



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 3



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado ponente

STP12082-2019

Radicación n° 106180

Acta 223

Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

I. ASUNTO

Decide la Corte la impugnación presentada por **NATALIA PALACIO OSPINA**, contra el fallo proferido el 22 de mayo del año en curso, por la **Sala de Casación Laboral**, que negó el amparo de las garantías fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la dignidad humana, a la seguridad jurídica y a la seguridad social, presuntamente vulneradas por la **Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá**, trámite al que

fueron vinculadas las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones de Cesantías Porvenir S.A. y Colfondos S.A., la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES- y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

II. HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Los sucesos, pretensiones e intervenciones, fueron reseñados por la Sala de Casación Laboral, de la forma como sigue¹:

La accionante instauró el presente mecanismo constitucional, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y dignidad, los cuales, en su criterio, le fueron transgredidos por el tribunal accionado, durante el trámite del proceso ordinario laboral número 11001310500320170048701, en el que obró como demandante.

Afirmó, para respaldar su solicitud de protección constitucional, que se encontraba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, para la época en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993; que, posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, decisión que obedeció a la errónea información que recibió de los asesores de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, Colfondos S.A.; que, tiempo después, tuvo conocimiento de las desventajas surgidas con ocasión de su traslado y, por tal motivo, solicitó a la referida administradora, a Porvenir S.A. y a la Administradora Colombiana de Pensiones, que lo anularan; que, no obstante, tal solicitud le fue despachada desfavorablemente.

Manifestó que, ante la negativa anterior, promovió demanda ordinaria laboral contra las entidades mencionadas, encaminada a que, por vía judicial, se declarara la anulación de su traslado de régimen; que la demanda fue asignada al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, bajo el número de radicado 11001310500320170048701; que el referido despacho profirió sentencia el 4 de julio de 2018, favorable a sus pretensiones; que ninguna de las partes presentó recurso de apelación contra la referida decisión, razón por la cual se remitió el expediente al superior, a efectos de que éste desatara el grado jurisdiccional de

¹ Folios 65 a 66 cuaderno tutela primera instancia

consulta; que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia de fecha 14 de diciembre de 2018, revocó íntegramente la decisión del a quo y, en su lugar, absolvió a las demandadas de sus aspiraciones.

Refirió que el tribunal, al proferir la decisión antedicha, se centró en que ella «no contaba con derechos adquiridos o con expectativas legítimas para poder adquirir el status pensional, con lo cual, se desvió de la fijación del litigio; que, además, valoró indebidamente las pruebas relacionadas con las irregularidades relacionadas con su traslado de régimen.

Adujo que, al proceder de tal manera, la corporación transgredió sus garantías superiores. Por tal motivo, pidió la protección de las mismas y solicitó que, como medida urgente, encaminada a restablecerlas, se ordenara a la referida autoridad revocar la sentencia cuestionada y, en su lugar, dictar una decisión de reemplazo, confirmatoria de la proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

[...] durante el término de traslado concedido no se recibió respuesta alguna.

III. DEL FALLO RECURRIDO

La Sala de Casación Laboral negó el amparo, por no contar con elementos de convicción, pues la actora, quien tenía la carga procesal de probar los supuestos de hecho alegados, no aportó ejemplar de la providencia que se ataca.

Resaltó que si bien, requirió con tal fin a las autoridades judiciales intervinientes en el trámite, «*dicha solicitud no fue atendida en el término que tenía esta corporación para fallar*»².

² Folio 67, ib.

IV. DE LA IMPUGNACIÓN

La parte actora impugnó la decisión con fundamento en que la decisión de primera instancia quebrantó su derecho de acceso a la administración de justicia, pues, independientemente de que no haya aportado copia de la providencia que se ataca, el juez de tutela cuenta con facultades oficiosas para lograr incorporarlas.

V. CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el 44 del Reglamento General de la Corte Suprema de Justicia, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, contra el fallo emitido por la homóloga de Casación Laboral.

2. El problema jurídico en el presente asunto, se contrae a resolver el recurso de impugnación interpuesto por **NATALIA PALACIO OSPINA** contra el fallo de tutela emitido por la Sala de Casación Laboral, que negó el amparo formulado contra la sentencia de segunda instancia que en el grado jurisdiccional de consulta emitió la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 4 de diciembre de 2018, dentro del proceso fundamento del amparo, mediante la cual revocó la decisión del Juzgado Tercero de esa especialidad y ciudad -4 de julio de 2018- y, en su lugar, no accedió a la

pretensión de declarar la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual y consecuente vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado actualmente por COLPENSIONES.

3. 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.

El ejercicio excepcional de la tutela frente a providencias judiciales, supedita su prosperidad al cumplimiento de «*ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad*»³ que implican una carga para el actor, no sólo en su planteamiento, sino también en su demostración, como

³ Sentencias C-590/05 y T-332/06.

lo ha expuesto la propia Corte Constitucional⁴. Tales presupuestos, se encuentran clasificados en generales⁵ y específicos.

El primer tamiz que debe superarse en tratándose de la acción de tutela contra providencias judiciales es el cumplimiento de los requisitos de procedencia genéricos, que se anticipa, en este caso se satisfacen, como pasa a exponerse:

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 la actora, producirá esa decisión en el posterior reconocimiento de su pensión.

⁴ Ibidem.

⁵ i). Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

ii). Que 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) Que 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) «Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.»⁵

vi) Que no se trate de sentencias de tutela.

ii) No existe mecanismo de defensa judicial ordinario o extraordinario que permita llevar a cabo un control de la providencia que se ataca, pues contra la decisión de segunda instancia emitida en el grado jurisdiccional de consulta no procede recurso alguno.

Sumado a ello, la Sala de Casación Laboral ha reconocido que contra la decisión adoptada en procesos declarativos, como lo es aquel donde la pretensión versa únicamente sobre la nulidad del traslado, no procede el de impugnación extraordinaria (CSJ STL11385-2017, 18 jul. 2017, rad. 47676; CSJ AL2079-2019, 22 may. 2019, rad. 83855).

iii) Se cumple el requisito de la inmediatez, dado que la providencia que se ataca data el 4 de diciembre de 2018 y esta acción se presentó el 7 de mayo siguiente⁶, es decir, transcurridos menos de cinco (5) meses.

iv) De otra parte, la actora identificó de manera razonable los hechos que generaron la vulneración de las garantías fundamentales 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.

⁶ Folio 1, cuaderno demanda de tutela

5. Superado ese análisis, se entrará a analizar si concurre alguna de las causales específicas de procedibilidad de este mecanismo contra providencias judiciales. Se anticipa, se configura la causal específica de procedibilidad del amparo contra providencias judiciales relacionada con el *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*».

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá accionada, en la sentencia emitida en el grado jurisdiccional de consulta, que se ataca, afirmó que⁷ de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, cuando de anular traslado de régimen se trata, se requiere la concurrencia de dos requisitos -no refirió ninguna providencia-.

El primero, que el Fondo de Pensiones pruebe que prestó la asesoría correctamente a la afiliada. El segundo,

⁷ La sinopsis de la decisión se efectúa con base en el cd de la audiencia que contiene la decisión que en el grado jurisdiccional de consulta emitió la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, que se reprodujo y obra a folio 20 del cuaderno de tutela de segunda instancia.

que exista una expectativa legítima de adquirir el derecho pensional.

Presupuestos que consideró, insatisfechos en el caso de **NATALIA PALACIO OSPINA**, en la medida que, para la fecha en que se trasladó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual -21 de junio de 2000-, no tenía ninguna expectativa de adquirir el derecho pensional, pues, tenía 40 años de edad y 1071.14 semanas de cotización y, por ende, tampoco hacía parte del régimen de transición.

Así, adujo el Tribunal accionado que, el eventual engaño por parte del Fondo de Pensiones Privado se desvirtuó con el hecho de que habiéndose afiliado en el año 2000 a Colfondos, en el 2002 se trasladó a Porvenir S.A -perteneciente al mismo régimen de ahorro individual-, fecha en la que, al faltarle más de 10 años para pensionarse, bien pudo retornar fácilmente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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 recientemente 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.

De otra parte, en relación con la afirmación del Tribunal accionado de que el traslado de **NATALIA PALACIOS OSPINA** a otro Fondo del Régimen de Ahorro Individual, ocurrido en el año 2002, desvirtuaba el eventual engaño, también desconoce 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, riegos 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.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene señalar que la Sala de Casación Laboral por vía de tutela - providencia STL11385-2017, 18 jul. 2017, rad. 47646- en un asunto similar, donde el Tribunal Superior de Bogotá había negado la petición de nulidad del traslado sobre la base de que la demandante no hacía parte del régimen de transición y por tanto, no tenía una expectativa pensional, dejó sin efectos la decisión del Tribunal y le ordenó emitir una nueva sentencia «*con abstracción del argumento sobre el cual erigió su absolución*», con fundamento en que la nulidad del traslado de régimen no solo era aplicable aquellas personas que hacen parte del régimen de transición.

En el anterior contexto, es claro que la Sala Laboral de Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia de segunda instancia, emitida en el grado jurisdiccional de consulta el 4 de diciembre de 2018 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 eventual engaño en que pudo incurrir el Fondo de Pensiones en el año 2000 para lograr que **NATALIA PALACIO OSPINA** se trasladara al Régimen de Ahorro Individual, se desvirtúa con el hecho de que en el año 2002 se pasó a otra Administradora del mismo régimen.

De acuerdo con el precedente traído a colación, esa sola afirmación, no podía ser el fundamento para afirmar que existió consentimiento de la actora 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, las Administradoras de Fondo de Pensiones

involucradas, cumplieron la carga de la prueba dentro del proceso.

4. En tal virtud, se revocará el fallo impugnado y, en su lugar, se concederá el amparo solicitado por **NATALIA PALACIO OSPINA**. En consecuencia, se dispondrá dejar sin efecto la sentencia que en el grado jurisdiccional de consulta emitió la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 4 de diciembre de 2018 dentro del proceso laboral promovido por aquella.

Igualmente, se ordenará a la autoridad accionada que en el término de quince (15) días siguientes a la notificación de la presente decisión, emita nuevamente la sentencia en grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta el precedente fijado por la Sala de Casación Laboral.

Finalmente, como quiera que el expediente laboral fue allegado por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá a este trámite preferente, se dispondrá que, por Secretaría, el mismo se remita al Tribunal accionado, para que dé cumplimiento a la orden.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión de Tutelas N° 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: REVOCAR el fallo de tutela, emitido por la sala de casación laboral el 22 de mayo del año en curso. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos al debido proceso, a la igualdad y a la seguridad social de **NATALIA PALACIO OSPINA**.

Segundo: DEJAR SIN EFECTO la sentencia que en el grado jurisdiccional de consulta, emitió la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 4 de diciembre de 2018, dentro del proceso laboral promovido por **NATALIA PALACIO OSPINA** (radicación 110013105003-2017-00487-01).

Tercero: ORDENAR a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que, en el término de quince (15) días siguientes a la notificación de la presente decisión, emita nuevamente la sentencia en grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Cuarto: ORDENAR a la Secretaría de la Sala remita al Tribunal accionado el expediente laboral allegado por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, para que dé cumplimiento a la orden, de lo cual deberá informarse a esa autoridad judicial.

Quinto: REMITIR el expediente, a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria