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 la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, miércoles 6 de noviembre de 2019.

Radicación No: 66001-31-05-004-2017-00459-01

-Proceso: Ordinario Laboral.-

Demandante: Marleny Mejía de Vanegas

Demandado: Colpensiones y Ismael Sendoya Mejía

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: PENSIÓN DE VEJEZ / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / ACUERDO 049 DE 1990 / REQUISITOS / CUMPLIDOS LOS MISMOS PROCEDE SU RECONOCIMIENTO POST MORTEN / Y SE DEBE ENTENDER CAUSADO EL DERECHO A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.**

Pese a que la demanda no es un modelo a seguir puesto que es confusa y carece de claridad, se alcanza a percibir que lo pretendido por la parte actora es que condene a la entidad demandada a reconocer la pensión de vejez post morten al fallecido José Diego Vanegas Cardona, y a su vez la sustitución pensional a la demandante, en calidad de cónyuge de aquel. (…)

… el señor José Diego Vanegas Cardona nació el 31 de marzo de 1942…, por lo que al 1º de abril de 1994 tenía 52 años de edad, encontrándose por tanto en el contingente de personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 ibídem.

Bajo tal escenario, la normatividad que era aplicable a la situación pensional del señor Vanegas Carmona, era el Acuerdo 049/90, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el cual en su artículo 12, establece como presupuestos para acceder a la pensión por vejez: (i) 60 años de edad para los hombres (ii) acreditar 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.

En cuanto al requisito de la edad, éste lo reunió el 31 de marzo de 2002, cuando arribó a 60 años de edad…

… la Sala colige que el señor José Diego Vanegas Cardona, en vida reunió los requisitos exigidos en la ley para acceder a la pensión de vejez, desde el 31 de marzo de 2002, y si bien no le fue reconocida la prestación pensional, tal situación no perjudica a sus beneficiarios, respecto de quienes se debe entender causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTOR JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Tal como lo propuse en la ponencia que presenté inicialmente, considero que la decisión del juzgado de conocimiento proferida el 31 de agosto de 2018 debió ser revocada para en su lugar negar las pretensiones de la demanda. (…)

… el afiliado logró acumular el número de semanas mínimo exigido por la norma que regula el asunto para que en principio dejará estructurada la pensión de sobreviviente a favor de sus beneficiarios; no obstante, como quiera que le fue reconocida y pagada la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, ninguna prestación podía reconocerse a favor de éstos conforme pasa a explicarse.

El parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, establece que para acceder a la pensión de sobrevivientes regulada por esa disposición, el afiliado no debía tramitar ni recibir la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y en el presente caso, el señor Vanegas Cardona el mismo día que solicitó al extinto Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de la pensión de vejez, esto es el 17 de abril de 2002, también reclamó dicha prestación…

En ese orden de ideas, al haber solicitado y disfrutado de prestación subsidiaria que ofrece el sistema en los eventos en que no se alcanza el número de semanas mínimo para lograr la pensión de vejez, se entiende que no cumplió con el lleno de los presupuestos exigidos por la norma que regula el asunto para permitir el reconocimiento a favor de la demandante la pensión de sobrevivientes que reclama.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

****

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

En Pereira, hoy seis (6) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), siendo las dos de la tarde (2:00 p.m.) reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por **Marleny Mejía de Vanegas** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y el señor **Ismael Sandoya Mejía.**

***IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES***

1. ***INTRODUCCIÓN***

Pretende la demandante se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de beneficiaria del causante José Diego Vanegas Cardona, y en consecuencia se condene a la demandada a pagar la prestación a partir del 31 de marzo de 2002, junto con el retroactivo a partir del 15 de septiembre de 2014, más los intereses moratorios y las costas del proceso.

Como fundamento a sus pedimentos expuso básicamente que su cónyuge, señor Vanegas Cardona, prestó sus servicios personales en favor de varios empleadores, entre ellos, la sociedad M de Vallejo y C Val entre el 1º de noviembre y el 30 de septiembre de 1998, sin embargo, dicho tiempo no se ve reportado en su historia laboral; así mismo, con el empleador Ismael Sendoya Mejía a quien le prestó servicios entre el 1º de junio de 1999 y el 28 de febrero de 2003, periodo frente al cual también existen inconsistencias en su historia laboral. Refiere que contrajo matrimonio con aquel el 30 de septiembre de 1972, procreando cuatro hijos, todos mayores de edad para el 2 de mayo de 2010 cuando su progenitor falleció. Indica que en vida su cónyuge reclamó el reconocimiento de la pensión de vejez ante el ISS, por tener reunidos los requisitos para ello, pero por medio de resolución Nº 001653 de 20 de junio de 2003 le fue negada, concediéndosele la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía única de $4.400.401 liquidada con base en 653 semanas de cotización, cuantía que no coincide con la densidad de semanas que se aluden en el acto administrativo que le negó el derecho pensional.

Admitida la demanda, Colpensiones allegó respuesta a través de su portavoz judicial, en la que se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “Buena fe”, “Imposibilidad de condena en costas” y “Prescripción”.

Por su parte, el codemandado Sendoya Mejía indicó que no había tenido relación contractual con el afiliado, motivo por el que no estaba obligado a pagar los aportes al sistema pensional. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo las de “Inexistencia del contrato de trabajo”, “inexistencia de la obligación demandada” y “buena fe”.

El juzgado puso fin a la primera instancia, mediante sentencia del 11 de septiembre de 2018, en la que la accedió a las pretensiones declarando que José Diego Vanegas Cardona en vida acreditó los requisitos exigidos para acceder al derecho a la pensión de vejez a partir del 31 de marzo de 2002, con fundamento en el Acuerdo 049/90, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable por remisión del artículo 36 de la Ley 100/93, dado que alcanzó la edad requerida y cotizó más de 500 semanas en los 20 años anteriores a esta. Por ende, concluyó que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, a partir del 2 de mayo de 2010, cuando se produjo su deceso.

En torno a la calidad de beneficiaria de la prestación pensional que alega la actora, la encontró probada conforme al requisito de convivencia establecido en el artículo 47 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que condenó a la entidad demandada a reconocer y pagar la sustitución pensional a partir del deceso del causante, en cuantía equivalente a 1 SMLMV y por 14 mesadas. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con antelación al 15 de septiembre de 2014. Condenó por concepto de retroactivo pensional a la suma de $38`804.472 y, a los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93 a partir del 25 de noviembre de 2017 y hasta el pago efectivo de la obligación.

Dado que la decisión fue adversa a los intereses de la entidad demandada frente a la cual la Nación es garante, se ordenó surtir ante esta Sala el grado jurisdiccional de consulta, al tenor de lo dispuesto en el artículo 66 CPTSS.

***Alegatos de conclusión***

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, proceda a decidir lo de su competencia, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia. Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir lo que corresponda, previas las siguientes:

***CONSIDERACIONES***

*En orden a resolver la instancia, la Sala abordará los siguientes problemas jurídicos:*

*¿Dejó el señor José Diego Vanegas Cardona causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de sus posibles beneficiarios?*

*¿El reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es impedimento para el otorgamiento del derecho pensional derivado de un derecho adquirido?*

*¿Acreditó la demandante las condiciones necesarias para ser tenida como beneficiario de la prestación pensional que reclama? En caso positivo*

*¿Hay lugar a condenar a la entidad demandada al pago del retroactivo pensional y los intereses moratorios solicitados?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

De conformidad con el artículo 46 de la Ley 100/93 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, existen dos formar de dos formas de dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de los beneficiarios del causante, el primero de ellos se genera cuando el causante al momento de su deceso ostenta el status de pensionado o en su defecto, si se trata de un afiliado, que dentro de los tres años anteriores al deceso haya cotizado por lo menos 50 semanas de cotización.

Pese a que la demanda no es un modelo a seguir puesto que es confusa y carece de claridad, se alcanza a percibir que lo pretendido por la parte actora es que condene a la entidad demandada a reconocer la pensión de vejez *post morten* al fallecido José Diego Vanegas Cardona, y a su vez la sustitución pensional a la demandante, en calidad de cónyuge de aquel.

En ese orden, le corresponde a la Sala verificar en primer lugar, si el señor Vanegas Cardona, en vida, reunió los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez, y en caso positivo, determinar si con ocasión a su deceso, la demandante lo sustituía o no, aun cuando a aquel le fue reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Respecto al primer término, se tiene que son supuestos fácticos indiscutidos en el proceso los siguientes: (i) el señor José Diego Vanegas Cardona nació el 31 de marzo de 1942, pues así se colige de la copia de la cédula de ciudadanía que obra en el expediente administrativo allegado en medio magnético CD; por lo que al 1º de abril de 1994 tenía 52 años de edad, encontrándose por tanto en el contingente de personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 ibídem.

Bajo tal escenario, la normatividad que era aplicable a la situación pensional del señor Vanegas Carmona, era el Acuerdo 049/90, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el cual en su artículo 12, establece como presupuestos para acceder a la pensión por vejez: (i) 60 años de edad para los hombres (ii) acreditar 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.

En cuanto al requisito de la edad, éste lo reunió el 31 de marzo de 2002, cuando arribó a 60 años de edad. Respecto a la densidad de cotizaciones, es menester precisar que la sentenciadora de primer grado, con el fin de esclarecer las inconsistencias presentadas sobre este tópico, tanto en la historia laboral allegada por la actora como en los actos administrativos por medio de los cuales se negó el derecho a la pensión y se accedió a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor del señor Vanegas Cardona; dispuso mediante auto dictado el 8 de junio de 2008, requerir a Colpensiones a fin de que allegara el expediente administrativo del señor Vanegas Cardona, el cual debía contener la historia laboral válida para el reconocimiento de prestaciones económicas –ver folio 120-.

En cumplimiento a ese requerimiento, Colpensiones allegó la historia laboral actualizada, obrante a folio 126, expedida por la Dirección de Operaciones de Colpensiones, de la que se colige que el señor José Diego Vanegas Cardona cotizó en toda su vida laboral un total de 683.43 semanas al sistema pensional, de las cuales 506.86 fueron cotizadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, esto es, entre el 31 de marzo de 1982 y ese mismo día y mes del año 2002.

Ahora bien, aunque en la demanda se alega que existen periodos pretermitidos en la historia laboral por falta de pago de algunos empleadores, entre ellos el codemandado Ismael Sendoya Mejía, quien a su vez indicó en la contestación de la demanda, que las cotizaciones que se hicieron a nombre suyo, en calidad de empleador y que se encuentran reflejadas en la historia laboral del señor Vanegas Cardona, no fueron producto de una actividad o rol entre jefe y subalterno, la Sala considera que indistintamente de si esas situaciones son o no afirmativas, lo cierto es que las cotizaciones se efectuaron en forma efectiva al sistema pensional, y gravitan en el haber de aportes a pensión del óbito, y por ende no pueden ser desconocidas, amén de que con la densidad de semanas que allí se reportan es suficiente para colegir que aquel reunió los requisitos para consolidar el derecho a la pensión de vejez, con fundamento en el Acuerdo 049/90.

Cabe destacar que, el hecho que al señor Vanegas Cardona se le hubiere otorgado en vida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, no es óbice para reconocer el derecho que le asistía a la gracia pensional, que por error se le dejó de cancelar en vida, a cambio de la indemnización sustitutiva, por cuanto, era su titular como un derecho adquirido a su favor en los términos del artículo 11 de la Ley 10/93 y el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005.

Y es que, frente a un derecho adquirido no es posible desconocerlo o revocarlo por el reconocimiento previo de una prestación que no se acompasa con la verdadera situación fáctica y legal del administrado, en razón a que la persona tiene una situación definida y consolidada conforme a ley, dada la satisfacción de la totalidad de los presupuestos para su reconocimiento, el cual en este caso, se vio menguado por la inducción en error que hizo la entidad, al indicarle al afiliado que no tenía la densidad de cotizaciones exigidas para ello.

Por ende, sin más disquisiciones al respecto la Sala colige que el señor José Diego Vanegas Cardona, en vida reunió los requisitos exigidos en la ley para acceder a la pensión de vejez, desde el 31 de marzo de 2002, y si bien no le fue reconocida la prestación pensional, tal situación no perjudica a sus beneficiarios, respecto de quienes se debe entender causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

Luego entonces, acertada resulta la decisión del a-quo en torno a este puntual aspecto, no obstante, se hace necesario adicionar la providencia en torno a la declaratoria del derecho en cabeza del obitado, a la pensión de vejez post morten.

Ahora bien, alega la señora Marleny Mejía de Vanegas, que en su calidad de cónyuge supérstite del asegurado tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, al haber contraído de cónyuge del nupcias con él el 30 de septiembre de 1972, tal como se aprecia en el registro civil de matrimonio que obra a folio 13, sin que en ese documento obre nota marginal que demuestre que entre ellos se presentó divorcio o cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, lo que permite dejar sentado que dicha unión permaneció vigente hasta el 2 de mayo de 2010 cuando el señor Vanegas Cardona falleció, dado que ese documento fue expedido el 7 de marzo de 2017.

La demandante con el ánimo de acreditar la dependencia económica exigida en la norma como condición para el otorgamiento de la prestación pensional citó a declarar a Marisol Gil Vargas, Alejandro Octavio Gómez León, Guillermo Otalvaro Zapata, quienes al unísono manifestaron en calidad de vecinos de la pareja, que esta convivió bajo el mismo techo, ininterrumpidamente por espacio de 30 años anteriores al deceso, en el barrio Santa Ana del Municipio de Cartago, Valle, y que nunca se separaron ni tuvieron noticia de rompimiento entre la pareja. De otra parte, se tiene además que la declarante Mariela de los Ángeles Bonilla Sepúlveda, citada a instancias del demandado Ismael Sendoya Mejía, en su condición de vecina del sector donde residía la pareja, también dio fe de la convivencia durante muchos años.

Lo anterior, permite colegir que la prueba traída al proceso resulta suficiente para llevar certeza al fallador sobre la convivencia, en los términos que exige el legislador. Por ende, acertó el a-quo al tener a la demandante como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante, y reconocerle la prestación pensional a partir del 2 de mayo de 2010. Por lo tanto, se confirmará la sentencia de primera instancia en este puntual aspecto.

Revisado el valor del retroactivo pensional reconocido, atendiendo la prescripción de las mesadas causadas con antelación al 15 de septiembre de 2014, se obtiene idéntica suma a la obtenida por el a-quo, de $38`804.472, misma que al actualizarla con las mesadas causadas a la fecha de proferimiento de esta sentencia, es decir al 31 de octubre del año en curso, arroja un monto de $51`819.958, tal cual se ilustra en el cuadro elaborado por la Sala, que se pone de presente a los asistentes y hará parte integrante del acta final que se suscriba con ocasión de esta diligencia. Se modificará por ende el ordinal 5º de la sentencia.

Por último, en relación con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100/93, la Ley 717 de 2001 fija un término de 2 meses para resolver las solicitudes sobre pensión de sobrevivientes e incluirse en nómina al beneficiario, vencidos los cuales, empezarán a correr tales réditos (CSJ SL, sentencia del 4 de junio de 2008, y SL 9769 del 16 de julio de 2014).

Corolario de lo antedicho, habiéndose presentado la reclamación administrativa el 15 de septiembre de 2017, el término de gracia con el que contaba la entidad fenecía el 15 de noviembre de ese mismo año, por lo que es partir de esa calenda en que proceden tales réditos por mora, tal cual lo concluyó el juez de primer grado.

Por último, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones, se dispondrá autorizar a Colpensiones a descontar del valor del retroactivo reconocido, el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión por vejez que le fue reconocida al causante a través de la Resolución No. 001653 de 2003, en la suma de $4`440.401, debidamente indexada al momento del descuento.

Sin costas en esta instancia, por haberse conocido en grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala 3ª de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. **Modificar y adicionar** el ordinal 1º de la sentenciaproferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **Declarar** que José Diego Vanegas Cardona tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez post mortem, por haber reunido en vida los requisitos exigidos en el artículo 12 de Acuerdo 049/90, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93.

1. **Modificar** el ordinal 5º de la sentencia en mención, en orden a indicar que el valor del retroactivo pensional causado entre el 15 de septiembre de 2014 y el 31 de octubre de 2019, asciende a $51`819.958, sin perjuicio de que se siga causando hasta su solución total.

**3. Adicionar** la providencia en el sentido de Autorizar a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional reconocido en el numeral anterior, el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fue reconocida al causante, en la suma de $4`440.401, debidamente indexada al momento del descuento.

**4. Confirmar** todo lo demás.

**5.** Sin costas en esta instancia.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**AMPARO RENGIFO SANTIBÁÑEZ JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Conjuez Magistrado

Salva el voto

**ANEXO I.**

**LIQUIDACIÓN DEL RETROACTIVO PENSIONAL.**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO** | **VALOR DE LA MESADA** | **No. MESADAS** | **TOTAL** |
| 2014 | $616.000 | 4,5 | $2.772.000 |
| 2015 | $644.350 | 14 | $9.020.900 |
| 2016 | $689.454 | 14 | $9.652.356 |
| 2017 | $737.717 | 14 | $10.328.038 |
| 2018 | $781.242 | 14 | $10.937.388 |
| 2019 | $828.116 | 11 | $9.109.276 |
| **TOTAL** | | | **$51.819.958** |

Radicación Nro. 66001-31-05-004-2017-00459-02

Proceso Ordinario Laboral

Demandante: Marleny Mejía de Vanegas

Demandado: Colpensiones y Ismael Sendoya Mejía

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, seis de noviembre de dos mil diecinueve

**SALVAMENTO DE VOTO**

Tal como lo propuse en la ponencia que presenté inicialmente, considero que la decisión del juzgado de conocimiento proferida el 31 de agosto de 2018 debió ser revocada para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

Los argumentos que sustentan mi alejamiento de lo decidido por la mayoría en esta segunda instancia, se basan en los siguientes supuestos jurídicos y análisis del caso, partiendo de la necesidad de resolver el siguiente problema jurídico:

***¿Puede acceder la demandante a la pensión de sobreviviente causada con ocasión de muerte de su cónyuge, quien en vida reclamó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez?***

Con el propósito de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, la Sala considera necesario precisar, el siguiente aspecto:

**1. DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE.**

Es posición pacifica de la jurisprudencia considerar que la norma que rige las pensiones de sobrevivientes es la vigente al momento en el que se produce el deceso del afiliado.

De conformidad con el artículo 46 de la ley 100 de 1993 con las modificaciones que introdujo el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 cuando la pensión se deriva del segundo evento, esto es, el fallecimiento de un afiliado, según el parágrafo 1º de dicha disposición, aun si no se llena al requisito de tener cotizadas 50 semanas en los 3 últimos años, es posible acceder a la prestación siempre que i) El afiliado haya cotizado *el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento y ii) que no haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.*

Ahora bien, cuando la norma hace referencia al número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima media, se refiere a los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y del artículo 12 del Acuerdo 49 de 1990, para el caso de los beneficiarios del régimen de transición, tal como lo consideró la Sala de Casación Laboral en Sentencia SL 13453 de 2016 en la que indicó:

“*En sentencia CSJ SL, 31 de ago. 2010, rad 42628, reiterada en las de 25 ene y 22 feb 2011, rad. 43218 y 46556 respectivamente, sostuvo esta Corporación que cuando el parágrafo del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 hacía alusión al número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima media, comprendía para los beneficiarios del régimen de transición, las previstas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, que naturalmente incluye la hipótesis de las 500 semanas*”.

**EL CASO CONCRETO**

De acuerdo con la copia de la cedula de ciudadanía que obra en el documento No 3º del CD contentivo de la expediente administrativo abierto con ocasión a la solicitud pensional de la señor Marleny Mejía de Vanegas, se tiene que el señor José Diego Vanegas Cardona nació el 31 de marzo de 1942, lo que indica que para el 1º de abril de 1994 contaba con 52 años de edad, hecho que, en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo hace beneficiario del régimen de transición aún con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, pues alcanzó los 60 años en el 2002, es decir, antes de su expedición.

De acuerdo con ello, para que el afiliado dejase causada la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios en los términos del parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 1993, debía tener acreditar en un total de 1000 semanas en toda su vida laboral o 500 en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para pensionarse, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

De la historia laboral que obra a folio 126 del expediente, se observa que en toda la vida laboral el señor Vanegas Cardona cotizó un total de 683.43 semanas, de las cuales 506.86 fueron cotizadas entre el 31 de marzo de 1982 y esa misma calenda del año 2002, data en que cumplió 60 años de edad.

En ese sentido, ninguna duda existe en cuanto a que el afiliado logró acumular el número de semanas mínimo exigido por la norma que regula el asunto para que en principio dejará estructurada la pensión de sobreviviente a favor de sus beneficiarios; **no obstante, como quiera que le fue reconocida y pagada la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, ninguna prestación podía reconocerse a favor de éstos conforme pasa a explicarse**.

**El parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, establece que para acceder a la pensión de sobrevivientes regulada por esa disposición, el afiliado no debía tramitar ni recibir la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y en el presente caso, el señor Vanegas Cardona el mismo día que solicitó al extinto Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de la pensión de vejez, esto es el 17 de abril de 2002, también reclamó dicha prestación**, tal como se infiere de las Resoluciones Nos 003176 de 2002 y 001653 de 2003 -fs. 49 y 48-, siendo esta última la que reconoce y ordena su pago.

En ese orden de ideas, al haber solicitado y disfrutado de prestación subsidiaria que ofrece el sistema en los eventos en que no se alcanza el número de semanas mínimo para lograr la pensión de vejez, se entiende que no cumplió con el lleno de los presupuestos exigidos por la norma que regula el asunto para permitir el reconocimiento a favor de la demandante la pensión de sobrevivientes que reclama.

Respecto a la obligación que afirmó el juez de la instancia se encontraba en cabeza del extinto ISS, respecto al cobro coactivo de los aportes en pensión adeudos por quien figura como empleador en el periodo comprendido entre el 1º de junio de 1999 y el 28 de febrero de 2003, advierte la Sala que no puede imputarse tal carga a la entidad, pues como quedó demostrado en el plenario y lo desentrañó el juez de la causa, la relación laboral entre el señor José Diego Vanegas Cardona e Ismael Sendoya Mejía nunca existió y solo se trató de una simulación que buscó defraudar al sistema pensional y en ese sentido no puede ahora la cónyuge del causante beneficiarse de una actuación irregular que éste propicio, de suerte que los ciclos cuyo pago se reclaman por esta vía no fueron tenidos en cuenta para calcular el monto de la indemnización sustitutiva.

De acuerdo con lo expuesto, se debió revocar en su integridad la decisión de primer grado, para en su lugar absolver a Colpensiones de las pretensiones de la demanda.

Queda así salvado mi voto.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Ponente