



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Angel Alfaro

Julio veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	19-001-31-05-002-2019-00205-01
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	Hernán Rómulo Burbano Vásquez
Demandado:	Colpensiones E.I.C.E.
Asunto:	Revoca parcialmente y adiciona la sentencia apelada.
Sentencia escrita No.	056

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, resuelve la Sala el **recurso de apelación** formulado por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia emitida el 1º de diciembre de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán en el proceso ordinario laboral promovido por Hernán Rómulo Burbano Vásquez contra Colpensiones E.I.C.E.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Procura el demandante que se **DECLARE**:

- i) Que tiene derecho a que Colpensiones le reliquide de la pensión de vejez a partir del mes de mayo de 2012, fecha a partir de la cual se dictó fallo de tutela en el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán; y, a que se reliquide de manera definitiva, tal como fue ordenado en el citado fallo.
- ii) Que Colpensiones adeuda retroactivo pensional a partir de mayo de 2012, puesto que después de aproximadamente cuatro (4) años, gracias a incidentes de desacato, mediante Resolución GNR 30960 del 28 de enero de 2016 cumplió la orden de tutela del 2 de mayo de 2012, sin generar dicho retroactivo; que tiene derecho a éste, se le pague de la diferencia que salga a su favor, desde esta última fecha hasta que se haga efectiva la cancelación.
- iii) Que Colpensiones al cumplir el fallo de tutela a través de la citada resolución, incurrió en error aritmético al determinar el IBL para el año 2006¹, que no lo aplicó correctamente, en cuanto no incluyó la totalidad de los factores salariales de dicho año, los cuales fueron ordenados en el referido fallo tutelar; y, no reajustó y/o actualizó el valor de la pensión de dicha anualidad (*75% del último año de servicios incluyendo todos los factores salariales*) de acuerdo al IPC, lo cual debió hacer año tras año hasta llegar al 2016 por lo que generó error en el valor correcto de la mesada pensional; que la reconocida por la entidad por valor de \$ 4.741.428.00, no corresponde a la realidad, pues el monto de la pensión debió ser de \$ 7.640.014.00

1.2. Que como consecuencia de estas declaraciones, se condene a Colpensiones a:

- i) Reliquidar la pensión de vejez de la demandante, conforme lo ordena en el fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero

¹ Fecha del retiro como servidor público y en la que fue incluido en nómina de pensionados por Colpensiones.
Página 2 de 27

Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán, a partir del 2 de mayo de 2012, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

- ii) A pagar a la actora, el valor del retroactivo pensional de la diferencia que salga a su favor desde la fecha del fallo (2 de mayo de 2012) hasta la fecha efectiva del pago de la diferencia.
- iii) A pagar la mesada pensional, teniendo en cuenta el reajuste de la mesada pensional con base en el IPC desde el año 2066, año tras año hasta el día del pago efectivo de la diferencia.
- iv) A pagar los intereses moratorios del artículo 142 de la Ley 100 de 1993.
- v) A pagar las costas del proceso.

1.3. Subsidiariamente procura lo siguiente:

- i) Que en caso de no prosperar la condena por intereses moratorios, se pague la respectiva indexación del retroactivo pensional.
- ii) Que una vez reajustados los valores correctos de la liquidación o el valor correcto de la pensión para el año 2016 de acuerdo al IPC del año 2006 al 2016, dicha diferencia pensional sea pagada desde el 1º de febrero de 2016 (fecha de cumplimiento del fallo de tutela) y hasta que la demandada incluya en nómina de pensionados al accionante con los valores correctos

2. Contestaciones de la demanda

2.1. La Administradora de pensiones Colpensiones, en ejercicio del derecho de defensa contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que el actor no tiene derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación de su pensión de vejez a partir del mayo del año 2012, toda vez que ya se le concedió la pensión de vejez, cumpliendo a cabalidad con la orden judicial proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán, aplicando para ello los preceptos contemplados en el Decreto 1158 de 1994, por tanto el reconocimiento como los valores ordenados gozan de presunción de legalidad e hicieron tránsito a cosa juzgada, no puede reabrirse el debate jurídico sobre una situación consolidada respecto a un hecho disputado entre las mismas partes, pues solo así se

garantiza la seguridad jurídica, en consecuencia no es posible acceder a las pretensiones de la demanda.

2.2. Sostiene que la entidad no incurrió en ningún error aritmético al cumplir el fallo de tutela por cuanto el reconocimiento se hizo conforme lo ordenado en la sentencia judicial, aplicando los preceptos contemplados en la Sentencia SU-230 de 2015, en el entendido que el IBL se calcula acogiendo las reglas descritas en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con la inclusión de los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994. Agrega que en este caso no se generan valores a reliquidar, ni sumas a pagar y en tal razón tampoco valores a indexar.

2.3. Propuso como excepciones de fondo las que rotuló: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE RECONOCER RETROACTIVO PENSIONAL Y EL PAGO DE INTERESES MORATORIOS, COSA JUZGADA, PRESCRIPCION, BUENA FE y a INNOMINADA.

3. Decisión de primera instancia

3.1. El *A quo* dictó sentencia en audiencia del 1º de diciembre de 2020, en la que declaró probada la excepción de cosa juzgada material constitucional y condenó en costas al demandante.

3.2. Dentro de las razones vertidas para arribar a esta decisión, adujo que en favor del demandante existe una decisión judicial constitucional proferida con ocasión de una acción de tutela que resolvió de manera definitiva el tema de la reliquidación pensional, por lo que, se está ante un caso que ya fue resuelto entre las mismas partes, con identidad de causa y bien jurídico reclamado, el cual hizo tránsito a cosa juzgada material, al haber sido excluida de revisión por la Corte Constitucional, mediante auto del 28 de junio de 2012 (Rad. T-3-499-648) y por ello no puede ser modificada por el Juez del Trabajo y Seguridad Social, tampoco el proceso ordinario laboral es el instrumento procesal para lograr el cumplimiento de la orden judicial.

4. La apelación del demandante.

4.1. Inconforme con la anterior decisión el apoderado del promotor del juicio la apeló, trayendo como sustento que, efectivamente existe una sentencia de tutela de carácter definitivo en la que se ordena el

reconocimiento de la reliquidación de la pensión de vejez del actor con base en el último año de servicios incluyendo todos los factores salariales, que, ese es el derecho principal debatido en instancia de tutela que, sin embargo existen otros derechos accesorios que no fueron ventilados ni discutidos en la acción de tutela, como es el reconocimiento y pago del retroactivo pensional, que se causó porque Colpensiones se demoró aproximadamente cuatro (4) años en el reconocimiento de la prestación económica y no lo reconoció.

4.2. Asegura que Colpensiones no resolvió de manera definitiva la acción de tutela porque no incluyó correctamente los factores salariales, que basta hacer una operación aritmética para darse cuenta que incurrió en errores al momento de realizar el cumplimiento de la sentencia de tutela.

4.3. Expone que con la reforma de la demanda, anexó nuevas pruebas donde se puede evidenciar que el Magistrado ponente, dijo en el incidente de desacato que la justicia ordinaria es la que debe definir los asuntos que no fueron definidos por el juez de tutela, es decir, lo relacionado con el retroactivo pensional que, esta orbita sí le corresponde revisarla al juez ordinario para saber si el actor tiene o no derecho al retroactivo pensional.

4.4. Aduce que, al demandante se le violan principios constitucionales como el principio de igualdad y el principio de que su mesada pensional sea reajustada; el de igualdad porque el común denominador es que las personas tienen derecho a un retroactivo pensional cuando cumplen con las exigencias. Advierte que ya hay sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como es la del 20 de septiembre de 2017 con radicado 51004 del 20 de septiembre de 2017 ² en la que explica cuando se está frente a una cosa juzgada constitucional y qué parte de esa cosa juzgada constitucional se debe dejar a un lado y que otras deben ser revisadas por el juez ordinario (hace lectura de apartes de esta sentencia).

4.5. Precisa que en el presente asunto, la jurisdicción constitucional en ningún momento entró a revisar si la actora tenía o no derecho al retroactivo pensional, razón por la cual solicita que esta instancia se pronuncie sobre el reconocimiento de este derecho a partir del año 2012 junto con los intereses moratorios o la indexación con base en el IPC;

² MP María Calara Dueñas Quevedo

adicionalmente, verifique si efectivamente la liquidación elaborada por Colpensiones fue correcta o no de acuerdo a lo planteado en el escrito de la demanda y lo ordenado por el juez de tutela.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020¹, se pronunciaron de la siguiente manera:

5.1.1. La demandada Colpensiones:

5.1.1.1. Exhorta por la confirmación de la sentencia de primera instancia, insistiendo en que Colpensiones cumplió cabalmente la orden de tutela, mediante resolución GNR30960 del 28 de enero de 2016, en la que se reliquidó la pensión de vejez, que por tanto, el reconocimiento como los valores ordenados gozan de la presunción de legalidad e hicieron tránsito a cosa juzgada por ende, no procede efectuar un nuevo estudio, puesto que la administradora incurriría en fraude a sentencia judicial, habiendo sido esta concreta respecto de los factores a tener en cuenta.

5.1.1.2. Que tampoco podía la entidad obviar, ni alejarse del contenido de una orden judicial dado su carácter vinculante, por lo que no resulta procedente descender a efectuar reliquidación de la pensión reconocida por cuanto ello significaría cambiar el sentido del fallo emitido y revelarse ante la figura de cosa juzgada atentando contra la seguridad jurídica.

5.1.2. De la parte demandante.

5.1.2.1. En sus alegaciones, sostiene que en la sentencia de tutela la cual se encuentra en firme y debidamente ejecutoriada, la jurisdicción constitucional guardó total silencio frente al tema del retroactivo pensional, esto es, que no dijo desde cuando se debía pagar la reliquidación de la pensión de vejez (incluyendo todos los factores

salariales del último año de servicio). Que, incluso las razones por las cuales la entidad demandada no reconoció dicho retroactivo pensional, fue precisamente porque en el fallo de tutela no se dijo a partir de qué fecha se debía de pagar la reliquidación, que así lo dijo Colpensiones en la resolución No. GNR 30960 del 28 de enero del año 2016, cuando citó la circular BZ_2015_3939291 que indica cómo debe actuar la entidad frente al pago de retroactivos en tutelas; que, como el derecho al retroactivo pensional es accesorio al principal le corresponde a esta jurisdicción determinar si el actor tiene o no derecho al mismo, lo que quiere decir, que no hay cosa juzgada respecto a este punto particular.

5.1.2.2. De otro lado, señala que otro asunto por medio del cual se instauró la demanda laboral ordinaria, fue porque Colpensiones al momento de dar cumplimiento al fallo de tutela, cometió varios errores, ya que, si bien es cierto, realizó la liquidación con el último año de servicios incluyendo todos los factores salariales, dicha liquidación la hizo para el año 2016 y no para el año 2006 (fecha en que el actor se retiró del servicio y desde cuando empezó a disfrutar de su pensión de vejez).

5.1.2.3. Refiere que el juez de tutela al ordenar la inclusión de todos los factores salariales del último año de servicio, lo hizo con la finalidad de determinar el verdadero Ingreso Base de Liquidación y que este debía ser para el año 2006 (*fecha de retiro y desde que disfruta la pensión de vejez el demandante*) y no para el año 2016 (*fecha del cumplimiento de la tutela*), por lo que, si Colpensiones hubiera determinado con certeza el IBL para el año 2006, la pensión de mi poderdante para el año 2016 debía ser de \$7.640.014 y no de \$4.741.428, como lo reconoció en la resolución No. GNR 30960 del 28 de enero de 2016.

5.1.2.4. Sostiene que en este caso se debe entrar a verificar todos los puntos mencionados en la demanda, ya que a su juicio no existe cosa juzgada constitucional respecto a derechos accesorios como lo es el pago de retroactivo pensional y la forma como se liquidó la prestación económica, esto es, verificar si efectivamente **cumplió de manera integral, completa y correcta, la decisión del juez de tutela en el sentido de reliquidar la prestación económica con base en los factores salariales devengados en el último año de servicio.**

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá las materias objeto del recurso, sin perjuicio de las previsiones consignadas en la sentencia C 968 de 2003 promulgada por la Corte Constitucional.

2. Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala establecer si:

2.1. ¿Fue acertado declarar la probada la excepción de cosa juzgada constitucional material?

Si lo anterior resulta negativo, conjuntamente se definirá si:

2.2. ¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional en la forma solicitada en la demanda?

2.3. ¿Es procedente que la justicia ordinaria entre a verificar el cumplimiento de manera integral, completa y correcta de la decisión del juez de tutela, respecto de la reliquidación pensional con base en los factores salariales devengados en el último año de servicio?

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

3.1.1. De la cosa juzgada.

3.1.1. Para dar respuesta al primer problema jurídico, se torna necesario hacer algunas puntualizaciones legales y jurisprudenciales, referentes al instituto jurídico de la cosa juzgada, por ser la temática medular sobre la cual habrá de pronunciarse el Tribunal para resolver la alzada y de la cual penden los demás cuestionamientos aquí planteados.

3.1.2. Comencemos por recordar que el artículo 303 del CGP en su inciso primero, establece que La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso

verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

3.1.3. La Corte Constitucional en sentencia C-100 de 2019, definió que la cosa juzgada es una institución jurídica procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, efectos estos que se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica; y, destacó como consecuencia medular; que dichos efectos se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación y prohibiéndoles a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio.

3.1.4. Bajo estas precisiones, la alta Corporación dejó en claro que; la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico; y, agregó que, al operar esta figura jurídica, no solamente se predicen los efectos procesales de la inmutabilidad y definitividad de la decisión, sino que igualmente se producen efectos sustanciales, consistentes en precisar con certeza la relación jurídica objeto de litigio.

3.1.5. Y en este mismo pronunciamiento, reseñó el Órgano de cierre constitucional que, para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere:

"- *Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.*

- *Identidad de causa petendi, esto es, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa*

juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.

- Identidad de partes, lo que implica que al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada."

3.1.6. Siguiendo con la disertación, la Corte constitucional, abordó la materia atinente a la **cosa juzgada constitucional**, precisando que es una institución jurídico procesal que tiene su fundamento en el artículo 243 de la Constitución Política y mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, por lo que para esta alta dignidad, en el proceso constitucional es necesario modular dicho instituto, conforme a un análisis que tenga en cuenta la posibilidad de que se planteen nuevos cargos, no tenidos en cuenta por el juez constitucional, o que el examen de las normas demandadas se haya limitado al estudio de un solo asunto de constitucionalidad, o que no se haya evaluado la disposición frente a la totalidad de la Carta, o que exista una variación en la identidad del texto normativo. En eventos como estos, no obstante existir ya un fallo de constitucionalidad, podría abrirse la posibilidad de realizar una nueva valoración de la norma acusada.

3.1.7. Por su parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 64171 del 21 de octubre de 2019³, asentó que la cosa juzgada constitucional de los fallos de tutela definitivos impide que la jurisdicción ordinaria vuelva a tratar y decidir un asunto definido en sede constitucional. Esto dijo la Corte sobre el particular:

"Así, para los fines se reitera, que no es posible, para ninguna autoridad o ente público o privado, revocar o confirmar las órdenes ejecutoriadas del amparo constitucional cuando han sido objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, ni menos pretender demandarse porque sería hacer nugatorio el cumplimiento inmediato de los fallos de tutela, prolongando en el tiempo y de forma indefinida la posible vulneración del ordenamiento constitucional, como lo dijo la CC T-104-2007 en interpretación extensiva de la CC SU-1219-2001, para referirse al contenido de la cosa juzgada constitucional.

Lo propio, ha sido definido también por esta Sala, en sentencia CSJ SL15882-2017, en la que se expresa que si por disposición constitucional y legal, la acción de tutela tiene su propia revisión, que se surte ante la jurisdicción constitucional, priva de suyo, al Juez ordinario para pronunciarse, así la misma verse sobre temas del derecho del trabajo o de

³ M.P. Santander Rafael Brito Cuadrado

la seguridad social.

La jurisprudencia actual de esta Sala, indica que el plano constitucional y el legal no son dos dimensiones ubicadas en espacios paralelos, de manera que:

Hoy la legalidad se incorpora en la constitucionalidad y, por consiguiente, debe aceptarse que la cosa juzgada constitucional de los fallos de tutela definitivos –no transitorios- impide que la jurisdicción ordinaria vuelva a tratar y decidir un asunto definido en sede constitucional.

De esta manera, el plano constitucional y el legal no son dos dimensiones ubicadas en espacios paralelos; ambos interactúan en un mismo universo jurídico y, por tanto, no puede aseverarse que las resoluciones inimpugnables y definitivas derivadas de fallos de tutela pueden ser revividas por el Juez ordinario, bajo la idea errada de que este actúa en un mundo extraño al imperio de la Constitución.

Ambos jueces –constitucional y ordinario-, se repite, operan en un mismo orden jurídico y, en esa medida, la posibilidad planteada por el recurrente de que la justicia ordinaria pueda modificar lo resuelto con efectos de cosa juzgada por la jurisdicción constitucional, raya con la coherencia normativa que caracteriza los sistemas jurídicos modernos y con los postulados de seguridad jurídica, buena fe y certeza, esenciales para la paz social y la estabilidad de un Estado constitucional de derecho (CSJ SL15882-2017).

En la misma línea, la citada providencia, aclara que ello no significa que la Corte comparta en todos los casos los discernimientos de los jueces constitucionales, pues:

Finalmente, no está por demás señalar que la circunstancia de que la Corte Suprema de Justicia sea respetuosa del instituto de la cosa juzgada constitucional y de las sentencias dictadas por otras jurisdicciones, no significa, de suyo, que en todos los casos, esta comparta los planteamientos jurídicos de los jueces de tutela. En su calidad de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (art. 234 CP), esta Corporación tiene autonomía e independencia en la construcción de la doctrina laboral y la interpretación con autoridad, de las normas que componen el Derecho del Trabajo.

Lo anterior se ratifica en la sentencia CSJ SL2165-2019, en la que se mencionó que las estructuras institucionales obligan al respeto de las decisiones proferidas por otros jueces, en ejercicio de sus competencias, así no se compartan sus fundamentos, cuando se dijo:

En ocasiones anteriores, esta Corporación ha sostenido que los poderes públicos se ubican en unas estructuras institucionales que las obligan a ser respetuosas de las decisiones judiciales proferidas por otras autoridades, así no compartan su pensamiento o tesis. Esto aplica no solo en relación con el deber de acatamiento de la rama ejecutiva, legislativa y demás órganos a las sentencias de los jueces, sino también el respeto de las propias autoridades judiciales a lo resuelto por otros jueces. De ahí que cuando un

asunto sea definido por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, las otras cortes deben observar lo resuelto por sus pares.

Precisamente, en la sentencia CSJ SL15882-2017 esta Sala expresó que los fallos de tutela con efectos de cosa juzgada constitucional se proyectan en el proceso ordinario. Y si en virtud de esas dinámicas institucionales, la jurisdicción ordinaria laboral acata lo resuelto previamente por la jurisdicción constitucional, ello de ninguna manera significa que la Corte Suprema de Justicia necesariamente suscriba ese criterio, ni mucho menos esta circunstancia implica la pérdida o debilitamiento de su carácter de máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria laboral y, por tanto, de su rol de unificador de la jurisprudencia nacional y creador de doctrina vinculante en su respectiva jurisdicción.

3.1.8. En el *sub examine*, advierte la Sala que no se discute que mediante sentencia de tutela del 2 de mayo de 2012, el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán, tuteló DE MANERA DEFINIITIVA los derechos fundamentales a la vida digna y a la seguridad social de Hernán Rómulo Burbano Vásquez y, como consecuencia de ello, ordenó a I.S.S. hoy Colpensiones, expedir un acto administrativo en el que, le reliquide el monto de la pensión de jubilación reconocida mediante Resolución 032310 del 18 de agosto de 2006, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios (1º de enero de 2005 al 30 de febrero de 2006), como son: SUELDO NOMINAL, PRIMA DE ANTIGÜEDAD, PRIMA DE SATURACIÓN, BONIFICACIÓN 1, AUXILIO DE EDUCACIÓN, BONIFICACIÓN CONVENCIONAL, PRIMA SEMESTRAL, PRIMA DE VACACIONES, INCREMENTO, BONIFICACION DICIEMBRE, PRIMA ANUAL, PRIMA DE NAVIDAD Y PRIMA DE RETIRO.

3.1.9. Así entonces, el fallo de tutela contiene una orden definitiva, que hizo tránsito a **COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL**, como quiera que no fue impugnada ni seleccionada para revisión por la Corte Constitucional. En efecto, fue excluido de revisión, hecho que por constancia del Juez de primer grado, ocurrió mediante auto del 28 de Junio de 2012, Rad. T-3-499-648, razón por la que no puede ser modificada –en este caso– por el Juez del Trabajo y la Seguridad Social, pues hacerlo implicaría desconocer una sentencia proferida por una autoridad constitucional, que ya definió que el actor tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, en la forma señalada en precedencia.

3.1.10. Entonces, con acierto expuso el A quo que, el tema de la reliquidación pensional en la forma como se reclama en este proceso ordinario laboral, ya fue resuelto de manera definitiva por el Juez Constitucional mediante providencia con fuerza de cosa juzgada material, por lo que *prima facie*, sería del caso del caso respaldar su decisión de declarar probado este medio exceptivo, pues en esta circunstancia le está vedado volver a tratar y decidir sobre dicho asunto.

3.1.11. No obstante lo anterior, si bien es cierto el A quo, estaba imposibilitado para retomar el estudio sobre la reliquidación pensional del actor, tras examinar el fallo de tutela sobre el cual se apoya la prosperidad de la referida excepción de cosa juzgada, se constata que, el tema relativo al retroactivo pensional reclamado en el escrito inaugural, no fue objeto de estudio y decisión por parte del juez constitucional, en consecuencia, sí era susceptible de ser definido por la justicia ordinaria laboral, situación que conlleva a considerar favorablemente el reparo que el contradictor presenta sobre este específico aspecto.

3.1.12. Así, resulta indubitable que al haberse emitido en la acción de tutela una orden que en estricto sentido traduce en una obligación de hacer, vale decir el reconocimiento de la reliquidación de la pensión de vejez, fuerza concluir que constituye un objeto diferente al que ahora se patrocina, cual es la orden de pagar retroactivo de las diferencias pensionales causadas, todo lo cual sepulta inventariar la cosa juzgada en el *sub examine*.

3.1.13. Desde esta arista, se impone la revocatoria parcial del numeral primero de la sentencia apelada, en el sentido de declarar PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL, por cuanto la misma opera únicamente frente a la reliquidación de la pensión, mas no respecto al retroactivo pensional; amén de esta conclusión, deviene inexorable el estudio y decisión de este aspecto por parte de este Juez Plural.

3.2. Del retroactivo pensional.

3.2.1. Para la Sala, previo a abordar el caso concreto, resulta importante traer a colación la sentencia de Tutela T-505 de 2019, por cuanto, en este pronunciamiento, la Corte Constitucional desconoció el pago de retroactivo de una pensión reconocida por vía de tutela, precisando que

bajo esta circunstancia, el mismo solo se causa a partir de la notificación del fallo. En los siguientes términos lo expuso el máximo Tribunal Constitucional:

“El reconocimiento pensional que procede con la presente decisión no incluye el retroactivo pensional. En este caso el pago de la pensión será efectivo desde las mesadas pensionales que se causen a partir de la fecha de notificación de esta sentencia. Esto debido a que: (a) los derechos fundamentales que se amparan con este fallo, principalmente el del mínimo vital, encuentran satisfacción con el pago respectivo de la mesada pensional correspondiente; y (b) tal como se evidenció con las reglas jurisprudenciales aplicables al caso sobre mora del empleador (Párr. 27-35), la presente sentencia es constitutiva del derecho⁴ y, por tanto, el amparo del juez de tutela no lleva implícito el reconocimiento de un retroactivo pensional. Al respecto, se aclara que la sentencia constitutiva en el ámbito de una acción de tutela se circunscribe a la garantía de los derechos fundamentales, tal y como ocurrió en el caso del reconocimiento del derecho a la indexación de la primera mesada pensional de la Sentencia SU-1073 de 2012. Por consiguiente, la controversia que se pueda suscitar con relación al retroactivo pensional puede ser dilucidada ante la jurisdicción ordinaria laboral.”

3.2.2. Con sujeción a lo que viene de verse, frente a la prosperidad parcial de la excepción de cosa juzgada en cuestión, corresponde a este Colegiado establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional **en la forma solicitada en la demanda**, ya que al compás de lo previsto en la sentencia reseñada en precedencia, el amparo del juez de tutela no lleva implícito el reconocimiento de un retroactivo pensional y que la controversia que se pueda suscitar con relación al mismo puede ser dilucidada ante la jurisdicción ordinaria laboral.

3.2.3. En armonía con lo anterior, sea lo primero señalar que se encuentra demostrado y por fuera de discusión que al señor Hernán Rómulo Burbano, en fallo de tutela emitido el 2 de mayo de 2012, se le reconoció de manera definitiva el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación otorgada mediante Resolución 032310 del 18 de agosto de 2006, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el

⁴ Un ejemplo de sentencia constitutiva del derecho también se encuentra con la Sentencia SU-005 de 2018.
Página 14 de 27

último año de servicios que fue entre el 1º de enero de 2005 y el 30 de febrero de 2006, hecho que conforme a lo expuesto delantadamente tiene carácter inmutable y vinculante.

3.2.4. Da cuenta el informativo, respaldado con los medios probatorios pertinentes que la orden contenida en el fallo tutelar proferido el 2 de mayo de 2012, fue notificada a las partes en la misma fecha y que fue acatada por Colpensiones, a través del acto administrativo GNR 30960 del 28 de enero de 2016 (Fls. 16 y ss) en el que, en cumplimiento a la decisión judicial, dispuso reliquidar la pensión vitalicia del demandante.

3.2.5. Conforme con lo dicho, es claro que, pese a que la orden de tutela fue dada para ser cumplida dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la sentencia de tutela, Colpensiones tan solo accedió al reajuste pensional después de transcurridos aproximadamente cuatro (4) años, tardanza que no encuentra ninguna justificación, por lo que, debió pagar a título de retroactivo pensional, el valor correspondiente a la diferencia surgida en virtud de la reliquidación pensional, desde la fecha de notificación del fallo de tutela hasta el momento que decidió acatar la decisión judicial; esto, en aplicación a lo indicado en la reseñada sentencia de la Corte Constitucional, en la que, precisa que el amparo del juez de tutela no lleva implícito el reconocimiento de un retroactivo pensional y que el pago de la pensión, será efectivo desde las mesadas pensionales que se causen a partir de la fecha de notificación de la sentencia de tutela y en el caso que ocupa nuestra atención, lo anterior, es aplicable, en el entendido que se trata, en virtud de la precitada reliquidación, solo de la diferencia que resulte a favor del demandante frente a cada mesada pensional dejada de pagar oportunamente, por lo que resulta concluyente que Colpensiones **adeuda este rubro desde el 2 de mayo de 2012 hasta el 28 de enero de 2016.**

3.3. De la prescripción.

3.3.1. Previo a establecer si en este asunto operó el fenómeno jurídico de

la prescripción, como quiera que estamos frente a la reliquidación de una pensión por inclusión de factores salariales, importa memorar que de tiempo atrás la Corte Suprema de Justicia consideraba que el derecho a la reliquidación pensional prescribía a los 3 años de causado tal derecho, pero esa posición fue cambiada en el 2016 como lo recuerda la misma Corporación en sentencia SL3952-2020 con radicación 72716 en la que señaló:

«Para resolver, se impone recordar que la postura evocada por el Tribunal en torno a la prescripción de esta clase de acciones, fue revisada y rectificadas por la mayoría de la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL8544-2016, bajo el entendido de que al tratarse de una obligación de tracto sucesivo, era posible solicitar la revisión de la prestación, cuando la base empleada para su liquidación no se ajustara a las previsiones legales o extralegales.»

(“...”)

«En este orden de cosas, debe entenderse que así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, tampoco deben serlo los factores salariales, pues tanto unos como otros son elementos estructurales y definitorios de la prestación, por manera que, en la actualidad no existe un principio de razón suficiente para seguir sosteniendo la prescriptibilidad del reajuste por inclusión de nuevos factores salariales.»

3.3.2. Esta postura nos conduce a sostener que, el pensionado que estime que le liquidaron mal su pensión, podrá solicitar que se la reliquide sin importar cuánto tiempo haya transcurrido desde la liquidación inicial.

3.3.3. Ahora, importa destacar que, en la sentencia SL2206-2021, con radicación 69645, el Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral rotuló:

«En cuanto a la propuesta excepción de prescripción, se declara infundada porque el giro del cálculo actuarial es imprescriptible, según lo ha definido esta Corporación al señalar que se trata de «[...] aportes pensionales que constituyen capital indispensable para la consolidación y financiación de la

prestación y, como consecuencia, están ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado» (CSJ SL738-2018). En cuanto a la prescripción de las diferencias pensionales, no es procedente su declaración, toda vez que el demandante reclamó a las dos accionadas en el año 2009 y en enero de 2010 presentó la demanda. Por consiguiente, no transcurrió el término trienal de prescripción.»

3.3.4. De aquí se advierte una vez más que la reliquidación es imprescriptible, empero que la diferencia en la mesada pensional producto de la reliquidación sí prescribe a los 3 años. Es decir, la reliquidación implica que el valor de la mesada pensional se incrementa, y la diferencia entre la pensión inicial y la resultante luego del reajuste prescribe a los tres años de causado el derecho, pues cada mesada genera su propio periodo de prescripción.

3.3.5. Ahora, es dable señalar que el término de prescripción para el cobro de las mesadas pensionales es el señalado en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo (3 años), contados desde que la obligación se hizo exigible, teniendo en cuenta eso sí, que según las voces del artículo 151 del CPTSS, el simple reclamo que se hace sobre un derecho o prestación interrumpe la prescripción por un lapso igual, es decir de tres años.

3.3.6. Precisado lo anterior, al descender al caso que convoca la atención de la Sala, bajo el análisis de las circunstancias que lo rodean, debe decirse que, **se declarará probada parcialmente la excepción de prescripción** propuesta por Colpensiones, en razón a lo que pasa a explicarse:

3.3.7. El reconocimiento de la reliquidación de la pensión, se consolidó por orden de tutela el **2 de mayo de 2012** (fecha de notificación del fallo –Fl. 55 Cd. 9 del Exp digital), data a partir de la cual la obligación se hizo exigible y por tanto, a partir de la misma inició a correr el término prescriptivo trienal y, como quiera que la reclamación administrativa se presentó tan solo hasta el día **4 de abril de 2018**, (Fls. 23 y ss Cd 9 Exp. Dig.), después de haber transcurrido aproximadamente seis (6) años, indudablemente la diferencias pensionales respecto de las cuales transcurrió el término trienal quedaron afectadas de prescripción, esto

es, las causadas con anterioridad al 4 de abril de 2015, luego entonces, en este evento, no se enervan por prescripción las que van desde el 5 de abril de 2015 hasta el 28 de enero de 2016. En consecuencia, el valor adeudado por concepto de retroactivo pensional solo por diferencias en la mesada pensional, corresponde únicamente a este periodo; y, conforme la liquidación efectuada por el Profesional Universitario que presta sus servicios como actuario para la Sala, corresponde la suma de \$ **18.849.769,00**, la cual se refleja en el siguiente cuadro:

En consecuencia, no hay prescripción de ninguna mesada retroactiva desde el 2012.

PROYECCION RETROACTIVO DIFERENCIAS DESDE EL 5 DE ABRIL DE 2015 HASTA 28 DE ENERO DE 2016

FECHAS		No. PAGOS	Mesada Res. 32610	Mesada Res. 30960	Valor diferencias	Total anual
DESDE	HASTA					
5/04/2015	31/12/2015	9,87	\$ 2.705.590	\$ 4.440.787	\$ 1.735.197	\$ 17.120.610
1/01/2016	28/01/2016	0,93	\$ 2.888.758	\$ 4.741.428	\$ 1.852.670	\$ 1.729.159
TOTAL RETROACTIVO DIFERENCIA MESADAS						\$ 18.849.769

3.3.8. Cabe agregar, que como la pensión en el presente asunto se causó el 12 de abril de 2005,⁵ data en que el actor cumplió el lleno de requisitos, le asiste el derecho a que se le cancelen catorce (14) mesadas por año, ya que su prestación pensional no se ve afectada por lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005.

3.4. De los intereses moratorios.

3.4.1. En cuanto a los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, solicitados por el accionante, se recuerda que los mismos tienen un carácter eminentemente resarcitorio, mas no sancionatorio, por lo que no es necesario analizar la conducta de la entidad en el momento de denegarlos, a excepción de los casos en que las entidades se abstienen de acceder al derecho pensional con amparo en el ordenamiento legal vigente o en reglas jurisprudenciales relativas

⁵ Se establece esta fecha de cumplimiento de los requisitos que exige la ley 33 de 1985, bajo la cual se pensionó el actor, por cuanto el 12 de abril de 2005 cumplió 55 años de edad y tenía cumplidos 23 años de servicios.

a la validez de algunas normas, lo que no acontece en el *sub lite*.

3.4.2. Igualmente, es menester resaltar en este punto que, si bien la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia venía sosteniendo que los intereses moratorios procedían únicamente frente a las mesadas pensionales completas dejadas de reconocer y no respecto de reajustes o reliquidaciones, a través de la sentencia CSJ SL3130-2020, rad. 66868, cambió este criterio y, en su lugar, precisó que los aludidos intereses operan también frente a los reajustes pensionales. Al respecto, la alta Corporación adoctrinó lo siguiente:

“Como ya se anunció, una revisión atenta de la referida doctrina, obliga a la Corte a reconocer que no existe una razón jurídica objetiva para negar la procedencia de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, cuando se trata de reajustes de la pensión, pues eso no es lo que se deriva de la norma, interpretada de manera racional y lógica.

(“...”)

Siendo ello así, lo primero que se debe consentir es que ni siquiera una interpretación literal de la norma llevaría a la conclusión que hasta ahora sostenía la Corte, en virtud de la cual los intereses moratorios solo proceden en los casos de mora en el pago completo de la mesada pensional y no como consecuencia de algún reajuste, pues eso no es lo que reza el texto de la disposición.

Para dar cuenta del anterior aserto es importante tener en cuenta que la norma consagra los intereses moratorios, en forma pura y simple, «[...] en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales [...]», además de que, en términos jurídicos, la mora en el cumplimiento de una obligación, como el pago de la mesada pensional, se produce tanto por la insatisfacción de todo lo debido como por su pago incompleto o deficitario. En este punto la mora esta conceptualmente ligada al pago de las obligaciones, entendido este, según el artículo 1627 del Código Civil, como «la prestación de lo que se debe», de manera que, mientras no se produzca este pago, en forma adecuada, oportuna y completa, la mora sigue produciendo todas sus consecuencias materiales y reales.

(“...”)

Así las cosas, una interpretación teleológica de la norma impone reconocer que los intereses moratorios también proceden en los casos de pago parcial o incompleto de la pensión, pues en este caso el pensionado también sufre un injusto perjuicio, que merece reparación objetiva.

(“...”)

En ese sentido, para la Corte es preciso subrayar que la obligación constitucional y legal

de las entidades administradoras de pensiones no es solo la de pagar de manera oportuna las pensiones de sus afiliados, sino también y fundamentalmente la de pagarlas de manera íntegra, cabal y completa, pues, de lo contrario, se harán merecedoras de la imposición de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

6. Como conclusión, la Corte encuentra suficientes razones para modificar su jurisprudencia hasta ahora vigente, y sostener que la correcta interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 permite inferir que los intereses moratorios allí consagrados proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago de alguno de sus saldos o ante reajustes ordenados judicialmente.”

3.4.3. Al tenor de esta directriz jurisprudencial, este Colegiado, condenará a Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no sin antes advertir que éstos fueron solicitados, en el escrito promotor, por la falta de pago oportuno de las diferencias de las mesadas como consecuencia de la reliquidación pensional.

3.4.4. Ahora importa precisar que, en el expediente consta que, a través de la Resolución GNR 30960 del 28 de enero de 2016 (fl. 16 a 22 archivo 9), la entidad demandada reliquidó la pensión de vejez a favor del actor a partir del 1º de febrero de 2016, en cumplimiento de la orden tutelar dictada el 2 de mayo de 2012, lo que significa que pasó por alto que era a partir de esta última data que debía hacer el reajuste de las mesadas pensionales y de contera que canceló tardía y parcialmente la prestación, en consecuencia, incurrió en mora, causando intereses moratorios sobre las diferencias ordenadas mas no sobre la totalidad de la mesada.

3.4.5. Así, se condenará a la entidad demandada a pagar intereses moratorios a partir del **5 de abril de 2015** hasta el **30 de julio de 2021** la fecha de esta sentencia, advirtiendo que el no pago efectivo o pago tardío conlleva a que se sigan causando hasta que se satisfaga la cancelación de lo adeudado.

3.4.6. El monto de los citados intereses conforme la liquidación efectuada por el Profesional Universitario que presta sus servicios actuario para la Sala, correspondiente al periodo antes indicado, asciende a la suma de **\$ 25.284.520.00**, la cual se muestra en el siguiente cuadro:

	INTERES BANCARIO CORRIENTE	INTERES MORATORIO ANUAL-USURA	INTERES MORATORIO DIARIO
Tasa a julio de 2021	17,18%	25,77%	0,063%

Fecha proyectada de la liquidación de
intereses: 30/07/2021

LIQUIDACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS DE LAS DIFERENCIAS DE LAS MESADAS, SE PROYECTAN DESDE EL 5 DE ABRIL DE 2015 HASTA EL 30 DE JULIO DE 2021:

AÑO 2015	Diferencias	Interés Moratorio Diario	fecha causación	días en mora	Intereses
Abril	1.503.837	0,063%	5/04/2015	2.308	2.180.998
Mayo	1.735.197	0,063%	1/06/2015	2.251	2.454.386
Junio	1.735.197	0,063%	1/07/2015	2.221	2.421.675
Julio	1.735.197	0,063%	1/08/2015	2.190	2.387.874
Agosto	1.735.197	0,063%	1/09/2015	2.159	2.354.073
Septiembre	1.735.197	0,063%	1/10/2015	2.129	2.321.363
Octubre	1.735.197	0,063%	1/11/2015	2.098	2.287.562
Noviembre	1.735.197	0,063%	1/12/2015	2.068	2.254.851
Diciembre	1.735.197	0,063%	1/01/2016	2.037	2.221.050
Adicional	1.735.197	0,063%	1/01/2016	2.037	2.221.050
AÑO 2016	Diferencias	Interés Moratorio Diario	fecha causación	días en mora	Intereses
Enero	1.729.159	0,063%	1/02/2016	2.006	2.179.638

RESUMEN LIQUIDACIÓN DE INTERESES PROYECTADOS HASTA 30 DE JULIO DE 2021

Intereses	25.284.520
TOTAL	25.284.520

3.4.6. En obsecuencia a la realidad jurídica y fáctica que subyace en el dosier, habrá de adicionarse la sentencia de primer grado, para condenar a Colpensiones, conforme a lo solicitado por el actor, al pago del correspondiente retroactivo y los intereses moratorios por las sumas previamente establecidas y declarar probada parcialmente la excepción de prescripción y no probados los demás medios exceptivos.

3.4.7. Se autorizará a la demandada a descontar de las sumas reconocidas los aportes para salud con el fin de que sea transferido a la EPS a la que se encuentre afiliado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el inciso

tercero del artículo 42 del Decreto 692 de 1994.

3.5. Tercer y último problema jurídico.

3.5.1. Para este cuestionamiento, orientado a verificar si es procedente que la justicia ordinaria entre a verificar el cumplimiento de manera integral, completa y correcta de la decisión del juez de tutela, respecto de la reliquidación pensional con base en los factores salariales devengados en el último año de servicio, no entrará la Sala en mayores disquisiciones, para responder negativamente este cuestionamiento.

3.5.2. Nuestra posición obedece a que en este caso, cualquier confrontación relacionada con las falencias advertidas en el cabal cumplimiento de la orden de tutela frente a la reliquidación pensional del actor y todas las consecuencias de la misma, queda por fuera de la órbita de la jurisdicción ordinaria, dado que esta tarea incumbe en forma exclusiva al juez constitucional, vale decir, la agencia judicial que dictó el fallo de tutela, porque al tratarse del obedecimiento de una decisión constitucional, no es de recibo que el juez ordinario se inmiscuya en el espectro de competencia de aquel.

3.5.3. Es más, aquí, vale recordar que lo definido también por la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL15882-2017, en la que se expresó que si por disposición constitucional y legal, la acción de tutela tiene su propia revisión, que se surte ante la jurisdicción constitucional, priva de suyo, al Juez ordinario para pronunciarse, así la misma verse sobre temas del derecho del trabajo o de la seguridad social.

3.5.4. Sea lo anterior, motivación suficiente para, para referir que este punto de debate no encuentra eco en esta instancia.

4. Costas

Como quiera que la alzada prosperó parcialmente, no se irrogará condena en costas en esta instancia.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia apelada, para en su lugar declarar **PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL**, por lo motivado en este proveído.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada, en el sentido, de **CONDENAR a** Colpensiones a pagar al demandante **HERNAN ROMULO BURBANO VASQUEZ** las diferencias en la mesada pensional, entre el 5 de abril de 2015 y el 28 de enero de 2016, por un monto de **Dieciocho millones ochocientos cuarenta y nueve mil setecientos sesenta y nueve pesos (\$ 18.849.769,00)** y los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la suma de **veinticinco millones doscientos ochenta y cuatro mil quinientos veinte pesos (\$25.284.520,00)** liquidados entre el 5 de abril de 2015 hasta el 30 de julio de 2021 sobre las diferencias generadas, sin perjuicio de los que se sigan causando hasta el momento en el que se efectúe el pago efectivo de lo adeudado.

CUARTO: AUTORIZAR a Colpensiones a descontar de la suma reconocida como diferencias pensionales, el valor constitutivo de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud a cargo del actor, con el fin de que sea transferido a la EPS a la que se encuentre afiliado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el inciso tercero del artículo 42 del Decreto 692 de 1994.

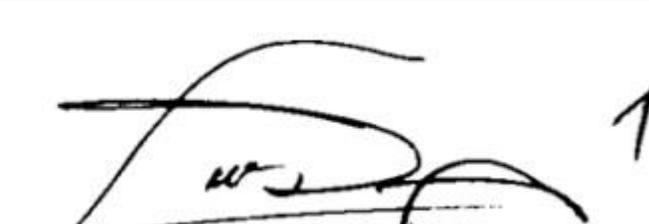
QUINTO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción formulada por la demandada y no probados los demás medios exceptivos.

SEXTO: Sin lugar a costa en esta instancia.

SEPTIMO: Notifíquese esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en el Decreto 806 de 2020, con inclusión de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO



CARLOS ADUARDO CARVAJAL VALENCIA



LEONIDAS RODRIGUEZ CORTÉS