

# Evolución jurisprudencial de la pensión sanción

Alonso Linero Salas\*

## Resumen

La pensión sanción es el resultado de una decisión encaminada a otorgar al trabajador una pensión restringida de jubilación cuando es injustamente despedido después de haber laborado entre 10 y 15 años.

La jurisprudencia y los cambios normativos han permitido la evolución de esta figura, la cual se constituye en una garantía para el trabajador.

**Palabra clave:** Pensión.

## Abstrac

The pension penalty is the result of a decision directed to grant the worker with a restrictive pension of retirement when he is unjustly fired after he has been working between 10 and 15 years.

The jurisprudence and the changes in the law have allowed the evolution of this figure, which constitutes a guarantee for the worker.

**Key word:** Pension.

En el campo propio de la pensión sanción, la evolución de la jurisprudencia ha sido muy variada. Abusando un poco de la manera como ésta se ha venido desarrollando, podemos identificar un período preliminar y tres etapas.

En el llamado período preliminar comenzaremos por referirnos a una jurisprudencia del 2 de julio de 1965, en la cual se establece por primera vez la diferencia entre el despido justo y el despido legal, para efectos de analizar la posición de un

trabajador a quien por vencimiento del plazo no se le permite adquirir el derecho a la pensión de jubilación. La importancia de esta diferencia se encuentra en que muy a pesar de que existan modos válidos de terminación del contrato de trabajo, por ejemplo, los contenidos en el artículo 61 del C.S. del T., en la forma en la que quedó modificado por el artículo 5° de la ley 50 de 1990, existen justas causas para darlo por terminado, de cuya aplicación de desprenden consecuencias jurídicas que impiden el desarrollo de otros eventos que sí pueden producirse con la sola aplicación de los modos, como la pensión sanción. La justa causa

\* Abogado. Especializado en Derecho Laboral.

que tiene entidad en el derecho laboral «no es la causa del derecho Civil que corresponde al motivo que induce al acto o contrato. Aquí la causa corresponde a un hecho. Surge, de todas maneras, de un acto personal de una parte en el contrato y ese acto es el que al constituirse en causa genera el incumplimiento de la obligación contractual. Por tanto, la causa es un hecho que consciente o inconsciente conduce o puede conducir al rompimiento justo del contrato. Y como hecho, no es posible fijarlo taxativamente. Esto lo comprende la ley, y por eso en esa relación sólo incluye las de mayor entidad, las de mayor frecuencia»<sup>1</sup>.

En segundo lugar y dentro del mismo período preliminar, resulta conveniente señalar tres jurisprudencias, del 28 y 29 de marzo y 28 de octubre de 1969, en las cuales se estableció, frente a lo dispuesto en el artículo 8° de la ley 171 de 1961, que si el despido se producía dentro de los cinco años de vigencia de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, había lugar a la pensión restringida de jubilación, conforme a la ley anterior (es decir, a la disposición original del C.S. del T.), la cual, por esta razón, no podría convertirse jamás en una pensión compartida (L. 90 de 1946, art. 76, inciso 2° y artículo 61 del reglamento del Instituto de Se-

guros Sociales). Pasados los primeros cinco años de vigencia de los riesgos de invalidez, vejez y muerte adquiriría derecho a la pensión plena y desaparecería la pensión proporcional; este régimen tenía su fundamento en los artículos 60 y 61 del reglamento del Instituto de Seguros Sociales.<sup>2</sup>

Posteriormente encontramos dos sentencias del doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture. La primera es del 5 de noviembre de 1976, en la cual estableció, respecto a los trabajadores con más de 10 años de servicios, lo siguiente: «El trabajador con 10 o más años de servicio en el momento de su afiliación al Seguro Social por haber asumido éste el riesgo de vejez, no solamente tiene derecho a que esta entidad le reconozca la pensión correspondiente a ese riesgo, sino a que el patrono le cubra la diferencia que falte para completar la de jubilación, si a ella hubiere lugar, conforme al artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y si tal diferencia existiere. En tal evento, el Instituto apenas sustituye parcialmente al patrono en su obligación de pagar pensión plena de jubilación». Esta sentencia fue ratificada el 8 de noviembre de 1979 (Radicación 6508), y en ella se fijaron parámetros muy claros sobre la materia, los cuales se puede resumir así:

<sup>1</sup> FRANDO IDÁRRAGA, Hernando. Conferencia en honor del profesor Mozart Víctor Russomano. III Seminario Latinoamericano de Derecho Laboral. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 25.

<sup>2</sup> Esta situación se encuentra prevista en la sentencia de la C.S. de J., Sala Laboral, del 28 de julio de 1982. M.P.: Dr. César Ayerbe Chauz.

1. El análisis se estructura a partir del contenido de los artículos 60 y 61 del acuerdo 224 de 1965, emanado del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, a través del cual se reglamenta el seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte.
2. La sustitución que el Seguro Social debía hacer respecto de las obligaciones a cargo de los patronos, no comprendería todas las posibles opciones, únicamente a aquellas que obedecieran al riesgo de vejez o que no hubieren sido expresamente exceptuadas o hubieren sido objeto de excepciones especiales.
3. Los artículos 60 y 61 del acuerdo se refieren a situaciones diversas. Por un lado, el artículo 60 admite como afiliados forzosos a los trabajadores que al momento inicial de la obligación de asegurarse, llevan más de 15 años de servicios en la empresa obligada a pagar la pensión plena de jubilación, y se les reconoce su derecho a reclamarla al adquirir los requisitos, y le impone al patrono la obligación de continuar cotizando ante el Instituto, con miras a que este ente reconozca la pensión de vejez, momento en el cual, al ser reconocida la pensión de vejez por parte del Instituto, entre la pensión por él reconocida y la nueva pensión que reconozca el Instituto. Es lo que se denomina una pensión compartida.
4. El artículo 61 se refiere a los trabajadores que en el mismo momento inicial de asunción del riesgo de vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales, lleven 10 o más años de servicios a las empresas de capital igual o superior a los \$800.000.00, y se dispone que serán, al igual que los que mencionaba el artículo 60, afiliados obligatorios, pero reguló de manera especial su situación, respecto de la pensión restringida a la cual se refiere el artículo 8° de la ley 171 de 1961, la cual se causa por el despido injustificado. Así mismo, respetó y mantuvo la obligación que corresponde al patrono de continuar cancelándola y haciéndola compatible con la pensión de vejez a cargo del Instituto, una vez satisfechos los requisitos mínimos de edad y tiempo, porque se dispone que quedarán a cargo del patrono las cotizaciones ulteriores al despido de su trabajador.
5. El argumento central considera que la naturaleza jurídica de la pensión sanción es la de ser una pena que se impone al patrono por incurrir en el despido injustificado de su trabajador, y como el riesgo que asumió el Instituto fue solamente el de vejez, se llega a la conclusión de que esta pensión no solamente la asumió el Instituto, sino que continúa a cargo exclusivamente del patrono y es compatible con las que reconoce el Seguro Social.

6. Lo que se pretendió con los artículos 60 y 61 del reglamento fue proteger a los trabajadores que a la fecha inicial de asunción del riesgo de vejez por el Instituto, llevaran más de 10 años al servicio de una misma empresa de las que de acuerdo con el C.S. del T. les correspondía cancelar las pensiones de jubilación, con lo cual se les garantizó, por un lado, la posibilidad de obtener el reconocimiento y pago de la pensión por parte del patrono, y por otro, se les ofreció la posibilidad de adquirir la pensión restringida consagrada en el artículo 8° de la ley 171 de 1961. Con ese fin se concluyó que el artículo 61 tendría únicamente una vigencia de 10 años, porque sumando ese tiempo al que correspondía de trabajo, el trabajador tendría adquiridos sus derechos a obtener una pensión de vejez. Señaló además la Corte que la pensión sanción solamente se causa por el despido con posterioridad a 10 años, pero no con posterioridad a 20, porque en ese evento ya se habría causado el derecho a la pensión de jubilación o de vejez.
7. En relación con la pensión especial por retiro voluntario después de 15 años de servicios, la jurisprudencia consideró que se encontraba vigente, pero sólo para los trabajadores que al momento en el cual el Instituto asumió el riesgo llevaban más de 10 años al servicio de un mismo empleador y únicamente por el período de los 10 años posteriores al momento en el cual el Instituto asumió el riesgo de vejez. Después de estos 10 años, esta pensión quedó completamente sustituida por la de vejez que consagraban las normas generales del Instituto.
8. Con base en estas argumentaciones, la jurisprudencia concluyó lo siguiente:
- a. *Pensiones de jubilación a cargo exclusivo del patrono:*
- Las de aquellos trabajadores que estuviesen gozando de ella al iniciarse la asunción del riesgo de vejez por el Instituto de Seguros Sociales.
  - Las de quienes en esa misma fecha lleven 20 años de servicios, aun cuando todavía no hayan cumplido la edad exigida por la ley.
  - Las especiales por retiro voluntario después de 15 años de servicios, respecto de trabajadores que llevaran 10 años o más cuando se inició el tránsito de un sistema a otro y cuya desvinculación se produzca dentro de los 10 años siguientes.
- b. *Pensiones compartidas entre el Instituto de Seguros Sociales y el patrono:*
- Las de los trabajadores que estu-

vieren en las circunstancias previstas por los artículos 60 y 61 del reglamento del Instituto, es decir, quienes al momento en el cual el Instituto asumió el riesgo llevaban más de 10 años laborando al servicio de un mismo empleador, los cuales serían pensionados inicialmente por los patronos, quienes continuarían cotizando a cargo del patrono el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión a cargo del Instituto y la que venía cancelando el patrono.

c. *Pensiones especiales a cargo del patrono concurrentes con la de pensión de vejez:*

Las pensiones sanción, por corresponder su naturaleza a la de una sanción al patrono que sin justa causa despida a sus trabajadores después de 10 o 15 años de servicios, no se encuentran a cargo del Instituto, porque éste solamente asumió el riesgo de vejez, lo cual resulta compatible con la de vejez, por expresa disposición del artículo 61 del decreto 3041 de 1966.

d. *Pensiones a cargo del Instituto de Seguros Sociales:*

Las denominadas pensiones de vejez, que siguen las reglas generales del reglamento general del Seguro Social en la materia, y la de los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la asunción del riesgo aún no se encontraban laborando o contaban con menos de 10 años de antigüedad al servicio de un mismo empleador.

Este importante fallo inicialmente fue producido por la sección primera de la Sala de Casación Laboral; después fue adoptado como jurisprudencia en providencia del 22 de mayo de 1981, radicación 7396, con ponencia del magistrado Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

La providencia tuvo, sin embargo, varios salvamentos de voto, los cuales requieren explicación para poder entender la evolución de la figura.

En esta jurisprudencia, por mayoría de votos, «la Sala Laboral de la Corte, reunida en pleno, ratifica, por mayoría de votos, la interpretación dada al artículo 61 del reglamento, en armonía con el 60 *ibidem* y con los artículos 72 y 76 de la ley 90 de 1946 y 259 del C.S. del T., y en relación con el artículo 8º de la ley 171 de 1961, en las sentencias de 5 de noviembre de 1976 y 8 de noviembre de 1979, en el sentido de que los Seguros Sociales no asumieron el riesgo propio de la pensión restringida por despido injusto ni sustituyeron a los patronos en la obligación de pagarla, por lo cual dicha pensión, no obstante la asunción del riesgo de vejez por aquella entidad, continúa en pleno vigor y a cargo exclusivo de los empresarios»<sup>3</sup>.

En esta sentencia se presentó un salvamento y una aclaración de voto. El primero, por parte de los magistrados Fernando Uribe Restrepo y

<sup>3</sup> Tomado textualmente de la sentencia comentada.

César Ayerbe Chaux, el segundo, por José Eduardo Gnecco Correa.

En tal sentido, sostienen Uribe y Ayerbe:

*Señalan en primer lugar, que se hace necesario ahondar acerca de lo que constituye en verdad un régimen de transición normativa y más aún, interpretar en su verdadero alcance el principio de favorabilidad, posteriormente señalan que de acuerdo con el artículo 61 del reglamento del Seguro Social, la pensión sanción solamente rigió durante 10 años y que la disposición contenida en la ley 171 de 1961, hace parte del sistema pensional que fue subrogado por las disposiciones propias del Seguro Social, al asumir el riesgo de vejez, el cual ha subsumido el riesgo que protegía la pensión sanción, conclusión a la que se arriba con fundamento en una interpretación de la última parte del artículo 61 del reglamento en mención. Lo que la ley pretende con el seguro social es un verdadero cambio de sistema y no simplemente un cambio de deudores; se trata que el seguro de vejez sustituya a la pensión patronal de vejez. Los magistrados disidentes aceptan la compatibilidad de las pensiones tanto de la de vejez como de la restringida de jubilación, pero con un límite temporal en los términos en los que lo establece el artículo 61 del reglamento del Seguro Social sobre asunción de riesgo de vejez, de allí arriban a la conclusión siguiente: De la compatibilidad temporal no puede deducirse, en sana*

*lógica, la subsistencia indefinida de la pensión proporcional, que de otra parte ha perdido su razón de ser frente a la nueva realidad laboral creada por el Seguro.*

*En efecto, los trabajadores con menos de 10 años de servicio en el momento de la asunción de los nuevos riesgos, lo mismo que quienes se afilian con posterioridad, no requieren ya de la protección especial que establece la ley 171 para amparar su expectativa a jubilarse, ya que bajo el nuevo régimen se requiere tan solo 500 semanas de cotización (10 años precisamente) para tener derecho a la nueva pensión de vejez que ha remplazando a la de jubilación. Con la ventaja además –entre muchas y muy notorias que ostenta la seguridad social– de que no están ya obligados, como en el antiguo régimen, a trabajar todo el tiempo con un solo patrono. Con lo cual se favorece la movilidad en el empleo, en beneficio de los trabajadores, de las empresas y de la economía en general.*

*Sin que pueda argüirse válidamente en contra que los trabajadores corren el riesgo de no poder completar las cotizaciones mínimas para tener derecho a pensión de vejez, ya que este riesgo insoslayable queda hoy reducido a la mitad, puesto que se exigen 10 años y no 20, y porque además si es que se estima que tal riesgo sí debe ser prevenido habría de serlo lógicamente dentro del sistema de seguridad social y no combinando antitécnicamente prestaciones de dos*

sistemas radicalmente distintos, perpetuando así el régimen anterior, obsoleto, que precisamente se trata de remplazar por otro más técnico, amplio y ágil, y mucho más favorablemente socialmente.

Esta interpretación, ceñida tanto al texto como al espíritu de la norma de transición, significa la desaparición de un mecanismo proteccionista —la pensión sanción— que resulta superfluo y redundante en las nuevas circunstancias que establece el Seguro. Sin que pueda olvidarse que los trabajadores que siguen cumpliendo diez años de servicios con un mismo patrono, económicamente solvente, conservan la protección propia y específica que les procura estabilidad en el empleo, como la acción de reintegro y las indemnizaciones dispuestas por el artículo 8° del decreto 2351 de 1965 para el caso del despido injustificado que ya a los 12 años de servicio, por ejemplo, equivalen a un año de servicio<sup>4</sup>.

El análisis de estos magistrados concluye con un estudio del acta correspondiente a la reunión del consejo directivo del Instituto de Seguros Sociales del 2 de noviembre de 1966, en la cual estuvo presente el doctor Uribe Restrepo, donde se discutieron los alcances de la vigencia de la pensión por despido, eminentemente transitoria, protección «que daba lugar a pleitos» y que ya no resul-

taba necesaria dentro del sistema y la cual, utilizando el método exegético a través del análisis histórico, permitió concluir el salvamento de voto.

La aclaración de voto que hace el magistrado Gnecco Correa se limita de manera fundamental a señalar que la ley 171 de 1961 en su artículo 8°, que consagra la pensión restringida de jubilación, también cubre el riesgo de vejez, y en esa parte se declara estar de acuerdo con los magistrados disidentes; agrega, además, importantes conceptos respecto de la naturaleza jurídica de la pensión proporcional, y lo hace en los siguientes términos:

*[...] pues el artículo 8° de la ley 171 de 1961 vino a remplazar el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo que estableció una pensión proporcional para los trabajadores de empresas de más de \$800.000.00 de capital que hubiesen sido despedidos sin justa causa después de 15 años continuos o discontinuos de servicios, equivalente al 75% de lo que habría correspondido en caso de reunir los requisitos para la pensión plena de jubilación, artículo este último que se encontraba en el título IX de la parte primera del Código Sustantivo del Trabajo denominado «Protecciones Patronales Especiales», cuyo artículo 251 dispone que «Los Patronos o empresarios que se determinen en el presente título deben pagar a los demás trabajadores, además de las prestaciones comunes,*

<sup>4</sup> El subrayado es original del texto de la jurisprudencia.

*las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo».*

*Fue intención del legislador desde su inicio, considerar la pensión proporcional como una prestación social que obviamente cubre el riesgo de vejez, pues se paga a quienes han cumplido determinada edad; la ley 171 de 1971, por lo demás, se refiere exclusivamente a pensiones, de ahí que califica la que consagra el artículo 8° de esa ley como indemnización por la ruptura unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, lo que tergiversa el espíritu y la letra de la norma que la consagra. No debe olvidarse además, que la finalidad de esta pensión proporcional es la de proteger a los trabajadores que al ser despedidos sin justa causa antes de cumplir los veinte años de edad, perdían el derecho a gozar de la pensión plena de jubilación.*

Con posterioridad a las sentencias que se analizaron, dentro de la evolución jurisprudencial del tema se presentó otro fallo bajo la vigencia de las normas que en el ISS asumieron la pensión proporcional de jubilación, es decir, el acuerdo N° 29 de 1985, aprobada por el decreto 2879 del 4 de octubre de 1985, el cual comenzó a regir desde el 17 de octubre de 1985, fecha de su publicación en el Diario Oficial. Por medio de este decreto, el Instituto ordenó asumir las pensiones proporcionales, al considerar que lo que se estaba pro-

tegiendo era el mismo riesgo de vejez, a diferencia de lo que constituyó la posición tradicional dominante, contenida en las sentencias de 1979 y 1981.

A raíz de esa nueva norma, la Corte Suprema de Justicia, en fallo de agosto 13 de 1986 (radicación 0179) y con ponencia del doctor Humberto de la Calle Lombana, interpretó el artículo 6° del acuerdo 029 de 1985, que establece:

*Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse al Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000.00) o superior, diez o más años de servicios continuos o discontinuos, ingresan al seguro social obligatorio como afiliados en las mismas condiciones establecidas en el artículo 60 del acuerdo 224 de 1966 y en caso de ser despedidos por los patronos sin justa causa tendrán derecho al cumplir la edad requerida por la ley al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8° de la ley 171 de 1961, con la obligación de seguir cotizando de acuerdo con los reglamentos del Instituto hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por éste para otorgar pensión de vejez; en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.*

*La obligación consagrada en el*



*artículo 60 del acuerdo 224 de 1966 y en esta disposición, de seguir cotizando al Seguro hasta cumplir los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, sólo rige para el patrono.*

En esta decisión, la Corte concluyó con los siguientes puntos de interés:

1. Las personas que se encuentran en la situación señalada por el artículo comentado no podrán predicar en su favor la coexistencia de la pensión sanción con la pensión de vejez, pues ésta subroga a la primera una vez se cumplan las condiciones para ello.
2. Tanto la pensión de vejez como la pensión sanción establecida por el artículo 8° de la ley 171 de 1961 tienen la misma naturaleza, es decir, ambas atienden el riesgo de vejez, lo cual descarta de plano la posibilidad de que la pensión sanción tenga naturaleza de sanción por despido injusto.
3. Como la norma en comento derogó el parágrafo del artículo 61 del acuerdo 224 de 1966, el nuevo acuerdo eliminó toda discusión sobre la temporalidad de las normas incorporadas en el ordenamiento, motivo por el cual las nuevas normas tienen vigencia indefinida.
4. La pensión sanción quedará

subsumida en la de vejez cuando se completen los requisitos indispensables para obtenerla, y queda a cargo exclusivo del patrono la obligación de seguir cotizando en el evento del despido injustificado, a fin de que, una vez consolidado el derecho para la pensión de vejez, el empleador sólo asuma el mayor valor (art. 60 del acuerdo 224 de 1966 y 6° del acuerdo 29 de 1985).

5. Para todos los trabajadores queda entonces entendido que la pensión de vejez que reconoce el Seguro Social subsume la pensión restringida de jubilación contenida en el artículo 8° de la ley 171 de 1961. Los que al momento de la asunción del riesgo de vejez llevaban 10 años al servicio de un mismo empleador y los que ingresaron al Seguro con posterioridad. Por esa razón, para los trabajadores que se encuentran afiliados al ISS por el riesgo de vejez, no subsiste la llamada pensión sanción, dado que el mismo ha sido totalmente cubierto por el seguro.

Recientemente y en lo que también se puede conocer como una tercera etapa en la materia, se han producido algunas providencias que tratan igualmente este tema. Por ejemplo, y con miras a la determinación de la evolución jurisprudencial, podemos referirnos a lo que ha sido el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casa-

ción Laboral, lo cual procederemos a hacer inmediatamente:

1. Encontramos, por ejemplo, la decisión proferida en la Sección Primera, con ponencia del doctor Francisco Escobar Henríquez, respecto del carácter imprescriptible que tiene la pensión sanción, con lo que se aprecia un tratamiento idéntico a lo que en ese sentido se establece para las pensiones de jubilación y de vejez, y se llega a la conclusión de que al igual que aquéllas, lo que prescribe son las mesadas, mas no el derecho, «*por cuanto se trata de una prestación de tracto sucesivo y de carácter vitalicio. Lo anterior no se predica respecto de las mensualidades derivadas de la pensión, al igual que de los demás derechos derivados de la situación de pensionado que vayan siendo exigibles y se reclamen dentro de los plazos legalmente previstos*»<sup>5</sup>.

En dicha providencia, respecto de los supuestos de la pensión sanción y del término de prescripción de la pensión sanción, precisó la providencia:

*«Son supuestos de la pensión sanción prevista en la ley 171 de 1961: El tiempo de servicios, el despido injusto y la edad, una vez reunidos estos requisitos, el trabajador ad-*

*quiere el status de jubilado que en resumen implica el derecho a recibir mensualidades pensionales en forma vitalicia, el derecho a recibir las mesadas adicionales legalmente previstas, el derecho a prestaciones asistenciales, el derecho al reajuste de la mensualidad y la posibilidad de sustitución en el status por causa de muerte. El despido injusto es entonces un supuesto básico de la pensión sanción, si éste aparece, el derecho surgirá desde el momento en que se cumplan los otros requisitos, si no hay despido injusto jamás podrá decirse que existió». Respecto de la prescripción señaló: «[...] pues los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L., preceptos que rigen la prescripción en materia laboral, no aluden a las acciones que persiguen exclusivamente la declaración de hechos, pues reitera que el término de prescripción previsto en dichas normas se refiere a la exigibilidad de las obligaciones, de suerte que sólo las acciones relativas a éstas son susceptibles de extinguirse por prescripción».*

De otro lado, al referirse a la naturaleza jurídica de la pensión sanción, la sentencia acotó: «[...] en el sentir de la Sala no se remite a duda que independientemente de sí la pensión sanción es un derecho indemnizatorio, prestacional o mixto, si se cumplen los supuestos normativos para la causación del derecho, se genera el estado de jubilado para el trabajador beneficiario, situación que además cuenta con un preciso respaldo jurídico en el inciso del

<sup>5</sup> La sentencia se encuentra publicada en la revista *Derecho Vigente Laboral*, N° 16, mayo de 1995, p. 55 y siguientes.

*artículo 8 de la ley 171 de 1961, que dispone: «En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación'».*

Se aprecia con claridad una conjunción entre esta posición y la que se sostuvo en la decisión de sala plena de 1981, cuando se consideró que la pensión sanción tenía carácter sancionatorio y, por lo mismo, se estimaba concurrente con la de vejez que reconocía el Instituto.

2. Durante este año, la Corte Suprema de Justicia examinó por medio de la sentencia de fecha abril 28 de 1995, si la pensión restringida de jubilación se encontraba a cargo del Seguro Social o no; con ponencia del doctor Jorge Iván Palacio Palacio, concluyó en que no, y se refirió de manera expresa a las decisiones del 9 de noviembre de 1978 y 22 de mayo de 1981, a las cuales ya nos referimos, pero además aprovechó para precisar respecto de la aplicación del contenido del acuerdo N° 29 de 1985 del ISS, aprobado por medio del decreto 2879 del 4 de octubre de 1984, que éste solamente entró a regir a partir del 17 de octubre de 1985, fecha en la cual fue publicado<sup>6</sup>. Esta posición se reitera durante 1998, con ponencia del doctor Germán Valdés Sánchez, en la cual se ana-

liza si las denominadas pensión sanción y pensión especial por retiro voluntario al asumir el riesgo de vejez el Seguro Social perdieron vigencia. Al analizar el asunto hace referencia, dentro de la sentencia, a una posición anterior de la corporación de fecha 24 de octubre de 1990, radicación 3930, en la cual se sostiene:

*Por otra parte, debe observarse que cuando la Corte, en la sentencia que cita la demanda de casación, sostuvo que la pensión por retiro voluntario después de 15 años de servicio quedó abolida a la expiración del término de los 10 años contados desde cuando los Seguros Sociales asumieron el riesgo de vejez, no afirmó que el artículo 8 de la ley 171 de 1961 hubiera sido derogado por los reglamentos del Seguro Social o por los decretos ejecutivos que aprobaron tales reglamentos. Es elemental que debido a su inferior jerarquía normativa, ni los decretos aprobatorios de los reglamentos expedidos por el Seguro, ni muchísimo menos dichos reglamentos, pudieron derogar la ley 171 de 1961 ni ninguna otra norma de superior rango legislativo.*

*La abolición de la pensión, tal como lo precisa la sentencia de la Corte invocada por el recurrente, no se produjo de manera inmediata, o en forma autónoma, sino en la medida en que ella fuera sustituida por la vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales. Por esto, en la misma providencia, en el párrafo anterior al*

<sup>6</sup> Revista *Derecho Vigente Laboral*, N° 16, mayo de 1995, p. 49 y siguientes.

que produce la demanda de casación, la sección primera de esta sala había afirmado «[...] si el trabajador, *verbi gratia*, se retira a los 17 años de servicios con posterioridad a la fecha en que el instituto comenzó a asumir el riesgo, apenas habían transcurrido 7 años, tiempo suficiente, salvo situaciones de excepción, para realizar las cotizaciones requeridas; en tal caso, no podría exigir la pensión de vejez, ni la de jubilación plena por no haber servido 20 años, ni la pensión sanción por no haber sido despedido injustamente, y sólo le quedaría la pensión especial a que se viene haciendo referencia. El criterio contrario reñiría con el postulado de favorabilidad que rige el derecho del trabajo, recogido expresamente para el caso en el inciso segundo del artículo 76 de la ley 90 de 1946, y vulneraría el espíritu del artículo 72 *ibidem*, en cuanto ordena que las pensiones existentes a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por las disposiciones que las consagran hasta la fecha en que el Seguro Social las asuma por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada situación».

Es claro que, tal como se dijo en las tantas veces citada sentencia, el Seguro Social no asumió el riesgo creado por el propio trabajador con su retiro voluntario y que si el trabajador decide retirarse sin haber cumplido con el número de cotizaciones que le darían derecho a exigir el seguro de pensión de vejez, él y solo él, debe correr con la contingencia de su

personal comportamiento; pero, si como en el caso litigado resulta que el trabajador ya tenía causada en su favor la pensión por retiro voluntario después de 15 años de servicios, y sólo estaba pendiente el cumplimiento de la edad como requisito para la exigibilidad del pago de la prestación, no tenía ningún riesgo que asegurar ni ninguna contingencia que asumir. (Publicado en la revista de *Derecho Vigente Laboral*, N° 52, de julio de 1988, p. 559).

Resulta evidente que la posición de este magistrado se encuentra en un todo de conformidad con la tesis del magistrado Palacio Palacio y además con la decisión presentada por Juan Manuel Gutiérrez Lacouture en la sentencia de 1981 de la sala plena de la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala Laboral.

3. En sentencia de fecha mayo 22 de 1995, con ponencia del doctor Herrera Vergara, la Corte Suprema de Justicia reiteró que la posibilidad de aplicación del artículo 8 de la ley 171 de 1961, norma aplicable a los trabajadoras oficiales, procedía exclusivamente cuando por culpa del patrono el trabajador no adquiría el derecho a obtener la pensión plena de jubilación, con lo cual reitera de manera especial una vieja posición en este sentido, puesto que se ha entendido que solamente opera la disposición en comento cuando el trabajador no ha completado el tiempo mínimo nece-

sario para obtener una pensión plena de jubilación o de vejez<sup>7</sup>. Durante 1996, la Corte analizó nuevamente esta circunstancia en sentencia de fecha 4 de octubre de 1996, con ponencia del doctor Jorge Iván Palacio Palacio precisó: «[...] esta sala de la Corte en jurisprudencia constante y permanente, dada la naturaleza jurídica de la pensión restringida de jubilación consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, tiene declarado que no rige cuando el despido no impide al trabajador adquirir el derecho a la pensión plena de jubilación».

4. El 23 de junio de 1995 nuevamente, con ponencia del doctor Jorge Iván Palacio Palacio, la Corte Suprema de Justicia reexamina el asunto, a saber: ¿a cargo de quién se encuentra el reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación? Analiza la ley 171 de 1961, artículo 8, los decretos 2879 de 1985, el artículo 61 del acuerdo 224 de 1966 y el acuerdo 29 de 1985 y concluye:

*Pero es abundante y unificada la jurisprudencia de esta sala de la Corte (la sección primera) anterior y posterior a la aprobación legal del acuerdo 029 de 1985, expedido por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales y aprobado por el decreto 2879 del mismo año, en cuanto a que, según se desprende clara-*

*mente del artículo 61, del referido acuerdo 224 de 1996, y de la propia naturaleza de la pensión sanción causada por el hecho del despido injusto, ni sustituyó a los empresarios en la obligación de pagarla, por lo cual dicha pensión no obstante la asunción del riesgo de vejez de aquel instituto, continuó en pleno vigor y a cargo del empleador.*

Hasta el acuerdo 029 de 1985, la Corte había interpretado que la pensión sanción era de naturaleza diferente a la pensión de vejez; fue por virtud del cambio de normatividad resultante de la expedición de tal acuerdo y su decreto aprobatorio el 2679 de 1965 que la Corte hizo la precisión conceptual diferente y, como consecuencia, dedujo la obligación a cargo exclusivo del empleador, de continuar cotizándolo al seguro, a fin de que una vez consolidado el decreto para la pensión de vejez, sólo continuará obligado frente al mayor valor, si lo hubiese, entre la pensión pagada por el instituto y la que venía siendo pagada por él. Mas no por ello cambió su criterio sobre la vigencia de la pensión sanción consagrada en el artículo 8 de la ley 171 de 1961 a cargo del empleador, no obstante, como ya se expresó, que el riesgo de vejez hubiese sido asumido por el Instituto de Seguros Sociales<sup>8</sup>. Fiel a lo que hasta este momento ha sido su posición frente a la vigencia de la pensión san-

<sup>7</sup> Revista *Derecho Vigente Laboral*, N° 17, junio de 1995, p. 85 y siguientes.

<sup>8</sup> Revista *Derecho Vigente Laboral*, N° 18, julio de 1995, p. 52 y siguientes.

ción, el magistrado continúa pregonando que aquella es autónoma por tener una naturaleza indemnizatoria.

5. Mediante sentencia de fecha julio 6 de 1995, con ponencia del doctor José Roberto Herrera Vergara, la Corte analizó que respecto de los trabajadores oficiales era aplicable la pensión a la cual se refiere el artículo 8 de la ley 171 de 1961, y estableció que lo importante, para efectos de su aplicación, era que la vinculación del trabajador en comento estuviese signada por un contrato de trabajo<sup>9</sup>. En idéntico sentido se pronunció durante 1996 la Corte en sala laboral, con ponencia del doctor Francisco Escobar Henríquez. Allí se precisó que el servicio se debía prestar a una sola entidad del Estado. Frente a este específico punto sostuvo el ponente:

*De otra parte, conviene agregar que el Consejo de Estado en sentencia del 12 de diciembre de 1981 anuló la expresión «o varias entidades» contenida en el artículo 74 del dec. 1848 de 1969, al reglamentar la pensión en caso de despido injusto de los empleados oficiales vinculados mediante contrato de trabajo. En consecuencia, no existe la menor duda que el citado art. 8 de la ley 171 de 1961*

*y el 74 del decreto reglamentario mencionado prevén que para el reconocimiento de la llamada pensión sanción sólo cuenta el tiempo trabajado en la entidad administrativa que de manera injusta termina el convenio laboral, mediante la modalidad de contrato de trabajo y no por medio de una relación legal y reglamentaria.*

6. En sentencia de fecha 8 de agosto de 1995, con ponencia del doctor Jorge Iván Palacio Palacio, respecto de la aplicación del artículo 8 de la ley 171 de 1961 a trabajadores oficiales, la Corte conceptuó que esta disposición resulta plenamente aplicable a situaciones en las cuales operen causas legales de terminación del contrato de trabajo, pues está claro y ha sido suficientemente analizado, que de la única manera que el patrono oficial se exonera de la aplicación de esta norma es cuando demuestra que el despido obedeció a una justa causa de las consagradas legislativamente en las disposiciones aplicables; para el caso a saber, los artículos 48 y 49 del decreto 2127 de 1945 lo expresaron de la siguiente manera:

*Al respecto, las dos secciones de la sala tienen establecido que los modos legales de terminar el contrato de trabajo, dentro de los cuales se cuenta la liquidación de la empresa (art. 47 decreto 2127 de 1945), difiere de las justas causas de finalización del*

<sup>9</sup> Revista *Derecho Vigente Laboral*, N° 19, agosto de 1995, p. 15 y siguientes.

*convenio (artículos 48 y 49 ibídem), y que sólo ante el despido con justo motivo se exonera al empleador del pago de la llamada pensión sanción, caso diferente del que se estudia, en el que si bien la decisión de la empleadora fue legal, lo cierto es que no fue justa*<sup>10</sup>.

La Corte Suprema de Justicia inclusive va más allá y se detiene a analizar el contenido del artículo 20 transitorio de la Constitución Nacional, con ponencia del doctor Zúñiga Valverde, de fecha 11 de marzo de 1997, en la cual se refiere a otra decisión identificada como la sentencia 8740 y establece lo siguiente:

*Sin embargo conviene aclarar que esta Corte no desconoce el artículo 20 transitorio de la Constitución ni la vigencia jurídica de las disposiciones que lo desarrollan, sino que considera indispensables acompañarlas dentro del contexto del régimen laboral aplicable a los trabajadores afectados con las pertinentes medidas, para lo cual resulta ineludible cumplir, como lo anota el opositor, los principios básicos contemplados por el artículo 53 de la Constitución Nacional.*

*Ha de agregarse, que si bien las normas que desarrolla el artículo 120*

<sup>10</sup> Revista *Derecho Vigente Laboral*, N° 19, agosto de 1995, p. 15 y siguientes. La sentencia hace referencia igualmente a la situación que tuvimos ocasión de analizar como presupuesto inicial de aplicación jurisprudencial, lo cual consta en el presente documento.

*transitorio de la C.P. fijaron indemnizaciones originadas en la supresión de empleos, esto no quiere decir que los trabajadores perdieran por ese solo hecho los derechos a las indemnizaciones ordinarias a las que se hacían merecedores por ministerio de la ley, del contrato, o de una convención o pacto colectivos, pues es lo cierto, que en caso como el subexamine, el verdadero equilibrio frente a las cargas públicas consagradas en el artículo 13 de la C.P. sólo se logra con el pago de todas las indemnizaciones legales, contractuales y convencionales, originadas en el daño inferido al trabajador con la supresión del empleo, en las que forzosamente deben incluirse las generadas en razón de la terminación del contrato sin justa causa*<sup>11</sup>.

Frente a la aplicación de la pensión sanción a despidos por causas legales más no justas, ha dicho la Corte:

*«En cuanto a la pensión sanción, el criterio de la Corte es el de que cuando la ley se refiere a la ausencia de justa causa en el despido, como uno de los elementos generadores de la jubilación restringida, no puede entenderse que la simple manera de terminación por causa autorizada legalmente equivalga a la justa causa, por cuanto ya se ha visto que justa causa y modo legal son cosas distintas en esencia».* (Pueden con-

<sup>11</sup> Revista *Derecho Vigente Laboral*, N° 38, marzo de 1997, p. 58 y siguientes.

sultarse sobre el particular, entre otras, las sentencias del 19 de noviembre de 1993, radicación 6227, y del 11 de junio de 1990, radicación 3790. Más recientemente se puede estudiar, igualmente, el fallo de fecha 11 de junio de 1995, radicación 7392; el fallo de fecha 9 de febrero de 1996, radicación 8030; y los dos fallos de fecha 7 de marzo de 1996, radicaciones 7881 y 8256; el fallo de fecha 10 de julio de 1996, con ponencia del doctor Jorge Iván Palacio Palacio, radicación 8214; el fallo de 7 de marzo de 1996, con ponencia del mismo magistrado, radicación 8256; la sentencia de octubre 23 de 1989 radicación 3120; la sentencia de marzo 27 de 1995, radicación 7425, y una muy importante sentencia de fecha 28 de julio 1996, radicación N° 8242). Durante 1998 se analizó la aplicación de la pensión sanción a un caso de despido colectivo. La posición mayoritaria sostuvo en ese momento, pues se dio un salvamento de voto con fundamento en una decisión anterior de fecha julio 28 de 1996, radicación 8242, lo siguiente:

*Otro tema es el de si el despido colectivo puede clasificarse como justo o injusto frente a cada uno de los trabajadores y, al respecto, en sentir mayoritario de la sala, es patente que se trata de una terminación unilateral sin justa causa, pues el mismo artículo 67-1 define que debe obedecer a motivos diversos de justas causas contempladas en la ley para terminar los contratos de trabajo, lo cual es natural, pues eventos de tipo económico y organizacional como los que contempla el ordinal 3° del aludido artículo, mal pueden constituir justa causa de terminación contractual por parte del empleador en tanto provienen de éste, máxime si se toma en consideración que, con arreglo al artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo, el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas del empresario<sup>12</sup>.*

En esta sentencia se presentó un interesante salvamento de voto, suscrito por los magistrados Valdés Sánchez y Herrera Vergara, según los cuales en los despidos colectivos no se genera la pensión sanción, al ser la figura ajena a los demás eventos que aparecen señalados dentro del artículo 61, subrogado por la ley 50 de 1990, artículo 5°, y además porque al tener que relacionar este evento con la situación, decreto 2351 de 1965, el despido no puede atribuirse a una determinación arbitraria o abusiva del empleador. Los signatarios lo establecen así:

*[...]10. En la decisión unilateral injusta hay ausencia de una justificación prevista por la ley, mientras en el caso del despido colectivo, bajo sus dos situaciones (cierre de empresas y afectación masiva de contratos por*

<sup>12</sup> Derecho Vigente Laboral, N° 49, abril de 1998, p. 310.



decisión del empleador sin que exista la cláusula de la empresa o establecimiento), mediante situaciones que la misma ley contempla como hipótesis que pueden conducir a que el empleador se vea compelido a terminar los contratos. En el primer evento hay ausencia de razones que respalden a la luz de la normatividad la decisión del empleador, mientras en los casos previstos como marco legal del despido colectivo existen motivos ajenos a la voluntad del empleador, que imponen la terminación de los contratos<sup>13</sup>.

En la misma decisión que expresa: «[...]11. La pensión sanción contempla como una secuela del despido sin justa causa, pero no se prevé como consecuencia de un despido colectivo y no es viable intentar una aplicación extensiva o por analogía, dado que tratándose de una medida con connotación sancionatoria, su aplicación debe hacerse dentro de un carácter estrictamente restringido a los casos expresamente contemplados para este efecto». «Concatenado con lo anterior debe tenerse en cuenta que en la actualidad, después de la expedición de la ley 50 de 1990, ¿la pensión sanción tiene un tratamiento especial restringido a los empleadores que no vinculan a su trabajador al sistema de seguridad social? Ello fue tenido en cuenta en el presente caso por el fallador de segunda instancia al observar que, cuando el demandante fue afiliado al I.S.S.

por la empleadora, procedía disponer el pago de las cotizaciones hasta el momento en que el Seguro Social asumiera la correspondiente pensión de vejez, pues desde ese instante cesa la obligación pensional impuesta a la accionada. Se reitera por este salvamento que no es dable asimilar el despido colectivo, naturalmente autorizado por el ministerio de ramo, al despido injusto». «12. Lo expuesto conduce a que, como el cierre autorizado de la empresa o establecimiento, total o parcialmente y consecuencial despido colectivo en sí no es un acto asimilable a la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, cuando este despido se produce, el empleador no tiene a su cargo la obligación de pagar la pensión sanción de jubilación, pues ésta presupone la terminación del contrato sin justa causa. Sólo deberá asumir la indemnización precisa y concreta que expresa el artículo 67 de la ley 50 de 1990 en sus distintas modalidades según el capital del empleador».

El numeral 5º de esa disposición señala:

No producirá ningún efecto el despido colectivo de trabajadores o la suspensión temporal de los contratos de trabajo, sin la previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, caso en el cual se dará aplicación al artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo.

A nuestro modo de ver, la posición tradicional de la Corte se encuentra analizando lo que de dere-

<sup>13</sup> Derecho Vigente Laboral, N° 49, abril de 1998, p. 313.

cho individual tiene esta disposición. La posición de los dos magistrados disidentes se estructura a partir de la sola consideración de la figura como tal, y vista así es impecable, lo que acontece es que de acogerse el criterio, se estaría dejando de lado una seria tradición jurídica de interpretaciones en la materia. En este mismo artículo nos hemos referido a ella en la primera parte de este numeral al referirnos a la aplicación de la pensión sanción a los despedidos justos mas no legales. Con todo el respeto que nos merece nuestro profesor, el doctor Herrera Vergara, consideramos que en el análisis correspondiente a las autorizaciones para que adquiera validez, es decir, para que nazca a la vida jurídica un despido colectivo, una cosa es la legalidad del despido como tal, el cual tiene unas características muy especiales que impiden que a cualquier evento se lo califique como colectivo, y otra, lo que acontece al ámbito individual, una vez que el despido ha sido autorizado, pues ello nos coloca, una vez más, en la disquisición jurídica que se presenta alrededor de las causales constitutivas de justa causa y las causales legales por las cuales termina el contrato de trabajo, lo cual, respecto de la indemnización en estas últimas, es asunto que ha sido desarrollado desde hace mucho tiempo por la jurisprudencia.

7. El 8 de agosto de 1995, con ponencia del magistrado Francisco Escobar Henríquez, la Corte sos-

tuvo que la edad no es un requisito indispensable para la obtención de la pensión restringida de jubilación. Refiriéndose a trabajadores oficiales, por el contrario, consideró que el asunto sólo era un requisito de mera exigibilidad, que en manera alguna tiene importancia en el asunto. La expresión concreta es la siguiente:

*[...]De antaño ha establecido esta Sala (sección primera) que los elementos constitutivos de la pensión restringida de jubilación o también denominada pensión sanción consagrada en la ley 171 de 1961, art. 8, en el decreto 1848 de 1969, art. 74 son dos: De una parte, el tiempo de servicios (mayor de 10 y menor de 15), y de otra, el despido injustificado del trabajador, en tanto que la edad no impide el reclamo por parte del beneficiario, pues ella no es más que una condición para la exigibilidad del pago<sup>14</sup>.*

Esta tesis fue reiterada nuevamente durante 1998. En esta ocasión, el ponente fue el doctor Méndez Arango, quien reiteró la idea, y al hacerlo se refirió a otra decisión de fecha 20 de noviembre de 1996, radicación 9129. Los argumentos concretamente son éstos:

*El cumplimiento de la edad no es en esencia un requisito para la configuración del derecho a la pensión de*

<sup>14</sup> Revista *Derecho Vigente Laboral*, N° 20, septiembre de 1995, p. 26 y siguientes.

jubilación por retiro voluntario prevista en el artículo 8 de la ley 171 de 1961, pues ese hecho no pasa de ser una condición para exigibilidad de esta prestación que, en rigor, con anterioridad a la ley 50 de 1990, que la subrogó para los trabajadores particulares con presupuestos diferentes, entraba al patrimonio del trabajador que se retiraba voluntariamente con preguntas diferentes, entraba al patrimonio del trabajador que se retiraba voluntariamente con 15 o más años de servicios siempre que ello fuera posible de acuerdo con los reglamentos del I.S.S.<sup>15</sup>

8. En sentencia de fecha 22 de agosto de 1995, del doctor José Roberto Herrera Vergara, al analizar el contenido del artículo 37 de la ley 50 de 1990, norma que modificó la legislación en materia de pensión sanción, dejó sentado este importante criterio:

*La razonable evolución jurisprudencial en torno a la figura de la pensión sanción ha insistido en el examen concreto de cada situación respecto de las disposiciones legales y reglamentarias que a lo largo del tiempo la han regulado y que dieron paso a las diversas concepciones en torno a ella.*

*Es innegable que hasta la expedición de la ley 50 de 1990 ningún precepto con fuerza de ley derogó de manera expresa la pensión por des-*

*pido consagrada en la ley 171 de 1961, toda vez que los que hicieron alguna referencia a ella fueron reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, aprobados mediante decretos por el Gobierno Nacional, muchas veces imprecisos, y por su carácter subalterno carecían del poder de desquiciar totalmente la normatividad legal mencionada.*

*Por las razones expuestas, la jurisprudencia nacional paulatinamente fue esclareciendo las diversas consecuencias de los reglamentos citados, procurando cada vez más armonizarlos con el marco legal subsistente, pero alejándose de las posturas extremas que en su momento propiciaron la compatibilidad entre la pensión sanción y la de vejez del I.S.S. o la extinción de este beneficio.*

*Fue así como de la tesis sobre concurrencia de estos derechos preconizadas inicialmente en sentencias de la Sección Primera de la Sala Laboral de esta corporación de noviembre 5 de 1976 y de agosto de 1986, ya en vigencia el Decreto 2879 de 1985, al deducir la exclusión de los dos beneficios para aquellos trabajadores que en el momento de iniciarse la obligación de aseguramiento por vejez tenían menos 10 años de servicio al empleador, hasta que con base en el Decreto 758 de 1990 se admitió la compatibilidad.*

*A partir de la vigencia del artículo 37 de la ley 50 de 1990, de enero primero de 1991, la conceptualiza-*

<sup>15</sup> Revista *Derecho Laboral Vigente*, N° 51, junio de 1998, p. 464 y siguientes.

*ción legal de la pensión sanción sufrió un viraje fundamental, pues teniendo en cuenta el nuevo tratamiento al despido injustificado, la aspiración de universalización de la seguridad social, el monto de la pensión de vejez consagrado desde 1985 y en general la inspiración filosófica de dicha normatividad, se puso de manifiesto que los fundamentos que antaño justificaron tal figura sufrieron notoria mengua, de forma que ahora, no solamente aparece innecesaria sino que riñe con los postulados de una auténtica seguridad social, en la medida en que los empresarios cumplan sus deberes en esa materia, y así lo estatuyó la nueva preceptiva.*

*Del texto del artículo 37 de la ley 50 surge con claridad que los despidos efectuados (después del primero de enero de 1991), por un empleador que a través de la relación laboral cumplió con sus obligaciones de afiliación oportuna y cotizaciones al sistema de seguridad social, debidamente acreditadas en juicio, no quedan afectados con la posibilidad de la pensión sanción, la que quedó extinguida en sus dos modalidades; corolario de ello es que se mantiene para los trabajadores no afiliados al régimen de seguridad social pertinente. Naturalmente, afiliaciones al ente de seguridad social efectuadas por empleadores con notoria extemporaneidad, y que ocasionen la privación de la pensión de vejez por parte de aquél, constituyen un menoscabo de los derechos del trabajador despedi-*

*do injustamente, y por ello no libe-  
ran al patrono de la obligación  
pensional, como ya ha tenido oportu-  
nidad de precisarlo esta Sala me-  
diante sentencia del 29 de septiem-  
bre de 1994 (Exp. 6919) en la que  
expresó: «Como el principio general  
es que las pensiones restringidas de-  
ben de dejar de estar a cargo de los  
empleadores cuando la pensión de  
vejez sea asumida por el seguro so-  
cial (inc. 4º), si se aceptara la tesis  
del recurrente “que desconoce ese  
principio” se llegaría a situaciones  
de desprotección no queridas por el  
legislador. Así, por ejemplo, la del  
empleador que afiliara al trabajador  
tardíamente, inclusive el día ante-  
rior al despido, y pretendiera acoger-  
se a lo dispuesto en el primer inciso  
del artículo 37 (en el entendimiento  
que le da el recurrente) para no pagar  
la pensión proporcional».*

*Igualmente para la hipótesis de  
cotizaciones deficientes, el Parágra-  
fo primero ibídem contempla la posi-  
bilidad de que el empleador continúe  
pagando el valor de las que falten  
para que el afiliado adquiriera el dere-  
cho a la pensión de vejez; mas, como  
se advirtió en la sentencia referida,  
se trata de una facultad que puede  
ser renunciada por el empleador que  
a su elección prefiera abstenerse de  
continuar pagando el valor de esas  
cotizaciones a asumir él directamen-  
te el pago de la pensión restringida  
durante toda la vida del trabajador.  
Así mismo se observó que el Pará-  
grafo segundo del precepto, le permi-  
te al empleador convenir con el Se-*

guro Social la conmutación de la pensión, hipótesis en la cual también se puede liberar de la obligación de continuar cotizando para ese riesgo.

*Conviene precisar que en los eventos de cotizaciones extemporáneas de los empleadores, permitidas por el ordenamiento positivo, constituye una obligación correlativa del ente gestor de seguridad social respectivo el recibirlas, sin perjuicio del cobro de los intereses y las demás consecuencias consagradas en la normatividad aplicable. Así se asegura el indispensable acoplamiento entre las normas laborales y las de seguridad social. Por lo demás, observa la Sala que los criterios atrás expuestos no han sufrido variación por virtud de lo dispuesto en la ley 100 de 1990<sup>16</sup>.*

Esta fue la posición de sala plena durante 1996, magistrado ponente: Dr. José Roberto Herrera Vergara, Ref.: Expediente N° 7.710. Santafé de Bogotá, D.C., febrero siete de mil novecientos noventa y seis (1996), al resolver la Corte el recurso de casación interpuesto por María Elsa Barbosa Ramírez contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, el 27 de octubre de 1994, en el juicio seguido por la recurrente contra José Ignacio Martín Gómez. En esta sentencia dijo la Corte fundamentalmente lo mismo que en la sentencia transcrita arriba porque se

trata del mismo ponente pero en sala plena, y además agregó lo siguiente:

*El fundamento de la pensión restringida mencionada, por lo menos a partir de la ley 50 de 1990, ha estado sustentando, antes que en una sanción al despido injusto –que posee otros mecanismos de reparación–, en la imperiosa necesidad de resarcir el perjuicio que sufre un trabajador ocasionado por esa desvinculación que definitivamente lo priva de la posibilidad de acceder a una pensión de jubilación o de vejez, según el caso.*

*De otra parte, tan perdió esta pensión especial el carácter de beneficio autónomo que tuvo primigeniamente, que aún respecto de trabajadores no afiliados a la seguridad social –en los que sí puede proceder–, si posteriormente el Seguro Social asume la de vejez, «deja de estar a cargo de los empleadores» (L. 50, art. 37, inc. 6°), vale decir, es sustituida por esta última, independientemente de su cuantía, lo que lleva a concluir que la esencia de ambas es la misma, pues sería ilógico pensar que la ley cohonestara una transmutación de una sanción en una prestación.*

*Adicionalmente, al cimentarse la pensión restringida en la necesidad de evitar que el afiliado se quede sin la de vejez, respecto de los trabajadores afiliados a la seguridad social no es coherente lo que sólo es dable esclarecerlo al momento del cumpli-*

<sup>16</sup> Tomada de Biblioteca Virtual de Jurisprudencia colombiana de Legis.

miento de las edades mínimas (55 y 60 años, mujeres y hombres, respectivamente).

Por manera que no puede identificarse la falta de afiliación —que sí podría generar sanción— con la afiliación del trabajador al I.S.S. tan pronto se inició la obligación de inscripción en la respectiva región del país.

Por otro lado, tampoco se puede asimilar dicha situación a la pensión por retiro voluntario después de 15 años de servicios, y con base en ello concluir que con mayor razón adquieren la pensión sanción, pues si se parte de esa premisa equivocada, errada será también la conclusión, debido a que para los afiliados sometidos al régimen de seguridad social desde su inicio en la respectiva región, lo que procede es la respectiva pensión de vejez a cargo del Seguro Social, como lo tiene adoctrinado reiteradamente la jurisprudencia de esta corporación. En efecto, en sentencia de junio 3 de 1982, con ponencia del magistrado Fernando Uribe Restrepo, consideró:

«De suerte que al producirse la subrogación total de las pensiones jubilatorias patronales por el nuevo sistema de pensión de vejez a cargo del Seguro Social —sistema más técnico y de mayor proyección social— con las solas salvedades y limitaciones expresamente establecidas por los reglamentos para el periodo de transición, conforme lo ha aceptado

reiteradamente la jurisprudencia, es lógico que dicha subrogación total comprende también a las pensiones especiales (subrayo).

El Seguro Social no asumió, por ejemplo, la pensión proporcional por retiro voluntario del trabajador después de 15 años de servicios. Así como tampoco asume todas y cada una de las prestaciones patronales, en las mismas cuantías y condiciones que la ley establece a cargo del patrono, en ninguno de los riesgos de enfermedad común, riesgos profesionales e invalidez, vejez y muerte.

Es que en realidad el seguro social está obligado a asumir la pensión de vejez, diseñada especialmente por la ley 90 de 1946, como “riesgo correspondiente” a las pensiones de jubilación, y en ningún caso está obligado a asumir las mismas prestaciones que la ley consagra a cargo de los patronos. No quiere la ley del Seguro Social una subrogación simple, por cambio del deudor, sino una verdadera sustitución de sistemas. No es sólo que el ISS reemplace a los patronos: se trata de que el seguro social de vejez sustituya las pensiones patronales de jubilación.

Sólo las excepciones o limitaciones expresas —interpretadas restrictivamente— podrían representar una desviación de la regla general según la cual el Seguro Social reemplaza la jubilación patronal. De este modo se cumple el principio jurídico que regula la vida de la ley en el tiempo,

consagrado por el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, según el cual 'estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones legales posteriores o por existir una ley nueva que regula integralmente la materia a que la anterior disposición se refería'».

Aunque las razones expresadas ponen de manifiesto la improcedencia de la pensión deprecada, si existiera alguna duda en punto a la real voluntad del legislador sobre la misma y más específicamente sobre el sentido del artículo 37 de la ley mencionada, nada resulta más apropiado que acudir al pensamiento plasmado en la ponencia oficial presentada en los debates legislativos por el grupo de congresistas designado para tal efecto, quienes de manera unánime expresaron :

«Se elimina la pensión sanción respecto de los trabajadores amparados por el sistema de seguridad social a cargo del Instituto de Seguros Sociales. Se mantiene su concepto original cuando dicha circunstancia no se presente. Esto es, el trabajador afectado por el despido será beneficiario de la pensión sanción a cargo del empleador si no ha cotizado para pensión de vejez del ISS. Se prevé también la posibilidad de que se pueda completar la cotización a efectos de la pensión proporcional de vejez cuando el trabajador no tenga el número mínimo de semanas y haya

estado al servicio del empleador más de 10 o 15 años, así como la facultad que tendrá el empleador de conmutar las pensiones con el ISS».

Por todo lo anteriormente expuesto, la hermenéutica propuesta por la impugnante, no consulta ni los antecedentes ni el sentido de la Ley 50 de 1990, por lo que al tener la actora menos de 10 años de servicios al momento de asumir el Seguro Social el riesgo de vejez en la zona respectiva y sin haberse configurado incumplimiento patronal de sus obligaciones de afiliación y cotización, lo que procedía en rigor era condenar al empleador a «completar la cotización a efectos de la pensión» vitalicia de vejez, como lo dispuso acertadamente y después de un estudio juicioso el Tribunal Superior de Cundinamarca.

Dijo además la Corte en esta oportunidad lo siguiente:

Para efectos del artículo 37 de la Ley 50 de 1990, la inscripción de un trabajador en el seguro de vejez no extemporánea, ni «tardía», si ocurre durante los primeros días de vigencia de la obligación de aseguramiento en la región correspondiente, pues con antelación el empresario se hallaba en imposibilidad absoluta de afiliarlo por no haber asumido el ISS el riesgo correspondiente en esa zona. Mas desde esa inscripción oportuna, por virtud de ese acto condición, adquirió el status de afiliado y quedó sometido al régimen de seguridad

*social y específicamente a la pensión de vejez regulada por él. Viene de lo anterior que por haber ocurrido el despido durante la vigencia de la Ley 50 de 1990, es aplicable al parágrafo primero del artículo 37 de la misma que contempla y regula expresamente el caso bajo examen al disponer que «En aquellos casos en que el trabajador esté afiliado al Instituto de Seguros Sociales pero no alcance a completar el número mínimo de semanas que le da derecho a la pensión mínima de vejez, bien porque dicho instituto no hubiera ampliado su cobertura en la zona respectiva o por omisión del empleador, desde el inicio o durante la relación laboral, el empleador pagará el valor de las cotizaciones que faltaren al Instituto de Seguros Sociales para que el trabajador adquiera el derecho proporcional a la pensión de vejez».*

Con base en el precepto transcrito, resulta claro que desde la vigencia de la Ley 50, cuando el afiliado no alcanza a completar el número de semanas exigidas para tener derecho a la pensión de vejez por falta de cobertura inicial de ISS en determinada región, el despido por fuera de las causales señaladas como justas no origina para el empresario cumplidor de sus obligaciones con la seguridad social la pensión sanción, sino el deber de sufragar el número de cotizaciones mínimas necesarias para que el trabajador adquiera el derecho a la pensión de vejez.

Esta decisión tiene una doble importancia. De una parte, constituye la posición vigente de la jurisprudencia, y de otra, se estructura a partir del análisis de lo que acontece en la evolución de la jurisprudencia. Así se ve, por ejemplo, la clara referencia a las decisiones de los años 1976, 1979 y 1981, para posteriormente referirse a la decisión de agosto 13 de 1986. Así mismo, es importante tener en cuenta las opciones que le brinda la decisión al patrono, en relación con la propia institución de seguridad social, la cual, no es un secreto, es la más importante institución en el ámbito nacional en esta materia, hoy la más importante E.P.S del mercado.

Esta sala de la Corte, en sentencia de agosto 22 de 1995 (radicación 7571), precisó:

*Es innegable que hasta la expedición de la Ley 50 de 1990 ningún precepto con fuerza de ley derogó de manera expresa la pensión por despido consagrada en la ley 171 de 1961, toda vez que los que hicieron alguna referencia a ella fueron reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, aprobados mediante decretos por el gobierno nacional, muchas veces imprecisos, y por su carácter subalterno carecían del poder de desquiciar totalmente la normatividad legal mencionada.*

Durante 1996 la Corte analizó nuevamente esta circunstancia en sentencias de fecha 18 de abril de



1996 y 4 de octubre de 1996, con ponencia de los doctores Germán Valdés Sánchez y Jorge Iván Palacio Palacio, en la que se incluyó el artículo 133 de la ley 100 de 1993. En la primera de estas providencias se sostuvo:

*La pensión proporcional que se consagró en esa norma (art. 37, ley 50 de 1990) fue instituida exclusivamente a favor de los trabajadores que no hubieran sido afiliados al Seguro Social en las hipótesis en que ese organismo no hubiese asumido el riesgo de vejez o en que el empleador hubiera incumplido con la obligación de afiliarlos. En la segunda sentencia sostiene: «Con la vigencia de la Ley 50 de 1990, el derecho en alusión quedó restringido a los trabajadores no afiliados al Instituto de Seguros Sociales, ya por falta de cobertura o por omisión del empleador; y para los casos en que el trabajador afiliado no alcanzaba a reunir el número de semanas de cotización requeridas para la pensión mínima de vejez, después del mismo tiempo de servicios, dispuso que el empleador pagará 'el valor de las cotizaciones que faltaren al Instituto de Seguros Sociales' para que el trabajador adquiera el derecho de la misma».*

*En virtud de la normatividad actualmente vigente, que, como bien lo observa la impugnación no es otra diferente a la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias y complementarias, sólo subsiste el derecho que se examina para los trabajadores*

*no afiliados al sistema general de pensiones por omisión del empleador, y lo previsto en el inciso tercero del artículo 133, no deja duda de que se aplica únicamente al trabajador que no reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez. O sea que, al igual que las normas que le precedieron, su teleología conduce a que el derecho a la pensión sanción está consagrado para los trabajadores que, por culpa del empleador, no alcancen a cumplir los requisitos mínimos indispensables para disfrutar de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida (el demandante puede reclamarla cuando acredite haber cumplido los 60 años de edad de conformidad con el artículo 33 de la misma ley), régimen al cual le son aplicables «las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones» contenidas en la Ley 100 de 1993 (art.31).*

Una vez más se permitió la Corte analizar y estudiar, respecto de los trabajadores oficiales, el artículo 8° de la ley 171 de 1961, luego de la entrada en vigencia de la ley 50 de 1990, radicación 8428. Magistrado ponente: Dr. Ramón Zúñiga Valverde:

*El examen de la naturaleza jurídica del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, permite establecer que se trata de una norma sui generis en razón a que reglamenta situaciones de dos*

regímenes legales bien diferenciados, a saber: El de los trabajadores particulares y el de los trabajadores oficiales. De esta suerte, como el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 solamente modificó el régimen de los trabajadores particulares y dejó subsistente el ordenamiento aplicable a los trabajadores del sector oficial, correspondía al juzgador de segundo grado aplicar tal normatividad.

Según los términos del artículo 3° de la Ley 153 de 1987, no puede estimarse insubsistente el parágrafo del artículo 8°, porque la ley expresamente previó la situación de los trabajadores particulares y guardó silencio respecto a los trabajadores oficiales, continuando para éstos vigente tal ordenamiento y sin existir incompatibilidades por ser distintos los regímenes legales para los trabajadores particulares y oficiales, se reafirma una vez más la vigencia de tal normatividad para los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, como lo es el caso que ocupa la atención de la Sala<sup>17</sup>.

Durante 1998 reitera la Corte su tesis de que la pensión sanción como tal no se aplica a quienes se encuentran afiliados al régimen de seguridad social en salud. El fallo es de 18 de marzo de 1998 y con ponencia del

magistrado José Roberto Herrera, radicación N° 10355, la cual ha sido publicada por la revista *Derecho Vigente Laboral*, N° 50, 1998, p. 426.

9. En 1997 se produce una decisión fundamental en cuanto a la vinculación del trabajador oficial al ISS, la cual cuenta con un salvamento de voto. Como lo consideramos fundamental para el análisis de este tema, la presentaremos en su verdadero alcance: sentencia de casación, mayo 6 de 1997, expediente 9561, magistrados ponentes: Dr. Germán G. Valdés Sánchez y Dr. Fernando Vásquez Botero, y fue tomada de la publicación *Biblioteca de Jurisprudencia colombiana de Legis*, y también se encuentra publicada en la revista *Derecho Vigente Laboral*, N° 41, de junio de 1997, p. 40 y siguientes. La citada jurisprudencia establece:

*Es cierto que en la sentencia de casación del 10 de julio de 1996, citada por la censura, la Sala estimó que en cuanto se refiere a la pensión sanción de los trabajadores oficiales, la norma vigente es el artículo 8° de la ley 171 de 1961, por las razones que en dicha providencia quedaron consignadas y que hacen innecesario su repetición.*

*No obstante, en aquella decisión de la Corte no se analizó en forma expresa la situación de vinculación del trabajador oficial al ISS por lo que los supuestos básicos son ahora*

<sup>17</sup> Tomada de la publicación *Biblioteca Virtual de Jurisprudencia colombiana de Legis*.

diferentes, pues tal circunstancia fue la que tuvo el *ad quem* como apoyo de sus conclusiones y por ello es necesario acudir a las reflexiones que se incluyen en seguida.

El artículo 1° del acuerdo 224 de 1966 expedido por el consejo directivo del Seguro Social, aprobado por el artículo 1° del decreto 3041 de 1966, incluyó entre las personas sujetas al Seguro Social Obligatorio en relación con los riesgos de vejez, invalidez y muerte de origen no profesional, a los trabajadores que presten servicios a entidades o empresas de derecho público, semioficiales o descentralizadas. El artículo 2° del decreto ley 433 de 1971 en su letra b, amplió la cobertura a todos los riesgos amparados por el ISS y reiteró como sujetos del Seguro Social Obligatorio, entre otros trabajadores oficiales, a los que prestaran servicios en los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta de carácter nacional, departamental o municipal, servidores a quienes para los efectos del Seguro Social Obligatorio, asimiló a los trabajadores particulares. Lo anterior resulta concordante con las previsiones de la ley 90 de 1946, con su motivación y con el contenido de sus artículos 72 y 76, que en conjunto conforman la fuente de la que debe partir este estudio en el cual el punto neurálgico lo constituye el significado de la seguridad social como sistema prestacional general.

Aunque el decreto ley 1650 de 1977 no incluyó en su artículo 6° a los servidores públicos dentro de los afiliados forzosos al Instituto de Seguros Sociales, tampoco excluyó a los trabajadores de aquellas entidades descentralizadas que durante la vigencia del decreto ley 433 de 1971, adquirieron su registro patronal, de manera que estas entidades podían continuar afiliando para todos los riesgos al ISS a sus trabajadores oficiales, incluso dentro de las misma concepción ordenada por el decreto ley 433 de 1971 en cuanto los asimiló a los trabajadores particulares. Por ello, de hecho, tales entidades mantuvieron su vinculación y la de sus servidores, con el sistema propio del Instituto de Seguros Sociales cuya reglamentación ha señalado el marco jurídico aplicable a las relaciones correspondientes.

Refuerza lo anterior la situación regulada por el acuerdo del ISS 044 de 1989, aprobado por el decreto 3063 del mismo año, que dispuso en su artículo 28-2-b que también serían afiliados facultativos al ISS los empleados de las entidades del Estado que al 18 de julio de 1977, «fecha de la entrada en vigencia del decreto 1650 de ese año», se encontraban registradas como patronos al Instituto de Seguros Sociales.

Lo expuesto conduce a concluir que los afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, sean trabajadores particulares u oficiales, quedan sometidos a un régimen uniforme con-

figurado por los reglamentos del Instituto y por las demás disposiciones legales que tienen que ver con ese régimen, lo que incluye lo relacionado con la figura de la pensión sanción para los trabajadores oficiales que fueron afiliados forzosos o facultativos «pero al fin y al cabo afiliados» al Instituto de Seguros Sociales Obligatorios, lo que se traduce en aceptar que frente a los mismos han operado las previsiones de la ley 90 de 1946 en cuanto a la subrogación del riesgo de vejez: para que éste deje de estar a cargo de los empleadores, particulares u oficiales, cuando la seguridad social lo ha asumido, conclusión que cobija la situación de la llamada pensión sanción, cuya naturaleza prestacional ya no puede ponerse en duda en virtud de la claridad que sobre el particular ofrecieron el artículo 6° del acuerdo 049 de 1990 (D. 0758/90), ambos expedidos por el Consejo Nacional de Seguros Sociales, normas en que se asoció dicha pensión claramente con el riesgo de vejez hasta el punto de prever la compatibilidad de aquélla con la pensión contemplada por el ISS para tal riesgo.

Tal naturaleza ha sido confirmada por la misma ley 50 de 1990 y no resulta admisible concluir que una misma figura, sin que exista la distinción expresa en la ley, tenga una naturaleza jurídica frente al sector privado y otra en relación con el sector público, particularmente a la luz del artículo 48 de la Constitución Nacional, que frente al derecho

a la seguridad social no establece ninguna distinción entre los ciudadanos destinatarios de la misma y, por el contrario, prevé la universalidad como uno de los principios que la regulan.

La subrogación del riesgo que involucra la afiliación legalmente hecha al ISS produce un efecto integral en relación con las distintas contingencias que de allí puedan derivarse, pues de otra forma pueden generarse duplicidades de beneficios que en el campo de la seguridad social tienden a traducirse en perjuicio para la comunidad interesada en la adecuada prestación de los servicios propios de este derecho constitucional.

La jurisprudencia vigente sobre los alcances del artículo 37 de la ley 50 de 1990, que concuerda con el entendimiento expresado, está contenida en la sentencia de casación de la Sala Penal Laboral del 7 de febrero de 1996, radicación 7710, proferida cuando la Sala estaba dividida en dos secciones, y reiterada posteriormente en otras, cuando ya estaba actuando de manera unificada, como puede verse, por ejemplo, en la sentencia del 13 de septiembre de 1996, radicación 8764. Allí se ratificó que el fundamento de la pensión restringida estaba sustentado «antes que en una sanción al despido injusto», que posee otros mecanismos de reparación, «en la imperiosa necesidad de resarcir el perjuicio que sufre un trabajador ocasionado por la desvin-

*culación que definitivamente lo priva de acceder a una pensión de jubilación o de vejez, según el caso». Tal marco, por lo que antes se ha señalado, corresponde al que debe tenerse en cuenta para resolver lo planteado ahora.*

*Por tanto, dentro de las circunstancias fácticas aquí determinadas, el trabajador sólo tendrá derecho a que el empleador le pague la pensión restringida de jubilación dentro de las hipótesis y características propias de la regulación contenida en los acuerdos del Seguro Social sobre la materia.*

Esa decir, se parte de que la naturaleza de la pensión sanción es la misma para empleados públicos y para empleados oficiales, y constituye una imperiosa necesidad de resarcir el perjuicio que sufre un trabajador ocasionado por una desvinculación injusta a la seguridad social, a lo cual lo somete el patrono, que lo priva de acceder a una pensión de jubilación o de vejez, según el caso.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta el salvamento de voto a la decisión del 7 de febrero de 1996 del magistrado José Roberto Herrera Vergara. En éste, los magistrados Rafael Méndez Arango y Germán Valdés Sánchez parten del supuesto de que las pensiones previstas en el artículo 8° de la ley 171 de 1961 y en el artículo 17 del acuerdo 049 de 1990, no corresponden a una misma

figura jurídica, debido a que normativa y jurisprudencialmente se han establecido diferencias entre uno y otro derecho.

Establecen estos magistrados que la pensión restringida del artículo 8° por decisión mayoritaria de la Corte, pero además reiterada en varias ocasiones, no se dirige a proteger el riesgo de vejez, y por lo mismo, respecto de la misma no opera la subrogación del riesgo en los términos en que lo establecen los artículos 72 y 76 de la ley 90 de 1946. La pensión del artículo 17 del acuerdo 049 de 1990 supone un derecho que va a sufrir necesariamente mengua cuando surja el derecho a la pensión de vejez. Incluso puede llegar a desaparecer en su efecto económico. «*En sentido contrario, para el beneficiario la pensión en cuestión a la luz del primigenio artículo 8° de la ley 171 de 1961 representa un derecho inmodificable, adquiera o no pensión de vejez...*».

A partir de esta consideración estiman que en la demanda que nos ocupa, el actor solicitó una de estas dos figuras, pero la Corte Suprema de Justicia, en la decisión mayoritaria, le otorgó otro motivo: «*[...]Se tiene entonces que por corresponder a pensiones de naturaleza disímil, que cubren riesgos diferentes y que tienen, como consecuencia, proyecciones dispares, constituyen derechos distintos, y por ello conceder judicialmente uno de ellos cuando se ha solicitado claramente el otro, supone generar una modificación dentro del petitório de la demanda*

*e incurrir por tanto en la prohibición del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, frente al cual la única excepción admisible en el campo laboral, cuando de decidir sobre las pretensiones se trata, corresponde a la que nace del ejercicio de la facultad para fallar extra o ultra petita que contempla el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, norma que restringe esa facultad al juez de primera instancia (También por interpretación constitucional la tiene el fallador de única instancia), por lo cual está proscrito para esta corporación en forma absoluta. Tal criterio, que constituye el fundamento de la discrepancia que sostiene este salvamento, no se afecta por la circunstancia de tener los demandantes la condición de trabajadores oficiales, habida cuenta de las razones que condujeron a concluir como aplicables a ellos, dentro de este caso, las disposiciones propias de la seguridad social».*

Esta decisión ha sido reiterada durante 1998, expediente 11435 del 8 de abril de 1999, M.P. Fernando Vásquez Botero, respecto del contenido del artículo 133 de la ley 100 de 1993, que subrogó el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual expresa:

**Art. 267:** *Subrogado L. 50/90, art. 37, L.100/93, art. 133. Pensión después de 10 y de 15 años de servicios. El trabajador no afiliado al sistema general de pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa de despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y me-*

*nos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.*

*Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido.*

*La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicio respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE.*

**PAR. 1º.** *Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado.*

**PAR. 2º.** *Las pensiones de que trata el presente artículo podrán ser conmutadas con el Instituto de Seguros Sociales.*

**PAR. 3º.** *A partir del 1º de enero del año 2014 las edades a que se refiere el presente artículo, se reajustarán a sesenta y dos (62) años si es hombre y cincuenta y siete (57) años si es mujer, cuando el despido se produce después de haber laborado con el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, y a sesenta (60) años si es hombre y cincuenta y cinco (55) si es mujer, cuando el despido se produce después de quince (15) años de dichos servicios.*

La conclusión a la que se debe llegar es que la pensión sanción consagrada en el artículo en mención sólo tiene cabida cuando el empleado público o particular que aspira a obtener esta condena no se encuentra afiliado en el sistema de seguridad social integral creado por la ley 100 de 1993.

### CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente indicado podemos concluir:

1. Es posible identificar tres etapas cuando se analiza la evolución jurisprudencial de la figura de la pensión restringida de jubilación como consecuencia del despido injusto del trabajador o pensión

sanción, a las cuales se le puede adicionar una etapa preliminar, que consiste en el análisis que se le hizo en su momento a la norma original contenida en el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo.

2. Desde una primera etapa se ha venido considerando a la pensión sanción como una pensión concurrente con la de vejez que reconocía el ISS en razón de que su naturaleza correspondía a la de una sanción del patrono que sin justa causa despide a sus trabajadores después de 10 o 15 años de servicios, la cual no se encuentran a cargo del Instituto porque éste solamente asumió el riesgo de vejez.
3. En una segunda etapa de desarrollo jurisprudencial de la figura que estamos analizando, se llegó a la conclusión, respecto del contenido del acuerdo 029 de 1995, que ya no había razón para considerar que este tipo de pensión estuvieran caracterizadas como una sanción al patrono, sino que se las vinculó al riesgo de vejez, y quedó a cargo del patrono únicamente la obligación de continuar cancelando las cotizaciones necesarias e indispensables para que al llegar el momento adecuado el Instituto la asumiera.
4. Lo que a nuestro modo de ver constituye un aspecto más inte-

- resante es el que se presenta dentro de lo que conocemos como la tercera etapa de desarrollo jurisprudencial, en la cual se define la condición de imprescriptibilidad, la identificación de sus supuestos, el despido injusto y el tiempo de servicio. La edad se considera únicamente un requisito de exigibilidad, y se mantiene el criterio de que ésta es una pensión cuya naturaleza la convierte en una sanción en los eventos en los cuales el trabajador afectado por esa decisión injusta no adquiere el derecho a su pensión de vejez; en el evento en el que lo haga, no se aplica la pensión sanción, lo cual no quiere decir que la misma no se encuentre vigente.
5. La pensión sanción como tal se aplica tanto a los empleados particulares como a los trabajadores oficiales, es decir, aquellos servidores que se encuentran vinculados a la administración por medio de un contrato de trabajo.
  6. La pensión sanción tiene aplicación tanto en los casos en los cuales opere el despido sin sujeción a una justa causa como en el caso en el cual el despido se encuentra sujeto a causas legales, y esto se aplica tanto a los trabajadores privados como a los oficiales. Hay, no obstante, un interesante salvamento de voto que considera que la situación del despido colectivo no puede ser tratada en forma idéntica a los demás eventos que contempla el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma en que ha quedado modificado por la ley 50 de 1990 y que la figura es autónoma, y como tal debe ser tratada, con lo cual se incurre, a nuestro modo de ver, en el defecto de minimizar la situación individual de cada uno de los trabajadores, como ya se anotó.
  7. La Corte Considera que esta disposición resulta ser aplicable incluso si se tiene en cuenta el contenido del artículo 20 transitorio de la Constitución Nacional, pues a la par que se consagran nuevas consecuencias indemnizatorias, se deben continuar reconociendo las ordinarias.
  8. A partir de la vigencia del artículo 37 de la ley 50 de 1990, cuando se presenta un despido injusto y el patrono cumplió con sus obligaciones en materia de seguridad social, debidamente demostradas en juicio, no tiene caso la aplicabilidad de la pensión sanción, la cual, por lo mismo, sólo se mantendrá vigente para aquellos trabajadores a quienes sus patronos no los vincularon a la seguridad social.
  9. En la hipótesis de cotizaciones deficientes, el parágrafo primero del artículo 37 de la ley 50 de 1990 contempla la posibilidad de que el empleador continúe pagando el valor de las que faltan para que



el afiliado adquiera el derecho a la pensión de vejez; sin embargo, se trata de una facultad que puede ser renunciada por el empleador que a su elección prefiera abstenerse de continuar pagando el valor de esas cotizaciones y asumir él directamente el pago de la pensión restringida durante toda la vida del trabajador. Así mismo, se observó que el parágrafo segundo del precepto en mención le permite al empleador convenir con el Seguro Social la conmutación de la pensión, hipótesis según la cual también se puede liberar de la obligación de continuar cotizando para ese riesgo.

10. Actualmente, para la corte el fundamento de la pensión restringida está sustentado «antes que en una sanción al despido injusto», que posee otros mecanismos de reparación, «en la imperiosa necesidad de resarcir el perjuicio que sufre un trabajador ocasionado por esa desvinculación que definitivamente lo priva de acceder a una pensión de jubilación o de vejez, según el caso».

Existe un problema especial, desde el punto de vista jurídico, que también permite la aplicación de las normas que consagran la pensión sanción, y son las que guardan relación con el despido de trabajadores oficiales aforados de las empresas que son liquidadas; en relación con la prosperidad de la acción de reintegro por fuero sindical, procede la posición tradicional, que señala que

la pensión sanción se aplica tanto en presencia de despidos sin justa causa como en despidos por causas legales, lo cual hasta este momento no ha acontecido sino únicamente en el caso de la liquidación de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en el cual el gobierno de turno expidió el decreto ley 1586 de 1989, y frente al cual la Corte estimó que «[...]las sentencias en las que se hubiere ordenado el reintegro del empleado quedarían cumplidas “mediante el pago de las condenas económicas liquidadas hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia” o “hasta el vencimiento del término de liquidación”, pero sin que hubiera lugar al reintegro. El verdadero sentido de la norma se explica con la sustitución de la anterior obligación de reintegrar a su empleo al trabajador injustamente despedido, por la nueva obligación de “pago de las condenas económicas”, como quedó descrito. Esta sui generis novación por mandato de la ley se efectuó no sólo sustituyendo la obligación, sino también un nuevo deudor (Fondo de Pasivos de los Ferrocarriles Nacionales) al antiguo (Ferrocarriles Nacionales de Colombia); y como el efecto de toda novación es extinguir la anterior obligación que se sustituye por la nueva, se extinguieron el derecho a ser reintegrado al empleo y las consecuencias jurídicas que de la continuidad del contrato habrían resultado. En consecuencia, no tiene aplicación en este caso la jurisprudencia sobre los efectos del reintegro del trabajador a la empresa, entre ellos, que se repute ininterrumpido su contrato de trabajo, y que para el auxilio de cesantía y la pensión de jubilación se compute

*todo el tiempo durante el cual no se le permitió por el patrono ejecutarlo, pues expresamente la ley establece las consecuencias de la supresión del empleo»<sup>18</sup>.*

Hasta este momento la situación hay que resolverla con arreglo a los principios que hemos identificado, puesto que ellos recogen en su integridad la posición de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

---

<sup>18</sup>Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, del 19 de mayo de 1999. M.P.: Rafael Méndez Arango. Publicada en *Derecho Laboral Vigente*, N° 65, agosto de 1999, p. 1613.