

CONCEPTO 16801 DE 2008

(diciembre 23)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

PARA: Doctora Aleyda Medina Alvarez

Gerente Nacional de Recursos Humanos

DE: Dirección Jurídica Nacional – Unidad de Seguros

ASUNTO: 8231 – 14083 Pensión restringida de Jubilación

Bogotá, D. C.

Damos respuesta al oficio en que solicita concepto sobre la viabilidad de adelantar la fecha de causación de la pensión restringida de jubilación con motivo del fallecimiento del beneficiario del fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que ordenó su reconocimiento a partir del 13 de Marzo de 2012, según escrito de consulta.

Sobre el particular, conviene recordar que el establecimiento de la pensión sanción se produjo por virtud del artículo [8o](#) de la ley 171 de 1961 en favor del trabajador despedido sin justa causa "de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos", y siempre que al momento del despido tuviera 60 años cumplidos, teniendo también lugar el reconocimiento desde la fecha en que cumpliera esa edad con posterioridad al despido o a los 50 años si el despido injustificado acontecía "después de quince (15) años de dichos servicios...".

El propósito subyacente a la previsión que se viene comentando, en palabras de la H. Corte Suprema de Justicia, no era otro que el de "disuadir a los empleadores que desearan despedir sin justa causa a trabajadores con antigüedad de servicio superior a los 10 años -y que no alcanzaran los 20-, asegurándoles una pensión proporcional que reemplazara en parte la jubilación plena frustrada por el despido abusivo" Cf. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sección segunda. Sentencia de septiembre 29 de 1994. M.P. Dr. Hugo Suescún Pujols; finalidad perfectamente explicable si se tiene en cuenta que, dada la gradualidad de la cobertura, al momento de expedirse la ley

171 de 1961 el Seguro Social no había comenzado a asumir el riesgo de vejez y en tales condiciones la desprotección del trabajador despedido sin justa causa era más que evidente.

Así las cosas, la pensión sanción en su concepción inicial tuvo un marcado carácter indemnizatorio y equivalía a una pena impuesta al patrono y pese a que con posterioridad el Seguro Social asumió el riesgo de vejez, la jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia estimó que la pensión sanción y la de vejez eran concurrentes, interpretación que fue variando hasta admitir el carácter prestacional de la pensión sanción, reconociéndole así la misma naturaleza de la pensión de vejez y definiendo con claridad que los dos derechos no eran concurrentes.

La Honorable Corte Suprema de Justicia ha considerado:

"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.

"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 noviembre 8 de 1979, prohijadas por la de la Sala Plena Laboral de mayo 22 de 1981, se pasó, el 13 de agosto de

1986, ya en vigencia del decreto [2879](#) de 1985, a deducir la exclusión de los dos beneficios para aquellos trabajadores que en el momento de iniciarse la obligación de aseguramiento por vejez tenían menos de 10 años de servicios al empleador, hasta que con base en el decreto [758](#) de 1990 se admitió la compatibilidad" Cf. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sección Segunda. Sentencia de agosto 22 de 1995. M.P. Dr. José Roberto Herrera Vergara.

Del proceso aludido interesa destacar el cambio de la naturaleza sancionadora de la pensión comentada a una naturaleza prestacional, más acorde con los postulados que guían las modernas concepciones de la seguridad social. De esa evolución jurisprudencial y de la necesidad de poner la legislación a tono con los principios orientadores del derecho a la seguridad social, fueron conscientes el Gobierno Nacional y el Congreso de la República al impulsar la expedición de la ley 50 de 1990, cuyo artículo [37](#) subrogó el artículo [80](#) de la ley 171 de 1961.

En efecto, el Gobierno Nacional, en la exposición de motivos del pertinente proyecto de ley señaló:

"...La acción de reintegro, así como la llamada pensión sanción, tuvieron justificación cuando las pensiones de jubilación estaban a cargo del empleador y podía presumirse interés de éste en propiciar el despido, con el único fin de eludir la pensión. Hoy, cuando el Seguro Social ha asumido el riesgo de vejez, con base en el número correspondiente de cotizaciones, esta presunción carece de sentido, pues aún suponiendo una gran rotación, el trabajador conserva todos sus derechos frente al ISS y nada tiene que temer acerca de su pensión..."Cf. Anales del Congreso, martes 2 de octubre de 1990, página 8.

Posteriormente, el artículo [133](#) de la Ley 100 de 1993, modificatorio del artículo [37](#) de la Ley 50 de 1990 y, éste a su vez, del artículo [267](#) del Código Sustantivo del Trabajo, señala que el trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos 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 se cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Agrega la norma, que 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.

En lo que respecta a los párrafos 1o y 2o establece la norma, que lo dispuesto en ella se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado, cuyas pensiones podrán ser conmutadas con el Instituto de Seguros Sociales.

En relación con la norma anteriormente aludida, se hace necesario citar el pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia proferida el día 31 de julio de 2002. Rad. 18.016. M.P. Carlos Isaac Náder), en que señaló:

“...A partir de los supuestos de hecho atrás reseñados, el juzgador de segunda instancia impuso al demandado la denominada pensión sanción con base en el artículo [133](#) de la Ley 100 de 1993, pues consideró que, de acuerdo con esa normativa, cuando se presenta **un incumplimiento en la obligación de**

afiliación del trabajador al sistema de pensiones de la seguridad social

existiendo la obligación de hacerla, como aquí aconteció, la consecuencia inexorable e inmediata es que el empleador debe cubrir entonces la indicada prestación, siempre que, por otra parte, concurren los demás supuestos que la hacen viable como son el despido injusto y el tiempo de servicios superior a 10 años e inferior a 20, sin que importe que para el momento del despido se encuentre afiliado y de que tal hecho se haya producido con bastante antelación a la terminación del contrato de trabajo...”

Consecuencia de lo anterior, la pensión sanción prevista para los empleados no afiliados al régimen de seguridad es de carácter prestacional, no pudiendo entenderse, por ende, como un castigo impuesto al empleador. Ello explica por qué el empleador tiene ante sí varias alternativas dispuestas por el ordenamiento y que, en líneas generales, consisten en continuar pagando las cotizaciones que falten para que el trabajador finalmente acceda a la pensión de vejez; no pagar esas cotizaciones respondiendo entonces por la cancelación de la pensión sanción durante la vida del trabajador; o conmutar la pensión con el Seguro Social.

Adicionalmente, la pensión sanción tiene como finalidad, permitirle al trabajador antiguo, despedido sin justa causa, acceder al derecho irrenunciable a la Seguridad Social cuando no se le afilie por el empleador a ninguna entidad de previsión social, o cuando ésta sea incompleta o tardía.

Es decir, la norma en comento, exige para el nacimiento del derecho a la llamada pensión restringida, dos presupuestos:

-- Que sea despedido injustamente y

-- Que no haya sido afiliado el ex-trabajador al Sistema General de

Pensiones, o estándolo, sea incompleta o tardía.

Finalmente, en torno al tema de la edad para acceder a la pensión sanción, ha sido reiterativa la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en señalar que la edad requerida por la ley para disfrutar de las pensiones restringidas de jubilación, es un requisito de exigibilidad, más no de causación.

Frente a este panorama, es que se ha aceptado por esa Corporación la condena a futuro, para cuando el extrabajador llegue a la edad mínima establecida, comience a gozar de la respectiva prestación.

Así lo ha sostenido, entre otros múltiples fallos, en el de enero 22 de 2002 (Rad. 16784), ratificado en el de 13 de noviembre de 2003 (Rad. 21022), en cuya oportunidad se dijo:

“De manera que la acusación se examinará desde la perspectiva propuesta en el cargo primero. En ese sentido el meollo del problema consiste en dilucidar si el derecho que se reclama en este proceso nació a la vida jurídica en el momento de finalización del nexo laboral, como lo concluyó el Tribunal, o desde cuando el actor cumplió la edad de 60 años, como lo sugiere el recurrente.

“Planteada la controversia en esos términos, cabe recordar que en torno a tal asunto esta Corporación se ha pronunciado de manera reiterada. Así, en fallo dictado el 9 de julio de 1999 (expediente 11798) expresó:

“La Sala ha tenido oportunidad de referirse al planteamiento según el cual el derecho a la pensión restringida de jubilación por despido injustificado solamente nace a la vida jurídica cuando el ex trabajador cumpla la edad señalada en las normas legales. Criterio que no ha compartido porque en sentir de la Corte el mismo emerge desde el momento en que éste es despedido injustamente, siempre y cuando haya servido, cuando menos, diez años a su empleador. Al respecto en sentencia de agosto 8 de 1995, radicación 7465, precisó:

'Pero aún, si se estimara viable el cargo, se encontraría que el aspecto central del recurso, que estriba únicamente en que no se demostró, en el sentir del censor, la edad del demandante para acceder a la pensión sanción, resultaría intrascendente como elemento que pueda conducir a la confirmación del fallo absolutorio del a quo, dado que de antaño ha establecido esta Sala que los elementos constitutivos de la pensión restringida de jubilación o también denominada pensión sanción consagrada en la ley 171 de 1961, art. [80](#) y en el decreto 1848 de 1969, art, [74](#) son dos: de una parte, el tiempo de servicios

(mayor de 10 y menor de 15 años), 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 (ver, entre otras, las sentencias del 5 de agosto de 1988 radicación 1213, 26 de octubre de 1988, radicación 2671, y la del 20 de febrero de 1982, radicación 4529)”.

Así las cosas, se ha de concluir que la prestación solicitada se debe reconocer a partir del cumplimiento de la condición suspensiva establecida en el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para acceder a la prestación, es decir, el 13 de Marzo de 2012, fecha que sin duda debe obedecer al cumplimiento de la edad requerida para la prestación en comento.

En los anteriores términos esperamos absolver lo consultado.

Cordialmente,

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS

Director Jurídico Nacional

Revisó: RUTH ALEYDA MINA GARCÍA Jefe Unidad de Seguros

Dirección Jurídica Nacional

MNLP

Rad: 11780

2008.12.05



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

