

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado Ponente

STP7435-2021

Radicación n.º 116301

(Aprobado Acta n.º 122)

Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Se resuelve la impugnación propuesta por la Directora de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones [COLPENSIONES], frente a la sentencia proferida el 17 de marzo de 2021 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 Gustavo Caicedo Pérez.

ANTECEDENTES

Hechos y fundamentos de la acción

[...] GUSTAVO CAICEDO PÉREZ instaura acción de tutela con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la IGUALDAD, ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, DEBIDO PROCESO, SEGURIDAD SOCIAL, MÍNIMO VITAL y «PENSIÓN», presuntamente vulnerados por la autoridad convocada.

En lo que interesa al presente mecanismo constitucional, la promotora refiere que presentó

demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., con el propósito que se declarara la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad.

Manifiesta que el conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, autoridad que accedió a las pretensiones invocadas mediante providencia de 6 de agosto de 2019.

Informó que las convocadas a juicio apelaron la anterior decisión ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta ciudad, Corporación que revocó la de primer grado a través de sentencia de 31 de julio de 2020, tras considerar que (i) «para poder afirmar que una persona se encuentra acobijada por el régimen de transición, en caso como en el que se ocupa, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tendría que tener 15 o más años de servicios cotizados, lo que itera, no acontece con el señor Caicedo Pérez»; (ii) el deber de información de las AFP se suple con las previsiones que el demandante aceptó al momento de suscribir el formulario de afiliación, documento en el que plasmó su decisión «libre, voluntaria y sin presiones»; (iii) no se acreditó un vicio en el consentimiento; (iv) el desconocimiento de la ley no sirve de excusa; (v) no se demostró que «persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional».

Señala que interpuso recurso extraordinario de casación, el cual fue denegado por extemporáneo en auto de 10 de noviembre de 2020.

Informa que presentó acción de tutela contra la decisión mencionada; no obstante, mediante sentencia STL9457-2020 de 21 de octubre de 2020, esta Sala de la Corte declaró improcedente el amparo invocado por cuanto se encontraba pendiente resolver sobre la concesión del recurso de casación.

Cuestiona la determinación de segundo grado, pues, en su sentir, el fallador encausado desconoció la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, para lo cual menciona algunas sentencias proferidas por esta Sala.

Acude entonces al presente mecanismo de amparo constitucional para que se protejan sus derechos superiores y, para su efectividad, solicita se deje sin valor y efecto el fallo dictado el 31 de julio de 2020 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que, en su lugar, emita una nueva decisión en la que se acceda a sus pretensiones

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 después 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 31 de julio de 2020 incurrió en una causal específica de procedencia de tutela contra providencias judiciales denominada «desconocimiento del precedente judicial».

Señaló que, la regla jurisprudencial identificable en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008,

CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Por tanto, concluyó el Tribunal restringió indebidamente el precedente, al tergiversar su alcance y, con ello lesionó las garantías pensionales de la demandante.

Amparó los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la seguridad social y a la igualdad de Gustavo Caicedo Pérez y ordenó:

[...] DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 31 de julio de 2020, 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 sentencia, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

.

TERCERO: EX[H]ORTAR 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.

LA IMPUGNACION

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 del actor, 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.

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 interesado, 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 amparo¹. De manera que quien acude a ella tiene la carga no sólo respecto de su planteamiento, sino de su demostración.

Así mismo, la Corte Constitucional superó el concepto clásico de «vía de hecho» y redefinió la teoría de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, estableciendo que ella es posible cuando con ocasión de la función jurisdiccional se configura alguna causal específica de procedibilidad, a saber: i) defecto orgánico; ii) defecto procedimental absoluto; iii) defecto fáctico; iv) defecto material o sustantivo; v) error inducido; vi) decisión sin motivación, vii) desconocimiento del precedente y, viii) violación

directa de la Constitución.

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

En principio, la situación descrita conduciría a la declaración de improcedencia del amparo por quebrantar el requisito de subsidiariedad que rige su trámite, sin embargo, se impone dar prevalencia en término de razonabilidad a este último y otorgar la protección reclamada, ante la evidente concurrencia de la causal específica de procedencia del amparo relacionada con el desconocimiento del precedente, lo cual torna necesaria la intervención extraordinaria del juez constitucional².

Sobre esa temática, la Corte Constitucional, en sentencia CC T-441-2018, indicó:

[...] La jurisprudencia de esta Corte ha señalado que existen dos eventos en los que la acción de tutela interpuesta contra una providencia judicial resulta procedente aunque no se haya agotado el recurso extraordinario de casación: “(i) si la situación material de existencia y el asunto a tratar del accionante, lo convierten en una carga desproporcionada³ y, (ii) cuando resulta evidente que existe una vulneración de derechos fundamentales y por ende, no admitir la procedencia de la acción de tutela implicaría que lo formal prevalecería ante lo sustancial, desconociendo así la obligación estatal de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales⁴ y la prevalencia del derecho sustancial⁵, comoquiera que la aplicación severa de esta regla ‘causaría un daño de mayor entidad constitucional que el que se derivaría del desconocimiento del criterio general enunciado’^{6”}⁷

Conforme con lo anterior, esa regla general de improcedencia se puede reevaluar ante la necesidad de salvaguardar derechos fundamentales 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 personas⁸.

[...]

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

Conforme con lo anteriormente referenciado, es procedente entrar a verificar si existe alguna actuación u omisión del despacho accionado capaz de afectar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales 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 Gustavo Caicedo Pérez debido a que no se logró demostrar que el cambio de régimen pensional fue producto de un error inducido o dolo, sumado a que Caicedo Pérez

suscribió de manera voluntaria y libre el formulario en el que efectuó la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A.

Al respecto, la autoridad judicial accionada, indicó que:

1. Como quiera que el actor no contaba con 15 años de servicios prestados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no podía retornar al régimen de prima media con prestación definida, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C789-2002.

3. Afirmó que un error de derecho no vicia el consentimiento, aunado a que no se acreditó que el promotor incurriera en un error de hecho al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto.

4. Adujo que si bien esta Sala de la Corte ha señalado de manera reiterada que las AFP tienen el deber de brindar suficiente información acerca de las características de los regímenes pensionales, lo cierto es que en aquellas ocasiones se estudiaron casos de afiliados que contaban con una expectativa legítima para pensionarse, lo que, aseguró, no sucede en el presente asunto.

5. Señaló que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y, en esa medida, «el

afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional».

6. Preciso que acceder a lo pretendido por el tutelante implicaría desconocer los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, toda vez que tendría que retornar a un régimen al cual no contribuyó.

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 disfavor 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.

Asimismo, el asesoramiento debió estar encaminado a señalar los puntos positivos y negativos que implicaban el cambio de régimen. Sobre este presupuesto, la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL4426-2019, 16 oct. 2019, rad. 79167, indicó:

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

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

Sobre el particular esta Sala ha sentado un precedente consistente, en sedas providencias que datan de 2008 y, recientemente, entre otras, en sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019, en las que ha adocinado que desde que se

implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

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

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

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

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

[...]

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión

de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

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.

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

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

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

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

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

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

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

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

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

funcionario judicial se aparta de las sentencias emitidos por los tribunales de cierre (precedente vertical) o los dictados por ellos mismos (precedente horizontal) al momento de resolver asuntos que presentan una situación fáctica similar a los decididos en aquellas providencias, sin exponer las razones jurídicas que justifique el cambio de jurisprudencia» [Corte Constitucional, sentencia CC T-459-2017].

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 Colfondos 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 Colfondos 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

Gerson Chaverra Castro

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.