

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP16863 - 2021

Tutela de 2ª instancia No. 119742

Acta No. 286

Bogotá D.C., dos (02) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

La Sala resuelve la impugnación interpuesta por Protección S.A. contra el fallo de tutela del 8 de septiembre de 2021 proferido por la Sala de Casación Laboral que concedió el amparo de los derechos fundamentales de ISIDRO ROLDAN CÁRDENAS invocados contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

En primera instancia, se vincularon el Juzgado 37° Laboral del Circuito de Bogotá y las partes e intervinientes dentro del proceso ordinario laboral No. 11001310503720180009501.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Como hechos jurídicamente relevantes se destacan los siguientes:

1. ISIDRO ROLDÁN CÁRDENAS instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia contra la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, para que se declarara la nulidad o

ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó el 1° agosto de 1994 del Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones- a Protección S.A.

“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD DEL TRASLADO del señor ROLDAN CÁRDENAS del régimen Solidario de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por PROTECCIÓN S.A., que tuvo fecha de efectividad el 1° de agosto de 1994, y en consecuencia se ordenará que su afiliación efectiva corresponda al Régimen de Prima Media administrado por hoy COLPENSIONES (...)

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del señor (...) tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales junto con rendimientos que se hubieren causado.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a admitir el traslado del régimen pensional del señor (...)

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar los valores que reciba respecto de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., que reposen en la cuenta de ahorro individual del demandante.

QUINTO: Declarar que el señor (...) es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(...)

3. Por vía del recurso de apelación propuesto por las entidades enjuiciadas y el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia del 29 de enero de 2020, resolvió revocar la decisión del a quo y, en su

lugar, absolvió a las demandadas de las súplicas invocadas en su contra.

4. Inconforme con la anterior determinación, el demandante interpuso recurso extraordinario de casación. El 24 de agosto de 2020 la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá concedió el recurso, no obstante, el 25 de enero de 2021 el proponente presentó desistimiento del recurso, el que fue aceptado por la Sala de Casación Laboral mediante proveído AL301-2021 del 3 de febrero siguiente.

5. El accionante promueve demanda de tutela para salvaguardar sus derechos fundamentales del debido proceso, igualdad, seguridad social y mínimo vital, presuntamente conculcados con la sentencia del 29 de enero de 2020 proferida por la Sala Laboral accionada.

5.1. En punto de los requisitos generales de admisibilidad de la tutela contra providencias judiciales – subsidiariedad e inmediatez, precisó que el recurso de extraordinario no resulta idóneo porque i) ostenta la condición de sujeto de especial protección constitucional, ii) el tiempo de espera del trámite resulta desproporcionado y iii) no cuenta con la capacidad económica para cubrir los costos que implican la interposición de este.

Además, precisó que la demanda fue presentada en un término razonable que debe contabilizarse desde la aceptación del desistimiento del recurso de casación.

5.2. De otro lado, acusó a la colegiatura accionada de desconocer el precedente jurisprudencial establecido por la Sala de Casación Laboral de esta Corte en las sentencias SL17595 de 2017, SL1452 de 2019, SL6990 de 2020, relacionado con la ineficacia de los traslados de regímenes pensionales, frente al deber de información, la carga de la prueba en cabeza de los fondos y la insuficiencia del simple consentimiento expresado en el formulario.

ACTUACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

Mediante auto del 29 de junio de 2021 la Sala de Casación Laboral avocó conocimiento de la acción, corrió traslado a las entidades accionadas y vinculadas, las cuales se pronunciaron en los siguientes términos:

1. El Juzgado 37º Laboral del Circuito de Bogotá refirió que se atiene a lo manifestado en la sentencia del 15 de febrero de 2019 que profirió dentro del proceso ordinario laboral identificado con el radicado No. 110013105037201800095, promovido por el accionante en contra de Protección S.A. y Colpensiones.

Aclaró que para la fecha en que dictó dicha providencia no se habían proferido las sentencias SL 1459, 1688 y 1689 de 2019, no obstante, consideró que “con la exposición argumentativa y el entendimiento que le asignó para el estudio de la decisión judicial, atendió la línea jurisprudencial, sin separarse de los lineamientos jurisprudenciales posteriores”.

Así las cosas, consideró que la decisión judicial que emitió se ajustó a los parámetros legales y jurisprudenciales llamados a regular el asunto.

2. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá adjuntó copia de la providencia del 29 de enero de 2019.

3. La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones manifestó que la acción constitucional de tutela no puede constituirse como tercera instancia, no se materializó ningún vicio, defecto o vulneración de derechos fundamentales y no cumple con las causales de procedibilidad que permitan revocar la decisión judicial. Solicitó se declare la improcedencia del amparo.

4. La Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. informó que el 15 de julio de 1994 el demandante presentó solicitud de afiliación al fondo de pensión obligatoria administrado por Protección S.A., para trasladarse de Porvenir, traslado que se

efectivizó el 1° de agosto de 1994.

Agregó que el demandante, posteriormente, instauró una demanda ordinaria laboral en contra de esa entidad y de Colpensiones, a través de la cual pretendió la nulidad y/o ineficacia de su traslado de régimen.

Informó que el conocimiento del asunto correspondió al Juzgado 37º Laboral del Circuito de Bogotá bajo el radicado No. 2018-00095, despacho que, una vez agotadas las etapas procesales, accedió a las pretensiones de la parte accionante, sin embargo, en segunda instancia, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá revocó la decisión de primer grado.

Puntualizó que la decisión anterior fue objeto de recurso extraordinario de casación, el que aún se encuentra en trámite, por lo que consideró que debe rechazarse la actual acción constitucional, conforme al artículo 100 del Código General del Proceso.

Precisó que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá no vulneró el debido proceso ni el derecho a la igualdad, dado que cumplió con las cargas necesarias para no aplicar el precedente vertical. Citó las sentencias de la T - 292 de 2006 y T - 148 de 2011, y adujo que no se configuró el requisito “de similitud del caso en concreto con relación al caso estudiado por el superior jerárquico para generar el precedente”, de ahí que “la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá encontró justificación para no aplicar el precedente que considera vinculante”.

Resaltó haber asesorado en forma “clara y objetiva” a ROLDAN CÁRDENAS en todo lo relativo a las condiciones, características y diferencias que existen entre el régimen de ahorro individual -RAIS- y el régimen de prima media -RPM-, “dejando claridad que uno y otro son excluyentes y que cada uno conlleva sus propias regulaciones sin que pudiera hablarse de ventajas o desventajas o consecuencias negativas entre ambos”, razón por la cual el promotor de la acción, previo juicio de favorabilidad – según sus expectativas y

situación personal-, “eligió de forma libre, voluntaria y con información pormenorizada respecto a su futuro pensional” su administradora de pensiones.

Argumentó que el tutelante no agotó la figura del retracto consignada en el Decreto 1161 de 1994, con la que cuentan los afiliados de revocar su decisión, “ya sea del régimen pensional o de administradora dentro de los 5 días siguientes a la suscripción del formulario”, y que tampoco agotó la facultad establecida en la Ley 797 de 2003 que consiste en “la posibilidad de trasladarse de régimen pensional cuando ha permanecido en el mismo durante 5 años siempre y cuando le falten menos de 10 años para cumplir la edad mínima requerida para acceder a la pensión de vejez, con la que contó la demandante hasta el 17 de noviembre de 2011”.

Manifestó que no existió ninguna causal de nulidad dentro del trámite del proceso ordinario, por lo que “no es viable revivir un trámite que ya fue adelantado conforme a todas las normas sustanciales y procesales vigentes”. Finalmente, consideró que no existió de su parte conducta que constituya una violación de derecho fundamental alguno del accionante.

EL FALLO IMPUGNADO

Mediante fallo del 8 de septiembre de 2021 la Sala de Casación Laboral de la Corte concedió el amparo constitucional solicitado y resolvió dejar sin efecto la sentencia del 29 de enero de 2020 que emitió la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Indicó que el desistimiento del recurso extraordinario de casación, en principio, impediría la procedibilidad de la tutela, no obstante, dio por superada esa situación en aras de evitar un perjuicio irremediable frente a los derechos fundamentales invocados.

Consideró que el amparo constitucional deviene procedente porque la falta de aplicación de

los precedentes de la Sala de Casación Laboral, en algunos casos, desconoce derechos de rango fundamental.

Destacó que la reiterada jurisprudencia ha sido clara en indicar que la elección de los regímenes pensionales debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, previa asesoría de las administradoras de pensiones que les permita a los afiliados tener los elementos suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene o no un derecho consolidado, o si está próximo a pensionarse.

Destacó que para declarar la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales debe tenerse en cuenta los requisitos indicados en la sentencia SL1452/20191, estos son: “(1) [L]a obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado”, sin embargo, no fueron analizados en la decisión del 29 de enero de 2020.

Destacó que el juez plural accionado, en la providencia atacada, consideró que i) únicamente podrían trasladarse de régimen pensional aquellos que contaran con una expectativa para adquirir el derecho, ii) no se demostró la mala fe de la administradora demandada en omitir información acerca de las ventajas o desventajas del cambio de régimen, y iii) con la suscripción del formulario por parte del usuario se validaba la intención y voluntad para la escogencia del régimen pensional.

Luego del análisis detallado de la decisión, encontró que la autoridad judicial enjuiciada desconoció la línea jurisprudencial de esta Sala de Casación Laboral antes mencionada, y que ha sido reiterada en innumerables sentencias de los últimos años, incluyendo todas

aquellas decisiones constitucionales que han abordado el tema.

LA IMPUGNACIÓN

La Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. impugnó el fallo. En sustento de su disenso reiteró los argumentos expuestos en la respuesta al traslado de la acción constitucional de tutela y solicitó la “revocatoria de la sentencia que emitió el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, pues se demostró que en este caso se obró de conformidad con la ley sin haber vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante (sic)”.

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 propuesta contra el fallo de primera instancia, proferido por la Sala de Casación Laboral.

Problema jurídico

Establecer si la Sala de Casación Laboral de esta Corporación acertó al conceder el amparo solicitado por ISIDRO ROLDAN CÁRDENAS, y, especialmente, si la decisión del 29 de enero de 2020, 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 tutelante.

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. El presupuesto de subsidiariedad implica que quien acude a la acción de tutela debe haber agotado todos los mecanismos de defensa judicial que el ordenamiento jurídico pone a su disposición en el proceso que la motiva para salvaguardar sus derechos, en aras de la protección de los postulados de autonomía e independencia de la función jurisdiccional, legalidad y juez natural. Esto en virtud de la causal de improcedencia de la tutela, contenida en el artículo 6º, numeral 1º del Decreto 2691 de 1991 y el artículo 86, inciso 3º Superior.

El demandante asegura que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá incurrió en desconocimiento del precedente jurisprudencial al dictar el fallo del 29 de enero de 2020 que revocó la sentencia del 15 de febrero de 2019, por medio de la cual el Juzgado 37º Laboral del Circuito de la misma ciudad, declaró la ineficacia del traslado efectuado del Régimen Pensional de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad.

En cuanto al presupuesto de la subsidiariedad, pese a que el accionante renunció voluntariamente al recurso extraordinario de casación, teniendo la posibilidad de procurar la protección de los derechos que afirma violados a través de ese medio, la Sala es del criterio que cuando se está frente a una clara afectación de las garantías fundamentales, como ocurre en este caso, es necesario flexibilizar estos presupuestos, con el fin de proteger la vigencia del derecho (STP12082-2019, STP10616-2020, STP11474-2020, STP11552-2020, STP12281-2020, STP3009-2021, STP3205-2021, STP1228-2021, STP2995-2021, entre otras).

Por tanto, se estudiará de fondo el asunto, teniendo en cuenta que, (i) tiene relevancia constitucional, (ii) no se cuenta con otro mecanismo alternativo de defensa judicial, (iii) la acción fue presentada dentro de un término razonable, (iv) el interesado identifica claramente los hechos y los derechos fundamentales violados, y (v) no se procede contra una decisión de la misma naturaleza.

4. Pues bien, como se indicó en precedencia, el demandante acusa a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá de incurrir en una vía de hecho por desconocimiento del precedente jurisprudencial acerca de la ineficacia del cambio de régimen pensional cuando se ha incumplido el deber de información por parte de las administradoras de pensiones², que en lo fundamental ha indicado:

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 transición³.

vi) 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 traslado⁴.

Por este motivo, el examen 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) 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 fin⁵.

viii) No se afecta la sostenibilidad del sistema, porque 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 previstas⁶.

5. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en la sentencia cuestionada, para negar la pretensión del actor, argumentó puntualmente que:

i) El demandante se encontraba incurso en las causales de exclusión señaladas en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 por cuanto, a la entrada en vigor del Sistema, no tenía 55 años, ni gozaba de una pensión de invalidez, luego al no contar con una expectativa legítima para adquirir el derecho no podía recuperar el régimen pensional.

ii) No se demostró la mala fe de la Administradora de Fondo de Pensiones en omitir información acerca de las ventajas o desventajas del cambio de régimen, y, contrario a ello, con la suscripción del formulario por parte del usuario se validó la intención y voluntad para la escogencia del régimen pensional.

iii) Las pruebas aportadas al proceso, analizadas en el marco de la sana crítica, dan cuenta que el demandante reconoció que se le dio información sobre las ventajas del régimen y que recibió asesoría por parte de dos funcionarios del fondo, quienes le señalaron que la pensión podría ser más alta y pensionarse en cualquier tiempo y le presentaron un comparativo verbal. Con fundamento en ello, descartó la falta de asesoría “ya que el hecho de que dicha asesoría haya sido verbal como se indica en el interrogatorio no le quita el carácter de asesoría”.

6. Siendo así, tal como lo indicó la primera instancia y contrario a lo afirmado por la impugnante, se advierte claramente que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá omitió aplicar el precedente de la Sala de Casación Laboral pues i) exigió al tutelante una expectativa legítima de pensión para estudiar su traslado de régimen pensional, ii) consideró que la sola suscripción del formulario validó el consentimiento informado y iii) encontró

probado, sin estarlo, que la AFP le ofreció al usuario suficiente información para conocer las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual y la doble asesoría exigida, ello en virtud de la inversión de la carga de la prueba.

Bajo esa óptica, los razonamientos de la autoridad judicial accionada distaron del criterio del órgano de cierre de la jurisdicción del trabajo, lo que conduce a señalar que el a quo acertó al conceder el amparo promovido por ISIDRO ROLDAN CÁRDENAS, por lo que los reparos formulados por la recurrente devienen imprósperos.

Por las anteriores razones, se confirmará el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Sala Segunda de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

Primero. Confirmar la decisión impugnada.

Segundo. Notificar esta decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero. 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

1

2 SL1452-2019, SL4426-2019, STL11385-2017, entre otras.

3 La 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.

4 CSJ SL1688 de 2019.

5 CSJ SL1421 de 2019.

6 CSJ SL2877-2020.