

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

STP11104-2021

Radicación n° 118123

Acta 202.

Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, frente a la decisión proferida el 21 de abril del año en curso, por la Sala de Casación Laboral, por medio de la cual, concedió el amparo de las garantías fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso de HENRY GONZALO OVIEDO FRANCO, presuntamente vulneradas por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, trámite al que fueron vinculados el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de esta ciudad, las impugnantes y la demás partes e intervinientes en el proceso laboral fundamento de la acción de tutela.

ANTECEDENTES

Los sucesos y pretensiones que motivaron la solicitud de amparo fueron reseñados por el A quo constitucional, de la forma como sigue:

El ciudadano Henry Gonzalo Oviedo Franco presenta acción de tutela con el propósito de

obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, acceso a la administración de justicia, mínimo vital, «libre selección del régimen pensional» y seguridad social.

Para respaldar su solicitud, manifiesta que promovió demanda ordinaria laboral contra Colpensiones y Protección S.A., para que se declare la nulidad de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, toda vez que la administradora del fondo privado no le brindó información completa y comprensible sobre los riesgos del cambio de régimen.

Refiere que el asunto se asignó al Juez Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, autoridad que mediante sentencia de 8 de mayo de 2019 accedió a las pretensiones de la demanda.

Aduce que Colpensiones apeló y por medio de fallo de 3 de septiembre de 2019 la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá revocó la providencia de primera instancia y, en su lugar, absolvió a las entidades de las pretensiones del libelo.

Afirma que contra la anterior decisión presentó recurso extraordinario de casación y el ad quem lo concedió ante esta Sala de la Corte, sin embargo, formuló desistimiento de aquel medio de impugnación y tal acto procesal se admitió por medio de auto de 24 de marzo de 2021.

Arguye que el ad quem desconoció el precedente que esta Sala de Casación ha consolidado sobre la ineficacia de traslado de régimen pensional, por tanto, transgredió sus derechos fundamentales.

Conforme lo anterior, solicita el amparo de sus prerrogativas constitucionales, que se deje sin efecto la sentencia de 3 de septiembre de 2019 y se ordene a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, emita una

nueva decisión en la que confirme la providencia del a quo.

FALLO RECURRIDO

La Sala de Casación Laboral concedió el amparo de los derechos a la seguridad social, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso de HENRY GONZALO OVIEDO FRANCO, por cuanto la decisión emitida por el Tribunal incurrió en la causal específica de procedencia de la tutela contra providencias judiciales de desconocimiento del precedente. En concreto, la línea fijada por ese órgano de cierre frente a la pretensión de ineficacia del traslado de régimen.

Expuso que, si bien, la accionante inicialmente interpuso el recurso extraordinario de casación contra la providencia cuestionada y que posteriormente desistió del mismo, en el asunto debía flexibilizarse el presupuesto de la subsidiariedad, ante la evidente la vulneración de derechos fundamentales.

Relacionó los argumentos empleados por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, indicó que, las razones que expuso frente al deber de información en el traslado de régimen y la exigencia de estar cobijada por el régimen de transición, son las mismas que como órgano de cierre ha considerado restrictivas de las reglas jurisprudenciales fijadas frente a la ineficacia del traslado.

En tal virtud, resolvió:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la sentencia de 3 de septiembre de 2019, para en su lugar, ordenar a la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, que en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha que reciba el expediente, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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.

DE LA IMPUGNACIÓN

Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-

Fundó el disenso en los siguientes términos:

i) Partió por señalar que la acción de tutela es improcedente por subsidiariedad, dado que, la accionante no agotó los mecanismos de defensa judicial al interior del proceso y puede ahora emplearse la acción de tutela como una instancia adicional.

ii) Refirió que, de conformidad con la sentencia CC SU-062/2010- solo es posible cambiar de régimen cuando falten 10 años o menos para cumplir la edad que da derecho a la pensión, requisitos que en el caso no están dados, sumado a que, afiliados como el accionante que se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, no están cobijados por régimen de transición.

iii) La Sala de Casación Laboral ha indicado que la carga de la prueba está en cabeza del fondo privado, quien deberá acreditar el debido asesoramiento. Sin embargo, ello contradice el presupuesto de la carga de la prueba contenido en el Código General del Proceso, a la luz del cual, es la demandante quien debe probar.

iv) El contrato a través del cual, la accionante decidió voluntariamente trasladarse al régimen de ahorro individual, está revestido de legalidad y no fue afectado con ningún vicio del consentimiento, por tanto, es válido.

v) La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá contaba con la posibilidad de apartarse

del precedente jurisprudencial y argumentar cuál era la interpretación normativa bajo la cual debía estudiarse el caso en concreto. Sumado a que dicha Corporación actuó en el marco de su autonomía judicial.

vi) Conceder en este asunto el amparo, desconoce el principio de autonomía judicial, el precedente de la Corte Constitucional -CC SU-062/10- y afecta el sistema pensional, pues causa un grave impacto fiscal.

Solicita revocar el fallo de primera instancia y, en su lugar, declarar improcedente el amparo, “por cuanto no se ha materializado ningún vicio, defecto o vulneración de derechos fundamentales [...]”.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el artículo 2º del Decreto 333 de 2021, que modificó el canon 2.2.3.1.2.4 del Decreto 1069 de 2015, en concordancia con el precepto 44 del Reglamento General de la Corte Suprema de Justicia, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta contra la decisión adoptada en primera instancia por la Homóloga de Casación Laboral.

En el caso concreto, el problema jurídico se contrae a determinar si la Sala de Casación Laboral de esta Corporación, acertó o no al conceder el amparo solicitado por la peticionaria, al considerar que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá vulneró sus derechos fundamentales, pues la decisión por este emitida el 3 de septiembre de 2019, y que se ataca vía tutela, fue producto de un desconocimiento del precedente fijado por aquella Corporación.

Pues bien, se partirá por puntualizar que, el conocimiento del juez de tutela en segunda instancia, debe circunscribirse a verificar si el fallo de tutela, soluciona adecuadamente el escenario constitucional propuesto y, por ende, la impugnación, debe dirigirse a formular

los reparos contra dicha determinación.

En el presente asunto, la fundamentación de la impugnación promovida por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. no cuestiona los argumentos que sirvieron de fundamento a la Sala de Casación Laboral para conceder el amparo, esto es, el desconocimiento del precedente.

Sino que, a manera de instancia, exponen las razones por las cuales se consideran, no es posible acceder a la pretensión de nulidad del traslado, para lo cual, a través de una mixtura, traen a colación algunos de los argumentos expuestos en la sentencia cuestionada de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que sirven de fundamento a sus teorías y, de otra parte, plantean sus inconformidades con el precedente fijado por la Sala de Casación Laboral frente a la carga de la prueba del deber de información y la posibilidad de traslado así el afiliado no pertenezca al régimen de transición.

Sin perjuicio de ello, la Sala se pronunciará sobre el escenario constitucional propuesto y anticipa, confirmará la decisión del A-quo, en los siguientes términos:

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

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

para la defensa de las garantías constitucionales, caso en el cual, procede como dispositivo transitorio, con el fin de evitar un perjuicio de carácter irremediable.

De tal forma, la acción de tutela contra decisiones judiciales presupone la concurrencia de unos requisitos de procedibilidad que consientan su interposición: generales¹ y especiales², esto con la finalidad de evitar que la misma se convierta en un instrumento para discutir la disparidad de criterios entre los sujetos procesales y la autoridad accionada, contrariando su esencia, que no es distinta a denunciar la violación de los derechos fundamentales.

En el caso objeto de debate, el accionante busca se deje sin efecto el fallo emanado el 3 de septiembre de 2019 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, que absolvió a las demandadas frente a las pretensiones relacionadas con la declaración de ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad.

La inconformidad del gestor constitucional radica, principalmente, en que la providencia fustigada desconoció el precedente fijado por la Sala de Casación Laboral sobre la materia. Razones por las que cataloga el fallo como trasgresor de sus garantías constitucionales.

Sobre el particular, se anticipa que se confirmará la sentencia de primera instancia, pues como allí se concluyó, concurren los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales y el específico de desconocimiento del precedente.

Frente a los generales, la impugnante insiste en que no concurre el de subsidiariedad, porque no se agotaron los mecanismos de defensa judicial al interior del proceso, en concreto, porque finalmente no acudió al recurso extraordinario de casación.

Sobre este presupuesto, se dirá que, la Sala comparte los argumentos de primera instancia, en el sentido que, pese a que el accionante no acudió materialmente al recurso extraordinario de casación, por cuanto, pese a que inicialmente lo interpuso, luego desistió

del mismo, lo cierto es que, cuando se advierte la configuración de alguna de las causales específicas de procedencia de la tutela y el consecuente quebrantamiento de garantías fundamentales, es posible flexibilizar dicho presupuesto y dar cabida a la protección constitucional.

En torno a la causal específica de desconocimiento del precedente, como lo concluyó el A-quo, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá acudió a una interpretación equivocada de dos aspectos: i) del deber de información que opera en los casos de traslado de régimen, el cual no puede entenderse probado con el diligenciamiento del formulario de afiliación a la AFP y ii) la postura de que, la nulidad del traslado de régimen solo aplica a los beneficiarios del régimen de transición o a aquellos que tuviesen un derecho consolidado, situación en la que no se encontraba HENRY GONZALO OVIEDO FRANCO.

Claramente, dicha postura desconoció totalmente el precedente que ha fijado la Sala de Casación Laboral cuando de definir la pretensión de ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad se trata.

Luego, contrario a lo señalado por las recurrentes, la decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, no fue resultado del ejercicio que en virtud del principio de autonomía judicial habilita la posibilidad de apartarse del precedente; sino que, se reitera, simplemente desconoció la existencia de éste y creó su propia ruta en la definición del asunto.

La Corte Constitucional (CC T-459/17) ha puntualizado que «el desconocimiento del precedente se configura cuando el funcionario judicial se aparta de las sentencias 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».

El precedente fijado por la Sala de Casación Laboral frente al tema, está enmarcado principalmente en que, desde luego que corresponde a la jurisdicción laboral ordinaria definir estos asuntos, a través de un proceso declarativo.

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

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

Así, sobre este presupuesto, en la sentencia de casación SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, que a su vez, remitió a lo señalado en la sentencia CSJ SL19447-2017, expuso:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene

establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. [negrilla fuera del texto].

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

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

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

Luego, conforme lo ordenó la Sala de Casación Laboral, será bajo ese marco que la Sala Laboral del Tribunal Superior deberá definir el asunto.

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

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas Nº 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: Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

GERSON CHAVERRA CASTRO

EYDER PATIÑO CABRERA

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

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

sentencias de tutela.

2 En lo que tiene que ver con los requisitos de orden específico, el órgano de cierre constitucional en la misma providencia los clasificó en: (i) defecto orgánico; ii) defecto procedimental absoluto; (iii) defecto fáctico; iv) defecto material o sustantivo; v) error inducido; vi) decisión sin motivación; vii) desconocimiento del precedente y viii) violación directa de la Constitución.