

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP15726 - 2021

Tutela de 2ª instancia No. 119422

Acta No. 273

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Resolver la impugnación interpuesta por la Dirección de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones y Porvenir S.A. contra el fallo de tutela proferido el 4 de agosto de 2021 por la Sala de Casación Laboral, que amparó los derechos fundamentales de PEDRO MARTÍN SILVA, en actuación que se reclama frente a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

A la acción se vinculó, como terceros con interés legítimo en el asunto, al Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá y a las partes e intervinientes en el proceso ordinario laboral que da origen a la presente queja constitucional (rad. «2018 - 00191»).

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

De la demanda de tutela y los medios de prueba aportados al expediente, se destacan como hechos jurídicamente relevantes los siguientes:

1. PEDRO MARTÍN SILVA demandó en proceso ordinario laboral a Colpensiones, la AFP

Protección S.A. y a Porvenir S.A., para obtener la nulidad o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual (RAIS) y, en consecuencia, se ordene a Colpensiones a recibirlo en el Régimen de Prima Media (RPM) junto con la totalidad de los aportes efectuados.

2. El proceso correspondió, en primera instancia, al Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá que, con sentencia del 9 de octubre de 2018, accedió a las pretensiones de la demanda.

3. En virtud del grado jurisdiccional de consulta, las diligencias pasaron a la Sala Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad que, a través de fallo del 6 agosto de 2019, revocó la sentencia consultada, y en su lugar, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra.

4. Inconforme con lo decidido, PEDRO MARTÍN SILVA instauró acción de tutela. En sentencia de 2 de septiembre de 2020 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia declaró improcedente la acción de tutela por encontrarse pendiente de resolución el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la providencia del Tribunal Superior de Bogotá.

5. El 18 de mayo de 2021, el actor desistió del recurso extraordinario de casación, manifestación que le fue aceptada a través de proveído de 14 de julio siguiente.

6. Cumplido lo anterior, PEDRO MARTÍN SILVA acudió nuevamente al mecanismo de protección preferente en procura de amparo para los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia, seguridad social, mínimo vital e igualdad.

6.1. Para el accionante, la sentencia dictada por el tribunal accionado adolece de un defecto por desconocimiento del precedente judicial adoptado por la corporación de cierre en materia laboral, como lo es la Sala de Casación Laboral, para los casos en donde se

persigue la ineficacia de traslado de régimen pensional, por cuanto, en su caso, el traslado lo hizo sin la asesoría debida.

7. Con fundamento en los anteriores argumentos, solicitó, se deje sin efecto el fallo de 6 de agosto de 2019 proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que, en su lugar, emita una nueva decisión en la que se acate el precedente judicial existente sobre la materia objeto de litigio.

RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

1. El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá manifestó que no ha vulnerado derecho fundamental alguno al accionante, habida cuenta que, en la decisión de primera instancia proferida por ese despacho judicial, tuvo en cuenta las pruebas debidamente decretadas y practicadas, así como el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en lo referente a la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional. Solicitó la desvinculación de la presente acción de tutela.

2. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, destacó que no se reúnen los presupuestos necesarios para que proceda la acción de tutela contra decisión judicial, en razón a que no se agotaron todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial dentro del proceso.

3. Colpensiones solicitó que se declare la improcedencia de la acción, pues, en su criterio, no se ha materializado ningún vicio, defecto o vulneración de derechos fundamentales por parte del Tribunal Superior de Bogotá, dado que dentro de su autonomía judicial, explicó de manera detallada y razonada las razones por las que se apartó de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral.

Añadió que, en todo caso, tal como lo definió el Tribunal en el proceso ordinario, no se dan los supuestos para declarar la ineficacia o nulidad del traslado, porque: i) la carga de la

prueba, en estos procesos, recae en el demandante, y ii) para recuperar el régimen de prima media, se requiere cumplir los requisitos del régimen de transición, tal como fue señalado en la sentencia SU-062 de 2010.

Aduce la abierta improcedencia de la tutela contra sentencias judiciales, teniendo en cuenta que nuestra legislación ha dispuesto mecanismos tales como los recursos judiciales para debatir lo allí determinado, sin que esta pueda constituirse en una tercera instancia.

3. Porvenir S.A., indicó que la acción de tutela no cumple con el presupuesto de subsidiariedad, toda vez que el accionante interpuso recurso extraordinario y desistió del mismo, por lo cual no puede utilizarse como mecanismo alternativo, ni para generar una incertidumbre jurídica.

Por lo demás, señaló que las decisiones objeto de reproche por vía de tutela obedecen a un estudio respetuoso de la Constitución y la ley, sin que puedan ser consideradas como una vía de hecho.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala a quo, en lo atinente al presupuesto de subsidiariedad, advirtió que pese a que el accionante desistió del recurso extraordinario de casación, resultaba procedente flexibilizar tal exigencia y resolver de fondo la súplica, dada su relevancia constitucional.

Al abordar el problema jurídico planteado en la demanda de tutela, concluyó que en la sentencia atacada se estructura vía de hecho por desconocimiento del precedente jurisprudencial.

Frente a este último, destacó que en las sentencias CSJ SL1452-2019 y CSJ SL4426-2019, realizó un análisis exhaustivo respecto a la ineficacia de los traslados y se estableció que la simple suscripción de un formulario no resultaba suficiente para demostrar el

consentimiento informado y que, en estos casos, se debía invertir la carga de la prueba, de suerte que al demandante no le correspondía demostrar o acreditar el incumplimiento del deber de información, tal y como lo entendió el colegiado.

Además, que el Tribunal no tuvo en cuenta que el deber de información no se suple con cualquier tipo de asesoría, en razón a que, desde la creación de las AFP, el cumplimiento de ese requisito requiere «estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado».

En ese orden, concedió el amparo al encontrar que el desconocimiento de su precedente generó una evidente vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la accionante.

En consecuencia, dejó sin efecto la sentencia de 6 de agosto de 2019 y ordenó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá proferir una nueva decisión, teniendo en cuenta su precedente judicial, en cuanto a la temática debatida.

LA IMPUGNACIÓN

1. Colpensiones apeló. Para sustentar su disenso, retomó los argumentos expuestos al momento de pronunciarse sobre los fundamentos de la demanda.

Por tanto, pidió revocar la sentencia impugnada y declarar improcedente la acción.

2. Porvenir S.A. también concurrió a impugnar el fallo, y lo hizo en similares términos que al descorrer traslado en la primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

De conformidad con lo normado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con los artículos 44 y 45 del Reglamento Interno de la Corte Suprema de Justicia, esta Sala es competente para resolver la impugnación contra el fallo de primera instancia, proferido por la Sala de Casación Laboral.

Establecer si la Sala de Casación Laboral de esta

Corporación acertó al conceder el amparo solicitado por PEDRO MARTÍN SILVA, tras concluir que la decisión del 6 de agosto de 2019, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, desconoció el precedente vertical sobre la ineficacia de traslado de régimen pensional por información deficiente, vulnerando de esta manera los derechos fundamentales del accionante.

Análisis del caso

1. La acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que sean amenazados o vulnerados por la conducta activa u omisiva de las autoridades públicas o los particulares (artículos 86 de la Constitución Nacional y 1º del Decreto 2591 de 1991).

2. Cuando esta acción se dirige contra providencias judiciales es necesario, para su procedencia, que se cumplan los presupuestos generales fijados en la C-590 de 2005, es decir, que el asunto, (i) revista relevancia constitucional (ii) cumpla los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez, (iii) identifique con claridad los hechos y los derechos vulnerados o amenazados, y (vi) que no se dirija contra fallos de tutela, excepto que se acredite que el mismo es producto de una situación de fraude.

Además, se debe demostrar que la decisión o actuación cuestionada incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico, procedimental, fáctico, sustantivo, de motivación, error inducido, desconocimiento del precedente o violación directa de la constitución (C-590/05 y

T-332/06).

3. En lo atinente al principio de subsidiariedad, que se afirma incumplido en este caso por no haberse agotado el recurso de casación, es necesario destacar, como lo hace la Sala a quo, que ante una clara afectación del derecho al mínimo vital y la seguridad social, sería un contrasentido no atender las reclamaciones del demandante argumentando ausencia de un presupuesto de carácter ritual.

La función primordial del juez de tutela es la de garantizar los derechos fundamentales de las personas, motivo por el cual, en casos en los que se evidencia una clara afectación de garantías constitucionales, como el presente, resulta razonable flexibilizar este requisito, máxime cuando lo que se encuentra en juego es el derecho a la seguridad social, el cual está ligado a la protección de otras prerrogativas a lo largo de la vida de los ciudadanos con expectativa de acceder a un derecho pensional. (STP12082-2019, STP10616-2020, STP11474-2020, STP11552-2020, STP12281-2020, STP3009-2021, STP3205-2021, STP1228-2021, STP2995-2021, entre otras).

Esto, aunado a que la Sala de Casación Laboral no ha tenido una línea unificada frente a la procedencia en estos casos del recurso extraordinario, por la imposibilidad de determinar el interés jurídico para recurrir, como lo ilustran las decisiones AL2079-2019 del 22 de mayo de 2019 y AL2182-2019 del 30 de mayo de 2019, entre otras muchas, situación que determina que la exigencia de su interposición no pueda demandarse como presupuesto perentorio para la procedencia de la acción de tutela.

4. En cuanto a los requisitos específicos, la acción se orienta a demostrar que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá desconoció el precedente de la Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del cambio de régimen pensional cuando se ha incumplido el deber de información por parte de las administradoras de pensiones, acogido, entre otras decisiones, en la SL1452-2019, SL4426-2019 y STL11385-2017, en las que, en lo

fundamental, se ha dicho que:

- i. Las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta y comprensible acerca de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.
- ii. Para 1993, las normas vigentes exigían 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 1º, artículo 97 Decreto 663 de 1993).
- iii. La suscripción del formulario de vinculación en modo alguno puede entenderse como un consentimiento informado.
- iv. Si el afiliado asegura que no recibió información veraz y suficiente de la AFP para el cambio de régimen pensional, corresponde a su contraparte probar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.
- v. La ineficacia del traslado no requiere una expectativa pensional, o la consolidación del derecho, y no es ineludible que el afiliado pertenezca al régimen de transición.

En efecto, regla jurisprudencial identificable en sentencias SL31314, 9 sep. 2008, SL33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964- 2018 y SL4989-2018, reiterada en fallos SL1689-2019 y SL4426-2019, en modo alguno indica que la ineficacia del traslado esté condicionada a que el afiliado sea beneficiario del régimen de transición o tenga una expectativa legítima para pensionarse.

vi. Además, en fallo SL1688 de 2019, la Sala estimó que la reacción del ordenamiento jurídico (artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993) a la afiliación desinformada, es la declaración de su ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. De ahí que resulte equivocado exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), o admitir el saneamiento del acto, por el paso del tiempo, o ratificación, en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.

vii. En la sentencia SL1421 de 2019 explicó que las pretensiones encaminadas a obtener la ineficacia del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias, se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin.

viii) Finalmente, en providencia SL2877-2020, frente a la afectación de la sostenibilidad del

sistema, se precisó que los recursos que deberá reintegrar el fondo privado a Colpensiones serán los utilizados para atender la prestación pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

5. Ahora bien, al ser revisada la sentencia cuestionada de 6 de agosto de 2019, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se tiene que los argumentos centrales para negar la pretensión del actor fueron los siguientes:

i) Que según se observa en el «formulario de afiliación» allí se dejó constancia que el actor se afilió de manera libre, voluntaria y sin presiones a la AFP demandada, lo que descarta cualquier vicio del consentimiento.

ii) En este caso, para la fecha del traslado el demandante no era beneficiario del régimen de transición ni acreditaba la densidad de semanas requerida, en tanto solo contaba con 355.7 semanas, sin que esta situación le impusiera una carga a la AFP Porvenir S.A. de informar respecto a las consecuencias del traslado atinente a la transición.

iii) El acto cuestionado acaeció el 28 de julio de 1999, así que para la época en el que se trasladó de régimen, no era posible dar a conocer al afiliado una expectativa acerca del monto de la mesada pensional.

6. Por manera que, tal como lo indicó la primera instancia, se advierte claramente que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá interpretó equivocadamente el precedente de la Sala de Casación Laboral, en cuanto a la temática que se debate, puesto que sus razonamientos distan del criterio del órgano de cierre de la jurisdicción del trabajo.

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá:

i) Para dar por acreditado el cumplimiento del deber información por parte de la

administradora, desconoció que la suscripción del formulario de vinculación en modo alguno puede entenderse como un consentimiento informado.

ii) No tomó en cuenta que el demandante alegó que no recibió información veraz y suficiente de la AFP para el cambio de régimen pensional, y que, en consecuencia, correspondía a la parte demandada demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

iii) Dejó de lado que en la SL1452-2019, la Sala de Casación Laboral indicó que la ineficacia del traslado no requiere una expectativa pensional, o la consolidación del derecho, y no es ineludible que el afiliado pertenezca al régimen de transición.

Al confrontar los fundamentos de la decisión cuestionada, se advierte la evidente vulneración de los derechos fundamentales de la accionante por parte de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Se confirmará, por ende, la decisión impugnada.

R E S U E L V E:

1. CONFIRMAR la sentencia impugnada, por las razones expuestas en la parte considerativa.
2. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. REMITIR el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 ibidem.

Notifíquese y cúmplase

FABIO OSPITIA GARZÓN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria