



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 2



CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO

Magistrado ponente

SL1467-2018

Radicación n.º 57409

Acta 12

Bogotá, D. C., dos (2) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **HERNÁN DE JESÚS VÉLEZ MIRANDA**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, el veintinueve (29) de mayo de dos mil doce (2012), en el proceso que instauró contra el **MUNICIPIO DE TITIRIBÍ**.

I. ANTECEDENTES

HERNÁN DE JESÚS VÉLEZ MIRANDA llamó a juicio al MUNICIPIO DE TITIRIBÍ, para que se le condenara a pagar la pensión sanción, por haber sido despedido sin justa causa estando al servicio de ese ente territorial, como trabajador oficial; que, en consecuencia, se ordenara el pago de las mesadas pensionales adeudadas, incluyendo las adicionales de junio y diciembre desde el año 2002, los intereses moratorios, los servicios médicos asistenciales propios del estatus de pensionado; y las costas del proceso.

Fundamento sus pedimentos, básicamente, en que nació el 22 de agosto de 1940; que se vinculó al MUNICIPIO DE TITIRIBÍ desde el 20 de junio de 1988 hasta el 6 de enero de 2002, como trabajador oficial; que se desempeñó en el cargo de «*oficial de construcción*»; que fue afiliado al ISS el 6 de octubre de 1995; que fue despedido sin justa causa el 6 de enero de 2002 e indemnizado al momento de la desvinculación; que adelantó proceso contra el ISS y el Municipio, para que le fuera reconocida la pensión de vejez, «*de que trata el artículo 36 (Régimen de transición) de la Ley 100 de 1993*», pero le fue negada, pues solo tenía 500 semanas cotizadas; que al momento del despido contaba apenas con 323 semanas cotizadas al ISS y el «*[...] tiempo servido en el sector público sin cotización no le sirve para pensionarse en régimen de transición y solo le sirve para pensionarse con 1000 semanas en cualquier tiempo*»; que el ente territorial incurrió en una omisión al no afiliarlo oportunamente, y al despedirlo sin tener el número de semanas cotizadas, necesarias para acceder a la pensión de vejez (f.º 6 a 11 del cuaderno principal).

Al contestar la demanda, el municipio accionado se opuso a todas las pretensiones y, frente a los hechos, manifestó que es falso que se haya terminado el contrato laboral del actor sin justa causa, ya que ello obedeció a la supresión del cargo, en cumplimiento de la Ley 617 de 2000; que no incurrió en omisión alguna, toda vez que con anterioridad al año 1995, no existía la obligación de afiliar al personal al régimen de seguridad social integral; que el actor no tiene derecho a la pensión sanción, ya que su retiro obedeció a un proceso de reestructuración administrativa, y que, en todo caso, se encontraba afiliado al régimen de prima media del ISS.

En su defensa, propuso las excepciones perentorias, de «*inexistencia de la obligación de lo pretendido por la parte actora; falta de presupuestos fácticos exigidos en el artículo 267 del CST; mala fe del demandante; y buena fe del empleador*» (f.º 130 a 133, *ibídem*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí, mediante sentencia del 21 de junio de 2010, condenó al demandado a pagar al accionante la pensión sanción reclamada, desde el 6 de enero de 2002, en aplicación de los artículos 8º de la Ley 171 de 1961 y 74 del Decreto 1848 de 1969, en cuantía mensual de \$395.089,60, con los incrementos legales correspondientes y las mesadas atrasadas, junto con la indexación, así como al reconocimiento de la indemnización

por despido injusto. Lo absolvió por los servicios médicos asistenciales pedidos, y ordenó «*pagar antes del 31 de julio, la totalidad del dinero correspondiente a las mesadas atrasadas, de dicha suma se abonará al menos el equivalente a dos salarios mínimos actuales antes del 30 de junio*» (f.º 308 a 327, *ibídem*).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por el municipio demandado, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, mediante fallo del 29 de mayo de 2012, revocó la sentencia de primer grado, absolvió al demandado y se abstuvo de imponer costas en la alzada.

En lo que interesa al recurso extraordinario, frente al tema relativo al reconocimiento de la pensión sanción, consideró que, teniendo en cuenta que no era materia de discusión que el demandante había laborado hasta el 6 de enero de 2002, fecha en la que se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, la cual, «*en su artículo 133 consagra la tutela jurídica de la pensión sanción*», esta era la norma aplicable al caso y no la que estimó el juez, es decir, la Ley 171 de 1961, «*ya que como él mismo lo asevera fue derogada tácitamente por la Ley 100 de 1993*».

Expuso, que de acuerdo con la primera norma, para tener derecho a la pensión sanción se deben reunir los siguientes requisitos: i) la no afiliación al sistema general de pensiones; ii) que se trate de un despido injusto; iii) que el trabajador haya laborado entre 10 y 15 años de servicio, o

más de 15, lo que influye en la edad para jubilarse; iv) que se trate de un trabajador particular o de un trabajador oficial, y v) que tenga la edad señalada en la ley.

Respecto al primero de los requisitos exigidos, luego de traer a colación la sentencia CSJ SL, 11 sep. 2007, rad. 28429, señaló lo siguiente:

Acorde con esta tesis jurisprudencial, en el expediente aparece acreditado que el MUNICIPIO DE TITIRIBÍ, afilió al actor HERNÁN DE JESÚS VÉLEZ MIRANDA en los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, según formulario obrante a folios 188, [...] el 6 de octubre de 1995.

[...] es claro que para que exista la subrogación de las prestaciones propias del régimen de seguridad social, basta con que el empleador cumpla con la obligación de afiliar al trabajador a cualquiera de los Fondos legalmente autorizados para administrar los recursos; [...] como la entidad demandada tenía afiliado al demandante al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, la pensión sanción solicitada no tenía vocación de prosperidad, ya que bastaba con que el empleador acreditara el acto de afiliación para liberarse del reconocimiento y pago de la prestación económica deprecada, de modo que cualquier reclamación aneja (sic) al régimen de pensiones, deberá [...] formularse ante la entidad administradora, en este caso el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Y si bien, VÉLEZ MIRANDA interpuso la demanda contra el ISS y le fue negada la pensión de vejez, la misma tuvo como fundamento que no se cumplía con los requisitos exigidos dentro de la norma aplicable para la calidad que ostentó y no porque se hubiere considerado que dicho fondo de pensiones no era el encargado del reconocimiento.

Además de lo anterior, carece de fundamento el argumento del a quo, respecto a que el MUNICIPIO DE TITIRIBÍ tenía la obligación de afiliar a sus trabajadores desde el 21 de diciembre de 1984, fecha en la cual se llamó a inscripción obligatoria entre otras a los empleadores de Titiribí, mediante Resolución N° 6427 de 1984 (f.º 284).

Tal afirmación no es del todo cierta. No debe olvidarse, que de conformidad con el Decreto 433 de 1971, que reorganizó el Instituto de Seguros Sociales, posibilitó la afiliación de trabajadores oficiales, al asimilarlos como particulares a aquellos que prestaban servicios a la Nación, en la construcción y conservación de obras públicas, y a todos los trabajadores de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales

del estado y sociedades de economía mixta de carácter nacional. Tal afiliación no era entonces obligatoria, como se mandaba para el sector privado, sino facultativa.

Luego se expidió el Decreto 1650 de 1977, que determinó el régimen y administración del Instituto de Seguros Sociales incluyó como afiliados forzosos al ISS, a los trabajadores particulares, a los funcionarios de la Seguridad Social y a los pensionados por el régimen de seguros sociales obligatorios, y a todos los trabajadores que al momento de su vigencia estuvieran afiliados a la mencionada entidad (art. 133).

En este orden de ideas, el MUNICIPIO DE TITIRIBÍ no estaba obligado a gestionar la afiliación del demandante al Instituto de Seguros Sociales. Tal afiliación si se tornó obligatoria al régimen de Seguridad Social Integral a partir del 30 de junio de 1995, tal como lo ordenó el Parágrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993. De modo que, a partir de esta data, entidades como la demandada debían afiliar a sus servidores a uno de los Fondos de Pensiones regulados por la misma Ley 100 de 1993 [...].

En el presente caso, [...] el MUNICIPIO DE TITIRIBÍ efectivamente procedió a la afiliación del servidor al Fondo de Pensiones por él elegido: el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES lo cual ocurrió el 6 de octubre de 1995, tal como consta a folio 188. Quiere decir lo anterior, que no se cumple el primero de los supuestos para la procedencia de la pensión sanción deprecada, referido a la falta de afiliación, por lo que la Sala queda relevada de estudiar los demás supuestos de prosperidad de la pretensión, ya que todos ellos son concurrentes.

En punto a la indemnización por despido injusto, acogida por el Juez de primer grado, dijo que corría la misma suerte, en razón a que se trata de una condena que no fue rogada en la demanda, ni fue objeto de debate en el proceso, como para que el juzgador pudiese acudir a la facultad *extra petita*; que, además, el *a quo* pasó por alto la confesión que el demandante hizo en el hecho cuarto de libelo gestor, cuando admitió que el Municipio accionado le canceló tal indemnización, «pago que quedó documentado con la Resolución 058 de 2002 y la consignación de aporte, según se aprecia a folios 28 – 29 y 141».

Finalmente, llamó la atención acerca del inadecuado manejo jurídico que el Juez de conocimiento dio a dicho reconocimiento, pues, subrayó, las normas del CST en las que se apoyó, no rigen las relaciones laborales de tipo individual de los trabajadores oficiales, tal como lo consagran los artículos 3º y 4º de dicho estatuto; que para la resolución del conflicto, además del Decreto 1333 de 1986 (sobre la clasificación de los servidores públicos), debieron invocarse normas como la Ley 6ª de 1945, así como de su Decreto Reglamentario 2127 del mismo año, y las demás que regulan la situación y los derechos de los trabajadores oficiales (f.º 345 a 366, *ibídem*).

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver (f.º 5 a 15 del cuaderno de casación).

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que la Corte case la sentencia recurrida,

*[...] en cuanto absolvió a la entidad demandada de la condena a pagar la pensión al demandante desde el 6 de enero de 2002, impuesta por la sentencia de primera instancia, y en su lugar, actuando como Tribunal de segunda instancia, se confirme la [...] de primer grado en cuanto condenó al Municipio de Titiribí, a pagar [...] la pensión sanción en los términos del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, desde el 6 de enero de 2002 (f.º 6, *ibídem*).*

Con tal propósito, formula dos cargos, por la causal primera de casación, que fueron oportunamente replicados, los cuales se resolverán a continuación.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia del Tribunal por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, e infracción directa del 36 de la misma normativa, así como del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en relación con el artículo 2º del Decreto 691 de 1994; artículo 12 del Decreto 758 de 1990; 21 del CST y 53 de la CN.

En la sustentación del cargo, tras referirse al contenido literal de los artículos 133 y 36 de la Ley 100 de 1993, y a los apartes que consideró pertinentes de la sentencia acusada, expresa que la interpretación errónea,

[...] se produce desde tres aspectos: 1) no aplicó el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993; 2) dejó por fuera del supuesto de hecho de dicha disposición el caso de cotizaciones deficientes, como equivalente de no afiliación 3) no interpretó o mejor no tomó en cuenta un elemento que hace parte sustantiva del supuesto de hecho de la disposición que ordena tener en cuenta el tiempo de servicio anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, tiempo en el cual no era posible a un ente oficial territorial cotizar al ISS.

Para ello se apoyó autoritativamente en la posición que ha tenido la Sala de Casación Laboral en las sentencias, entre otras, radicado 27338 [...], 27104 [...], 28429 [...].

Plantea, que dichas sentencias consideran que solo se configura el supuesto de hecho que da lugar a la pensión

sanción, conforme el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, en dos casos: a) la no afiliación del trabajador al sistema general de pensiones, b) afiliación de manera notoriamente tardía; que esas providencias no observan que el régimen de transición previsto del artículo 36 *ibídem*, estipuló que a quienes ingresaran a dicho régimen por tener más de 40 años al momento de entrar en vigencia, esto es, el 1º de abril de 1994, siendo hombres, se les respetaría el monto, la edad y el tiempo servido del régimen anterior al cual estaban afiliados.

Agrega que,

[...] por tanto el régimen de transición aplica a las pensiones previstas en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que no tienen régimen de transición específico para la pensión restringida de vejez o pensión sanción como también se le denomina, [es decir] no distinguió [...] entre las pensiones de vejez, sino que estipuló un régimen de transición en general para todo tipo de pensiones de vejez.

Explica, que la pensión sanción es una modalidad de la de vejez, la cual se estableció para los trabajadores oficiales como una garantía, para evitar que el despido injusto dañara su posibilidad de acceder a la pensión plena; que en la sentencia «C-372 de 1998», al analizar algunos apartes del artículo 37 de la Ley 50 de 1990, siguiendo la posición de la Sala de Casación Laboral, se precisó que la pensión sanción no tenía carácter indemnizatorio a favor del trabajador despedido en forma injusta, sino que era una prestación para protegerlo en su ancianidad, criterio que ya había sido fijado en la sentencia CSJ SL, 22 ag. 1995, rad. 7571; que al examinar bajo esta perspectiva el caso, el régimen anterior al

cual se encontraba afiliado el demandante, por ser trabajador oficial, «era el de la Ley 33 de 1985, Ley 6 de 1945, Decretos 3135 de 1968; [...] 1848 de 1969; y el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 que tienen la modalidad de pensión restringida de jubilación, también denominada pensión sanción».

En relación con el supuesto de hecho de la «no afiliación», aduce que,

[...] debe tenerse en cuenta el antecedente jurisprudencial (expediente 6919, sentencia de 29 de septiembre de 1994), que, aunque referido al artículo 37 de la Ley 50 de 1990, bien cabe aplicarlo en un supuesto de hecho igual, pero en vigencia del artículo 133 de la Ley 100 de 1993 [pues] hay un principio general del derecho que reza “donde hay la misma razón debe haber la misma disposición”.

La interpretación en examen del artículo 133 de la Ley 100/93 no tuvo en cuenta otro supuesto de hecho, no explícito en la ley, por carecer de un régimen de transición propio, pero que equivalen a la modulación de la "afiliación notoriamente tardía", que tampoco es supuesto de hecho del artículo referido, pero que vía interpretación se le ha dado el significado de una falta de afiliación.

Este supuesto es cuando el empleador tuvo al trabajador oficial un tiempo considerable sin afiliación al régimen de la seguridad social, por no ser obligatoria la misma y se le desvinculó luego en forma prematura sacrificando su expectativa legítima, cercenándole la posibilidad de acceder a la pensión plena de vejez. Este aspecto sí lo tuvo cuenta el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 para los trabajadores particulares y lo consideró la Corte Suprema de Justicia positivamente en la referida sentencia 6919 de 1994, bajo la denominación de cotizaciones deficientes, y como supuesto de hecho cuya consecuencia jurídica es el pago de la pensión restringida de vejez, entre otras alternativas que ofrece dicha disposición al empleador. De modo que no es insólita la interpretación que se trae a colación, pues, mutatis mutandis, encuentra soporte en sentencias [...] de 22 de agosto de 1995 radicado 7571 y [...] 6919 de 29 de septiembre de 1994.

Asimismo, el ad quem, [...] no tomó en cuenta un elemento que hace parte sustantiva del supuesto de hecho del artículo 133 que

ordena tener en cuenta el tiempo de servicio anterior a la vigencia de dicha Ley (ley 100 de 1993), tiempo en el cual no era posible a un ente oficial territorial cotizar al ISS.

Dicha ley empezó a regir el 30 de junio de 1995, conforme lo dispone el artículo 2 del Decreto 691 de 1994. Luego el tiempo de servicio del demandante transcurrido entre el 20 de junio de 1988 y el 6 de octubre de 1995, debe ser tomado en cuenta para la pensión sanción, tiempo durante el cual no estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales; este es un dato objetivo, que no juzga la conducta del empleador ni la normatividad vigente sobre afiliación al ISS; simplemente el legislador ordenó tener en cuenta ese tiempo de servicios, como lo había hecho en el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, para los trabajadores particulares.

*Si existiere alguna duda sobre la inteligencia de la disposición del artículo 133 de 1994, debe aplicarse [...] el principio in dubio pro operario, consagrado en el artículo 53 de la Constitución, interpretándola [...] en favor del trabajador, como el principio de inescindibilidad, [...], consagrado en el artículo 21 del CST y tomar el artículo 133 en su integridad [...] (f.º 6 a 11, *ibídem*).*

VII. RÉPLICA

Afirma que el censor se equivoca, mientras que el Tribunal acierta, dado que no solo la norma lo exige, sino que la jurisprudencia así lo ha entendido, en el sentido que se deben reunir todos los elementos allí contemplados y, en este caso, como lo dejó sentado el colegiado, el trabajador fue afiliado de manera oportuna a la seguridad social, cuando el artículo 151 de la Ley 100 de 1993 lo impuso para los entes territoriales; que, en tales condiciones, la acusación resulta inane desde todo punto de vista (f.º 21 del cuaderno de casación).

VIII. CONSIDERACIONES

Para entrar a resolver, valga recordar que para revocar la decisión condenatoria de primer grado, el Tribunal hizo

producir efectos al artículo 133 de la Ley 100 de 1993, disposición señalada como violada por el recurrente, en consideración a la fecha de terminación del contrato de trabajo del actor -6 de enero de 2002- y a su calidad de trabajador oficial del orden municipal; no obstante, concluyó que la prestación deprecada no tenía vocación de prosperidad, por no cumplirse con el primero de los requisitos exigidos en tal disposición, esto es, que se trate de un «[...] trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador», pues encontró acreditado que el reclamante fue afiliado por el municipio demandado al ISS, a partir del 6 de octubre de 1995.

Al respecto, la censura reprocha al sentenciador de alzada no haber aplicado el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, disposición que estipuló un régimen de transición general para todo tipo de pensiones de vejez, pues en su particular criterio, la pensión sanción prevista en el artículo 133 de esa misma normativa, fue erróneamente interpretado por el colegiado, al desconocer que es una modalidad de la de vejez, y que la afiliación del actor al sistema pensional fue tardía.

Sin embargo, el *ad quem* no se equivocó en su primera conclusión de orden jurídico, esto es, que la norma aplicable a la controversia que se le propone entorno a la pensión sanción que reclama el actor, se encuentra gobernada por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, en razón a producirse su despido el 6 de enero de 2002, pues tal como se recordó en la sentencia CSJ SL7655-2017, la Sala ha desarrollado repetidamente la tesis de que la norma que debe aplicarse

para el reconocimiento de una pensión como sobre la que discurre, es la que se encuentre vigente al momento del despido, conforme se adoctrinó entre otras, en la sentencia CSJ SL6995-2015, que dice:

Sobre este asunto, la Corte se ha pronunciado de manera reiterada, constante y uniforme, entre otras, en las sentencias CSJ SL, 25 may. 2008, rad. 32933; CSJ SL, 1 dic. 2009, rad. 34974; CSJ SL, 14 nov. 2012. Rad. 45637 y CSJ SL, 14 ago.2012, rad. 41254 en las que se razonó:

Reclama la pensión restringida de jubilación prevista por la Ley 171 de 1961, en concordancia con el Decreto 1848 de 1969. El ad quem estimó que, para la fecha del despido, la norma vigente era el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, respecto de la que, halló, que, el actor, de un lado, había laborado más de 20 años y, además, había estado afiliado al sistema de seguridad social en pensiones.

Ahora bien, sobre el tema de la normatividad a aplicar en casos como el que ocupa su atención, la Corte ha expresado, en fallos como el de 21 de marzo de 2009, rad. 35034:

Abordando el tema, y bajo esta órbita, empieza la Sala por advertir que el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, consagró tanto para trabajadores oficiales como particulares la pensión proporcional de jubilación, en las modalidades de pensión sanción para cuando estos fueren despedidos sin justa causa con más de 10 años de servicio y menos de 20, continuos o discontinuos, y la pensión restringida, cuando se retiraren voluntariamente con más de 15 años y menos de 20 de servicio. Dicha normatividad fue modificada para los trabajadores del sector privado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, pero se mantuvo para los trabajadores oficiales, hasta la entrada en vigencia del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que nuevamente se refirió a ambos trabajadores, particular y oficial, ocupándose únicamente de la pensión sanción para los no afiliados al sistema general de pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa fueren despedidos con 10 años o más de servicios.

Según lo anterior, y teniendo en cuenta que la relación de trabajo del demandante terminó el 31 de diciembre de 1994, no cabe duda que la normatividad aplicable al caso que nos ocupa es la Ley 100 de 1993, pues basta remitirse al contenido del parágrafo primero de su artículo 133, el cual indica que lo dispuesto en él se aplica exclusivamente tanto a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales como a los trabajadores del sector privado; y por ello, frente a la indiscutible claridad de la norma, no puede afirmarse válidamente que la pensión proporcional consagrada en los artículos 8º de la Ley 171 de 1961

y 74 del Decreto 1848 de 1969, siga teniendo aplicación en relación con los primeros; es decir, los trabajadores oficiales, y menos aún con fundamento en el artículo 36 de la citada Ley 100, que solo se refiere a las pensiones de vejez consagradas en regímenes anteriores, pero para nada se ocupó de las restringidas o especiales de jubilación.

Al tenor de dicho precedente, si como lo concluyó el Tribunal, el actor fue despedido sin justa causa el 6 de enero de 2002, y para esa fecha se encontraba afiliado al sistema general de pensiones, como que el MUNICIPIO DE TITIRIBÍ lo hizo el 6 de octubre de 1995, soportes fácticos del fallo atacado, que se asume comparte el recurrente, dada la vía escogida para la formulación del cargo, también es claro que el *ad quem* no cometió ningún yerro jurídico cuando consideró, con fundamento en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que el ex trabajador no tenía derecho a la pensión sanción reclamada, toda vez que, a la luz de dicha normatividad, tal pensión solamente es viable cuando el servidor despedido sin justa causa, no se encuentre afiliado al sistema de pensiones, pues es ese, y no otro, el mandato de dicha norma.

De manera, que ningún reparo se le puede hacer al juzgador de alzada en la aplicación que hizo de la norma en comento, mucho menos, por el hecho de dejar aplicar a este asunto el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, toda vez que esta normatividad, de acuerdo con los presupuestos fácticos atrás señalados, no era la llamada a aplicar para dirimir el conflicto jurídico entre las partes.

Igualmente, carece de todo fundamento afirmar, que el Tribunal infringió directamente del artículo 36 de la Ley 100

de 1993, porque, tal como se explicó en la sentencia CSJ SL, 20 feb. 2002, rad. 17707,

[...] resulta indiscutible que la Ley 100 de 1993, no estableció un régimen de transición para la pensión sanción. Su normativa al respecto tiene un efecto general inmediato frente a las situaciones que no alcanzaron a adquirir el status de derecho adquirido, por lo que la nueva regulación se aplica para el nivel nacional a los despidos sin justa causa acaecidos desde el primero de abril de 1994 y a nivel departamental o municipal en la fecha respectiva en que haya empezado a regir el Sistema General de Pensiones disciplinado por la citada ley.

La pretendida aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 para quienes al momento de entrar en vigencia esa norma tenían determinada edad o tiempo de servicios cotizados, es impertinente al caso bajo examen, porque tal estatuto excepcional solamente se ocupa de ciertas pensiones que no tienen como fundamento un despido injustificado, como se desprende de su claro tenor literal, razón que impide extender sus efectos indebidamente a la pensión sanción que precisa como condición sine qua non la injusticia de la determinación del empresario que rompe unilateralmente el vínculo contractual».

En consecuencia, el cargo no prospera.

IX. CARGO SEGUNDO

Denuncia la sentencia de segunda instancia por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida, del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, en relación con el mismo compendio normativo que citó en el ataque anterior, a consecuencia de los errores de hecho en que, dice, incurrió el *ad quem*, por la indebida apreciación de algunas pruebas calificadas.

Dichos errores de hecho serían:

1. *No dar por probado, estándolo, que el demandante a 30 de junio de 1995, ya tenía 7 años de servicios (contrato de f. 25)*
2. *No dar por probado, estándolo, que el 6 de enero de 2002, cuando fue desvinculado el demandante, ya tenía más de 60 años de edad y por tanto era un anciano, pues el demandante nació el 22 de agosto de 1940 (registro civil de nacimiento del demandante)*
3. *Dar por probado, no estándolo, que el demandante fue afiliado oportunamente al régimen de la seguridad social de la Ley 100 de 1993, por parte del Municipio de Titiribí (contestación de la demanda, formulario de afiliación del demandante al ISS, f.º 188)*
4. *No tomar en cuenta, debiéndolo hacer, que cuando el demandante fue despedido sin justa causa el 6 de enero de 2002 ya tenía 13 años, 6 meses y 17 días de tiempo de servicio (resolución 058 de 2002 y 27 de febrero 6 de 2002, contrato de trabajo), tiempo suficiente para causar la pensión sanción por despido injusto.*
5. *No dar por probado, estándolo, que el demandante es hombre y que, al 1 de abril de 1994, tenía más de 40 años de edad (registro civil de nacimiento del demandante).*
6. *No dar por probado, estándolo, la desprotección total para el riesgo de vejez, en la cual quedó el demandante por la negativa del Instituto de Seguros Sociales a reconocer esa pensión (sentencia en el proceso de Hernán de Jesús Vélez Miranda vs. ISS, cuya copia obra en el proceso)*
7. *No apreció, debiéndolo hacer, que, entre el 20 de junio de 1988, fecha de ingreso a laborar y el 22 de agosto de 2000, cuando el demandante cumplió 60 años, hay 12 años, 2 meses y 2 días, que equivalen a 626 semanas de cotización.*
8. *No apreció, debiéndolo hacer, que el demandante tenía 13 años, 6 meses y 17 días de servicio y 61 años y 7 meses de edad, cuando fue despedido sin justa causa.*
9. *No dar por probado, estándolo, que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se negó a asumir el riesgo de la pensión de vejez por no tener el número de semanas cotizadas.*

Señaló como pruebas dejadas de apreciar: i) el registro civil de nacimiento del demandante; ii) la Resolución de 027 de 2002 de liquidación de prestaciones sociales, y iii) la contestación de la demanda.

Y como mal apreciadas: i) el contrato de trabajo de f.º 25; ii) la Resolución 058 de 2002; iii) el formulario de afiliación al ISS de f.º 188, y iv) las sentencias proferidas en el proceso ordinario laboral adelantado por el actor, contra el ISS.

En la demostración del cargo, sostiene que el Juez de la apelación no tuvo en cuenta que el actor, al 30 de junio de 1995, cuando empezó a regir la Ley 100 de 1993, los servidores públicos municipales, entre ellos él, ya tenían un largo período de servicio, en su caso 7 años y 10 días, a favor del MUNICIPIO DE TITIRIBÍ, sin cotizaciones al régimen de los seguros sociales, lo cual, necesariamente, tenía que incidir en la posibilidad de acceder a la pensión de vejez, con 500 semanas, pues le iban en cualquier momento a faltar esas 358 semanas de cotización; que este error de la sentencia, se debe a que dicho juzgador no apreció correctamente el contrato de trabajo suscrito el 22 de junio de 1988, ni apreció el registro civil de nacimiento, que muestra que, cuando fue despedido sin justa causa, el 6 de enero de 2002, ya tenía más de 60 años, es decir, *«era un anciano a cuyo favor se consagró la [...] pensión sanción en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que resultó indebidamente aplicado, pues se le hizo producir un efecto diferente al establecido realmente en la disposición,[...]»*; que tampoco advirtió el Tribunal, que el documento de f.º 188 evidencia que apenas fue afiliado al ISS el 6 de octubre de 1995, cuando debió serlo el 1º de julio de 1995, *«lo que muestra descuido y despreocupación por la suerte del trabajador por*

parte de su empleador e incumplimiento del deber de afiliarlo, lo que contribuyó al déficit de cotizaciones».

Agrega, que el *ad quem* no valoró correctamente las resoluciones de liquidación de prestaciones sociales y la de indemnización por despido, así como el contrato de trabajo, pruebas que enseñan que cuando fue despedido, ya tenía 13 años, 6 meses y 17 días de tiempo de servicio, lo que le generaba el derecho a la pensión sanción en los términos del artículo 133 de la Ley 100 de 1993; que teniendo en cuenta el déficit de cotizaciones, esto le impedía acceder a la pensión de vejez de 500 semanas, de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Precisa que,

[...] no se alega que el Municipio tuviera obligación de cotizar entre 22 de junio de 1988 y 1º de julio de 1995, sino el hecho objetivo que ese tiempo genera una deficiencia de cotizaciones determinante de la pérdida de una oportunidad de pensionarse, aspecto que el Municipio debió tener en cuenta a la hora de despedirlo, para no impedirle acceder a la protección pensional de su ancianidad, dado el carácter prestacional de la pensión de vejez a partir de la Ley 50 de 1990 (artículo 37).

Añade, que el juzgador de alzada tampoco tuvo en cuenta que el registro civil, además, acredita que a la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, tenía más de 40 años y, por tanto, estaba cobijado por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que le era aplicable el tiempo de servicio para causar, como trabajador oficial, la pensión del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, «*cuando se despide sin justa causa a un trabajador oficial, con más de 10*

años de servicio y menos de 15 años de servicio», que es el mismo exigido en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993; que la deficiencia de cotizaciones para obtener la pensión de vejez, que quedó demostrada en el proceso ordinario que adelantó contra el ISS, equivalía a una no afiliación, lo cual también encaja en el supuesto de hecho de dicho precepto, «entendiéndose como equivalente a no afiliación hipótesis que producen el mismo efecto o sea la desprotección frente al riesgo de ancianidad»; que en la sentencia también se apreció erróneamente el formulario de afiliación, cuando consideró que bastaba la afiliación a un fondo de pensiones para que el empleador quedara liberado de la obligación de pagar la pensión sanción del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, pues,

No basta la afiliación, ya que las mismas sentencias de la Corte Suprema de Justicia citadas en apoyo de la posición, modulan la expresión no afiliación y entienden que cuando la afiliación es notoriamente tardía equivale a no afiliación. Y en vigencia del artículo 37 de la Ley 50 de 1997, se entendió que la deficiencia en cotizaciones también causaba el derecho a reclamar pensión de vejez; [...] es equivocada la apreciación del documento porque el artículo 133 que ordena tomar en cuenta el tiempo anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, tiempo en el cual no había obligación para los entes públicos territoriales de cotizar para sus servidores y por lo mismo ello se debe tener en cuenta para considerar que la no afiliación en ese tiempo cumple el primer requisito del artículo 133, para causar la pensión sanción, si en total se supera la barrera de los 10 años y hay despido sin justa causa, [...]. No es dable suponer que el legislador dispuso [...] tomar en cuenta los tiempos anteriores [...] a la vigencia de la ley, pero que no se puedan deducir las consecuencias jurídicas de esa premisa (f.º 11 a 15, ibídem).

X. RÉPLICA

Manifiesta, que los errores de hecho que la censura endilga al Tribunal, no los cometió; que del contexto de la decisión acusada, se avizora que el *ad quem* para desatar la

litis, apreció todas las pruebas que el ataque refiere, por lo que no encontró asidero para condenar al pago de la pensión sanción reclamada; que el recurrente efectúa una mixtura de asuntos jurídicos y fácticos, totalmente inadmisibles, de cara a la técnica que gobierna este medio extraordinario de impugnación (f.º 20 a 24, *ibídem*).

XI. CONSIDERACIONES

En la sustentación del cargo, el recurrente insiste en dolerse de que el *ad quem*, para efectos de revocar la sentencia de primer grado, que le reconoció la pensión sanción de jubilación que impetró, no haya tenido presente que era beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que le era aplicable el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en cuanto se le frustró su posibilidad de pensionarse con el Acuerdo 049 de 1990, y que, según las pruebas a que se refiere, su tiempo de servicios al municipio demandado, su edad y la terminación injusta de su contrato de trabajo, le hacían merecedor de ese crédito laboral, agregando que, si bien fue afiliado al ISS para efectos pensionales, ello fue tardío, pues debiendo hacerlo el empleador el 1º de julio de 1995, solo lo hizo el 6 de octubre siguiente.

Al respecto, encuentra la Sala que al fallo confutado no es posible endilgarle ninguno de los yerros de hecho que se le enrostra, ni las deficiencias de valoración probatoria que se le adjudica, ni las deficiencias de apreciación jurídica que se le censura, pues el Tribunal no pasó por alto ni la edad,

ni el tiempo de servicios, ni el despido del trabajador, sino que, allende todo ello, consideró que la normativa aplicable al caso no era el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, sino el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 que lo derogó, vigente al momento de la extinción del vínculo laboral entre las partes, premisa a partir de la cual coligió que a la pensión deprecada no tiene derecho el accionante, pues no se cumple el presupuesto, ínsito en esta última normativa para ese efecto, de falta de afiliación al sistema de pensiones.

Ahora, es potísimo que el debate sobre la vigencia del artículo 8º *ibídem*, en perspectiva del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, no puede plantearlo la acusación en la senda que escogió para formular este cargo, que es la indirecta, pues el aserto del Tribunal al respecto es esencialmente jurídico, debiéndose en todo caso recordar, que, a propósito del primero que así lo aceptó, ya se dijo que no es desacertado y se atiene a la jurisprudencia.

Por tanto, sólo resta examinar la crítica que la impugnación hace a la segunda sentencia, relativa a que no tuvo por tardía la afiliación que el Municipio demandado hizo del trabajador, al régimen pensional administrado por el ISS, la cual solo se efectuó el 6 de octubre de 1995, cuando debió realizarse el 1º de julio inmediatamente anterior.

Tal alegación, siendo efectivamente fáctica, relacionada, con lo que enseña el formulario de folio 188 del plenario, en realidad no apreciado por Juez de la apelación, no desquicia, sin embargo, el segundo fallo, toda vez que la afiliación del

reclamante, como trabajador oficial, en la primera calenda, ni truncó el derecho pensional de este, como parece inferirlo, ni se observa notoriamente extemporánea, como lo asume, en vista que las semanas transcurridas entre aquellas fechas (alrededor de 13), no completarían ninguna densidad para que el reclamante se pensionara con el Acuerdo 049 de 1990 (según lo insinúa), en tanto su afiliación al ISS, como servidor público, el 6 de octubre de 1995, se ve realizada en tiempo razonable, en perspectiva que la obligación del empleador al respecto, únicamente se estableció a partir del 1º de julio de 1995.

Sobre uno y otro tópico del debate de legalidad al segundo proveído, la Corte se ha pronunciado, así:

En la sentencia CSJ SL12351-2014, dijo:

[...] en tratándose de empresas oficiales como la demandada, toda vez que, antes de que entrara a regir el sistema de pensiones creado por la Ley 100 de 1993, no existía para ellas la obligación legal de afiliar a sus trabajadores al Seguro Social, la afiliación que se hiciera poco tiempo después de la vigencia de esa normatividad, como aquí sucedió, es suficiente para exonerarlas de la obligación de reconocer la pensión sanción» (Ver CSJ SL 17 ag. 2011, rad. 36889, CSJ SL 7 sep. 2010, rad. 41131, y CSJ SL 7 dic. 2010, rad. 37427, entre muchas otras).

Así mismo, en sentencia CSJ SL13454-2017, anotó:

Es menester recordar, que es criterio de esta corporación considerar que la afiliación del trabajador al sistema de pensiones que exonera al empleador del reconocimiento de la pensión restringida de jubilación debe ser una afiliación que produzca efectos jurídicos y que no es dable tener como tal aquella que se presenta de manera notoriamente extemporánea, con el solo objetivo de evitar el surgimiento de ese especial derecho

prestacional. Empero, también se ha puntualizado que en aquellos eventos en que la afiliación a la seguridad social no se produce de manera notoriamente tardía, no es procedente la pensión restringida de jubilación, en cuanto ello no trunca el derecho del trabajador a obtener del sistema de seguridad social el derecho a la prestación por vejez y no indica un censurable interés del empleador de beneficiarse a última hora en desmedro de los intereses de aquél, tal como se consideró en sentencia CSJ SL, 2 jun. 2009, rad. 34427, citada posteriormente en sentencia CSJ SL8306-2015 y CSJ SL8938-2015.

De ahí que cargo no sale avante.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la parte recurrente, por cuanto hubo réplica. Como agencias en derecho se fija la suma de \$3.750.000, que se incluirán en la liquidación que regula el artículo 366 del CGP.

XII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Distrito Judicial de Antioquia, el veintinueve (29) de mayo de dos mil doce (2012), en el proceso que instauró **HERNÁN DE JESÚS VÉLEZ MIRANDA**, contra el **MUNICIPIO DE TITIRIBÍ**.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO

CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA

CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO