***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, Jueves 09 de junio de 2016*

***Radicación No****:**66400-31-89-001-2008-00623-01*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral*

***Demandante****: Rosa Nelly Correa Toro*

***Demandado:*** *Banco Cafetero en Liquidación*

***Juzgado de origen****: Promiscuo del Circuito de La Virginia*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares.*

***Tema a tratar: Principio de congruencia en materia laboral.*** *La regla general en los procedimientos judiciales, es que la decisión se ajuste a las pretensiones de la demanda y en sus fundamentos de derecho, es decir, que exista congruencia entre lo pedido, lo discutido y lo resuelto en la sentencia. Sin embargo, el proceso laboral cuenta con una excepción a esa regla que se encuentra establecida en el artículo 50 del CPTSS como las facultades ultra y extra petita, en virtud de las cuales, el Juez de primera y única instancia, cuando encuentra probados los elementos que configuran un derecho por fuera de lo pedido lo puede declarar.* ***Prueba de la existencia y validez de la convención colectiva.*** *Sin desconocimiento de las previsiones del artículo 469 de la obra sustantiva laboral, ha sido reiterado el criterio jurisprudencial, en torno a que si la parte pasiva no controvierte el cuerpo normativo ni la disposición de tipo convencional, propuestos en su demanda por la parte contradictora, estos quedan por fuera de toda cuestión litigiosa.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los nueve (09) días del mes de junio de dos mil dieciséis (2016), siendo la una y treinta de la tarde (01:30 p.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación de la sentencia del 13 de marzo de 2014 dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia, Risaralda, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Rosa Nelly Correa Toro*** contra ***Banco Cafetero en Liquidación.***

***I. ANTECEDENTES.***

Se pide en la demanda que se declare la existencia del contrato de trabajo entre las partes enfrentadas, el cual perduró por veintitrés años y diez meses y que, en consecuencia, se condene a la sociedad demandada a reconocer y pagar la pensión de jubilación a que tiene derecho, conforme a lo normado en artículo 11 de la convención colectiva de 1974.

Se indican como hechos que sustentan su pretensión, que laboró con la entidad demandada desde el 05 de octubre de 1971 y hasta el 25 de agosto de 1995, que estando fuera del servicio cumplió los 45 años de edad, que cumplió esa edad el 25 de enero de 1999, que el 09 de septiembre de 2008 elevó petición a la entidad para que se le reconociera la prestación pensional, que recibió una respuesta negativa del 17 de septiembre 2008.

Admitida la demanda, se dio traslado a la sociedad demandada, la que allegó respuesta por intermedio de procuradores judiciales, el cual se pronunció frente a los hechos, aceptando la vinculación laboral de la demandante y los extremos de la misma, así como la reclamación que elevó la señora Correa Toro. Frente a los restantes los niega o señala que no son hechos. Se opone a las pretensiones de la demanda y formula como excepciones de mérito las que denominó “Inexistencia del derecho reclamado por no reunir la actor los requisitos invocados” y “Prescripción general”.

 ***II.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

La falladora de primera instancia concedió la pensión de jubilación, a partir del 25 de enero de 1999, al encontrar que la demandante prestó sus servicios a la entidad demandada por más de 20 años y cumplió la edad exigida por fuera de la vinculación laboral. Encontró la juzgadora que la demandante es beneficiaria del régimen transicional y que por tanto su pensión de jubilación puede regirse bien por la convención colectiva citada o por la Ley 33 de 1985, y así la impuso, indexando la mesada pensional hasta el año 2009, cuando cumplió la edad de 55 años. Ordena que cuando la demandante cumpla las condiciones para acceder a la pensión de vejez, se compartirá la pensión, quedando a cargo de la sociedad demandada el reconocimiento y pago del mayor valor.

***III. APELACIÓN.***

El procurador judicial de la parte demandada apeló la sentencia sintetizada, alegando que en la demanda se pide como fundamento de la prestación pensional solicitada la convención colectiva del año 1974, bajo la cual no se cumplen los presupuestos, pues debe existir mutuo acuerdo entre las partes. Indica que esa entidad no es la llamada a reconocer la prestación pensional, pues la misma fue asumida por el ISS o Colpensiones mediante los bonos tipo T.

***III. ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

Corrido el traslado que establece el artículo 40 de la ley 712 de 2001, las partes guardaron silencio.

***IV. CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

El recurso de apelación propuesto, lleva a la Sala a plantearse los siguientes interrogantes:

*¿Satisface la demandante los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, conforme a la convención colectiva de trabajo?*

*¿Es la entidad demandada la llamada a reconocer y pagar la pensión de jubilación, en caso de encontrarse satisfechos los presupuestos para ello?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

La regla general en los procedimientos judiciales, es que la decisión se ajuste a las pretensiones de la demanda y en sus fundamentos de derecho, es decir, que exista congruencia entre lo pedido, lo discutido y lo resuelto en la sentencia.

Sin embargo, el proceso laboral cuenta con una excepción a esa regla que se encuentra establecida en el artículo 50 del CPTSS como las facultades ultra y extra petita, en virtud de las cuales, el Juez de primera y única instancia, cuando encuentra probados los elementos que configuran un derecho por fuera de lo pedido lo puede declarar. En el caso puntual, se tiene que la demanda se encamina al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, contenida en el artículo 11 de la convención colectiva celebrada con la entidad en el año 1974, tal como se verifica en el libelo de demanda –fls. 20 a 24-, en dicho acto gestor de este proceso, además, se cita como fundamento jurídico la Ley 33 de 1985.

En la sentencia apelada, se analiza tanto el derecho a la pensión de jubilación en los términos de la convención colectiva, como en los términos de la Ley memorada, concluyéndose que puede acceder a ambas prestaciones y así, aunque de forma poco clara, termina concediéndolo, es decir, otorga la pensión desde el 25 de enero de 1999, conforme a la convención colectiva y, posteriormente dice que también tiene derecho a la pensión de jubilación conforma a la Ley 33 de 1985, a partir del 25 de enero de 2009, de lo cual puede colegirse que la prestación convencional muta posteriormente a la legal.

Tal decisión, era perfectamente viable para la Jueza a-quo, pues en uso de las facultades ultra y extra petita podía decidir por fuera de lo pedido, pero además, porque el asunto fue planteado en la demanda, al mencionarse la aludida legislación como uno de sus fundamentos, lo que imponía a la sentenciadora valorar y analizar la demanda para colegir el real sentido de lo perseguido, siendo un alcance valido el dado.

Por lo anterior, no es válido el argumento que deja entrever el apelante, en el sentido de que el tema de la pensión de jubilación legal no era susceptible de estudiarse en el caso, por cuanto la demanda se encaminó únicamente a la de origen convencional.

Adentrados en el análisis del fondo del asunto, es menester precisar que cuando se alega un beneficio convencional, y sin desconocimiento de las previsiones del artículo 469 de la obra sustantiva laboral, ha sido reiterado el criterio jurisprudencial, en torno a que si la parte pasiva no controvierte el cuerpo normativo ni la disposición de tipo convencional en la que enarbola sus aspiraciones su contradictora, estos quedan por fuera de toda cuestión litigiosa, en tanto, se itera sin desconocer tanto el estatuto como el contenido de su clausulado extralegal, lo que hace es apartarse del sentido o apreciación signada por su contraparte, oponiendo en cambio, que en ese clausulado no se halla inmersa la situación fáctica propuesta por el beneficiario del compendio convencional.

 Así lo prohijó el órgano de cierre de la especialidad laboral, entre otras, en sentencia de 22 de agosto de 2012, radicación 37572, cuando expresó:

 *“Así se dice porque para concluir y afirmar la existencia de la cláusula convencional que consagra el reintegro, el Tribunal manifestó que ninguna de las partes desconoció ese aspecto durante el trámite procesal, por lo cual asumió que el mismo quedó por fuera de la cuestión litigiosa…. es decir partió de la premisa de que estos establecen que cuando no se discute o niega la afirmación de existir una cláusula convencional con determinado contenido, debe seguirse que se acepta…*

 *Así las cosas, del examen de las pruebas mencionadas surge que en realidad la demandada al contestar el hecho vigésimo primero de la demanda en ningún momento negó la existencia de la cláusula convencional de reintegro, ni puso en duda su contenido… Desde esa perspectiva pues el Tribunal no incurrió en su apreciación equivocada, en tanto no aparece que la empresa se opusiera o refutara, de manera enfática y explícita, la existencia la cláusula convencional en mención. La extrañada oposición de la demandada tampoco aflora de la sustentación de la excepción antes referida… bien puede desprenderse que en el fondo acepta tanto la existencia de la cláusula como su contenido, solo que se aparta de la interpretación que de la misma hace el demandante.*

 *“Cabe anotar que esta Sala de la Corte ha sostenido en varias ocasiones, entre otros en la sentencia de 28 de julio de 1998, radicado 10.475, que si los litigantes convienen en la existencia de un acuerdo colectivo, llámese pacto o convención, ha de entenderse que dicha aceptación pone el asunto fuera de la cuestión litigiosa”.*

Lo dicho en precedencia, a propósito de que en el sub-examine, apenas se trajo copia compilatoria de las normas convencionales y laudos arbitrales vigentes, de 1974, como fuentes del derecho pensional que se persigue. Omisión que no da al traste, per se, con las pretensiones de la actora, conforme al trozo jurisprudencial recién glosado, puesto que lo que se pone mayormente de manifiesto en la réplica al segundo hecho de la demanda, es la aceptación de que el accionante *“(si bien) cumplió un tiempo determinado al servicio del Banco Cafetero hoy en liquidación, no lo es, con respecto a la afirmación de haber satisfecho la exigencia adicional, como es cumplir los 45 años de edad ostentando la calidad de extrabajadora. Si se cita el Art. 11 de la Convención Colectiva de trabajo de 1.974, hay que tener en cuenta que los elementos para beneficiarse del derecho invocado son:*

*Primero.- Ser trabajador activo del banco, Ha de entenderse que el trabajador es el que se encuentra prestando el servicio con relación contractual vigente, al momento de adquirir el derecho.*

*Segundo.- Que la decisión deber ser tomada por mutuo acuerdo entre las partes*” (fl. 41 Cdo. 1).

Adicional a ello, al oponerse a la segunda pretensión, adujo: “*contrario sensu a lo expuesto en esta pretensión, no reúne la actora los requisitos para gozar de ese beneficio pensional, ya que una de las premisas es, de conformidad con el art. 11 de la convención en comento, el exigir como condición sine qua non, el mutuo acuerdo, y el BANCO CAFETERO S.A. EN LIQUIDACIÓN ya lo expresó, no allanándose a las peticiones administrativa…*” (fl. 42 Cd. Ib)

Naturalmente, que brota de la oposición expresada por la entidad demandada la ausencia del mutuo acuerdo, exigido en el texto convencional, razón que sería suficiente para denegar el derecho implorado.

En orden a ser fieles a la norma convencional de 1974, su artículo 11 reza:

*“Tanto el trabajador como la empresa podrán solicitar, al haber cumplido el trabajador veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, a los cuarenta y cinco (45) años de edad si es mujer y a los cincuenta (50) si es hombre, el goce de la pensión de jubilación plena que ordena la Ley para los trabajadores oficiales, pero la decisión debe ser tomada por mutuo acuerdo entre las partes”. (Subrayas fuera del texto).*

Ahora, si se dejare a un lado esta consideración, o que tampoco se reuniera el primero de los requisitos, alusivos a la calidad de trabajadora activa al momento de causarse su derecho pensional, lo relevante es que sobre la mentada disposición extralegal pesa un grave ataque que compromete seriamente su estabilidad en el campo de las obligaciones contractuales capaz de vincular a quienes suscribieron dicho compromiso, en la medida en que no se aviene a sus más mínimas reglas, la circunstancia de que el derecho pensional penda del mutuo acuerdo habido entre los contratantes, por cuanto revisada la exigencia a la luz del artículo 1535 del Código Civil, resulta palmaria su oposición al ordenamiento legal. Reza el citado precepto:

*“ARTICULO 1535. CONDICION MERAMENTE POTESTATIVA. Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga.*

*Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá”.*

En pretérita ocasión esta Sala Laboral al comentar el artículo 11 de la convención colectiva de trabajo de 1974, en proceso ordinario ventilado contra la misma entidad, previno en torno a que dicha disposición extralegal “*se encuentra afectad[a] de nulidad* *impidiéndose de esta forma su aplicación no sólo al demandante, sino a todos aquellos trabajadores que crean tener su derecho pensional amparados en el artículo 11 de la mentada convención”.*

Y detallada la nulidad dentro de todo el contexto de la norma que por convención rige la pensión hoy deprecada, derivó su nulidad no en que la norma fuera confusa *“sino que se trata de una evidente nulidad que afecta de validez lo allí convenido”*, lo que en sentir de la Sala “*impide su aplicación, descartándose además la posibilidad de interpretar la intención de l[a]s partes negociadoras de conformidad con los presupuestos esgrimidos por la Sala de Casación Laboral en la sentencia puesta en cita, porque en el presente caso no se dan los presupuestos para su procedencia, esto es apartes confusos dentro de lo convenido”[[1]](#footnote-1).*

Las líneas precedentes, que tienen plena aplicación en el caso puntual por guardar identidad fáctica, mantienen su vigencia y conllevan necesariamente a que la prestación pensional por vía de la convención colectiva no pueda concederse, ante la nulidad que afecta la cláusula convencional. Por lo tanto, se negará esta prestación pensional, en los términos de la convención colectiva, manteniéndose, eso sí, vigente la pensión de jubilación amparada en la Ley 33 de 1985, a partir del 25 de enero de 2009, misma que no fue rebatida por apelante en su escrito.

En torno a la entidad que debe pagar la pensión de jubilación, se tiene que en la sentencia se endilgó tal responsabilidad a la entidad demandada, por haber sido el último empleador público de la demandante. Por su parte el censor, alega que la pensión, de ser procedente, debe pagar el ISS o Colpensiones, con cargo a los bonos pensionales TIPO T.

Lo primero que debe plasmarse es que este argumento, es un hecho nuevo, puesto que no se esgrimió en sede de primera instancia, más cuando su legítimo contradictor, esto es, Colpensiones, no fue llamado al proceso, sin embargo, ello no obsta para que se disponga que el empleador seguirá cotizando al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, hasta que la trabajadora cumpla con los requisitos de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En ese momento el ISS o Colpensiones procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor y pago de la pensión a cargo de dicho empleador, todo con arreglo al artículo 5 del decreto 813 de 1994, modificado por el 2 del decreto 1160 del mismo año.

A tal solución, también, había arribado el órgano de cierre de la especialidad laboral, por la vía de la armonización del sistema pensional, en tratándose de servidores del sector oficial y haya de compartirse la gracia pensional con el ISS, hoy Colpensiones, cuando expresamente adoctrinó:

*"En consecuencia …en casos de trabajadores oficiales amparados por la Ley 33 de 1985, afiliados al l. S.S., pero no a una caja o entidad de previsión social, la pensión legal de jubilación contemplada en el artículo 1° de esta Ley, debe ser reconocida y pagada en principio por la última entidad empleadora, como lo dispone el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969; pero como tanto el trabajador como el Estado efectuaron los aportes respectivos al l. S.S., para el seguro de invalidez, vejez y muerte, una vez reunidos los requisitos de edad y cotizaciones estatuidos en los reglamentos del Instituto, debe este organismo otorgar la correspondiente pensión de vejez, y desde ese momento en adelante estará a cargo del empleador oficial sólo el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión de jubilación primigenia, con sus reajustes, y el monto de la prestación pagada por el seguro social." (Sentencia del 19 de julio de 1998 Rad. 10.803)*

De tal suerte, que al no haberse citado en este proceso a Colpensiones, en orden a que asumiera la prestación mediante la emisión de los bonos Tipo T, no queda sombra de duda, acerca de la obligación de la entidad demandada o la entidad que la sucedió, de reconocer la prestación pensional, con el agregado traído a cuento en precedencia.

Así las cosas, se condenará a la entidad demandada a reconocer y pagar la pensión de jubilación de la demandante, conforme a los lineamientos de la Ley 33 de 1985 y a partir del 25 de enero de 2009, fecha en la cual cumplió los supuestos contenidos en la norma, igualmente, de allí en adelante la demandada seguirá cotizando, si no lo ha hecho al ISS hoy Colpensiones, para efectos de la compartibilidad pensional de que se ha hecho mérito atrás.

Habida cuenta la prosperidad apenas parcial del recurso, se abstendrá el Despacho de imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el ***H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,*** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

***1. Modificar el ordinal primero*** dela sentencia del 13 de marzo de 2014 dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia, Risaralda, en el sentido de que la pensión de jubilación de la señora **Rosa Nelly Toro Correa**, que estará a cargo del **Banco Cafetero en Liquidación** o la entidad que lo sustituya, se deberá pagar desde el 25 de enero de 2009, igualmente, de allí en adelante la demandada seguirá cotizando, si no lo ha hecho al ISS hoy Colpensiones, para efectos de la compartibilidad pensional, evento en el cual, la empleadora sólo asumirá el mayor valor que resultare de la liquidación de ambas gracias pensionales a saber: pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985, y pensión de vejez en el régimen de prestación media, administrado por el ISS hoy Colpensiones, tal cual se plasmó en el cuerpo de este proveído.

**2. Confirmar** en todo lo demás.

**3.** Sin costas en esta instancia.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

 Magistrado Magistrada

 **ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

 Secretario

1. Sentencia del 04 de junio de 2009. Rad. 003-2008-00289-00. M.P. Dra. Ana Lucia Caicedo Calderón. [↑](#footnote-ref-1)