

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACION AUTO CONSULTA - SENTENCIA	
DEMANDANTE	AURA ELISA MARTÍNEZ VDA DE GIRALDO (Q.E.P.D)
INTERVINIENTE AD EXCLUDENDUM	DORA ROSA ESCOBAR DE GIRALDO
DEMANDADO	ISS, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
RADICADO	05001-31-05-0003-2007-01026- 02
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMAS	- Cosa juzgada respecto de la interviniente ad excludendum. - Sustitución pensional, madre de pensionado fallecido.
DECISIÓN	CONFIRMA AUTO Y SENTENCIA

Medellín, diecinueve (19) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Estudiado, discutido, y aprobado.

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto en la Ley 2213 de 2022 que dispuso adoptar como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto Ley 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede la Sala a resolver, en primer lugar, recurso de apelación contra auto que declaró la existencia de cosa juzgada, y en segundo término, proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **AURA ELISA MARTÍNEZ VDA DE GIRALDO (Q.E.P.D)** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS**

SOCIALES, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, tramite al que fue vinculada la señora **DORA ROSA ESCOBAR DE GIRALDO**, en calidad de interviniente ad excludendum.

La Magistrada Sustanciadora, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**, declaró abierto el acto y a continuación, después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 037**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ANTECEDENTES

Es materia de la Litis, resolver, en primer lugar, el recurso de apelación contra auto que declaró la existencia de cosa juzgada, y, en segundo término, decidir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante inicial, señora Aura Elisa Martínez Vda. de Giraldo COLPENSIONES, la sentencia que profirió el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín - Antioquia, en la audiencia pública celebrada el día 10 de diciembre de 2021, dentro del proceso referenciado.

II. – DEMANDA INICIAL (Sra. AURA ELISA MARTÍNEZ VIUDA DE GIRALDO)

Hechos:

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, lo siguiente: La Señora AURA ELISA MARTINEZ VIUDA DE GIRALDO fue la madre del Señor RODRIGO DE JESÚS GIRALDO MARTÍNEZ, quien al momento de su deceso ocurrido el 28 de abril de 2006, se encontraba disfrutando de pensión de vejez en cuantía de \$880.444, pensión que le había sido reconocida por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES mediante la Resolución 005775 del 27 de marzo de 2006; el referido señor había contraído matrimonio con la Señora DORA ROSA ESCOBAR DE GIRALDO con quien al momento de su deceso no convivía ni lo había hecho en

los doce años anteriores a su óbito; el causante u la señora Dora Rosa Escobar de Giraldo procrearon dos hijos de nombre RODRIGO y PAOLA, quienes al deceso de su padre ya eran mayores de edad.

Indica el introductorio que la señora Aura Elisa Martínez Vda. De Giraldo se presentó el 7 de septiembre de 2006 al I.S.S. con el propósito de reclamar la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del deceso de su hijo, habiéndose igualmente presentado a dicha prestación la Señora DORA ROSA ESCOBAR DE GIRALDO, solicitud que fue despachada desfavorablemente por parte del Instituto mediante la Resolución 009904 del 2 de mayo de 2007, bajo el argumento, en lo que atañe a la ahora demandante, de que no dependía económicamente de su hijo fallecido *"toda vez que se pudo comprobar que el asegurado se casó y procreó dos hijos, excluyendo a la misma mamá en el derecho a la pensión de sobrevivientes"*; en lo que atañe a la cónyuge reclamante la negativa se sustentó en el hecho de que no existía convivencia permanente entre el causante y ésta, *"ya que se encontraban separados hacía más de doce años por la Curia y por ese tiempo la solicitante tuvo dos amigos sentimentales"*; que, en vida, el causante velaba en términos económicos por su señora madre, la aquí demandante.

Pretensiones:

La acción judicial está dirigida a que SE DECLARE que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (Hoy COLPENSIONES) está en la obligación de reconocer y pagar a la demandante la pensión vitalicia de sobrevivencia con ocasión del fallecimiento de su hijo el Señor RODRIGO DE JESÚS GIRALDO MARTÍNEZ; Que como consecuencia de la anterior declaración se condene al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (Hoy COLPENSIONES) a pagar a la demandante la pensión vitalicia de sobrevivientes a partir del día siguiente de su deceso en la cuantía que legalmente se demuestre, más las mesadas adicionales, los incrementos anuales, los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio de dichos intereses la indexación de las mesadas pensionales causadas, y las costas del proceso.

Respuesta a la demanda:

COLPENSIONES dio respuesta en forma extemporánea, razón por la cual, mediante auto de fecha 2 de abril de 2008, se tuvo por no contestada la demanda.

III.- INTERVINIENTE AD EXCLUDENDUM – SEÑORA DORA ROSA ESCOBAR DE GIRALDO.

En audiencia celebrada el día 12 de mayo de 2008, el a quo declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto mediante el cual se señaló fecha para llevar a cabo la primera audiencia de trámite, y dispuso citar a la señora Dora Rosa Escobar de Giraldo como interviniente ad excludendum, en calidad de cónyuge del causante RODRIGO DE JESUS GIRALDO MARTÍNEZ.

Debidamente notificada, la señora Escobar de Giraldo, a través de apoderado, presentó demanda en los siguientes términos:

Hechos:

Señala la interviniente, a través de su apoderado, que el señor RODRIGO DE JESUS GIRALDO MARTINEZ y DORA ROSA ESCOBAR VELEZ contrajeron matrimonio católico el 14 de agosto de 1975; que con ocasión de la muerte del señor Giraldo Martínez, ocurrida el 28 de abril de 2006, la señora LUZ MARIN (sic) solicitó ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pensión de sobrevivientes en nombre propio; mediante resolución número 009904 de mayo 2 de 2007 le fue negada la prestación económica solicitada con fundamento en que, de las pruebas obtenidas y allegadas al expediente se concluyó que no existió convivencia de manera permanente entre el señor Rodrigo de Jesús Giralda Martínez y la señora Dora Rosa Escobar de Giraldo, pues, al momento del fallecimiento del señor GIRALDO MARTINEZ, ya se encontraban separados hace más de doce años por la Curia y por ese tiempo la solicitante tuvo dos amigos sentimentales.

Indica que, para la época del fallecimiento del señor RODRIGO DE JESUS, la sociedad conyugal no se había disuelto y la señora Dora llegó a completar una convivencia con el causante superior a los cinco años exigidos por ley, tesis expuesta recientemente por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral; señala que Si bien es cierto que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, consigna que cuando la pensión de sobrevivientes se cause por la muerte del pensionado es necesario que se acredite la convivencia de por lo menos cinco años anteriores al deceso; que se advierte de esa disposición que, cuando los cónyuges se encuentran separados de hecho, hay lugar a la pensión de sobrevivientes, siempre que no se haya liquidado la sociedad conyugal, norma que pasó el examen del Constitucional mediante sentencia C 1035 de 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 en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Refiere la interviniente, a través de su apoderado, que sobre esta temática se pronunció esa sala de la corte en sentencia del 29 de noviembre de 2011, radicación interna 40055, en la Corte varió la tesis doctrinaria que tenía sobre el asunto de marras y puntualizó (entre otros apartes que transcribe), lo siguiente:

“Sin embargo, un nuevo examen del tema lleva a la Corte a precisar el discernimiento allí expuesto respecto de la séptima de las situaciones que contemplan el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, criterio según el cual ”. mantiene la Sala su posición de que es ineludible al cónyuge supérstite o compañero (a) permanente, la demostración de la existencia de esa convivencia derivada del vínculo afectivo con el pensionado o afiliado al momento de su fallecimiento y, por lo menos, durante los cinco años continuos antes de éste” porque, aclara ahora la Corte, esa exigencia no se presenta cuando hay una situación de convivencia, no simultánea, del afiliado o pensionado con un cónyuge supérstite, que esté separado de hecha, y con un compañero o compañera permanente, pues, en tal evento, para que al cónyuge le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes, no tiene la carga de demostrar una convivencia con el causante en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento, aunque sí debe probar, como se explicará posteriormente, que hubo convivencia, en cualquier tiempo, por un término de cinco (5) años.”

Aduce que la señora Aura Elisa Martínez Vda. de Giraldo, madre del causante, al momento del fallecimiento de éste, vivía con otro hijo, de nombre Pedro Giraldo Martínez, quien le proporcionaba lo necesario para una subsistencia digna.

Pretensiones:

Solicita que se declare que, a DORA ROSA ESCOBAR DE GIRALDO, le asiste derecho a la PENSION DE SOBREVIVIENTES en razón de la muerte de su cónyuge RODRIGO DE JESUS GIRALDO MARTINEZ y que, como consecuencia, se condene al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar:

- 1.-PENSION DE SOBREVIVIENTES,
- 2.-MESADAS ADICIONALES
- 3.-INTERESES MORATORIOS Y IO INDEXACION
- 4.-COSTAS DEL PROCESO.

Respuesta de Colpensiones:

Colpensiones dio respuesta en forma extemporánea, razón por la cual, mediante auto del 22 de enero de 2013, el Despacho de conocimiento tuvo por no contestada la demanda, auto que fue confirmado en segunda instancia mediante proveído del 30 de abril de 2014.

IV.- OTROS TRÁMITES EN PRIMERA INSTANCIA

A través del auto del 11 de marzo de 2013 se dispuso suspender el proceso, respecto de la señora Aura Elisa Martínez, hasta que se notificara a los causahabientes para que constituyan nuevo apoderado y, con relación a la señora Dora Rosa Escobar, de manera definitiva hasta tanto no se tenga certeza de la decisión de la Corte Suprema de Justicia, del proceso bajo radicado 016-2007-897.

Mediante auto del 4 de febrero de 2020, el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Medellín reanudó el proceso respecto de la señora Dora Rosa

Escobar de Giraldo, al haberse allegado, por parte del Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, en calidad de préstamo, el proceso 016-2007-0897; y, en cuanto a la señora Aura Elisa Martínez, indicó que, si bien los herederos determinados e indeterminados no se han presentado al proceso, en virtud del artículo 76 del Código General del Proceso no se encuentra respecto de la misma, configurada una causal de interrupción, pues quien renunció al poder fue el profesional del derecho German Becerra Martínez quien ostentaba la calidad de apoderado sustituto, y que, por tanto, su representación continuaba vigente a través del apoderado principal.

V. – SE RESUELVE APELACION AUTO QUE DECLARÓ LA EXISTENCIA DE COSA JUZGADA RESPECTO DE LA INTERVINIENTE AD EXCLUDENDUM.

En audiencia pública celebrada el 10 de diciembre de 2021, el a quo, como medida de saneamiento, declaró la existencia de cosa juzgada respecto de la interviniente ad excludendum, señora DORA ROSA ESCOBAR DE GIRALDO, excluyéndola del proceso al haber omitido informar al despacho sobre la existencia de ese otro proceso al momento de comparecer a éste al ser citada en tal calidad.

Indicó el Juez de conocimiento que, si bien el despacho la convocó al proceso en tal calidad, su apoderado ha debido informar que ya había cosa juzgada. Resaltando que no se puede juzgar dos veces sobre los mismos hechos, pretensiones y partes.

Señala que se evidencia en este proceso que existe sentencias de primera instancia, segunda instancia y en casación, en relación con la solicitud de pensión de sobrevivencia que la señora Rosa Escobar interpusiera por la muerte de su cónyuge Rodrigo de Jesús Giraldo Martínez; que, por tanto, era necesario que su apoderado informara de ello; que el despacho desconocía de dicha situación cuando ordenó integrarla como tercera ad excludendum.

Insiste que la señora doña Dora ya tiene sentencia en primera instancia y segunda instancia y en casación., el 1 de agosto de 2018, negándole la pretensión (proceso con Radicación No. 0 5001 31050 16 2700 897 001); que, por lo tanto, hay cosa juzgada y que, actuando como despacho saneador, la señora doña Rosa Escobar de Giraldo queda por fuera de este proceso, por existir tal cosa juzgada frente a la demanda interpuesta por Aura Rosa Escobar de Giraldo respecto del fallecimiento del señor Giraldo.

Apelación:

Frente a esa decisión, el apoderado de la interviniente ad excludendum interpuso recurso de reposición, el cual fue despachado de forma desfavorable, y en subsidio el de apelación, que sustentó en los siguientes términos:

Solicita que se reponga la decisión en tanto que, si bien es cierto para el año 2007 la señora Dora Rosa Escobar de Giraldo había promovido demanda, misma que fue fallada en el año 2018, por la honorable corte suprema de justicia mediante sentencia SL 2533 del 2018, radicación interna 47515 de julio de 2018, considera que no se puede desconocer que en este caso no opera la cosa juzgada porque, en su sentir, la misma Corte está dando las razones jurídicas para ello.

Indica que la primera demanda se sustentó en el vínculo matrimonial vigente, y allí nada se dijo sobre la convivencia, no se solicitaron o practicaron prueba para demostrar los 5 años de convivencia que después del 2012 la Corte Suprema de justicia exige para que la cónyuge separada de hecho pueda aspirar a la sustitución pensional; precisa que la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito, fue en el año 2009, la de segunda fue en el 2010, que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia fue en el año 2018, y la interviniente fue vinculada en el año 2012, indicando que para ese momento no existía la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que se entiende que es cuando ya queda superado cualquier tipo de recurso, o mejor, queda en firme esa decisión.

Trascribe apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia a la que hace referencia, en la que ese alto Tribunal indica que, respecto al inciso tercero, literal b, del artículo 13 de la ley 797 de 2003, se dio una especial relevancia al concepto de unión conyugal y en ese sentido privilegió el derecho de la cónyuge al recibir la pensión de la sobrevivientes, aun cuando estuviera separada de hecho con el causante durante sus últimos años de vida, incluso sin mediar compañero o compañera permanente que le discuta el derecho, siempre y cuando acredite una convivencia real y efectiva durante 5 años, pero no necesariamente anteriores al deceso, sino en cualquier tiempo, trayendo a colación varias sentencias de la Corte en tal sentido, resaltando que más adelante la Corte indica en la sentencia en comento que reitera que la sola vigencia en sí del vínculo matrimonial, sin la acreditación del presupuesto material de convivencia, no da derecho a la pensión de sobrevivientes, pues en todo caso es preciso acreditar la convivencia real y efectiva por un término no inferior a 5 años en cualquier tiempo.

Que desde el comienzo del proceso la parte demandante defendió el derecho a la pensión de sobrevivientes por la sola permanencia del vínculo matrimonial en el tiempo, *"aunque exista disociación de la vida común de la pareja"*, estimando que, en tal sentido, nunca se afirmó ni se demostró que la actora hubiera tenido con el causante una convivencia real y efectiva por lo menos durante cinco años en cualquier tiempo; que aparte de lo anterior, la parte demandante no aportó ni solicitó alguna otra prueba, testimonial o documental o de cualquier otra naturaleza, que acreditara la convivencia requerida legalmente, de manera que, siendo una carga que le correspondía (Dice la Corte), debería sufrir las consecuencias de una decisión desfavorable.

Recuerda el apelante que la cosa juzgada requiere esencialmente de 3 elementos, esto es, identidad de objeto, que es el mismo objeto (en ambos procesos) que es la sustitución pensional, identidad de partes, y son las mismas partes, pero que hay una diferencia frente a la causa porque la causa en la primera demanda, es la vigencia del vínculo matrimonial de la señora Dora Rosa con el señor Rodríguez Rodrigo; y en la segunda demanda, como interviniente excludendum, esta se soporta no en la vigencia del vínculo

matrimonial sino en la convivencia de la demandante durante 5 años en cualquier época; resalta que la Corte Suprema de Justicia cambió el criterio a partir del año 2012, y que la misma Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, entre otras en la sentencia T 249 del año 96, dijo frente a la cosa juzgada, que lo fundamental es que el núcleo de la causa petendi, el objeto y las pretensiones de ambos procesos, se evidencia tal identidad que le impida al juez de conocimiento que se esté planteando la misma cuestión litigiosa; que los hechos sean esencialmente idénticos entre otras: que más adelante dice la Corte que ha decidido flexibilizar la institución de la cosa juzgada con fundamento en los principios de equidad, favorabilidad e irrenunciabilidad de los derechos a la seguridad social y teniendo en cuenta que la jurisprudencia de la corte constitucional ha establecido el carácter universal del derecho solicitado.

Indica que la Corte señala que, de acuerdo con el concepto de causa petendi que ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional, los jueces deben analizar el conjunto de hechos y argumentos jurídicos relacionados con las pretensiones elevadas por el demandante, a efectos de determinar si, en efecto, concurre la triple identidad que caracteriza la cosa juzgada, indicando el recurrente que, desde ese punto de vista, la causa petendi del proceso posterior difería de la del proceso inicial, porque involucraba una pretensión de aplicar directamente la constitución política, como se hallaba presente dentro del trámite, y que, además, tenía pleno sustento en la jurisprudencia de la sala plena de esa Corporación.

Aduce que la Corte también enseñó que la regla establecida por la jurisprudencia constitucional no ordena a los jueces tener como hecho cualquier pronunciamiento judicial o cambio de posición por parte de las altas cortes; que lo anterior implicaría que las controversias sometidas a la consideración de la jurisdicción competente nunca tendría una respuesta definitiva por parte de la administración de justicia; que, sin embargo, en los conflictos laborales y de seguridad social, atendiendo al carácter periódico de la prestación, la naturaleza de imprescriptible la pensión, el cambio de jurisprudencia, los efectos adversos sobre el principio de igualdad en una materia en la que siempre existió el derecho pero fue negado por un lapso, debido a la posición ya recogida por su

propio intérprete, a juicio de la Corte sí permite a los afectados acudir nuevamente a la jurisdicción.

Que así las cosas, como se dijo al principio, la primera demanda la señora Dora Rosa, donde también fue citada la mamá del fallecido como interviniente, claramente está soportada jurídicamente en el vínculo matrimonial vigente; y esta, donde ella está vinculada como interviniente excludendum, se sustenta la cosa petendi en el hecho de la convivencia de 5 años en cualquier tiempo, dado que la Corte suprema de justicia desde el año 2012 recogió la tesis de los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento, sino en cualquier época, resaltando que, por eso, en esta segunda demanda se presentaron no solamente el registro civil de matrimonio, el registro civil de defunción, sino también, se aportaron pruebas documentales y se solicitó prueba testimonial, para acreditar esos cinco años de convivencia en cualquier tiempo

Dentro de la oportunidad procesal, en esta instancia no se presentaron alegaciones sobre este punto.

Para resolver, se considera:

Teniendo en cuenta los puntos de disenso planteados en la apelación, la Sala se limitará a determinar si, como concluyó el a quo, frente a lo pretendido en este proceso por la señora Dora Rosa Escobar de Giraldo, se presentó el fenómeno de la cosa juzgada, o si, por el contrario, como lo expone la censura, no existe tal cosa juzgada respecto del proceso que con anterioridad a su intervención como ad excludendum inició la referida señora.

Ahora, con relación a la institución de la COSA JUZGADA, que el a quo encontró acreditada realizando un control de legalidad antes de proferir sentencia de primera instancia, decisión frente a la cual se interpuso recurso de apelación que nos ocupa, es pertinente señalar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por la remisión expresa del Art. 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, establece lo siguiente:

“COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.”

De la norma en cita se concluye que son tres los presupuestos necesarios para que para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada.

Identidad de objeto, es decir, que la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

Identidad de causa petendi, es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.

Identidad de partes, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.

En el caso bajo estudio, la señora Dora Rosa Escobar de Giraldo, como se observa en la carpeta digital denominada

“03ExpedientePrestamo01620070897”, presentó demanda el 3 de septiembre de 2007, demanda que correspondió al Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, bajo el radicado 016 2007 00897, solicitando lo siguiente:

“SUPPLICAS:

Con fundamento en los hechos antes narrados, comedidamente solicito hacer contra el demandado y a favor de mis mandantes, las siguientes declaraciones y condenas:

a). Se declare que a DORA ROSA ESCOBAR DE GIRALDO, le asiste derecho a la PENSION DE SOBREVIVIENTES a cargo del I.S.S, en razón de la muerte de su cónyuge pensionado RODRIGO GIRALDO MARTINEZ.

Como consecuencia de la anterior declaración, se condene al ISS a pagar al demandante:

- PENSION DE SOBREVIVIENTES.*
- MESADAS ADICIONALES.*
- INTERESES MORATORIOS O INDEXACION*
- COSTAS DEL PROCESO.”*

Y como fundamentos fácticos, se indicaron los siguientes:

“PRIMERO: Con ocasión de la muerte del pensionado, RODRIGO DE JESUS GIRALDO MARTINEZ, ocurrida el 28 de abril de 2006, la demandante, en calidad de cónyuge solicito el reconocimiento de pensión de sobrevivientes.

SEGUNDO: Mediante resolución No. 9904 del 2 de mayo de 2007, le fue negada dicha prestación a la demandante, porque no existió convivencia de manera permanente entre ésta y el señor GIRALDO MARTINEZ.

TERCERO: El señor RODRIGO DE JESUS GIRALDO MARTINEZ falleció el 28 de abril de 2006, estando vigente la ley 797 de 2003, en cuyo artículo 13 liberal (sic) b) dispone: "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 de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos 5 años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente".

CUARTO: El artículo citado plantea que le asiste derecho a la cónyuge a recibir su cuota parte de la pensión en caso de mantenerse el vínculo conyugal vigente, aunque exista disociación de la vida en común de la pareja, e inclusive si no existe otro beneficiario con quien compartir el derecho, es elemental entender que la totalidad de la prestación correspondiente a la única reclamante.

QUINTO: En el caso concreto, la señora DORA ROSA ESCOBAR se encontraba separada de hecho de RODRIGO GIRALDO MARTINEZ desde hace 12 años, pero el vínculo matrimonial siempre estuvo vigente, muriendo éste ostentando la calidad de pensionado, y ninguno de los dos tuvo compañera o compañero permanente”

Ahora, es pertinente advertir que en esta instancia no se discute que exista identidad de objeto e identidad de partes entre este proceso y el que nos ocupa, pues en ambos la señora Dora Rosa está solicitando la sustitución pensional por el fallecimiento del señor Giraldo Martínez, ante el ISS hoy Colpensiones, señalando el apelante que entre dichos procesos no existe identidad de causa petendi porque en el primero de ellos la causa es la vigencia del vínculo matrimonial de la señora Dora Rosa con el señor Rodríguez Rodrigo, y en la segunda demanda, como interviniente excludendum, la demanda se soporta no en la vigencia del vínculo matrimonial sino en la convivencia de la demandante durante 5 años en cualquier época.

No obstante, para la Sala, contrario a lo manifestado por la censura, la causa petendi es idéntica en ambos procesos, pues claramente, aduciendo la señora Escobar de Giraldo la calidad de cónyuge supérstite del causante, **separada de hecho**, se invoca la aplicación de lo establecido en el artículo 47 dela ley 100 del 93 reformado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003.

Ahora, la censura advierte que en el primero de ellos solo se solicitó la aplicación del literal b parte final del dicho artículo, que indica que “...*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 de lo 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*”; y que ahora, en este proceso se está invocando una convivencia real y efectiva por lo menos durante cinco años en cualquier tiempo, de que habla la norma en cita.

Sin embargo, es claro que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al decidir el recurso extraordinario de Casación

interpuesto por la aquí interviniente en el anterior proceso, en la Sentencia SL 2533 de 2018, del 4 de julio, fijó el entendimiento que debe darse a la disposición normativa a que se hizo referencia cuando se trata de cónyuge separada de hecho, como era el caso de la señora en mención, precisando lo siguiente:

Esta sala de la Corte ha establecido al respecto que el inciso tercero del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 le dio una especial relevancia al concepto de *unión conyugal* y que, en ese sentido, privilegió el derecho del cónyuge a recibir la pensión de sobrevivientes, aun cuando estuviera separado de hecho del causante durante sus últimos años de vida, incluso sin mediar un compañero o compañera permanente que le dispute el derecho, siempre y cuando acredite una *convivencia real y efectiva* durante el lapso legal de cinco (5) años, pero no necesariamente anteriores al deceso, sino en cualquier tiempo.

En la sentencia CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, reiterada en las sentencias CSJ SL, 31 en. 2012, rad. 40995,

CSJ SL704-2013, CSJ SL13276-2014, CSJ SL12218-2015, CSJ SL6519-2017 y CSJ SL1399-2018, entre muchas otras, la Sala adoctrinó lo siguiente:

El texto del artículo 13, literal b) inciso tercero de Ley 797 de 2003, que el recurrente denuncia como interpretado erróneamente es del siguiente tenor:

“En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobrevivientes 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 de lo 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 al cónyuge con la cual existía la sociedad conyugal vigente”.

Varios supuestos normativos contiene tal preceptiva, diferenciando la existencia de una convivencia simultánea, bajo el supuesto de que exista, en todo caso un tercero en la disputa pensional, sea este compañera (o) permanente o la (el) cónyuge.

En efecto, bajo el entendimiento que le otorgó la sentencia C-1035 de 2008, que declaró la exequibilidad condicionada de la primera frase, si en los últimos 5 años antes del fallecimiento, la compañera (o) la (el) cónyuge mantuvieron una comunidad de vida, la pensión debe ser dividida entre aquellos, en proporción al tiempo de convivencia con el causante.

Asimismo, cuando no se halla presente la pluricitada convivencia simultánea, pero el causante mantuvo una unión conyugal, precedida de una separación de hecho, la disposición expresamente consagra que es viable la reclamación de una cuota parte de la pensión por parte de la compañera (o) permanente, siempre que hubiere convivido con el causante por un lapso superior a 5 años, antes de su deceso, pero deja a salvo la cuota parte restante al cónyuge con quien existía una sociedad vigente.

Cierto es que el literal a) de la aludida disposición es inequívoco en la exigencia de que tanto el cónyuge como la o el compañero permanente superstita acredite que hizo una vida marital por lo menos 5 años continuos con anterioridad a la muerte y, justamente, bajo esa hermenéutica, esta Sala de la Corte ha señalado sobre la imposibilidad de acceder al reconocimiento de

esta prestación a quien no haya demostrado que, en efecto, existió una verdadera comunidad de vida.

...

*Tal interpretación que ha desarrollado la Sala, sin embargo, debe ser ampliada, en tanto **no es posible desconocer que el aparte final de la norma denunciada, evidencia que el legislador respetó el concepto de unión conyugal, y ante el supuesto de no existir simultaneidad física, reconoce una cuota parte a la cónyuge que convivió con el pensionado u afiliado, manteniéndose el vínculo matrimonial, aun cuando existiera separación de hecho.***

Esa medida, sin lugar a dudas, equilibra la situación que se origina cuando una pareja que decidió formalizar su relación, y que entregó parte de su existencia a la conformación de un común proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión, se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba; esa situación es más palmaria cuando es la mujer quien queda sin ese apoyo, en tanto su incorporación al mercado laboral ha sido tardía, relegada históricamente al trabajo no remunerado o a labores periféricas que no han estado cubiertas por los sistemas de seguridad social.

*No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, a no dudarlo, de quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, **pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época.***

*Ahora bien, si tal postura se predica cuando existe **compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, no encuentra la Corte proporcionalidad o razón alguna para privar a la (el) esposa (o) del reconocimiento de la pensión, en el evento de no concurrir aquel supuesto, pues de admitirse, la disposición no cumpliría su finalidad, esto es, la protección en tal escenario, más si se evalúa que quien aspira a tal prestación mantiene un lazo indeleble, jurídico, económico, sea que este último se haya originado en un mandato judicial, o en la simple voluntad de los esposos.*** (Resalta la Sala).

Como consecuencia de lo anterior, se repite, el Tribunal incurrió en un error jurídico al sostener que, en los términos del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, *en todos los casos es exigible al presunto beneficiario de la pensión de sobrevivientes la acreditación de una convivencia con el causante igual o superior a cinco años inmediatamente anteriores a la ocurrencia de la muerte, sin tener en cuenta que el cónyuge separado de hecho, tiene derecho a la prestación si acredita un lapso de convivencia real y efectiva durante cinco años, en cualquier tiempo.*

Así las cosas, el cargo es parcialmente fundado en este aspecto.

Ahora bien, al margen de lo anterior, la Sala debe hacer hincapié en que la anterior orientación no implica, en manera alguna, que en estos casos no sea necesaria la acreditación de la convivencia por el término legalmente establecido y que, como lo sostiene el censor, dicho elemento no sea un «...*presupuesto de adquisición del derecho...*», pues lo único relevante es la vigencia de la unión conyugal. Contrario a ello, la Sala debe reafirmar que la determinación de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes sigue estando guiada por un concepto material de familia (artículo 42 de la Constitución Política), en el que los vínculos meramente formales no son definitivos, sino que es deber del juez determinar la existencia de una verdadera *comunidad de vida* entre esposos o compañeros, a partir de la acreditación de una *convivencia real y efectiva* por el término de cinco (5)

años, pero, en estos casos especiales de separación de hecho, con unión conyugal vigente, *en cualquier tiempo*.

Por ello, la Sala debe reiterar que la sola vigencia del vínculo matrimonial, sin la acreditación del presupuesto material de la convivencia, no da derecho a la pensión de sobrevivientes, como lo sugiere la censura, pues, en todo caso, es preciso acreditar la convivencia real y efectiva por un término no inferior a cinco (5) años, en cualquier tiempo.

Lo anterior se torna sumamente relevante en este caso pues a pesar de que el Tribunal, como ya se dijo, sí incurrió en un error jurídico al no contemplar la posibilidad de que la demandante tuviera derecho a la pensión de sobrevivientes,

En efecto, desde el comienzo del proceso, la parte demandante defendió el derecho a la pensión de sobrevivientes por la sola permanencia del vínculo matrimonial en el tiempo, «...*aunque exista disociación de la vida en común de la pareja...*» En tal sentido, nunca se afirmó ni se demostró que la actora hubiera sostenido con el causante una convivencia real y efectiva, por lo menos durante cinco (5) años en cualquier tiempo.

Lo anterior explica en gran parte la total orfandad probatoria en torno al referido presupuesto de la convivencia, pues ninguna de las pruebas aportadas al expediente da cuenta de ella. Así, la Resolución no. 009904 del 2 de mayo de 2007 (fol. 5 a 7), contrario a los intereses de la censura, prevé que, de acuerdo con las verificaciones hechas en sede administrativa, «...*NO* existió convivencia de manera permanente entre el señor Rodrigo de Jesús Giraldo Martínez con la señora Dora Rosa Escobar de Giraldo...»

El registro civil de matrimonio (fol. 10), de manera objetiva y razonable, solo da cuenta del hecho de la celebración del vínculo matrimonial entre la demandante y el causante, pero nunca de que hubieran convivido durante mínimo cinco (5) años, en cualquier tiempo. Esta sala de la Corte ha establecido al respecto que:

[...] la vida en común de una pareja no se deriva de la demostración del acto formal del matrimonio, sino del conjunto de circunstancias que permiten determinar que en la realidad media la decisión responsable de conformar un grupo familiar con vocación de estabilidad, que fue lo que no halló el Tribunal. En esa medida, el registro civil de matrimonio nada indica contrario a lo concluido en la sentencia gravada sobre la ausencia de convivencia de los cónyuges. (CSJ SL, 17 ag. 2011, rad. 37368).

Por su parte, el documento proveniente de la Arquidiócesis de Medellín (fol. 12) tan solo demuestra que los cónyuges se separaron de cuerpos ante la Iglesia Católica, dejando a salvo su vínculo matrimonial, pero no, se repite, que hubieran convivido durante mínimo cinco (5) años, en cualquier tiempo. En este punto, la Sala debe recalcar que la *convivencia real y efectiva* no puede derivarse de simples

16
«...posiciones, como la que se deriva del normal cumplimiento legal de las obligaciones legales de cohabitación, socorro y ayuda mutua que corresponden a cada cónyuge. En ese sentido, se insiste, el solo hecho de que los cónyuges hubieran permanecido casados no permite determinar si convivieron de manera real y efectiva en algún momento, ni si tal convivencia se extendió por lo menos durante cinco (5) años.

Aparte de lo anterior, la parte demandante no aportó ni solicitó alguna otra prueba testimonial, documental o de cualquier otra naturaleza, que acreditara la convivencia requerida legalmente, de manera que, siendo una carga que le correspondía, debe sufrir las consecuencias de una decisión desfavorable.

Como consecuencia de todo lo expuesto, a pesar de que el primer cargo resulta fundado, en tanto el Tribunal no leyó de manera correcta el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no es posible acceder a la casación de la sentencia recurrida, pues no se acreditó en el proceso el presupuesto de la convivencia real y efectiva, durante mínimo cinco (5) años, en cualquier tiempo.

Lo anterior significa que, como advirtió el a quo, en el proceso anterior se estudió en el caso concreto el requisito de la convivencia de los 5 años en cualquier tiempo, necesario para acceder a la pensión de sobrevivientes en el caso de pensionados separados de hecho, y si bien se produjo en el 2012 un cambio de jurisprudencia, como lo señala el recurrente, **ello fue estando el proceso en curso** y para indicar que, en el caso de la cónyuge, no era necesario que esos 5 años fueran inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento del pensionado, sino que pueden ser en cualquier tiempo, incluso para el cónyuge separado de hecho.

Así las cosas, concluye esta colegiatura que, efectivamente, como dispuso el a quo, se presenta el fenómeno de la cosa juzgada respecto de la señora Dora Rosa Escobar de Giraldo, al haberse tramitado un proceso anterior, que actualmente se encuentra terminado, advirtiendo la Sala que, como indicó el juzgado de primera instancia, la parte interviniente, a sabiendas que, para el momento en que fue citada en tal calidad, ya había presentado demanda ante otro despacho a efectos de obtener la sustitución pensional aquí deprecada, omitió informar al despacho de tal circunstancia, que claramente impedía el conocimiento de la que aquí presentó la señora Escobar de Giraldo, faltando así el apoderado de entonces a los deberes de lealtad procesal, razón por la cual el a quo, haciendo uso de las facultades del despacho saneador, excluyó a la interviniente del proceso, punto que por demás no fue objeto de apelación.

Por lo anteriormente expuesto, se **CONFIRMA** el auto apelado, por aquí señalado, sin condena en costas, al no haberse causado éstas.

VI.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En el fallo objeto de consulta, el *A Quo*, en audiencia pública de juzgamiento, celebrada el 10 de diciembre de 2021, declaró que la señora Aura Elisa Martínez de Giraldo no probó dentro del proceso que tuviera convivencia efectiva por más de 5 años con el fallecido pensionado Rodrigo de Jesús Giraldo Martínez, y, como consecuencia de la anterior declaración, absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones, condenando en costas a la parte demandante fijando las correspondientes agencias en derecho.

Como fundamento de su decisión, el juez de primer grado, **sin advertir que la señora Aura Elisa Martínez de Giraldo presentó la demanda en calidad de madre del pensionado fallecido, señor Rodrigo de Jesús Martínez**, indicó que son dos problemas básicamente los que quedan por resolver en este litigio de Aura Elisa Martínez contra Colpensiones; el primero de ellos, quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivencia, y segundo, a quién corresponde la carga de la prueba-

Adujo, frente a los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia, que indica claramente el artículo 47 dela ley 100 del 93 reformado por la ley 797 de 2003, que son beneficiarios el cónyuge sobreviviente, compañera o compañero permanente y los hijos menores de 18 años o hasta 25 si están incapacitados para laborar en razón de sus estudios; que así, está claramente establecido que el cónyuge sobreviviente y la compañera o compañero permanente son beneficiarios de pensión de sobrevivencia, pero demostrando la vida marital al menos por 5 años anteriores al fallecimiento, cuando es el caso del fallecimiento del pensionado, pues así lo dice claramente el artículo 47 dela ley 100 del 93, cuando se produce la muerte del pensionado, como es el caso de señor Rodrigo Giraldo. Indica que está admitido por Colpensiones que (el señor Giraldo) era pensionado de dicha entidad, y que debe demostrarse la convivencia efectiva, como vida marital, dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento.

Y sobre a quién corresponde la carga de la prueba, señala que corresponde, dice las normas procesales, a quién solicita que se declare un

derecho demostrar los elementos fácticos que corresponden a la existencia de ese derecho, es decir, quien solicita qué se radique una facultad o potestad, debe demostrar los elementos; que así entonces, quien dice ser compañero o compañera permanente o cónyuge sobreviviente, debe demostrar efectivamente la convivencia dentro de los últimos 5 años con el trabajador pensionado, como lo ordena el artículo 47 dela ley 100 del 93.

Que descendiendo al caso concreto que propone la señora Aura Elisa Martínez quién falleció en el año 2009, estando entonces en curso este proceso, la demandante allega la siguiente documentación: Resolución 09904 de 2006 la cual niega pensión de sobrevivencia a María Elisa Martínez y a Dora Rosa Escobar de Giraldo por el fallecimiento de Rodrigo Jesús Giraldo Martínez y el trámite de investigación del seguro social

Resaltando que Colpensiones no contestó la demanda, la que se dio por no contestada, indicó que está probado que el señor Rodrigo de Jesús Martínez sí era pensionado del Seguro Social y Colpensiones, que falleció el 28 de abril de 2006 siendo pensionado, pero que no está demostrado, no quedó así probado dentro de este proceso, que Aura Elisa Martínez fuera cónyuge o compañero o compañera permanente, o que conviviera con Rodrigo Giraldo Martínez, dentro de los cinco años anteriores, pues no hay prueba testimonial, como tampoco documental arrimada a este proceso por los apoderados que ha tenido la señora María Elisa Martínez.

Que, así las cosas, el despacho absolverá a Colpensiones de todas las pretensiones y los herederos que han continuado con este proceso después de 2009 o que continúa con ellos, de acuerdo con las normas procesales.

VII. – GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

Teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia, no fue recurrida en apelación por los apoderados judiciales de las partes, y que la misma fue adversa a los intereses de la demandante, señora Aura Elisa Martínez de Giraldo (QEPD) se dispuso a su favor el grado jurisdiccional de

consulta en los términos del art. 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el art. 14 de la Ley 1149 de 2007.

Alegatos de conclusión.

Los apoderados judiciales de las partes se abstuvieron de presentar alegatos de conclusión en segunda instancia.

VIII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Teniendo en cuenta el grado jurisdiccional de consulta que implica una revisión íntegra de la sentencia de primera instancia en favor de la activa, en atención a los hechos y pretensiones de la demanda, **advirtiendo la evidente falta de congruencia entre lo decidido por el a quo, quien no advirtió que la calidad en la que actuaba ésta era como madre del causante, y lo pedido en la demanda,** la controversia jurídica que debe resolver la Sala consiste en determinar si la señora AURA ELISA MARTÍNEZ DE GIRALDO, acreditó o no el requisito de dependencia económica que se requiere para acceder a la pensión de sobrevivientes **en calidad de madre supérstite**, del pensionado fallecido, y en caso afirmativo, determinar cuál sería la fecha de disfrute pensional, y si el eventual retroactivo pensional causado, puede ser gravado o no con los intereses moratorios del art.141 de la Ley 100 de 1993.

Para el análisis del caso y en los términos del artículo 16 del Código Sustantivo de Trabajo, el cual precisa que las normas sobre trabajo, por ser de orden público producen efecto general inmediato, las disposiciones llamadas a regir el presente asunto son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993,

modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, atendiendo la fecha del fallecimiento del pensionado.

Valga la pena advertir que en el presente asunto no resultan objeto de controversia los hechos relativos a i) el fallecimiento del señor la muerte del señor RODRIGO DE JESUS GIRALDO MARTINEZ, insuceso acaecido el 28 de abril de 2006 (Fol. 55 del Expediente Digital), ii) la filiación entre la demandante y el hijo fallecido, hecho que se prueba con el certificado registro civil de nacimiento visible a folio 61 del expediente digital, y iii) el status de pensionado por vejez que detentaba el señor Giraldo Martínez al momento del fallecimiento, según da cuenta la resolución N° 009904 del 02 de mayo de 2007 expedida por el entonces ISS obrante a folios 13 a 17 del expediente digital, mediante la cual dicha entidad negó la pensión de sobrevivientes a la actora al no encontrar acreditado el requisito de la dependencia respecto del causante, toda vez que este se casó y tuvo dos hijos, excluyendo a la madre de la pensión de sobrevivientes.

Por lo tanto, al haberse negado en sede judicial la sustitución pensional a la señora Dora Rosa Escobar de Giraldo, cónyuge del causante, procederá la Sala a analizar si en el sub examine quedó satisfecho o no el requisito de la dependencia económica de la madre AURA ELISA MARTÍNEZ DE GIRALDO frente al hijo fallecido RODRIGO DE JESUS GIRALDO MARTINEZ, conforme lo previsto en el literal d) del artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, normativa que establece lo siguiente: “a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste”.

LA DEPENDENCIA ECONÓMICA EN PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN FAVOR DE PADRES, POR HIJO FALLECIDO.

Frente al alcance de la dependencia económica, se tiene que la modificación traída por la Ley 797 de 2003, que establecía que la dependencia económica de padres a hijos debía ser total y absoluta, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-111 de 2006.

La ausencia de una definición legal de la dependencia económica, determinó la necesidad de fijar su alcance por vía jurisprudencial; en este contexto, la jurisprudencia ha identificado un conjunto de reglas que permiten determinar si una persona es o no dependiente a partir de la valoración del conjunto de condiciones materiales necesarias para asegurar la congrua subsistencia de cada persona en particular, lo que ha llevado a concluir que la dependencia no se desvirtúa por el hecho que los padres perciban ingresos por su propio trabajo o recursos de otras fuentes, siempre y cuando éstos no los conviertan en autosuficientes. Así ha quedado expuesto entre otras, en la sentencia T-456 de 2011 que fija reglas para determinar la dependencia económica.

En conclusión, depender económicamente de alguien, supone un criterio de necesidad, un sometimiento o sujeción al auxilio recibido de tal manera útil e imprescindible que, de no obtenerlo, se pondría en peligro la subsistencia del subordinado al no poder sufragar los gastos diarios.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha reseñado respecto a la dependencia económica de los padres, en sentencia con radicación No. 25.069 de 2.006 lo siguiente:

“Este criterio de dependencia económica tal como lo ha concebido la Corte bajo el presupuesto de la subordinación de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo para subsistir, no excluye que aquellos puedan percibir un ingreso adicional siempre y cuando éste no los convierta en autosuficientes económicamente, vale decir, haga desaparecer la relación de subordinación a que se refiere la norma. Sin embargo, resulta claro que sólo puede ser definida en cada caso concreto”.

En materia de pensión de sobrevivientes, ha estimado la jurisprudencia del trabajo que la carga de la prueba de la dependencia económica corresponde a los padres-demandantes y, al demandado, el deber de desvirtuar esa sujeción material mediante el aporte de los medios de convicción que acrediten la autosuficiencia económica de los padres para solventar sus necesidades básicas. Así lo ha expuesto la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como puede verse entre

otras, en la sentencia del 24 de noviembre de 2009, con radicado 36.026, en la cual dejó sentado que:

“Es importante precisar que a la demandante que pretende obtener la pensión de sobreviviente en su calidad de madre del causante, es a la que, en principio, le corresponde probar, por cualquier medio de los legalmente autorizados, su dependencia económica del occiso, y cumplido lo anterior, será el demandado quien deberá demostrar dentro de la contienda judicial, la existencia de ingresos o rentas propias de la ascendiente que le permitan ser autosuficiente.”

La entidad de la ayuda económica por la que se reclame la calidad de beneficios padre-hijo en una pensión de sobrevivientes, no se encuentra determinada tanto por el quantum de la misma, sino por la importancia y determinación que esta pueda tener en determinado contexto socio económico familiar.

CASO CONCRETO.

Ahora bien, en atención a que el a quo negó la pensión de sobrevivientes a la actora porque no acreditó el requisito de los 5 años de convivencia con el causante con anterioridad a su fallecimiento, que lo es cuando se aduce la calidad de cónyuge o compañera permanente, omitiendo referirse a lo exigido cuando se pide dicha pensión en calidad de madre supérstite, es pertinente señalar que en el libelo introductorio se indica que la señora e Aura Elisa dependía económicamente de su hijo Rodrigo de Jesús Giraldo Martínez para el momento de su fallecimiento de este último.

De otro lado, observa la Sala que el Instituto de los Seguros Sociales, mediante la Resolución N° 009904 del 02 de mayo de 2007 visible a folios 13 a 17 del expediente digital, negó la pensión de sobrevivientes a la actora indicando lo siguiente:

“... mediante verificación administrativa, que realizó el ISS, a través del Grupo de Verificación de la Gerencia Seccional, una vez practicadas las pruebas, con el respeto de los principios que consagra el Artículo 5° de la Ley 58 de 1982, esto es con la audiencia de las partes y con la relación de los medios de prueba solicitados por el (la) peticionario(a) y decretados por el Instituto, analizado el acervo probatorio se pudo establecer fehacientemente que la señora AURA ELISA MARTINEZ VDA DE GIRALDO, NO DEPENDIA ECONÓMICAMENTE de su hijo

fallecido RODRIGO DE JESÚS GIRALDO MARTINEZ, toda vez que se pudo comprobar que el asegurado se caso y procreo dos hijos, excluyendo a la misma mamá en el derecho a la pensión de sobrevivientes.”

Es pertinente resaltar que la actora, dentro de la investigación administrativa, declaró ante el ISS (Fol. 22 a 33 del Exp. Digital), indicando que, para el momento del fallecimiento del causante éste vivía con un hermano suyo, Fabio Giraldo, desde hacía 7 u 8 años, y que ella vivía, para ese momento, con su hija Delzuita de Jesús Giraldo, también desde hacía 7 u 8 años, y si bien indica que el causante era quien veía por ella y sus dos hijos discapacitados, también señaló que sus hijos le colaboraban para su sustento con cualquier cosa, como mercado o algo de dinero pues todos tenían obligaciones con sus hijos, y que también proveía para su sustento su hijo Manuel José. Que el causante, vivía en la casa de su propiedad, que le aportaba para los servicios, la droga y la comida; que él estaba separado.

También declaró en ese trámite el señor Manuel José Giraldo Martínez (Fol. 45 a 51), hijo de la actora y hermano del causante, quien informó que Rodrigo de Jesús vivía con su señora madre para el momento de su fallecimiento, contrario a lo dicho por la actora, y que éste era el que veía por ella, por vivir juntos, indicando que en la casa también vivía él, el testigo, y su hermano Pedro. Que el causante era separado, que tenía 2 hijos para ese entonces mayores de edad, y que no tenía afiliada a su señora madre como beneficiaria en salud; que el causante aportaba con el mercado y los servicios.

Como puede advertirse, para la fecha del fallecimiento, el causante, como lo confesó la actora, no vivía con ella desde hacía 7 u 8 años, resaltando la sala que éste vivía en la casa familiar y su aporte en mercado y servicios evidentemente era para su auto sostenimiento, no para su señora madre.

Y si bien el señor Rodrigo de Jesús, como buen hijo, le pudo colaborar a su señora madre, ante la falta de prueba, pues los testigos no comparecieron al proceso, no es posible determinar si esa posible ayuda era determinante para la subsistencia de la actora, por lo que se impone confirmar la sentencia de primera instancia, pero por las razones aducidas en este proveído.

Sin costas en esta instancia, por haberse conocido del proceso en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISION LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia de primera instancia, que por consulta se revisa, pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por lo señalado.

TERCERO: en su debida oportunidad, se ordena la devolución del proceso al juzgado de origen.

CUARTO: SE ORDENA la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL
Magistrada