



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral

FERNANDO CASTILLO CADENA

Magistrado ponente

SL1765-2021

Radicación n.º 40643

Acta 17

Bogotá, D. C., doce (12) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **AMBAS PARTES**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 27 de junio de 2008, en el proceso que instauró **MARTHA EMILIA PEDRAZA PEDRAZA** contra el **BANCO POPULAR S.A.**

I. ANTECEDENTES

Demandó la actora, de manera principal, el reintegro al cargo de Supernumerario II, que ocupaba cuando fue despedida de manera injusta e ilegal, o a otro de igual o superior categoría, junto con los salarios, incrementos legales y convencionales y demás acreencias laborales, así como los aportes a seguridad social integral; subsidiariamente pidió el pago de la reliquidación de cesantías y sus intereses, teniendo en cuenta como factores salariales la reliquidación de las primas de vacaciones convencionales de junio y diciembre; la indemnización convencional indexada por terminación del contrato de trabajo, de acuerdo con el artículo 4 de la CCT de 28 de mayo de 1992, la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., lo ultra y extra *petita* y las costas procesales.

Expuso, que trabajó para el Banco demandado, desde el 1 de septiembre de 1970 y hasta el 18 de mayo de 2006, sin solución de continuidad, a través de un contrato a término indefinido, con un último salario promedio mensual de \$1.900.258,44 como Supernumeraria II; que su desvinculación se produjo irregularmente, pues obedeció a una determinación inconsulta de la entidad para que fuera pensionada por el ISS, el cual emitió la Resolución 039920 de 28 de noviembre de 2005, en la que le reconoció pensión de vejez con fundamento en 1718 semanas cotizadas, frente a la cual presentó recursos de reposición y apelación; que nunca fue consultada sobre su expectativa pensional o su intención de continuar laborando, para así aumentar el monto de la pensión, y que por tanto lo que se configuró fue una determinación arbitraria, injusta e ilegal; que además,

pese a que el Banco tenía conocimiento de la sentencia CC C-1037 de 5 de noviembre de 2003, que imponía que la relación no podía extinguirse hasta su inclusión en la nómina de pensionados, hizo caso omiso a tal exigencia.

Refiere que es posible el reintegro pues era beneficiaria de la convención colectiva de trabajo, de 28 de mayo de 1992, vigente para el momento de los hechos, y en la que, en su artículo 4 literal d), se pactó un régimen de indemnización por terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa, y dispuso en su parágrafo el reintegro de los trabajadores vinculados hasta el 30 de noviembre de 1984; que allí adicionalmente se convino el pago de la prima de vacaciones constitutiva de salario, pero que no fue tomada en cuenta para efectos de su liquidación; que la entidad demandada tampoco cumplió la obligación legal, establecida en el parágrafo 1º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, de informarle por escrito sobre el estado de pago de sus cotizaciones a seguridad social y parafiscales.

El convocado al proceso, al contestar el escrito generatriz de la controversia, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; aceptó la vinculación laboral, con la aclaración de que el contrato estuvo suspendido por 257 días, y el último salario fue de \$1.221.806; que fue en uso de las atribuciones legales que le asisten como empleador que elevó petición pensional debido a la negligencia de la actora en el trámite respectivo, y que en ese sentido carecía de soporte el reintegro, además porque la acción se encontraba prescrita; se atuvo al contenido de las cláusulas

convencionales citadas. Formuló la excepción *mixta* de prescripción de la acción de reintegro y de fondo la de falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación y la que denominó genérica (folios 203 a 213).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, en decisión de 21 de septiembre de 2007, condenó al Banco Popular S.A. a reintegrar a Martha Emilia Pedraza Pedraza, al mismo cargo que desempeñaba al momento de ser despedida injustamente, con idéntico salario y todas las prestaciones sociales compatibles con la reinstalación, junto con los aumentos legales y convencionales desde la fecha del despido y hasta su reincorporación, todo ello sin solución de continuidad; absolvió de lo demás, declaró no probadas las excepciones propuestas y gravó con costas a la vencida en juicio.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia de 27 de junio de 2008, **revocó parcialmente** la decisión de primer grado y, en su lugar, dispuso el pago de \$58.384.238 como indemnización por despido injusto, las costas las dejó a cargo de la entidad.

Delimitó la controversia en establecer si tras la modificación en el año 2003 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 se mantenía para los trabajadores la posibilidad de continuar cotizando al sistema de seguridad social en pensiones, pese a haber alcanzado los requisitos para acceder a la prestación por vejez, o, en su defecto, si el empleador tenía facultades para tramitarla, y dar por terminado el contrato de trabajo ante su reconocimiento.

Para resolver dichas cuestiones, empezó por destacar que la terminación del contrato lo fue el 19 de mayo de 2006, cuando ya se encontraba en vigor la modificación que la Ley 797 de 2003 hizo a la Ley 100 de 1993, y transcribió el párrafo tercero del artículo 33, en las dos versiones, para decir que, para que el empleador pudiese gestionar la pensión de vejez del trabajador, era necesario que este tuviese ya cumplidos los requisitos para el efecto, y que se hubiesen superado 30 días sin que este tomara la iniciativa.

Acotó que, como Pedraza Pedraza nació el 13 de abril de 1948, según dedujo de folio 22, y que cumplió los 55 años de edad el mismo día y mes de 2003, cuando había alcanzado 1718 semanas de cotización, tal como quedó consignado en la Resolución 039920 de 28 de noviembre de 2005, en la que se registró la solicitud pensional el 1 de abril de este último año, la norma que le era aplicable era la original de Ley 100 de 1993, pues la Ley 797 del 2003 empezó a regir el «1 de abril de 2004», es decir, cuando la trabajadora ya había cumplido las semanas mínimas requeridas y que, por tanto, tenía la potestad de cotizar 5 años más según la norma

vigente para ese momento, sin que tal circunstancia pudiera variar ante el cambio legal, es decir, que la entidad no podía desvincularla, sin previamente solicitar su aquiescencia.

En concreto, refirió que *«si la actora adquirió el status de pensionada el 14 de abril de 2003 (y la Ley 100 de 2003 (sic) entró en vigencia el 1º de abril de 2004) toda vez que para esa época había sobrepasado las 1000 semanas, fuerza colegir que los cinco años del periodo de gracia terminaron el 14 de abril de 2008. Por lo que, en ese orden de ideas, siendo aplicable la Ley 100 de 1993 sin la reforma de la Ley 797 de 2003 al caso concreto la demandada viola el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que consagraba el periodo de gracia de los cinco años»*.

De la comunicación de folio 218, extrajo que a la demandante únicamente se le dijo cuáles eran los documentos requeridos para solicitar la pensión de vejez y destacó que, en la contestación de la demanda, la entidad aceptó haber tomado la iniciativa para obtener el reconocimiento de la prestación, de allí que concluyó que se configuró una actuación arbitraria por lo que declaró injusto el despido.

Para establecer las consecuencias de la desvinculación aludió al artículo 11 de la Ley 100 de 1993, sobre el campo de aplicación de tal legislación, y discurrió que, como ya se encontraba expedida la Resolución 0399 del 28 de noviembre de 2005, la pensión no era compatible con el reintegro demandado, a lo que añadió que, en todo caso, no podía

elevarse el monto pues este fue el máximo de 90%, en los términos del Acuerdo 049 de 1990 que se le aplicó, de allí advirtió que tampoco se lograría el cometido de mejorarlo, por lo que consideró desaconsejable su reincorporación, y dispuso el pago de la indemnización por despido injusto, en los términos del artículo 6 de la Ley 50 de 1990, toda vez que la actora a la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002, contaba más de 10 años de servicios al banco demandado.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por ambas partes, concedidos por el Tribunal y admitidos por la Corte, se procede a resolver primero el de la demandada cuyo propósito es enervar el derecho.

V. RECURSO DE CASACIÓN PARTE DEMANDADA ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Aspira la recurrente demandada que esta Corte «*case parcialmente la sentencia impugnada en cuanto condenó al Banco Popular S. A. a cancelar el valor correspondiente a la indemnización por terminación del contrato de trabajo y las costas del proceso y, en su lugar, una vez constituida en sede de instancia, imparta absolución por esos conceptos*».

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, que proceden a resolverse.

VI. CARGO PRIMERO

Lo presenta así: *«La sentencia impugnada viola por vía directa, en el concepto de aplicación indebida, los artículos 9 de la Ley 797 de 2003; 33 de la Ley 100 de 1993; 64 del Código Sustantivo del Trabajo; 7º literal a) numeral 14 del Decreto Ley 2351 de 1965 y 6 de la Ley 50 de 1990».*

En la demostración, tras remitirse a un aparte de la decisión confutada, sostiene que la equivocación jurídica es ostensible, en la medida en que el juzgador confundió las fechas de entrada en vigencia de las normas que utilizó para tramitar el asunto, al considerar que la Ley 100 fue expedida en el año 2003 y que su vigencia empezó el 1 de abril de 2004, pese a que, en el primero de esos años, la disposición era la Ley 797; que por tanto, la conclusión según la cual la demandante contaba con la posibilidad de extender su permanencia por 5 años era desacertada, pues había dejado de tener efecto el parágrafo 3 del artículo 33 original de Ley 100 de 1993, al ser introducida la reforma del precepto 9 de la reseñada Ley 797, para el 14 de abril de 2003, cuando cumplió la edad de pensión, supuesto fáctico que dice no discutir.

Añade que *«así mismo se presenta esa violación legal cuando el Tribunal considera que el Banco echó de menos el pronunciamiento previo de la demandante, pero en ningún momento reclama a la actora que acredite en juicio que esa conducta efectivamente se hubiese presentado siendo que el banco requirió a la demandante en la forma como lo acredita*

el folio 218 y así lo estableció el sentenciador, supuesto fáctico que no se discute».

VII. RÉPLICA

El opositor reprocha la acusación presentada, pues considera que acude a una mixtura de elementos jurídicos y fácticos relacionados con la vigencia de la norma aplicable y la situación particular de la actora, relativo a la edad, al reclamo y al requerimiento al Banco, con lo que se ignoró que, la naturaleza de la vía directa, estriba exclusivamente en el alcance de normas jurídicas y que, además, aludió a la línea jurisprudencial, sin percatarse que ello implicaba acudir a la modalidad de interpretación errónea, y no, a la que a la postre escogió para rebatir el argumento del Tribunal.

VIII. CARGO SEGUNDO

Textualmente dice: «la sentencia impugnada viola por vía indirecta, en el concepto de aplicación indebida, los artículos 9 de la Ley 797 de 2003, 33 de la Ley 100 de 1993; 64 del Código Sustantivo del Trabajo; 7 literal a) numeral 14 del Decreto Ley 2351 de 1965 y 6 de la Ley 50 de 1990».

Afirma que el juez de segundo grado apreció equivocadamente los documentos de folios 218 y 221, la respuesta a la demanda, la resolución de reconocimiento pensional, obrante a folio 223, y la carta de terminación de contrato, de folio 224. Así mismo que fueron inapreciadas las

comunicaciones, de folios 219 y 220, y el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, visible a folios 415 y 416.

En ese sentido imputa la comisión de los siguientes yerros ostensibles en la sentencia:

1. *No dar por demostrado, estándolo, que la demandada cumplió con su obligación de informarle y solicitarle a la demandante el cumplimiento del deber de iniciar el trámite administrativo ante el ISS, para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y por ende la intención que le asistía al Banco Popular S.A.*
2. *Dar por demostrado, sin estarlo, que el Congreso de la República de Colombia expidió en el año 2003 la Ley 100 (sic).*
3. *Dar por demostrado, sin estarlo, que la Ley 100 de 2003 (sic) inició la vigencia el día 1 de abril de 2004.*
4. *Dar por demostrado, sin estarlo, que el periodo de gracia de la ley de 2003 terminó el día 14 de abril de 2008.*
5. *Dar por demostrado, sin serlo, que la demandada violó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.*
6. *No dar por demostrado, estándolo, que la Ley 100 fue expedida en el año 1993 y que entró en vigencia el 1 de abril de 1994.*
7. *No dar por demostrado, estándolo, que la demandada informó a la señora MARTHA EMILIA PEDRAZA PEDRAZA que había iniciado trámite pensional.*
8. *No dar por demostrado, estándolo, que la señora MARTHA EMILIA PEDRAZA PEDRAZA no dio respuesta positiva ni negativa para acogerse al periodo de gracia.*
9. *No dar por demostrado, estándolo, que la señora MARTHA EMILIA PEDRAZA PEDRAZA no tenía derecho al periodo de gracia de los cinco años contemplado en la Ley 100 de 1993, precepto que había sido modificado por la Ley 797 de 2003 para derogarlo.*
10. *Considerar contra la evidencia que la comunicación de folio 218 simplemente señala la documentación requerida para el trámite ante el ISS frente a la pensión de vejez.*
11. *Dar por demostrado, sin estarlo, que la demandada echó de menos el pronunciamiento previo de la demandante, en la forma como lo señalaba la línea o precedente jurisprudencial antes de la vigencia de la Ley 797 de 2003.*

12. Dar por demostrado, sin estarlo, que la terminación del contrato de trabajo obedeció a un despido injusto y por tanto no dar por demostrado, estándolo, que la finalización del contrato de trabajo no conduce al pago de indemnización alguna.

Para demostrar tales equívocos, se remite a un fragmento de la determinación del Tribunal que rebate, el relativo a las fechas de entrada en vigor tanto de la Ley 100 de 1993 como de la 797 de 2003, y dice que es patente la equivocación y además inexcusable, lo que condujo a cometer la infracción de la ley que denuncia, en la medida en que no le era aplicable el periodo de gracia de 5 años.

Aduce que el documento de folio 218 fue valorado con error, pues allí se evidenciaba la intención de la entidad bancaria, de que la trabajadora adelantara el trámite pensional ante el Instituto de Seguros Sociales, y por ello luego le pidió copia de la radicación; por demás, que tal comunicación se hizo atendiendo lo previsto en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que reformó la Ley 100 de 1993, y tal motivación permaneció en la comunicación de 16 de abril de 2004, cuando el Banco le reiteró la petición, y que así se corrobora con los documentos de folios 219 y 220, los cuales no fueron atendidos por el juzgador, el cual llegó, por tal motivo, a una conclusión opuesta a la realidad.

Asevera que el propósito del Banco, de que la actora gestionara su prestación de vejez, también estaba demostrado en la comunicación de folio 221, la cual califica de haberse visto con error, pues lo que allí se expresa es que tras adelantarse todo el procedimiento y habilitado por las

normas legales sobre la materia, la entidad, luego de haber extendido desde hacía un año los demás oficios a la trabajadora, optó por iniciar el trámite pensional, según lo permite la Ley 797 de 2003, de allí que *«no podía considerar el Tribunal, en forma totalmente equivocada, que el Banco había omitido informarle a la trabajadora la decisión de iniciar el trámite pensional y que simplemente se había conformado con indicarle la documentación requerida por el Instituto para esos efectos y, en fin, que el Banco había echado de menos el procedimiento previo para que la demandante expresara su intención de acogerse al plazo de gracia previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, toda vez que como quedó demostrado el Banco agotó todo el procedimiento; no medió ninguna comunicación de la actora sobre ese particular y para la fecha de la terminación del contrato de trabajo de la demandante el párrafo tercero del artículo 33 de la mentada Ley 100 de 1993 había sido modificado por el artículo noveno de la Ley 797 de 2003 para expulsar del orden legal el aludido periodo de gracia»*.

Reitera que el error mayúsculo del juez de alzada se concretó al establecer la fechas de expedición y vigencia de las normas, que trajo a colación para resolver el asunto, y que tampoco se percató que en la contestación de la demanda, específicamente en los hechos 8 y 9, se dieron las razones para pedir la pensión, de allí que el periodo de gracia que extrañó era distinto y, en todo caso, fue por virtud del deber legal que inició los trámites para así proceder al finiquito de la relación de trabajo que solo se concretó, cuando se otorgó la prestación y se le incluyó en nómina de

pensionados.

Apunta que en la resolución 39920 de 28 de noviembre de 2005, obrante a folio 223, se extrae que la actora tenía cotizadas 1728 semanas, por lo que su tasa de reemplazo pensional correspondió al 90%, de allí que no podía tener una expectativa de mejorarla pero además, quedó explícita su inclusión en nómina en el mes de diciembre de 2005, es decir antes de que se terminara el contrato de trabajo, que lo fue el 18 de mayo de 2006, de donde no resultaba lógico concluir una desvinculación irregular e injusta.

IX. RÉPLICA

Al igual que en el cargo anterior, el opositor expone que el tema de la vigencia de las normas es un aspecto eminentemente jurídico, por lo que no se puede plantear por la vía de los hechos; así mismo refiere que los errores enlistados no corresponden a aspectos fácticos sino a reproches jurídicos, lo que impide incursionar en su estudio.

Arguye que, en todo caso, los supuestos desatinos no pudieron presentarse, menos si se tiene en cuenta que cualquier desvinculación de la trabajadora requería, en principio, demostrar que ella conoció previamente del trámite que iba a realizar el Banco, lo cual no se acreditó y que, probado el hecho del despido, competía al empleador demostrar su justeza, la cual no halló acreditada el sentenciador plural, sin que por tanto se vislumbre equivocación que pueda conducir al quebrantamiento de la

decisión.

X. CONSIDERACIONES

Ambos cargos se estudiarán de manera conjunta, pues, aunque están presentados por vías distintas, comparten similar proposición jurídica, tienen similar soporte argumentativo, se complementan y comparten idéntica finalidad.

En efecto, lo que propone el censor, en ambas acusaciones, es evidenciar que en el asunto en estudio no se presentó un despido sin justa causa y que, por el contrario, la desvinculación de la trabajadora se ajustó, en un todo, a la normativa sobre la materia.

Frente a los reparos que hace el opositor al primero de los cargos, cabe indicar que allí el recurrente se concentra en explicar de qué manera el juez de segundo grado erró al acudir a las normas denunciadas, dado que resolvió el asunto con disposiciones que no venían al caso debatido, sin que pueda decirse que, por tal motivo, incurrió en un desatino de técnica, máxime cuando su argumentación estaba plenamente circunscrita a demostrar tal equívoco jurídico.

Tampoco se advierte una falencia en los cargos, al referirse a la notificación que el Banco le efectuó a la trabajadora para que iniciara el trámite pensional por tener satisfechos los requisitos, pues lo que hizo fue aludir a una

situación probada que tenía efectos jurídicos directos sobre el fenecimiento de la relación laboral.

Ahora bien, aunque asiste razón al opositor, atinente a que, en el segundo de los cargos, dirigido por la vía indirecta, los errores de hecho manifiestos que se anunciaron en los números 2, 3, 4, 5, 6, 9 y 11, no son tales, dado que son reproches eminentemente jurídicos, ello no impide incursionar en el estudio de las acusaciones, toda vez que las falencias son superables dado que se estudian de manera complementaria.

Como se recuerda, a la Corte le corresponde determinar si para el momento de la desvinculación laboral de la promotora del proceso, 18 de mayo de 2006, se hallaba en la ley como justa causa para terminar el vínculo jurídico, la de tener reconocido el derecho pensional y, en todo caso, si el empleador, de manera autónoma, sin aquiescencia de aquella, podía iniciar su trámite o la actora gozaba de la prerrogativa de seguir cotizando durante 5 años más para adquirir el derecho a la pensión de vejez o incrementar el monto de tal prestación.

1. Consideraciones previas a resolver los cargos

En sus orígenes, en el ordenamiento jurídico colombiano, no se contemplaba, como justa causa, que el empleador terminara el contrato laboral cuando el empleado tuviera reconocido el derecho a la pensión, pues para los

trabajadores oficiales estuvo ausente tanto en la Ley 6a de 1945, como en el Decreto 2127 del mismo año (artículo 47).

La referida causal se incorporó en la codificación del trabajo, para los trabajadores particulares, con el Decreto Legislativo 2351 de 1965, específicamente en su artículo 7, que vino a subrogar el 62, numeral 13, del Código Sustantivo del Trabajo, al estatuir que el: «*reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa*» habilitaba el finiquito.

Dicha estipulación ha tenido, a no dudarlo, un carácter excepcional, pues habilita la terminación por justa causa sin que el trabajador se encuentre ante el incumplimiento de algunas de sus obligaciones y, es más, era él quien, en principio, tenía la potestad de adelantarla o no, según se desprende de las normas atrás reseñadas.

La aludida excepcionalidad se funda en la dogmática del trabajo, pues, mediando el principio de estabilidad en el empleo, es que se ha considerado que la terminación de la relación laboral con justa causa se circunscribe a que alguna de las partes incumpla o afecte los compromisos que implícita o explícitamente aceptaron y que, en todo caso, están expresamente determinados en la norma, de allí que tales causales se desarrollaron para facultar la ruptura, sin consecuencias indemnizatorias, ante la infracción de tales deberes; por manera que, mientras no ocurriesen se mantiene la garantía del vínculo como una manifestación del principio indicado.

Así las justas causas, contempladas para la terminación del contrato de trabajo, se ligaron a ámbitos de afectación grave de la relación de trabajo por lo que, mientras el trabajador no alterase las condiciones relativas a su integridad y a la de sus compañeros, a la lealtad, obediencia y fidelidad que se manifiestan, entre otros, en el cumplimiento de las órdenes dadas, sin afectar el ritmo del trabajo, se mantenía el pacto, con los efectos jurídicos previstos en la ley.

Sin embargo, la incorporación de la justa causa por reconocimiento pensional derivó del poder de configuración legislativa, por virtud del cual el Congreso, para regular los derechos, se amparó en dos elementos determinantes y protegidos por el ordenamiento jurídico: de un lado el derecho al descanso del trabajador y de contera el disfrute de la prestación obtenida con el esfuerzo de su empleo y, de otro, la libertad económica y de iniciativa privada, dentro de los límites del bien común, que permite al empleador reorganizarse empresarialmente y de esa manera renovarse en todos los niveles.

Aunque, en principio, tal causal permitía al trabajador, en el caso de la jubilación, determinar el momento en el que optaba por reclamarla, conociendo en todo caso que la consecuencia era el finiquito del vínculo laboral, ello, sin hesitación ninguna, varió con la incursión de la legislación social, que, además de reorganizar el sistema de protección

social, tuvo dentro de sus postulados la ampliación progresiva del derecho a la seguridad social.

Con la entrada en vigor del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se permitió que el trabajador o trabajadora mantuviera el vínculo jurídico hasta por 5 años, con el fin de mejorar el valor de tal prestación o para cumplir con los requisitos mínimos.

Es importante tener presente que la Corte Constitucional, mediante sentencia CC C-1443 de 2000, por medio de la cual estudió la exequibilidad del ordinal 14 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, explicó que solo era posible dar por terminado el contrato con justa causa cuando el trabajador, al servicio de la empresa, contara con el reconocimiento efectivo de su pensión de vejez o invalidez, según el caso, pero, además, era necesario que el empleador le indagara, sobre si haría o no uso de la facultad establecida en el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, esto es, continuar cotizando durante cinco años para incrementar el monto de la pensión.

Más adelante, el legislador, en aras de fomentar la renovación del empleo y armonizar el derecho del trabajo con el derecho a la seguridad social, tuvo puesta su mirada en la mencionada causal. Fue así que el parágrafo 3o del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003 instituyó que el empleador, para invocar la justedad del despido, solo debía verificar que el colaborador cumpliera con los requisitos mínimos para acceder a la

pensión, otorgándole la potestad de extinguir el vínculo, eso sí, desde el momento en que esté incluido en nómina de pensionados; para ello autorizó al empleador a que adelantara las gestiones pasados 30 días a partir del cumplimiento de los requisitos allí previstos, siempre que el servidor no hubiese realizado el trámite respectivo.

Llegados a este punto del sendero menester se impone advertir que, a pesar de dicha reforma, quedó a salvo la facultad de continuar cotizando durante cinco años más, como garantía especial de estabilidad en el empleo, para el trabajador que, a la vigencia de la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 29 de enero de dicha anualidad:(i) tenga el derecho adquirido y desee aumentar el monto de la pensión; o (ii) pueda reunir, durante ese tiempo- cinco años-, los requisitos de acceso a la pensión de vejez.

La modificación realizada por la Ley 797 fue estudiada por la Corte Constitucional, en providencia CC C-1037 de 2003, la cual definió su exequibilidad condicionada, en tanto dijo que operaba la terminación por justa causa siempre que el trabajador tuviera reconocido efectivamente el derecho, pero, además, que hubiera sido informado por el empleador sobre la iniciación del trámite.

El Tribunal de lo Constitucional justificó su decisión, aludiendo a que tal norma trasladó al modelo normativo del trabajo un criterio económico válido, cual era fortalecer una política de empleo, promoviéndose así los relevos generacionales, los cuales tienen directo impacto en los

sistemas de reparto pensional, aunado a la ampliación progresiva de los derechos que emanan de la seguridad social y que se encuentran vinculados con el trabajo.

En suma, dichos fundamentos permitieron que se determinara, sin mayores limitantes, que el empleador adelantara el trámite pensional, condicionándolo, se itera, a que el retiro del empleado solo se concretara una vez estuviera incorporado en nómina, para no afectar su mínimo vital y que hubiera sido informado por el empleador sobre la iniciación del trámite.

2. Caso concreto

Se encuentra fuera de controversia que la trabajadora nació el 13 de abril de 1948, por lo que cumplió 55 años el mismo día y mes de 2003; que estaba vinculada al Banco Popular desde el 1 de septiembre de 1970 y que se le reconoció pensión de vejez, según lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990, conforme Resolución 039920 de 2005, contabilizando para el efecto la totalidad de las semanas laboradas, es decir, 1718. Así mismo, que la solicitud fue presentada por la entidad bancaria, el 1 de abril de este último año.

Como ya se explicó, las justas causas de despido incorporadas en los estatutos del trabajo fueron ampliadas por las disposiciones de la legislación social, Estatuto de Seguridad Social de 1993, el cual estableció un sistema general de protección en el que, en su artículo 33, contempló

una prerrogativa en cuanto a que el trabajador que cumpliera los requisitos allí previstos contaba con la posibilidad de continuar con su vinculación laboral, por 5 años más, permitiéndose así mejorar el monto de la prestación; y que el empleador no podía arrogarse la facultad de reclamarla sin antes contar con su aquiescencia o cuando se sobrepasara tal término, caso en el cual podía hacerlo para que, una vez reconocida, se configurara la justa causa para finiquitar la relación.

También se dijo que esa disposición fue modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el cual varió los condicionamientos de la justa causa al eliminar la posibilidad de que, una vez adquiridos los requisitos pensionales mínimos, se pudiese continuar cotizando por 5 años más, dejando en cabeza del empleador la potestad de reclamar la prestación, si pasados 30 días desde que el trabajador completara los requisitos establecidos, este no la pidiera, permitiéndosele la terminación del contrato por justa causa, luego de obtener el reconocimiento, y ulterior incorporación en nómina de pensionados.

No olvidemos que, pese a la anterior, quedó a salvo la facultad de continuar cotizando durante cinco años más, como garantía especial de estabilidad en el empleo, para el trabajador que, a la vigencia de la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 29 de enero de dicha anualidad:(i) tenga el derecho adquirido y desee aumentar el monto de la pensión; o (ii) pueda reunir, durante ese tiempo- cinco años-, los requisitos de acceso a la pensión de vejez.

Ahora bien, como la actora arribó a los 55 años de edad el 13 de abril de 2003, requisito este que le hacía falta para ser acreedora a la pensión de vejez, toda vez que, recuérdese, para el momento del cambio normativo, 29 de enero de 2003, tenía más de 1250 semanas cotizadas, superiores a las máximas consagradas en el Acuerdo 049 de 1990, para gozar de una tasa de reemplazo del 90%, dimana patente que la normativa llamada a resolver el asunto, se itera, dado el agotamiento de la prerrogativa establecida en el primigenio artículo 33 del estatuto de la seguridad social, que lo fue el 13 de abril de 2003, precisamente por el cumplimiento del requisito faltante para acceder a la pensión, no es otra sino el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, pues, como lo asentara la Corte Constitucional en la sentencia CC C-107-2002, el término de 5 años *«opera sólo en función del cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para obtener el derecho a la pensión, de modo que una vez que alcancen el status de pensionados no gozarán adicionalmente de estabilidad»*.

De manera que esta última disposición le permitía al accionado, transcurridos 30 días de haber completado tales exigencias, sin que la trabajadora realizara alguna gestión para obtener la prestación, gozar de tal facultad ante las administradoras de pensiones, constituyendo su otorgamiento una justa causa para la terminación del contrato de trabajo, siempre y cuando hubiese quedado incorporada en nómina de pensionados. Aquí, memórese que

el contrato de trabajo fue terminado por el accionado, el 18 de mayo de 2006, tiempo después del reconocimiento de la prestación por parte del sistema, esto es, 2 de enero del mismo año.

Es claro, por demás, que esa pensión de vejez regulada por el Acuerdo 049 de 1990, aspecto que se insiste no se encuentra en discusión en este asunto, se reconoció con todo el tiempo servido en el Banco Popular y con la tasa de reemplazo más alta posible.

Lo anterior da cuenta de que, en efecto, existió una equivocación jurídica cristalina del sentenciador de segundo grado, en cuanto desconoció el ámbito de aplicación temporal de la ley, y de contera la norma que debía gobernar el asunto, lo que lo condujo, tal como lo sostiene el censor, a emitir un pronunciamiento contrario al ordenamiento jurídico al imponer una indemnización por despido injusto, porque no permitírsele a la actora continuar durante 5 años en el empleo, cuando era claro que a ella la cobijaba el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

De otra manera: dado que la Ley 797 de 2003 fue promulgada el 29 de enero de dicha anualidad, es meridianamente transparente que la trabajadora sólo cumplió los requisitos mínimos de acceso a la pensión de vejez en vigencia de esta normativa, por tanto, no existe argumento jurídico alguno que permita inferir la inaplicabilidad del artículo 33 de la Ley 100, en su versión modificada por la mencionada Ley 797, a su caso particular

y concreto, razón más que suficiente para estimar el cargo como fundado.

3. Conclusión

Por todo lo explicado, emerge palmario que el juzgador de segundo grado incurrió en los dislates enrostrados por la recurrente, que lo condujeron a resolver de manera equivocada el asunto, pues erró al aplicar la disposición que estaba llamada a definir la controversia, al acudir al artículo 33 original de Ley 100 de 1993, pese a que lo el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Tal desaguizado fue ostensible, desde el punto de vista jurídico, en atención a la fecha de vigencia temporal de la ley; por tanto, los cargos son fundados y, con ello, deviene la prosperidad del recurso.

4. Precisión de la línea de pensamiento de la Corte

Debe la Sala precisar lo siguiente:

1o) Si el trabajador satisface los requisitos de la pensión de vejez en vigencia de la Ley 797 de 2003, su situación se regula a la luz de lo estatuido en el parágrafo 3o del artículo 9o de esta normativa, es decir, que el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria le puede ser terminada por justa causa siempre que cumpla con los requisitos establecidos para tener el derecho a la pensión. En todo caso *«El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del*

sistema general de pensiones. Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel». Es oportuno recordar que la facultad de terminar el contrato por justa causa solo puede ser ejercida cuando al trabajador se le notifique su inclusión en la correspondiente nómina de pensionados.

2o) A pesar de la reforma implementada por la Ley 797 de 2003, queda a salvo la facultad de continuar cotizando cinco años más, como garantía especial de estabilidad en el empleo, únicamente para el trabajador que, a la vigencia de la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 29 de enero de dicha anualidad:(i) tenga el derecho adquirido y desee aumentar el monto de la pensión; o (ii) pueda reunir, durante ese tiempo-cinco años-, los requisitos de acceso a la pensión de vejez.

Sin costas, dada la prosperidad de los cargos.

XI. RECURSO DE CASACIÓN (PARTE DEMANDANTE)

Interpuesto por la parte demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

XII. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte «CASE *PARCIALMENTE* la sentencia del Tribunal, en cuanto *REVOCÓ* los numerales primero y tercero de la decisión del a quo y en cuanto ordenó el pago de una indemnización tarifada por la Ley 50 de 1990 y la confirmó en lo demás para que al actuar la Honorable Corte como Tribunal de instancia *CONFIRME* la sentencia del a quo».

[...] en forma subsidiaria [...] CASE PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal en cuanto SE ABSTUVO DE PRONUNCIARSE sobre las pretensiones subsidiarias de la demanda inicial o en cuanto CONFIRMÓ LA ABSOLUCIÓN que respecto de esas pretensiones emitió el Juzgado, para que esa superioridad, en sede de instancia, REVOQUE la decisión del Juzgado en su resolución judicial sobre las pretensiones subsidiarias y en su lugar condene al Banco Popular S.A. a pagarle a la demandante las pretensiones subsidiarias de la demanda proveyendo en costas como corresponda.

Con tal propósito formula tres cargos, por la causal primera de casación. Se resolverán de manera conjunta el primero y el tercero, por cuanto tienen idéntico propósito y comparten similar proposición jurídica.

XIII. CARGO PRIMERO

Denuncia la sentencia del Tribunal por violar directamente «*por aplicación indebida los artículos 33 de la Ley 100 de 1993 (parágrafo 3) y 9 de la Ley 797 de 2003 y por la consecencial aplicación indebida de los artículos 467, 468, 470 (modificado por el 37 del Decreto 2351 de 1965) y 471 del Código Sustantivo del Trabajo*».

Copia en extenso las consideraciones de la sentencia que refuta, para luego decir que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en su parágrafo 3, si bien dispuso que era justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo el reconocimiento de la pensión de vejez, ello estuvo condicionado, en los términos de la sentencia de exequibilidad C-1037 de 2003 a que se hubiere notificado al trabajador su inclusión en nómina; que además, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, refiere que el trabajador tiene 30 días para determinar si la solicita o no, caso último en el que el empleador está habilitado para adelantar la gestión.

Refiere que el Tribunal se equivocó, pues si bien, con soporte en tales disposiciones, concluyó que el despido de la trabajadora fue injusto porque el Banco no le respetó el periodo previsto en la ley para reclamar la pensión, dedujo, de manera arbitraria, que el reintegro era desaconsejable, dado que ya se le había reconocido la pensión, y por tanto, no le otorgó a la norma los efectos jurídicos que aquella produce, permitiendo la pervivencia de una actuación irregular y atentatoria de los derechos de la trabajadora, máxime cuando no se le permitió decidir de qué manera gestionaría su último periodo en el trabajo.

XIV. RÉPLICA

Se opone a la acusación por cuanto, a su juicio, carece de asidero que se le hayan dado efectos al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 confundiendo su vigencia con el 2003 y el 2004, que ese error del Tribunal fue el que desencadenó que

se considerara que la actora tenía un derecho que es inexistente, y que su periodo de gracia de 5 años se extendía hasta abril 14 de 2008, máxime cuando a partir del 29 de enero de 2003 operó la reforma de dicho estatuto de seguridad social que le era aplicable.

XV. CARGO TERCERO

Manifiesta que la decisión del Tribunal violó indirectamente, por aplicación indebida «los artículos 467, 468, 470 (modificado por el 37 del Decreto 2351 de 1965) y 471 del Código Sustantivo del Trabajo, 1 de la Ley 52 de 1975, 8 de la Ley 153 de 1887, 1494, 1495, 1502, 1513, 1613 a 1617, 1626, 1648, 1649 y 1973 del Código Civil y por haber aplicado al caso, siendo impertinente, el artículo 6 de la Ley 50 de 1990, en relación con los artículos 305 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1 numeral 135 del Decreto 2282 de 1989 y artículo 306 *ibidem*».

Señala como errores manifiestos de hecho en los que, en su criterio, incurrió el Tribunal:

“1. No dio por demostrado, estándolo, que la demandante solicitó su demanda, como pretensión subsidiaria, la indemnización convencional por terminación unilateral del contrato sin justa causa y la indexación de esa indemnización.

“2. Tuvo por demostrado, sin estarlo, que la demandante solicitó la indemnización legal tarifada establecida por el artículo 6 de la Ley 50 de 1990.

“3. No dio por demostrado, estándolo, que la demandante era beneficiaria del régimen de contratación colectiva.

“4. No dio por demostrado, estándolo, que el contrato de la

demandante se regía, en punto a la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa por el régimen de la convención colectiva de trabajo de 1992.

Denuncia la demanda inicial del proceso (folios 2 a 20) y la liquidación (folio 24) como pruebas apreciadas como error; como dejadas de valorar la convención colectiva de trabajo de 28 de mayo de 1992 en su artículo 4 (folios 61 a 81) y la certificación de afiliación y paz y salvo expedido por la UNEB (folio 144).

Aduce que, en el contenido de la demanda, quedaba claro cuáles eran sus peticiones y, específicamente, que la indemnización reclamada fue la convencional debidamente indexada, pero que el Tribunal leyó equivocadamente tal reclamación y por ello emitió una condena distinta; que además, a folio 144, constaba que la demandante era beneficiaria del régimen de contratación colectiva del Banco Popular, y se encontraba afiliada a la Unión Nacional de Empleados Bancarios UNEB, de forma que ni siquiera se atuvo al contenido de la convención de 1992, que militaba en el expediente y de la que emerge que la suma indemnizatoria, en caso de no ser próspero el reintegro, es ostensiblemente superior que la impuesta, aunado a que ni siquiera se pronunció sobre la totalidad de las pretensiones subsidiarias de forma que violentó la ley sustancial.

XVI. RÉPLICA

Repite los argumentos dados en la oposición a los cargos anteriores y añade que, en todo caso, al no existir

despido irregular no era posible el reintegro ni legal ni convencional.

XVII. CONSIDERACIONES

Equivoca el recurrente las conclusiones vertidas por el juez de segundo grado al resolver el asunto bajo examen, pues este ni siquiera hizo referencia a la sentencia CC C-1037 de 2003 en la medida en que, con error, determinó que era el artículo 33 original de Ley 100 de 1993 el llamado a resolver el asunto, al considerar que la norma que lo modificó, esto es, el precepto 9 de la Ley 797 de 2003, adquirió vigor después de que aquella satisfizo la edad, pese a que cumplió 55 años de edad el 13 de abril de 2003.

Asiste por tanto, en un todo, razón al opositor, en la medida en que al equivocar la conclusión sobre la vigencia de las leyes, el Tribunal estimó que, para el caso concreto, estaba habilitado el periodo de 5 años de gracia para seguir cotizando, pese a que en el caso debatido, se insiste, el empleador contaba ya con la potestad para, después de los 30 días siguientes a la configuración del derecho, y sin que la trabajadora realizara ninguna diligencia tendiente a la obtención del derecho pensional, actuar de manera privativa para hacer tal reclamación.

En tal sentido, como ya se expuso al resolver los cargos de la parte demandada, al no haber infringido el procedimiento para proceder a la desvinculación de Pedraza Pedraza, no se hace necesario referirse al reintegro, ni a su

desaconsejabilidad, que fue lo que lo condujo a variar la condena de primer grado; y al margen de que hubiese existido equivocación o no al momento de resolver las pretensiones subsidiarias, y tasar la indemnización por despido sin justa causa, ello se torna inane en la presente controversia, en la medida en que la conclusión es que no se configuró una desvinculación irregular de la trabajadora que ameritara cualquier acto de restitución de sus derechos, como lo reclama el cargo y lo propio debe decirse del hecho de si era o no beneficiaria de la contratación colectiva, en tanto los derechos de los que pretende derivar consecuencias, en las acusaciones concretas estaban, se insiste, ligados a que, en efecto se demostrara una ruptura unilateral e injusta que, en el presente caso no se concretó.

Así las cosas, los cargos no prosperan.

XVIII. CARGO SEGUNDO

Acusa a la sentencia del Tribunal de *«haber violado directamente, por infracción directa, el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1 numeral 135 del Decreto 2282 de 1989, en relación con el artículo 306 ibídem, violación medio que trajo como consecuencia la aplicación indebida de los artículos 65, 249, 306, 467, 468, 470 (modificado por el 37 del Decreto 2351 de 1965) y 471 del Código Sustantivo del Trabajo, 1 de la Ley 52 de 1975, 8 de la Ley 153 de 1887, 1494, 1495, 1502, 1508, 1513, 1613 a 1617, 1626, 1648, 1649 y 1973 del Código Civil».*

Indica que, como pretensiones subsidiarias, se solicitó el reajuste de las cesantías y de los intereses, la indemnización por despido injusto y su indexación, así como la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que pese a que el Tribunal revocó la petición principal, en vez de pronunciarse sobre las restantes se arrogó una competencia que no tenía y dispuso del pago de una indemnización no reclamada, dado que condenó a la prevista en la Ley 50 de 1990, cuando la pretendida era la contenida en la convención colectiva de trabajo de 1992, sin pronunciarse, además, sobre la indexación, las cesantías y sus intereses, ni sobre la sanción moratoria, violentando las normas enunciadas, pese a que era su obligación y así lo señalan los artículos 305 y 306 del C.P.C.

XIX. RÉPLICA

Mantiene la crítica a la decisión del Tribunal sobre la vigencia del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y de contera, refiere que, en razón a tal equívoco, es que los argumentos del cargo devienen infundados, y que en todo caso la vía elegida para la impugnación no es la correcta, en la medida en que alude a aspectos probatorios de la demanda, y al contenido de la convención colectiva de trabajo.

XX. CONSIDERACIONES

Cuestiona el recurrente, por la vía jurídica, que el Tribunal no se hubiera pronunciado sobre la totalidad de las pretensiones subsidiarias presentadas en la demanda, luego

de haber desestimado la pretensión principal de reintegro y revocado la sentencia del juez de primer grado, pese a que estaba claro que, además de la indemnización convencional, estaban en controversia la reliquidación de las cesantías y sus intereses teniendo en cuenta como factor salarial las primas de vacaciones convencionales de junio y diciembre de los tres últimos años de vigencia de la relación laboral y la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, aunado a que asumió de manera equivocada que la indemnización por despido injusto reclamada era la contenida en la ley y no, como fue pedido en la demanda, la convencional según el instrumento allegado para tales efectos.

De lo anterior, se extrae que el reproche fundamental es que el Tribunal no se pronunció al resolver la apelación sobre las demás pretensiones subsidiarias reclamadas desde el inicio del proceso, pues solo lo hizo respecto de una de ellas, esto es la indemnización por despido injusto; tal omisión, en todo caso, no tiene incidencia en sede de casación, en la medida en que la parte tenía los instrumentos de corrección procesal propios y lo que debió fue pedir la adición o complementación de la sentencia, en los términos del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión analógica al procedimiento laboral, para ese momento, siendo el recurso extraordinario de casación el mecanismo inadecuado para subsanar la inactividad de la parte.

En efecto, es la adición de la sentencia el instrumento eficaz para obtener la resolución de cualquiera de los extremos de la controversia, o de los puntos que conforme a la ley debían ser objeto de pronunciamiento, y la oportunidad para que proceda no es como aquí se estima, en el marco del recurso extraordinario de casación sino en el término de ejecutoria de la sentencia, realizado a través de providencia complementaria en la que finalmente el juzgador se pronuncie sobre la totalidad de los puntos puestos en su conocimiento.

Así lo ha considerado esta Corte, en múltiples decisiones, entre otras en la CSJ SL 53712-2012 en la que indicó:

Esta Corporación en un caso similar al del sub lite asentó en sentencia proferida el 20 de octubre de 2009, radicado No 33698, lo siguiente: “Importa recordar que la adición o complementación de la sentencia es el correctivo procesal previsto para la hipótesis en que el juez omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que, de conformidad con la ley, debía ser objeto de pronunciamiento. Tal correctivo aparece contemplado en el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil. Casación: Rad.53712 12 De manera que la parte demandada debió acudir a esa herramienta legal y pedir la adición de la sentencia de segundo grado, a los efectos de que el Tribunal resolviera sobre esas dos excepciones. No lo hizo así, de modo que su descuido no puede ser suplido con el recurso de casación, desde luego que este medio extraordinario de impugnación no se concibió para enmendar irregularidades cuyo escenario apropiado de subsanación lo constituyen las instancias.

Conforme lo anterior, si el organismo judicial guardó silencio sobre los aspectos debatidos y reclamados en el proceso, las partes estaban obligadas a acudir a las herramientas procesales idóneas para tal efecto, sin que allí se cuenten, para este tipo de eventos, el recurso

extraordinario de casación, cuya función está determinada en los aspectos jurídicos sustanciales y no resolver medidas procesales de las que disponían.

Por lo visto el cargo no prospera.

XXI. SENTENCIA DE INSTANCIA

Según lo explicado en la esfera casacional, el recurso es parcialmente próspero, por lo que esta Sala se contraerá a resolver, exclusivamente, el que atañe a la demandada, por cuanto los reparos de la actora se despacharon de manera desfavorable al no pedir la adición de la sentencia que omitió pronunciarse sobre las demás pretensiones subsidiarias.

Ahora bien, debe indicarse que es incontrovertido que Martha Emilia Pedraza Pedraza trabajó para el Banco Popular S.A., según el contrato individual de trabajo que milita a folio 215, desde el 1 de septiembre de 1970 y conforme la Resolución expedida por el Instituto de Seguros Sociales, de folio 223, le fue reconocida pensión de vejez, de acuerdo con el régimen de transición y en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por contar con 1718 semanas y con un ingreso base de liquidación de \$1.479.387, con una tasa de reemplazo del 90%; así mismo, en tal acto administrativo quedó expresa su inclusión en nómina a partir del mes de diciembre, con efectos a partir del 2 de enero de 2006, esto es, meses antes de que se le extendiera la carta de terminación que lo fue, a la postre, el 18 de mayo de 2006, con efectos a partir del día siguiente.

La actora satisfizo, tanto el número de semanas, como la edad de 55 años para acceder a la pensión de vejez, el 13 de abril de 2003 y, por tanto, es el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el que definía la manera en la que el empleador podía dar por terminada la relación, una vez cumplidos los requisitos pensionales, con el condicionante de que estuviese reconocida, y le permitió adelantar el trámite, si luego de que aquellos estuvieran cumplidos se superaran 30 días sin adelantar gestión.

En ese sentido, y como ello aconteció en el *sub lite*, no podía predicarse que la ruptura obedeció a un actuar fuera de la ley, máxime cuando además cumplió el Banco con la exigencia contenida en la sentencia CC C-1037 de 5 de noviembre de 2003, sobre la necesidad de que la terminación estuviera precedida de la notificación de la inclusión en nómina como aconteció en el caso en estudio. Por demás, la Resolución que obra en el plenario, de 23 de junio de 2009, lo que da cuenta es que la actora no cobró la pensión y el ISS decidió, nuevamente activarla, liquidándole el retroactivo incluso desde el 1 de diciembre de 2005.

En efecto, se extrae del folio 219, que corresponde al oficio de 16 de abril de 2004 dirigido a Pedraza Pedraza 3 días después de haber cumplido 56 años, y en el que le refiere que, según diversas normas, entre ellas la Ley 797 de 2003, tenía completos los requisitos para acceder a la pensión de vejez y los documentos que debía acompañar para su trámite, incluso extendiéndole la posibilidad de hacerlo a

través del Área de Pensiones del Banco, con un apartado final en los siguientes términos:

Finalmente agradecemos informar por escrito su decisión a la Gerencia de Relaciones Humanas con copia a la Asistencia Regional de Personal de su zona, antes del 07 de mayo de 2004” (énfasis del texto).

De allí se colige, que la entidad sí extendió comunicación a la trabajadora sobre las diligencias relacionadas con su prestación de vejez e incluso le puso término para que informara sobre su decisión.

Pero, además, del oficio contenido a folio 221, se deduce que la entidad solo hasta el 1º de abril de 2005, optó por solicitar la prestación al ISS, de la cual se extrae que:

En virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 29 de enero de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993; y dado que han transcurrido más de treinta (30) días de haber cumplido nuestra funcionaria MARTHA EMILIA PEDRAZA PEDRAZA identificada con cédula de ciudadanía N. 41.419.344 de Bogotá los requisitos establecidos legalmente para tener derecho a la pensión de vejez, nos permitimos solicitar dar inicio al trámite del reconocimiento de la prestación económica por vejez.

También es evidente del documento de folio 224, que corresponde a la carta de terminación de la relación de trabajo, dirigida a la actora por la Asistencia Regional de Personal de la demandada que allí se le indicó que:

El Banco Popular, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 literal a) numeral 14 del Decreto 2351 de 1965, en el artículo 3, párrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003), así como el artículo 6 Literal A numeral 14 de la Convención Colectiva del 13 de enero de 1978, actualmente vigente, y por haberle efectuado el Instituto de

Seguros Sociales el reconocimiento de su pensión de vejez, mediante resolución N. 039920 del 28 de noviembre de 2005 y haber sido incluida en la nómina del mes de noviembre de 2005, comunica a usted que da por terminado su contrato de trabajo por justa causa, a partir del 19 de mayo del año en curso”.

La inclusión en nómina, que es presupuesto dado por la exequibilidad condicionada que se hizo en la sentencia CC C-1037/2003, atrás comentada, queda acreditada con la Resolución 039920 de 2005 en la que, además de otorgar la pensión en los términos del Acuerdo 049 de 1990, con una tasa de reemplazo del 90% en atención a las 1718 sufragadas, dispuso, en su artículo segundo, que la pensión y demás valores serían *«incluidos en la nómina del mes de diciembre la cual se cancela a partir del 2 de enero de 2006, a través del Banco GNB SUDAMERIS BOGOTÁ PPAL (...) Cuenta:00000041419394»* de manera que antes de informársele la terminación del contrato, la empleadora se aseguró de que la trabajadora tuviese asegurado el pago de la pensión de vejez, conclusión opuesta a la que asumió el *ad quem*.

Lo anterior lo corrobora la propia demandante, al absolver el interrogatorio de parte y en el que admite que estaba incluida en nómina desde el 1 de diciembre de 2005, de forma que la entidad bancaria cumplió con las exigencias normativas y permitió a la trabajadora conocer sobre la petición de pensión de vejez que estaba adelantando.

En ese orden de ideas se revocará la sentencia de primer grado, para declarar que no existió despido injusto y, en ese sentido, se absolverá a la demandada de lo pretendido.

Sin costas en el recurso extraordinario, las de las instancias a cargo de la parte actora.

XXII. 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, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia dictada el veintisiete (27) de junio de dos mil ocho (2008) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **MARTHA EMILIA PEDRAZA PEDRAZA** contra el **BANCO POPULAR S.A.**, en cuanto lo condenó a pagar a la demandante la suma de \$58.384.238 (Cincuenta y ocho millones, trescientos ochenta y cuatro mil doscientos treinta y ocho pesos), por concepto de indemnización por despido injusto y las costas.

En sede de instancia, revoca la sentencia dictada por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, el 21 de septiembre de 2007 y, en su lugar, absuelve de la totalidad de las pretensiones al BANCO POPULAR S.A., conforme las consideraciones expuestas.

Sin costas en el recurso extraordinario, las de las instancias a cargo de la parte actora.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.



OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR
Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

FERNANDO CASTILLO CADENA

Corte Suprema de Justicia

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

ACLARACIÓN DE VOTO

Demandante: Martha Emilia Pedraza Pedraza

Demandado: Banco Popular

Radicación: 40643

Magistrado Ponente: Fernando Castillo Cadena

No obstante que suscribo el sentido de la decisión, estoy en desacuerdo con la «*precisión*» jurisprudencial, conforme a la cual si un trabajador cumple los requisitos en vigencia de la Ley 100 de 1993 original, tiene la opción de seguir cotizando por 5 años más antes de poder ser despedido con justa causa, tal como lo preveía el art. 33 de esa normativa; mientras que si cumple requisitos en vigencia de la Ley 797 de 2003, desaparece esta opción y su contrato de trabajo puede ser terminado con justa causa, siempre que la pensión le sea reconocida, notificada y este incluido en nómina.

Si bien la Corte afirma que «*precisa*» su línea de pensamiento, en realidad ello corresponde a un replanteamiento del criterio sentado en la sentencia SL2509-2017, reiterada en SL10770-2017, en la cual se sostuvo que «*el hecho relevante que marca la aplicación de la regla de despido prevista en el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, es la fecha de reconocimiento de la pensión y no la de causación de la pensión*».

Ahora, desde mi punto de vista este nuevo criterio es equivocado porque el párrafo 3.º del artículo 9.º de la Ley

797 de 2003 es claro en que «*el empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria, cuando sea **reconocida** o notificada la pensión*». Como se puede observar, para efectos de la aplicación temporal de la regla de despido de la Ley 797 de 2003 el legislador acudió a un criterio simple: el reconocimiento de la pensión, y no a otros complejos como la fecha de causación.

Esto es razonable porque mientras es clara la fecha de reconocimiento de una pensión, no lo es el momento en que un trabajador reúne los requisitos pensionales, más aún en Colombia donde las reglas pensionales son sumamente complejas, involucran regímenes de transición, exceptuados, especiales y otra serie de situaciones en las que incluso expertos en la materia vacilan. De manera que la intención del legislador fue ofrecer seguridad en torno a la aplicación de la ley, y no trasladarle a los empleadores la carga de investigar la fecha en que un trabajador completó los requisitos pensionales, para sobre esa base evaluar si puede despedirlo con justa causa o tiene que darle la opción de continuar cotizando por 5 años más.

Por lo demás, el fallo no cumple el deber de transparencia pues no identifica el precedente cuyo criterio modifica, ni mucho menos expone los argumentos por los cuales considera que debe corregirse lo allí expuesto.

Por estas razones, aclaro mi voto.

Fecha *ut supra*.

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada

Sala de Casación Laboral @2020