



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 2

HUGO QUINTERO BERNATE
Magistrado Ponente

STP4442-2022

Radicación No. 121602

Acta No. 16

Bogotá, D.C., primero (1º) de febrero de dos mil veintidós (2022).

V I S T O S

Resuelve esta Corporación la acción de tutela interpuesta por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a través de apoderada, contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad.

Al trámite fueron vinculados el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, así como la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- y el señor Luis Armando Murillo, demandados dentro del proceso ordinario laboral que originó este diligenciamiento.

I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. Para lo que compete resolver en el presente asunto, del escrito de tutela y documentos aportados al plenario la Sala destaca los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

- (i)** La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (en adelante PORVENIR S.A.) promovió proceso ordinario laboral contra Luis Armando Murillo y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones (en adelante Colpensiones), con el propósito de que se declarara que el aludido ciudadano tiene derecho a la pensión de invalidez a partir del 1.º de agosto de 1998 y que su reconocimiento y pago corresponde a la última entidad, como encargada del Régimen de Prima Media.
- (ii)** Mediante sentencia del 26 de junio de 2015, el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a los demandados.
- (iii)** Habiendo sido objeto de apelación, la Sala Laboral del Tribunal Superior de la misma ciudad, a través de providencia del 13 de octubre de 2015, confirmó la decisión de primera instancia y condeno en costas a la actora.
- (iv)** El 8 de septiembre de 2021, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al desatar el recurso extraordinario de casación promovido por la sociedad accionante, decidió no casar la sentencia de segundo grado.
- (v)** La promotora del resguardo, en aras de evidenciar la presunta transgresión, expresó, entre otras cosas, que la homóloga Laboral al adoptar su decisión apuntó que, «*si bien la Corte Constitucional en un caso similar profirió sentencia de unificación SU 313 de 2020, a través de la cual se determinó un criterio para resolver la controversia*

de competencia entre administradoras de pensiones, esa Sala no lo comparte, sin que haya una carga argumentativa suficiente que permita desconocer la sentencia SU que tiene efecto vinculante en el presente caso», circunstancia que, agregó, «configura causal de procedibilidad bajo el criterio de desconocimiento del precedente...».

De igual modo, señaló que en el caso se tiene acreditada la existencia de un defecto sustantivo por la indebida interpretación y aplicación del artículo 42 del decreto 1406 de 1999, destacando al respecto que la interpretación de esta regla establece que responde por la prestación económica de invalidez, «la Administradora de Pensiones tenía (sic) su cobertura y que recibió el aporte pensional para la fecha de estructuración, criterio que comparte de la Corte Constitucional», sosteniendo, además que «Resulta descontextualizado pretender que las aseguradoras cubran contingencias anteriores a la fecha en que se inicia la cobertura dado que para cada periodo de tiempo se destinó un porcentaje específico para cubrir las contingencias de invalidez y muerte, por tanto, mientras el señor LUIS ARMANDO MURILLO estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES pagó una prima de seguro que le cubría todas las contingencias generadas entre el 22/12/1994 y 30 de marzo de 2002...», motivo por el que la interpretación dada por la accionada «es contraria a la establecida al ordenamiento jurídico dado que desconoce los siguientes factores...».

2. Como consecuencia de lo anterior, la sociedad demandante acude al juez de tutela para que, en amparo de las prerrogativas constitucionales invocadas, **intervenga** en el proceso ordinario laboral que dio origen a esta acción, **deje** sin efecto la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y, en su lugar, **ordene** «emitir nueva providencia acatando el precedente jurisprudencial vinculante y con efectos erga omnes como lo es la sentencia de unificación SU 313 de 2020y/o SU 588 de 2016»,

adicionando que, en el evento en que no se acojan las anteriores pretensiones, «se ordene a la accionada emitir un nuevo pronunciamiento donde explique las razones que tuvo para apartarse del precedente establecido en las sentencias de unificación.».

II. TRÁMITE DE LA ACCIÓN

Mediante auto del 18 de enero de 2022 la Sala admitió la demanda y dispuso correr el respectivo traslado a las autoridades y partes mencionadas, para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción.

La Sala accionada remitió copia de la sentencia censurada (CSJ SL5183- 2021), sin más.

A pesar de haber sido notificados, los demás vinculados al trámite no se pronunciaron dentro del término concedido para tal efecto.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con lo previsto en el art. 37 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 7 del canon 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el art. 1º del Decreto 333 de 2021 y el art. 44 del Reglamento General de la Corte Suprema de Justicia–, esta Sala es competente para tramitar y decidir la acción de tutela, por estar dirigida contra la Sala de Casación Laboral de esta Corporación.

Referente a la acción pública que nos ocupa, ha de precisarse que el artículo 86 de la Constitución Política establece que se trata de un mecanismo concebido para la

protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por cualquier acción u omisión, siempre que no exista otro recurso o medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En camino a resolver el asunto que concita la atención de la Corte, es preciso recordar que, en múltiples pronunciamientos, esta Corporación ha hecho mención de los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la acción de amparo contra providencias judiciales, destacando que los segundos han sido reiterados en pacífica jurisprudencia a partir de la sentencia C-590/05. Estos son: *(i) defecto orgánico; (ii) defecto procedimental absoluto; (iii) defecto fáctico; (iv) defecto material o sustantivo; (v) error inducido; (vi) decisión sin motivación; (vii) desconocimiento del precedente; y (viii) violación directa de la Constitución.*

Por manera que, a partir de la precitada decisión de constitucionalidad, la procedencia de la tutela contra una providencia emitida por un juez de la República se habilita, únicamente, cuando superado el filtro de verificación de los requisitos generales (relevancia constitucional, inmediatez, subsidiariedad y que no se trate de sentencias emitidas en trámites de igual naturaleza), se presente al menos uno de los defectos específicos antes mencionados.

Bajo ese derrotero, se impone recordarle a la parte accionante que, siendo la tutela un mecanismo de protección excepcional frente a providencias judiciales, su prosperidad va ligada al cumplimiento de “*ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad*” CC C-590/05 y T-332/06 que implican una carga

para ella no solamente en su planteamiento, sino también en su demostración, como lo ha expuesto la propia Corte Constitucional, pues las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada gozan de la triple presunción de acierto, legalidad y constitucionalidad, que brindan seguridad jurídica a las decisiones judiciales, necesaria para la consolidación del Estado de Derecho. Sólo por vulneraciones constitucionales, relativas a los derechos fundamentales, mediante acciones reflejadas en los hechos, oportuna y claramente planteados y demostrados, se puede desvirtuar dicha presunción.

Descendiendo al caso concreto, advierte la Corte que la apoderada judicial de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. no demostró que se configure un defecto específico que estructure la denominada vía de hecho, es decir, no acreditó que la providencia reprobada, esto es, la emitida en sede extraordinaria de casación, esté fundada en conceptos irrazonables o arbitrarios de tal trascendencia, que corresponda al juez constitucional conjurarlos mediante este excepcional instrumento de amparo para los derechos fundamentales invocados.

Y es que la homóloga Laboral, después de fijar algunos aspectos tendientes a determinar el problema jurídico a resolver, explicó que resultaba acertado que el tribunal, para la solución del asunto, hubiere dado aplicación a lo previsto en el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999, *«ante la ausencia de una norma que regule la situación concreta en discusión (CSJ SL5603-2019)»*, toda vez que este precepto:

[E]s concordante con el imperativo de eficiencia del sistema, pues (i) pretende evitar los conflictos entre entidades administradoras y la tardanza que esto puede generar en el reconocimiento de las prestaciones respectivas, así como (ii) retornos a regímenes pensionales antiguos sin justificación legal. Este último aspecto es relevante, pues imponerle el reconocimiento pensional al fondo antiguo o al que estaba vinculado el afiliado cuando la invalidez se estructuró y se causó la pensión que ampara el riesgo, y no al fondo nuevo o en el que la situación de invalidez se declaró formalmente, implica la anulación de la decisión libre y voluntaria de la persona en torno a permanecer en un régimen de pensiones determinado, lo que no puede ser desconocido por circunstancias no previstas en la ley y que tampoco les son atribuibles a los afiliados. Sobre esto se ahondará en el siguiente punto.

Luego de enunciar las circunstancias que configuran el estado de invalidez, anotó que en el marco de esta experiencia de vida, la persona tiene la posibilidad de incorporarse o reincorporarse a la fuerza laboral, y en ese decurso es posible que recupere la totalidad de su capacidad para trabajar, la mantenga o, en caso de tener una enfermedad congénita, degenerativa o progresiva, es factible que llegue a un punto en el que ésta se evidencie de tal manera que le implique una situación de invalidez permanente y definitiva.

A raíz de este carácter esencialmente variable de la invalidez, *in extenso* agregó:

[L]a Sala ha precisado que en ambos regímenes pensionales -de ahorro individual o prestación definida en prima media- se

promueve que la persona pensionada por invalidez continúe trabajando y cotizando para formar una pensión de vejez en los términos previstos para cada esquema pensional (CSJ SL3696-2021). En ese decurso, las pensiones de invalidez pueden ser revisadas periódicamente -artículo 44 de la Ley 100 de 1993. Y los resultados que ello puede arrojar son indescifrables, pues como puede que se le disminuya la mesada pensional, también es posible que aumente, que se le suspenda y luego se reanude, etc. (CSJ SL867-2019).

Lo anterior reconoce, por un lado, que el ejercicio del derecho al trabajo de las personas en situación de invalidez o discapacidad es una obligación del Estado que debe garantizarse, lo que se integra al deber de eliminar progresivamente las barreras actitudinales o contextuales que impidan su participación plena y efectiva en el ámbito social y laboral (artículos 25 y 54 de la Constitución Nacional, 22 y 24 de la Ley 361 de 1997, entre otras normas, CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 39863, SL 24 abr. 2012, rad. 37902, CSJ SL14433-2014, CSJ SL5168-2017 y CSJ SL3610-2020).

Y por el otro, que la persona puede en un momento histórico específico sufrir una situación de invalidez o discapacidad, pero conservar capacidades laborales para ofrecerlas en el mercado y de esta manera continuar ejerciendo los derechos sociales que le transmite el trabajo. Estas expresiones no pueden desconocerse, pues hacen parte de la autonomía individual de la persona en situación de discapacidad o invalidez, garantizada en la Convención sobre las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009.

Teniendo claro lo anterior, para la Sala no es admisible, en principio, restringir las actuaciones que aquellas personas desplieguen en ejercicio de su fuerza laboral y, especialmente para este caso, su libre elección de vincularse y permanecer en una

entidad pensional, dado que este derecho se le garantiza a todos los ciudadanos -literales b) y e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2.º de la Ley 797 de 2003-, y no puede desconocerse en cualquier forma so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Por ello, esta libertad de elección integra el núcleo esencial del derecho mínimo a la seguridad social -artículo 53 Superior-, y su transgresión incide directamente en otros bienes constitucionales fundamentales como la salud, la vida, el trabajo y la dignidad humana.

La elección de régimen o fondo pensional es una decisión del afiliado que tiene una orientación multidimensional, pues abarca la aspiración de cualquier persona en torno a ampararse él y sus beneficiarios no solo del riesgo de invalidez, sino también los de vejez y muerte, conforme al marco jurídico prestacional que ofrece cada uno de los regímenes validados por el Estado.

En el anterior contexto, para la Sala no es admisible que aun cuando la estructuración del riesgo de invalidez y la causación de la pensión ocurrió en una administradora de pensiones anterior, pero no había sido declarada formalmente, el afiliado se vea abocado a retornar al régimen antiguo y en el que voluntariamente decidió no continuar. Sin duda, este criterio desconoce el referido derecho de elección y, además, nótese que eventualmente puede desconocer las reglas temporales mínimas de traslado entre regímenes pensionales, sin que al respecto la ley contemple una excepción cuando la estructuración del riesgo se fija para una vinculación previa.

De otro lado, indicó que si bien la pensión de invalidez, por regla general, se causa en la fecha en que se estructura el riesgo, tratándose de una enfermedad degenerativa esa

Sala ha adoctrinado que la contabilización del requisito de las semanas no debe limitarse a esa calenda, pues debido a la progresión de la enfermedad también es posible tener en cuenta (i) la de la calificación de dicho estado, (ii) la de la solicitud pensional o, (iii) la de la última cotización realizada -CSJ SL3275-2019, CSJ SL3992-2019, CSJ SL770-2020 y CSJ SL1718-2021, entre muchas otras-, esto último también (iv) cuando la enfermedad supone la manifestación de secuelas ulteriores -CSJ SL4178-2020.

Para evidencia de lo expuesto, trajo a colación, también, lo registrado en la sentencia CSJ SL2332-2021¹, exponiendo los criterios allí incorporados, luego de lo cual apuntó que, precisamente, ante este carácter abstracto y no definitivo de la determinación de la invalidez, la Sala ha establecido que el derecho pensional surge con la calificación del riesgo y se consolida, en principio, a partir de la estructuración de la invalidez; sin embargo, en tratándose de enfermedades degenerativas o congénitas el requisito de las semanas puede verificarse en cualquiera de las hipótesis posibles establecidas, siendo ello lo que determina la norma aplicable al caso, aseverando, además:

Precisamente, aunque tratándose de una pensión de invalidez laboral, pero conservando igual línea de pensamiento, la Corte ha asentado que «el derecho pensional por invalidez surge

¹ En esta providencia, se anota, «la Corte resolvió un asunto en el que la fecha de estructuración de la invalidez se fijó en una fecha anterior a la de la afiliación al fondo en el que dicha condición se calificó. Sin embargo, en esa ocasión el derecho pensional no se causó en la estructuración -como en este caso-, sino posteriormente cuando en la persona se evidenció un deterioro físico tal que le impidió continuar laborando, y se determinó que, en consecuencia, era el fondo que administraba la afiliación a ese último momento el que debía reconocer la prestación».

precisamente con la calificación de tal condición por parte de la autoridad competente» (CSJ SL366-2019).

Aunado a esto, no puede olvidarse que el sistema pensional está cimentado en reglas jurídicas precisas que permiten el traslado entre regímenes o fondos de pensiones con plena garantía del sostenimiento financiero del sistema. El artículo 4.º del Decreto 3800 de 2003, compilado por el artículo 2.2.2.3.2 del Decreto 1833 de 2016, estipula que «Por razón de la selección, procede el traslado de los recursos a la administradora de pensiones seleccionada».

En esa perspectiva, si una persona en situación de invalidez se traslada a un régimen pensional y en el decurso de la afiliación se declara formalmente el riesgo, el fondo que administra la afiliación se presume que cuenta con el respaldo financiero para responder por la prestación que corresponda, incluso si la estructuración del riesgo y la causación del derecho pensional ocurre en una afiliación anterior, puesto que la declaración del mismo es la que hace surgir el derecho.

En lo que concretamente concierne a este asunto y a Porvenir S.A., nótese que el traslado que realizó Luis Armando Murillo desde el ISS, hoy Colpensiones, le representa el traslado de los aportes que aquel sufragó en esta entidad pensional; y si ello, sumado a lo aportado en el esquema de ahorro, los rendimientos acumulados y el bono pensional si hay lugar a él es insuficiente para completar el capital necesario para financiar la prestación pensional, en este caso la aseguradora que contrató no podría negarse a pagar la suma adicional -artículos 70 y 108 de la Ley 100 de 1993, 8 y 11 del Decreto 832 de 1996-, como lo entiende la censura.

En efecto, precisamente sobre este último punto la recurrente alega que el reconocimiento pensional no estará respaldado por el seguro previsional de invalidez contratado en tanto no es posible asegurar

hechos ya ocurridos y esto transgrede la sostenibilidad financiera del sistema; sin embargo, nótese que la Circular Externa 007 de 1996, que en su momento expidió la Superintendencia Bancaria - subrogada por la Circular Externa 029 de 2014 de la Superfinanciera, señala que «se entiende ocurrido el siniestro al fallecimiento o al momento en que acaezca el hecho que origine la invalidez de un afiliado. No obstante, en este último caso, el asegurador solo está obligado al pago a la declaración en firme de la invalidez» (destaca la Sala).

En otros términos, si bien el siniestro -usando el tecnicismo propio del seguro privado y no de la seguridad social- puede configurarse desde que se estructura formalmente la invalidez, es el momento en que se verifique esa situación amparable por el sistema y cuando dicha decisión queda en firme lo que genera que la aseguradora responda por el seguro contratado con la AFP.

Así también lo establece específicamente para las pensiones de invalidez del RAIS el artículo 6.º del Decreto 1889 de 1994 - compilado por el artículo 2.2.5.8.1 del Decreto 1833 de 2016-, al señalar que el capital necesario es el valor actual esperado de la pensión de referencia de invalidez que se genere desde el «momento en que el dictamen de invalidez quede en firme, y hasta la extinción del derecho a la pensión en su favor».

Como se advierte, lo anterior ratifica lo expuesto, esto es, que el derecho pensional surge con la declaración formal de la situación de invalidez y su causación a partir de la estructuración del riesgo o excepcionalmente en cualquiera de las otras hipótesis tratándose de enfermedades degenerativas.

Por tanto, la interpretación que prohija la Corte es totalmente concordante con el particular carácter que define el riesgo de la invalidez y con el hecho que no siempre la pensión que cubre el riesgo se causa al momento de su estructuración. Y es que, el

afiliado no puede quedar sometido a que se determine el momento de causación del derecho pensional a fin de tener claridad acerca de si permanece en un ente pensional o se anula su afiliación, escenario que sin duda atenta contra la referida garantía mínima de elegir y permanecer en un fondo o régimen pensional

De modo que es la declaración formal y en firme de la situación de invalidez, bien sea en sede administrativa o si se demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral, lo que marca el aseguramiento y la entidad responsable de la obligación.

Cabe destacar que esta unidad de procedimientos y prestaciones económicas ya ha sido analizada por la Corte en otras esferas. Por ejemplo, en materia de riesgos laborales, es la administradora en la que el afiliado requiera la prestación por enfermedad laboral la que debe realizar el reconocimiento respectivo, es decir, el último ente asegurador. Ello pese a que la exposición del riesgo haya ocurrido durante la afiliación a diferentes administradoras e incluso cuando las contingencias sean de diverso orden -comunes y laborales-. Y como en esta situación no existe traslado de recursos financieros, se prevé la posibilidad de repetir proporcionalmente el valor pagado -artículo 1.º párrafo 2.º de la Ley 776 de 2002, CSJ SL, 24 jun. 2012, rad. 38614.

Así, el reconocimiento prestacional está al margen de que en su formación existan hechos que vinculen a administradoras anteriores. Se garantiza una unidad prestacional y de articulación de procedimientos y recursos, a fin de evitar tardanzas y trámites innecesarios en la protección de las contingencias -artículo 2.º de la Ley 100 de 1993.

Así pues, determinados los parámetros jurisprudenciales y legales, y abordado el específico caso, el Cuerpo Colegiado expuso que, si bien el *ad quem* partió del

hecho indiscutido de que la estructuración formal de la invalidez de Luis Armando Murillo se fijó para el 1.º de agosto de 1998 y a partir de esta fecha se le reconoció la pensión, no cometió un error jurídico al considerar que PORVENIR S.A. debía responder por dicha prestación, *«pues aquel continuó trabajando, se trasladó válidamente de régimen pensional a través de esa AFP el 7 de febrero de 2002, cotizó hasta el 30 de octubre de 2010 y en vigencia de esta afiliación también se concretó y se conoció el dictamen que determinó su situación de invalidez.»*

Por tanto, añadió, no se trató de un hecho ya ocurrido o que ya existía al momento en que Luis Armando Murillo se trasladó de régimen pensional, *«pues la declaración formal de la invalidez y su consecuente solicitud de reconocimiento ocurrió ante Porvenir S.A. Y por ello, la asegurada debe responder por el seguro contratado en los términos del artículo 70 y 108 de la Ley 100 de 1993, 8 y 11 del Decreto 832 de 1996, conforme se explicó.»*

Finalmente, en relación con el precedente jurisprudencial de la máxima rectora constitucional, exaltado por la parte actora, la accionada *in extenso* registró:

Por último, no pasa por alto que en la sentencia SU-313-2020 la Corte Constitucional consideró que en los casos en los que la estructuración de la invalidez ocurre en un momento en el que la afiliación la administraba un fondo antiguo, la pensión debe reconocerla este último y no el nuevo o en cuya afiliación se calificó el riesgo. El eje central de dicha providencia está en que «ordenarle al fondo nuevo reconocer una pensión que se causó antes de que el beneficiario estuviere afiliado a él, sería tanto como exigirle que amparara no un riesgo, sino un hecho ya consolidado», lo que podría tener implicaciones financieras. En síntesis, tal decisión se

apoya en el citado artículo 3.2.1.12 del Decreto 780 de 2016, en armonía con el precepto 2.2.2.4.6 del Decreto 1833 de 2016 -que compiló el artículo 6.º del Decreto 3995 de 2008- y que a su juicio puede aplicarse por analogía, pese a ser supuestos normativos que regulan los eventos de multifiliación; y por último, argumenta que es un criterio que no afecta los derechos a la libre elección de régimen pensional ni a la seguridad social.

Lo anterior no lo comparte la Sala, para lo cual y en ejercicio de los deberes de suficiencia y transparencia respecto al precedente constitucional (CC C-621-2015 y SU-354-2017), además de lo ya expuesto, se agrega lo siguiente:

De entrada se destaca que la Corte Constitucional parte de que la intención del legislador fue establecer que la pensión de invalidez se causa y reconoce desde la estructuración del riesgo, incluso si hay cotizaciones posteriores, dado que esta fecha es a la pensión de invalidez lo que es la muerte a la de sobrevivientes; sin embargo, entiende la Sala, también acepta que hay casos concretos que permiten establecer excepciones.

Nótese que una de tales excepciones ocurre en los casos de enfermedades congénitas, degenerativas o crónicas, atrás explicada con suficiencia y según la cual también es dable contabilizar las semanas efectuadas antes de la fecha en que se solicita la pensión, la de declaración del riesgo o de la última cotización, a efectos de determinar la consolidación de la prestación económica.

Y esto justamente implica entender, contrario a lo que se extrae de la sentencia de unificación, que la pensión de invalidez surge con la declaración en firme de la invalidez y pueda causarse en cualquiera de tales momentos, incluido el de la estructuración de la invalidez, que fue la que se determinó en este caso concreto. Asimismo, que dicha declaración en firme es lo que activa el seguro

previsional que respaldará el capital necesario para financiarla, tal y como se explicó en los términos de la Circular Externa 007 de 1996 y el artículo 6.º del Decreto 1889 de 1994.

Esta línea de pensamiento es fundamental destacarla, pues a criterio de esta Sala impide afirmar categóricamente que el hecho que el fondo nuevo reconozca la pensión cuando el riesgo se estructuró en el fondo antiguo, «sería tanto como exigirle que amparara no un riesgo, sino un hecho ya consolidado». Lo anterior porque, se itera, no es dable referir a un hecho ya consolidado cuando el riesgo se estructuró mientras el fondo antiguo administraba la afiliación, pero el conocimiento de la situación de invalidez, su declaración en firme y la solicitud de la prestación económica ocurrieron ante el fondo nuevo, que es lo que marca el surgimiento del derecho pensional, el aseguramiento previsional y el nacimiento de la obligación para el ente administrador de reconocerla desde que se haya causado.

Ahora, la Corte Constitucional también elucida sobre la destinación y distribución de los aportes a pensiones en uno y otro régimen pensional, para destacar que no son equivalentes. Empero, téngase presente, una vez más, que el sistema pensional está cimentado en reglas pensadas para garantizar los recursos que financien las prestaciones económicas pensionales en los traslados de sus afiliados, sin que para la validez de estos cambios se exija equivalencia alguna en las cotizaciones realizadas en uno y otro régimen.

Por otra parte, la Sala considera que el artículo 6.º del Decreto 3995 de 2008 está expresamente limitado a resolver las situaciones de multifiliación y no puede aplicarse por analogía en situaciones en las que, como en este asunto, no existe discusión acerca de la validez del traslado que realizó Luis Armando Murillo a Porvenir S.A.

En efecto, dicha disposición tiene un fin preciso en el orden jurídico, esto es, resolver las situaciones que «se presenta[n] cuando no puede ser válida la última [inscripción] si no se realiza dentro de los términos previstos en la ley» (CSJ SL, 4 jul. 2012, rad. 46106 y CSJ SL8215-2016); o en otros términos, cuando el traslado de régimen o de administradora no atiende los plazos legales fijados para esos efectos o se presentan otras situaciones que pueden generar confusión acerca de la administradora que debe responder por la prestación económica respectiva.

Sin embargo, esa confusión no se genera cuando se tiene presente que la pensión de invalidez surge con la declaración en firme del riesgo y se causa desde su estructuración o, excepcionalmente, en las hipótesis vistas.

Por último, para la Sala el criterio que defiende la Corte Constitucional sí afecta el derecho a la libre elección de régimen o administradora pensional y la garantía mínima a la seguridad social. En este punto, la sentencia de unificación postula: (i) una especie de afiliación o traslado válido prima facie pues lo que en realidad los motiva es el riesgo de vejez, en tanto las pensiones de invalidez y de sobrevivientes tendrán las mismas condiciones. Además, (ii) que en caso de que al pensionado por invalidez se le extinga el derecho en la revisión periódica, no podría decirse que estando en el fondo antiguo y que abandonó para proyectar su pensión de vejez en otro ente pensional, le resultaría menos conveniente que cumplir los requisitos en el fondo nuevo y al que eligió permanecer, pues incluso el antiguo puede ser más favorable, por lo que no garantiza una protección amplia del derecho a la seguridad social.

Pues bien, a juicio de la Sala lo primero no es del todo cierto, pues si bien el artículo 8.º del Decreto 832 de 1996 señala que las pensiones de invalidez en el RAIS se calcularán en los términos que el artículo 40 de la Ley 100 de 1993 establece para el régimen

de prima media, esto solo es una pensión de referencia según se infiere del artículo 6.º del Decreto 1889 de 1994, de modo que el monto pensional definitivo bien puede diferir del que se obtendrá en prima media y esto dependerá de la modalidad pensional que se elija y en general de la situación concreta de la persona. Por lo tanto, no da igual que un afiliado se quede en uno u otro régimen, por lo que no es válido este argumento para obligarlo a retornar al que decidió abandonar.

Y en cuanto a lo segundo, precisamente por ese carácter abstracto que destaca la Corte Constitucional, esto es, que no es posible determinar cuál régimen pensional podría ser más beneficioso para el afiliado en su plan de construir una pensión de vejez en el evento en que se pierda la de invalidez, para la Sala no tiene justificación jurídica intervenir en esa decisión personal, autónoma y bien informada que toma el afiliado, sencillamente porque termina anulando esa elección personal sin ningún respaldo legal y, con ello, las garantías constitucionales mencionadas líneas atrás y a las que se remite la Sala.

Por lo tanto, en cumplimiento del deber de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo que se le asigna a la Corte Suprema de Justicia, la Sala de Casación Laboral se aparta de dicho criterio jurisprudencial.

En resumidas cuentas, la línea de pensamiento, con fundamento en la cual se emitió la sentencia de casación, para este juez constitucional emerge razonable, ponderada y está debidamente sustentada en los preceptos que gobiernan el reconocimiento reclamado, por lo que no es posible considerar que sea producto de arbitrariedad o ajena al ordenamiento jurídico.

Bajo ese hilo conductor, la Sala reitera que este mecanismo no es una instancia adicional a las del proceso ordinario para continuar una discusión que feneció en los cauces correspondientes. Cuando en la petición de amparo lo único que se hace es insistir en puntos que fueron resueltos de fondo por otros jueces en virtud de sus específicas competencias, la acción constitucional pierde su carácter autónomo procesal y se convierte en un recurso ordinario; en ese sentido, la doctrina ha expuesto los factores que permiten identificar cuándo una demanda de tutela camufla un recurso ordinario:

La pretensión y la resistencia interpuestas en la demanda y en la contestación son las mismas que continúan en el recurso; el actor que pidió la condena del demandado, la estimación de la pretensión, si es el que impugna la sentencia de instancia sigue pidiendo en el recurso lo mismo; el demandado, que pidió su absolución, sigue por medio del recurso pidiendo lo mismo. Los tres elementos de la pretensión (partes, hechos y petición) no cambian cuando se trata de los medios de impugnación en sentido estricto, es decir, de los recursos.²

En tal orden de ideas, es dado aseverar que la acción de tutela lejos está de poder ser aceptada cuando se edifica sobre vías de hecho inexistentes y cuando lo evidente es que la discrepancia de la parte demandante tiene origen, única y exclusivamente, en la conclusión a la que se arribó por parte de los funcionarios de conocimiento frente a su pretensión, lo cual en esta sede constitucional no tiene posibilidades de prosperar, ya que con ello, se insiste, no se cumple con los presupuestos establecidos para la procedencia de este

² MONTERO AROCA, Juan, El sistema de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales, En: Proceso (civil y penal) y garantía, el proceso como garantía de libertad y responsabilidad, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 475.

instrumento excepcional, máxime cuando en este trámite no es posible adentrarse a efectuar una nueva valoración sobre el asunto censurado, como si este mecanismo fuera el escenario natural para intentar imponer un criterio particular.

Al respecto la Corte Constitucional -SU.132/02-, indicó:

Los jueces son autónomos e independientes para proferir sus decisiones. La jurisdicción constitucional establecida en sede de tutela no está llamada a sustituirlos ni a erigirse en última instancia de decisión, ni a resolver las cuestiones litigiosas en los procesos. En materia probatoria, la revisión que efectúa el juez de tutela es, entonces, muy limitada por la dificultad que éste encuentra para calificar de fondo el comportamiento del fallador al valorar los elementos probatorios allegados al proceso bajo su conocimiento, dada la falta de inmediatez del juez constitucional con respecto de la práctica de los mismos. Escapa de la órbita de la competencia del juez de tutela, no obstante la argumentación de la violación de derechos fundamentales de las personas, ejercer una valoración de los medios de prueba tal y como le correspondería efectuar al juez de la causa. El análisis que debe realizarse en la sede de tutela, no se compara con los alcances de las potestades de los jueces para la práctica y valoración de los medios de prueba dentro de un proceso en especial, ni para concluir sobre la conducencia de los mismos para la demostración de los hechos en discusión. El juez de tutela cumple con la función de verificar si en la decisión pertinente se evidencia una irregularidad protuberante con las características de una vía de hecho.

Por demás, ante la diversidad de interpretaciones que ofrece el caso, la adoptada por la Sala laboral no conlleva hacia una transgresión de los derechos fundamentales de la accionante, pues aquélla, simple y llanamente, se basa en su propio precedente como órgano de cierre.

Pertinente es agregar en este aparte que la Corte Constitucional, de conformidad con su direccionamiento

jurisprudencial, permite a los jueces apartarse de los derroteros por esta establecidos, siempre y cuando aquéllos cumplan con el deber de transparencia y argumentación suficiente (CC SU-611-2017), como efectivamente en este caso sucedió, ya que, contrario a lo indicado por la parte actora, los sustentos que llevaron a adoptar la determinación censurada fueron expuestos de manera amplia y razonada, con fundamento en la postura adoptada por la jurisdicción ordinaria laboral, lo cual descarta cualquier falta de motivación.

Así las cosas, al no aparecer acreditada una actuación arbitraria por parte de la Corporación judicial accionada, no es posible acceder a la protección reclamada, habida cuenta que la decisión acusada no denota proceder ilegítimo que le permita actuar al mecanismo excepcional escogido, como que lo resuelto por la autoridad demandada obedeció a una labor de hermenéutica y apreciación probatoria en la que, por regla general, no puede inmiscuirse el juez de tutela, dado que tiene raigambre constitucional (arts. 228 y 230 de la C.P.), salvo que se aprecie, como se acotó, la materialización de una inequívoca vía de hecho que, por sus connotaciones y consecuencias, es de suyo excepcional.

Corolario de lo anterior, se negará la protección invocada.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

1. NEGAR el amparo constitucional invocado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a través de apoderada, de conformidad con las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

2. NOTIFICAR este proveído conforme al artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. En caso de no ser impugnada, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO QUINTERO BERNATE

~~LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA~~

Sala Casación Penal @


FABIO OSPITIA GARZÓN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria