

TEMA: CARGA DE LA PRUEBA - Es un principio de derecho procesal, encaminado a establecer a cuál de los sujetos del proceso le concierne la aportación de las pruebas, y cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de dicha carga. / **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL PRE-PENSIONADO** - La condición de pre-pensionado no basta por sí sola para activar los mecanismos encaminados a la protección del principio de la estabilidad en el empleo, sino que, se precisa verificar en cada caso si hubo afectación de los derechos fundamentales del ex trabajador. /

HECHOS: La actora promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad demandada, en punto a obtener el reintegro al cargo que venía ejerciendo u otro de igual o superior jerarquía y de consiguiente, el reconocimiento de las acreencias laborales que se causaron desde el momento de su desvinculación y hasta tanto se verifique su reincorporación, en razón del fuero de pre-pensionada que detenta. El a quo decidió negar las pretensiones de la demanda, siendo está decisión objeto del recurso de apelación. Es tarea de la sala dilucidar si a la demandante le asiste el derecho al reintegro en razón de su condición de pre-pensionada o si la decisión del juez de primera instancia debe ser confirmada.

TESIS: En su criterio clásico la carga de probar se ha fijado en cabeza de quien afirma los hechos que fundamentan la procedencia del reconocimiento de los derechos debatidos, correspondiéndole al mismo, probar sus aserciones para que el juzgador establezca si es procedente el reconocimiento de los derechos que reclama, debiéndose desestimar sus pretensiones en caso de que los hechos no aparezcan probados en el proceso. El concepto prístino de la carga probatoria se compendia en el aforismo romano *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, según el cual, quien afirma un hecho debe probarlo, y quien lo niega, está libre de la carga de probar, regla procesal que guarda concordancia con las previsiones contenidas en el artículo 167 del CGP, aplicable por remisión analógica a los juicios del trabajo y de la seguridad social, en los términos previstos en el artículo 145 del CPTSS, y por cuya virtud, le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (...) La garantía de la estabilidad laboral reforzada implica para el (la) trabajador (a), bajo ciertas circunstancias, el poder de continuar desempeñando sus funciones, siempre que la causa que motivó la suscripción del contrato se mantenga vigente, y no existan razones que confluyan en la inviabilidad de su continuidad. El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada, se funda en diversas disposiciones de la Constitución, a saber: en el derecho a “la estabilidad en el empleo” (artículo 53 de la CP); en el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva” (artículo 13 de la CP); en que el derecho al trabajo “en todas sus modalidades” tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de “condiciones dignas y justas” (artículo 25 de la CP); entre otras. (...) La Corte Constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral reforzada para los pre-pensionados puede aplicarse, incluso, respecto de los trabajadores vinculados a una entidad del sector privado, al adocinar que “... la condición de pre-pensionado, como sujeto de especial protección, no necesita que la persona que alega pertenecer a dicho grupo poblacional se encuentre en el supuesto de hecho propio de la liquidación de una entidad estatal y cobija incluso a los trabajadores del sector privado que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión”, bajo el argumento de que el derecho a “... la estabilidad en el empleo consagrado en el artículo 53 Superior, cobija a todos los trabajadores tanto del sector privado como del público”. (...) Así las cosas, en principio, acreditan la condición de “pre-pensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3

años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión. Habida cuenta de esta última premisa jurisprudencial, la Sala educe que: (i) quienes están a tres años o menos de cumplir edad y semanas cotizadas, o (ii) quienes están a tres años o menos de completar las semanas, pero ya cuenta con la edad mínima, tienen la condición de pre-pensionados; y que, por el contrario, (iii) quienes están a tres años o menos de cumplir la edad, pero ya cuenta con las semanas mínimas requeridas, o (iv) quienes están a tres años o menos de cumplir la edad, pero a más de tres años de acumular las semanas requeridas, no cumplen la condición de pre-pensionados.

MP. VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

FECHA: 19/12/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA

SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-011-2021-00076-01 (O2-23-185)
Accionante: CLEMENCIA DUQUE CORREA
Accionada: COOMSOCIAL IPS S.A.S.
Procedencia: JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No. 203
Asunto: ESTABILIDAD LABORAL - PREPENSIONADO

En Medellín, a los diecinueve (19) días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés (2023), la **Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín**, integrada por los magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES, SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE y VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, quien actúa como Magistrado Sustanciador, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL conocido bajo el radicado único nacional 05001-31-05-011-2021-00076-01 (O2-23-185), instaurado por CLEMENCIA DUQUE CORREA en contra de COOMSOCIAL IPS S.A.S., con el fin de resolver el recurso de apelación que fuera propuesto por la litigiosa por activa contra la sentencia que fulminó la primera instancia, proferida el 02 de agosto de 2023 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín.

De conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, “[p]or medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones”, se adopta la decisión correspondiente mediante la presente providencia escrita, cuya ponencia fue previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

1. ANTECEDENTES

La señora CLEMENCIA DUQUE CORREA actuando a través de gestor judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad COOMSOCIAL IPS S.A.S., en punto a obtener el reintegro al cargo que venía ejerciendo u otro de igual o superior jerarquía y de consiguiente, el reconocimiento indexado de los salarios, prestaciones sociales y aportes al SSGS que se causaron desde el momento de su desvinculación y hasta tanto se verifique su reincorporación, en razón del fuero de pre-pensionada que detenta.

En respaldo de sus aspiraciones señaló que, inició a prestar sus servicios personales a favor de la COOPERATIVA MÉDICA SOCIAL COOMSOCIAL IPS CTA a partir del primer semestre del año 1995, para desempeñar el cargo de odontóloga. Que a partir del 1º de marzo de 2018,

se vinculó con la sociedad accionada a través de un contrato de trabajo a término fijo, desempeñando el mismo cargo y percibiendo como remuneración una suma mensual igual a \$ 3.706.500. Afirmó que, el pretense empleador le informó que el contrato de trabajo no sería renovado y por tanto, el vínculo contractual culminaría el 28 de febrero de 2019. En lo que respecta a la condición de pre-pensionada, relató que, se encuentra afiliada al RPMPD y acredita 1.102 semanas cotizadas, mismas que sumadas al tiempo de servicio prestado en la Dirección Seccional de Salud de Antioquia entre el 31 de diciembre de 1986 y el 1° de enero de 1988, alcanza un total de 1.153 semanas de las 1.300 requeridas para causar su derecho a la pensión por vejez, mientras que “[/]la sociedad demandada no se encuentra en proceso de liquidación, se encuentra desarrollando de forma normal su objeto social con el mismo personal de trabajo que igualmente realizan el trabajo de odontólogos”; por lo que considera le asiste derecho a sus pedimentos.

1.1. Trámite de primera instancia

La demanda se admitió el 28 de julio de 2022 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín (doc.04, carp.01), y se notificó a la encausada el 12 de agosto de esa misma anualidad (doc.05, carp.01), entidad que, al momento de dar respuesta al escrito incoativo, planteó oposición a la prosperidad de las súplicas instadas.

En su contestación, COOMSOCIAL IPS S.A.S. aceptó la fecha de terminación del contrato de trabajo, manifestando no constarle o no ser ciertos los demás hechos narrados en el libelo gestor. Como medios defensivos postuló las excepciones de falta de mérito para demandar, buena fe del demandado, prescripción y compensación (doc.06, carp.01).

1.2. Decisión de Primera Instancia

La controversia planteada se dirimió en primera instancia el 02 de agosto de 2023 (docs.12 a 13, carp.01), mediante sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, con la que absolvió a la convidada a juicio de los pedimentos formulados en su contra por la señora CLEMENCIA DUQUE CORREA, gravándola en costas.

En lo fundamental, el *a quo* estimó que la solicitante a la fecha de terminación del vínculo contractual con el dador de empleo no tenía la condición de pre-pensionada, puesto que le hacían falta más de 3 años para consolidar la densidad mínima de semanas establecida para acceder al derecho pensional, excluyendo el tiempo de servicio prestado en la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, al no generar bono pensional por ser inferior a 150 semanas. (minuto 02:01 a 28:48, doc.12, carp.01).

1.3. Recurso de Apelación

El poderhabiente judicial de la impulsora se mostró en desacuerdo con la decisión adoptada por el *a quo*, solicitando se revoque la misma y se accedan a los pedimentos formulados en el libelo genitor.

En lo sustancial, estima el opugnante que en la decisión de instancia el *a-quo* confunde el derecho a bono pensional con el tiempo de servicios prestados al Estado para contabilizar las semanas cotizadas por la señora DUQUE CORREA. En tal dirección, insiste en la necesidad de incluir en las semanas cotizadas el tiempo laborado en el sector público por la actora, indistintamente haya o no lugar a emitir un bono pensional por los servicios prestados y no cotizados a una administradora de fondo de pensiones o caja de previsión social (minuto 29:03 a 44:14, doc.12, carp.01).

1.4. Trámite de Segunda Instancia

El recurso de apelación fue admitido el 04 de agosto de 2023 (doc.02, carp.02), y mediante proveído de la misma fecha se corrió traslado a las partes para que, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, ejercieran su derecho a presentar alegaciones de conclusión por escrito, de considerarlo del caso; empero, los extremos litigiosos guardaron silencio.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el nodo activo, advirtiéndose que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CPTSS, el estudio de la sentencia impugnada deberá focalizarse en los puntos de inconformidad materia dealzada.

2.1. Problema jurídico

El *thema decidendi* en el asunto puesto a consideración de la Sala se concreta en dilucidar, si a la deprecante CLEMENCIA DUQUE CORREA le asiste derecho al reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior jerarquía, junto con el pago de las acreencias sociales reclamadas, de acuerdo con los lineamientos que sirven de sustento al reconocimiento de la garantía a la estabilidad laboral de los trabajadores considerados como pre-pensionados, efecto para el que habrá específicamente de establecerse el contenido y alcance de las disposiciones legales y jurisprudenciales que rigen la materia.

2.2. Sentido del Fallo – Tesis de la Sala

La Sala revocará la decisión de primer grado, considerando que como colofón del ejercicio ponderativo de las probanzas allegadas con la demanda, y los demás medios de convicción

incorporados y practicados en sede judicial, la sociedad COOMSOCIAL IPS transgredió las garantías constitucionales que le asisten a la ex trabajadora, concretamente a la estabilidad en el empleo, puesto que al trasluz de la Ley 790 de 2002 y la doctrina constitucional vertida en la sentencia SU-003 de 2018 proferida por la Corte Constitucional, la señora CLEMENCIA DUQUE CORREA, ostentaba la condición de pre-pensionada al momento de su retiro y se demostró la afectación de sus garantías *ius fundamentales*.

2.3. Solución del Problema Jurídico Planteado

La carga de la prueba es un principio de derecho procesal, encaminado a establecer a cuál de los sujetos del proceso le concierne la aportación de las pruebas, y cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de dicha carga; en su criterio clásico la carga de probar se ha fijado en cabeza de quien afirma los hechos que fundamentan la procedencia del reconocimiento de los derechos debatidos, correspondiéndole al mismo, probar sus aserciones para que el juzgador establezca si es procedente el reconocimiento de los derechos que reclama, debiéndose desestimar sus pretensiones en caso de que los hechos no aparezcan probados en el proceso.

El concepto prístino de la carga probatoria se compendia en el aforismo romano *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, según el cual, quien afirma un hecho debe probarlo, y quien lo niega, está libre de la carga de probar, regla procesal que guarda concordancia con las previsiones contenidas en el artículo 167 del CGP, aplicable por remisión analógica a los juicios del trabajo y de la seguridad social, en los términos previstos en el artículo 145 del CPTSS, y por cuya virtud, le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Previo a dirimir la litis planteada, se advierte que no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos establecidos en primera instancia: que la señora CLEMENCIA DUQUE CORREA prestó sus servicios personales a favor de la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia entre el 31-dic-1986 y el 01-ene-1988 (págs.45 a 48, doc.03, carp.01); que la actora prestó sus servicios personales a favor de la sociedad COOMSOCIAL IPS S.A.S. a partir del 1° de marzo de 2018, desempeñando el cargo de Odontóloga General y percibiendo como salario mensual una suma igual a \$ 3.706.500 (págs.15 a 17, doc.06, carp.01); que la relación de trabajo finiquitó por expiración del plazo pactado el 28 de febrero de 2019 (pág.35, doc.06, carp.01).

Adicionalmente, no se discute que el vínculo laboral existente entre la gestora y COOMSOCIAL IPS S.A.S. se mantuvo vigente hasta el 28 de febrero de 2019, data para la cual contaba con 1.102,71 semanas cotizadas al RPMPD (págs.49 a 62, doc.03, carp.01) y que a partir del año 2022, le fue reconocida la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES E.I.C.E. (minutos 29:23 a 29:46, doc.11, carp.01).

2.3.1. La Estabilidad Laboral Reforzada

A manera de introito argumental, la Sala subraya que, el derecho al trabajo ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como un valor esencial del Estado Social de Derecho, y por ello en el Preámbulo y los artículos 1º, 2º, 25, 39, 48, 55, 56 y 64 de la Constitución Política y el legislador se ocuparon de brindarle una protección especial, del que es titular toda persona para pretender y obtener un trabajo en condiciones dignas, no sólo como un mecanismo para asegurar el mínimo vital y la calidad de vida digna, sino también como un requisito esencial para la materialización de la libertad, la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad.

El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada, se funda en diversas disposiciones de la Constitución, a saber: en el derecho a *“la estabilidad en el empleo”* (artículo 53 de la CP); en el derecho de todas las personas que *“se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”* a ser protegidas *“especialmente”* con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad *“real y efectiva”* (artículo 13 de la CP); en que el derecho al trabajo *“en todas sus modalidades”* tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de *“condiciones dignas y justas”* (artículo 25 de la CP); en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (artículos 1º, 53, 93 y 94 de la CP, y en el deber de todos de *“obrar conforme al principio de solidaridad social”* (artículos 1º, 48 y 95 de la CP), a propósito de asegurarle al trabajador un mínimo de protección en punto a que su vínculo laboral no se fragmentará de forma abrupta y sorpresiva por una decisión arbitraria del empleador, de modo que, le garantice la permanencia en su empleo y limita la facultad unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, cuando dicha decisión está determinada por la situación de vulnerabilidad del trabajador.

La garantía de la estabilidad laboral reforzada implica para el (la) trabajador (a), bajo ciertas circunstancias, el poder de continuar desempeñando sus funciones, siempre que la causa que motivó la suscripción del contrato se mantenga vigente, y no existan razones que confluyan en la inviabilidad de su continuidad. Con tal objeto, el Estado colombiano, como signatario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), ratificó con el advenimiento de la Ley 319 de 1996, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); instrumento que en su canon 7 reconoce que el derecho al trabajo supone que todo individuo debe gozar del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, garantía que se concreta, entre otras disyuntivas, con el reconocimiento de una indemnización o la readmisión en el empleo u otra cualquiera prestación prevista por la legislación nacional.

Viene a propósito memorar lo anterior, a fin de denotar que, se dejó al arbitrio de los signatarios del mencionado tratado la obligación de establecer en el ordenamiento jurídico interno la alternativa o medida idónea en función de proteger la estabilidad en el empleo y morigerar los

efectos adversos del finiquito del nexo contractual sin justa causa. Así se desprende de lo asentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 1° de abril de 2008, radicado 31743:

La cláusula en comento como bien lo anota la oposición y lo entendió el Tribunal, no consagra directamente un derecho concreto en beneficio de los trabajadores despedidos injustamente sino que da la opción al Estado signatario, que en su legislación interna de entre varias medidas protectoras, adopte en el ámbito interno aquellas necesarias para lograr la efectividad de los derechos que se comprometió a proteger. “No es dable entender como lo hace el recurrente, que se pueda reclamar judicialmente en forma directa alguna de tales prerrogativas, pues se requiere la regulación por parte de la legislación interna para que opere la protección concreta del derecho. Y, no existe derecho distinto a reclamar de aquellos de los que haya dispuesto cada uno de los Estados que hubiere acogido el tratado internacional y en desarrollo de lo en ellos convenido”

Con fundamento en lo anterior, (i) se ha propugnado por la defensa del derecho de asociación, y por tanto, el legislador ha reconocido el fuero sindical del que gozan ciertos trabajadores sindicalizados o sindicatos (artículo 406 del CST), especialmente en contextos en los cuales con el despido se busca enervar la posibilidad de que, tanto el sindicato como sus miembros, ejerzan sus derechos (SU-1067 del 2000); (ii) se ha buscado salvaguardar el principio de la igualdad material, en el sentido de impedir, por vía legal (artículo 26 de la Ley 361 de 1997) y jurisprudencial (SU-049 de 2017 y SU-087 de 2022), que por la exclusiva razón de la discapacidad de una persona, esta sea discriminada y desvinculada de un empleo; (iii) se ha protegido, especialmente, a la mujer embarazada y a la madre cabeza de familia (artículo 43 de la CP), y **(iv) se ha establecido, prima facie, la imposibilidad de finalizar el contrato de quien está ad portas de cumplir los requisitos exigidos por ley para conformar el derecho pensional** (C-044 de 2004, T-768 de 2005, T-587 de 2008, T-729 de 2010, SU-897 de 2012, T-595 de 2016, SU-691 de 2017, SU-003 de 2018, T-500 de 2019, T-055 de 2020, entre otras).

En efecto, la Ley 790 de 2002, previó, con ocasión de la implementación de un Programa de Renovación para la Administración Pública, un mecanismo de salvaguardia especial, denominado retén social (artículo 12), con el propósito de atender la necesidad que existía de hacer eficiente el ejercicio de la administración pública, a través de su reducción y fortalecimiento (Proyecto de Ley 100 de 2002), sin sacrificar los derechos al trabajo, la seguridad social y mínimo vital de quienes, encontrándose en condición de vulnerabilidad, estuviesen prestando sus servicios en las entidades cuya estructura administrativa u orgánica sufriría modificaciones, protección que de manera basilar consistía, en que (i) las madres cabeza de familia, (ii) las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y **(iii) las personas próximas a pensionarse, debían ser mantenidos en sus cargos durante el mayor tiempo posible.**

No obstante, y a pesar de que la protección legal fue creada para los trabajadores que se encontraban en la situación descrita en el párrafo precedente, la jurisprudencia ha discurrido que la garantía de la estabilidad laboral reforzada para los pre-pensionados puede aplicarse en otro tipo de contextos u escenarios, como serían aquellos en que se haya desvinculado a

un servidor público por razones distintas a la prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, como la restructuración, fusión, o liquidación, pero únicamente respecto de las entidades públicas (CSJ SL-1452 del 07-04-2021), aspecto sobre el que resulta procedente remarcar que la sociedad COOMSOCIAL IPS S.A.S., pertenece al sector privado de la economía (págs.64 a 76, doc.03, carp.01; págs.21 a 34, doc.06, carp.01).

Pese a lo anterior, la Corte Constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral reforzada para los pre-pensionados puede aplicarse, incluso, respecto de los trabajadores vinculados a una entidad del sector privado, al adoctrinar que *“... la condición de prepensionado, como sujeto de especial protección, no necesita que la persona que alega pertenecer a dicho grupo poblacional se encuentre en el supuesto de hecho propio de la liquidación de una entidad estatal y cubija incluso a los trabajadores del sector privado que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión”, bajo el argumento de que el derecho a “... la estabilidad en el empleo consagrado en el artículo 53 Superior, cubija a todos los trabajadores tanto del sector privado como del público” (CC T-357 2016).*

2.3.1.1. La estabilidad laboral reforzada del pre-pensionado: Ahora bien, para determinar si un trabajador tiene la calidad de pre-pensionado, inicialmente bastaba con verificar si en los tres años siguientes a la fecha de su desvinculación, lograría adquirir la edad y la densidad mínima de semanas requeridas para acceder al derecho si estaba afiliado al RPMPD, o si obtendría el capital necesario para hacerse al beneficio pensional si se encontraba en el RAIS (CC SU-691 de 2017). Con todo ello, el alcance de dicha regla fue delimitado por la Sala Plena del máximo tribunal constitucional, para quienes se encuentran afiliados al régimen de primera media con prestación definida, en el sentido de indicar que *“... cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, la persona no podrá ser beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada del prepensionado dado que (i) el requisito de la edad podrá cumplirlo de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente y, en consecuencia, (ii) el empleador, con el despido, no está frustrando el acceso a la prestación de vejez (...). Así las cosas, en principio, **acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado**, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión (CC SU-0013 de 2018).*

Habida cuenta de esta última premisa jurisprudencial, la Sala educa que: (i) quienes están a tres años o menos de cumplir edad y semanas cotizadas, o (ii) quienes están a tres años o menos de completar las semanas, pero ya cuenta con la edad mínima, tienen la condición de pre-pensionados; y que, por el contrario, (iii) quienes están a tres años o menos de cumplir la edad, pero ya cuenta con las semanas mínimas requeridas, o (iv) quienes están a tres años o menos de cumplir la edad, pero a más de tres años de acumular las semanas requeridas, no cumplen la condición de pre-pensionados (T-055 de 2020). A ello hay que adicionar que, contrario a lo asentado por el sentenciador de primer grado, esta Magistratura acompaña

también en su prédica a la Corte Constitucional en la sentencia T-638 de 2016, asentando que la condición de pre-pensionado no basta por sí sola para activar los mecanismos encaminados a la protección del principio de la estabilidad en el empleo, sino que, se precisa verificar en cada caso si hubo afectación de los derechos fundamentales del ex trabajador.

En tales circunstancias, asoma una situación que no se puede dejar de lado, esto es, que únicamente los trabajadores que se encuentren en los primeros dos escenarios descritos en el punto retropróximo son considerados pre-pensionados y, por contera, beneficiarios de la estabilidad laboral reforzada que de tal condición dimana, siempre y cuando se verifique, subsecuente a la terminación del nexo contractual, la infracción de garantías *ius fundamentales*.

Refiere la Sala lo anterior, para recalcar que en el *sub lite* la promotora del juicio fue retirada del servicio a partir del 28 de febrero del 2019, calenda para la cual contaba con la edad de 62 años, de acuerdo con la copia de su cédula de ciudadanía (pág.13, doc.03), y además, para dicho hito totalizaba 1.102 semanas cotizadas al RPMPD al que se encontraba afiliada (págs.49 a 62, doc.03, carp.01). Asimismo, la señora CLEMENCIA DUQUE CORREA había prestado sus servicios personales a favor de la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, por un lapso igual a 12 meses y 1 día (31-dic-1986 a 1-ene-1988), conforme con la información que reposa en la Certificación Electrónica de Tiempos Laborados – CETIL y el certificado laboral extendido por la Dirección Integral de Recursos de la Gobernación de Antioquia (págs.45 a 48, doc.03, carp.01).

De otra parte, se subraya que, si bien es cierto la pretensora al 1º de abril de 1994, bajo la égida de Ley 100 de 1993, contaba con 37 años edad, habiendo cotizado un total de 51,5 semanas (págs.45 a 48, doc.03, carp.01), equivalente a 1 año y 1 día, no lo es menos, que no resulta beneficiaria del régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley de marras, en tanto que a la fecha de promulgación del Acto Legislativo 01 de 2005, 22 de julio de 2005, totalizó sólo 465 semanas de las 750 requeridas, mientras que al 31 de julio de 2010, no había causado, por razón de la edad, el derecho a la pensión de vejez en ninguno de los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993.

De lo expuesto fluye palmar que, para el caso de la señora CLEMENCIA DUQUE CORREA, el compendio normativo que prevé los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez no es otro que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; régimen que exige para la causación del derecho pensional alcanzar una edad mínima de 57 años, y una densidad en semanas cotizadas igual o superior a las 1.300. Si como quedó dicho, era claro que, para la fecha en la que la actora fue desvinculada, tenía 62 años de edad, y 1.102 semanas cotizadas en el RPMPD y el equivalente a 51.5 semanas en el sector público, el que, valga decir, debe ser tenido en cuenta con arreglo a lo previsto en el

literal f¹ del artículo 13 de la Ley de Seguridad Social, ciertamente le faltaban poco más de 146 semanas cotizadas para satisfacer el requisito de 1.300 semanas que se reclama en el RPMPD $[(1.102 + 51.5 = 1.153,5) / (1300 - 1.153,5 = 146,5)]$, esto es, le faltaban menos de tres años para adquirir el estatus de pensionada².

Bajo este presupuesto irrefutable, traslúcido resulta que la expectativa de obtener el derecho pensional de vejez se vio menoscabada por la decisión del dador de laborío de terminar la relación contractual y con ello conculcó el derecho fundamental al mínimo vital, perjuicio que se agudiza por las dificultades en la incursión en el mercado de laboral de la señora DUQUE CORREA a la edad de 62 años.

Sin embargo, al margen de lo expuesto, si la Sala, sin distanciarse de esas premisas incontestables, analizara la protección constitucional a la estabilidad en el empleo de cara al hecho puro y simple de que la actora haya recibido utilidades en el año 2020 por valor de \$ 3.700.821 y en el año 2021 en la suma de \$ 27.757.266 (págs.19 y 36, doc.06, carp.01) por motivo de las acciones que posee en la sociedad encausada, el ejercicio ponderativo se mantiene invariable; como quiera que dichos importes resultan insuficientes en el lapso de un año, si se tiene en cuenta que el salario ordinario de la demandante ascendía a la suma mensual de \$ 3.706.500; a la par de que, ninguna de las testificales que se trajeron al diligenciamiento judicial dieron cuenta del origen o cuantía de otros ingresos que pudiera percibir la demandante para subvenir sus necesidades básicas en época posterior al retiro del servicio a la accionada.

Lo expuesto, deviene útil para evidenciar el desacierto en el ejercicio de juzgamiento del otrora juzgador de primer nivel, en tanto negó la estabilidad laboral que le asiste a la señora DUQUE CORREA por cuenta de lo señalado en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, pretermitiendo que, la condición de 150 semanas a la que hizo alusión para la causación de un bono pensional, aplica en caso de traslado del RPMPD al RAIS, lo que en el *sub iudice* no se discutió ni se probó, por lo que esta disposición normativa no podía servirle de parámetro para descartar la inclusión del tiempo de servicios como servidora pública en el cálculo de semanas cotizadas, pues se insiste, ninguno de los elementos que condicionan el derecho a bono pensional autorizan descartar el tiempo de servicios no cotizados al ISS o a una caja de previsión social, como erradamente lo aseguró el juez de instancia³. En esa perspectiva, y en contraste a lo expuesto por el opugnante, el cognoscente de instancia ciertamente incurrió en el error que se le endilga y de consiguiente, la acusación sale avante.

¹ **Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones.** El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características: (...) f. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.

² $[(36 \text{ meses} * 30 \text{ días}) / 7 \text{ días}] = 154,28 \text{ semanas}$)).

³ De acuerdo con lo estipulado en los artículos 115 de la Ley 100 de 1993 y 1° del Decreto 1299 de 1994, [l]os bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones, y por tanto constituyen, a la par de los aportes obligatorios en el SGSSP, los recursos necesarios para el financiamiento de la prestación pensional. Es así, que conforme con los lineamientos consagrados en el SGSS, estos bonos pensionales son instrumentos de deuda pública nacional, que son expedidos a los afiliados para los fines arriba anotados. Así, para el caso de los afiliados que se trasladen del RPMPD al RAIS y que acrediten a la fecha de dicho traslado haber cotizado al menos 150 semanas, tendrán derecho a la emisión del bono pensional identificado como "Bono tipo A", el que dicho sea de paso, cuenta con dos modalidades, de acuerdo con la fecha donde se verifique su primera vinculación laboral. De tal manera que los bonos tipo A de modalidad 1, serán aquellos que se expiden a favor de los trabajadores cuya primera vinculación laboral válida se inició después del 30 de junio de 1992, a *contrario sensu*, los de modalidad 2, se expiden a favor de los trabajadores cuya primera vinculación laboral válida se inició antes del 10. de julio de 1992.

Con todo, esta Colegiatura no pierde de vista que, la señora CLEMENCIA DUQUE CORREA aceptó que a partir del año 2022 la administradora del RPMPD le reconoció el derecho a la pensión por vejez, lo que de suyo comporta la satisfacción del fin principalísimo de la protección especial de la que gozan los pre-pensionables, cual es, evitar que se vea frustrada la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez ante la extinción intempestiva del vínculo laboral, luego entonces el reintegro requerido se muestra como una medida de reparación jurídicamente impertinente.

Por lo visto, la Sala se ve abocada a dispensar soluciones jurídicas alternas que respondan y compensen, en forma ajustada y proporcional, los derechos que le fueron conculcados a la accionante. Así, acudiendo a la doctrina asentada por la H. Corte Suprema de Justicia en los casos en que el reintegro se entiende como un imposible jurídico⁴, se dispone conceder en favor de la señora CLEMENCIA DUQUE CORREA el pago indexado de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde 28 de febrero de 2019, hito en que se suscitó la ruptura del vínculo contractual, hasta la fecha en que efectivamente alcanzó el estatus de pensionada, junto con los aportes al SGSSS por el mismo término.

Como colofón de lo expuesto, y atendiendo a las consideraciones fácticas, jurídicas y probatorias esbozadas con suficiencia, se dispondrá por la Sala la revocatoria íntegra de la sentencia de primer grado, en tanto desestimó *in totum* los pedimentos incoados por parte de la señora CLEMENCIA DUQUE CORREA, en contra del ente societario demandado, para en su lugar, CONDENAR a la sociedad COOMSOCIAL IPS S.A.S. a reconocer y pagar a favor de la señora CLEMENCIA DUQUE CORREA los valores y conceptos que se precisan en el *decisum* de esta sentencia.

3. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 365 del CGP, y advirtiendo que el fallo de primera instancia fue revocado en su integridad, y que la sociedad COOMSOCIAL IPS S.A.S. resultó vencida en el juicio, a su cargo se impondrán las costas de ambas instancias, en atención a lo dispuesto en el artículo 366 del CGP. De conformidad con el Acuerdo PSAA 16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan como agencias en derecho para la segunda instancia, la suma de un (1) SMMLV, vale decir, \$ 1.160.000. Las de primera instancia, tásense por el *a quo*.

⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia CSJ SL19441-2017, citada en la CSJ SL1356-2018 y la CSJ SL1146 de 2021. *“El Tribunal acierta cuando sostiene que el cierre total del lugar donde prestaban el servicio los demandantes hace imposible el reintegro, porque esa es una verdad axiomática. Más aún, para que una obligación exista es necesario que sea física y jurídicamente posible, de manera que una persona no puede obligarse por un acto o declaración de voluntad a cumplir lo imposible y de la misma manera el juez no puede gravar al demandado, con una decisión judicial suya, a que cumpla un hecho o un acto materialmente imposible. Cuando el hecho debido se torna imposible, la obligación original (de dar, hacer o no hacer) se resuelve en una de indemnizar perjuicios, de modo que lo jurídicamente procedente es la demanda judicial de los perjuicios». (...) Esto es así debido a que, la ocurrencia de un hecho externo al trabajador, como lo es la extinción de la entidad empleadora por la culminación del proceso liquidatorio, no debe conducir a la absolución o a que el juez decline su deber de administrar justicia. Por el contrario, frente a situaciones como estas, lo razonable es adoptar decisiones compensatorias de los derechos constitucionales y legales de los trabajadores, a través de sentencias viables, completas y de posible ejecución. (...) Tal solución se acompaña con el criterio expuesto por la Corte Constitucional, donde, ante la imposibilidad del reintegro por finalización del proceso liquidatorio, ha considerado procedente «el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir por el trabajador (...) desde la fecha en que éste fue retirado del servicio, hasta la fecha en que culmine la liquidación de la entidad demandada» (CC T- 360/2007), en tanto «el trabajador perjudicado con la liquidación de una entidad pública o privada, sólo tiene la opción indemnizatoria, pero no le es dado solicitar un reintegro imposible» (CC T-550/00).*

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, Sala Quinta de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

4. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR integralmente la sentencia proferida el 02 de agosto de 2023 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por CLEMENCIA DUQUE CORREA, en contra de COOMSOCIAL IPS S.A.S., en su lugar, CONDENAR a la sociedad COOMSOCIAL IPS S.A.S. a reconocer y pagar en favor de la señora CLEMENCIA DUQUE CORREA los salarios, prestaciones sociales y aportes al SGSS dejados de percibir desde el 28 de febrero de 2019 y hasta la fecha en que esta alcanzó el estatus de pensionada, debidamente indexados a la fecha de su pago efectivo; según y conforme lo esbozado en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la sociedad COOMSOCIAL IPS S.A.S., fíjense como agencias en derecho de segunda instancia la suma de un (1) SMMLV, vale decir, \$ 1.160.000. Las de primera instancia, tásense

Lo resuelto se notifica mediante EDICTO, prohiendo el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, vertido en la reciente providencia AL2550-2021 del 23 de junio de 2021, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Déjese copia digital de lo decidido en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen.

Se declara así surtido el presente acto y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente


CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES
Magistrado


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada

CONSTANCIA SECRETARIAL

Se deja constancia de que las anteriores firmas corresponden a las firmas originales de los magistrados que integran la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín.


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario