

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado Ponente

STP6967-2020

Radicación n.º 111567

Acta n.º 159

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Se resuelve las impugnaciones propuestas por la Representante Judicial del Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones- y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, frente a la sentencia proferida el 20 de mayo de 2020 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual amparó los derechos a la seguridad social, al mínimo vital e igualdad de Zuly Montenegro Carrillo.

Al presente trámite fueron vinculados el Juzgado 9º Laboral del Circuito, ambos de Bogotá, así como a las partes e intervinientes dentro del proceso laboral impulsado por la actora.

ANTECEDENTES

Hechos y fundamentos de la acción

Fueron relatados por el A quo de la siguiente manera:

[...] La accionante promueve el mecanismo de amparo constitucional que ocupa la atención de la Sala, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia, vida, seguridad social, dignidad humana, igualdad, salud y mínimo vital que, a su juicio, trasgredió la autoridad judicial convocada.

Para respaldar su solicitud, narra que se vinculó al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. pero que dicha entidad no le suministró información relacionada con el monto eventual de su pensión, ni las ventajas o desventajas del traslado de régimen.

Expone que posteriormente se percató de tales deficiencias y por tal motivo instauró demanda contra Porvenir S.A. y Colpensiones con el propósito que se declarara la nulidad de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución de todos los aportes de su cuenta de ahorro individual y su retorno a

Colpensiones sin solución de continuidad.

Señala que el asunto se asignó por reparto al Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, autoridad judicial que por medio de fallo de 22 de enero de 2019 declaró la nulidad de traslado de régimen pensional.

Asegura que la parte demandada formuló recurso de apelación contra la anterior decisión y que a través de providencia de 17 de julio de 2019, la Sala Quinta Laboral del Tribunal Superior de Bogotá revocó la sentencia del a quo y absolvió a las convocadas a juicio de las pretensiones incoadas en su contra.

Afirma que el ad quem desconoció el precedente jurisprudencial acogido por esta Corte como Tribunal de Casación, relativo a los requisitos que deben estructurarse para que proceda la ineficacia de traslado de régimen pensional. Agrega que no presentó el recurso extraordinario de casación por «razones de edad y situación laboral».

Por consiguiente, solicita la protección de sus derechos fundamentales y que, como medida orientada a restablecerlos, se deje sin efecto la providencia censurada y se ordene al Tribunal accionado que expida una decisión de remplazo favorable a sus aspiraciones.

.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala de Casación Laboral de esta Corporación referenció que si bien la accionante tuvo la oportunidad de promover recurso extraordinario de casación contra la decisión emitida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, también lo es que ese requisito de procedibilidad se debe flexibilizar «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 se trasladó entre regímenes pensionales, sin la debida información».

Concedió el amparo solicitado, en consideración a que, a su juicio la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá en sentencia de 17 de julio de 2019 incurrió en una causal específica de procedencia de tutela contra providencias judiciales denominada «desconocimiento del precedente judicial».

Explicó que la autoridad accionada indicó que la ineficacia del traslado de régimen pensional solo se predica respecto a los beneficiarios del régimen de transición. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido lo contrario, esto es, que no hay justificación constitucional que otorgue tal derecho a un grupo de afiliados en desmedro de otros.

Señaló que, la regla jurisprudencial identificable en sentencias 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, 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. Por tanto, concluyó el Tribunal restringió indebidamente el precedente, al tergiversar su alcance y, con ello lesionó las garantías pensionales de la demandante.

Amparó los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la igualdad de Zuly Montenegro Carrillo y ordenó:

[...] SEGUNDO: Dejar sin efecto la sentencia que el 17 de julio de 2019 profirió la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario laboral que la accionante adelantó contra la Administradora Colombiana de Pensiones y Porvenir S.A.

TERCERO: Ordenar al citado Tribunal 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.

CUARTO: 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, en los términos de la sentencia SU-354-2017 de la Corte Constitucional.

LA IMPUGNACION

1. La Representante Legal Judicial del Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, indicó que la Sala de Casación Laboral desconoció el requisito de subsidiariedad, en la medida en que la actora no se hizo uso del recurso de casación.

Señaló que el Tribunal demandado aplicó las normas, preceptos constitucionales y la jurisprudencia relativas al caso concreto, sin que se advierta que sus actuaciones han conculcado las garantías fundamentales de la accionante.

2. El Magistrado Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, David Correa Steer, informó que en este caso no se colman los presupuestos de subsidiariedad ni inmediatez. Al tiempo que sostuvo que la decisión cuestionada no incurrió en causales de procedibilidad.

3. La Directora de Acciones Constitucionales de Colpensiones, refirió que la sentencia censurada se emitió con apego a las normas legales que regulan la materia, así como en virtud del principio de autonomía.

CONSIDERACIONES

1. Corresponde a la Corte determinar si la autoridad judicial accionada vulneró los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la igualdad de Zuly Montenegro Carrillo, al negarse a declarar la nulidad del traslado del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida.

2. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que el amparo tiene por objeto proteger de manera efectiva e inmediata los derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades y/o de los particulares, en los casos que la ley regula, siempre que el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial.

La jurisprudencia ha sostenido que su prosperidad está atada a que se cumplan una serie de requisitos de procedibilidad, unos de carácter general, que habilitan su interposición, y otros de carácter específico, que apuntan a la procedencia misma del amparo¹. De manera que quien acude a ella tiene la carga no sólo respecto de su planteamiento, sino de su demostración.

Así mismo, la Corte Constitucional superó el concepto clásico de «vía de hecho» y redefinió la teoría de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, estableciendo que ella es posible cuando con ocasión de la función jurisdiccional se configura alguna causal específica de procedibilidad, a saber: 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.

2.1. En el presente asunto, está probado que Zuly Montenegro Castillo tuvo la oportunidad de impugnar en casación la providencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, mecanismo que constituía la vía idónea para plantear el reproche que ahora formula por este medio.

En principio, la situación descrita conduciría a la declaración de improcedencia del amparo por quebrantar el requisito de subsidiariedad que rige su trámite, sin embargo, se impone dar prevalencia en término de razonabilidad a este último y otorgar la protección reclamada, 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}

Conforme con lo anterior, esa regla general de improcedencia se puede reevaluar ante la necesidad de salvaguardar derechos fundamentales de la accionante, quien busca revocar una decisión contraria a jurisprudencia decantada por la máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria en lo laboral, frente a la ineficacia del traslado de régimen pensional.

2.2. Asimismo, para esta Sala, el amparo cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que cuando se trata de temas relacionados con pensiones, la Corte Constitucional, en sentencia CC T-013-2019, indicó que:

[...] La inmediatez se refiere a que el tiempo transcurrido entre el hecho al que se le atribuye la vulneración o posible amenaza del derecho fundamental alegado y la interposición de la tutela, sea razonable; por sí, es una condición de procedencia de la acción que se instituyó, con el fin de proteger tanto la seguridad jurídica como los intereses de terceros, haciendo de este mecanismo de amparo una manera rápida, inmediata y eficaz para proteger los derechos fundamentales de las personas⁸.

[...]

No obstante lo anterior, esta Corporación ha sostenido que “cuando se pretende el reconocimiento de un derecho de carácter pensional, el requisito de inmediatez debe tenerse por cumplido siempre, dado que se trata de ‘una prestación periódica de carácter imprescriptible’ que compromete de manera directa el mínimo vital de una persona. Por consiguiente, las solicitudes relacionadas con su reconocimiento guardan constante actualidad y se pueden efectuar en cualquier tiempo”⁹

Conforme con lo anteriormente referenciado, es procedente entrar a verificar si existe

alguna actuación u omisión del despacho accionado capaz de afectar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de la accionante.

3. En el presente asunto, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia que se ataca, afirmó que no era viable anular el traslado de régimen reclamado por Zuly Montenegro Carrillo debido a que:

No hacía parte del régimen de transición y para la fecha en que se efectuó el traslado no tenía una expectativa cercana de acceder al reconocimiento pensional. Además, que la accionante tuvo la oportunidad de retornar al régimen de prima media con prestación definida, conforme con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. Igualmente, destacó que no se comprobó que el cambio de régimen pensional fue producto de un error inducido o dolo.

Al respecto, la autoridad judicial accionada indicó:

[...] La demandante nunca fue beneficiaria del régimen de transición, su selección de régimen pensional por tanto se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente de acuerdo con la Ley 797 de 2003 con las limitantes establecidas para todos los afiliados, no lo hizo, respecto a la proyección del valor de la mesada pensional no considera la Sala mayoritaria posible esa proyección, pues para el momento del traslado le faltaban aproximadamente dieciocho años para arribar a la edad mínima pensional pese a la densidad de cotizaciones que ajustaban no le alcanzaban para la causación del derecho pues esas semanas inclusive se incrementaron con la Ley 797 de

1993, así que, como lo sostuvo Porvenir en su apelación cualquier

proyección o cálculo pensional en ese momento constituiría una simple simulación, imposible era prever si le era más beneficioso permanecer en uno u otro régimen por sus

circunstancias particulares, por las características de la afiliada se desconocían

totalmente las condiciones laborales de la demandante con posterioridad al traslado indispensables para determinar sus posibilidades pensionales.

3.2. Dichos razonamientos, distan del verdadero criterio que sobre este tema ha sentado la Sala de Casación Laboral, como pasa explicarse. Para tal efecto, la Sala reiterará los fundamentos expuestos en las providencias CSJ STP12082-2019, 2 sep. 2019, rad. 106180 y CSJ STP17447, 12 dic. 2019, rad. 107988, al interior de las cuales se trató unos asuntos de similar connotación a los que son objeto de estudio el presente caso.

Ese órgano de cierre jurisdiccional en las providencias 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 y CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, puntualizó 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 desfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato.

Asimismo, contrario a lo señalado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a la

Administradora del Fondo de Pensiones le corresponde demostrar dentro del proceso laboral que al momento de efectuarse el traslado le informó al afiliado sobre las ventajas y desventajas tanto del régimen de ahorro individual como el de prima media.

Sobre este presupuesto, la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL4426-2019, 16 oct. 2019, rad. 79167, indicó:

[...] el Tribunal, lacónicamente afirmó que [M.A.J] no demostró ni alegó que hubiere sido constreñida u obligada a firmar el formulario de afiliación. Dicha aseveración es errónea por varias razones. De una parte, porque mal podría la demandante acreditar algo que no invocó. Así, incurrió en un primer error porque pese a que analizó la demanda y entendió que la actora no acusó que fue constreñida u obligada a suscribir dicho documento, echó de menos la prueba de un supuesto fáctico inexistente en la litis.

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.

Sobre el particular esta Sala ha sentado un precedente consistente, en sedas providencias que datan de 2008 y, recientemente, entre otras, en sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En las más recientes providencias, la Corte también ha explicado que con el paso del

tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado tres etapas que históricamente, conforme a las normas que han regulado el tema, abarcan tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo, desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Ello implica, conforme a la fecha en la que la accionante migró del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad (agosto de 2000), que la obligación de Porvenir S.A. se enmarca en el primer periodo, durante el cual la obligación consistía en brindar a la accionante información clara y transparente de los dos regímenes pensionales. Al referirse a esta primera etapa, así lo explicó la Corte en sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019:

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

[...]

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «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» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

[...]

Por último, en lo que al primer planteo corresponde, también erró el ad quem cuando echó de menos la prueba que en su criterio debía aportar la accionante, pues quien debía demostrar que cumplió con el deber insoslayable de información, por tratarse de un derecho mínimo y de una garantía consagrada en el ordenamiento jurídico en favor del trabajador afiliado al régimen de pensiones, era el fondo privado de pensiones mas no la demandante (art. 13 CST).

En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, 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, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado 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.

Esa visión de la inversión de la carga de la prueba, también tiene asidero en el artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de donde sigue la conclusión incontrastable que corresponde al fondo de pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Y es que no puede ser de otra manera, en cuanto no es dable exigir a quien está en desventaja probatoria el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un desatino, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Además, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo,

experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

Conforme lo anterior, el Tribunal cometió un tercer error al exigirle a la accionante el deber de demostrar los hechos en los que fundamentó su pretensión y, a la vez, al eximir a la administradora accionada de la carga de probar el cumplimiento de su deber de información, imperante desde 1993 y vigente a la data de afiliación de [M.A.J.] en agosto de 2000.

Ahora, en lo que respecta a la posibilidad de retractarse, la referida Sala de Casación Laboral en la sentencia antes citada, manifestó:

[...] La declaración judicial de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, procede siempre que el afiliado haya ejercido el derecho de retracto o haya solicitado el cambio, 10 años antes de cumplir la edad para pensionarse?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que no «existe evidencia en el proceso de que la demandante haya hecho uso del retracto (...) antes de cumplir los 47 años hubiese solicitado el traslado» del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición y por esa vía la pensión.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó

oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, de la documental de folios 36 y 192 a través de la cual Porvenir S.A. le comunicó a la actora que pese a tener 1.212,57 semanas cotizadas no tenía el capital suficiente para financiar la prestación y tampoco derecho a la garantía de pensión mínima, habría advertido, certeramente, el «perjuicio» que echó de menos, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición.

Ello, porque así la demandante hubiese retornado al régimen de prima media con prestación definida dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional, no tendría la posibilidad de obtener la prestación bajo la égida de la transición, dado que al 1.º de abril de 1994 no contaba con 15 años de cotización o servicios, de manera que la omisión de una información oportuna, clara, completa, comparada así como de las consecuencias de su decisión, de todas formas implicaba la pérdida de los beneficios de la transición.

En conclusión, erró el Tribunal al exigirle a la actora, evidencia de su intención de retornar al régimen de prima media con prestación definida, dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional.

3.3. En el anterior contexto, razón le asistió al A quo cuando indicó que la Sala Laboral de Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia de segunda instancia, emitida el 17 de julio de 2019 incurrió en la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela, referida al desconocimiento del precedente, la cual «se configura cuando el funcionario judicial se

aparta de las sentencias emitidos 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» [Corte Constitucional, sentencia CC T-459-2017].

Las razones son las siguientes:

i. Partió de un supuesto equivocado al afirmar que solo es posible 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, ya que procede en todos los casos, es decir, se tenga o no, una expectativa pensional.

ii) Resaltó que era obligación de la afiliada demostrar que su afiliación al régimen de ahorro individual fue producto de un engaño por parte del Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., ignorando que la carga de la prueba recae en el referido fondo de pensiones.

Por el contrario, al Tribunal accionado le correspondía 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.

iii) El Tribunal accionado refirió que Zuly Montenegro Carrillo tuvo la oportunidad de retractarse de su traslado, sin embargo, en palabras de la Sala de Casación Laboral, esa conclusión es desafortunada, «en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera

impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado» [Sentencia CSJ SL4426-2019, 16 oct. 2019, rad. 79167].

Así las cosas, 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 aquélla.

Por las anteriores consideraciones, se ratificará el fallo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas n.º 3 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. Disponer el envío de las diligencias a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de los fallos proferidos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EYDER PATIÑO CABRERA

GERSON CHAVERRA CASTRO

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Sentencias C-590 de 2005 y T-332 de 2006.

2 Así lo estimó esta Sala de Decisión 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 Ver sentencia T-522 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

9 Ver sentencias T-721 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y T-681
de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.