República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.° 3

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado Ponente

STP17447-2019

Radicación n. º 107988

Acta n.° 332

Bogotá, D. C., doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO

Se resuelve la impugnación propuesta por **MARÍA GLADYS CÁRDENAS ALMONACID**, quien acude a través de apoderada judicial, frente a la sentencia proferida el 17 de julio de 2019 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual negó la acción de tutela interpuesta contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, por la presunta vulneración de sus derechos a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital, al debido proceso y a la igualdad.

Al presente trámite fueron vinculados la AFP Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la Administradora Colombiana de Pensiones [COLPENSIONES] y el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Hechos y fundamentos de la acción

Fueron relatados por el *A quo* de la siguiente manera:

> […] *La gestora del amparo acudió al mecanismo preferente con el fin de obtener el resguardo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad humana, mínimo vital, debido proceso e igualdad, presuntamente conculcados por la autoridad judicial convocada.*
>
> *Como situaciones fácticas trascendentales en el presente asunto se refirieron en el escrito tutelar las siguientes:*
>
> *1) Que la señora María Gladys Cárdenas Almonacid comenzó a cotizar al sistema de seguridad social en pensiones en el año 1989 como trabajadora de la Secretaría de Salud de Cundinamarca y al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 se encontraba activa su afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, habiendo cotizado bajo el régimen de prima media con prestación definida hasta el año 1998.*

2) Que el 14 de agosto de 1998, engañada en su buena fe, se afilió a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con ello trasladándose del régimen pensional de prima media con prestación definida al R.A.I.S.

3) Que la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la AFP Porvenir nunca le informaron que, "el valor de la pensión dependía directamente de la modalidad de retiro programado y que el posible monto pensional estaba sujeto a los rendimientos de capital fluctuantes por las tasas de interés del mercado, el índice de precios al consumidor, el nivel de riesgos de inversión en el portafolio del Fondo, el costo de la venta del bono pensional en el mercado secundario para una pensión anticipada, sin contar con los porcentajes mensuales de descuento que por administración de tales recursos le efectuaría PORVENIR S.A.; que para pasar o retornar del régimen de ahorro individual al de prima media debía permanecer un tiempo determinado y que después de los 47 años, no le era permitido regresar al régimen de prima media. Contrariamente, el asesor de la Administradora PORVENIR S.A., le indicó (…) que en cualquier momento, si no se sentía a gusto con Porvenir, cuando quisiera, podía regresar al seguro social, sin importar la edad u otro elemento; que para lograr una pensión en un monto igual a la que podría conseguir en el régimen de prima media debía conseguir un ahorro determinado, del cual dependía las mesadas pensionales; que lograría una pensión solo si acumulaba en su cuenta de ahorro individual un capital que le permita obtener una pensión mensual de por lo menos el 110% del salario mínimo legal mensual vigente; y que, para acumular en su cuenta de ahorro individual el monto de dinero necesario para obtener una pensión igual a la que podría conseguir en el régimen de prima media, era importante realizar aportes voluntarios considerando que así acumularía una mayor cantidad de dinero en su cuenta individual, haciendo mucho más factible el alcanzar la pensión deseada».

4) Que acudió a Porvenir S.A., a hacer una simulación pensional advirtiendo que todo lo informado por el asesor que la afilió era mentira y que su situación pensional era sustancialmente precaria frente al régimen de prima media, por lo que interpuso demanda ordinaria laboral, solicitando la nulidad de la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones con Porvenir S.A., por cuanto la misma «contenía los vicios del consentimiento del error y el dolo», en consecuencia, trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos a Colpensiones.

5) Que dicha demanda correspondió por reparto al Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, autoridad que el 15 de noviembre de 2017, accedió a las pretensiones del escrito de demanda, sin embargo ésta decisión fue apelada por

la demandada, siendo desatado el recurso el 13 de febrero de 2018, revocando en su integridad el fallo recurrido.

Por lo procedente, solicita a través de la vía preferente, entre otras:

"[…] Se ordene (…) la revocatoria del fallo dictado el 13 de febrero de 2018, en todas y cada una de sus partes (…)

Ordenar a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, CONFIRMAR en todas y cada una de sus partes el fallo dictado en primera instancia por el JUZGADO TREINTA Y TRES LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ el 15 de noviembre de 2017".

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala de Casación Laboral de esta Corporación negó el amparo al considerar que la acción de tutela se promovió luego de haber trascurrido más de 1 año de proferirse la decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, incumpliendo de esta forma el principio de inmediatez que rige el presente trámite constitucional.

LA IMPUGNACIÓN

La apoderada judicial de **MARÍA GLADYS CÁRDENAS ALMONACID** presentó memorial con el que reiteró los planteamientos de la demanda y luego de citar varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, refirió que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad al amparo sino *«asegurarse que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera en realidad una protección inmediata»*, como sucede con **CÁRDENAS ALMONACID**, quien después de haber trabajado más de 30 años *«al contemplar la*

posibilidad de retirarse de la vida laboral [...] enfrenta un problema relacionado con la planificación de los recursos para sobrevivir en la vejez, ya que el monto de la pensión que ofrece el Fondo de Pensiones es muy inferior al que podría recibir en Colpensiones».

Solicitó aplicar los fundamentos tenidos en cuenta por esta Sala de Decisión de Tutelas, en sentencia STP12082-2019 al interior de la cual se estudió un caso parecido al suyo.

En virtud de lo anterior, pidió revocar el fallo de primer grado y, en su lugar, conceder el amparo de sus garantías fundamentales.

CONSIDERACIONES

1. Corresponde a la Corte determinar si la autoridad judicial accionada vulneró los derechos a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital, al debido proceso y a la igualdad de **MARÍA GLADYS CÁRDENAS ALMONACID**, al negarse a declarar la nulidad del 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 amparo[1]. 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.

En el presente asunto, está probado que **MARÍA GLADYS CÁRDENAS ALMONACID** 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.

[1] Sentencias C-590 de 2005 y T-332 de 2006.

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 constitucional.

Para esta Sala, contrario a lo señalado por el *A quo*, 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 personas*[2].
>
> […]
>
> *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"*[3]

[2] Ver sentencia T-522 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.
[3] Ver sentencias T-721 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y T-681 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

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 accionante.

3. En el presente asunto, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia emitida en el grado jurisdiccional de consulta, que se ataca, afirmó que no era viable anular el traslado de régimen reclamado por **MARÍA GLADYS CÁRDENAS ALMONACID** debido a que:

i) No hacía parte del régimen de transición y para la fecha en que se efectuó el traslado no tenía una expectativa cercana de acceder al reconocimiento pensional.

Sobre esos tópicos, la colegiatura demandada reseñó:

> *Por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, dicha norma (artículo 13 de la Ley 100) y el artículo 1º del Decreto 3800 de 2003 limitaron este derecho cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo quienes tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994) para quienes el ordenamiento jurídico conservó el derecho a regresar al régimen de prima media con prestación definida -en cualquier tiempo-.*
>
> […]
>
> *Bajo estos lineamientos normativos se advierte que para el 1º de abril de 1994 la demandante tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (el demandante tenía 2 años, 6 meses y 29 días de cotizaciones para el 1º de abril de 1994[4]) por lo cual no era viable su traslado.*
>
> […]

[4] Ver la historia laboral allegada por COLPENSIONES con el expediente administrativo (CD 1) y que se anexa en folios 192 y 193 del plenario.

Dentro de las opciones que tenían los afiliados de optar por uno u otro solo le resultaría claramente conveniente mantener la vinculación en el RPM a los afiliados que habían cumplido los dos o al menos uno de los requisitos dispuestos en la ley para alcanzar la pensión, o incluso (hilando muy fino) se podría entender conveniente la permanencia en el RPM para quienes tenían una expectativa cercana de acceso a la prestación en ese momento: esos son los casos que ha analizado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En ninguna de estas situaciones se encontraba la demandante, pues para la fecha en que decidió su traslado (año 1998, folio 45 y 132) le faltaban más de 18 años para cumplir la edad reglamentaria de acceso a la pensión en el RPM, de lo cual resultaba imposible para la AFP o para cualquier otra persona conocer e informar sobre la conveniencia cierta en ese momento de pertenecer a uno o a otro régimen pensional.

ii) Resaltó que la demandante, hoy accionante, tenía la obligación de demostrar que su traslado fue producto de un error inducido o dolo y que de los testimonios se logró constatar que PORVENIR S.A. suministró la información suficiente en el momento en que se cambió de régimen.

Al respecto, la accionada indicó:

Tampoco se deduce de las pruebas allegadas un vicio del consentimiento que prestó para efectuar su traslado el día 14 de agosto de 1998 (folio 45) por error inducido o dolo, pues no se aportaron pruebas pertinentes y suficientes de la existencia de dicho vicio por quien tenía la carga procesal: la parte demandante a tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP.

Se debe recordar frente a los argumentos expuestos en la demanda, que las consecuencias del traslado de régimen las definieron claramente los artículos 12, 13 y 36 (incisos 4 y 5) de la Ley 100 de 1993. Por ello, cualquier duda interpretativa de su contenido constituía un error de derecho que NO tiene alcance para viciar el consentimiento, según lo dispone clara y perentoriamente el artículo 1509 del Código Civil.

Además en el expediente se demostró que la AFP demandada suministró información en el momento del traslado -según lo concluyó la sentencia apelada-, y sobre el contenido de dicha información ninguna prueba útil se allegó sobre un error inducido o dolo de la AFP para obtener el traslado. Del dicho de las

testigos traídas al proceso por la demandante se puede concluir que la información suministrada se relacionaba con el contenido de las normas legales que asignan las características propias de cada régimen pensional. Ningún engaño o error inducido ocurre por informar sobre el contenido de la Ley que regula el Sistema pensional y que perfila características propias en cada régimen, imponiendo a quien optar libremente por el RAIS -es decir al régimen que ***no tiene prestación definida****- los riesgos que se pudieran generar por hechos, variables o circunstancias que para el momento de la afiliación eran inciertos (como la rentabilidad de las cotizaciones, el comportamiento de la economía y el mercado financiero, etc.).*

No son pruebas útiles sobre un engaño las proyecciones pensionales realizadas por PORVENIR SA en el momento del traslado (1998) y en el año 2016, aportadas por el demandante en el plenario en folios 46 y 50 a 55, pues se realizaron con fundamento en hechos que no habían ocurrido ni se sabía que ocurrirían en el momento del traslado[5] *(año 1998 - ver folio 45), y por lo mismo se basaban en supuestos. Debe advertirse al respecto que si bien la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha estudiado, al valorar las pruebas aportadas en algunos expedientes, si las entidades dieron o no una información detallada sobre las consecuencias que acarrea el traslado de régimen para los afiliados al RPM*[6]*, en situaciones como la que expone éste expediente* ***resultaba imposible para cualquier persona establecer de forma cierta si en el momento del traslado era conveniente la afiliación a uno o a otro régimen pensional.***

iii) Que la actora tuvo la posibilidad de retractarse de su traslado.

Sobre ello, la demandada indicó:

[…] *la demandante tuvo una nueva oportunidad informada de retractarse de su traslado con la expedición del Decreto 3800 de 2003, para cuya aplicación se expidió la Circular 001 de 2004 de la Superintendencia Bancaria, que cumplió la AFP brindando amplia información en medios de comunicación sobre los beneficios del régimen y las posibilidades de traslado.*

[5] Como el salario sobre el cual se iban a efectuar los aportes, la continuidad y fidelidad de las cotizaciones y los rendimientos en la bolsa colombiana.
[6] Corte Suprema de justicia Sala Laboral, radicación 31.989 de 9 de septiembre de 2008 y radicación 33.083 del 22 de noviembre de 2011.

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 la providencia CSJ STP12082-2019, 2 sep. 2019, rad. 106180, al interior de la cual se trató un asunto de similar connotación al que es objeto de estudio en 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.

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 adoctrinado 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).*

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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 desvirtuarlo 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 trasparente 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.° 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, es claro que la Sala Laboral de Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia de segunda instancia, emitida el 13 de febrero de 2018 incurrió en la causal específica de procedencia de la tutela de *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].

Las razones son las siguientes:

i) Partió de un supuesto equivocado al afirmar que solo es posible 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,

ya que procede en todos los casos, es decir, se tenga o no, una expectativa pensional.

ii) Resaltó que era obligación de la afiliada demostrar que su afiliación al régimen de ahorro individual fue producto de un engaño por parte del Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR 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.

Al respecto, resulta necesario indicar que si bien en el fallo objeto de cuestionamiento, la autoridad judicial accionada indicó que de las declaraciones obrantes en el proceso ordinario laboral se puede concluir que **MARÍA GLADYS CÁRDENAS ALMONACID** fue debidamente informada sobre las consecuencias del cambio de régimen, lo cierto es que una vez verificados los testimonios de EDITH REYES GARCÍA y JULIA MERCEDES MARTÍNEZ CADENA, se llega a una conclusión diferente.

Es de advertir que aunque REYES GARCÍA y MARTÍNEZ CADENA coinciden al indicar que a **CÁRDENAS ALMONACID** se le informó sobre las generalidades del régimen de ahorro individual, también lo es que éstas manifiestan que en ningún momento el Fondo de Pensiones y Cesantías

PORVENIR S.A., le informó de las ventajas de uno y otro régimen y sólo se limitó a expresar las bondades de afiliarse a un fondo privado.

Nótese que las declarantes concuerdan en que el Asesor de la mencionada empresa, les informó sobre la posible supresión del Instituto de los Seguros Sociales [ISS] y la pérdida de los aportes en el régimen de prima media, pero se reitera, en ningún momento se le informó a **MARÍA GLADYS CÁRDENAS ALMONACID** respecto de las ventajas y desventajas de los dos sistemas, aspecto sobre el cual la parte demandada no realizó algún pronunciamiento.

iii) El Tribunal accionado refirió que **CÁRDENAS ALMONACID** tuvo la oportunidad de retractarse de su traslado, sin embargo, en palabras de la Sala de Casación Laboral, esa conclusión 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»* [Sentencia CSJ SL4426-2019, 16 oct. 2019, rad. 79167].

4. En tal virtud, se revocará el fallo impugnado y, en su lugar, se ampararán los derechos al debido proceso, a la seguridad social y a la igualdad de **MARÍA GLADYS CÁRDENAS ALMONACID**. En consecuencia, se dispondrá dejar sin efecto la sentencia emitida el 13 de febrero de 2018 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, 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, teniendo en cuenta los precedentes de la Sala de Casación Laboral.

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 impugnado y, en su lugar, **amparar** los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la seguridad social de **MARÍA GLADYS CÁRDENAS ALMONACID.**

Segundo. **Dejar sin efecto** la sentencia emitida el 13 de febrero de 2018 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso laboral promovido por **CÁRDENAS ALMONACID** (radicación 3320160068501).

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, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. **Disponer** el envío de las diligencias a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de los fallos proferidos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EYDER PATIÑO CABRERA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria