

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

STP6019-2020

Radicación n° 848 / 110803

Acta 138

Bogotá, D.C., dos (02) de julio de dos mil veinte (2020).

VISTOS:

Resuelve la Corte la impugnación presentada por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, respecto del fallo proferido el 18 de marzo de 2020 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por medio del cual otorgó el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, seguridad social y acceso a la administración de justicia de NELLY JANETH ROA GONZÁLEZ, dentro de la acción de tutela impetrada contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, trámite al que fue vinculado el Juzgado 33 Laboral de la misma ciudad y las partes e intervinientes dentro del proceso ordinario laboral identificado con el radicado n° 2016-00655.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Los hechos que suscitaron la activación del presente amparo los reseño el A quo de la siguiente manera:

[...] La accionante manifestó como sustento de sus pretensiones que, promovió demanda

ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Protección S.A., a fin de obtener la nulidad del traslado del régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Señaló que, el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, por medio de la sentencia de fecha 5 de abril de 2019, accedió a las pretensiones de su demanda, en apego de la jurisprudencia de esta Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, decisión que fue revocada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta capital, el 25 de septiembre del pasado año.

Reprochó la actora que, con la decisión proferida por la autoridad judicial censurada, se desconocen los precedentes jurisprudenciales de esta Corte Suprema de Justicia.

Por lo anterior, requirió se deje sin efecto la sentencia del 25 de septiembre del presente año, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y en su lugar, se ordene a dicho operador judicial emita un nuevo fallo, «de conformidad con la línea jurisprudencial emitida por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral».

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala de Casación Laboral en sede de tutela, luego del estudio al libelo, la respuesta de la Colegiatura accionada e informes de las autoridades vinculadas al trámite constitucional, dispuso el amparo del derecho fundamental al debido proceso, por cuanto consideró que con la providencia cuestionada se había incurrido en la causal específica de procedencia de la tutela contra providencias judiciales denominada «desconocimiento del precedente judicial», ello al advertir que se había apartado deliberadamente de la línea jurisprudencial trazada por esa Colegiatura respecto de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

En ese sentido, se ocupó de confrontar los argumentos del Tribunal para denegar la pretensión de la demandante con los asumidos en sus decisiones relativas al tema y sostuvo

su contradicción en el entendido que:

(i) No es acertado que se afirme la ineficacia del traslado de régimen pensional solo respecto de los beneficiarios del régimen de transición, por el contrario, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que no hay justificación constitucional que otorgue tal derecho a un grupo de afiliados en desmedro de otros, de modo que “no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición o tuviera un derecho consolidado”. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018)

(ii) Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, Rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que «las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.» (CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, reiterada en CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL12136-2014 y SL19447-2017).

En ese sentido, señaló que es deber de la AFP dar la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, ello con la mayor objetividad y en un lenguaje claro, simple y comprensible; criterio desatendido por el Tribunal.

En ese contexto, indicó que, para la fecha en que el juez colegiado profirió su sentencia [25 de septiembre de 2019] existía un precedente judicial sólido¹ que, sin razón y justificación alguna, desatendió la autoridad accionada.

En ese orden de ideas, disintió de lo aseverado por el Tribunal, reiterando que se apartó de la jurisprudencia emanada por la Corte Suprema de Justicia, en contravía del derecho

fundamental de la igualdad, comoquiera que casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción.

En consecuencia, amparó los derechos fundamentales convocados por la parte actora y dejó sin efecto la sentencia del 25 de septiembre de 2019 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, ordenándole que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de esa providencia, profiera una nueva decisión, ajustándose a lo expuesto en la parte motiva de ese fallo.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo, éste fue impugnado por la directora de acciones constitucionales de COLPENSIONES, quien expuso como argumento medular, que la sentencia desconoció el requisito de subsidiariedad toda vez que la parte actora no agotó los recursos que tenía a su alcance, en particular, el extraordinario de casación.

Agregó, que el juez de instancia al resolver la alzada contra el fallo del Juzgado 33 Laboral expuso las razones para separarse del precedente, lo cual es permitido en uso de la autonomía que goza en el ejercicio de sus funciones.

Y concluyó, afirmando que las pretensiones de la actora escapan de la órbita de competencia del juez constitucional, y desdican la autonomía que poseen los jueces ordinarios, para incluso, modificar órdenes ya ejecutoriadas afectando los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica, certeza y legalidad.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.3.1.2.4 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el canon 2º del Decreto 1983 de 2017, en concordancia con el artículo 44 del

reglamento interno de esta Corporación, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, en tanto lo es en relación con la sentencia de amparo adoptada en primera instancia por la Sala de Casación Laboral.

2. Suficiente ha sido la divulgación frente al canon 86 de la [Constitución Política](#), en cuanto establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo, se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. En el asunto sub examine, la señora NELLY JANETH ROA GONZÁLEZ, solicita por vía de tutela dejar sin efecto la providencia emitida en segunda instancia, el 25 de septiembre de 2019, por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual, revocó el fallo del 5 de abril del mismo año, proferido por el Juzgado 33 Laboral del Circuito del mismo Distrito Judicial y, en su lugar, absolvió a las convocadas al juicio.

4. En ese contexto, debe recordarse que acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Cfr. Sentencias: C-590 de 2005, SU-195 de 2012 y T-137 de 2017, entre otras) la acción de tutela contra providencias judiciales solamente es procedente de manera excepcional y, siempre que se cumplan ciertos y rigurosos presupuestos de procedibilidad, agrupados en (i) requisitos generales; y (ii) causales específicas.

Los primeros se concretan a: (i) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; (ii) 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 iusfundamental irremediable; (iii) 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; (iv) 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; (v) la parte accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la afectación como los derechos vulnerados y que se hubiese alegado en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y; (vi) no se trate de sentencias de tutela.

Mientras que los segundos, implican la demostración de por lo menos, uno de los siguientes vicios: a) un defecto orgánico (falta de competencia del funcionario judicial); b) un defecto procedimental absoluto (desconocer el procedimiento legal establecido); c) un defecto fáctico (que la decisión carezca de fundamentación probatoria); d) un defecto material o sustantivo (aplicar normas inexistentes o inconstitucionales); e) un error inducido (que la decisión judicial se haya adoptado con base en el engaño de un tercero); f) una decisión sin motivación (ausencia de fundamentos fácticos y jurídicos en la providencia); g) un desconocimiento del precedente y; h) la violación directa de la Constitución.

4.1. Aplicando las premisas jurisprudenciales antes expuestas al caso concreto, debe señalarse que en lo que atañe a las exigencias de carácter general que hacen viable la tutela contra providencias judiciales, las mismas se cumplen, toda vez que el caso es de relevancia constitucional, pues lo que es objeto de debate es la aparente vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, seguridad social y acceso a administración de justicia, con ocasión del fallo proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Del mismo modo, la accionante identificó con suficiencia los fundamentos fácticos y las pretensiones, así como los derechos que considera vulnerados, además, no se discute por este cauce una sentencia de tutela.

En cuanto al agotamiento previo de otros mecanismos de defensa judicial, razón principal del disenso postulado, si bien la accionante no hizo uso del recurso de casación y, por tanto,

estaría siendo desconocido el principio de subsidiariedad, considera la Sala que éste debe flexibilizarse en atención a las particularidades del caso concreto, en especial, ante la necesidad de procurar la protección de los derechos fundamentales invocados ante la evidente concurrencia de la causal específica de procedencia del amparo relacionada con el desconocimiento del precedente, lo cual torna necesaria la intervención extraordinaria del juez constitucional².

Sobre esa temática, la Corte Constitucional, en sentencia CC T-441-2018, indicó:

[...] La jurisprudencia de esta Corte ha señalado que existen dos eventos en los que la acción de tutela interpuesta contra una providencia judicial resulta procedente aunque no se haya agotado el recurso extraordinario de casación: “(i) si la situación material de existencia y el asunto a tratar del accionante, lo convierten en una carga desproporcionada³ y, (ii) cuando resulta evidente que existe una vulneración de derechos fundamentales y por ende, no admitir la procedencia de la acción de tutela implicaría que lo formal prevalecería ante lo sustancial, desconociendo así la obligación estatal de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales⁴ y la prevalencia del derecho sustancial⁵, comoquiera que la aplicación severa de esta regla ‘causaría un daño de mayor entidad constitucional que el que se derivaría del desconocimiento del criterio general enunciado’⁶”⁷ (Negritas fuera del texto)

Sumado a lo anterior y, conforme fue expuesto por la parte actora en el escrito inaugural del presente mecanismo, la razón por la cual la accionante dejó de postular el recurso extraordinario obedeció a que la instancia de cierre de la justicia del trabajo ha señalado la improcedencia del recurso de casación en litigios cuyas pretensiones sean exclusivamente declarativas, argumento que en efecto se advierte plausible a partir del antecedente judicial⁸ citado por la demandante en el que se señala:

[...] La Corte tiene precisado que para recurrir en casación se debe tener interés económico,

es decir, que de la sentencia susceptible de ataque se derive un agravio o perjuicio en contra del recurrente, cuya cuantía sea superior a 120 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el momento en que se emitió la sentencia de segunda instancia, que en tratándose del demandado, lo constituye el monto de las condenas que se le impusieron.

Observa la Sala, que la providencia recurrida en casación confirma la determinación adoptada por el juzgador primigenio, en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir S.A., “(...) trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, los aportes de pensiones de la señora RUTH MARINA CANEDO LONDOÑO”.

En ese orden, se advierte que las pretensiones de la demanda fueron exclusivamente declarativas, en tanto no se solicitó la imposición de obligaciones valorables en términos económicos; cabe precisar, que de accederse a la autorización del traslado, la obligación de la administradora se limitará a trasladar las cotizaciones, los rendimientos y el bono pensional consignado en la subcuenta creada a nombre de la demandante, recursos que si bien son administrados por la entidad recurrente, no forman parte de su peculio, por el contrario, corresponden a un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados a dicho régimen, por lo que no es dable predicar que sufre un perjuicio económico.

Y, en lo atinente a la inmediatez, la Sala observa que la sentencia censurada fue proferida el 25 de septiembre de 2019 y la tutela fue radicada el 27 de enero de 2020, significando ello que se acudió cuando apenas había transcurrido algo menos de cuatro meses de proferida la decisión judicial que se estima transgresora de las garantías fundamentales cuyo resguardo se persigue, razón que permite colegir que fue presentada en un plazo razonable.

5. Entonces, descontados los reparos relacionados con el cumplimiento de los requisitos en mención, se analiza la concurrencia de la causal de procedibilidad referida al «desconocimiento del precedente» que fundamentó el amparo confutado.

Al respecto, se hace necesario destacar que, conforme con lo consagrado en los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, como tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, al igual que la Corte Constitucional, como órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Carta, tienen el deber de unificar la jurisprudencia al interior de sus jurisdicciones, de tal manera que los pronunciamientos que emitan se conviertan en precedente judicial de obligatorio cumplimiento.

En tal senda, la Corte Constitucional ha definido el precedente judicial como «la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo» (SU-053-2015). Asimismo, la doctrina ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio *stare decisis* o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares (T-460-2016).

De acuerdo con la autoridad que emitió el pronunciamiento, el precedente se puede clasificar en dos categorías: (i) el horizontal, el cual hace referencia a las decisiones proferidas por autoridades del mismo nivel jerárquico o, incluso, por el mismo funcionario; y (ii) el vertical, que se refiere a las decisiones adoptadas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia. El precedente horizontal tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución. Asimismo, el precedente vertical, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, puede ser vinculante para el Juez, a menos que de manera suficiente y coherente explique las razones que motivan a apartarse de la misma.

De igual forma, el respeto al precedente judicial de los máximos tribunales de cierre guarda

una estrecha relación con el derecho a la igualdad, en tanto garantía constitucional que les permite a los ciudadanos obtener decisiones judiciales idénticas frente a casos semejantes. Paralelamente, el respeto de los jueces a los precedentes sentados por las altas Cortes tiene un carácter ordenador y unificador, en la medida que, asegura una mayor coherencia del sistema jurídico. Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia SU-053-2015, refirió:

[...] En la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el derecho es dado a los operadores jurídicos a través de normas y reglas jurídicas que no tiene contenidos semánticos únicos. Por tanto, el derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados que incluso, en ocasiones deriva de la propia ambigüedad del lenguaje. Eso genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de éste en cada caso concreto y, en segundo lugar, de que haya órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad.

De hecho, el acatamiento del precedente es una condición necesaria para la realización de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite (C-884-2015).

Lo anterior, no significa que los jueces no puedan apartarse de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como expresión de la autonomía judicial constitucional. Sin embargo, para que ello sea válido es necesario el previo cumplimiento del estricto deber de identificación del precedente en la decisión y de la carga argumentativa suficiente, «ya que la jurisprudencia de las corporaciones judiciales de cierre no puede ser sencillamente ignorada frente a situaciones similares a las falladas en ella» (SU-354-2017). Puntualmente, se requiere la observancia de dos requisitos:

[...] El primero, refiere al requisito de transparencia, es decir, del cual se colige que “las cargas que se imponen para apartarse de un precedente dependen de la autoridad que la profirió”. En efecto, el juez “en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues ‘sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia’. El segundo, es decir, el requisito de suficiencia, tiene que ver con que el juez debe exponer razones suficientes y válidas, “a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial”, es decir, que no basta con ofrecer argumentos contrarios a la posición de la cual se aparta, sino que debe demostrarse que el anterior precedente ha perdido vigencia para resolver asuntos futuros, bien sea por el cambio normativo o por la simple transformación social (...).

Por tanto, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial solo puede distanciarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015).

5.1. Ahora, la Sala de Casación Laboral, al momento de conocer la acción constitucional y, en particular, analizar la decisión objeto de reproche, advirtió, como igual lo hace esta Corporación, que la autoridad judicial censurada en segundo grado, centró su negativa de acceder a la ineficacia del traslado, al dar por probado que el consentimiento de la demandante fue informado, así mismo, al afirmar que solo en los eventos en los que existen

consecuencias negativas por el cambio de régimen del afiliado, es que es procedente la ineficacia petitionada, y como quiera que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, ello impedía la prosperidad de las mismas.

5.2. Planteamientos que, como lo destacó el a quo, no se acompañan con lo señalado en los casos similares donde se debate la ineficacia de dicho traslado en asuntos similares, entre ellos: CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452, 3 abr. 2019, CSJ SL1688, 8 may. 2019 y CSJ SL 1689, 8 may. 2019 todos emitidos con anterioridad al fallo adoptado por el Tribunal Superior de Bogotá.

En efecto, de acuerdo con esa línea es dable sostener que la Sala de Casación Laboral, cuando lo alegado es la ineficacia del traslado de régimen pensional, decantó la obligación de verificar que las administradoras de fondos de pensiones hayan cumplido con el deber de suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias de dicha acción, sin que sea oponible, simplemente, la suscripción de un formato por el cual el interesado manifieste su consentimiento, ni exigible que quien alegue el inadecuado asesoramiento lo demuestre pues la carga probatoria la asume la entidad o, importe, si dicha persona en caso de no haberse trasladado, sería sujeto de un régimen de transición o tendría consolidado el derecho pensional, ello en atención de la transcendencia de los derechos pensionales, donde se debe garantizar la transparencia máxima.

En particular, en la sentencia CSJ SL12136-2014, se dijo:

La importancia de lo aquí debatido permite que esta Sala recuerde que el sistema general de seguridad social se implantó con el objetivo de procurar una mayor cobertura respecto de las distintas contingencias y se edificó bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, todo ello en aras, además, de elevar la

calidad de vida de los asociados y de materializar el postulado inserto en el artículo 48 de la [Constitución Política](#).

En particular, en materia pensional, uno de los más vitales propósitos fue el de canalizar la multiplicidad de regímenes dispersos, y fue así que creó solo dos de carácter excluyente, el solidario de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad; mientras el primero se acoge el modelo en el cual se garantiza el pago de la pensión preestablecida siempre que se cumpla con la densidad de cotizaciones y la edad, constituyendo tales aportes un fondo común de naturaleza pública, en el de ahorro individual con solidaridad se privilegia el aporte de cada afiliado, y sus rendimientos financieros, los cuales se abonan a cuentas individuales, y la edad para hacerse acreedor de la pensión está sujeta a que exista un acumulado que permita obtener una mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.

Para efectos de optar por alguno de ellos, el literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 dispuso la obligatoriedad de que tal manifestación fuera libre y voluntaria, y contempló como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, además de que «la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»; el literal e) ibídem estableció que «una vez efectuada la selección inicial ... solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años contados a partir de la selección inicial en la forma en que señale el gobierno nacional», término que luego fue ampliado a 5 años, según la Ley 797 de 2003.

Por demás el propio artículo 272 de dicho Estatuto de la Seguridad Social previó la inaplicación de disposiciones lesivas a los asociados cuando quiera que con ellas se menoscabara la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores, y advirtió sobre la preponderancia de los principios mínimos contenidos en el precepto 53 constitucional.

Tales contenidos normativos, sin duda, tienen incidencia en el presente debate, relativo a la ineficacia del traslado del afiliado en punto al régimen de transición y debieron ser el norte del ad quem antes de emitir la conclusión que aquí se cuestiona.

Para el efecto huelga recordar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 incorporó tres segmentos protegidos por la reseñada transición, todos ellos basados, de manera general, en la edad y tiempo de servicios a su entrada en vigencia. Así dispuso que los hombres mayores de 40 años de edad, las mujeres con 35 años de edad, y las personas que contaran 15 años o más de servicio se les respetarían las regulaciones anteriores, no obstante también contempló que dicha protección transicional no sería aplicable en los eventos en los que las personas, de manera libre y voluntaria, se acogieran al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarían plenamente a sus reglas.

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

Es que cuando están en juego aspectos tan trascendentes como la pérdida de la transición, y de contera la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, se requiere acudir a una hermenéutica que se avenga a los principios que inspiran al sistema y a los regímenes pensionales, en los que se prevé el traslado libre y voluntario, e incluso a las disposiciones que en la ley así lo imponen.

En efecto, es el propio Estatuto de la Seguridad Social el que conceptúa que el régimen de ahorro individual con solidaridad, si bien propende por «la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector público y sector social solidario», se rige bajo el respeto del «que libremente escojan los afiliados», lo que exhibe que el legislador, si bien permitió que nuevos actores económicos incursionaran en la administración del Sistema Pensional, no descuidó que se honraran las prerrogativas de los afiliados, menos si se tiene en cuenta, se insiste, que regularía derechos constitucionalmente protegidos como la pensión.

Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus

derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa.

En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino, además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de

vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales. 9

Lo cual, fuera reiterado por la Sala de Casación Laboral en decisión CSJ SL19447-2017, en la cual, además, sin dubitación alguna aseveró:

Es que el propio Estatuto de Seguridad Social, desde su origen, reconoce que, en el marco de los regímenes pensionales de prima media y el de ahorro individual con solidaridad, podían presentarse asimetrías en la información, sobre todo con estas últimas Administradoras de Pensiones, y contempló para el efecto unas consecuencias en las que, fundamentalmente, da cuenta sobre lo trascendente de las afiliaciones a ellos para los asociados, máxime la incidencia que, frente al régimen de transición tenían y en ese sentido adopta las correcciones pertinentes, también para los empleadores.

Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión

completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Incluso así lo ha destacado la Sala, de tiempo atrás, entre otras en decisión CSJ SL, oct, 2008, rad 31389 en la que explicó:

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

(...)

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

(...)

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter

exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario, aunque lo incorporado en él fuese contra evidente, es decir a pesar de la realidad patente de que la actora, para cuando lo suscribió, tenía un derecho consolidado y además la información dada era falaz, desde todo punto de vista, como ya se explicó.

5.3. Antecedentes jurisprudenciales que no fueron atendidos, en punto a la tesis que se expresa por el Tribunal, al desatar el recurso de apelación el 25 de septiembre de 2019, en tanto:

i. Asumió que la actora, al no ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le correspondía demostrar en el curso del proceso que la AFP le suministró información falaz que la llevó a cambiarse de régimen pensional; siendo que, no interesa tal supuesto y, por el contrario, cuando una persona indique tal proceder, la carga de la prueba se traslada a la entidad demandada.

ii) Bajo ese derrotero, encontró que la peticionaria no cumplió con tal exigencia, ya que con las pruebas por ella postuladas, no evidenciaban que la información brindada por la AFP Protección S.A., fuera falsa al punto que se pudiera calificar de engañosa.

Cuando, si se hubiese acogido la tesis del órgano de cierre en materia laboral, sin importar si era o no potencial beneficiaria del régimen de transición, la afirmación de la demandante debió ser desmentida por la administradora del fondo pensional; siendo éste el yerro que se

reprueba.

En este punto, la Sala debe ser clara que en este caso no se asume una posición respecto de la procedencia de las pretensiones elevadas al interior del proceso laboral, como quiera que se reconoce que son las autoridades judiciales en cada caso y acorde con el trámite fijado en la ley quienes deben dilucidar tal aspecto, sino que como se viene de explicar la no aplicación de las pautas señaladas pueden llevar a una decisión equivocada con graves consecuencias sobre el futuro pensional de la quejosa.

Por lo cual, es clave entender que la orden impartida en primera instancia, lo que procura es que se asuma nuevamente el caso por la autoridad judicial competente para que, de acuerdo con la realidad procesal y probatoria, ésta defina el asunto, incluso, habilitándose los mecanismos de defensa al interior de la jurisdicción laboral, pues será allí donde se debe decidirse el litigio.

6. Así las cosas, y en unidad de criterio con la Sala de Casación Laboral, para la Corte resulta claro que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá conculcó los derechos de la accionante, al ignorar los precedentes vigentes de la Corte Suprema de Justicia en lo que respecta al análisis del cambio de régimen pensional, sin que los argumentos expuestos en la impugnación puedan diluir los fundamentos tenidos en cuenta para salvaguardar las garantías fundamentales de aquella.

7. Ahora, en cuanto al disenso de la entidad impugnante, en el cual señala que la Sala Laboral del Tribunal al resolver la alzada contra el fallo del Juzgado 33 Laboral expuso las razones para separarse del precedente, debe señalarse que escrutado el audio que contiene la providencia cuestionada, a pesar de que el juez colegiado hizo referencia a antecedentes sobre la materia, así los proferidos dentro del radicados 31989 y 31314 de 2008, 33083 de 2011 y SL19447-2017, SL4964-2018, incluso, citados en esta oportunidad, no cumplió con la carga argumentativa para apartarse de ellos, de allí que no se aviene con

la realidad procesal el planteamiento de Colpensiones.

Por las anteriores consideraciones, se ratificará el fallo.

* * * * *

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sala de Decisión en Tutela No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el fallo impugnado.

Segundo.- NOTIFICAR la decisión de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991.

Tercero.- REMITIR el diligenciamiento a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 CSJ SL1452-2019 3 abr 2019, CSJ SL1688-2019 8 may 2019, CSJ SL1689-2019
8 may 2019,

2 Acorde con este criterio, ésta Sala de tutelas se ocupó de asuntos similares. Cfr.
CSJSTP 12082-2019 y STP17447-2019.

3 Ver sentencia T-259 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva,

4 T- 411-04 M.P. Jaime Araujo Rentería, reiterada T-888-10 M.P. María Victoria
Calle Correa y T-886 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Toro.

5 T-573-97 M.P. Jorge Arango Mejía, T-329-96 M.P. José Gregorio Hernández
Galindo.

6 T-567-98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

7 Sentencia T-521 de 2015. M.P. Myriam Ávila Roldán (e).

8 CSJ AL2079-2019 may. 22, 2019.

9 CSJ SL12136-2014