El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

*ORALIDAD*

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 26 de enero de 2017.

Radicación No: 66001-31-05-005--2014-00538-01

Proceso: Ordinario Laboral – Revoca decisión del a quo y niega las pretensiones

Demandante: Eduardo Antonio Arias Mejía

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

Tema a tratar: **De la compatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y la pensión de sobrevivientes de origen común.** De conformidad con lo expuesto por la Sala de Casación Laboral, se tiene entonces que para que no haya incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y la pensión de sobrevivientes, el afiliado fallecido debe haber dejado causada la pensión con base en los aportes que sirvieron para liquidar la indemnización sustitutiva de la pensión, pues precisamente deben ser esas cotizaciones las que cubran el riesgo por muerte; lo que indica que en vigencia de la Ley 797 de 2003, el afiliado debe tener cotizadas dentro de los tres años anteriores a su deceso por lo menos cincuenta semanas al sistema general de pensiones, con las cuales se garantice la cobertura de ese riesgo, pues no de otra forma podría dejarse causada esa prestación económica, o por lo menos que en aplicación del principio de la condición más beneficiosa en la forma determinada por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral, haya hecho aportes durante 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al deceso.”

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

Pereira, hoy veintiséis (26) de enero de dos mil diecisiete (2017), siendo las nueve y cuarenta y cinco de la mañana (09:45 a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Laboral del Tribunal de Pereira, declaran abierto el acto, el cual tiene por objeto decidir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 10 de febrero de 2016 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral que *Eduardo Antonio Arias Mejía* promuevecontra C*olpensiones****.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **ANTECEDENTES**

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, a modo de introducción se tiene que el demandante Eduardo Antonio Arias Mejía**,** demandó a Colpensiones para que, previos los trámites del proceso ordinario, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes, a partir del 25 de marzo de 2012, más el retroactivo, los intereses de mora y las costas procesales.

Fundamenta sus pedimentos en que el 11 de mayo de 1953 contrajo nupcias por el rito católico con la señora Olga Esther Aguirre; que convivieron bajo el mismo techo, compartiendo lecho y mesa, y nunca se llegaron a separar hasta el deceso de aquella, esto es, el 25 de marzo de 2012; que presentó ante la entidad demandada, la correspondiente solicitud pensional por sobrevivencia, pero le fue negada a través de la Resolución GNR 136548 de 2014, por haber cobrado en vida la afiliada la indemnización sustitutiva de la pensión. Indica que su esposa cotizó en el régimen de prima media un total de 539.29 semanas, todas con antelación al 1º de abril de 1993.

Admitida la demanda, se dispuso el traslado del caso a la sociedad demanda, quien guardó silencio dentro del término otorgado para descorrer el traslado.

 ***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 10 de febrero de 2016, con base en las pruebas allegadas determinó que la señora Olga Esther Aguirre, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa dejó causada la prestación económica a favor de sus beneficiarios, pues antes del 1º de abril de 1994 tenía cotizadas más 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, al tenor de lo preceptuado en el Ado. 049/90.

Adicionalmente, encontró acreditada la calidad de beneficiario de la pensión del señor Eduardo Antonio Arias Mejía, por lo que condenó a la administradora del Régimen de Prima Media a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a su favor a partir del 25 de marzo de 2012 en cuantía equivalente a 1 SMLMV, más los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta que se pague la totalidad de la obligación. Indicó que era justo y proporcionado descontar del retroactivo pensional obtenido a favor del actor, el valor indexado de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que había sido reconocida en vida a la afiliada, para lo cual citó jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad laboral.

1. ***CONSULTA***

Respecto del citado proveído se dispuso el grado jurisdiccional de consulta por afectarse a Colpensiones, en los términos del artículo 69 del CPTSS.

***IV. CONSIDERACIONES***

1. *Del problema jurídico:*

*¿Es compatible la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida en vida a un afiliado, con la pensión de sobrevivientes de origen común?*

1. ***Desenvolvimiento de la problemática planteada.***

En el caso puntual,son supuestos fácticos no controvertidos: (i) que la señora Olga Esther Aguirre falleció el 25 de marzo de 2012, pues así lo aceptó la entidad en la Resolución GNR 136548 de 2014, visible a folio 10; (ii) que sufragó un total de 539.28 semanas de aportes al antiguo ISS, entre el 18 de noviembre de 1977 y el 23 de agosto de 1993, tal cual se colige de la historia laboral visible a folios 46 a 49; y (iii) que a la causante se le reconoció en vida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, mediante la Resolución No. 3106 de 1993, por no cumplir con la densidad de semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez, ver folio 34.

Para resolver el dilema planteado, es preciso indicar que esta Sala de Decisión, en reciente providencia del 23 de noviembre de 2016, radicación No. 2014-503, con ponencia del Magistrado Julio Cesar Salazar Muñoz, en un caso con similares ribetes a este, en el que a un afiliado se le había reconocido en vida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pero sus beneficiarios a través de un proceso judicial buscaban el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de origen común, puntualizó:

*“Ahora bien, mediante sentencia SL 11234 de 26 de agosto de 2015 radicación Nº 45.857, la Sala de Casación Laboral tomando como base la decisión adoptada en sede de casación en providencia CSJ SL, 27 ago. 2008, rad. 33885, en donde se concluyó que un afiliado al que se le había reconocido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, podía reconocérsele la pensión de invalidez, siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos para el momento en que se estructure la invalidez; decidió aplicar esa postura en la pensión de sobrevivientes, explicando que el afiliado fallecido puede dejar causada esa prestación económica a favor de sus causahabientes a pesar de que haya recibido en vida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, siempre y cuando acredite la densidad de semanas exigidas por la Ley.*

*De conformidad con lo expuesto por la Sala de Casación Laboral, se tiene entonces que para que no haya incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y la pensión de sobrevivientes, el afiliado fallecido debe haber dejado causada la pensión con base en los aportes que sirvieron para liquidar la indemnización sustitutiva de la pensión, pues precisamente deben ser esas cotizaciones las que cubran el riesgo por muerte; lo que indica que en vigencia de la Ley 797 de 2003, el afiliado debe tener cotizadas dentro de los tres años anteriores a su deceso por lo menos cincuenta semanas al sistema general de pensiones, con las cuales se garantice la cobertura de ese riesgo, pues no de otra forma podría dejarse causada esa prestación económica, o por lo menos que en aplicación del principio de la condición más beneficiosa en la forma determinada por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral, haya hecho aportes durante 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al deceso.”*

Las anteriores consideraciones, aplicadas al sub-lite implican que para que la afiliada fallecida pueda dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de sus posibles beneficiarios, es requisito indispensable que haya sufragado la densidad de semanas exigidas en la norma que vigente al momento de su deceso, la Ley 797 de 2003, en su artículo 12, que exige mínimo 50 semanas de aportes dentro de los tres años anteriores al deceso, las cuales no satisfizo la asegurada, pues su ultimo aporte al sistema general de pensional data del mes de agosto de 1993, por lo que tampoco acredita las 26 semanas que exige la Ley 100 de 1993 en su versión original.

Y aunque en la demanda se solicitó la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en los términos establecidos por la Corte Constitucional, entre la ley 797 de 2003 y el acuerdo 049 de 1990, tampoco resulta posible considerar causada la pensión de sobrevivientes, a pesar de que la asegurada sufragó más de 300 semanas de aportes al sistema con antelación al 1º de abril de 1994, habida cuenta que ese cuerpo normativo, más exactamente en el literal D) de su artículo 2, establece que los afiliados los que se le reconozca la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez quedan excluidos del seguro por vejez, invalidez y muerte, es decir, que prohíbe tajantemente la causación de cualquiera de esas prestaciones cuando ya se ha reconocido la precitada indemnización sustitutiva.

Son suficientes las anteriores consideraciones, para concluir que la afiliada fallecida no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes que por esta vía judicial se reclama. Por consiguiente, habrá que revocar en su integridad la sentencia, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de la entidad accionada, para en su lugar, absolverla de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra.

Sin costas en esta instancia. Las de primer grado correrán a cargo de la parte actora.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. Revocar la sentencia proferida el 10 de febrero de 2016 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, y en su lugar, se absuelve a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra.

2. Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta. Las de primer grado estarán a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN Magistrada Magistrada

ALONSO GAVIRIA OCAMPO

Secretario