas*».

Sin embargo, ello no es absoluto, porque de la lectura completa de la mentada providencia (CSJ SL402-2013), se extracta que ella se funda en la CSJ SL, 17 ag. 2006, rad. 27405, en que la convivencia separada de las compañeras permanentes con derecho fue una condición propia del caso que se estudiaba, más no una regla jurisprudencial, lo cual, también se decanta de la sentencia CSJ SL, 3 jun. 2004, rad. 21474 a su vez citada, puesto que al igual que el anterior, resuelto por la vía indirecta, las circunstancias fácticas fueron similares y se concluyó la convivencia simultánea a partir del conocimiento que la compañera permanente demandante tenía de la existencia de la otra, prestándose del análisis de los interrogatorios de parte.

En efecto, en la CSJ SL, 17 ag. 2006, rad. 27405, se expresó:

Para decidir sobre las pretensiones de la demanda dijo el juez de segundo grado que el causante convivió en forma aislada pero simultánea con dos mujeres y que cualquiera de ellas podía preciarse de haber sido su compañera permanente, en virtud de lo cual concluyó que a ninguna le asiste derecho a la sustitución pensional, al no haber demostrado convivencia singular exclusiva en la época de su muerte.

Esa deducción del Tribunal es equivocada y no guarda correspondencia con la especial naturaleza del derecho a la sustitución pensional, pues pese a encontrar que dos personas cumplían lo esencial de los requisitos para acceder a ese derecho,

decidió negarlo por entender, sin citar la norma de donde surge esa conclusión, que la legislación vigente no permitía la concurrencia de dos o más compañeras permanentes como beneficiarias de la sustitución, puesto que se requería de una convivencia de índole permanente y singular, que no era posible en el caso de autos.

Si bien es cierto que la existencia simultánea de dos o más compañeras permanentes es un asunto no gobernado expresamente en la legislación vigente para la época del fallecimiento del causante, no es menos cierto que de acuerdo con los criterios señalados por la jurisprudencia acerca de lo que debe entenderse por convivencia, de cara al surgimiento del derecho a una sustitución pensional, es posible que una persona mantuviera por separado, pero simultáneamente, una convivencia o vida marital con dos personas. Pero ello no indica que ante la falta de una regulación expresa la solución lógica fuese la de negar el derecho a quienes al mismo tiempo cumplían con los requisitos exigidos en las normas aplicables.

En efecto, el artículo 6º del Decreto 1160 de 1989 le otorga, a falta del cónyuge, la calidad de beneficiario de la sustitución pensional al compañero o compañera permanente del causante. Y el artículo 12 de ese estatuto precisa que se admitirá la calidad de compañero o compañera permanente a quien siendo soltero “haya hecho vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de éste o en el lapso establecido en regímenes especiales”. No exige aquella disposición que el causante haya hecho la vida marital exclusiva o singularmente con un solo compañero permanente como lo entendió el Tribunal.

Por esa razón, la circunstancia de que dos personas ostenten la calidad de compañero permanente de un mismo causante no es razón suficiente para negarles a ambas el derecho a la sustitución pensional, pues si bien, como quedó antes dicho, esa situación no fue expresamente regulada por la ley, nada impide que para solucionar ese vacío normativo se acuda a una norma análoga para superarlo, tal como lo explicó la Sala en la sentencia de 3 de junio de 2004, radicación 21474, citada por la recurrente, en donde asentó:

“El análisis sereno de los elementos probatorios reseñados, lleva a la convicción de que en realidad se presentó una convivencia simultánea entre el pensionado y las demandantes, situación que perduró por muchos años y hasta el fallecimiento de aquél, encontrándose que en ambas uniones se procrearon hijos.

“Para la Corte entonces, se trata de personas que están en las mismas condiciones esenciales como son haber tenido convivencia con el pensionado fallecido hasta el momento de su muerte y haber procreado hijos con él; únicos elementos a

considerar para efectos de determinar la sustitución pensional en el sub lite, pues no puede apelarse a aspectos meramente circunstanciales tales como serían el pago del entierro, la búsqueda del desaparecido por escasos días cuando resulta evidente que solía ausentarse del hogar conformado con GLADYS SANABRIA MORENO en virtud de la otra relación marital, o la declaración de un tercero de que compartían habitaciones separadas cuando esto nada prueba sobre la real intimidad de la pareja dado que a la muerte aún permanecían bajo el mismo techo, según él mismo lo testifica.

“Ahora bien, ninguna solución puede conducir a la exoneración de la demandada ante la evidencia de que existen beneficiarias en condición de compañeras permanentes; pero tampoco puede afirmarse que alguna de las reclamantes tenga mejor derecho que la otra, pues lo que se evidencia es una convivencia simultánea del pensionado con ambas mujeres, de quienes puede predicarse ostentan tal calidad, con vocación de ser beneficiarias de la sustitución pensional, pues conformaron con el pensionado uniones que permanecieron en el tiempo con intención de formar una familia, habiendo procreado hijos, y donde según se desprende de los testimonios, éste fungía como Jefe de hogar.

“La anterior constatación sin embargo, se enfrenta a la dificultad del vacío normativo frente a esta situación fáctica que debería solucionarse a la luz de disposiciones anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993 como se dejó señalado en casación y porque además, no se trata como equivocadamente entendió el Juzgado de conocimiento, de dirimir un conflicto de intereses ante la presencia de una cónyuge y una compañera permanente, evento que sí preveían la Ley 71 de 1988 su Decreto Reglamentario 1160 de 1989. Aquí se está ante un diferendo para sustituir la pensión, entre dos compañeras permanentes que debe ser decidido por la Corte como Tribunal de instancia y que dicho sea de paso, no implica pronunciamiento sobre la existencia o no de cónyuge, o sobre su derecho, por no ser parte en el proceso, y porque de conformidad con jurisprudencia de la Corte no le corresponde a la compañera permanente demostrar la pérdida del derecho de aquella en caso de que existiera. (Sentencias de 27 de marzo de 1995, rad. No.7383; de 3 de septiembre de 2003, rad.21160, entre otras).

“La Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario que eran las disposiciones en principio aplicables, señalaron las reglas para la sustitución pensional estableciendo un régimen preferencial para el cónyuge y solo a falta de éste o ante la pérdida del derecho, podía entrar como beneficiario el compañero o compañera permanente del causante. La jurisprudencia incluso con posterioridad a la vigencia de la Ley 100, ha resuelto los casos de convivencia simultánea con la cónyuge y la compañera permanente atribuyendo el derecho pensional en favor de la primera.

“Esto evidencia entonces, la falta de criterio legal para determinar cómo se resuelve en punto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes cuando hay convivencia simultánea entre dos compañeras permanentes, sabiendo además que no hay pautas válidas para preferir a alguna de ellas, pues el tiempo de convivencia es similar -supera largamente los 10 años- y en ambos casos hay hijos.

Como es obligación del Juzgador “Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido” (Art. 37 del C. de P. C.), estima adecuado la Corte apelar a la analogía de normas que resuelven sobre el beneficio pensional entre quienes tienen igualdad de derechos, como es el caso de los hijos, en que el artículo 8º del Decreto 1160 de 1989, distribuye la pensión en partes iguales. Por lo tanto, se dispondrá que en este caso son beneficiarias por partes iguales, de la pensión de que venía disfrutando en vida el señor LUIS ANTONIO CRUZ, las señoras GLADYS SANABRIA MORENO y MARÍA EDELMIRA CAICEDO CUARÁN, quedando el derecho pensional que a ellas se otorga bajo el citado régimen”.

Por tanto, pensar que la comprensión de la condición de compañero permanente simultáneo en pensión de sobrevivientes se haya atado a la validación de que la convivencia se presente en hogares distintos como lo plantea el ataque casacional objeto del presente estudio, equivaldría a dejar de lado que la orientación jurisprudencial de esta Sala, que acepta la convergencia de compañeros, estuvo atada a la calidad de la persona en concreto que acredita una convivencia en los términos de la ley, como único condicionamiento jurídico y jurisprudencial aceptado por esta Corte ante situaciones plurales (CSJ SL1399-2018) y no, al lugar de su domicilio habitual, como se pretende, pues ello, en nada prueba la realidad en que se desarrolló la relación con el causante.

Dicha posición se armoniza con lo ilustrado recientemente por la Sala, en la sentencia CSJ SL2893-2021,

en la que se admitió la posibilidad de que las personas que ostenten la calidad de compañeras o compañeros permanentes pueden ser dos o más, sin importar el número, pues ello resulta irrelevante desde el punto de vista de que la pensión de sobrevivientes atiende a un solo derecho al 100 %, porcentaje este que, en todo caso, asignado en forma proporcional a cada uno de los (as) reclamantes no puede sumar un total superior, siempre que demuestren el cumplimiento de las exigencias o requisitos de ley.

Adicional a lo expuesto, aceptar el planteamiento de la censura de privar al compañero permanente beneficiario de la pensión de sobrevivientes que converge con otro en una relación de tipo poliamoroso, la cual, por definición se desarrolla bajo un mismo techo y no uno separado, resulta discriminatorio en punto al derecho a la igualdad y acceso a la seguridad social, porque rompe la libertad de que gozan todas las personas de optar por su modelo de familia propio, para el caso, el conformado por tres personas unidas en una relación afectiva con vocación de permanencia, sin que se encuentre razón objetiva para poder decir que entre ellos pueda existir alguno con mejor derecho que el otro o que, por estar en un mismo hogar con el causante el derecho no pueda nacer al mundo jurídico.

Lo dicho por la sociedad recurrente también se haya en contravía con lo explicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica, en materia de las obligaciones estatales en lo

relacionado a la identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas con sexualidad diversas, que en una interpretación de los derechos de éstos en relación con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana, dijo que «*Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto*», dado que en la etapa actual de evolución del derecho internacional, dichos derechos han ingresado al dominio del *ius cogens*, recordando que, en todo caso, «*no toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino solo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido*».

Situación que aplicada al presente análisis, permite concluir que el planteamiento de Protección S. A. de privar del derecho a la pensión de sobrevivientes de los compañeros permanentes argumentando que en caso se residir estos a la vez con el causante bajo un mismo techo, diluye su acceso a la prestación, razonando que la norma al no contemplarlo, exige por ende, la singularidad del hogar, es incurrir de manera flagrante en una interpretación heteronormativa definida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como aquella que «*envía un mensaje generalizado de que aquellas personas que se aparten de dichos estándares “tradicionales” no contarán con la protección legal*

y el reconocimiento de sus derechos en igualdad de condiciones respecto de aquellas personas que no se aparten de los mismos», conllevando de forma implícita una discriminación de facto a los codemandantes John Alejandro Rodríguez Ramírez y Manuel José Bermúdez Andrade, en lo que concierne a la expresión y las consecuencias necesarias de su proyecto de vida.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Sin costas dado que no hubo réplica.

VIII. DECISIÓN

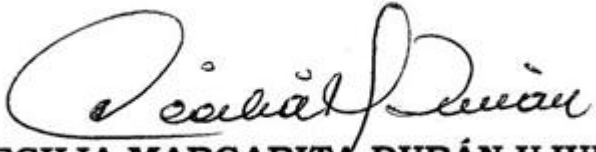
En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **JOHN ALEJANDRO RODRÍGUEZ RAMÍREZ** y **MANUEL JOSÉ BERMÚDEZ ANDRADE** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A.**, al que fue integrada **ELVIA ROSA LUJÁN PINEDA** en *calidad de interviniente ad Excludendum*.

Costas como se dijo en la parte motiva.

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



SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO



CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA



CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO