

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

STP8791-2019

Radicación N°. 105285

Acta 159

Bogotá, D.C., dos (2) de julio de dos mil diecinueve (2019).

#### VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación instaurada por la apoderada judicial de ELIZABETH ROJAS FONSECA, contra el fallo proferido el 13 de marzo<sup>1</sup> del presente año, por la SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, mediante el cual negó las pretensiones de la acción de tutela formulada contra la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ y el JUZGADO 29 LABORAL DEL CIRCUITO de la misma ciudad por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales. Trámite al cual se vinculó a COLPENSIONES y a las partes e intervinientes dentro del proceso laboral objeto de discusión.

#### ANTECEDENTES

Fueron reseñados por la primera instancia de la siguiente manera:

La señora Elizabeth Rojas Fonseca, por conducto de apoderada judicial, presentó acción de tutela, con el fin de que se protegieran sus derechos fundamentales al debido proceso,

dignidad humana, igualdad, vida digna y seguridad social, los que estimó vulnerados dentro del trámite del proceso ordinario laboral radicado número 1100131050292040065501.

Como fundamento de su solicitud, afirmó que nació el 14 de noviembre de 1963; que el 3 de marzo de 1982 se afilió al entonces Instituto de Seguros Sociales; que el 1 de agosto de 2002 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad; que primero se vinculó a la AFP Santander, hoy Protección S.A. y el 16 de agosto de 2016, a su vez, se trasladó a la AFP Skandia, hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.

Expuso que el 14 de abril de 2011 solicitó al Instituto de Seguros Sociales que la trasladara al régimen de prima media con prestación definida; que allegó los soportes solicitados por el ISS, entidad que la requirió en dos oportunidades y que pese a haber aportado el formulario de afiliación, no se le brindó una respuesta final a su reclamación.

Señaló que el 24 de julio de 2017 solicitó a la AFP Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. y a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual, toda vez que su «aparente decisión libre y voluntaria» de cambio de régimen no estuvo precedida de suficiente información por parte del fondo privado; que su petición fue negada por Colpensiones, mediante oficio BZ2017-7622905 de 24 de julio de 2017.

Manifestó que, por lo anterior, interpuso demanda ordinaria laboral contra las precitadas entidades, con el objeto de que se declarara la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; que el asunto fue asignado al Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, despacho que accedió a las pretensiones de la demanda, mediante fallo proferido el 26 de noviembre de 2018.

Indicó que, mediante sentencia emitida el 13 de febrero de 2019, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en sede de apelación, revocó la decisión de primera instancia.

Argumentó que el Tribunal no tuvo en cuenta que había solicitado el traslado de régimen, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que dicha solicitud fue formulada desde el 14 de abril de 2011, pese a lo cual no había sido atendida en debida forma y, por último, que se había apartado del criterio expuesto en la sentencia CSJ SL12136-2014.

Con fundamento en lo expuesto, solicitó la protección de sus derechos fundamentales y pidió que, en consecuencia, se procediera a revocar la sentencia proferida el 13 de febrero de 2019 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para, en su lugar, confirmar la decisión de primera instancia.

## EL FALLO IMPUGNADO

La Sala de Casación Laboral negó el amparo constitucional invocado, luego de señalar que la acción de tutela fue creada para reclamar la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando se han agotado previamente todos los mecanismos que ha puesto a su alcance el legislador ante el juez natural.

En el asunto bajo examen, la inconformidad de la accionante radica en que el juez de segundo grado revocó la decisión que en primera instancia había ordenado el traslado al régimen de prima media con prestación definida.

Advirtió la Sala de Casación Laboral que quien acciona acudió al recurso extraordinario de casación, el cual es la herramienta procesal efectiva para desatar el conflicto que se presenta en esta vía, y se encuentra pendiente de pronunciamiento por parte del Tribunal, lo cual torna improcedente la petición de amparo.

## LA IMPUGNACIÓN

Fue instaurada por la apoderada judicial de ELIZABETH ROJAS FONSECA, quien señaló que si bien es cierto se interpuso el recurso extraordinario de casación se desistió del mismo con el fin de continuar con el trámite constitucional.

Solicitó se ordene al Tribunal Superior de Bogotá dé aplicación al precedente jurisprudencial SL12136 de 2014 en aras de garantizar el derecho a la igualdad y seguridad social a su poderdante, y en consecuencia se revoque el fallo del 13 de febrero de 2019 emitido por la Sala Laboral accionada y se confirme la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral de esta ciudad el 26 de noviembre de 2018 mediante la cual se ordenó el traslado de ROJAS FONSECA del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida.

## CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017, concordante con el artículo 1º del Acuerdo número 001 del 15 de marzo de 2002 emitido por la Sala Plena de la Corporación, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la impugnación interpuesta contra el fallo proferido por la Sala Laboral de esta Corporación.
2. Para el caso, acorde con lo señalado por la primera instancia, la accionante interpuso el recurso extraordinario de casación, sin embargo el 29 de abril de 2019 —después de haberse proferido el fallo que impugnó— presentó desistimiento del mismo ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el cual fue aceptado el día siguiente, de manera que no puede pretender acudir a la acción de tutela para cubrir su imprevisión al no permitir que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral se pronunciara frente al recurso interpuesto contra la decisión que hoy cuestiona por vía constitucional.

Esa situación no puede avalarse en la vía constitucional, instituida para la protección de los derechos fundamentales y no, como una tercera instancia mediante la cual revivir etapas ya fenecidas y en las que finalmente no se hace uso de los mecanismos que las leyes

ordinarias disponen para la controversia de providencias judiciales.

Acudir a todos los medios de defensa judicial, tanto ordinarios como extraordinarios, permite garantizar la armonía de la acción de tutela con las competencias jurisdiccionales atribuidas por el legislador, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Tal alcance ha sido reiterado por la jurisprudencia de esta Corporación como de la Corte Constitucional (Cfr. CC T-590 de 2005, CC T-332 de 2006, CSJ STP, 10 jul. 2007, rad. 31781 y CSJ STP, 14 ago. 2007, rad. 32327, entre otras).

Por consiguiente, resulta legítimo exigir el agotamiento del recurso de casación previo a promover la acción de amparo. Justamente, una de las finalidades de dicho instrumento consiste en reparar el gravamen impuesto por el fallo atacado, sin que constituya una «tercera instancia», pues, el objetivo del recurso de casación «no es definir a qué parte le asiste razón, sino estudiar la legalidad de la sentencia recurrida» (CSJ, entre otras, SL, 8 mar. 2017, rad. 46.936; SL, 2 oct. 2012, rad. 41.805, SL, 14 jun. 2000, rad. 13.186).

En consonancia con lo anterior, si bien se agotó el recurso de apelación para controvertir la decisión de primera instancia por la parte demandada dentro del proceso laboral, no sucedió lo mismo en relación al instrumento extraordinario de casación.

En adición, la Corte Constitucional ha indicado que, por regla general la acción de tutela resulta improcedente frente al reconocimiento derechos de naturaleza pensional porque el interesado cuenta con los escenarios procesales para plantear tales controversias. (C.C. T-344 de 2014). De manera que, el amparo constitucional deprecado no tiene la virtualidad necesaria para prosperar.

3. Por último, y aún si en gracia a discusión se hiciera abstracción de requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, tampoco se advierte una potencial afectación de los derechos de la libelista que habilite la procedencia del amparo. En ese sentido, se ha de tener en cuenta que la Sala Laboral accionada expuso que:

Se acreditó que la demandante nació el 4 de noviembre de 1963, que estuvo afiliada al ISS desde el 3 de marzo de 1982 y efectuó cotizaciones hasta el 31 de julio de 2002 tiempo durante el cual acumuló un total de 1055.72 semanas, así se establece a partir del reporte visible a folio 61 a 64 del expediente. Igualmente se tiene que al 1° de abril de 1994 contaba con un total 635.11 semanas como se establece del reporte de semanas cotizadas visibles a folios 61 a 64 y demostró que desde el día 1° de agosto del año 2002 se afilió al régimen de ahorro individual administrado por Protección folios 148 a 154 del expediente.

Por lo anterior se debe señalar que el traslado de régimen pensional se encuentra estipulado o regulado en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 al disponer que después de un año de entrada en vigencia de dicha ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener el derecho a la pensión de vejez.

Inquieta a esta Colegiatura el determinar qué tan ajustado a la ley, a la justicia y al bien general, sería el aceptar que a un particular a quien solo cuando se le acerca la edad para acceder a su pensión, esto es 53 años, para el año en que se presenta la actual demanda, es que pretende retornar a un régimen donde nunca contribuyó al pago de las pensiones de cada vigencia y solo so pretexto de no habersele proyectado una pensión cuando le faltaban más de 20 años para causar tal derecho, esto es la edad y el tiempo de servicios y justifica un vicio del consentimiento que resultaría ser inexistente para tal momento. Y es que en este asunto adquiere una mayor connotación el formulario suscrito por la propia demandante donde expresamente se acepta que fue enterada de las implicaciones del cambio del régimen de pensiones y ahora sin ningún tipo de excusas pretende restarle valor a lo por ella declarado.

(...)

A lo anterior, se tiene que si la demandante al momento de su traslado le restaban 15 años

de edad para causar el derecho a la pensión recordemos que su edad exigida era la de 55 años, no estaba en régimen de transición y aunque contaba con aporte de 1055.71 semanas le restaban como mínimo 195 semanas de cotizaciones al momento de suscribir el formulario.

Por lo anterior, si bien es cierto, que en el presente caso el Fondo demandado logró demostrar que le brindó a la demandante una información clara, pertinente, suficiente y precisa, sobre el traslado que estaba tramitando, esto resulta ser suficiente para los fines no perseguidos por la demanda, pues ciertamente la protección que se ha brindado mediante la sentencia del a quo, donde se declara la invalidez del traslado de régimen, claramente se encaminan a evitar que el derecho pensional se vea frustrado en las específicas condiciones establecidas en el régimen de prima media con prestación definida, situación en la que como aquí se indicó no se encontraba la demandante en el momento en que decidió efectuar su cambio de sistema pensional, toda vez que no era beneficiaria del régimen de transición pregonado<sup>3</sup>.

En tales condiciones, considera esta Sala que la providencia censurada responde a las consideraciones del caso concreto, contrario al querer de la accionante que pretende convertir la vía constitucional en una tercera instancia, trayendo a esta sede una controversia legal, que escapa a la función constitucional inherente al proceso de tutela.

De manera que, lo procedente en este caso es confirmar el fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, LA SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 2, DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

CONFIRMAR el fallo impugnado.

NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Repartido a esta Sala según acta de reparto el 12 de junio de 2019, ver folio 2 de la carpeta de segunda instancia.

2 Ver Consulta proceso 11001310502920170065501 folio 3 del cuaderno de segunda instancia.

3 Ver CD: registro 15:50 y ss. obrante a folio 9 del cuaderno del escrito de tutela.