

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	DIABER JOSÉ IBARRA MOSQUERA
DEMANDADOS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
RADICACIÓN:	76001 31 05 017 2018 00266 01
JUZGADO DE ORIGEN:	DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACIÓN Y CONSULTA – PENSIÓN DE VEJEZ
MAGISTRADO PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 97

Santiago de Cali, treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Conforme lo previsto en el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados ANTONIO JOSE VALENCIA MANZANO, GERMAN VARELA COLLAZOS y MARY ELENA SOLARTE MELO quien la preside, previa deliberación en los términos acordados en la Sala de Decisión, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y el recurso de apelación interpuesto por la entidad contra la sentencia No. 45 del 21 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 442

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende el reconocimiento y pago de pensión especial de vejez por hijo invalido, a partir del 31 de enero de 2018, intereses moratorios o en subsidio indexación, y costas.

Como sustento de sus pretensiones señala que:

- i) El demandante nació el 9 de febrero de 1962; cotiza al RPM desde el 28 de marzo de 1989, contando con 1439,29 semanas cotizadas.
- ii) Es padre de IVÁN ANDRÉS IBARRA DÍAZ, nacido el 12 de agosto de 1986, siendo calificado el 23 de septiembre de 2016, con una pérdida de capacidad laboral del 65% de origen común, con fecha de estructuración del 12 agosto de 1986.
- iii) El hijo del demandante padece retraso mental grave, lo que le impide atender sus propios cuidados, necesitando la ayuda de otras personas para procurar satisfacer las demandas propias de la enfermedad.
- iv) Al completar las 1300 semanas, tomó la decisión de no laborar y dedicarse al cuidado exclusivo de su hijo.
- v) El 31 de enero de 2018 solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez, por ser padre de cabeza de hogar a cargo de hijo en estado de invalidez.
- vi) Mediante resolución SUB 39772 del 13 de febrero de 2018, COLPENSIONES negó la prestación, argumentó que no demostró que su cónyuge no se encontraba laborando y tampoco manifestó un total abandono del hogar por parte de su pareja y de las responsabilidades que le corresponden como madre.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES.

La apoderada judicial de la administradora, manifiesta que no le constan la mayoría de los hechos.

Se opone a todas y cada una de las pretensiones y propone como excepciones de fondo las que denominó: *“Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, legalidad del acto administrativo, buena fe de la entidad demandada, innominada o genérica, prescripción”*.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 45 del 21 de marzo de 2019 DECLARÓ no probadas las excepciones. CONDENÓ a COLPENSIONES a reconocer y pagar pensión especial de vejez por hijo inválido, a partir del 31 de enero de 2018, en cuantía de un salario mínimo, por 13 mesadas anuales, con retroactivo entre el 31 de enero de 2018 y el 28 de febrero de 2019, por \$11.031.136. CONDENÓ a COLPENSIONES a reconocer y pagar intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 1 de junio de 2018 hasta que se efectuó el pago de la obligación. AUTORIZÓ el descuento de aportes al sistema de seguridad social en salud.

Consideró la *a quo* que:

- i) El demandante nació el 9 de febrero de 1962.
- ii) IVÁN ANDRÉS IBARRA DÍAZ, nacido el 12 de agosto de 1986, hijo del actor y la señora DORIS DIAZ GALÍNDEZ, fue calificado con una PCL del 65%, de origen común, con fecha de estructuración del 12 de agosto de 1986.
- iii) El demandante cuenta con un total 1439,59 semanas cotizadas al 31 de diciembre de 2017, para cuando se observa novedad de retiro.
- iv) COLPENSIONES argumenta que la evaluación de PCL tenía validez en sede administrativa pero no en sede judicial. En virtud de lo dispuesto en los Decretos 1352 de 2013 y 1506 de 2014 la NUEVA EPS es competente para calificar la PCL, contando COLPENSIONES con la posibilidad de controvertir el dictamen, lo que no ocurrió, por tanto, este es plenamente valido.
- v) El demandante supera las 1300 semanas de cotización.
- vi) La figura del padre trabajador, creada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no puede ser homologable con la del padre cabeza de familia, siendo una figura propia del derecho de la seguridad social.
- vii) La dependencia es netamente económica y no afectiva.

- viii) Los testigos manifestaron que el demandante ha velado por el bienestar de su hijo desde que nació, siempre estuvo a cargo de los gastos del hogar; que su esposa no trabaja o lo ha hecho de forma esporádica debido a la enfermedad del IVÁN ANDRÉS IBARRA DÍAZ.
- ix) La madre de IVÁN ANDRÉS IBARRA DÍAZ, indicó que la enfermedad de su hijo es desde nacimiento, que no puede realizar actividades por sí mismo y que la decisión de retirarse del trabajo el demandante obedece a la alternancia en su cuidado.
- x) Indicaron que tienen partes del inmueble arrendado, dinero que esta en cabeza de DORIS DIAZ GALÍNDEZ, para sufragar algunos gastos del hogar.
- xi) Se demostró que el demandante ha provisto el dinero para sustentar su hogar, por lo cual IVÁN ANDRÉS IBARRA DÍAZ ha dependido económicamente de él.
- xii) La manutención del hogar se deriva de lo que perciben de arriendo y la reventa de artículos, participando la señora Galíndez de la actividad económica del hogar; no obstante, esta situación no es relevante para la configuración del derecho, pues que la dependencia no sea absoluta no limita el derecho.
- xiii) La prestación se reconocerá a partir de la reclamación administrativa 31 de enero de 2018, en un monto equivalente al salario mínimo, sin que opere la prescripción.
- xiv) Se reconocen intereses moratorios a partir del 1 de junio de 2018.

RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

El apoderado de COLPENSIONES interpone recurso de apelación argumentando que no se cumplen los requisitos para acceder a la prestación; dice que el demandante no acredita la calidad de padre cabeza de familia, siendo casado y compartiendo con su esposa los gastos de su hijo, es decir, que la dependencia económica no es exclusiva. Manifiesta que la cónyuge del actor trabaja, tiene un negocio de lácteos, por lo que también contribuye económicamente a los gastos

del hogar y además es ella quien recibe los dineros del arriendo de inmuebles y los aporta al hogar.

Se estudia también en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES -artículo 69 CPTSS, modificado por el artículo 14, Ley 1149 de 2007-.

TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por un término de cinco (5) días para que presenten alegatos de conclusión.

Presentaron alegatos de conclusión, COLPENSIONES solicitando se la absuelva de las pretensiones y la parte demandante solicitando se confirme la decisión.

Cabe anotar que los alegatos de conclusión no se constituyen en una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado ante el a quo.

2. CONSIDERACIONES

No advierte la sala violación de derecho fundamental alguno, así como tampoco ausencia de presupuestos procesales que conlleven a una nulidad.

2.1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala resolver si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial prevista en el inciso 2 del parágrafo 4 del Art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el Art. 9 de la Ley 797 de 2003, para lo cual se debe estudiar si el actor demostró cumplir los requisitos previstos en dicha norma para acceder a la prestación; de ser así se procederá a liquidar la prestación junto con el retroactivo a que haya lugar. También se debe analizar si procede el reconocimiento de intereses moratorios y se ha operado la prescripción.

2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia **se modificará**, por las siguientes razones:

Para acceder a la pensión especial de vejez de que trata el artículo 33, parágrafo 4 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003¹, se requiere adicional al cumplimiento de semanas de cotización, en primer lugar, comprobar que el hijo del afiliado(a) trabajador, padece de invalidez física o mental, debidamente calificada; en segundo lugar, que éste dependa de su progenitor o progenitora. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del **30 de noviembre de 2016**, radicación 47492, SL17898-2016, en lo concerniente a la dependencia económica y frente al concepto de “*madre o padre cabeza de familia*”, expresó:

“Tal beneficio especial, se otorga con el fin de que la madre o el padre de un hijo con un grado alto de vulnerabilidad, pueda compensar mediante el cuidado personal sus insuficiencias y colaborarle en el proceso de rehabilitación. Así pues, esta prestación tiende a favorecer a las personas afectadas por una minusvalía, quienes dentro del sistema jurídico colombiano merecen una especial protección conforme lo ordenan las disposiciones constitucionales y lo imponen las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia al suscribir tratados como la Convención Interamericana sobre los Discapacitados, aprobada mediante la Ley 762 de 2002.

En esa línea, para acceder a la prestación han de cumplirse tres condiciones:

- 1) que la madre o el padre haya cotizado al Sistema General de Pensiones **cuanto menos, el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez;***
- 2) que el hijo sufra una invalidez física o mental, debidamente calificada;*
- 3) que la persona discapacitada sea dependiente económicamente de su madre o de su padre, según fuere el caso.*

A su vez, la disposición establece como condición de permanencia dentro de este régimen especial de pensión de vejez:

- 1) que el hijo permanezca en esa doble condición: afectado por la invalidez y dependiente de la madre o el padre, y*
- 2) que el progenitor no se reincorpore a la fuerza laboral.*

¹**PARÁGRAFO 4o.** Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley [100](#) de 1993.

<Apartes subrayados, en letra itálica, y subrayados y en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles. Aparte tachado INEXEQUIBLE>
La madre trabajadora cuyo hijo ~~menor de 18 años~~ padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como *dependiente* de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, *siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez.* Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo.

En el sub lite, le corresponde a la Sala analizar el tercero de los requisitos de acceso reseñados y, para el efecto, considera preciso acudir a los antecedentes legislativos de la norma que los contiene como herramienta hermenéutica para dilucidar su sentido original.

Así, se ha de advertir que en la exposición de motivos que acompañó la presentación del proyecto 98 de 2002 - Senado², se señaló que el objetivo de la norma era concederle el beneficio de esta especial pensión de vejez, a la madre responsable de la manutención del hijo afectado por una invalidez física o mental, con el fin de facilitarle su acompañamiento y, en esa medida, propender por su cuidado y rehabilitación.

En tal perspectiva, se tiene que con dicha prestación especial se busca relevar al padre o la madre, del esfuerzo diario de obtener ingresos para la subsistencia no solo de su hijo sino también la propia, pues al beneficiarse de tal prestación se asegura el flujo monetario que le posibilitará compensar con su cuidado personal las insuficiencias de este último.

*Y es precisamente, en ese sentido que la dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor que persigue la pensión especial, constituye uno de los condicionamientos para acceder a la misma. Sin embargo, para la Sala, contrario a lo entendido por Tribunal, tal exigencia no puede ser equiparada al concepto de «madre cabeza de familia» que, conforme al punto 1.3 del artículo 1 del Decreto 190 de 2003, corresponde a: «Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos **que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas**, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada» (resalta la Sala).*

Lo anterior, por cuanto de la lectura desprevenida de esa última disposición, es dable concluir que deben converger dos situaciones para que las madres puedan ser catalogadas como «cabeza de familia». La primera, que sus hijos (menores o inválidos) dependan económicamente de ella y, la segunda, que tal subordinación financiera sea «exclusiva» o, lo que es igual, que sea la única proveedora de ingresos monetarios para el sostenimiento de sus descendientes.

Sin embargo, esa exigencia no se incluyó en la norma que establece la pensión especial pretendida en este asunto, pues en ninguno de sus apartes se refirió en sentido estricto a la calidad de madre cabeza de familia ni tampoco incluyó el requisito de «exclusividad» a que se hizo referencia. (...)

Así las cosas, con fundamento en estas enseñanzas jurisprudenciales, procede la Sala a establecer si se cumplen los requisitos para acceder a la prestación.

A folio 4 reposa registro civil de nacimiento de IVÁN ANDRÉS IBARRA DIAZ, del que se desprende que nació el 12 de agosto de 1986 y es hijo del demandante DIABER JOSÉ IBARRA MOSQUERA, acreditándose su condición de hijo del afiliado.

² Gaceta del Congreso N° 428 de 11 de octubre de 2002, pág. 1 a 5.

Por medio de dictamen del 15 de diciembre de 2016, la NUEVA EPS calificó la pérdida de capacidad laboral de IVÁN ANDRÉS IBARRA DIAZ, determinándola en un porcentaje del 65%, de origen común y fecha de estructuración el 12 de agosto de 1986, es decir desde su nacimiento, por discapacidad mental, indicando un grado de severidad profunda (fl. 5-8).

De los testimonios rendidos en audiencia pública por parte de DELIS GUTIÉRREZ MUÑOZ y ROSALBA VIVEROS, así como de la declaración de la madre de IVÁN ANDRÉS IBARRA DIAZ, DORIS DIAZ GALÍNDEZ, es posible establecer que durante el tiempo que el actor laboró de manera formal, aportó los recursos económicos para el sostenimiento del hogar, siendo apoyado para ello con el trabajo informal que lleva a cabo su esposa DORIS DIAZ GALÍNDEZ, situación que no rompe el nacimiento del derecho, pues como ya se refirió en la sentencia SL17898-2016, no se requiere la dependencia económica total o absoluta respecto del afiliado. En similar sentido, se pronunció el Alto Tribunal recientemente en sentencia SL 739 – 2021, en la cual sostuvo:

“Contrario a lo entendido por el Tribunal, la exigencia de la dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor que demanda la pensión especial de vejez, no puede equipararse al concepto de madre o padre cabeza de familia, ya que la norma no incluyó como requisito la exclusividad o la subordinación única del hijo frente a la madre o padre trabajador, en la medida que para la Corte, atendiendo el espíritu teleológico de la norma, la interpretación de dicho requisito, debe ser observado en los términos que se consagra la manutención de los hijos menores o incapacitados, la cual se encuentra a cargo de ambos padres (Numeral 7.º art. 42 de la Constitución Política y art. 413 del CC), y en tal sentido, es que dicha pensión, persigue que uno de ellos pueda dedicarse al cuidado de su descendiente inválido, sin perjuicio del ingreso económico indispensable para la supervivencia, tanto del hijo como de su padre o madres, según el caso.

Ahora, en cuanto al cuidado exclusivo del hijo inválido por parte del asegurado que aspira a la pretensión, como requisito, debe reiterarse, que no es posible imponer exigencias adicionales no previstas en la ley, pues ello agrava y obstaculiza el acceso a tal prerrogativa en detrimento del derecho del asegurado y de sus hijos en condición de discapacidad, que valga resaltar, son sujetos de especial protección.”

Así las cosas, concluye la Sala que se encuentra acreditada la dependencia económica de IVÁN ANDRÉS IBARRA DIAZ respecto de su padre DIABER JOSÉ IBARRA MOSQUERA.

Según información contenida en la historia laboral (fl. 95-104) es posible establecer que el demandante supera las 1300 semanas de cotización, densidad exigida por la Ley 797 de 2003, para acceder a pensión de vejez en el régimen de prima media. Por lo que se encuentran cumplidos todos los requisitos para acceder a la prestación pretendida.

No hay lugar a estudiar el monto de la prestación, pues se reconoció en monto equivalente al salario mínimo, sin que sea posible disminuir dicho monto por la garantía de pensión mínima ni mucho menos elevarlo, pues se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES. Se se actualizará la condena al 31 de octubre de 2021.

No opera el fenómeno prescriptivo sobre las mesadas pensionales. El derecho se consolidó el 31 de enero de 2018, fecha en que se realizó la reclamación (fl. 21), la demanda se presentó el 15 de mayo de 2018 (fl. 41), sin que transcurra el término trienal establecido en los artículos 488 CST y 151 CPTSS -

Conforme a lo expuesto COLPENSIONES debe pagar al demandante la suma de **CUARENTA MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA Y DOS PESOS (\$40.663.152)**, por concepto de retroactivo de pensión especial de vejez por hijo invalido, por mesadas causadas desde el 31 de enero de 2018 al 31 de octubre de 2021.

DESDE	HASTA	VARIACION	#MES	MESADA CALCULADA	RETROACTIVO
31/01/2018	31/12/2018	0,0318	12,03	\$ 781.242	\$ 9.400.945
1/01/2019	31/12/2019	0,0380	13,00	\$ 828.116	\$ 10.765.508
1/01/2020	31/12/2020	0,0161	13,00	\$ 877.803	\$ 11.411.439
1/01/2021	31/10/2021		10,00	\$ 908.526	\$ 9.085.260
TOTAL RETROACTIVO					\$ 40.663.152

A partir del 1 de noviembre de 2021, continuar pagando una mesada por valor de **NOVECIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS VEINTISÉIS PESOS (\$908.526)**

Respecto a reconocimiento de los intereses moratorios del Art. 141 de la Ley 100 de 1993, conforme al parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, las entidades de seguridad social tienen un periodo de gracia de cuatro (4) meses para el reconocimiento y pago de la prestación.

La reclamación de pensión se presentó el 31 de enero de 2018 (fl. 21), por lo que el término de gracia terminaría el 31 de mayo de 2018, causándose intereses desde el 1 de junio de ese mismo año³, tal como se determinó en primera instancia.

Conforme a lo expuesto se modificará la decisión, condenando en costas a COLPENSIONES por la no prosperidad de la alzada. No se causan costas por la consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No. 45 del 21 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar al señor **DIABER JOSÉ IBARRA MOSQUERA**, de notas civiles conocidas en el proceso, la suma de **CUARENTA MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA Y DOS PESOS (\$40.663.152)**, por concepto de retroactivo de pensión especial de vejez por hijo invalido, por mesadas causadas desde el 31 de enero de 2018 al 31 de octubre de 2021.

A partir del 1 de noviembre de 2021, continuar pagando mesada pensional en la suma de **NOVECIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS VEINTISÉIS PESOS (\$908.526)**.

³ CSdeJ, SCL, **sentencia del 07 de septiembre de 2016**, radicación 51829, SL13670-2016, MP Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas: *“El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación que le introdujo el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, dispuso que los fondos deben reconocer la pensión en tiempo no superior a cuatro meses después de radicada la solicitud por el peticionario. En otras palabras, el término máximo de que disponen esos fondos para reconocer la pensión de vejez es de cuatro meses después de presentada la solicitud. Vencido dicho término, entran en mora y deben pagar los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que es del siguiente tenor: (...) El precepto transcrito dispone que los intereses se causan sobre el importe de la obligación. No distingue entre mesadas causadas con anterioridad a la presentación de la solicitud de pensión ni las surgidas después de dicha presentación. Por tanto, al referirse al importe de la obligación a cargo de los fondos, comprende todas las mesadas causadas hasta que se reconoce la prestación. (...)”*

- CSdeJ, SCL, **sentencia del 06 de mayo de 2015**, radicación 46059, SL5702-2015, MP. Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas

Confirmar en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la Sentencia No. 45 del 21 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho un valor de \$1.000.000. **Sin costas** por la consulta. Las costas impuestas serán liquidadas conforme el Art. 366 del C.G.P.

CUARTO.- NOTIFÍQUESE esta decisión mediante inserción en la página web de la Rama Judicial. <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-006-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/16>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARY ELENA SOLARTE MELO

Con firma electrónica


ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO


GERMAN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

Mary Elena Solarte Melo
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 006 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **98cd233e01b7da4de3b99185cc2a1fbadcccb7532c0c65a1a381ad94e9cd51e0**

Documento generado en 30/11/2021 01:31:11 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>