



SALA DE CASACIÓN LABORAL
DR. CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

Magistrado Ponente

Radicación No. 38385

Acta No. 30

Bogotá D.C., seis (06) de septiembre de dos mil once (2011).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de **BEATRIZ GARCÍA**, en calidad de litisconsorte necesario, contra la sentencia proferida el 15 de agosto de 2008, por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, en descongestión, dentro del proceso seguido por **MARÍA SOBEIDA QUINTERO DE BEJARANO** contra las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI- EICE- ESP** y el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

I.- ANTECEDENTES

En lo que interesa al recurso extraordinario, **MARÍA SOBEIDA QUINTERO DE BEJARANO** demandó a la sociedad **-EMCALI EICE ESP-**, para que fuera condenada a reconocerle y pagarle la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su esposo José Marino Bejarano, a partir del 11 de junio de 2002; los intereses moratorios, y las costas del proceso.

Fundamentó sus súplicas en que contrajo matrimonio con José Marino Bejarano el 11 de noviembre de 1977, con quien convivió hasta el día de su fallecimiento, 11 de junio de 2001; que procrearon dos hijos; que la



Corte Suprema de Justicia

EXPEDIENTE 38385

demandada, mediante resolución 0011 de 2 de enero de 1997, le otorgó al causante una pensión extralegal, prestación que no es compartida con la del Instituto de Seguros Sociales; que dependía económicamente del *de cujus*; y que agotó la reclamación administrativa.

El juez de conocimiento, que lo fue el Sexto Laboral del Circuito de Cali, por medio de providencia de 11 de febrero de 2003, ordenó la integración del contradictorio *“vinculando como LITISCONSORTE NECESARIA de la parte pasiva al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES”*.

II. RESPUESTAS A LA DEMANDA

Al contestar el escrito inaugural del proceso, las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI- EICE- ESP** se opuso a la prosperidad de las peticiones, por cuanto *“el sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, establece que para los afiliados al régimen de Primea (sic) Media con Prestación Definida, corresponde al Instituto de los Seguros Sociales pagar las prestaciones económicas a su cargo, entre ellas la de pensión de sobrevivientes”*.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y la *“innominada”*.

Por su parte el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, sostuvo que *“tal como están formuladas las pretensiones no me opongo, puesto que la parte actora ha determinado de manera clara y precisa que las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI es la entidad responsable de reconocer los derechos*



Corte Suprema de Justicia

EXPEDIENTE 38385

de la demandante. Me opongo en cuanto pueda considerarse vinculado o responsable de las mismas al ISS, por las razones de hecho y de derecho que habrán de resultar probadas en el proceso". Propuso como excepciones la "innominada", inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, no estar obligado al pago de costas o intereses y prescripción.

Posteriormente, la Juez Sexto Laboral del Circuito de Cali, por medio de providencia de 27 de agosto de 2004, dispuso "ordenar la integración del contradictorio vinculando como LITISCONSORTES NECESARIOS de la parte activa a los señores BEATRIZ GARCÍA y JOSÉ MARINO BEJARANO GARCÍA".

En auto de 14 de octubre de 2004, el juzgado dio "POR NO CONTESTADA, la (...) demanda, por parte de los señores BEATRIZ GARCIA y JOSÉ MARINO BEJARANO GARCÍA, integrados como LITISCONSORTES NECESARIOS DE LA PARTE ACTIVA".

Ulteriormente, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, a través de providencia de 9 de marzo de 2007, acumuló "el proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por la señora MARIA SOBEIDA QUINTERO DE BEJARANO contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES tramitado en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali al proceso ordinario laboral que se adelanta contra EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI en este despacho siendo demandante la mencionada señora".

Vale decir, que en el proceso que se estaba tramitando en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, el juez integró el litis consorcio necesario



Corte Suprema de Justicia

EXPEDIENTE 38385

con la señora Beatriz García, quien al contestar la demanda adujo, en esencia, que “*están (sic) llamadas a fracazar (sic) las pretensiones formuladas por la demandante MARIA SOBEIDA QUINTERO de BEJARANO, ya que la derechohabiente única y exclusiva de la pensión sustitutiva del causante JOSE MARINO RIVERA es su compañera permanente(...) BEATRIZ GARCÍA*”.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Fue proferida el 21 de septiembre de 2007 y con ella el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, condenó al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y a las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E. E.S.P.** a pagar a la señora **MARÍA SOBEIDA QUINTERO** el 50% de la pensión de sobrevivientes, a partir del 11 de junio de 2002, con los incrementos de ley, mesadas adicionales de junio y diciembre, así como los intereses moratorios, teniendo en cuenta la tasa máxima “*vigente en el momento de su cancelación, contabilizada a partir de la ejecutoria de esta sentencia*”; declaró la compartibilidad de la pensión reconocida por Emcali con la de vejez a cargo del ISS, y no impuso costas.

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Apelaron los apoderados del ISS, EMCALI y BEATRIZ GARCÍA, y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en descongestión, mediante fallo de 15 de agosto de 2008, modificó la condena, en el sentido de reducir el retroactivo a la suma de \$52.225.190,00, y la confirmó en lo demás. Sin costas.



Corte Suprema de Justicia

EXPEDIENTE 38385

El Tribunal, luego de referirse a la figura del litis consorcio necesario, estatuida en el artículo 51 del Código de Procedimiento Civil, asentó que, en el asunto bajo estudio, el juez de primer grado decidió no tener por contestada la demanda por parte de Beatriz García, providencia que no mereció reparo alguno *"situación que se repitió en el proceso que fuera acumulado y que había iniciado la misma demandante principal en contra del Instituto de Seguros Sociales y de ella como litisconsorte necesario por parte pasiva (fl.47 1 y Ss) porque habiendo formulado demanda ad excludendum se le rechazó por parte del juzgado de conocimiento —Cuarto Laboral—, aunque se tuvo por contestada la demanda y, tampoco se presentó objeción alguna por la decisión. Omisiones que se traducen en el poco interés que tenía ella en reclamar la existencia de alguna clase de derecho a su favor y, esa potestad igualmente hace parte del ejercicio de sus derechos, puesto que se puede disponer o no de los que se considera se tienen a favor"*.

Enseguida, el juzgador sostuvo que *"la señora Beatriz García, pese a que tuvo la oportunidad de intervenir en el proceso conforme al llamado que le hizo el juzgado de manera oficiosa, para reclamar los derechos que estaban en discusión, no lo hizo, no planteó ninguna clase de pedido para sí, no reclamó reconocimiento alguno a su favor; pero ello no fue óbice para que en el curso del proceso se hubiera debatido y discutido su situación sentimental con el causante y la vigencia y permanencia de ella, razón por la cual se tuvo la oportunidad de confrontar su condición de compañera permanente con la de la cónyuge y, entre éstas, la permanencia de la convivencia que se dio con el pensionado y la vigencia de la misma, concluyéndose que emergía, con mayor fluidez y efectividad, la que se daba con quien fuera la cónyuge. Esa fue la respuesta que se encontró en todos y cada uno de los medios probatorios que fueron incorporados al plenario y que al ser analizados, de manera conjunta, reflejaron que ese vínculo matrimonial que, en*



Corte Suprema de Justicia

EXPEDIENTE 38385

sus efectos patrimoniales, había sido separado, no se disolvió ni rompió en ningún momento, es más, que se consolidó día a día porque la pareja siempre compartió techo y lecho, se prestaron ayuda, socorro, cuidado, atención y se prodigaron cariño y asistencia mutua, de tal manera que quienes los conocieron siempre observaron en ellos esa unidad, esa convivencia y la condición de pareja, de marido y mujer, hasta el mismo momento en que el señor José Marino perdió su vida".

Para el juez de segundo grado "no existiendo petición alguna de la litisconsorte necesaria por activa y, habiéndose acreditado que la demandante fue, como cónyuge, la persona que estuvo al lado del causante en todo momento y así fue hasta el día de su muerte, razón por la cual se le reconoció la calidad de beneficiaria del pensionado José Marino, no es posible entonces acceder a los requerimientos de la alzada, toda vez que no hubo ninguna clase de pretensión planteada a la parte demandada como para que se reconozca ahora, surgiendo de contera la confirmación de la sentencia de primera instancia en cuanto no reconoció derecho alguno a la ahora apelante, aunque, no precisamente como se dijo en el numeral primero, porque, como se viene diciendo, no hubo pedido alguno de su cuenta como consecuencia del trámite que se le dio a su intervención".

Más adelante, el fallador afirmó que la separación de bienes, no afecta la convivencia, ni el vínculo matrimonial, como "tampoco desdibuja esa convivencia de los cónyuges, la existencia de la relación extramatrimonial porque, como se demostró, no se rompió esa unidad que tenía con aquella ya que continuó en su casa compartiendo tiempo, espacio y compañía. Situación que es advertida por las mismas interesadas en ser reconocidas como beneficiarias dentro de la actuación administrativa que adelantó la entidad apelante, porque allí se reveló con claridad una convivencia del causante, aparentemente concurrente, con ambas,



Corte Suprema de Justicia

EXPEDIENTE 38385

siendo importante agregar que es la misma señora Beatriz García quien, abiertamente señala que no está interesada en obtener la pensión para sí sino para su hijo, así que, aún en el evento de esa concurrencia, igualmente tendría que declararse la existencia del derecho en cabeza de la cónyuge por ser prevalente su derecho. Significa lo anterior que, aquí en el plenario la prueba analizada por la primera instancia, lleva a decir que ese mejor derecho que se alegó asistía a las dos señoras que integraron la parte activa de la acción, lo ostento la cónyuge, de tal manera que no hay posibilidad alguna de enervar la decisión que se adoptó por el juzgado de conocimiento, es decir, que se confirmará la misma".

V. EL RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpuso la señora **BEATRIZ GARCÍA** con fundamento en la causal primera de casación laboral consagrada en los artículos 60 del Decreto 528 de 1964, 7° de la Ley 16 de 1969 y 51 del Decreto 2651 de 1991, con el cual pretende, según lo dijo en el alcance de la impugnación, que se **CASE** la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, "revoque la sentencia de primer grado en cuanto otorgó a la viuda supérstite la pensión sustitutiva por muerte de su esposo y el retroactivo correspondiente y en cuanto negó a la compañera permanente el derecho a la sustitución pretendida y al retroactivo pensional y en sustitución otorgue dicha pensión y el retroactivo pensional correspondiente a ésta, negándoselos a aquella y proveyendo en costas de ambas instancias lo pertinente, o subsidiariamente ordene que dicha pensión sea distribuida entre ambas demandantes en la proposición de la ley".

Con ese propósito formuló un cargo, que fue replicado por las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI- EICE- ESP.**



Corte Suprema de Justicia

EXPEDIENTE 38385

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial, al aplicar indebidamente los artículos 7, 9 y 10 del Decreto 1889 de 1994, 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Asevera que el Tribunal incurrió en los siguientes **errores de hecho**:

"1. Afirmar contra toda evidencia procesal que la compañera integrada como litisconsorte necesaria por activa, no solicitó pretensión alguna y que supuestamente no aportó pruebas al plenario, no obstante que las mismas obran en el proceso debidamente decretadas y practicadas.

2. No dar por demostrado, estando demostrado lo contrario, que la compañera cumplió con el presupuesto exigido por las normas señaladas relativo a la circunstancia de haber hecho vida marital responsable con el fallecido, al menos desde el momento en que éste adquirió el derecho a la pensión respectiva.

3. Dar por demostrado, no estándolo, que la cónyuge supérstite cumplió con el presupuesto exigido por las normas señaladas relativo a la circunstancia de haber hecho vida marital responsable con el fallecido, al menos desde el momento en que éste adquirió el derecho a la pensión respectiva".

Denuncia como pruebas mal apreciadas la escritura que contiene la liquidación de la sociedad conyugal (folios 397 a 401), la actuación administrativa ante el ISS (folios 61 y siguientes, 344 a 359), los documentos de folios 4, 128 a 131, 137, 138, 315, 316, 603 y 604, así como las declaraciones de los testigos obrantes a folios 748 a 753.

Sostiene la censura que el Tribunal se equivocó en considerar que no hizo ninguna petición *"no obstante que aunque se le rechazó la intervención ad excludendum se tuvo por contestada la demanda y se le practicaron las pruebas*



Corte Suprema de Justicia

EXPEDIENTE 38385

solicitudes y al mismo tiempo afirmar que en el curso del proceso se debatió y discutió su situación sentimental con el causante y la vigencia y permanencia de ella (...) el error es manifiesto y al incurrir en él es evidente que condicionó todo el análisis posterior hacía la conclusión de la convivencia del pensionado con la cónyuge desde su matrimonio hasta su muerte, lo cual no consulta la realidad de la real convivencia del pensionado aún antes de adquirir el status con su compañera con la cual organizó una nueva familia y lo que lo llevó a cometer los otros errores señalados".

Asevera la impugnante que la escritura pública 2849 da fe que en el mes de octubre de 1988, la demandante, María Sobeida Quintero, y el causante decidieron liquidar la sociedad conyugal, "lo cual es articulado y concatena con el hecho de que desde 1975 el citado Bejarano venía por lo menos desde esa época teniendo relaciones afectivas y sentimentales con la compañera de que se trata ya que en ese año nació su hija producto de la relación con su compañera y en 1984 nació su segundo hijo de esta relación(...) resulta monumental error adjudicarle a la cónyuge la pensión de sobrevivientes no obstante lo anteriormente señalado, sin parar en mientes que la pensión la adquirió el causante en vida nueve años posteriormente, por lo que resulta contra toda legalidad la adjudicación del derecho pensional a la cónyuge referida".

La recurrente estima que su convivencia con el causante se acredita con las facturas por compras de muebles, la certificación dada por el presidente de la junta de acción comunal del barrio San Judas de Cali, en la que se "hace constar que conoció de vista, trato y comunicación al señor José marino Bejarano Rivera durante varios años por intermedio de Beatriz García, madre de sus dos hijos y que fue muy valiosa su colaboración en lo que corresponde al cambio y construcción de acueducto y alcantarillado del sector, lo



Corte Suprema de Justicia

EXPEDIENTE 38385

cual da un indicio muy claro de permanencia del causante en vida como vecino de dicho barrio", la constancia de "Pascual Gallego en donde se refiere haber elaborado un anillo para Beatriz García con las letras iniciales JMB en el mes de noviembre de 1995" y los testimonios de folios 748, 749, 751 a 753.

VII. LA RÉPLICA

Las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI- EICE- ESP**, al oponerse, afirma, en suma, que no es a ella *"a quien le corresponde expresar si el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, como lo expresa la señora BEATRIZ GARCIA, pues tal obligación y dentro del término legal estaba en cabeza exclusiva de la señora MARIA SOBEIDA QUINTERO, a quien tanto el operador judicial de primer grado, como el de segunda instancia, le otorgaron el derecho a sustituir la pensión de jubilación en un 50%"*.

VIII. SE CONSIDERA

El cargo está encaminado a acreditar que la litisconsorte necesaria Beatriz García, fue la persona con quien el difunto pensionado convivió durante los últimos años de su vida, que le da derecho en calidad de compañera permanente a la prestación pensional implorada a través de esta acción judicial, para lo cual propuso tres errores de hecho y acusó la equivocada apreciación de las pruebas.

Pues bien, remitiéndose la Sala a las pruebas denunciadas, se encuentra objetivamente lo siguiente:



Corte Suprema de Justicia

EXPEDIENTE 38385

1.- Examinada la escritura pública 2849, obrante a folios 397 a 401, ésta no fue erróneamente apreciada por la sala sentenciadora, dado que de su análisis infirió que la cónyuge y el causante habían liquidado la sociedad conyugal, y eso precisamente es lo que consigna dicho documento.

Ahora, como lo ha asentado esta Sala en múltiples ocasiones la sola circunstancia de haberse disuelto y liquidado la sociedad conyugal existente entre la señora Quintero y el causante Bejarano no es suficiente para que ésta resigne su derecho a la transferencia pensional que le reconoce la ley, y para que dicha prestación quede radicada en cabeza de la compañera permanente, condición jurídica que se adjudica la recurrente.

Ello por cuanto, ante la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, la demandante María Sobeida Quintero no dejó de ser la cónyuge del causante.

Al punto, en sentencia de 14 de agosto de 1996, radicación 8819, la Sala expresó:

"El vínculo matrimonial, su vigencia, implica el estado jurídico de cónyuge. La separación de bienes y la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no rompen el vínculo matrimonial y esto conlleva, en el campo civil, la imposibilidad de contraer nuevas nupcias, y en el campo laboral que se mantenga la titularidad del derecho a la sustitución pensional. Cosa distinta ocurre con el divorcio, la nulidad del matrimonio y el deceso de uno de los consortes, que sí afectan directamente el contrato de matrimonio y lleva la pérdida del estado jurídico de cónyuge. (...) la separación de bienes y la disolución y la liquidación de la sociedad conyugal no hacen desaparecer la calidad jurídico legal esposo - esposa y por ende el derecho a la sustitución de la pensión del cónyuge que fallece (...)". Resalta la Sala.



Corte Suprema de Justicia

EXPEDIENTE 38385

2° En lo que respecta a las facturas por compras de muebles, la certificación dada por el presidente de la junta de acción comunal del barrio San Judas de Cali, en la que se *"hace constar que conoció de vista, trato y comunicación al señor José marino Bejarano Rivera durante varios años por intermedio de Beatriz García, madre de sus dos hijos y que fue muy valiosa su colaboración en lo que corresponde al cambio y construcción de acueducto y alcantarillado del sector, lo cual da un indicio muy claro de permanencia del causante en vida como vecino de dicho barrio"*, así como la constancia de *"Pascual Gallego en donde se refiere haber elaborado un anillo para Beatriz García con las letras iniciales JMB en el mes de noviembre de 1995"*, no tienen la fuerza suficiente para lograr quebrar el fallo censurado, habida consideración que como se desprende claramente de esos documentos, no se refieren a la convivencia entre la impugnante y el causante, ni informan desde cuándo hacían vida marital.

3- El hecho de haber procreado la recurrente y el causante dos hijos no es suficiente para acreditar la convivencia que exige el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, para acceder al derecho a la pensión de sobrevivientes.

4.- En lo que concierne la prueba testimonial de folios 748 a 753, la Sala está imposibilitada de abordar su estudio, en virtud de que no quedó previamente demostrado algún yerro fáctico con prueba calificada de conformidad con la restricción contemplada en el artículo 7° de la Ley 16 de 1969.

5°.- Por lo anterior, la verdad es que resulta inane determinar si el Tribunal se equivocó en cuanto a que desconoció que la recurrente



Corte Suprema de Justicia

EXPEDIENTE 38385

efectivamente había solicitado el derecho a la pensión de sobrevivientes, dado que el cargo no logró destruir la sentencia en lo relacionado a que la señora María Sobelda Quintero de Bejarano, en calidad de cónyuge supérstite, demostró mejor derecho que la recurrente.

Ahora, de entender que el Tribunal en últimas no desconoció que la impugnante también convivió con el causante, no se equivocó al reconocer la prestación en cabeza del cónyuge, pues así lo estatuye el artículo 7º del Decreto 1889 de 1994.

Sobre esa base, la consideración del fallador para otorgar el derecho pensional a la esposa, partiendo de la convivencia entre los cónyuges Bejarano-Quintero, no puede ser destruida con la acreditación de que el causante convivía también con su compañera permanente, como lo pretende la recurrente, ya que ello, como lo ha sostenido esta Sala en otras ocasiones, puede llevar a lo sumo a establecer una convivencia simultánea con ambas, en las condiciones estatuidas en la Ley 100 de 1993, que no sería suficiente para despojar el derecho a quien se le otorgó (cónyuge), sino más bien para reafirmarlo.

Así las cosas, el juez de alzada no cometió ningún error de hecho al no conceder la pensión de sobrevivientes solicitada a la litis consorte necesaria, que alegaba su condición de compañera permanente, por no reunir el requisito de la convivencia con el pensionado fallecido, y en definitiva el cargo no prospera.



Corte Suprema de Justicia

EXPEDIENTE 38385

Las costas del recurso extraordinario serán a cargo de la recurrente, por cuanto la acusación no salió avante y hubo réplica, las cuales se fijan en la suma de dos millones ochocientos mil pesos (\$2.800.000,00) M/CTE., a favor de la Sociedad opositora EMCALI EIC ESP.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 15 de agosto de 2008, por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, en descongestión, dentro del proceso seguido por **MARÍA SOBEIDA QUINTERO DE BEJARANO** contra las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI-EICE- ESP** y el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, en el cual la recurrente actuó como litisconsorte necesario.

Costas del recurso de casación en la forma indicada en la parte motiva de la sentencia.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

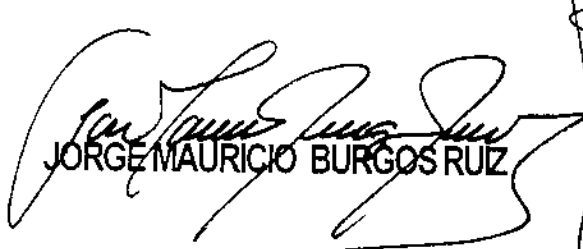
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE.

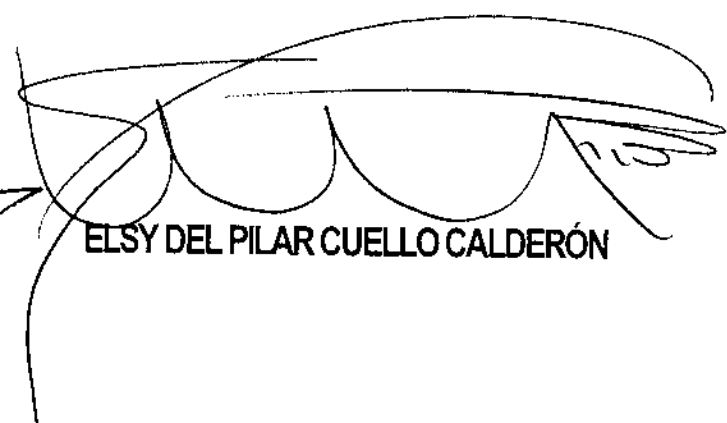
CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE



Corte Suprema de Justicia

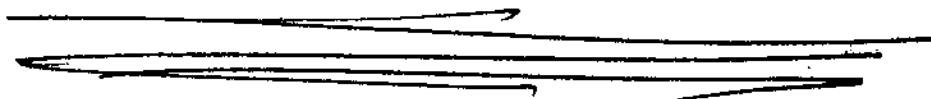
EXPEDIENTE 38385

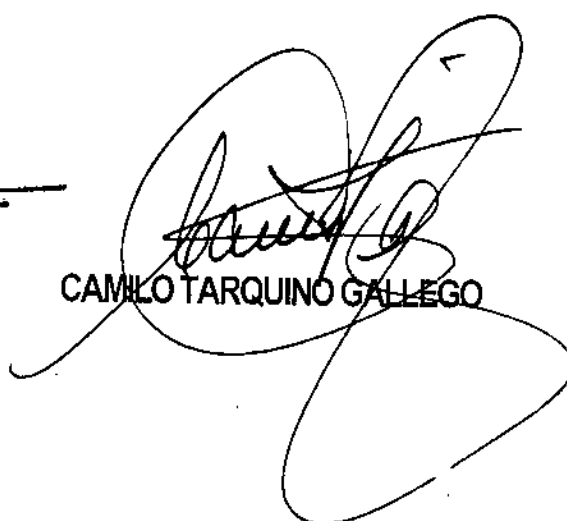

JORGE MAURICIO BURGOS RUZ


ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN


GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

No firma por ausencia justificada
LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS


FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ


CAMILO TARQUINO GALLEGO

SECRETARIA SALA DE CASACION LABORAL



Se deja constancia que en la fecha se fijo edicto

Bogotá, D.C. **04 OCT. 2011**

Secretario

SECRETARIA SALA DE CASACION LABORAL



Se deja constancia que en la fecha y hora señaladas, quedo ejecutoriada la presente providencia

Bogotá, D.C. **1 OCT. 2011** Hora **5pm**

Secretario