

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP3448-2021

Radicación nº 115435

Acta nº 79.

Bogotá, D.C., seis (6) de abril de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Se pronuncia la Sala acerca de las impugnaciones formuladas por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Colfondos, contra el fallo de tutela proferido el pasado 28 de octubre de 2020 por la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, por medio del cual concedió el amparo a los derechos fundamentales de ALEIDA LÓPEZ VELOZA y dejó sin efectos la sentencia de 13 de agosto de 2020 emitida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario laboral promovido por la actora contra los impugnantes.

A la presente actuación se dispuso vincular al Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, así como las partes e intervinientes en la actuación laboral.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá al negar la nulidad del traslado de régimen pensional reclamado por la accionante ALEIDA LÓPEZ VELOZA, desconoció el precedente jurisprudencial fijado sobre la materia por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

ANTECEDENTES PROCESALES

Mediante auto de 19 de octubre de 2020, la Sala de Casación Laboral avocó conocimiento de la acción de tutela y ordenó correr traslado a las partes accionadas y vinculadas, a

efectos de garantizarles sus derechos de defensa y contradicción.

RESULTADOS PROBATORIOS

1. La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, solicitó declarar improcedente de la tutela alegando que no hubo errores, defectos o vicios en la sentencia del Tribunal, susceptibles de ser enmendados por esta vía excepcional.

2. Por su parte, la AFP Porvenir S.A. señaló que la demanda desconoció el requisito de subsidiariedad por no haber agotado el recurso extraordinario de casación.

FALLO IMPUGNADO

Mediante decisión de 28 de octubre de 2020, la Sala de Casación Laboral flexibilizó el requisito de subsidiariedad que rige la acción de tutela y concedió el amparo constitucional reclamado.

Frente a la subsidiariedad de la acción de tutela concluyó que si bien el artículo 86 de la [Constitución Política](#) limita su procedencia a que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio, lo cierto era que en sentencia CSJ STL13133-2019 se explicó que dicho requisito no era absoluto y debía examinarse en cada caso en concreto, al punto que «es posible que ceda cuando se advierte la vulneración de derechos fundamentales que no pueden ser restablecidos efectivamente mediante las vías ordinarias, pues de no concederse el amparo, se consumaría un daño irreparable», circunstancia que constató en el caso de ALEIDA LÓPEZ e hizo procedente su flexibilización.

Así las cosas, en aras de evitar la consumación de un perjuicio irremediable determinó que era procedente amparar los derechos fundamentales de la accionante, pues consideró que el tribunal demandado desconoció el precedente jurisprudencial que respecto de la nulidad del traslado de régimen pensional ha desarrollado la alta Corporación, especialmente en lo que constituye el consentimiento informado y la carga de la prueba que recae en el fondo de pensiones demandado frente a su obligación de informar debidamente al afiliado los beneficios y desventajas de su traslado al nuevo régimen pensional.

En consecuencia dejó sin efectos la sentencia de segunda instancia y ordenó adoptar una nueva determinación que tuviera de presente dicho precedente jurisprudencial.

LA IMPUGNACIÓN

Notificados del contenido del fallo, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Colfondos manifestaron su deseo de impugnarlo.

Colpensiones argumentó que lo resuelto por la Sala Laboral del Tribunal se encontraba ajustado a derecho; que la accionante no cumplió con los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial; que no debió invertirse la carga de prueba y que contradecir los razonamientos de la segunda instancia sería tanto como invadir órbita del juez ordinario, su autonomía y el principio de cosa juzgada. En consecuencia solicitó revocar el fallo impugnado.

En similares términos se pronunció la AFP Colfondos, quien además se refirió al marco legal que rige el traslado de regímenes pensionales (Ley 100 de 1993 y normas complementarias) y su cumplimiento por parte de la afiliada al pretender el traslado faltando menos de 10 años para acceder al derecho pensional.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1, numeral 7º del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, en armonía con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 44 del Reglamento Interno de la Corte Suprema de Justicia (Acuerdo 006 de diciembre 12 de 2002), es competente esta Sala para

pronunciarse sobre la impugnación interpuesta contra la sentencia adoptada en primera instancia por la Sala de Casación Laboral.

2. Para resolver el problema jurídico que convoca a la Sala, se procederá con el análisis de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y, en consecuencia, se definirá si resultaba procedente conceder el amparo invocado.

3. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

Como ha sido recurrentemente reiterado por esta Sala, la acción constitucional de tutela es un mecanismo de protección excepcional frente a providencias judiciales, su prosperidad va ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad que implican una carga para el accionante, tanto en su planteamiento como en su demostración, como lo ha expuesto la propia Corte Constitucional.

Por este motivo, y como ha sido desarrollado por la Doctrina constitucional, la acción de tutela contra providencias judiciales exige:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

- b. Que hayan sido agotados todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que atañe a los derechos fundamentales del accionante.
- e. Que el accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible.
- f. Que la decisión judicial contra la cual se formula la acción de tutela no se corresponda con sentencias de tutela.

Los anteriores requisitos, no pueden quedarse en meros enunciados, pues han sido reiterados por la Corte Constitucional, primero en la sentencia C-590 de 2005, luego en las decisiones T-332, T-212 y T-780 de 2006, reforzando lo dicho en la primera de las mencionadas providencias, en el sentido que, cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, las mismas solo pueden tener cabida «...si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesta».

En punto de las exigencias específicas, como fue recogido en la sentencia C-590 de 2005, han sido establecidas las que a continuación se relacionan:

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

b. Defecto fáctico, el cual surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

b. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales¹ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión;

b. Error inducido, el cual surge cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

b. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los funcionarios judiciales de explicitar los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

b. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado[2].

b. Violación directa de la Constitución.

Queda entonces claro que en atención a la fuerza normativa de la cosa juzgada y al respeto de la autonomía judicial, la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, cuando se dirige a cuestionar una decisión judicial, tiene carácter excepcional, y su prosperidad está atada a que se cumplan los requisitos de procedibilidad anteriormente

enunciados. De manera que quien acude a ella tiene la carga no sólo respecto de su planteamiento, sino de su demostración.

4. Análisis del caso concreto.

Como fue mencionado en precedencia, por regla general la acción de tutela es improcedente para controvertir lo dispuesto por las autoridades judiciales en el ejercicio de sus funciones, esto en pro de defender principios como la seguridad jurídica o la autonomía e independencia judicial, sin embargo, la acción constitucional, en ciertos casos excepcionales y con el cumplimiento de rigurosos requisitos, tiene vocación de procedencia en aras de evitar la vulneración efectiva de un derecho fundamental o el acaecimiento de un perjuicio de carácter irremediable.

Estos requisitos pueden ser catalogados en dos grupos, unos generales que deben estar presentes en su totalidad y, junto a estos, unas causales específicas, de las cuales es necesario la configuración de, al menos, una de estas, siendo supuestos de eventos donde se presenta una conculcación de garantías constitucionales.

Respecto del primer grupo, a saber, los requisitos generales, se denota claramente la relevancia constitucional en este asunto, pues su estudio gravita en una posible vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social; se narró en el escrito de manera detallada los presuntos hechos vulnerados; y claramente lo controvertido

no es una sentencia de tutela.

En lo referente al principio de inmediatez, la Sala observa que la accionante acudió al presente trámite constitucional dentro del plazo jurisprudencialmente concebido como razonable por la Corte Constitucional para la procedencia de la tutela (CC SU-108 de 2018).

Con respecto al requisito de subsidiariedad, que fue uno de los puntos de disenso en primera instancia, aunque en principio se podría considerar que no se cumple este requisito al no haberse interpuesto el recurso extraordinario de casación, lo cierto es que llegar a esa conclusión sería tanto como obviar la finalidad principal de la acción de tutela.

Es importante recordar que la función principal del juez de tutela es la garantía de los derechos fundamentales de las personas, motivo por el cual en casos por el presente, en los cuales se evidencia una clara afectación de garantías constitucionales, aunado al examen que fue realizado en primera instancia, se convertiría en un actuar errado el trabar el acceso a este trámite constitucional por faltar este requisito, máxime cuando lo que se encuentra en riesgo es el derecho a la seguridad social, el cual está ligado a la garantía de otros derechos a lo largo de la vida de los pensionados.

De igual forma, esta Sala considera oportuno precisar que la postura de la Sala de Casación Laboral, frente a la procedencia del recurso extraordinario de casación cuando se alega la

nulidad del traslado del régimen de transición, no ha sido unánime, en similares casos al aquí analizado el órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha inadmitido demandas tras considerar que carecen de interés jurídico necesario para la procedencia de dicho mecanismo. (Cfr. autos AL2079-2019 del 22 de mayo de 2019 y AL2182-2019 del 30 de mayo de 2019), en este último se dispuso:

«En este orden de ideas, se observa que las pretensiones del escrito inicial fueron exclusivamente declarativas, en tanto no se solicitó la imposición de obligaciones valorables en términos económicos, lo que se refleja en la parte resolutive de la sentencia que puso fin a la primera instancia y que fue revocada por el ad quem, tal cual quedó descrita precedentemente.

Tal situación, en principio, no permite cuantificar o concretar sumas específicas para entrar a considerar este factor como un perjuicio económico causado al demandante con la decisión que se pretende recurrir en casación.

En este contexto, la Corte tiene definido que no es admisible el recurso extraordinario, pues al no encontrar parámetros que permitan precisar cuál es el agravio que afecta al recurrente, no es posible determinar el cálculo del interés económico para poder acudir en casación (CSJ AL 28 oct. 2008, rad. 37399).

Significa lo anterior que el Tribunal incurrió en una equivocación al conceder el recurso de

casación al actor, que, por lo explicado, no tiene interés jurídico para recurrir».

Así, al evidenciarse que en procesos ordinarios laborales de la misma naturaleza, la Sala de Casación Laboral no ha unificado su criterio respecto de la procedencia del recurso extraordinario de casación, ya sea por imposibilidad de fijar la cuantía o porque tratándose de una pretensión declarativa se carece de interés jurídico, esta Corporación ha considerado necesario flexibilizar la exigencia de tal recurso extraordinario por tratarse de un asunto aún no definido en la jurisdicción ordinaria laboral³.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que las particularidades del caso objeto de estudio se asemejan al analizado en otras acciones de tutela⁴, dada la flagrante vulneración de los derechos fundamentales de la actor, no tendría razón exigirle que agote el aludido mecanismo de defensa, a fin de examinar por vía constitucional la decisión que hoy se censura.

Así las cosas, ateniendo a la función de garante que posee el juez constitucional, se entienden cumplidos los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Tal como lo indicó el a quo, para la fecha en que el Tribunal de Bogotá profirió su sentencia, es decir 13 de agosto de 2020, ya existía un precedente judicial consolidado en

materia de ineficacia del traslado cuando ha habido falta de información de la administradora del fondo de pensiones, por tanto, al desatenderlo sin razón alguna se configuró el requisito específico de procedibilidad de la acción de tutela tantas veces mencionado.

4.2 Refirieron los impugnantes que la decisión se sustentó en los elementos de prueba obrantes en el proceso laboral. Sin embargo, pasan por alto la teoría de la carga de prueba que en materia de traslado de régimen pensional ha desarrollado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral al sostener que corresponde a la administradora del fondo, y no al afiliado, demostrar que suministró información clara, cierta y comprensible respecto de las características, beneficios y desventajas de cada régimen.

No opera entonces una presunción de autonomía como criterio de validez del traslado, como erróneamente lo interpretó uno de los recurrentes, sino que debe quedar plenamente acreditado que se suministró la información suficiente y que la decisión de la afiliada se dio sin vicios de consentimiento. Para ello, tal como quedó plasmado en el fallo de primera instancia, la carga de la prueba se invierte a favor del afiliado y corresponde al fondo demostrar que en efecto brindó dicha información.

Frente a la obligación de acreditar que se informó con detalle las características, beneficios y desventajas de cada régimen por parte de la AFP, omitió el tribunal accionado que la rúbrica consignada voluntariamente por la demandante al hacer el traslado al nuevo fondo resulta insuficiente para dar por demostrado el deber de información que le asiste a los fondos de pensiones respecto del afiliado: «[...] la simple firma del formulario al igual que

las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. precedente establecido, entre otras, en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL 1689-2019 y CSJ SL4426-2019.

Para la jurisprudencia de la Sala Laboral, esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado «desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas». Ver sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019; reiterado en CSJ STL8152, CSJ STL8156- 2020, CSJ STL8160-2020, CSJ STL8621-2020, CSJ STL8694-2020, CSJ STL8703-2020, CSJ STL8710-2020, CSJ STL8713-2020, CSJ STL8714-2020 y CSJ STL9110-2020.

En ese orden, si bien podría decirse que el tribunal adoptó su decisión con fundamento en la valoración integral de los elementos de prueba allegados al plenario, lo cierto es que no realizó el debido análisis de la nulidad del traslado a la luz del criterio jurisprudencial expuesto, esto es, bajo el entendido que el formulario de afiliación con su anexo y el formato de asesoría no acreditan necesariamente que las administradoras de fondos de pensiones hayan cumplido con su obligación de suministrar información necesaria y transparente, por lo que es deber del fondo y no del afiliado, demostrar que previo al traslado informó con suficiencia de los beneficios, desventajas y características de cada

régimen pensional.

La anterior postura se ha mantenido pacíficamente por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en sentencias CSJ STL972-2021 de 3 de febrero de 2021, STP2045-2021 de 18 de febrero de 2021, STL1928-2021 y STL2221-2021 de 24 de febrero de 2021 y STL2213-2021 de 3 de marzo de 2021, en las que declaró la procedencia de este mecanismo excepcional de tutela contra decisiones judiciales por no tener de presente el deber de información que le asistía al fondo frente afiliado que pretendía el traslado de régimen pensional.

Al respecto, en la última de las decisiones citadas indicó:

«La Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.

[...]

Ahora bien, el deber de información a cargo de las AFP, en los términos en que le era exigible para la época del traslado de la actora -28 de junio de 1999-, no necesariamente se

cumple con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Lo que exigían las normas vigentes a esa fecha era dar a conocer «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado» (numeral 1.º, artículo 97 Decreto 663 de 1993) –vigente para la citada fecha–, premisa que implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible.»

Y reafirmó la procedencia del precedente respecto de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición sostuvo: «[...] es preciso señalar que dentro de las subreglas fijadas sobre ineficacia del traslado de régimen pensional, la Corte no ha condicionado su jurisprudencia a que el afiliado demuestre ser beneficiario del régimen de transición, ni tampoco tendría justificación constitucional otorgar tal derecho a un grupo de afiliados en desmedro de otros.»

En ese orden, es evidente que la postura de la Sala se ha mantenido de manera pacífica y el fallo de tutela de primera instancia que se impugna acogió sus lineamientos.

4.3 Ahora bien, no desconoce esta Sala que en sentencia CSJ SL373-2021 de 10 de febrero de 2021 la Sala de Casación Laboral precisó que no era procedente acudir a la ineficacia del traslado cuando el demandante ostenta el estatus de pensionado, pues en ese caso la

calidad de pensionado conlleva una situación jurídica consolidada, es decir, un hecho consumado que no es razonable revertir por la vía judicial.

«Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)⁵, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. (Negrillas fuera del texto original).

Sin embargo, de la lectura del escrito de tutela se concluye que la accionante no se encuentra en el supuesto de hecho antes descrito toda vez que, a la fecha, no se ha reconocido, debatido o discutido su derecho a la pensión.

Según se indicó en la demanda, «a pesar de haber cumplido todos los requisitos exigidos para ser acreedora del derecho a la pensión, a la fecha no ha sido posible el reconocimiento justo de la pensión de vejez y disfrute de la misma por parte de la señora Aleida López Veloza [...]». Lo anterior permite concluir que la accionante no ostenta la condición o estatus de pensionada, siendo hasta ahora tal pretensión una mera expectativa.

Por lo anterior, la Sala considera que los argumentos proferidos en primera instancia son razonables y se acompañan con lo decidido por la Sala de Casación Laboral como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en asuntos similares al que hoy ocupa la atención de este juez de tutela y en los declaró la procedencia de la acción de tutela por desconocimiento del precedente jurisprudencial en punto a la ineficacia del traslado de régimen pensional por falta de información de las administradoras de fondos de pensiones frente a los afiliados usuarios del sistema, sentencias CSJ STL3186-2020, CSJ STL4759-2020, CSJ STL5435-2020, CSJ STL5551-2020, CSJ STL4701-2020, CSJ STL6971-2020, CSJ STL7839-2020 y CSJ STL591-2021, entre otras.

Conforme con lo anterior lo procedente será confirmar el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión de Tutelas No. 1, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. Confirmar el fallo impugnado.
2. Notificar a las partes de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez ejecutoriado el presente proveído.

Cúmplase,

(IMPEDIDA)

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Corte Constitucional. Sentencia T-522 de 2001.

2 «Cfr. Sentencias T-462 de 2003; SU-1184 de 2001; T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001.»

3 CSJ AP jun, 16 de 2020, rad. 507.

4 Ver, entre otras, CSJ STP, 16 jun. 2020, rad. 507.

5 SL1688-2019, SL3464-2019