

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado Ponente

STP6058-2020

Radicación n° 545/110513

Acta 127

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Procede la Sala a decidir la impugnación interpuesta por la Directora de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la Directora de Litigios de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contra el fallo proferido el pasado 18 de marzo de la presente anualidad por la Sala de Casación Laboral de esta Corporación, por medio del cual amparó los derechos fundamentales a la igualdad, al acceso a la administración de justicia, a la seguridad social y al debido proceso de Martha Benavides López, dentro de la acción promovida contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Los sucesos que motivaron la solicitud de amparo constitucional y las pretensiones de la interesada, fueron reseñados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de la siguiente forma:

« (...) la promotora nació el 20 de mayo de 1961, que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, antes del 1.º de abril de 1994.

Posteriormente, el 24 mayo de 1995, la aquí accionante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual se vinculó al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Alega la promotora que la información suministrada por los asesores fue «precaria, tanto así que no le manifestaron las condiciones en las cuales podría pensionarse, ni cuáles serían las posibles proyecciones o cálculos que se harían para poder establecer el valor de la mesada pensional».

Refiere que de Protección S.A. se cambió a Porvenir S.A., esta última en la que se encuentra actualmente afiliada.

Aduce que inició proceso ordinario laboral contra los referidos entes de seguridad social y Colpensiones, con miras a que se declarara la ineficacia del traslado del régimen pensional, trámite que se adelantó ante el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, despacho que en sentencia de 18 de julio de 2019 accedió a las pretensiones invocadas. Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada interpuso recurso de apelación.

Agrega que las diligencias fueron remitidas a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta ciudad, a fin de surtir la consulta y resolver las alzadas, Colegiado que en providencia de 29 de octubre de 2019, revocó la determinación de primer grado y, en su lugar, absolvió a las convocadas de las súplicas de la demanda.

Explica que dicha magistratura desconoció el precedente judicial y que, en todo caso, no señaló las razones por las cuales se apartaba del mismo.

Destaca que la accionada interpretó de manera inexacta e inexistente el formulario de traslado, pues indicó «que dentro de este se consignó el consentimiento informado y las consecuencias del traslado», aunado a que la AFP no allegó prueba alguna que demostrara que brindó «información clara, diligente y oportuna respecto de los beneficios y perjuicios que le generaría trasladarse al RAIS».

Precisa que se agotaron los mecanismos de defensa judicial, máxime si se tiene en cuenta que el recurso de casación no resultaba procedente como quiera que el litigio versó sobre pretensiones declarativas.

Acude entonces al presente mecanismo de amparo constitucional, para que se protejan sus derechos superiores y, para su efectividad, solicita se revoque el fallo emitido el 29 de octubre de 2019 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y, en su lugar, se ordene al ad quem confirmar la sentencia de primera instancia.»

DEL FALLO RECURRIDO

El A quo constitucional en providencia del 18 de marzo de 2020¹, cobijó el amparo deprecado. En la parte resolutive de la providencia ordenó:

«PRIMERO: CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad social y debido proceso de MARTHA BENAVIDES LÓPEZ.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 29 de octubre de 2019, proferida por la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, para que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: EXHORTAR a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Lo anterior, al determinar que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en fallo del 29 de octubre de 2019, desconoció el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral, constituyéndose así, una causal específica de procedibilidad de la acción. Esto, pues para la fecha de la emisión de la sentencia fustigada (29 de octubre de 2019) ya existía un precedente consolidado sobre el deber de información que les asiste a los fondos de pensiones para efectuar el traslado entre régimen de prima media y ahorro individual; no obstante, el Tribunal accionado lo desconoció sin razón y justificación alguna.

De otro lado, indicó que a pesar de que el accionante no agotó el recurso extraordinario de casación, el requisito de subsidiariedad de la acción debía «flexibilizarse en aras de la defensa del orden jurídico, la libertad ciudadana, la dignidad, el debido proceso, el derecho a la igualdad y el respeto a los derechos fundamentales del potencial pensionado (...)», que en su momento realizó el traslado entre regímenes pensionales.

Finalmente, sostuvo que si bien es cierto en sentencia de tutela STL11677-2019 y en otros fallos de la misma naturaleza, concluyó que argumentos similares a los expuesto por el Tribunal de Bogotá eran razonables, con dicho fallo abandonaba ese criterio.

DE LA IMPUGNACIÓN

Fue presentada por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quienes recurrieron la decisión adoptada por el juez de primera instancia, al respecto señalaron:

Colpensiones: la Directora de Acciones Constitucionales sostuvo que la decisión atacada

era razonable, dado que los magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, contaban con la posibilidad de apartarse del precedente jurisprudencial y argumentar, como en efecto sucedió, cuál era su interpretación normativa bajo la cual consideraba debía estudiarse en caso en concreto.

Por tanto, estimó que no se configuraba ningún vicio o vulneración a las garantías fundamentales de la actora, por lo que solicitó se revocara la decisión de primera instancia.

Porvenir S.A.: la Directora de Litigios de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías insistió en que la sentencia impugnada desconoció el requisito de subsidiariedad de la acción. Situación que generaba inseguridad jurídica, puesto que el ordenamiento jurídico estableció unos recursos ordinarios y extraordinarios que debieron haberse agotado previo a la radicación de la acción constitucional.

Finalmente, adujo que la selección de régimen pensional realizado por Benavides López, se produjo de manera libre y voluntaria, motivo por el cual, no se vulneró ningún derecho de la accionante.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en artículo 2º del Decreto 1983 de 2017, que modificó el canon 2.2.3.1.2.4 del Decreto 1069 de 2015, en concordancia con el precepto 44 del Reglamento General de la Corte Suprema de Justicia, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta contra la decisión adoptada en primera instancia por la Homóloga de Casación Laboral.

En el caso concreto, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la Sala de Casación Laboral de esta Corporación, acertó o no al conceder el amparo solicitado por la peticionaria, al considerar que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Bogotá vulneró sus derechos fundamentales, pues la decisión por este emitida el 29 de octubre de 2019, y que se ataca vía tutela, fue producto de una interpretación jurídica errónea del precedente judicial emitido en casos similares.

Esta Sala de Decisión de Tutelas ha sostenido, de manera insistente, que la demanda de amparo tiene un carácter estrictamente subsidiario y, como tal, no constituye un medio alternativo para atacar, impugnar o censurar las determinaciones expedidas dentro de un proceso judicial (ver, entre otros pronunciamientos, CSJ STP19197-2017, CSJ STP265-2018 y CSJ STP14404-2018).

Sin embargo, también ha indicado que excepcionalmente esta herramienta puede ejercitarse para demandar el amparo de un derecho fundamental que resulta vulnerado, cuando en el trámite procesal se actúa y resuelve de manera arbitraria o caprichosa. Asimismo, en aquellos eventos en los cuales es expedido un mandato judicial desbordando el ámbito funcional o en forma manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, esto es, en el evento en que se configuren las llamadas causales de procedibilidad. Por último, en el supuesto que el mecanismo pertinente, previamente establecido, sea claramente ineficaz para la defensa de las garantías constitucionales, caso en el cual, procede como dispositivo transitorio, con el fin de evitar un perjuicio de carácter irremediable.

De tal forma, la acción de tutela contra decisiones judiciales presupone la concurrencia de unos requisitos de procedibilidad que consientan su interposición: generales² y especiales³, esto con la finalidad de evitar que la misma se convierta en un instrumento para discutir la disparidad de criterios entre los sujetos procesales y la autoridad accionada, contrariando su esencia, que no es distinta a denunciar la violación de los derechos fundamentales.

En el caso objeto de debate, la recurrente busca se deje sin efecto el fallo emanado el 29 de octubre de 2019 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que revocó la decisión emitida por el juez de primera instancia y en su lugar absolvió a las

demandadas frente a las pretensiones relacionadas con la declaración de ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad.

La inconformidad de la gestora radica, principalmente, en que la providencia fustigada no tomó de presente que su traslado entre regímenes estuvo antecedido por un vicio en el consentimiento; además de desconocer el precedente de la Sala de Casación Laboral. Razones por las que cataloga al fallo como trasgresor de sus garantías constitucionales.

Sobre el particular, se anticipa que se confirmará la sentencia de primera instancia, toda vez que Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá emitió la sentencia que hoy se cuestiona, desconociendo el precedente judicial del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en materia laboral. En ese orden, se analizarán los presupuestos generales de procedibilidad de la acción, para luego exponer las razones de la configuración de la causal de procedibilidad de la acción contra sentencias judiciales aludida.

Requisitos genéricos de procedibilidad de la acción.

Respecto de los requisitos generales se tiene en el presente caso:

- i) Claramente, la cuestión que se discute tiene relevancia constitucional, dado que, se invoca la vulneración de derechos fundamentales en la decisión adoptada por parte del Tribunal y los efectos nocivos que, según la actora, producirá esa decisión en el posterior reconocimiento de su pensión.
- ii) La accionante no cuenta con otros medios de defensa judicial, y aunque está demostrado que Martha Benavides López tuvo la oportunidad de impugnar en casación la providencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, que reprocha por esta vía, se impone flexibilizar este último y otorgar la protección reclamada. Esto, 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 constitucional a fin de hacer prevalecer la dimensión jurídica, política y social de la Constitución de 1991 (CSJ STP12082-2019 rad. 106180 y CSJ STP 17447 -2019 rad. 107988).

Ahora bien, en relación a los argumentos presentados por los impugnantes relativos al desconocimiento de este presupuesto, ha de indicarse que esta Corporación en el fallo STL13133-2019, explicó que el requisito de subsidiariedad no es absoluto y debe examinarse en cada caso concreto, «al punto que es posible que ceda cuando se advierte la vulneración de derechos fundamentales que no pueden ser restablecidos efectivamente mediante las vías ordinarias, pues de no concederse el amparo, se consumaría un daño irreparable».

iii) Se cumple el requisito de la inmediatez, dado que la providencia que se ataca data el 29 de octubre de 2019 y esta acción se presentó antes del 9 de diciembre siguiente⁴, es decir, transcurridos menos de dos (2) meses.

iv) De otra parte, la actora identificó de manera razonable los hechos que generaron la vulneración de las garantías fundamentales cuya protección invoca, tal como quedó expuesto en el acápite de antecedentes.

v) Y, finalmente, la decisión que se controvierte no es sentencia de tutela.

Desconocimiento del precedente de la Sala de Casación Laboral.

La Corte Constitucional (CC T-459/17) ha puntualizado que «el desconocimiento del precedente 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 en aquellas providencias, sin exponer las razones jurídicas que

justifique el cambio de jurisprudencia».

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá accionada, en la sentencia emitida el 29 de octubre de 2019, afirmó que⁵ de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral (CSJ SL31989-2008, SL12136-2014, SL4964-2018, SL037-2019, SL1688-2019, SL1452-2019 y SL1897-2019), cuando de anular traslado de régimen se trata, solo aplicaba a los beneficiarios del régimen de transición o a aquellos que tuviesen un derecho consolidado, situación en la que no se encontraba Martha Benavides López.

Dicho razonamiento, dista del verdadero criterio que sobre este tema ha sentado la Sala de Casación Laboral, como pasa explicarse.

Ese órgano de cierre jurisdiccional en la providencia CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, puntualizó recientemente que, no es cierto que la jurisprudencia sólo conceda la viabilidad de decretar la nulidad del traslado cuando existe una expectativa de pensionarse, como lo han venido afirmando algunas Salas de Decisión de los Tribunales, sino que opera en todos los eventos, dado que la validez del deber de información, que es la causal que se invoca en esos casos, es predicable frente a la validez del acto jurídico del traslado, considerado en sí mismo.

Así, en la mencionada decisión, la Sala de Casación Laboral puntualizó:

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. [negrilla fuera del texto].

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato.

De otra parte, la autoridad convocada arguyó que el deber de información a cargo de las AFP se da por demostrado con la firma del formulario de afiliación, en el que consta que esta se realiza en forma libre, espontánea y sin presiones, máxime que era obligación de la

demandante demostrar «que la AFP la hizo incurrir en un error que le ha generado una lesión injustificada en su derecho de acceso a la prestación pensional».

Lo anterior, también desconoce el precedente fijado por la Sala de Casación Laboral, según el cual:

i) El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias».

ii) Corresponde a la Administradora del Fondo de Pensiones demostrar dentro del proceso laboral que sí cumplió con la carga antes mencionada, por ser quien está en posición de hacerlo.

Así, sobre este presupuesto, en la sentencia de casación antes referida, que a su vez, remitió a lo señalado en la sentencia CSJ SL19447-2017, expuso:

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba - Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió

voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En el anterior contexto, es claro que la Sala Laboral de Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia de segunda instancia, incurrió en la causal específica de procedencia de la tutela de desconocimiento del precedente, por las siguientes razones:

i. Partió de un supuesto equivocado al afirmar que la línea jurisprudencias trazada por la Sala de Casación Laboral prevé la posibilidad de anular el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual únicamente cuando existe una expectativa legítima de adquirir el derecho pensional o cuando se trata de personas pertenecientes al régimen de transición; siendo que, como pasó de verse, la postura reiterada por ese órgano de cierre es totalmente contraria, esto es, que procede en todos los casos, es decir, se tenga o no, una expectativa pensional.

ii. Sostuvo que el deber de información que le asistía a la Administradora del Fondo de Pensiones AFP se suplía con la sola firma del formulario de afiliación, lo cual daba cuenta que este se dio de manera libre y espontánea.

De acuerdo con el precedente traído a colación, esa sola afirmación, no podía ser el fundamento para afirmar que existió consentimiento de la actora en su traslado. Por el contrario, correspondía al Tribunal analizar si se trató de un «consentimiento informado», que, se resalta de ninguna manera puede entenderse satisfecho con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación a cualquiera de las Administradoras de esos Fondos.

Y sobre esa base, tampoco se analizó si, en el caso en concreto, la Administrador de Fondo de Pensiones involucrada, cumplió la carga de la prueba dentro del proceso.

Por las razones esgrimidas, y conforme con los razonamientos manifestados por la Sala homóloga Laboral que concedió el amparo, se confirmará la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas N° 03 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

GERSON CHAVERRA CASTRO

EYDER PATIÑO CABRERA

Nubia Yolanda Nova García

secretaria

1 Magistrada ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

2 Según lo expuso por la Corte Constitucional en Sentencia C-590 de 2005, los requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales son: (i) que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional; (ii) que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad que caracteriza a la tutela; (iii) que se cumpla el requisito de inmediatez, (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo en la sentencia que se impugna; (v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, y (vi) que no se trate de sentencias de tutela.

3 En lo que tiene que ver con los requisitos de orden específico, el órgano de cierre constitucional en la misma providencia los clasificó en: (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.

4 Fecha en que se admitió la tutela por parte de la Sala de Casación Laboral.

5 La sinopsis de la decisión se efectúa con base en el recuento efectuado por la Sala de Casación Laboral en la providencia de primera instancia.