

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado Ponente

STP4382-2021

Radicación n.º 115288

(Aprobado Acta n.º 74)

## ASUNTO

Se resuelve la impugnación propuesta por la doctora Ángela Lucía Murillo Varón, en condición de Magistrada de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, y las Directoras de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones [COLPENSIONES] y de PORVENIR S.A., frente a la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2020 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual amparó los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la seguridad social y a la igualdad de José Francisco Sarabia Tovar.

## ANTECEDENTES

Hechos y fundamentos de la acción

Fueron relatados por el A quo de la siguiente manera:

[...] José Francisco Sarabia Tovar instauró acción de tutela con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad, debido proceso, defensa, seguridad jurídica y el principio de «primacía de la constitución», presuntamente vulnerados por la

autoridad judicial convocada.

Refirió que nació el 28 de mayo de 1956; que cotizó al ISS para los riegos de IVM desde el 6 de agosto de 1985 hasta el «31 de enero de 1999»; que se trasladó de este régimen al RAIS administrado por Porvenir S.A. y en ese momento «no se le suministró el cálculo actuarial [...] que le permitiera establecer la diferencia entre el valor de la mesada pensional que obtendría en el régimen de prima media y [...] de ahorro individual», omitiéndose información relevante que afectaba su futuro pensional a tal punto que de haberla conocido en forma plena «no hubiera efectuado el cambio de régimen» y, que los días 16 y 17 de abril de 2018, radicó solicitud de nulidad del traslado ante los fondos mencionados a lo que le respondieron negativamente.

Arguyó que promovió proceso ordinario laboral buscando el mismo objetivo, el cual fue de conocimiento del Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá y por sentencia de 6 de septiembre de 2019 declaró la ineficacia del traslado efectuado mediante formulario 01095837 de 13 de octubre de 1998; ordenó a Porvenir S.A. trasladar la totalidad de los valores de su cuenta individual, junto con los rendimientos que se hubieren generado y a Colpensiones, recibirlos sin solución de continuidad y no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; que al ser impugnada la citada providencia, el Tribunal accionado al zanjar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta por sentencia de 6 de noviembre de 2019 la revocó y, en su lugar, absolvió a las involucradas de todas las pretensiones de la demanda.

Manifestó que la magistratura accionada incurrió en vía de hecho por defecto fáctico y sustantivo al desconocer el acervo probatorio y la obligación que tenía el fondo privado de suministrarle una información clara y precisa respecto de los pro y contras de cada régimen y las consecuencias del traslado, y porque aplicó normas del Código Civil sobre la nulidad e ineficacia de los contratos, desconoció el precedente asentado por esta Sala de Casación en cuanto que «carga de la prueba se revierte y al que le corresponde probar que

suministró la información es al fondo demandado, que el solo hecho de firmar el formulario no es suficiente prueba para acreditar el cumplimiento de la obligación de dar información». En sustento de tales argumentos trajo a colación las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ1421-2019 entre otras.

Adujo que no formuló recurso de casación, debido a su edad y al «tiempo que transcurre entre la fecha en que se solicita y el pronunciamiento» de esta Sala de casación.

Con fundamento en los anteriores supuestos fácticos solicitó que se deje sin efecto la sentencia criticada y se exhorta, para que, en su lugar, se orden emitir una en reemplazo que acceda a las pretensiones y que en lo sucesivo acate el precedente.

#### LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala de Casación Laboral de esta Corporación referenció que si bien el demandante 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 «ya que el desconocimiento del precedente jurisprudencial genera una evidente vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del afiliado».

Indicó que lo mismo sucede respecto del requisito de inmediatez, pues aunque el amparo se propuso luego de haber transcurrido más de 6 meses de haberse emitido la determinación objeto de reproche, dicho principio se debe superar «dada la trascendencia de los derechos fundamentales involucrados».

Concedió la acción, en consideración a que, a su juicio la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá en sentencia del 6 de noviembre de 2019 incurrió en una causal específica de procedencia de tutela contra providencias judiciales denominada «desconocimiento del precedente judicial».

Amparó los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la seguridad social y a la igualdad de José Francisco Sarabia Tovar y ordenó:

[...] DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 6 de noviembre 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 una 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.

## LAS IMPUGNACIONES

1. La Directora de Acciones Constitucionales de la Administradora de Pensiones [COLPENSIONES], indicó que la decisión atacada es razonable, dado que los magistrados de la Sala Laboral Tribunal Superior de Bogotá contaban con la posibilidad de apartarse del precedente jurisprudencial y argumentar, como en efecto sucedió, cuál era la interpretación normativa bajo la cual debía estudiarse el caso en concreto.

Por tanto, estimó que no se configuraba ningún vicio o vulneración a las garantías fundamentales de la actora, aunado a que no se cumple con los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez de la acción de tutela, por lo que solicitó revocar el proveído de primera instancia.

2. La Directora de Acciones Constitucionales y Cesantías de PORVENIR S.A., manifestó que 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 se puede utilizar 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.

Descartó 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.

Consideró 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.

Solicitó la revocatoria del fallo de primer grado al no existir vulneración o amenaza de los derechos fundamentales demandados por el accionante.

3. La Magistrada de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, Ángela Lucía Murillo Varón, manifestó que la decisión atacada se emitió con fundamento en los elementos probatorios aducidos al proceso, así como la jurisprudencia que regula el tema.

Aseguró que luego de analizar la providencia objeto de impugnación se logra establecer que el A quo modificó su criterio, al flexibilizar los principios de subsidiariedad e inmediatez que rige la acción de tutela. Lo anterior, en contravía de lo sostenido con anterioridad donde se

le daba aplicación al principio de libre formación del convencimiento que tienen los funcionarios judiciales al momento de la valoración de la prueba en los procesos laborales conforme con lo previsto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. En consecuencia, considera que hubo una modificación de la postura de la sala mayoritaria, más no el desconocimiento del precedente por parte del Tribunal.

#### TRÁMITE LUEGO DE EMITIDA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1. El apoderado de José Francisco Sarabia Tovar presentó memorial con el que señala que:

i) Conforme con lo señalado en el artículo 78 del Código General del Proceso, a los apelantes les corresponde correr traslado del recurso de impugnación.

iii) Pese a que la acción de tutela se promovió en contra de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, con extrañeza observa que el fallo de primera instancia fue impugnado por la una de las integrantes de ese cuerpo colegiado, «como si se tratara de una juez unitario y no colegiado», por lo que en su criterio la sentencia debía ser recurrida por esa Sala.

2. Mediante auto ATL065-2021 el A quo resolvió dicha petición y le informó al accionante lo siguiente:

[...] la acción de tutela esta reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, es decir, que tiene su régimen propio y la única multa pecuniaria prevista en este trámite excepcional está consagrada en el artículo 52 por el desacato de la orden que se imponga, de manera que no hay lugar a aplicar una norma de carácter general sobre la existencia de una especial y, bajo ese entendido, resulta inviable dar aplicación a las disposiciones del C.G.P., como lo pretende el memorialista.

Ahora bien, como en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, con ocasión a la pandemia del Covid -19 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 806 de 2020, por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el que en el artículo 3 se establecieron «Los deberes de los sujetos procesales en relación con las tecnologías de la información y las comunicaciones», en los siguientes términos:

Es deber de los sujetos procesales realizar sus actuaciones y asistir a las audiencias y diligencias a través de medios tecnológicos. Para el efecto deberán suministrar a la autoridad judicial competente, y a todos los demás sujetos procesales, los canales digitales elegidos para los fines del proceso o trámite y enviar a través de estos un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones que realicen, simultáneamente con copia incorporada al mensaje enviado a la autoridad judicial.

Identificados los canales digitales elegidos, desde allí se originarán todas las actuaciones y desde estos se surtirán todas las notificaciones, mientras no se informe un nuevo canal. Es deber de los sujetos procesales, en desarrollo de lo previsto en el artículo 78 numeral 5 del Código General del Proceso, comunicar cualquier cambio de dirección o medio electrónico, so pena de que las notificaciones se sigan surtiendo válidamente en la anterior.

Todos los sujetos procesales cumplirán los deberes constitucionales y legales para colaborar solidariamente con la buena marcha del servicio público de administración de justicia. La autoridad judicial competente adoptará las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento.

Bajo el anterior contexto y dado que no hay evidencia de que las distintas impugnaciones hubieren sido enviadas al accionante o a su apoderado al correo electrónico suministrado, se accederá a la solicitud de copias elevada por el memorialista, a fin de que ejerza su derecho de defensa.

En cuanto al argumento de que la impugnación formulada por la magistrada Dra. Ángela Lucía Murillo no debía atenderse, por estar firmada sólo por la ponente, más no por la Sala que dictó la sentencia controvertida, al efecto basta decir que tal aseveración es desatinada, habida cuenta de que tanto la ponente como la Sala accionada estaban legitimadas para hacerlo.

Por último, frente a la inquietud de si las personas que suscribieron las impugnaciones formuladas en representación de Colpensiones y Porvenir S.A. estaban legitimadas para hacerlo, la respuesta es afirmativa, puesto que junto con los respectivos escritos se allegaron los soportes que así lo acreditan, tal como se constata en los archivos que conforman el expediente digital.

En virtud de lo anterior, ordenó la remisión del expediente para que se tramitaran las impugnaciones propuestas por la doctora Ángela Lucía Murillo Varón, en condición de Magistrada de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, y las Directoras de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones [COLPENSIONES] y de PORVENIR S.A.

## CONSIDERACIONES

1. Corresponde a la Corte determinar si la autoridad judicial accionada vulneró los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la seguridad social y a la igualdad del accionante, al negarse a declarar la ineficacia el 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 amparo<sup>1</sup>. 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 José Francisco Sarabia Tovar 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 constitucional<sup>2</sup>.

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 desproporcionada<sup>3</sup> 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 fundamentales<sup>4</sup> y la prevalencia del derecho sustancial<sup>5</sup>, 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’<sup>6”</sup>7

Conforme con lo anterior, esa regla general de improcedencia se puede reevaluar ante la necesidad de salvaguardar derechos fundamentales del 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 personas<sup>8</sup>.

[...]

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”<sup>9</sup>

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 del actor.

3. En el presente asunto, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia que se ataca, afirmó que no era viable declarar la ineficacia del traslado de régimen reclamado por José Francisco Sarabia Tovar debido a que no se logró demostrar que el cambio de régimen pensional fue producto de un error inducido o dolo, sumado a que Sarabia Tovar suscribió de manera voluntaria y libre el formulario en el que efectuó la afiliación a PORVENIR S.A.

Al respecto, la autoridad judicial accionada, indicó:

[...] Las anteriores circunstancias permiten inferir que el traslado al régimen de ahorro individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió, y cumple con los presupuestos legales para su validez como lo señala el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que permitía que el trámite se realizara con documentos preimpresos.

Por lo que se debe determinar sobre la falta o deficiente de asesoría al demandante y que es el sustento de la sentencia de primera instancia al aplicar el precedente jurisprudencial.

Lo primero que se debe señalar es que el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se refiere a unos supuestos fácticos que no se cumplen en el presente proceso, dado que el demandante no cumple con el supuesto de tener un derecho adquirido o encontrarse cercano a cumplir los requisitos para pensión, recuérdese que para la fecha de traslado le faltaban aproximadamente 20 años, ni tampoco se encontraba incurso en una prohibición legal para optar por el traslado de régimen ya que como se expresó en párrafos anteriores no tenía 55 años de edad ni contaba con una pensión de invalidez.

Adicionalmente, al aplicarse la inversión de la carga de la prueba, se encuentra que el fondo cumplió con la misma, ya que en virtud del principio de comunidad de la pruebas se deben analizar todas independiente de quien las haya aportado bajo el criterio de la sana crítica, y en ese orden de ideas, se encuentra que es el mismo demandante quien expuso en el interrogatorio de parte que tuvo una asesoría, donde le dijeron que si se trasladaba para el fondo privado Porvenir tendrían unas grandes ventajas, porque iba a tener un rendimiento por la plata acumulada y que se podría pensionar en el momento en que quisiera o en su defecto, les podrían dar todo el dinero acumulado.

Lo anterior permite colegir que el actor conoció del fondo los aspectos y características propias del régimen de ahorro individual, pues no de otra manera puede explicarse que haya señalado que podía pensionarse cuando quisiera, que podía obtener rendimientos y que lo que se hacía en el fondo privado era acumular dinero.

En este punto, considera la mayoría de la Sala que la información suministrada a la demandante no puede catalogarse como errónea, dado que las normas que regulan el régimen de ahorro individual con solidaridad, permiten que las personas afiliadas a ese

sistema, se puedan pensionar anticipadamente, con una mayor mesada pensional, al igual que se trata de una cuenta de ahorro donde en efecto se acumula dinero o capital.

Esta circunstancia es relevante, porque las reglas de la experiencia indican que por el paso del tiempo la memoria solo recuerda el motivo de dicho traslado, pero no así todos los aspectos expuestos en dicho momento, tal y como ocurrió en este caso, en tanto se evidencia desde la presentación de la demanda que se niega tajantemente algún tipo de asesoría por parte del fondo privado, es más, se omite por completo la existencia de la reunión que sostuvo el demandante con un asesor de PORVENIR en las instalaciones de la empresa donde laboraba.

De tal manera que los supuestos fácticos de la demanda sobre una falta de asesoría se desvirtúan con las pruebas que obran en el expediente, ya que el hecho de que dicha asesoría haya sido verbal no le quita el carácter de asesoría.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad privada, no resulta razonable que alguno de los contratantes preste su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta que el demandante no hubiera recibido ninguna clase de información respecto del cambio de régimen pensional, pues como es bien sabido, es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones.

Sumado a todo lo anterior, al revisar los hechos de la demanda y el interrogatorio, se concluye que la verdadera inconformidad del demandante se circunscribe al valor que obtendrá respecto de su primera mesada pensional; situación que no se deriva de una indebida asesoría o de un vicio en el consentimiento.

Respecto de la pensión, se debe recordar que en cualquiera de los regímenes el monto de la

pensión se define al momento de exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la afiliación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores; en el régimen de prima media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el régimen de ahorro individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; por lo que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación es solo eso una proyección que puede ser afectada por varias variables.

Dicha afectación del monto de la pensión por circunstancias ajenas al momento de la manifestación de la voluntad del traslado se hace presente, entre otras razones, por la obligación de permanencia en los regímenes en periodos previos a adquirir el derecho a la pensión, obligación que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004; pero que no tienen incidencia en la validez de la voluntad del traslado del sistema general de pensiones, máxime cuando la misma ley les dio un plazo de gracia a los afiliados para modificar el régimen y este caso no fue agotado por el demandante, dentro del periodo correspondiente.

Si bien no se desconoce la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados, desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, tampoco se puede desconocer que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y que es norma de vieja data que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, y como se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, "...su ignorancia no puede invocarse como excusa para viciar el consentimiento", máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley.

En ese orden de ideas, en el presente caso se encuentra acreditado que el demandante recibió la información, por lo que no nos encontramos ante un acto inexistente, y no se acredita un vicio del consentimiento que de paso a la nulidad del mismo, en la medida en

que no se está en presencia de un objeto o causa ilícita, error de hecho, fuerza o dolo, nótese que ni siquiera fueron alegados en la demanda.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que el demandante incurrió en un error para la toma de su decisión; dicho error es de derecho, porque de acuerdo a la definición doctrinal, se refiere “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico”<sup>10</sup>, y para el caso en concreto, el error se relaciona con la naturaleza del régimen de ahorro individual que le otorgaba unos derechos diferentes a los que tenía si hubiese permanecido en el régimen de prima media.

Por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento de quien lo presta.

En conclusión, se determina que el actor no se encontraba incurso dentro de algún tipo de prohibición legal para llevar a cabo su traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, situación que según la documental obrante en el proceso lo hizo de manera libre, voluntaria, e informada, la cual se realizó cumpliendo los lineamientos legales vigentes para la fecha de la afiliación y contó con información durante el periodo de vinculación al Fondo de Pensiones.

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.

No basta como se vio en el presente asunto donde el asesoramiento estuvo encaminado exclusivamente a señalar los puntos positivos que implicaban el cambio de régimen, sin señalar los aspectos negativos de esa decisión.

[...] el Tribunal, lacónicamente afirmó que [M.A.] 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 adoctrinado 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 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 (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.

Lo anterior porque indicó que era obligación del afiliado 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. Esto quiere decir que momento de efectuarse el traslado a la administradora de pensiones le corresponde informar al afiliado sobre las ventajas y desventajas tanto del régimen de ahorro individual como el de prima media, aspectos que en el presente caso no fue debidamente demostrados por PORVENIR S.A.

Así las cosas, para la Corte resulta claro que la Sala Laboral del 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.

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

Diego Eugenio Corredor Beltrán

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.

10 Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. Les Obligations. T. I. 6e  
Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.