El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Apelación y consulta de sentencia

Proceso: Ordinario Laboral

Radicación No: 66001-31-05-005-2017-00390-01

Demandante: Carmenza Lozano Lozano

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

**TEMAS: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL / LA ORDEN JUDICIAL DE TUTELA TIENE FUERZA EJECUTORIA / POR ENDE, DETERMINAR LOS ALCANCES DEL FALLO DE TUTELA O RECLAMAR PAGO DE RETROACTIVO CORRESPONDE A LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y NO A LA ORDINARIA.**

El artículo 303 del CGP aplicable a los asuntos laborales por reenvío del artículo 145 del CPTSS dispone para la configuración de la cosa juzgada cuatro elementos concomitantes entre sí, esto es, i) decisión judicial anterior en firme, ii) identidad jurídica de las partes, iii) identidad de objeto y por último, iv) identidad de causa; elementos que al concurrir impiden al juez de la segunda causa resolver el asunto puesto bajo su conocimiento…

La cosa juzgada aparece, entonces, como una institución jurídico procesal que garantiza por un lado, la presentación única de las disputas suscitadas entre las partes para obtener una unívoca decisión, y por otro, sella definitivamente una controversia, impidiendo que los interesados presenten tantas acciones, como fracasos hayan obtenido, todo ello para enmendar los errores de los asuntos pretéritos. (…)

Auscultadas las pruebas que aprovisionaron el expediente se desprende que Carmenza Lozano Lozano previamente a esta contienda, presentó una acción de tutela con el propósito de que Colpensiones “reconozca y pague pensión de sobreviviente causada por su hija Diana Marcela Gómez Lozano a partir del 19/10/2010” (fl. 77 vto. c. 1).

Solicitud que culminó con sentencia de primera instancia proferida el 16/06/2017 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Pereira (fls. 77 a 82 c. 1), que se encuentra en firme (fls. 83 a 84 c. 1), a través de la cual se tutelaron los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, entre otros, de manera principal y no transitoria…

De acuerdo con lo anterior, para la Sala Mayoritaria no existe dubitación alguna en cuanto a que el núcleo esencial de las pretensiones de la actora en la acción constitucional, fue el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con todo lo que ella apareja, como es el valor de la mesada pensional, el número de mesadas a recibir y la fecha de su reconocimiento, que a su vez genera el retroactivo pensional. (…)

Así las cosas, para la Sala Mayoritaria no puede nuevamente someterse a la justicia, pero ahora, a la ordinaria la misma cuestión, por estar la demandante en desacuerdo con la forma en que dio cumplimiento Colpensiones a la orden constitucional; caso en el cual, lo que procede es pedir a aquella jurisdicción el cumplimiento de lo ordenado conforme a las figuras jurídicas previstas para el efecto, pues es el juez que ordenó reconocer la prestación a que tiene derecho la actora, quien debe verificar si bien procedió la autoridad administrativa, pero no el juez ordinario.

****

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los veintidós (22) días del mes de octubre de dos mil diecinueve (2019), siendo las ocho y quince minutos de la mañana (08:15 p.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 19 de marzo de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Carmenza Lozano Lozano** contra **Colpensiones**, radicado bajo el N° 66001-31-05-005-2017-00390-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado:

Demandada y su apoderado:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos atendiendo lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007.

**ANTECEDENTES**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

Carmenza Lozano Lozano pretende que se declare que tiene derecho “*al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes”* a partir del 19/10/2010 o subsidiariamente a partir del 16/06/2014; prestación que ya fue reconocida por Colpensiones a través de la Resolución SUB 116284 de 30/06/2017. Además, solicitó los intereses moratorios o subsidiariamente la indexación de las sumas a reconocer.

Fundamenta sus aspiraciones en que: *i)* el 16/06/2017 el Juzgado Cuarto Administrativo de Pereira a través de sentencia de tutela ordenó a Colpensiones que reconociera la pensión de sobrevivientes a la aquí demandante con fundamento en el Acuerdo 049/90; *ii)* el 30/06/2017, a través de la Resolución SUB116285, Colpensiones reconoció la pensión de sobrevivientes a Carmenza Lozano Lozano, sin retroactivo pensional alguno; *iii)* el 21/07/2017 solicitó a la administradora pensional el retroactivo de la prestación de sobrevivencia, que fue negado porque la sentencia de tutela no indicó fecha exacta de reconocimiento y por ello, lo hizo a corte de nómina.

**Colpensiones** se opuso a las pretensiones para lo cual argumentó que el derecho pensional ya había sido reconocido a través de la Resolución SUB 116285 de 30/06/2017 en cuantía de $737.717 a partir del 01/07/2017, sin que reconociera el pago del retroactivo pensional porque la decisión judicial omitió su orden. Igual consideración presentó frente a la improcedencia de los intereses moratorios. Por otro lado, adujo que la demandante no había acreditado los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, pues la norma aplicable era la Ley 797/2003 y la norma inmediatamente anterior era la Ley 100/93 en su versión original. Propuso las excepciones de “*inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”,* “*prescripción”,* entre otras.

1. **Síntesis de la sentencia.**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira declaró que Carmenza Lozano Lonzano tenía derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional de la pensión de sobrevivientes a partir del 21/07/2014, en cuantía de $32’882.108 debidamente indexada. Suma de la que autorizó descontar los aportes en salud y la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

Para arribar a dicha conclusión consideró que no se había configurado ninguna cosa juzgada constitucional, porque aun cuando ambos procesos – constitucional y ordinario – pretenden lo mismo, esto es, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del 19/10/2010, lo cierto es que no había identidad de objeto en la medida que el fallo de tutela únicamente determinó la norma bajo la cual debía resolverse la pensión solicitada, sin que estableciera la fecha de causación y disfrute de este, máxime que en el proceso de tutela no se pretendió el retroactivo pensional, los intereses moratorios ni la indexación.

1. **Del recurso de apelación**

**Colpensiones** inconforme con la decisión solicitó su revocatoria porque Diana Marcela Gómez Lozano no había dejado causado el derecho pensional, en tanto que no cuenta con las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento, si se tiene en cuenta que la norma aplicable al caso en concreto era la Ley 797/2003, y por ello fue que la administradora pensional negó en tres oportunidades el derecho pensional, y de argüirse el principio de la condición más beneficiosa sería la Ley 100/93 en su versión original aquella que regularía el asunto, pero con ocasión al requisito de la temporalidad, tampoco podría aplicarse dicha norma.

Por otro lado, argumentó que el reconocimiento pensional devino de una orden de tutela y por ello ningún retroactivo podía concederse, máxime que solo tenía derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

1. **Del grado jurisdiccional de consulta**

Como la decisión proferida en primera instancia resultó adversa a los intereses de Colpensiones, se ordenó el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo estable el artículo 69 del C.P.L

**CONSIDERACIONES**

**1. De los problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior, la Sala se pregunta:

*i)* ¿En el presente asunto se configuraron los elementos necesarios para que operara el fenómeno de la cosa juzgada constitucional?

*ii)* De ser negativa la respuesta al interrogante anterior ¿El proceso ordinario laboral es procedente para pretender el reconocimiento de un retroactivo?

*iii)* ¿A partir de cuándo debe ordenarse el pago del retroactivo pensional?

**2. Solución a los problemas jurídicos**

**2.1. De la Cosa Juzgada**

El artículo 303 del C.G.P. aplicable a los asuntos laborales por reenvío del artículo 145 del C.P.L. y de la S.S. dispone para la configuración de la *res iudicata* cuatro elementos concomitantes entre sí, esto es, *i)* decisión judicial anterior en firme, *ii)* identidad jurídica de las partes, *iii)* identidad de objeto y por último, *iv)* identidad de causa; elementos que al concurrir impiden al juez de la segunda causa resolver el asunto puesto bajo su conocimiento, todo ello porque las sentencias judiciales se caracterizan por ser inmutables y en ese sentido, las decisiones en ellas impuestas imprimen de seguridad jurídica a las controversias que dirimen, imposibilitando el resurgimiento de litigios futuros bajo los mismos postulados. Lo contrario, permitiría una cadena inacabable de pretensiones hasta que la acción invocada saliera avante para su solicitante.

La cosa juzgada aparece, entonces, como una institución jurídico procesal que garantiza por un lado, la presentación única de las disputas suscitadas entre las partes para obtener una unívoca decisión, y por otro, sellar definitivamente una controversia, impidiendo que los interesados presenten tantas acciones, como fracasos hayan obtenido, todo ello para enmendar los errores de los asuntos pretéritos.

**2.3. Fundamento fáctico**

Auscultadas las pruebas que aprovisionaron el expediente se desprende que Carmenza Lozano Lozano previamente a esta contienda, presentó una acción de tutela con el propósito de que Colpensiones “*reconozca y pague pensión de sobreviviente causada por su hija Diana Marcela Gómez Lozano a partir del 19/10/2010”* (fl. 77 vto. c. 1).

Solicitud que culminó con sentencia de primera instancia proferida el 16/06/2017 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Pereira (fls. 77 a 82 c. 1), que se encuentra en firme (fls. 83 a 84 c. 1), a través de la cual se tutelaron los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, entre otros, de manera principal y no transitoria, por lo que el juzgador constitucional ordenó a Colpensiones que:

“(…) *expida un nuevo acto administrativo en el que tomando en cuenta el número de semanas cotizadas por la señora Diana Marcela Gómez Lozano, identificada con la cédula de ciudadanía No. 31.161.684, antes del 1º de abril de 1.994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1.993. Tomando en cuenta lo anterior y bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1.990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, estudiará nuevamente la solicitud de reconocimiento pensional por sobrevivencia. De encontrarse satisfechos los requisitos indicados por esa norma para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, dispondrá sobre su reconocimiento”* (fls. 82 c. 1)

Luego, el 30/06/2017 a través de la Resolución SUB 116285 y en cumplimiento de la orden judicial, Colpensiones reconoció a Carmenza Lozano Lozano la pensión de sobrevivientes en cuantía de un salario mínimo e ingresada a nómina en el ciclo de julio de 2017 sin retroactivo pensional alguno (fls. 24 a 27 c. 1).

De acuerdo con lo anterior, para la Sala Mayoritaria no existe dubitación alguna en cuanto a que el núcleo esencial de las pretensiones de la actora en la acción constitucional, fue el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con todo lo que ella apareja, como es el valor de la mesada pensional, el número de mesadas a recibir y la fecha de su reconocimiento, que a su vez genera el retroactivo pensional.

En el proceso ordinario laboral de ahora, Carmenza Lozano Lozano pretende que la justicia ordinaria declare que tiene derecho al “*reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- mediante resolución SUB 11685 del 30 de junio de 2017, a partir del 19 de octubre de 2010, fecha en que se produjo el fallecimiento de su hija (…)”,* así como los intereses moratorios o la indexación de las sumas reconocidas (fl. 4 c. 1).

Conforme lo brevemente expuesto, a juicio de esta Sala Mayoritaria se trata del mismo conflicto jurídico que en su momento fue definido por el Juzgado Cuarto Administrativo de Pereira, pues más allá de la identidad de los elementos que configuran la institución de la cosa juzgada, debe valorarse que la situación jurídica de la que ahora se pretende un pronunciamiento de fondo –*retroactivo e intereses moratorios o indexación-*, ya fue resuelta por el citado juzgado cuando ordenó a Colpensiones expedir un nuevo acto administrativo en el que se dispusiera el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la actora en los términos del Acuerdo 049 de 1990; por lo tanto, se configura el instituto procesal de la cosa juzgada, pues ninguna otra conclusión se puede desprender de una orden judicial en la que se modificó la normativa que Colpensiones debía estrictamente observar al momento de emitir el acto administrativo de reconocimiento pensional.

Así las cosas, para la Sala Mayoritaria no puede nuevamente someterse a la justicia, pero ahora, a la ordinaria la misma cuestión, por estar la demandante en desacuerdo con la forma en que dio cumplimiento Colpensiones a la orden constitucional; caso en el cual, lo que procede es pedir a aquella jurisdicción el cumplimiento de lo ordenado conforme a las figuras jurídicas previstas para el efecto, pues es el juez que ordenó reconocer la prestación a que tiene derecho la actora, quien debe verificar si bien procedió la autoridad administrativa, pero no el juez ordinario.

Además debe tenerse presente que las facultades constitucionales de los jueces que actúan bajo esa jurisdicción, no se encuentran clausuradas con la orden dictada en la sentencia de tutela, pues conservan la potestad para ajustar la orden original dictada o adicionar la misma con el único propósito de concretar la protección concedida, ya sea porque la orden primigenia no alcanzó para garantizar el goce efectivo del derecho tutelado, o solo lo realizó en parte, o porque aquello ordenado resultó imposible de cumplimiento[[1]](#footnote-1).

En suma, dentro de la acción de tutela quedó resuelto de manera definitiva la pensión de sobrevivientes en toda su plenitud. Es que, como se ha dicho por el Magistrado Julio Cesar Salazar Muñoz, en salvamento de voto[[2]](#footnote-2): “*no está previsto que los jueces ordinarios tengan funciones de complementación*, *hagan las veces de revisores, ni mucho menos se conviertan en ejecutores de aquella, pues el reestudio de la orden constitucional está fuera de su órbita de competencia..*.”.

Compartiéndose, además la conclusión a la que llegó el mencionado magistrado en tal salvamento de votoconsistente en que *“No se concibe que, ante una congestión judicial como la que se está viviendo, un solo asunto ocupe simultáneamente a las jurisdicciones Constitucional y Ordinaria, generándoles incluso el riesgo permanente de producir decisiones opuestas. Por eso, considero que cuando los jueces constitucionales, vía tutela, se arrogan la facultad de resolver asuntos pensionales con carácter definitivo y no simplemente transitorio, la decisión que de ellos emane no es reformable ni complementable por la jurisdicción ordinaria*”*[[3]](#footnote-3)*.

Entonces, es perfectamente posible que se declare de manera oficiosa la configuración de dicha figura, lo que releva el estudio de los argumentos de la apelación dado la consecuencia de la cosa juzgada, cual es la absolución de las pretensiones formuladas en contra de Colpensiones.

Pero, si en gracia de discusión no se cumplieran los elementos para entender configurada la institución de la cosa juzgada, debe tenerse en cuenta que recientemente la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela[[4]](#footnote-4), en un caso similar al que nos ocupa, en cuanto a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa para una pensión de invalidez en la que no se cumplían los requisitos de la Ley 860/2003 pero se encontraron satisfechos por el Juez constitucional los del Acuerdo 049/90, con fundamento en el cual reconocióla pensión a pesar de no ser la norma anterior, por lo que indicó que cuando se advierta la improcedencia del derecho invocado en juicio ordinario, pero reconocido primigeniamente en sede constitucional, como sucedió con la actora en virtud de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, no es posible reconocer el retroactivo; lo que conllevaría igualmente a la absolución de la entidad demandada respecto a dicho concepto, por lo que es otra la línea actual de la Sala Laboral de la CSJ.

Lo anterior, también encuentra respaldo en lo que de manera similar ha señalado en sede de tutela la Sala Laboral de la CSJ mediante sentencia STL5912/2018 que dijo: “*lo aquí discutido no puede ser analizado en esta vía excepcional, pues sería tanto como someter a estudio un escenario fáctico que ya hizo tránsito a cosa juzgada constitucional; además, tal como se señaló en precedencia, permitir que cualquier asunto decidido en sede constitucional sea susceptible nuevamente de examen por parte del juez de tutela, es avalar un uso indefinido de esta queja ante el desacuerdo de las partes con lo decidido en las sentencias de tutela, lo cual afecta de manera evidente principios tan relevantes para un Estado Social de Derecho, como la seguridad jurídica y confianza legítima*”.

Puestas de ese modo las cosas, el propósito del proceso de ahora no es otro que obtener el cumplimiento de lo ordenado por el juez de tutela el 16/06/2017 y, en consecuencia, el trámite para la garantía de lo allí dispuesto deberá ventilarse a través de los mecanismos constitucionales especiales dispuestos para ello, que desplazan al juez ordinario.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión revisada será revocada en su totalidad, para en su lugar declarar probada la excepción de cosa juzgada constitucional y en consecuencia absolver a Colpensiones de las pretensiones elevadas en su contra. Costas en ambas instancias a cargo de la demandante y a favor de la demandada, de conformidad con el numeral 4º del artículo 365 del C.G.P.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 19 de marzo de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Carmenza Lozano Lozano** contra **Colpensiones,** para en su lugar, declarar probada la excepción de cosa juzgada constitucional y en consecuencia, absolver a la demandada de las pretensiones invocadas.

**SEGUNDO:** Costas de ambas instancias a cargo de la demandante y a favor de la demandada.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Magistrado

 Salva voto

1. T-280-2017, T-086-2003. [↑](#footnote-ref-1)
2. Radicado: 66001-31-05-005-2016-00152-01, demandante Heberto Serna Martínez vs Colpensiones [↑](#footnote-ref-2)
3. *Ibídem*. [↑](#footnote-ref-3)
4. STL9051 del 27/06/2018, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno [↑](#footnote-ref-4)