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: Apelación.

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Óscar Tadeo Díaz Gutiérrez.

Demandado: Colpensiones.

Radicación Nº. 66001-31-05-002-2017-00042-01

Tema a tratar:

**TEMAS: PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO INVÁLIDO / REQUISITOS / DEPENDENCIA ECONÓMICA / NO SE EXIGE QUE ÉSTA SEA EXCLUSIVA RESPECTO DEL PADRE QUE RECLAMA LA PENSIÓN.**

En lo que corresponde a la pensión especial de vejez por hijo invalido se requiere que: i) el afiliado sea progenitor (a) de hijo que sufra una invalidez física o mental, debidamente calificada, sin importar la edad; ii) que el descendiente dependa económicamente del padre o madre trabajador (a); iii) que el afiliado cotice al sistema general de pensiones el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media con prestación definida para acceder a la pensión de vejez, sin parar mientes en la edad que tenga y iv) dicha pensión será disfrutada hasta que desaparezcan las condiciones que dieron lugar a ella y se suspende si el progenitor se reintegra a la fuerza laboral.

En cuanto al presupuesto de la dependencia económica, el órgano de cierre de esta especialidad, ha sido reiterativo en establecer que la condición de madre o padre cabeza de familia no exige como un requisito indispensable una dependencia económica exclusiva o absoluta del hijo inválido respecto de su progenitor; en tanto le corresponde a los dos padres la custodia y cuidado de los hijos menores e inválidos, como la obligación de atender su sostenimiento y manutención; por lo mismo no puede exigirse para acceder a esta prestación que el reclamante sea el único quien de forma exclusiva y absoluta tenga a cargo el cuidado personal del hijo discapacitado, con prescindencia de cualquier otro miembro del grupo familiar, inclusive del otro progenitor.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los doce (12) días del mes de febrero de dos mil diecinueve (2019), siendo las nueve y treinta de la mañana (09:30 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación de la sentencia emitido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el 02 de mayo de 2018, dentro del proceso iniciado por Óscar Tadeo Díaz Gutiérrez en contra de Colpensiones, radicado 66001-31-05-002-2017-00042-01.

**ANTECEDENTES**

**1. Síntesis de la demanda.**

Pretende el actor que se reconozca la Pensión especial de vejez por hijo inválido, a partir del 01-03-2016 e intereses de mora.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) es padre de Sara Johana Díaz Buriticá, quien tiene una PCL del 55%, estructurada el 06-11-2002 (sic); dictaminada por el médico laboral de Colpensiones emitido el 16-11-2015; quien por ello depende de él;

(ii) Convive con su compañera permanente Luz Marina Buriticá Holguín, quien depende también económicamente de él y no puede laborar al padecer C20X Tumor maligno del recto y Adenocarcinoma endometrial diferenciado;

(iii) Reúne 1392 semanas en su historia laboral y certificado laboral, por lo que solicitó el 17-03-15 se corrigiera;

(iv) El 01-03-2016 solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo inválido, que se negó el 17-05-2016 por considerar que no acreditó la calidad de padre cabeza de familia, decisión que recurrida se confirmó el 13-07-2016.

La Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- se opuso a la totalidad de las pretensiones; como fundamento de su defensa argumentó que el demandante no cumple con los requisitos legales establecidos para acceder a la pensión especial de padre cabeza de familia por hijo inválido, al dejar de demostrar la dependencia económica de la hija afectada y estar bajo su cuidado.

Formuló las excepciones de “inexistencia de la obligación”; “buena fe”; “imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”; “innominada” y “prescripción”.

**2. Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito ordenó a Colpensiones pagar al actor la pensión especial de vejez por hijo inválido a partir de la fecha de retiro del sistema pensional y de su actividad laboral, junto con los intereses moratorios a partir de tal fecha; mesada que se liquidará teniendo en cuenta hasta la última cotización y tasa de reemplazo que corresponda conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

Conclusión a la que arribó al encontrar que el actor para el 30-11-2017 reúne 1340,29 semanas, a las que sumadas 78 semanas de tiempo público de prestación de servicios para el Ministerio de Defensa Nacional, desde el 01-06-81, hasta el 30-06-82 y 38,59 semanas de mora de empleadores, que alcanza un total de 1456,89 semanas, siendo el mínimo 1300.

Adicionalmente, se demostró que el demandante ostenta la calidad de padre cabeza de familia, dependiendo de él su hija, dada su condición de inválida, con fecha de estructuración del 06-11-2002 de origen común.

De otro lado se aportó la historia clínica de la señora Luz Marina Buriticá Holguín, de quien se determinó una enfermedad catastrófica, por lo que está imposibilitada para ocuparse de su hija.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

El apoderado judicial de Colpensiones inconforme con la decisión la apeló, y expuso que a pesar de tener el actor la calidad de padre cabeza de hogar, no reposa prueba documental que demuestre que la madre por su enfermedad tenga una incapacidad física, sensorial, psíquica o deficiencia sustancial que le impida el cuidado de su hija Sara Johana Díaz Buriticá.

**4. Grado jurisdiccional de consulta**

Como la anterior decisión, resultó adversa a los intereses de Colpensiones se ordenó el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo dispone en artículo 69 del C.P.L.

**CONSIDERACIONES**

**1. De los problemas jurídicos**

¿Logró el demandante acreditar los requisitos necesarios, para acceder a la pensión especial de vejez por hijo inválido, especialmente el atinente a la dependencia económica?

**1.1 Tesis**

El demandante sí acreditó los requisitos para acceder la pensión especial de vejez por hijo inválido, incluida la dependencia de su hija Sara Johana para con él.

**2. Solución al interrogante planteado**

**2.1. De los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez, conforme a la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.**

**2.1.1 Fundamento jurídico**

El parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 introdujo las subvenciones al sistema general de pensiones denominadas pensión anticipada de vejez por invalidez y pensión especial de vejez por hijo inválido, que se caracterizan por ser especialísimas, pues tienen como propósito salvaguardar a los sujetos de especial protección como son las personas en estado de discapacidad.

En lo que corresponde a la **pensión especial de vejez** por hijo invalido se requiere que: *i)* el afiliado sea progenitor (a)[[1]](#footnote-1) de hijo que sufra una invalidez física o mental, debidamente calificada[[2]](#footnote-2), sin importar la edad[[3]](#footnote-3); *ii)* que el descendiente dependa económicamente del padre o madre trabajador (a)[[4]](#footnote-4); *iii)* que el afiliado cotice al sistema general de pensiones el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media con prestación definida para acceder a la pensión de vejez, sin parar mientes en la edad que tenga y *iv)* dicha pensión será disfrutada hasta que desaparezcan las condiciones que dieron lugar a ella[[5]](#footnote-5) y se suspende si el progenitor se reintegra a la fuerza laboral.

En cuanto al presupuesto de la dependencia económica, el órgano de cierre de esta especialidad[[6]](#footnote-6), ha sido reiterativo en establecer que la condición de madre o padre cabeza de familia no exige como un requisito indispensable una dependencia económica exclusiva o absoluta del hijo inválido respecto de su progenitor; en tanto le corresponde a los dos padres la custodia y cuidado de los hijos menores e inválidos, como la obligación de atender su sostenimiento y manutención; por lo mismo no puede exigirse para acceder a esta prestación que el reclamante sea el único quien de forma exclusiva y absoluta tenga a cargo el cuidado personal del hijo discapacitado, con prescindencia de cualquier otro miembro del grupo familiar, inclusive del otro progenitor.

Entonces, la pensión especial de vejez por hijo inválido se causa cuando se alcanza las semanas exigidas en el sistema de seguridad social para pensionarse, junto con los demás requisitos; pero se disfruta cuando se hace exigible, que lo es al momento en que la persona afiliada deje de trabajar, en otras palabras, cuando la madre o el padre del hijo discapacitado se dedique de manera exclusiva a sus cuidados; como se desprende no solo del propósito de esta pensión, sino de la circunstancia que lleva a la suspensión del pago de esta pensión, que lo es la reincorporación a la fuerza laboral, en este sentido se ha pronunciado nuestra superioridad[[7]](#footnote-7).

**2.1.2 Fundamento fáctico**

Revisado el caudal probatorio, encuentra la Sala que el demandante logró acreditar todos los requisitos para adquirir esta pensión especial; al demostrarse con el registro civil de nacimiento de Sara Johana Díaz Buriticá, que es hija del demandante, quien en la actualidad cuenta con 30 años de edad, al ser su natalicio el 6-10-1988 (fl.189) y tener una PCL del 55%, con fecha de estructuración 06-10-2002; al padecer Esquizofrenia indiferenciada, crónica con mal pronóstico, difícil manejo, requiere de terceras personas para que decidan por ella, enfermedad que es progresiva; todo lo dicho según lo dictaminó el médico laboral de Colpensiones el 16-11-2015 (fl.111 y s.s); por lo que no queda duda que la señora Sara Johana Díaz Buriticá tiene la condición de hija invalida.

En relación con las semanas cotizadas, se demostró que el señor Óscar Tadeo Díaz Gutiérrez reúne a la fecha de presentación de la reclamación 01/03/2016, fecha posterior a la emisión del dictámen, 1.306,97 semanas cotizadas, superando las 1300 exigidas por la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, al no ser beneficiario del régimen de transición.

Lo anterior se afirma, por cuanto, hay lugar a agregar a los 1250,25 septenarios cotizados hasta la fecha atrás mencionada y que reposan en la HL actualizada al 03/01//2018 (fl.197 a 199), no solo el tiempo público servido como miembro de la Armada Nacional del mes de junio de 1981 al mes de junio de 1982, que totalizan 55.72 semanas, no 78 como lo dijo la primera instancia, y del que da cuenta el certificado laboral (fl. 55, 57 y 59 c.1); sino también 1 semana por el ciclo de julio de 2000 por contabilizarse 23 de los 30 días reportados, presuntamente por un descuento por mora, consecuencia que no puede radicarse en cabeza del afiliado.

Sin que puedan añadirse otras semanas por esta misma circunstancia en razón a los hallazgos de la Sala para los ciclos de marzo de 1996, marzo, abril y junio de 1997, septiembre y octubre de 2000, septiembre de 2006, al conocerse este asunto en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Igual ocurre con respecto a los ciclos de agosto del 2000, enero, febrero, abril, junio, julio y octubre de 2011 y febrero de 2012, al no acreditarse vínculo laboral que justifique su pago, en tanto las cotizaciones anteriores y posteriores a las faltantes; realizadas por Atempi Ltda. y Emposer Ltda., dada su naturaleza de EST[[8]](#footnote-8), impide inferir con certeza como se ha hecho en otras oportunidades, la existencia de una relación de trabajo ininterrumpida y por ende, la configuración de mora patronal. Precisamente porque son de la esencia de las EST las interrupciones en el servicio de las personas que para ellas laboran, muy a pesar de no existir la anotación de retiro; por lo anterior no se comparte lo concluido por la primera instancia en este aspecto.

Entonces el señor Díaz Gutiérrez aglutinó 1397,01 semanas al 30-11-2017, de las cuales 1306,97 lo fueron a la presentación de la reclamación administrativa y no como lo dijo la jueza para el 01/11/2015 fecha de emisión del dictamen de PCL de la hija del actor.

Finalmente, respecto al punto álgido, atendiendo el argumento de la apelación, también se probó que es el señor Óscar Tadeo Díaz Gutiérrez, quien tiene a su cargo la obligación de mantener a su familia, integrada por su hija Sara Johana Díaz Buriticá y esposa Luz Marina Buriticá Holguín, al ser el único que deriva ingresos de su trabajo, lo que se corrobora con la información del RUAF (fl.126) y lo declarado por Luis Javier Blandón Cristancho, compañero de trabajo, quien precisó que la señora Luz Marina, esposa del actor, se dedicaba a las labores del hogar y ahora no puede hacer nada por su enfermedad; en el mismo sentido declaró María Gladys Peláez Beltrán, vecina y amiga de la pareja, quien indicó que cuando Luz Marina estaba aliviada trabajaba en peluquería por domicilio, pero ahora no lo puede hacer; refiriéndose a su estado de salud.

Sin que esta situación cambie por vivir en la misma casa de habitación su otro hijo Oscar David, quien es mayor de edad y se sostiene con su trabajo y que es poco lo que recibe, según la madre; de lo que se desprende que no contribuye al sostenimiento de sus padres.

Además, no hay duda que Sara Johana dada su patología, la que padece desde que tenía 14 años, nunca ingresó al mercado laboral, lo que justifica que sus padres, en este caso el actor, sea quien deba velar por su sostenimiento económico, obligación constitucional y legal (art. 42 CP y 413 CC), recayendo, dadas las circunstancias atrás mencionadas, en el padre, de manera exclusiva la atención económica.

Ahora, frente a su cuidado personal, si bien lo ha prodigado la madre, al permanecer en el hogar, esa sola circunstancia no desvirtúa la dependencia de la joven Sara Johana para con el actor; por cuanto, desde el año 2015 no lo puede hacer aquella en la forma que lo requiere su hija, al cambiar la situación personal de la progenitora desde tal data, momento en el que se le diagnosticó cáncer en el endometrio y en el recto, por lo que ha recibido tratamientos continuos y cirugías, como se observa en su historia clínica y lo corrobora la declaración de María Gladys Peláez Beltrán, al apuntar que ha percibido por sus sentidos que la señora Luz Marina ha tenido 3 cirugías, realizado quimios, con hospitalizaciones entre 3 y 4 días; quien actualmente está delicada y recibiendo quimioterapia; adicional a consultas psicológicas debido al trastorno de ansiedad generalizada que surgió luego del diagnóstico. Último reporte octubre de 2016, documento que se aportó con la demanda incoada en enero de 2017; sin que se pueda valorar el documento que obra a folios 171 y 172 consistente en historia clínica del primer trimestre de 2017, al no constar su procedencia y menos se decretó como prueba (fls.121 a 167).

Condición que la ha imposibilitado para seguir dándole el cuidado que su hija requiere, en tanto debe atender con regularidad citas médicas y tratamientos, además por las molestias físicas que tal estado le produce; lo que la ha obligado en caso de no contar con la presencia de su esposo a acudir a la solidaridad de sus vecinos para que cuiden a su hija e incluso tenerla que dejar bajo llave, como lo afirman la señora María Gladys Peláez y la misma madre, ello cuando el actor no ha podido abandonar su trabajo para asumir el cuidado; que no en pocas ocasiones, lo ha tenido que hacer para atender crisis de su hija, lo que ha percibido el compañero de trabajo Óscar Tadeo Díaz Gutiérrez.

Es así, que al ser el cuidado de los hijos un deber conjunto de los padres, no puede radicarse este solo en uno de ellos – madre-, dejando de lado las circunstancias particulares del hogar; de hacerse así, se desconocería la igualdad de facultades y deberes que le asisten al padre y la madre ante sus hijos menores o discapacitados, en este caso de una joven que requiere de un tercero para tomar decisiones y que tiene episodios donde atenta contra su integridad y de terceros como lo informan los testigos.

En suma, de acuerdo con lo anterior, para la Sala es claro que el actor causó la pensión especial de vejez por hijo inválido en el momento en que completó las 1300 semanas y se le dictaminó a la joven Sara Johana la PCL de más de 50%, en el 2015; sin embargo, esta será exigible desde que el demandante deje de trabajar, esto es, se dedique de manera exclusiva al cuidado de su hija, lo que se desconoce si ya sucedió, dado que quienes declararon en este proceso en el año 2017 manifestaron que para tal momento se encontraba laborando, además se registran cotizaciones no solo hasta noviembre de 2017 –fl. 199 según su historia laboral- con el patronal Compañía Transportadora, sino hasta septiembre de 2018 como se puede observar en el CD que fue solicitado en esta instancia y que fue acercado por Colpensiones y presentado en esta audiencia a las partes. Lo que además impide fijar el monto de la pensión, al tenerse que contabilizar hasta la última cotización para hallar su IBL y tasa de reemplazo, como lo dijo la primera instancia.

En lo que respecta a los intereses moratorios, al no resolverse en el término de 4 meses la reclamación (el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, en concordancia con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993) se genera su reconocimiento, pero como se desconoce la fecha en que comenzará a disfrutar la pensión el actor, entonces, solo hay lugar a este de resultar capital sobre el cual aplicarlo siempre que se incurra en mora, y no en la forma en que lo ordenó la primera instancia.

**CONCLUSIÒN**

Corolario, se confirmará la sentencia con la modificación en torno al momento en que se hagan exigibles los intereses y se condenará en esta instancia en costas a Colpensiones al fracasar su alzada.

**DECISIÒN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el 02 de mayo de 2018, dentro del proceso iniciado por Óscar Tadeo Díaz Gutiérrez en contra de Colpensiones, salvo el numeral tercero, que se modifica así:

**Tercero**. Condenar a Colpensiones a pagar a Oscar Tadeo Díaz Gutiérrez los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, de resultar capital sobre el cual liquidarlos y siempre que se incurra en mora, atendiendo lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONDENAR** en COSTAS esta instancia a Colpensiones por lo expuesto.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 Magistrado Magistrado

1. Corte Constitucional, C-989 de 2006, mediante el cual declaró exequible condicionalmente el término “madre”, en el entendido, que el beneficio pensional se hará extensivo al padre cabeza de familia con hijos inválidos que dependan económicamente de él [↑](#footnote-ref-1)
2. La calificación de la pérdida de la capacidad laboral deberá ser igual o superior al 50%, es decir, reúne los tres componentes: deficiencia, discapacidad y minusvalía. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, sentencia C-227 de 2004, mediante la cual se declaró inexequible la limitación de ser *“menor de 18 años”* de edad respecto al hijo inválido que traía originalmente la norma. [↑](#footnote-ref-3)
4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, sentencia SL 785-2013, Rad. 40517, seis (06) de noviembre de dos mil trece (2013), MP JORGE MAURICIO BURGOS RUÍZ; entiende esta expresión como el progenitor que “*(…) vive exclusivamente de su trabajo, en razón a que no cuenta con alternativa económica diferente a la de su actividad laboral, independientemente de si es trabajadora activa o no; cuyo ingreso pecuniario le es indispensable para la manutención de su hijo discapacitado”* [↑](#footnote-ref-4)
5. Muerte o ausencia de dependencia económica del hijo y rehabilitación del descendiente. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia SL17898-2016, Radicación n.° 47492, Acta 45, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, SL 785-2013, Rad. 40517, seis (06) de noviembre de dos mil trece (2013), MP JORGE MAURICIO BURGOS RUÍZ [↑](#footnote-ref-7)
8. Hecho notorio en este Distrito Judicial. [↑](#footnote-ref-8)