

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

STP9943-2021

Radicación n° 117457

Acta No. 167

Bogotá, D.C., primero (1º) de julio de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO:

Se resuelve la impugnación presentada por la Directora de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, respecto del fallo proferido el 26 de octubre de 2020¹ por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por medio del cual otorgó el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social y mínimo vital de PLINIO NOE GORDILLO VILLAMIL, dentro de la acción de tutela impetrada contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, trámite al que fue vinculado el Juzgado Veintiséis Laboral de la misma ciudad y las partes e intervinientes en el proceso ordinario laboral cuestionado.

LA DEMANDA

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

El convocante promueve 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, mínimo vital, seguridad social y «libre selección del régimen pensional».

Para respaldar su solicitud, narra que nació el 20 de diciembre de 1959, que se afilió al sistema general de pensiones y cotizó un total de 1.700 semanas.

Señala que dichas cotizaciones las sufragó inicialmente al régimen de prima media con prestación definida y en el año 1995 se trasladó el régimen de ahorro individual con solidaridad que para entonces administraba la AFP Colmena – hoy Protección S.A.- y posteriormente a Porvenir S.A.

Refiere que en el momento del traslado de régimen pensional no recibió información clara, cierta y comprensible sobre las implicaciones de esa decisión, motivo por el cual instauró demanda ordinaria laboral contra Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones para lograr la declaración de nulidad o ineficacia de tal acto jurídico y que se le permitiera continuar cotizando en el régimen de prima media con prestación definida.

Afirma que el asunto se asignó por reparto a la Jueza Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, autoridad que accedió a sus pretensiones mediante sentencia de 26 de agosto de 2019.

Menciona que contra esta última decisión Porvenir S.A. instauró recurso de apelación y que el a quo remitió también el expediente al Tribunal para que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Asimismo, indica que por medio de fallo de 6 de julio de 2020 la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá revocó la decisión y absolvió a las accionadas de las pretensiones de la demanda.

Argumenta que el ad quem desconoció el precedente que esta Sala de Casación ha consolidado sobre el asunto debatido y, en consecuencia, transgredió los derechos fundamentales invocados en esta acción.

Manifiesta que instauró una primera acción de tutela para lograr el quebrantamiento del fallo en comento, no obstante, a través de sentencia CSJ STL5899-2020 del 5 de agosto de 2020 esta Sala de Casación la declaró improcedente por prematura, en tanto advirtió que la decisión cuestionada estaba aún en término de ejecutoria.

Conforme lo anterior, solicita que se protejan sus prerrogativas constitucionales, que se deje sin efecto la providencia absolutoria de segunda instancia y, en su lugar, se le ordene al Tribunal proferir una nueva decisión de conformidad con el precedente judicial aplicable al asunto en controversia.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala de Casación Laboral concedió el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social y mínimo vital. La decisión está soportada en las siguientes consideraciones:

1. Tras el estudio de los requisitos generales de la acción de tutela cuando se cuestionan decisiones judiciales, aduce que el proponente no cumple el de subsidiariedad; sin embargo, "...en este evento tal presupuesto debe flexibilizarse para que la Sala analice la providencia controvertida, en atención a la relevancia de los derechos superiores que se invocan y el perjuicio irremediable que puede acarrear el mantener una decisión contraria al precedente unificado de esta Corte y a las garantías superiores del actor."

2. Tras destacar los argumentos del Tribunal para denegar la pretensión del demandante, precisa lo siguiente:

i) Se equivocó ad quem al equiparar la rúbrica plasmada por el actor en el formulario de afiliación a un consentimiento informado, dado que desconoció el precedente establecido por esa Sala en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL 1689-2019 y CSJ SL4426-2019, entre otros, en las

cuales se precisó que de ese tipo de documentos no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que les asiste a las administradoras de fondos de pensiones, acorde con el artículo 97 del Decreto 633 de 1993.

ii) Según el Tribunal, no se estructuraron vicios del consentimiento que estructuren una nulidad en términos del Código Civil, análisis que contraría las decisiones de la Sala, a través de las cuales se ha señalado que estos casos deben abordarse como un tema de ineficacia y no desde la óptica de las nulidades por vicios del consentimiento.

iii) La afirmación del juez colegiado relativa a que el demandante no podía prevalerse de la falta de conocimiento de la Ley 100 de 1993 que regula cada uno de los regímenes pensionales y que el deber de asesoría se cumplió indicándole que en el RAIS ahorra para él mismo, desconoce que la obligación de información no se cumple con la sola indicación de los beneficios del traslado, pues es necesario describir las características de cada régimen, para lo cual cita la sentencia SL1452-2019.

iv) El Tribunal tampoco acertó al señalar que le correspondía al actor demostrar que su traslado fue producto de engaño, "...pues dicho proceder, además de constituir una inversión desequilibrada de las obligaciones procesales previstas en el artículo 167 del Código General del Proceso, también desconoció el precedente contenido de la sentencia CSJ SL4426-2019. En dicho fallo, esta Sala precisó que en tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."

v) Finalmente, el ad quem igualmente erró al señalar que la falta de derechos adquiridos o expectativas legítimas para acceder a la pensión de vejez impedía tornar en ineficaz el traslado, conclusión que se alejó de lo aducido en las providencias CSJ SL19447-2017, CSJ

SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4426-2019, en las que se clarificó que esa ineficacia no se aplica solo a quienes cuentan con un derecho consolidado o legítima expectativa pensional.

3. Acorde con lo anotado, concluye que el Tribunal accionado se apartó del precedente consolidado por la Sala de Casación Laboral en punto de la ineficacia de traslado de régimen pensional, sin que el esfuerzo argumentativo que realizó sea suficiente. En tales términos resolvió:

PRIMERO: Conceder la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital e igualdad del accionante.

SEGUNDO: Dejar sin efecto la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá profirió el 6 de julio de 2020, en el proceso ordinario laboral que el accionante adelantó contra Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.

TERCERO: Ordenar al citado Tribunal que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera nueva decisión teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: Exhortar a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente, en los términos de las sentencias CC C-621-2015 y CC SU-354-2017 de la Corte Constitucional.

LA IMPUGNACIÓN

Fue promovida por la directora de acciones constitucionales de COLPENSIONES, quien expuso lo siguiente:

1. La posibilidad de apartarse del precedente emanado de las Corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones, supone un deber de reconocimiento del mismo y de explicación de las razones para no acogerlo, como así acaeció en el asunto ahora cuestionado, pues el Tribunal contaba con la posibilidad de apartarse y exponer los argumentos pertinentes, de ahí que no se materializó ningún vicio, defecto o vulneración de derechos fundamentales, atendiendo la interpretación dada en la decisión cuestionada, puesto que dentro de la autonomía judicial, con detalle y razonadamente explicó por qué se apartaba de la jurisprudencia.

3. La tutela no es el mecanismo adecuado para conseguir la satisfacción de las garantías reclamadas, pues no puede constituirse en una tercera instancia para analizar el litigio objeto de debate, de manera que ante el incumplimiento de las causales de procedibilidad que permita la revocatoria de la sentencia proferida por el ad quem, la tutela se torna improcedente.

4. Frente al traslado de régimen, sostuvo que al no existir reglas para ello cualquier persona podría deprecarlo bajo el único argumento de no haber entendido las consecuencias, lo cual podría predicarse de aquellos que se cambiaron al momento de la creación de los fondos privados con algunos requisitos, pero no para quienes ya sabían y conocían el funcionamiento de las administradoras de los fondos o lo hicieron muchos años después.

5. Para la recurrente, según el artículo 167 del Código General del Proceso, si el demandante pretende la declaratoria de la nulidad del traslado de régimen, es a él a quien le compete demostrar los vicios en el consentimiento que se generaron al momento de perfeccionarse el negocio jurídico.

6. Adujo que decidir de fondo las pretensiones del demandante, invade la órbita del juez ordinario y su “autodominio” y, además, excede las competencias del juez de tutela en la medida que no se demostró vulneración de los derechos fundamentales y tampoco la

existencia de un perjuicio irremediable.

7. Finalmente, frente al fenómeno de la cosa juzgada, precisa que, conforme la jurisprudencia, las órdenes dirigidas a modificar decisiones ya ejecutoriadas, desconocen los principios de certeza, seguridad jurídica y legalidad. Acorde con ello, señala que en este caso “no se probaron las razones que hagan viable la inmutabilidad (sic) de la sentencia demandada a través de la tutela”.

8. Consecuente con lo anotado, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela al no haberse materializado ningún vicio, defecto o vulneración de los derechos fundamentales por parte de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

CONSIDERACIONES

1. Competente es la Sala para conocer de la impugnación interpuesta de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017 en armonía con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y el Acuerdo 006 de 2002 contentivo del Reglamento de la Corporación, toda vez que es la llamada a conocer de las acciones de tutela que se interpongan contra la Sala de Casación Laboral, así como de las impugnaciones proferidas frente a sus decisiones.

2. Suficiente ha sido la divulgación frente al canon 86 de la [Constitución Política](#), en cuanto establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. En el asunto sub examine, Plinio Noe Gordillo Villamil deprecia dejar sin efecto la

providencia emitida el 6 de julio de 2020 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual, revocó el fallo del 26 de agosto de 2019 proferido por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de la misma ciudad y, en su lugar, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió a las entidades demandadas de las pretensiones de la demanda, dirigidas a que se declarara la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad.

4. En ese contexto, debe recordarse que acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Cfr. Sentencias: C-590 de 2005, SU-195 de 2012 y T-137 de 2017, entre otras) la acción de tutela contra providencias judiciales solamente es procedente de manera excepcional y siempre que se cumplan ciertos y rigurosos presupuestos de procedibilidad, agrupados en (i) requisitos generales, y (ii) causales específicas.

Los primeros se concretan a: (i) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; (ii) se hayan agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; (iii) se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; (v) se identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la afectación como los derechos vulnerados y que se hubiese alegado en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y; (vi) no se trate de sentencias de tutela.

Mientras que los segundos, esto es, los de carácter específico, implican la demostración de por lo menos, uno de los siguientes vicios: a) un defecto orgánico (falta de competencia del funcionario judicial); b) un defecto procedimental absoluto (desconocer el procedimiento legal establecido); c) un defecto fáctico (que la decisión carezca de fundamentación

probatoria); d) un defecto material o sustantivo (aplicar normas inexistentes o inconstitucionales); e) un error inducido (que la decisión judicial se haya adoptado con base en el engaño de un tercero); f) una decisión sin motivación (ausencia de fundamentos fácticos y jurídicos en la providencia); g) un desconocimiento del precedente y; h) la violación directa de la Constitución.

4.1. Aplicando tales derroteros al caso en estudio, en lo que atañe a las exigencias de carácter general, es preciso indicar: el asunto es de relevancia constitucional, pues lo que es objeto de debate es la aparente vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, seguridad social y mínimo vital, con ocasión del fallo proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Del mismo modo, el accionante identificó con suficiencia los fundamentos fácticos y las pretensiones, así como los derechos que considera vulnerados, además, no se discute por este cauce una sentencia de tutela.

En cuanto al agotamiento previo de otros mecanismos de defensa judicial, si bien el accionante no hizo uso del recurso de casación y, por tanto, estaría siendo desconocido el principio de subsidiariedad, considera la Sala, como bien lo precisó el a quo, que éste debe flexibilizarse en atención a las particularidades del caso concreto, en especial, ante la necesidad de procurar la protección de los derechos fundamentales invocados ante la evidente concurrencia de la causal específica de procedencia del amparo relacionada con el desconocimiento del precedente, ante lo cual el juez de tutela no puede ser indiferente y por eso la necesaria intervención extraordinaria².

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} (Negrillas fuera del texto)

En lo atinente al requisito de inmediatez, la Sala observa que la sentencia censurada fue proferida el 6 de julio de 2020 y la tutela avocada el 21 de octubre siguiente, lo cual significa que se acudió cuando apenas había transcurrido algo más de tres meses de proferida la decisión judicial que se estima transgresora de las garantías fundamentales cuyo resguardo se persigue, razón que permite colegir que fue presentada en un plazo razonable.

Es más, acorde con lo expuesto por la Corte Constitucional, tratándose de asuntos relacionados con pensiones, el requisito de inmediatez ha de flexibilizarse ateniendo que se trata de una prestación periódica y por lo mismo la vulneración puede extenderse en el tiempo. Así lo ha indicado el Tribunal Constitucional⁸:

En el mismo sentido, la Sala encuentra cumplido el requisito de inmediatez en tanto que, a pesar de que la última sentencia atacada data de 2004, la jurisprudencia constitucional ha establecido en repetidas oportunidades que en el caso de reclamaciones tendientes al reconocimiento de prestaciones pensionales el requisito de inmediatez adquiere un matiz especial por cuanto la vulneración puede extenderse en el tiempo, dado el carácter periódico de este tipo de prestaciones. Así las cosas, dado que la vulneración del derecho puede haberse mantenido desde el 2004 hasta el momento en que se presentó la tutela que se estudia (17 de septiembre de 2015), debe entenderse que la solicitud de amparo

constitucional cumple con el mencionado requisito.

5. Entonces, descontados los reparos relacionados con el cumplimiento de los requisitos en mención, se analizará la concurrencia de la causal de procedibilidad referida al «desconocimiento del precedente» que fundamentó el amparo deprecado.

Sobre ese tema, esta misma Sala al resolver un asunto que guarda similitud con el presente, puntualizó lo siguiente⁹:

Al respecto, se hace necesario destacar que, conforme con lo consagrado en los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, como tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, al igual que la Corte Constitucional, como órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Carta, tienen el deber de unificar la jurisprudencia al interior de sus jurisdicciones, de tal manera que los pronunciamientos que emitan se conviertan en precedente judicial de obligatorio cumplimiento.

En tal senda, la Corte Constitucional ha definido el precedente judicial como «la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo» (SU-053-2015). Asimismo, la doctrina ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio stare decisis o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares (T-460-2016).

De acuerdo con la autoridad que emitió el pronunciamiento, el precedente se puede clasificar en dos categorías: (i) el horizontal, el cual hace referencia a las decisiones proferidas por autoridades del mismo nivel jerárquico o, incluso, por el mismo funcionario; y (ii) el vertical, que se refiere a las decisiones adoptadas por el superior jerárquico o la

autoridad encargada de unificar la jurisprudencia. El precedente horizontal tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución. Asimismo, el precedente vertical, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, puede ser vinculante para el Juez, a menos que de manera suficiente y coherente explique las razones que motivan a apartarse de la misma.

De igual forma, el respeto al precedente judicial de los máximos tribunales de cierre guarda una estrecha relación con el derecho a la igualdad, en tanto garantía constitucional que les permite a los ciudadanos obtener decisiones judiciales idénticas frente a casos semejantes. Paralelamente, el respeto de los jueces a los precedentes sentados por las altas Cortes tiene un carácter ordenador y unificador, en la medida que, asegura una mayor coherencia del sistema jurídico. Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia SU-053-2015, refirió:

[...] En la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el derecho es dado a los operadores jurídicos a través de normas y reglas jurídicas que no tiene contenidos semánticos únicos. Por tanto, el derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados que incluso, en ocasiones deriva de la propia ambigüedad del lenguaje. Eso genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de éste en cada caso concreto y, en segundo lugar, de que haya órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad.

De hecho, el acatamiento del precedente es una condición necesaria para la realización de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite (C-884-2015).

Lo anterior, no significa que los jueces no puedan apartarse de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como expresión de la autonomía judicial constitucional. Sin embargo, para que ello sea válido es necesario el previo cumplimiento del estricto deber de identificación del precedente en la decisión y de la carga argumentativa suficiente, «ya que la jurisprudencia de las corporaciones judiciales de cierre no puede ser sencillamente ignorada frente a situaciones similares a las falladas en ella» (SU-354-2017). Puntualmente, se requiere la observancia de dos requisitos:

[...] El primero, refiere al requisito de transparencia, es decir, del cual se colige que “las cargas que se imponen para apartarse de un precedente dependen de la autoridad que la profirió”. En efecto, el juez “en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues ‘sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia’. El segundo, es decir, el requisito de suficiencia, tiene que ver con que el juez debe exponer razones suficientes y válidas, “a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial”, es decir, que no basta con ofrecer argumentos contrarios a la posición de la cual se aparta, sino que debe demostrarse que el anterior precedente ha perdido vigencia para resolver asuntos futuros, bien sea por el cambio normativo o por la simple transformación social (...).

Por tanto, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial solo puede distanciarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de

reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015).

5.1. Pues bien, la Sala de Casación Laboral, al momento de conocer la acción constitucional y, en particular, analizar la decisión objeto de reproche, advirtió, como igual lo hace esta Corporación, que la autoridad judicial censurada en segundo grado, centró su negativa de acceder a la ineficacia del traslado en lo siguiente: i) al momento de suscribir el formulario el interesado aceptó de manera libre y espontánea haber recibido la información por parte de la entidad; ii) el desconocimiento de la ley no es excusa para demandar un indebido asesoramiento; iii) el afiliado no era beneficiario del régimen de transición dado que no contaba con 15 años de servicios al momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993; iv) no se tenía una expectativa legítima de pensionarse al momento de la afiliación, y v) no se acreditó un vicio del consentimiento.

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

Por ejemplo, puso de presente que, contrario a lo aducido por el Tribunal, la jurisprudencia de esa Sala no previó como regla para calificar de ineficaz el acto de traslado que el afiliado demuestre ser beneficiario del régimen de transición o que tuviera un derecho consolidado, aspectos que resultaban intrascendentes, pues el parámetro fijado para una tal declaratoria es que la entidad administradora está en la obligación de suministrar la debida información respecto de las características, condiciones, beneficios, riesgos y consecuencias generadas por el cambio de régimen pensional, afirmación que soporta en las sentencias CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4426-2019.

Igualmente, la Sala Especializada en las sentencias de 9 de septiembre de 2008, CSJ SL9447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL 1689-2019 y CSJ SL4426-2019,

entre otras, hizo claras precisiones en cuanto a que la suscripción del formulario y las afirmaciones allí consignadas no resultaban suficientes para demostrar que el traslado se hizo de manera libre, espontánea y sin presiones, pues lo que debe acreditarse es que la información fue veraz y suficiente respecto de los efectos que acarrea el cambio de régimen, omisión que acarrea la ineficacia de ese acto.

Y que, adicional a lo dicho, el Tribunal al denegar las pretensiones del actor se remitió a analizar la existencia de un vicio del consentimiento, aspecto sobre el cual, la Sala con antelación y más exactamente en la sentencia SL1688-2019, precisó:

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

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

Luego, de acuerdo con esa línea, es dable sostener que cuando lo alegado es la ineficacia del traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral decantó que la afiliación a determinado régimen pensional debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria de la persona, constituyéndose en una obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias de dicha acción, cuya sanción, en caso de incumplimiento, es la ineficacia del acto de traslado, sin

que sea oponible, simplemente, la suscripción de un formato por el cual el interesado manifieste su consentimiento, ni exigible que quien alegue el inadecuado asesoramiento lo demuestre pues, contrario al parecer de la impugnante, la carga probatoria la asume la entidad.

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

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

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

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo

de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

(...)

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

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

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

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no

puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

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

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art.

11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

6. Lo dicho permite concluir que el Tribunal trasgredió el precedente de la Sala especializada, pues, se insiste, analizó el asunto puesto a su conocimiento bajo argumentos contrarios a los dictados en las múltiples decisiones que han resuelto asuntos similares, cuando, según lo antes precisado y lo destacó la Sala a quo, no podía obviar que los aspectos a analizar en punto de la ineficacia del acto de traslado se traducen a establecer la obligación de información por parte de la administradora de fondos de pensiones; si resulta suficiente el diligenciamiento del formulario de afiliación; quién tiene la carga de la prueba, y, si la ineficacia tiene cabida únicamente cuando se demuestre que el afiliado es beneficiario del régimen de transición o si tiene una expectativa de pensión o un derecho causado.

7. Así las cosas, y en unidad de criterio con la Sala de Casación Laboral, para la Corte resulta claro que el Tribunal Superior de Bogotá conculcó los derechos del accionante, al ignorar los precedentes vigentes de la Corte Suprema de Justicia en lo que respecta al análisis del cambio de régimen pensional, sin que los argumentos expuestos en la impugnación puedan diluir los fundamentos tenidos en cuenta para salvaguardar las garantías fundamentales de aquél.

8. Finalmente, frente al argumento de la recurrente relativo a que el Tribunal al resolver la alzada expuso las razones para separarse del precedente, se responde que no le asiste razón en su apreciación toda vez que, como bien lo puntualizó la Sala de Casación Laboral, a pesar de las razones aducidas para sustentar el por qué no acogía las decisiones emitidas sobre el tema, tales manifestaciones resultan insuficientes para ese efecto, dado que se alejó por completo de la situación que dio lugar al proceso laboral y, como ya se indicó, debió centrarse en estudiar lo relacionado con la información que en su momento se suministró al afiliado con miras a determinar la eficacia o ineficacia del acto de traslado.

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

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sala de Decisión en Tutela No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el fallo impugnado.

Segundo.- NOTIFICAR la decisión de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991.

Tercero.- REMITIR el diligenciamiento a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

- 1 La actuación fue repartida para el trámite de segunda instancia el 8 de junio de 2021
- 2 Acorde con este criterio, ésta Sala de tutelas se ocupó de asuntos similares. 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
- 8 Corte Constitucional SU-637-2016
- 9 C.S.J. STP6019-2020 del 2 de julio de 2020, radicado 110803