



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP1620-2023

Tutela de 1ª instancia No. 128144

Acta No. 009

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de enero de dos mil veintitrés (2023).

VISTOS

Se resuelve la acción de tutela instaurada por **MARTHA NUBY TOBON HERRERA** contra la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral –Sala de Descongestión No. 1- y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, por la presunta vulneración de derechos fundamentales al debido proceso, defensa, acceso a la administración de justicia, igualdad, mínimo vital, seguridad social, vida en condiciones dignas y la garantía a

las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional.

Fueron vinculados, como terceros con interés legítimo, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín y los intervinientes del proceso laboral con radicación No. 0500131050152017076100.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Como hechos jurídicamente relevantes se destacan los siguientes:

1. **MARTHA NUBY TOBON HERRERA** presenta acción de tutela contra la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral –Sala de Descongestión No. 1- por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa, acceso a la administración de justicia, igualdad, mínimo vital, seguridad social, vida en condiciones dignas y la garantía a las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional.

2. La actora nació el 22 de mayo de 1957 y a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones -1 de abril de 1994-, contaba con más de 35 años de edad y, por tanto, era beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

3. **MARTHA NUBY TOBON HERRERA** i) estuvo afiliada al extinto ISS -hoy Colpensiones-, a partir del 3 de mayo de 1976, ii) realizó cotizaciones en el régimen de prima media con prestación definida entre el 29 de octubre de 1976 y el 28 de

febrero de 1997, acreditando un total de 509,15 semanas cotizadas.

4. El 23 de enero de 1997, la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual -AFP COLFONDOS S.A.-, momento para el cual tenía 40 años de edad y más de 500 semanas cotizadas.

4.1. Afirma la actora que, al momento del traslado, desconocía las implicaciones del cambio del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual y que, por parte de AFP COLFONDOS S.A., no recibió información clara que le permitiera decidir sobre la conveniencia o no de la modificación de régimen pensional.

5. **MARTHA NUBY TOBON HERRERA** realizó aportes a AFP COLFONDOS S.A., desde el 1 de febrero de 1997 hasta abril de 2015 -938.71 semanas-.

6. En su historia laboral, la accionante completó un total de 1638.43 semanas en los dos regímenes pensionales.

7. Cumplió 55 años de edad el 22 de mayo de 2012, cotizando, para esa fecha, un total de 1.391,33 semanas, y no pudo acceder a la pensión de vejez por encontrarse afiliada a la AFP COLFONDOS S.A.

8. El 22 de mayo de 2014 cumplió los 57 años de edad, razón por la que radicó solicitud ante AFP COLFONDOS S.A. con el fin de obtener el reconocimiento de su pensión de vejez, por lo que, mediante oficio de 12 de mayo de 2015, el fondo de pensiones determinó que cumplía con los requisitos establecidos

en el artículo 65 de la ley 100 de 1993 y, en consecuencia, le reconoció la “*garantía de pensión mínima de vejez*”, la cual sería pagada a partir del mes de mayo de 2015 en cuantía de 1 SMMLV.

10. Afirma la accionante que, al ser notificada de la decisión anterior, presentó estado de ansiedad y preocupación por su mínimo vital, pues mientras se encontró vinculada laboralmente devengó una suma muy superior al salario mínimo.

11. Por los hechos anteriores, presentó demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral con el fin de que *i)* se dispusiera la ineficacia del traslado de régimen pensional, *ii)* se ordenara a Colpensiones reconocer la pensión de vejez, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición desde el 22 de mayo de 2012, proceso que por reparto correspondió al Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, bajo el radicado No. 2017-00761 y *iii)* “*Que se condene a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a reconocer y pagar a la señora MARTHA NUBY TOBON HERRERA, la pensión de vejez en la misma cuantía en la que hubiere tenido derecho en el régimen especial de transición, a partir de la fecha en que hubiere tenido derecho en dicho régimen, esto es desde el 22 de mayo de 2012, fecha en que reunió los requisitos de edad y semanas hasta la ejecutoria de la sentencia.*” (...).

12. La sentencia de primera instancia proferida el 29 de noviembre de 2018 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado de la señora MARTHA NUBY TOBÓN HERRERA, identificada con la cédula de ciudadanía 32.540.396, al fondo de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A. es válida y eficaz, al no haber ningún vicio en el consentimiento al momento de su vinculación y estar precedida del asesoramiento debido por parte de los dos asesores.

SEGUNDO: ABSOLVER a COLPENSIONES, representada legalmente por la doctora ADRIANA MARÍA GUZMÁN RODRIGUEZ, o por quien haga sus veces, a la AFP CONFONDOS S.A. representada legalmente por MANUEL TRUJILLO SANCHEZ o quien haga sus veces, al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, representada ALBERTO CARRADQUIDA, de todas las pretensiones de la demanda.” (...).

13. Contra la anterior decisión, el apoderado de la accionante MARTHA NURY TOBON HERRERA presentó recurso de apelación y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, en sentencia del 3 de diciembre de 2019, confirmó la providencia de primera instancia emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín.

15. Contra la decisión anterior, la accionante MARTHA NURY TOBON HERRERA interpuso recurso extraordinario de casación.

16. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia -Sala de Descongestión No. 1-, en sentencia SL2760 de 2 de agosto de 2022 -radicación 86991- no casó la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

2. La accionante alega que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia -Sala de Descongestión No. 1- incurrió en una vía de hecho por las siguientes causales específicas de procedencia de tutela contra providencias judiciales:

2.1. Desconocimiento del precedente. Plantea que la Sala de Descongestión No. 1 desconoció flagrantemente el precedente de la Sala Permanente respecto a la ineficacia del traslado del régimen pensional y la posibilidad de disponer la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora de pensiones que

incumplió su deber de información a fin de que se ordene el pago de la diferencia entre la mesada reconocida en el RAIS y aquella que hubiese tenido en el RPMPD (CSJ SL3535-2021).

Resalta que en la demanda planteó expresamente la pretensión de condena por ese concepto en contra de AFP COLFONDOS S.A., e insistió en esa postulación en los recursos de apelación y casación sin que la Sala de Descongestión No. 1 haya hecho pronunciamiento al respecto.

2.2. Defecto fáctico. Considera que la Corporación accionada no valoró en debida forma el interrogatorio de parte rendido por MARTHA NUBY TOBON HERRERA, pues el mismo demostraba que no se le suministró, por parte de la AFP COLFONDOS S.A., una información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta respecto a las consecuencias legales y económicas que tendría el cambio de régimen pensional.

2.3. Defecto sustantivo. Propone que en su caso no se aplicó el artículo 334 de la Constitución Política, según el cual, ninguna autoridad estatal puede invocar sostenibilidad fiscal para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

De manera adicional, cita el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, que hace referencia a la descripción de las características y condiciones de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer, con exactitud, la lógica de cada uno de ellos.

Cita los artículos 2341 del Código Civil y 16 de la Ley 446 de 1998, para referir que es un principio general del derecho que aquel que comete un daño por culpa está obligado a repararlo.

2.4. Violación directa de la Constitución. Afirma que no se tuvieron en cuenta los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, con el fin de garantizar el derecho fundamental a la igualdad y el principio de favorabilidad.

3. Adicionalmente, censura la condena en costas procesales realizada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral –Sala de Descongestión No.1-, y alega que es una adulta mayor de 65 años de edad, su mesada pensional asciende al salario mínimo legal, y es el único ingreso económico que garantiza su mínimo vital.

Para esos efectos, solicita que se tenga en cuenta que para la fecha de presentación de la demanda -13 de septiembre de 2017-, no existía claridad ni doctrina probable frente a la consecuencia jurídica aplicable a los casos en que un asesor de fondo de pensiones hubiese omitido el deber de información, pues ello se estableció a partir de las sentencias SL 373 de 2021, 3545 y 5704 de 2021.

TRÁMITE Y RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS

Por auto del 16 de diciembre de 2022, esta Sala avocó conocimiento de la acción y ordenó correr traslado de la misma a las autoridades accionadas y demás vinculadas. Se rindieron los siguientes informes:

1. El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**. Afirma que fue notificada el 14 de junio de 2018, como parte vinculada dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora MARTHA NUBY TOBON HERRERA, conocido por el Juzgado Quince Laboral de Medellín.

Alega la improcedencia de la tutela frente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y considera que la decisión cuestionada se adoptó conforme a la libre valoración de la prueba y acatando el precedente jurisprudencial en relación al traslado de régimen pensional frente a personas que ya tienen consolidada su situación pensional.

En consecuencia, solicita declarar improcedente o, en su defecto, negar la acción de tutela.

2. El **Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín** consigna que es cierto el recuento histórico narrado en la demanda referente a las providencias proferidas dentro del proceso ordinario laboral con radicado 05001-3105-015-2017-00761-00 promovido por MARTHA NUBY TOBON HERRERA en contra de COLFONDOS y otro.

Resalta que la acción de tutela es un mecanismo residual para la protección de derechos fundamentales.

3. La **Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín** remite el expediente radicación No. 05-001-31-05-2017-00761-02.

4. **COLFONDOS S.A.**, por intermedio de su apoderado, manifiesta que se opone a la prosperidad de la acción de tutela, en atención a que no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la accionante.

Indica que el conflicto jurídico propuesto no puede ser dilucidado por el juez de tutela, sino por el juez natural encargado de resolver las pretensiones propuestas por la actora. Considera que la tutela es evidentemente improcedente.

5. La **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, a través de su apoderada judicial, manifiesta que la accionante pretende desnaturalizar la acción de tutela, con la finalidad de que se deje sin efectos una sentencia, sin tener en cuenta la figura de la cosa juzgada.

Concluye que la pretensión de la accionante es improcedente porque no cumple ninguna de las causales de procedibilidad de la acción frente a decisiones judiciales.

Subraya que no se probó la vulneración de derechos fundamentales, ni la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable conceder la protección.

6. La **Sala de Casación Laboral -Sala de Descongestión No. 1- de la Corte Suprema de Justicia** afirma que la actora demandó con el fin de obtener la declaratoria de la ineficacia de su traslado al RAIS y que se tuviera como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida y, por tanto, se le reconociera la pensión de vejez, de conformidad con los parámetros del Acuerdo 049 de 1990.

Expone que la Sala, al desatar el recurso extraordinario, estableció que no era viable acceder a las pretensiones, como quiera que aquella ya gozaba del estatus de pensionada en el RAIS, hecho consolidado que imposibilitaba declarar la ineficacia, decisión que apoyó en los criterios de la Corporación - cita las sentencias CSJ SL1113-2022, CSJ SL1718-2022, CSJ SL373-2021.

Señala que se encuentra obligada a acatar esos precedentes, de acuerdo a la Ley 1781 de 2016. Concluye que no se puede predicar la transgresión de ningún derecho fundamental y solicita despachar desfavorablemente la súplica.

7. El **Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación**, administrado por la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario FIDUAGRARIA S.A., parte por explicar la supresión y liquidación del Instituto de Seguros Sociales.

Precisa que el P.A.R. ISS carece de facultad jurídica para pronunciarse sobre los aspectos relacionados con el régimen de prima media con prestación definida, siendo COLPENSIONES, actualmente, la entidad encargada de administrarlo.

Por último, sostiene que, desde el 31 de marzo de 2015, esa la entidad dejó de ser sujeto de derechos y obligaciones y solicita la desvinculación de la presente acción.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 7° del artículo 1° del Decreto 333 de 2021 y según el artículo 44 del Reglamento de la Corte, esta Sala es competente para resolver la acción de tutela, por dirigirse contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Problema jurídico

Corresponde a la Corte determinar si frente a la sentencia SL2760 de 2 de agosto de 2022, dictada por la Sala de Casación Laboral Sala de Descongestión No. 1 de la Corte Suprema de Justicia, se configuran los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y, por ende, si debe concederse el amparo invocado. Específicamente, se establecerá si en esa decisión se estructuran los defectos i) fáctico, ii) sustantivo y iii) por desconocimiento de la Constitución y del precedente, en relación con la indemnización de perjuicios derivada de las transgresiones al deber de información de las AFP al momento del traslado del régimen pensional de prima media con prestación definida –RPMPD- al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS.

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 en los casos previstos en la ley (artículos 86 de la Constitución Política y 1° 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 SU-215 de 2022, es decir, que *i)* se acredite la legitimación en la causa, *ii)* la providencia cuestionada no sea un fallo de tutela -excepto que se acredite que el mismo es producto de una situación de fraude-¹, “*ni una decisión proferida con ocasión del control abstracto de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, como tampoco la que resuelva el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad por parte del Consejo de Estado*”², *iii)* cumpla las exigencias de subsidiariedad e inmediatez, *iv)* identifique con claridad los hechos y los derechos vulnerados o amenazados y la discusión haya sido planteada dentro del proceso judicial.

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 (SU215 de 2022, C-590/05 y T-332/06).

3. Como ya se indicó la actora orienta la acción de tutela a cuestionar la decisión SL2760 de 2 de agosto de 2022 -radicación 86.691-, mediante la cual la Sala de Casación Laboral -Sala de Descongestión No. 1- no casó la sentencia de 3 de septiembre de 2019 del Tribunal Superior de Medellín mediante el cual se confirmó la decisión que negó las pretensiones de la demandante.

4. En el presente asunto *i)* lo discutido es de relevancia constitucional en tanto se alega, entre otras, la vulneración de

¹ La única excepción a esta regla tiene que ver con la doctrina de la cosa juzgada fraudulenta y el principio del fraude todo lo corrompe. Al respecto ver, entre otras, las Sentencias: T-218 de 2012 y T-373 de 2014 M.P.

² Ver: Sentencia SU-074 de 2022.

derecho fundamentales al debido proceso, defensa, acceso a la administración de justicia, igualdad, mínimo vital, al resolver el proceso laboral iniciado por **MARTHA NUBY TOBON HERRERA**, *ii)* se promovió en un término razonable y se agotaron todos los medios ordinarios de defensa judicial, pues se interpuso el recurso de casación y el mismo fue resuelto mediante providencia SL2760 de 2 de agosto de 2022, *iii)* la parte demandante efectuó una exposición razonable de los hechos que generan la solicitud fundamental y, *iv)* no se trata de sentencias de tutela, de control abstracto de constitucionalidad ni control de nulidad por inconstitucionalidad.

5. Verificado el cumplimiento de las exigencias genéricas de procedencia, la Sala limitará su estudio a la sentencia dictada en casación, por ser la que definió el debate planteado.

6. La jurisprudencia constitucional, en relación a la caracterización del defecto por desconocimiento del precedente judicial, tiene dispuesto que se configura cuando el funcionario judicial se aparta de las sentencias emitidas por los tribunales de cierre (precedente vertical) o los dictados por ellos mismos (precedente horizontal) al momento de resolver asuntos que presentan una situación fáctica similar a los decididos, sin exponer las razones jurídicas que justifiquen el cambio de jurisprudencia. (SU 195/2012, SU 264/15).

7. Tras ser revisada la providencia cuestionada -SL2760 de 2022-, proferida por la Sala de Descongestión No. 1 de la Sala de Casación Laboral, se encuentra que los argumentos centrales para no casar la sentencia del tribunal, fueron los siguientes:

“Así las cosas, le corresponde a la corporación dilucidar si la colegiatura erró al considerar que no es factible declarar la ineficacia del traslado de la actora del RPM al RAIS, por tratarse de una persona que ya tiene la calidad de pensionada dado que la AFP accionada le reconoció la prestación de vejez con el beneficio de Garantía de Pensión Mínima.

De entrada advierte la Sala que no le asiste razón a la demandante en los reproches que le endilga al Tribunal, toda vez que partiendo del hecho incontrovertido de que ostenta la calidad de pensionada en el Régimen de Ahorro Individual – RAIS, no es posible volver al estado en que las cosas se hallaban antes de trasladarse del RPM, como quiera que su nuevo estatus constituye una situación jurídica consolidada, o en otras palabras, un hecho consumado que no se puede revertir sin afectar a múltiples entidades, personas, actos, relaciones jurídicas, y por consiguiente, derecho y obligaciones e intereses de terceros de los sistemas pensionales en conjunto.

Sobre el particular, basta memorar la sentencia CSJ SL1113-2022, acogida en la providencia CSJ SL1718-2022, en las que se resolvieron sendas controversias de contornos fácticos y jurídicos similares a los que aquí se analizan y en las que se reiteró lo expresado en la sentencia CSJ SL373-2021.

(...) Así las cosas, atendiendo el lineamiento jurisprudencial transcrito, es evidente que el colectivo de instancia no se equivocó al considerar que no es posible retrotraer o reversar la calidad de pensionada de la demandante bajo la figura de la ineficacia de su traslado al RAIS, esencialmente, por tratarse de una situación ya consolidada.

Dada la imposibilidad de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS por tener el estatus de pensionada, resulta intrascendente en este caso, definir a quien correspondía la carga de la prueba para acreditar fallas o incumplimiento del deber de información al momento de la afiliación o cambio de esquema pensional, menos aludir a un vicio del consentimiento” (...)

8. La accionante, en esta oportunidad, no discute la negativa de ineficacia del traslado del régimen pensional y, por el contrario, plantea que esa decisión resulta acorde con los criterios de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia -SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019-.

Lo censurado realmente es que ninguna de las autoridades judiciales se haya pronunciado en relación con la pretensión de indemnización de perjuicios a cargo del fondo privado de

pensiones por transgredir el deber de información al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS.

9. En el caso de los pensionados del RAIS –situación en la que se encuentra la accionante-, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia defiende el criterio de que no es posible darle *efectos prácticos* a la declaratoria de ineficacia teniendo en cuenta que esa calidad da lugar a una situación jurídica consolidada o un hecho consumado que no se puede revertir sin afectar “*a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto*” (CSJ SL373-2021).

Conforme esa tesis y a lo alegado por **MARTHA NUBY TOBON HERRERA**, se debe precisar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia -SL 3535 de 2021-, en relación con la reparación directa por los perjuicios causados por el incumplimiento del deber de información en cabeza de las administradoras de pensiones, ha sostenido lo siguiente:

“Por lo visto, el Tribunal no incurrió en los errores que le endilga la censura, pues al advertir que la ineficacia de la afiliación es incompatible con la condición de pensionado, plasmó una tesis compatible con la actual postura de esta Sala.

Finalmente, debe recordarse que lo dicho no impide que los pensionados obtengan una reparación derivada de los perjuicios causados por el incumplimiento del deber de información en cabeza de las administradoras de pensiones a través del empleo de la respectiva acción. Precisamente, en la citada sentencia CSJ SL373-2021 se indicó:

[...] Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

*Por consiguiente, **siempre que dicha pretensión sea plasmada en la demanda** -lo que en este caso no ocurrió-, **bien podría el juez ordenar a título de indemnización de perjuicios el pago a cargo de la AFP de la diferencia entre la prestación reconocida en el RAIS y aquella que hubiese tenido en el RPMPD.** Esto es, imponer el pago de una renta periódica en los mismos términos en que lo habría hecho el régimen de prima media con prestación definida, tanto para el pensionado como para sus potenciales beneficiarios, ordenando compensar o restituir todo aquello a lo que haya lugar.”*

Por su parte, la sentencia SL 3871-2021, respecto al ejercicio de la acción indemnizatoria, estableció que será viable en el caso de los pensionados, porque no es posible retrotraer esa condición para restituir la vinculación al régimen de prima media con prestación definida:

“Por tanto, el razonamiento del Tribunal según el cual el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 aplica exclusivamente en el marco de relaciones de trabajo subordinadas, es errado y restringe injustificadamente la protección de los derechos de los trabajadores en otros contextos donde se desenvuelven relaciones de poder entre sujetos que ocupan una posición preeminente y otros que por ausencia de conocimiento, información, recursos o experticia se encuentran en un rango de inferioridad.

Adicionalmente, el juez de segundo grado pasó por alto que la sanción de ineficacia también encuentra respaldo en los artículos 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política (CSJ SL4360-2019). En efecto, si se asume que existe un derecho básico de los trabajadores a recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional, se sigue que su vulneración debe encontrar respuesta en el artículo 53 de la Constitución Política y, especialmente, en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que refiere que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «no produce efecto». Lo anterior, en armonía con el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, que expresamente involucra los principios mínimos fundamentales del trabajo en la interpretación y aplicación de las normas del sistema de seguridad social.

Así, para la Corte no hay duda de que la vía correcta para dejar sin valor el cambio de régimen pensional de los afiliados, cuando se alega la inobservancia del deber de información de las AFP, es la acción de ineficacia. Dicho esto, se concluye que el Tribunal se apartó de la jurisprudencia de esta Sala sin ofrecer argumentos sólidos y persuasivos.

Para cerrar, conviene mencionar que el planteo de la exclusividad de la acción indemnizatoria esgrimido por el Tribunal podría tener lugar cuando el demandante tiene la calidad de pensionado, evento en el cual la jurisprudencia tiene sentado que no es factible revertir o retrotraer dicha calidad para restablecer la afiliación en el RPMPD, como si la persona nunca se hubiese trasladado de régimen (CSJ SL373-2021). No obstante, cuando se trata del afiliado es claro que el mecanismo adecuado es la acción de ineficacia, sin perjuicio de que puedan alegarse de manera complementaria perjuicios, cuando estos se encuentren debidamente demostrados.”

9. En el caso concreto, en las pretensiones de la demanda, se plasmó la solicitud de medida indemnizatoria o resarcitoria, en los siguientes términos:

“Que se condene a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a reconocer y pagar a la señora MARTHA NUBY TOBON HERRERA, la pensión de vejez en la misma cuantía en la que hubiere tenido derecho en el régimen especial de transición, a partir de la fecha en que hubiere tenido derecho en dicho régimen, esto es desde el 22 de mayo de 2012, fecha en que reunió los requisitos de edad y semanas hasta la ejecutoria de la sentencia.” (...)

10. Al confrontar los fundamentos de la decisión cuestionada SL 2760 de 2022, se advierte que evidentemente en ese proceso laboral no se realizó pronunciamiento en relación con la pretensión de resarcimiento de perjuicios frente al fondo privado de pensiones, con lo que se desconoció el precedente de la Sala de Casación Laboral -permanente- de esta Corte - SL373/2021, SL3871/2021, SL1637/2022- que indica que ante la inviabilidad de revertir el traslado de régimen surge la posibilidad de disponer la indemnización en razón de los daños generados.

10.1. Destáquese que la autoridad judicial accionada se limitó a verificar que la demandante tenía la condición de pensionada en el RAIS y que, por tanto, no era viable disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional. No obstante, dejó de considerar que las pretensiones también apuntaron a reclamar la reparación de perjuicios.

De esta manera, conforme a la decisión CSJ SL373-2021, desconoció el mandato del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que *“consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.”*

De manera adicional, se advierte que, al no pronunciarse sobre las medidas compensatorias, se vulneró el principio de congruencia, vulnerándose el derecho fundamental al debido proceso de la accionante.

11. En consecuencia, se concederá el amparo al debido proceso y, por tanto, se ordenará a la Sala de Descongestión No. 1 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, en el término de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta sentencia, deje sin efecto el fallo SL 2060 de 2 de agosto de 2022 y, en consecuencia, resuelva nuevamente el recurso extraordinario de casación, teniendo en cuenta las pretensiones propuestas por la demandante y acatando los

precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral – permanente- de esta Corte.

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,

RESUELVE:

1. Amparar el derecho fundamental al debido proceso de la señora **MARTHA NUBY TOBON HERRERA**, acorde a los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

2. Ordenar a la Sala de Descongestión No. 1 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, en el término de los veinte días siguientes a la notificación de esta sentencia, deje sin efecto el fallo SL 2760 de 2022 proferido el 2 de agosto de 2022 y, en consecuencia, resuelva de nuevo el recurso extraordinario de casación, teniendo en cuenta las pretensiones propuestas por la demandante y acatando los precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral – permanente- de esta Corte.

3. NOTIFICAR este proveído, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

4. De no ser impugnada esta sentencia, **envíese** 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

Sala Casación Penal @ 2023