



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 2

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP5872 - 2021

Tutela de 2ª instancia No. 115400

Acta No. 82

Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil veintiuno
(2021)

ASUNTO

Resolver la apelación propuesta por OLGA CECILIA CERQUERA PERDOMO, contra el fallo proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 3 de noviembre de 2020, que declaró improcedente la acción de tutela contra la Sala Laboral del Tribunal Superior Bogotá.

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. OLGA CECILIA CERQUERA PERDOMO demandó a Porvenir S.A. y Colpensiones, para obtener la ineficacia del

traslado del régimen de prima media con prestación definida a ahorro individual con solidaridad.

2. La demanda correspondió en primera instancia al Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá, bajo el radicado 11001310500220180063700, donde el 23 de julio de 2020, se accedió a lo pretendido.

3. Inconformes con lo anterior, las demandadas apelaron. El 29 de septiembre de 2020, la Sala Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad revocó la sentencia de primera instancia, y las absolvió.

4. Para la demandante, la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá (i) incurrió en un defecto fáctico, porque al momento de su traslado de régimen se presentó un vicio en su consentimiento, por cuanto, la AFP no le proporcionó información relevante, y, (ii) desconoce el precedente en cuanto a la temática que se debate¹.

5. Por tanto, solicitó el amparo del debido proceso, acceso a la administración de justicia, mínimo vital, dignidad y seguridad social, y, en consecuencia, se ordene la revisión de la sentencia atacada, y se acceda a las pretensiones de la demanda ordinaria.

TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

Mediante auto de 19 de octubre de 2020, la Sala de Casación Laboral de esta Corte admitió la demanda. Vinculó

¹ CSJ – Casación Laboral, SL1452-2019 del 3 de abril de 2019.

a las demás partes e intervinientes en el proceso ordinario laboral originario de la queja constitucional.

1. Colpensiones aludió al valor de la autonomía judicial, también a que los jueces se pueden apartar del precedente judicial vertical, siempre y cuando cumplan los presupuestos establecidos por la Corte Constitucional para ello, y eso fue lo que hizo la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

1.1. Agregó que, en este caso, no se estructura ninguna de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Recordó que esta acción no es una tercera instancia para analizar el litigio objeto de debate, en contravía de la independencia judicial y el principio de cosa juzgada.

1.2. Destacó el marco legal y la jurisprudencia sobre el derecho a escoger régimen pensional, los requisitos y sus limitaciones.

1.3. Aseguró que, de acuerdo con el artículo 167 del Código General del Proceso, la demandante debía acreditar los presupuestos que conllevan a la declaratoria de la nulidad de traslado de régimen pensional, demostrando *i)* los vicios en el consentimiento en ese negocio jurídico, y *ii)* ser beneficiaria del régimen de transición.

1.4. Sostuvo que, la decisión de la Sala accionada es coherente y razonable, no existe violación de derechos fundamentales, no se probó un perjuicio irremediable que

evitar, y acceder a las pretensiones afecta el sistema pensional, pues causa un grave impacto fiscal.

2. Porvenir S.A., se refirió a la improcedencia de la tutela por incumplir el presupuesto de subsidiariedad, al no haberse agotado el recurso extraordinario de casación, por tanto, existe cosa juzgada, y porque la demandante cuenta con el incidente de nulidad. En todo caso, aseguró que no se presentó una vía de hecho.

2.1. Planteó que la señora CERQUERA PERDOMO suscribió formulario de afiliación en el cual se indicó que (i) conocía de su derecho a retractarse, (ii) fue debidamente informada respecto a la financiación del RAIS, (iii) requisitos para acceder a pensión en ese régimen, (iv) bonos pensionales, (v) pérdida del régimen de transición, y (vi) que dicha decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones.

2.2. El traslado se produjo en los términos establecidos en el literal b. del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Afirmó que existe un deber de diligencia por parte de los afiliados de conocer las condiciones de su afiliación, máxime cuando se trata de un elemento esencial en su vida, siendo imposible que el demandante pretenda alegar su propia culpa, cuando no indagó por su futuro pensional.

2.3. Agregó que, en cumplimiento de la ley 797 de 2003 dio a conocer a sus afiliados a través de publicación en el diario El Tiempo la posibilidad de retornar a Colpensiones, pero la parte actora no hizo uso de la misma; señaló que

ahora eso es improcedente, porque no es beneficiaria del régimen de transición, y le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para adquirir pensión de vejez en régimen de prima media.

3. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá indicó que la acción de tutela es improcedente, por cuanto, su fallo no está ejecutoriado, y contra él procede recurso de casación. Aseguró que su decisión se sustentó en los presupuestos legales, jurisprudenciales y probatorios que rigieron el caso. Examinó el deber de información de la AFP, de acuerdo con el momento en el que se presentó el traslado.

EL FALLO IMPUGNADO

En sentencia de 3 de noviembre de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia declaró improcedente la acción de tutela, por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, porque para el 16 de octubre de 2020, fecha en la que se presentó la demanda constitucional, el fallo atacado no estaba ejecutoriado, por tanto, resultaba anticipado afirmar que con él se han desconocido los derechos de la accionante.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con lo anterior, OLGA CECILIA CERQUERA PERDOMO apeló. Manifestó que la primera instancia no resolvió de fondo la demanda. Indicó que en su caso procede un amparo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, pues está ad portas de cumplir la edad de pensión, y tiene

afectaciones de salud mental, por la incertidumbre frente a esa prestación. Insistió en los fundamentos y pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

De conformidad con 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.

Problema jurídico

Determinar si la acción de tutela procede para dejar sin efecto la sentencia dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 29 de septiembre de 2020, por desconocer el precedente vertical sobre la ineficacia de traslado de régimen pensional por información deficiente.

Análisis del caso concreto

1. La acción de tutela es un mecanismo judicial creado por el artículo 86 de la Constitución Nacional para la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en las situaciones específicamente precisadas en la ley.

2. Se caracteriza por ser un trámite subsidiario e informal, que tiene lugar ante la ausencia de otro medio de defensa que permita la protección del derecho fundamental, o cuando existiendo carece de eficacia para su protección. Y excepcionalmente, para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

2.1. 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.

3. 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 2005², entre ellos el de subsidiariedad, y se acredite que la decisión judicial incurrió en un defecto orgánico, procedimental, fáctico, material o sustantivo, de motivación, error inducido, desconocimiento del precedente o violación directa de la constitución³.

² “a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional, b) que se hayan agotado 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 ius-fundamental 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 afecta los derechos fundamentales de la parte actora, e) que la parte actora 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, y g) que no se trate de sentencias de tutela”

³ C-590/05 y T-332/06.

3.1. El defecto por desconocimiento del precedente, tema que es también objeto de debate en este asunto, se configura cuando el funcionario judicial se aparta sin justificación jurídica alguna de las sentencias emitidas por los tribunales de cierre, o de las dictadas por él al resolver asuntos que presentan una situación fáctica similar a la que es objeto de decisión⁴.

3.2. Para la Corte Constitucional, *“el juez solo puede apartarse de la regla de decisión contenida en un caso anterior cuando demuestre y cumpla los siguientes requisitos: (i) haga referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia); y (ii) ofrezca una carga argumentativa seria mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía”*⁵.

4. Tras revisar la página web de la Rama Judicial se advierte que, en el proceso 11001310500220180063700, no se interpuso recurso de casación contra el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 29 de septiembre de 2020, lo cual, tornaría improcedente el amparo, incluso, de forma transitoria.

5. Sin embargo, la Sala de Casación Laboral de esta Corporación no ha tenido una línea unificada frente a la procedencia en estos casos del recurso extraordinario, situación que determina que la exigencia de su interposición

⁴ T – 459 de 2017.

⁵ Criterio reiterado en la SU 354 de 2017.

no pueda exigirse como presupuesto perentorio para la procedencia de la acción de tutela.

Muestra de ello son las decisiones AL2079-2019 del 22 de mayo de 2019 y AL2182-2019 del 30 de mayo de 2019, entre muchas otras, en las que la Sala de Casación Laboral ha inadmitido demandas de casación por considerar que se carece de interés jurídico para activar la procedencia del recurso.

6. La parte actora plantea que, la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, dictada el 29 de septiembre de 2020, desconoce el precedente de la Sala de Casación Laboral, por cuanto, no tuvo en cuenta que, al momento de su traslado de régimen pensional, la AFP no le proporcionó información relevante.

7. Al revisar ese proveído, se advierte que el referido Tribunal revocó el fallo emitido por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá, por cuanto:

7.1. Al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida, en septiembre de 1996, la demandante no estaba incurso en las causales de exclusión del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, pues a la entrada en vigencia del sistema no tenía 50 años de edad, ni gozaba pensión de invalidez.

7.2. Diligenció el formulario de vinculación a Porvenir voluntariamente, como se corrobora con ese documento, y lo expuesto por ella en interrogatorio. La jurisprudencia de la

Sala de Casación Laboral señala que, ese documento, a lo sumo, acredita el consentimiento⁶, con lo cual se advierte que dicha suscripción de manera personal se convierte en un indicio de la reunión realizada entre la actora y el asesor de fondo de pensiones.

7.3. La demandante suscribió formulario de afiliación en dos ocasiones más, en 22 de mayo de 1998 y 16 de junio de 2000, cuando ya había superado el término trienal señalado en las normas vigentes de la fecha para trasladarse entre regímenes, con lo cual se infiere su deseo de permanencia en el régimen de ahorro individual.

7.4. De conformidad con el artículo 1509 del Código Civil, el error de derecho no vicia el consentimiento. De acuerdo con el artículo 9 del Código Civil, el desconocimiento de la ley no es excusa, por tanto, esa ignorancia no puede traerse para alegar vicios de consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley.

7.5. No hubo error en el consentimiento, porque la accionante quería cambiarse de régimen pensional y eso fue lo que obtuvo. No se alega fuerza o dolo en el negocio jurídico, por tanto, no hay vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto de traslado.

7.6. No es dado aplicar la causal de ineficacia del acto de traslado señalada por la jurisprudencia, por incumplimiento del deber de información, pues no se encuentra consignada en alguna norma legal. En todo caso,

⁶ SL1947-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 Y SL1689-2019.

se descarta, pues la parte actora, admite en el interrogatorio, que recibió información del asesor del fondo de pensiones en cuanto a la pensión anticipada, su cuenta individual, rendimientos y los aportes voluntarios, que son propios del régimen de ahorro individual.

7.7. Cualquier proyección que se haga al momento de afiliación no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado. Y en 1996, no era una condición para el cambio de régimen.

7.8. Acceder al cambio de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

8. Esto muestra que, en el asunto particular sí se presentó un desconocimiento del precedente de la Sala de Casación Laboral, en cuanto a la temática que se debate. En la SL1452-2019⁷, el órgano de cierre de la jurisdicción del trabajo reiteró que:

8.1. Las AFP 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. Es decir, no solo deben brindar información acerca del régimen de ahorro individual con solidaridad, sino, en cuanto al régimen de prima media con prestación definida, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características,

⁷ Ver entre otras, SL19447-2017, reiterada en SL4426-2019 y STL11385-2017.

ventajas, y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes.

8.2. La suscripción del formulario de vinculación en modo alguno puede entenderse como un consentimiento informado.

8.3. 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.

9. En la SL1688 de 2019, la Sala de Casación Laboral puntualizó que la reacción del ordenamiento jurídico (artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993) a la afiliación desinformada es la 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, resulta 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.

10. En la SL2877-2020, concluyó que la declaratoria de ineficacia del traslado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, *“puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones*

serán utilizados para el reconocimiento del derecho 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”.

11. Para contestar a la parte accionada, 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.

12. En la SL1421 de 2019, descartó la aplicación del término prescriptivo de 4 años, contemplado en el artículo 1750 Código Civil o los 3 del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, toda vez que, las pretensiones encaminadas a obtener la ineficacia del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias, ostentan un carácter declarativo, por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional.

13. Así las cosas, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá violó el debido proceso de la señora OLGA CECILIA CERQUERA PERDOMO, con la expedición del fallo de 29 de septiembre de 2020, por desconocimiento del precedente. Por tanto, se revocará el fallo emitido por la Sala de Casación Laboral el 3 de noviembre de 2020, para en su lugar, amparar el referido derecho.

14. En consecuencia, se ordenará a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que, en el término de los veinte

(20) días siguientes a la notificación de esta sentencia, deje sin efecto el fallo que emitió el 29 de septiembre de 2020, en el radicado 2018-00637 y resuelva nuevamente el asunto, observando los argumentos expuestos en los precedentes jurisprudenciales citados en esta providencia.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA N.º 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **Revocar** la decisión apelada, por las razones expuestas en la anterior motivación.

2. **Amparar** el debido proceso de la señora OLGA CECILIA CERQUERA PERDOMO.

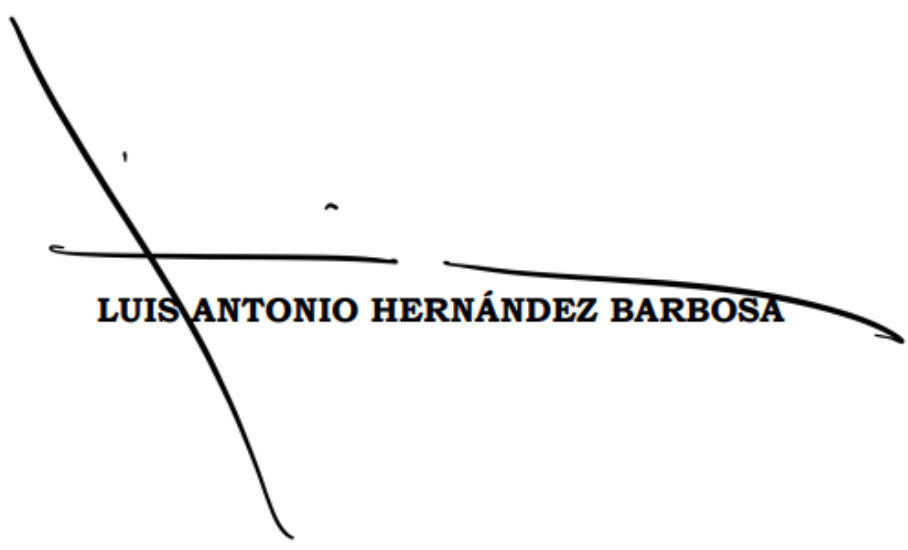
3. **Ordenar** a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que, en el término de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta sentencia, deje sin efecto el fallo que emitió el 29 de septiembre de 2020, en el radicado 2018-00637 y resuelva nuevamente el asunto, observando los argumentos expuestos en los precedentes jurisprudenciales citados en esta providencia.

4. **Enviar** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



FABIO OSPITIA GARZÓN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria