

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado Ponente

STP16530-2021

Acta 304.

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la acción de tutela interpuesta por Héctor Alfonso Lancheros Fúquene contra la Sala de Casación Laboral de esta Corporación y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

Al trámite fueron vinculados el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta capital, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, el Fondo de Pensiones de Colfondos S.A., así como a las partes y demás intervinientes en el proceso ordinario laboral con radicado interno Corte nº 89151.

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

De acuerdo con las pruebas allegadas al expediente y según lo esbozado en el libelo introductorio, se verifica que Héctor Alfonso Lancheros Fúquene promovió demanda laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones - desde ahora Colpensiones y Colfondos S. A. Pensiones y Cesantías, en adelante Colfondos S.A., a fin de que se declarara la nulidad de traslado que realizó entre el régimen de prima media al régimen de ahorro individual.

El asunto fue conocido en primera instancia por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá quien, en sentencia del 13 de mayo de 2019, accedió a las pretensiones de la demanda. En consecuencia, declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad efectuado por el demandante, y condenó a Colfondos S. A. a devolver a Colpensiones, la totalidad de aportes girados a favor Lancheros Fúquene por concepto de cotizaciones a pensión de junto con los rendimientos financieros causados.

A su turno, Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo del 10 de septiembre de 2019, revocó la decisión de primer grado. En su lugar, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligación, y absolvió a las demandadas de la totalidad de las pretensiones.

El demandante instauró recurso extraordinario de casación frente al último fallo enunciado, el cual fue declarado desierto por la Sala de Casación Laboral en providencia AL2087-2021 del 12 de mayo de 2021. Lo anterior, por no satisfacer las exigencias previstas en el artículo 90 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Inconforme con lo anterior, Héctor Alfonso Lancheros Fúquene incoó la presente acción de tutela al considerar que las accionadas incurrieron en una vía de hecho. Estimó que en este caso la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia debió tramitar el recurso y una vez realizado el estudio de fondo, resolver lo que considerara pertinente, pero no declarar desierto el recurso, pues dicha sanción - declaratoria de desierto del recurso - no estaba prevista en el ordenamiento jurídico para los casos en que el recurso carece de técnica jurídica.

De otro lado, sostuvo que el Sala Laboral del Tribunal accionado desatendió el principio de consonancia, pues en la sentencia que se pronunció sobre la apelación, «no se manifestó ningún reproche sobre la solicitud de traslado al cambio de régimen».

Recalcó que la sentencia del Tribunal desconoció el precedente sentado por la Corte Suprema de Justicia en materia de ineficacia de traslado entre regímenes pensionales, para tal efecto señaló la providencia CSJSL12136-2014. Agregó que las demandadas no lograron demostrar que su traslado se dio de forma libre y voluntaria y tampoco se acreditó la debida asesoría de parte de Colfondos S.A., previo a su traslado.

Por lo anterior, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales y, como consecuencia, pidió que se deje sin efecto el auto AL2087-2021 del 12 de mayo de 2021 emitido por la Sala de Casación Laboral, para que dicha Corporación se pronuncie de fondo sobre la demanda extraordinaria de casación.

Asimismo, solicitó que se deje sin efecto la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2021 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y en reemplazo se emitiera una nueva decisión.

De forma subsidiaria, pidió que se ordene su afiliación a Colpensiones y el envío de las cotizaciones efectuadas ante Colfondos S.A.

INTERVENCIONES

Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia. Un magistrado de la Corporación pidió que se declarara improcedente el amparo deprecado, pues el demandante desaprovechó el mecanismo idóneo que tuvo a su alcance para hacer valer los derechos invocados.

Resaltó que en su debida oportunidad el accionante presentó demanda de casación, sin embargo, no cumplió con la carga procesal de sustentar la causal que alegó, por lo cual no fue posible abordar su estudio y se declaró desierto. Omisión que no puede ser atribuida a la Corporación accionada.

Sala Laboral Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Una empleada de la Secretaría

de la Corporación remitió copia de la decisión adoptada en sede de apelación del 10 de septiembre de 2019.

Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación P.A.R.I.S.S. El apoderado judicial de la entidad, vinculado al trámite de tutela, informó que el P.A.R.I.S.S. o el extinto I.S.S. no hizo parte del proceso ordinario laboral que hoy se cuestiona a través del presente diligenciamiento.

Colfondos S.A. El apoderado general de la compañía pidió que se declarara improcedente el amparo constitucional por falta de cumplimiento del requisito de subsidiariedad. Lo anterior, comoquiera que los alegatos expresados por el actor debieron exponerse dentro del proceso ordinario laboral.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en artículo 1º del Decreto 333 de 2021, que modificó el canon 2.2.3.1.2.1 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 en primera instancia sobre la presente demanda de tutela, por cuanto involucra una decisión adoptada por la Homóloga de Casación Laboral.

En el caso concreto, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar si Sala de Casación Laboral de esta Corporación y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desconocieron los derechos fundamentales de Héctor Alfonso Lancheros Fúquene.

La primera autoridad, con la emisión de la decisión AL2087-2021 del 12 de mayo de 2021 que declaró desierto el recurso extraordinario de casación formulado por el accionante contra el fallo del 10 de septiembre de 2021 de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. La segunda, con la decisión del 10 de septiembre de

2019 que revocó el fallo de primer grado, que a su vez había declarado la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

La Sala encuentra que hay lugar a conceder el amparo de las garantías constitucionales deprecadas. Se advierte que la decisión de la Sala de Casación Laboral de esta Corporación que se cuestiona vía tutela no incurrió en defectos que ameriten la intervención del juez constitucional. Sin embargo, no sucede igual con la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, que quebrantó los derechos del actor, por desconocimiento del precedente.

En ese orden la Sala abordará el problema jurídico desde dos escenarios de análisis diferentes. En un primer momento, expondrá brevemente las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. En segundo lugar, estudiará la procedibilidad de la acción de tutela contra la decisión AL2087-2021 del 12 de mayo de 2021 proferida por la Sala de Casación Laboral. Por último, abordará el análisis frente al fallo del 10 de septiembre de 2019, proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

1. Procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Esta Corporación ha sostenido (CSJ STP8641-2018, 5 jul 2018, rad. 99281; STP8369-2018, 28 jun 2018, rad. 98927; entre otros) de manera insistente, que este instrumento de defensa 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 o administrativo.

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, o 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, o 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 esta manera, 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.

2. Decisión emitida por la Sala de Casación Laboral.

El accionante ataca vía tutela la providencia AL2087-2021 del 12 de mayo de 2021, por medio de la cual la Sala de Casación Laboral declaró desierto recurso de casación interpuesto por Héctor Alfonso Lancheros Fúquene contra el fallo del 10 de septiembre de 2019, emitido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

En síntesis, considera que la accionada debió abordar de fondo el reclamo, y no declarar desierto el medio de impugnación en observancia de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal. Ello, pues en su sentir, dicha sanción, esto es la declaratoria de desierto, no está prevista en el ordenamiento jurídico, una vez se ha admitido la casación.

En este punto, se destaca que están acreditados los requisitos generales para la procedibilidad de la acción frente a la providencia AL2087-2021 del 12 de mayo de 2021. Sin embargo, no se evidencia algún defecto específico que habilite la protección invocada, toda vez que el auto que se ataca, a partir de argumentos razonables, declaró desierto el recurso por falta de sustentación del mismo.

Sobre el particular, se advierte que el 10 de febrero de 2021 la Sala de Casación Laboral admitió el recurso de casación interpuesto por el accionante frente a la sentencia del 10 de septiembre de 2019, emitido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Asimismo, dispuso correr el traslado al censor por el término establecido legalmente para su sustentación. Lo anterior, de conformidad con lo regalado en el canon 93 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.³

Mediante proveído AL2087-2021 del 12 de mayo de 2021, la autoridad declaró desierto el recurso, pues estimó que la demanda de casación no cumplió las exigencias previstas en el artículo 90 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

«Esta Corte ha dicho que el propósito del recurso extraordinario de casación es confrontar la sentencia impugnada con la ley, por las precisas causales establecidas legalmente, con apego a una técnica especial y que, al apartarse de ella, esta deviene inatendible, pues la Corte no podría avocar su estudio con miras a reparar los eventuales errores jurídicos o fácticos que aquella pueda contener.

Por ello, es deber del recurrente expresar los motivos de casación, indicando el precepto legal sustantivo de orden nacional que estime violado y el concepto de la misma, esto es, por vía directa, si lo fue por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de la ley, o por la vía indirecta, en caso de que considere que la infracción ocurrió como consecuencia de errores de derecho o de hecho al apreciar o dejar de valorar las pruebas, las cuales debe singularizar y expresar la clase de error que estima se cometió.

Dicho lo anterior, se observa que la censura acusa, por la vía directa, la interpretación errónea de los artículos 13 literal b), 31, 90, 91 literal d, de la Ley 100 de 1993; el 97, numeral 1, del Decreto 663 de 1993; los artículos 4, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994; el 3 del Decreto 1161 de 1994; los artículos 7 y 11 del Decreto 692 de 1994; la Ley 797 de 2003; los artículos 63, 1502, 1508, 1515, 1516 y 1604 del Código Civil; y los artículos 60, 61 y 145

del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. No obstante, al verificar el cargo, este carece de demostración, pues no indica el recurrente en qué consistieron los supuestos errores hermenéuticos.

En efecto, el recurrente solo se limitó a enunciar las normas, pero no hizo referencia al error de interpretación en el que pudo haber incurrido el fallador, que podría conducir a la violación de la ley sustancial, en el evento de existir realmente, pese a ser el obligado a sustentar la causal que invoca como violatoria de la ley sustancial, sustentación que brilla por su ausencia en el escrito de demanda, sin que sea viable que la Corte aborde su estudio, dada la naturaleza dispositiva de este medio extraordinario de impugnación.

Por las anteriores razones, en el asunto bajo examen, la parte impugnante, sin atención a lo que en casación del trabajo debe precaverse, omite darle fundamento al cargo que incoa.»
(Negrita propia)

En este contexto se encuentra que una vez vencido el plazo para la presentación de la demanda de casación sin que se haya fundado el recurso, procede su declaratoria de deserción, de acuerdo a lo reglado en el canon 96 ejusdem.⁴

Así las cosas, resulta evidente que el accionante no sustentó en debida forma el cargo formulado, pues se limitó a transcribir las normas desconocidas con la sentencia confutada, sin desarrollar el concepto de violación de las mismas. Situación que llevó a considerar que la demanda no cumplía con los mínimos de sustentación requeridos.

Por lo anterior, encuentra la Sala que la providencia judicial que se pretende dejar sin efecto en virtud del mecanismo de amparo no es el resultado de la arbitrariedad ni el capricho de la Sala de Casación Laboral, sino la consecuencia legal esperada por el incumplimiento de una carga propia del interesado.

Estos razonamientos no pueden controvertirse en el marco de la acción de tutela, cuando

de manera alguna se perciben ilegítimos o caprichosos. Entendiendo, como se debe, que la misma no es una herramienta jurídica agregada, que en este evento se convertiría prácticamente en una instancia adicional, no es adecuado plantear por esta vía la incursión en causales de procedibilidad, originadas en la supuesta arbitrariedad en la interpretación de las reglas aplicables al caso, o valoraciones probatorias.

Lo anterior, pues si se admitiera que el juez de tutela puede verificar la juridicidad de los trámites en esos tópicos, no sólo se desconocerían los principios de independencia y sujeción exclusiva a la ley, que disciplinan la actividad de los jueces ordinarios, previstos en los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino además los del juez natural y las formas propias del juicio contenidos en el canon 29 Superior.

Por las razones esgrimidas, en este punto se negará el amparo deprecado.

3. Decisión emitida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

El segundo alegato del accionante lo dirige contra la sentencia del 10 de septiembre de 2019, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la cual revocó el fallo de primer grado emitido dentro del proceso ordinario laboral promovido por Héctor Alfonso Lancheros Fúquene contra Colpensiones y Colfondos S.A., en aras de lograr la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad.

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

Sobre el particular, se reitera que se concederá el amparo deprecado toda vez que Sala

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

3.1. Cumplimiento de requisitos genéricos.

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

- i) Claramente, la cuestión que se discute tiene relevancia constitucional, dado que se invoca la vulneración de derechos fundamentales en la decisión adoptada por parte del Tribunal y los efectos nocivos que según el actor, producirá esa determinación en el posterior reconocimiento de su pensión.
- ii) El accionante no cuenta con otros medios de defensa judicial.

En este punto se resalta que conforme se demostró en el numeral anterior de esta providencia, Héctor Alfonso Lancheros Fúquene desechó el recurso extraordinario de casación, pues si bien incoó el medio de impugnación, no cumplió con la carga mínima de sustentación para que procediera su estudio de fondo. Sin embargo, en el presente caso se impone flexibilizar este último presupuesto y otorgar la protección reclamada, como lo ha hecho la Sala en asuntos de similar naturaleza al acá estudiado (571585, 585246 y 593567, entre otros).

Esto, precisamente, a raíz de lo protuberante de la vulneración de las prerrogativas constitucionales y de la afectación que se genera con ocasión del desconocimiento del precedente vertical, que se erige como causal específica de procedencia del amparo. Lo cual torna necesaria la intervención extraordinaria del juez constitucional a fin de hacer prevalecer la dimensión jurídica, política y social de la Constitución de 1991 (CSJ

STP12082-2019 rad. 106180 y CSJ STP 17447 -2019 rad. 107988).

Bajo esta lógica, es posible que el principio de subsidiariedad deba ceder cuando se advierta la vulneración de derechos fundamentales, y con esto se genere daño de alcances desproporcionados que sea plenamente identificable. Situación que debe examinarse en cada caso en concreto.

Al respecto, esta Corporación en el fallo STL13133-2019, reiterado, entre otros, en sentencia STP6058-2020, explicó que el requisito de subsidiariedad no es absoluto «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».

Por lo anterior, es procedente y necesario flexibilizar el presupuesto de subsidiariedad en este caso en concreto.

iii) Se cumple el requisito de la inmediatez, dado que la última providencia proferida en el proceso ordinario laboral promovido por el accionante data del 12 de mayo de 2021,8 y la presente acción se presentó el 8 de noviembre siguiente, 9 es decir, transcurridos menos de seis (6) meses desde la expedición del acto que se considera lesivo de los derechos fundamentales.

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

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

3.2. Requisitos específicos: desconocimiento del precedente.

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».

En el caso bajo estudio, se encuentra que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sentencia emitida el 10 de septiembre de 2019, afirmó que de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales solo aplicaba a los beneficiarios del régimen de transición o a aquellos que tuviesen un derecho consolidado, situación en la que no se encontraba Héctor Alfonso Lancheros Fúquene.

«No desconoce esta Corporación la fecunda jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre. La sentencia hito es la 31989, reiterada luego en la sentencia 33083. Es una obligación de los fondos suministrar la información suficiente, necesaria y veraz al particular que desea modificar un régimen de transición. Pero las sentencias que han sido adoptadas a la fecha de esta sentencia (...) siempre han abordado situaciones que hacen referencia a expectativas legítimas. Protección de ellas que exigían de los respectivos fondos un deber de información más exigente que para el año 1998 se encontraban plasmadas en las normas, insistimos, que para esa fecha habían sido adoptadas por el legislador a través de la ley en sentido amplio, ora sus decretos reglamentarios.

En ese orden de ideas, las obligaciones generales y específicas que aparecen a cargo de los fondos de pensiones, que son las narradas en el Decreto 656, artículos 14 y 15, aparecen cumplidas cuando el demandante suscribe ese formulario del cual da cuenta el folio 113, donde expresa que la suscripción del mismo es libre, voluntaria y sin presiones. Se acompaña a lo que prevé el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que indicaba que la

selección de un régimen implica la aceptación de las condiciones propias de esta para acceder a las pensiones de invalidez, vejez y sobrevivientes. Por demás el inciso 7 de la prenombrada norma, autorizaba a los fondos de pensiones cuando existiese un particular que quisiese trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, que ese consentimiento libre, espontáneo y sin presiones fuera plasmado en un formulario que fuese pre impreso. Es decir, existía plena autorización legal para ello.

En ese orden de ideas, desde el punto de vista de esta Sala de decisión, no todos los asuntos referidos a ineficacia del traslado deben decidirse de forma positiva a quien se limita a indicar «no fui informado». Consentir en ello, es prácticamente otorgar una patente de corso a quien conviene un acto jurídico, permite que surta efectos durante un basto lapso, y luego le sea suficiente indicar que no fue informado para que pierda efectos lo que en su momento sí fue acordado.

Surgen unos interrogantes en el presente asunto como lo son, ¿qué tipo de efecto nocivo pueden causarle al causante, quien contaba con 43 años de edad, había cotizado 810,71 semanas, y aún se encontraba en plena formación su derecho a la pensión. La respuesta al interior interrogante se expone como negativa de cara a la buena fe contractual que debe predicar todo extremo de este tipo de negocios jurídicos.

Y es que en este asunto, se insiste, tiene mayor connotación lo que el propio actor expusiese en su interrogatorio de parte, quien indicó que sí firmó el formulario de afiliación, sin que sea un argumento la desidia que alega la parte actora. Es imposible pretender justificar una decisión tan trascendental en la vida de un particular, como lo es, su futuro pensional, con el simple hecho de indicar que no fui informado. Por demás la narración sobre el régimen de ahorro individual con solidaridad aparece en la ley, artículo 60 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, si al momento del traslado, que es cuando debe materializarse el análisis del perjuicio (...) al demandante le restaban 19 años para cumplir la edad para pensionarse, no era beneficiario del régimen de transición, no era beneficiario de expectativa legítima y le restaban como mínimo 490 de cotizaciones, para efectos contabilizar una posible proporción de cual le resultaba más favorable, pues no puede demostrarse un perjuicio irremediable o vicio en el consentimiento por un error en esa información, comoquiera que ese análisis se debe materializar al momento del traslado, no al momento en que se plantea la demanda.

Nótese entonces, que el supuesto vicio del consentimiento por omisión de información, solo surge cuando se impide el traslado y parte de una información que desconocía en su momento Colfondos, cual sería, verbi gracia, los salarios que iba a devengar el demandante en el año 1998 en adelante. Así las cosas, imposible le resulta haberle exigido una proyección cuando no se contaba con los elementos necesarios para ello. (...).»

Sin embargo, dichos razonamientos distan del verdadero criterio que sobre este tema ha sentado la Sala de Casación Laboral, como pasa explicarse.

Ese órgano de cierre jurisdiccional en la providencia CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, puntualizó 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.»

En cuanto al deber de información a cargo de las AFP, la autoridad accionada también desconoció el precedente fijado por la Sala de Casación Laboral, según el cual:

i) El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, 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 antes referida, que a su vez, remitió a lo señalado en la sentencia CSJ SL19447-2017, expuso:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por las razones esgrimidas, se ampararon los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad social y debido proceso de Héctor Alfonso Lancheros Fúquene. En consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia de 10 de septiembre de 2019, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso ordinario laboral n.º 002 2018 00497 01, 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.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad social y debido proceso de Héctor Alfonso Lancheros Fúquene.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la sentencia de 10 de septiembre de 2019, proferida por la

Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso ordinario laboral n.º 002 2018 00497 01, 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: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: INFORMAR a las partes que contra la decisión procede la impugnación ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

QUINTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez ejecutoriada esta decisión.

Notifíquese y cúmplase.

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

GERSON CHAVERRA CASTRO

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.

3 Artículo 93. Admisión del recurso. <Artículo modificado por el artículo 49 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Repartido el expediente en la Corte, la Sala, dentro de los veinte días hábiles siguientes, decidirá si es o no admisible el recurso. Si fuere admitido, dispondrá el traslado al recurrente o recurrentes para que dentro de este término presenten las demandas de casación. En caso contrario se procederá a la devolución del expediente al sentenciador de origen.

Presentada en tiempo la demanda de casación, la Sala resolverá si se ajusta a los requisitos antes señalados. Si así lo hallare ordenará el traslado de ella a quienes no sean recurrentes, por quince días hábiles a cada uno, para que formulen sus alegatos.

<Apartes tachados INEXEQUIBLES> Si la demanda no reúne los requisitos, o no se presentare en tiempo, se declarará desierto el recurso, y se impondrá al apoderado judicial una multa de 5 a 10 salarios mínimos mensuales.

4 Artículo 96. Declaratoria de deserción. Vencido el plazo del traslado sin que se haya fundado el recurso, el Tribunal lo declarará desierto, condenará en costas al recurrente y ordenará devolver el expediente al Tribunal o Juzgado de origen.

5 Tutela del 15 de abril de 2020, magistrado ponente Iván Mauricio Lenis

Gómez.

6 Tutela ST13191-2020 del 18 de marzo de 2020, magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

7 Tutela del 6 de mayo de 2020, magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

8 Auto que declaró desierto el recurso de casación.

9 Acta de reparto de la Sala de Casación Penal.