

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

STP1817-2021

Radicación n° 114080

Acta No. 010

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

ASUNTO:

Se resuelve la impugnación presentada por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., respecto del fallo proferido el 14 de octubre 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 ÓSCAR ALBERTO DEL RÍO ROJAS, dentro de la acción de tutela impetrada contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, trámite al que fue vinculado el Juzgado Veintinueve Laboral de la misma ciudad, la entidad ahora impugnante, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y las partes e intervinientes dentro del proceso ordinario laboral que se cuestiona.

LA DEMANDA

Los hechos sustento de la petición de amparo los sintetizó la Sala el A quo de la siguiente

manera:

En lo que interesa al presente mecanismo constitucional, refiere el promotor que presentó demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el propósito que se declarara la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad.

Manifiesta que el conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, autoridad que accedió a las pretensiones invocadas mediante providencia de 15 de noviembre de 2019.

Aduce el promotor que Porvenir S.A. apeló la anterior decisión ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta ciudad, Corporación que en sentencia de 17 de julio de 2020 revocó la determinación de primer grado y, en su lugar, absolvió a las convocadas a juicio al considerar, entre otras razones, que (i) «para poder afirmar que una persona se encuentra acobijada por el régimen de transición, en caso como en el que se ocupa, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tendría que tener 15 o más años de servicios cotizados, lo que itera, no acontece con el señor Del Río Rojas»; (ii) el deber de información de las AFP se suple con las previsiones que el demandante aceptó al momento de suscribir el formulario de afiliación, documento en el que plasmó su voluntad «libre, voluntaria y sin precisiones»; (iii) al trasladarse no se encontraba vigente el deber de asesoría que prevé la Ley 1328 de 2009; (iv) no se acreditó un vicio en el consentimiento; (v) el desconocimiento de la ley no sirve de excusa, y (vi) no se demostró que «persona alguna hubiere atentado contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional», conforme lo prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Sostiene el tutelista que la autoridad convocada vulneró sus derechos fundamentales, pues asegura que desconoció el precedente jurisprudencial fijado por esta Sala de la Corte frente

a la ineficacia del traslado.

Acude entonces al presente mecanismo de amparo constitucional para que se protejan sus derechos superiores y, para su efectividad, solicita se deje sin valor y efecto el fallo emitido el 17 de julio de 2020 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que, en su lugar, se emita una nueva decisión en la que se respete el precedente jurisprudencial fijado por esta Sala de Casación sobre la materia.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala de Casación Laboral concedió el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad social y debido proceso. La decisión está soportada en las siguientes consideraciones:

1. Tras el estudio de los presupuestos generales de la acción de tutela cuando se cuestionan decisiones judiciales, respecto al de subsidiariedad estimó que si bien el actor no agotó el recurso de casación, tal requisito “debe 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 de los potenciales pensionados que se trasladaron entre regímenes pensionales, sin la debida información.

En efecto, esta Corporación en sentencia 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».

2. En cuanto a los presupuestos de orden específico estima que el Tribunal accionado incurrió en desconocimiento del precedente judicial, dado que se apartó deliberadamente de la línea jurisprudencial trazada por esa Colegiatura sobre de la ineficacia del traslado de

régimen pensional.

En ese sentido, la Sala a quo se ocupó de confrontar los argumentos del Tribunal para denegar la pretensión del demandante con los asumidos en sus decisiones relativas al tema y sostuvo su contradicción en el entendido que:

(i) Dentro de las subreglas fijadas en punto de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la Corte no ha condicionado que el afiliado demuestre ser beneficiario del régimen de transición.

La regla fijada en las 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 la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna en punto de los efectos, consecuencias del cambio de régimen pensional, sin que en dichos precedentes se hubiese afirmado o insinuado la aplicación solo a los beneficiarios de dicho régimen, como erradamente lo adujo el Tribunal, máxime si el actor no controvertió que tuviera dicha calidad. Agrega que para la fecha de emisión de la sentencia por parte del ad quem (17 de julio de 2020) existía un precedente sólido de la Corte en el que se indicó la intrascendencia de la pertenencia al régimen de transición para revisar los casos de ineficacia del traslado.

ii) En la sentencia CSJ SL 1452 DE 2019 se indicó que para la declaratoria de ineficacia del traslado no es importante si el demandante tiene o no un derecho consolidado o 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, en sí mismo considerado.

iii) En punto del deber de información, aduce la Sala que en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, dictada dentro del radicado 31989, reiterada en otras determinaciones, se precisó que la suscripción del formulario y 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 de este tipo, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.»

Destaca que el deber de información por parte de las AFP en los términos exigibles para la época del traslado (21 de septiembre de 2001), no se cumple con proyecciones pensionales a futuro o la alusión a ventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad, pues lo que las normas vigentes para ese momento (cita el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993) exigían dar a conocer la información pertinente a fin de lograr mayor transparencia en las operaciones que se realicen y permitir así escoger las mejores opciones del mercado.

iv) Recuerda que en la sentencia SL1688-2019 esa Sala sostuvo que la consecuencia jurídica a la afiliación desinformada es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de traslado, razón por la cual, “el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Luego resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En ese sentido, estima que el Tribunal accionado trasgredió el precedente de la Sala Especializada al abordar el estudio del asunto desde el régimen de las nulidades, exigiendo al demandante la prueba de vicios del consentimiento, cuando debió hacerlo a partir del instituto de la ineficacia en sentido estricto, escenario en el que no se exige la presencia de vicios en el consentimiento, pues basta que el afiliado alegue el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora para que opere la inversión de la carga de la

prueba.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

v) Aducir, como lo hizo el ad quem, que el demandante debía conocer las diferencias de los regímenes pensionales, ya que los mismos están previstos en la ley, igualmente refleja un desconocimiento de la jurisprudencia que rige el asunto, toda vez que, conforme lo ha precisada la Sala de Casación Laboral (cita la sentencia SL1452-2019), el deber de informar recae de manera estricta en las administradoras de fondos de pensiones.

3. Concluye que el Tribunal demandado, en la sentencia cuestionada, incurrió en la causal específica de procedencia de las tutela contra providencias judiciales, pues, insiste, que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria tienen la obligación de seguir los lineamientos emanados de la Corte Suprema de Justicia, como así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buen fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes deben resolverse del mismo modo a como lo han definido los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción.

4. Finalmente, resalta que si bien en sentencia de tutela STL1677-2019 y en otros fallos de esa misma naturaleza, la Corte sostuvo que argumentos similares a los analizados en este asunto eran razonables, “lo cierto es que aquella postura se abandonó a partir de la sentencia CSJ STL3186-2020 y se reiteró, entre otras, en sentencias CSJ STL4759-2020 y CSJ STL60170-2020, a través de las cuales se desataron asuntos similares al que hoy ocupa la atención de la Sala”

5. Consecuente con lo anotado, amparó los derechos fundamentales demandados por la parte actora y, corolario de ello, dejó sin efecto la sentencia del 17 de julio de 2020 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y, en su lugar, le ordenó que en el término de diez (10) días profiera una nueva decisión con apego a las directrices allí

trazadas.

LA IMPUGNACIÓN

Fue promovida por la representante legal judicial de la Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías Porvenir S.A., quien sustenta su inconformidad con el fallo de primera instancia en los siguientes términos:

1. No se cumple con el requisito de subsidiariedad en razón a que no se promovió recuso de casación frente a la sentencia de segunda instancia, por ello el mecanismo de amparo no puede utilizarse como medio alternativo y generar una incertidumbre jurídica, luego no es concebible utilizarlo para generar una nueva instancia, ya que las pretensiones aducidas en la demanda de tutela ya fueron objeto de estudio dentro del proceso ordinario y las sentencias se encuentran ejecutoriadas y hacen tránsito a cosa juzgada.
2. Según los principios de autonomía e independencia judiciales, el funcionario judicial está sometido al imperio de la Constitución y la ley, es por ello que si sus actuaciones se armonizan con tales dictados, como acaeció en este evento, no pueden ser interferidas por otros, so pena de comprometer la seguridad jurídica, de manera que, en aras de garantizar el principio de confianza legítima, se torna necesario proteger los pronunciamientos de los jueces de instancia, con mayor razón si no se evidencia algún tipo de vicio o defecto procesal, pues las etapas propias del proceso se cumplieron con plena observancia de los derechos que les asisten a las partes.
3. Como las pretensiones que por esta vía formula el demandante fueron resueltas en su momento por parte del Tribunal Superior de Bogotá, es clara la configuración de una cosa juzgada, lo cual significa que lo dispuesto en la respectiva decisión no puede ser objeto de modificación alguna.
4. Descarta que se hubiese incurrido en una vía de hecho, dado que la actuación adelantada

dentro del proceso ordinario laboral en las diferentes instancias judiciales, obedeció a un estudio respetuoso de la Constitución y la ley, al punto que en el fallo de segundo grado se efectuó un análisis de las pruebas allegadas y así se estableció que para el caso del actor no se configuraba nulidad alguna.

5. Considera improcedente el amparo deprecado i) ante el desconocimiento del carácter subsidiario de la acción de tutela, ya que acorde con lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no es viable cuando existen otros medios de defensa judicial; ii) ausencia de vulneración de los derechos fundamentales por parte de Porvenir S.A., dado que la entidad se ciñe en el desarrollo de su objeto social y a la ley, ha acatado las directrices establecidas por los organismos de control y vigilancia, y iii) el accionante no allegó prueba alguna dirigida a demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, pues conforme los dictados de la jurisprudencia, deben aportarse los elementos fácticos que lo acrediten.

6. Acorde con lo anotado, solicita la revocatoria del fallo de primer grado al no existir vulneración o amenaza de los derechos fundamentales demandados por el accionante.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

1. Competente es la Sala para conocer de la impugnación interpuesta de conformidad con lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017 y el Acuerdo 006 de 2002 contentivo del Reglamento de la Corporación, toda vez que es la llamada a conocer de las acciones de tutela que se interpongan contra la Sala de Casación Laboral, así como de las impugnaciones proferidas frente a sus decisiones.

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, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. En el asunto sub examine, Óscar Alberto del Río Rojas deprecia dejar sin efecto la sentencia emitida el 17 de julio de 2020 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual revocó la dictada el 15 de noviembre de 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de la misma ciudad y, en su lugar, absolvió a las entidades demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, dirigidas a que se declarara la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad.

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 discute 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) se 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, esto es, los de carácter específico, 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 tales derroteros al caso en estudio, en lo que atañe a las exigencias de carácter general, es preciso indicar: el asunto es de relevancia constitucional, pues el tema debatido 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, el 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, si bien el accionante no hizo uso del recurso de casación y, por tanto, estaría siendo desconocido el principio de subsidiariedad, considera la Sala, como bien lo precisó el a quo, 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, ante lo cual el juez de tutela no puede ser indiferente y por eso la necesaria intervención extraordinaria¹.

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 desproporcionada² 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 fundamentales³ y la prevalencia del derecho sustancial⁴, 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’^{5”6} (Negrillas fuera del texto)

En lo atinente al requisito de inmediatez, la Sala observa que la sentencia censurada fue proferida el 17 de julio de 2020 y la tutela fue avocada el 7 de octubre, lo cual significa que se acudió cuando apenas había transcurrido algo más de dos meses de dictada 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 analizará la concurrencia de la causal de procedibilidad referida al «desconocimiento del precedente» que fundamentó el amparo confutado.

Sobre ese tema, esta misma Sala al resolver un asunto que guarda similitud con el presente, puntualizó lo siguiente⁷:

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.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

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. Pues bien, la Sala de Casación Laboral, al momento de conocer la acción constitucional y, en particular, al analizar la decisión objeto de reproche, advirtió, como igual lo hace esta Corporación, que la autoridad judicial censurada centró su negativa de acceder a la ineficacia del traslado al estimar que: i) el afiliado no era beneficiario del régimen de transición dado que no contaba con 15 años de servicios al momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993; ii) no se tenía una expectativa legítima de pensionarse al momento de la afiliación; iii) al momento de suscribir el formulario el interesado aceptó de

manera libre y espontánea haber recibido la información por parte de la entidad; iv) el desconocimiento de la ley no es excusa para demandar un indebido asesoramiento, y v) no se acreditó un vicio del consentimiento.

5.2. Planteamientos que, como bien lo destacó la Sala a quo, no se acompañan con lo señalado en los casos similares donde se debatió la ineficacia de dicho traslado en asuntos similares.

Por ejemplo, puso de presente que, contrario a lo aducido por el Tribunal, la jurisprudencia de esa Sala no previó como regla para calificar de ineficaz el acto de traslado que el afiliado demuestre ser beneficiario del régimen de transición o que tuviera un derecho consolidado, aspectos que resultaban intrascendentes, pues el parámetro fijado para una tal declaratoria es que la entidad administradora está en la obligación de suministrar la debida información respecto de las características, condiciones, beneficios, riesgos y consecuencias generadas por el cambio de régimen pensional, afirmación que soportó en las 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, CSJ SL1452-2019, reiterada en fallos CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4426-2019.

Igualmente, la Sala Especializada en las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017 y SL4964-2018, entre otras, hizo claras precisiones en cuanto a que la suscripción del formulario y las afirmaciones allí consignadas no resultaban suficientes para demostrar que el traslado se hizo de manera libre, espontánea y sin presiones, pues lo que debe acreditarse que es que la información fue veraz y suficiente respecto de los efectos que acarrea el cambio de régimen, omisión que acarrea la ineficacia de ese acto.

Otro de los puntos que llevó al Tribunal a denegar las pretensiones del actor fue el no haberse acreditado un vicio del consentimiento, sobre el cual la Sala con antelación y más

exactamente en la sentencia SL1688-2019, precisó:

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.

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 que la afiliación a determinado régimen pensional debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria de la persona, constituyéndose en una obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias de dicha acción, cuya sanción, en caso de incumplimiento, es la ineficacia del acto de traslado, 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, contrario al parecer de la impugnante, la carga probatoria la asume la entidad.

En particular, en la sentencia citada en precedencia se dijo:

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje

claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se

ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

(...)

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 torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, 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 despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, 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.

6. Lo dicho permite concluir que el Tribunal trasgredió el precedente de la Sala especializada, pues, se insiste, analizó el asunto puesto a su conocimiento bajo argumentos contrarios a los dictados en las múltiples decisiones que han resuelto asuntos similares, cuando, según lo antes precisado y lo destacó la Sala a quo, no podía obviar que los aspectos a analizar en punto de la ineficacia del acto de traslado se traducen a establecer la

obligación de información por parte de la administradora de fondos de pensiones; si resulta suficiente el diligenciamiento del formulario de afiliación; quién tiene la carga de la prueba, y, si la ineficacia tiene cabida únicamente cuando se demuestre que el afiliado es beneficiario del régimen de transición o si tiene una expectativa de pensión o un derecho causado.

7. Así las cosas, y en unidad de criterio con la Sala de Casación Laboral, para la Corte resulta claro que el Tribunal Superior de Bogotá conculcó los derechos del 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 aquél.

8. Se responde a la recurrente que efectivamente el actor no promovió el recurso de casación frente al fallo de segundo grado incumpléndose con el requisito de subsidiariedad, aspecto sobre el cual al inicio de las consideraciones de esta decisión se indicaron las razones por las cuales se omitía dicho presupuesto.

Es igualmente cierto que la providencia que resolvió el recurso de apelación que se interpuso contra la sentencia de primer grado estaba en firme al momento de la interposición de la tutela; sin embargo, ello no es óbice para que por esta vía se analice y si se encuadra en alguna de las causales que la jurisprudencia ha previsto cuando se discuten decisiones judiciales, se adopten las determinaciones a que haya lugar para el restablecimiento de los derechos de la parte afectada, como en efecto ocurrió en este particular evento.

Es precisamente esa la función del juez constitucional, esto es, cuando advierte la conculcación de alguna garantía fundamental de alguna de las partes al interior de una determinada actuación judicial, propender por la inmediata salvaguarda, luego el reparo de

la recurrente al respecto no tiene vocación de prosperar, porque, se insiste, es la misma jurisprudencia constitucional la que habilita la revisión a través de este mecanismo de esa clase de providencias, así ya estén ejecutoriadas, pero eso sí, siempre que se acaten los requisitos que con antelación se dejaron precisados y debidamente analizados.

La impugnante pretende hacer ver que la decisión del ad quem estuvo ceñida a la Constitución y a la ley y que por ello se descarta una “vía de hecho”, a lo cual se responde que su argumento no es del todo acertado, pues conforme quedó precisado en precedencia, con la suficiente argumentación se dijo que el Tribunal, sin justificación alguna, se apartó de los precedentes que la Sala Especializada ha emitido sobre el tema puesto a su consideración, omisión que llevó a la violación de los derechos fundamentales del actor y a la intervención del juez de tutela, situación que, sin duda alguna, deja sin soporte las manifestaciones de la recurrente.

9. Consecuente con lo consignado, se confirmará el fallo impugnado.

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

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

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

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

3 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.

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

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

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

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter