

## **LESIVIDAD / RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE JUBILACIÓN / EFECTOS DEL TRASLADO DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD / EFICACIA DEL TRASLADO / INVERSIÓN DE CARGA DE LA PRUEBA A FAVOR DEL AFILIADO / DEMOSTRACIÓN DE UN CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LIBRE.**

El artículo 12 de la Ley 100 de 1993, instituyó dos regímenes de pensiones a saber: (i) el de prima media con prestación definida y; (ii) el de ahorro individual con solidaridad. El primero está contemplado en el artículo 31 de la citada normativa, el cual lo definió como «[...] aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas». A su vez, el artículo 32 literal b. de dicha ley señaló que en este régimen los aportes de sus afiliados constituyen «[...] un fondo común de naturaleza pública que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley [...]». Ahora bien, el segundo régimen regulado por la Ley 100 de 1993 lo contempla el artículo 59 y es el denominado de ahorro individual con solidaridad, el cual se definió por la norma como «[...] El conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados [...]». Este, a diferencia del régimen de prima media con prestación definida, se basa en el ahorro proveniente de las cotizaciones y los respectivos rendimientos financieros, los cuales constituyen un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados. De ahí que, esta habilitación normativa y práctica de operación simultánea avalada en nuestro ordenamiento entre el RPMPD (administrado por el extinto ISS, hoy Colpensiones) y el RAIS (gestionado por los fondos privados), fue precisamente para que cada uno de ellos pudiera satisfacer las obligaciones de su competencia y respecto de los trabajadores que, de manera libre y voluntaria, hubieren optado por afiliarse en uno u otro régimen. Por su parte, el artículo 36 de la Ley 100 *ejusdem*, reguló un régimen de transición e incorporó tres segmentos protegidos por esta, al establecer que: i) la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión de vejez para las personas que al entrar en vigencia el SGSSP tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encontraran afiliados; ii) lo dispuesto en el anterior numeral no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se hubieren acogido al RAIS, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho esquema, y; iii) tampoco será aplicable para quienes, habiendo escogido el RAIS, decidan cambiarse al RPMPD. [...] Ahora bien, en lo concerniente a la delimitación de la protección transicional, la cual no sería aplicable en los eventos en los que las personas se acogieran de manera libre y voluntaria al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues estarían sujetas plenamente a las reglas de este sistema, se tiene que la Corte Constitucional en sentencia C-789 de 2002 condicionó la aplicación de este beneficio excepcional bajo el concepto de las expectativas legítimas, en cuanto consideró que estas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos 15 años de servicio y, de esta manera, avaló que les fuera respetada la transición, con el condicionamiento de que retornaran al régimen de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; no así para quienes únicamente hubieren acreditado el requerimiento de la edad (35 años para mujeres y 40 para hombres). No obstante, en el caso particular la Subsección advierte que es necesario verificar si el traslado del régimen cumplió o no con los requisitos señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, para conservar su validez. Lo anterior, no

precisamente porque se busque rectificar o unificar una postura, pues debe tenerse en cuenta que fue un objeto abordado por el *a quo*, además que se constituye como uno de los argumentos de defensa de la entidad demandante al instar la nulidad del acto administrativo enjuiciado. Lo expuesto además, porque se constituyen como consecuencias colaterales a dicho traslado, la posible pérdida de transición, y de contera la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, por lo que se torna indispensable acudir a una hermenéutica adecuada que se ajuste a los principios que inspiran el sistema y a los regímenes pensionales, bajo el espectro de garantizar los derechos irrenunciables de la persona para obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana. Es por ello que se hace palmaria la necesidad de que, al momento en que la persona opte por escoger el régimen al cual efectuar sus cotizaciones a seguridad social, esta hubiere sido debidamente asesorada de manera precisa y transparente respecto a las repercusiones que con dicha transferencia pudieren acarrear consigo, pues es justamente la información asimétrica referente a la forma en que operan y conceden la prestación de vejez de los regímenes, la que permitirá la escogencia espontánea y consciente de los afiliados. Como corolario de lo anterior, se colige que el hecho de la afiliación o traslado de regímenes de un usuario trae consigo repercusiones de gran envergadura, *verbi gracia*, los términos en que se causará y disfrutará el derecho económico de la pensión, o en el caso de los beneficios o inconvenientes que puedan recaer sobre el afiliado partiendo de las diferentes alternativas para acceder a dicha prestación en los dos regímenes pensionales existentes.

## **DEBER DE INFORMACIÓN, ASESORÍA Y BUEN CONSEJO FRENTE A AFILIADOS**

[...] en materia de seguridad social, la responsabilidad de los fondos de previsión social, de brindar la adecuada asesoría no puede ser abstracta o limitada, pues lo que se pretende es recaudar información contenciosa respecto a las necesidades individuales de cada uno de los afiliados, porque de no hacerse así, se desconocería el postulado de la debida información, esto es, de conocer de manera detallada los hechos y consecuencias de la decisión que el administrado opte por escoger. En consecuencia, los datos sesgados o incompletos serían trascendentes para que las personas tomen decisiones equivocadas. Es por ello que, dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de brindar información objetiva y transparente a los usuarios es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen onerosos intereses sociales, como lo son la protección de los riesgos de la vejez, invalidez y/o muerte. En resumen, el deber de información que tienen las AFP frente a los administrados es total, puesto que comporta el análisis previo, especializado y global de los antecedentes del interesado, junto con los pormenores que provengan con los regímenes pensionales. De ello que en los casos en que los afiliados sean beneficiarios del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto implicaría una responsabilidad aún superior, por cuanto, de manera indiscutible, aquellos trabajadores tenían una expectativa legítima que se podría ver comprometida a causa del arbitrio de las administradoras al momento de suministrar información. Lo expuesto no conlleva a argüir *per se* que una persona beneficiaria de la referida transición no pueda optar por el traslado de regímenes y, en principio, perder dicha expectativa del derecho económico; sino que se torna necesario que la decisión sea tomada con pleno conocimiento de las consecuencias que acarrear dicho cambio, lo que, en todo caso, supondría una mayor carga probatoria por parte de las administradoras a fin de evidenciar la ilustración y acompañamiento de personas expertas en la materia que le hubieren

permitido al trabajador tomar la decisión aún bajo los posibles resultados adversos a sus intereses.

### **CONSENTIMIENTO QUE VERSA EN EL FORMULARIO DE AFILIACIÓN / VALIDEZ DEL TRASLADO**

[L]a doctrina y la legislación colombiana han elaborado una serie de obligaciones especiales para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, dentro de las cuales se encuentran inmersas las administradoras de pensiones, que provienen de los principios de la buena fe, transparencia, vigilancia y, sobre todo, el deber de información. Así entonces, estos detalles informativos deben comprender todas las etapas del proceso, desde el momento intencional en que el interesado recurre a la AFP en procura de obtener conocimiento sobre la posible afiliación al nuevo régimen, hasta la determinación de las condiciones para el disfrute prestacional. [...] se observa que las administradoras de pensiones, al versar su naturaleza sobre entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, bajo el entendido que, en el escenario que conduce al traslado de regímenes pensionales por parte de los particulares, no se trataba únicamente de completar requerimientos formales como la suscripción de un formato, sino de haber contado con los elementos suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada. [...] vale decir que no podría argüirse que existe un consentimiento informado cuando las personas desconocen sobre la incidencia que el traslado pudiese tener frente a sus derechos prestacionales, como mucho menos que pueda estimarse satisfecho el requisito de la información clara y responsable con una simple expresión genérica como lo es el formulario de afiliación del usuario. De allí que desde un inicio se haya impuesto el deber a las AFP de documentar el asesoramiento claro y suficiente sobre los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz dicho tránsito.

### **CARGA DE LA PRUEBA / INVERSIÓN DE CARGA DE LA PRUEBA A FAVOR DEL AFILIADO / PRUEBA DE LA LIBERTAD DE ESCOGENCIA DE RÉGIMEN / EFICACIA DE LA ESCOGENCIA DEL REGIMEN DE PENSIONES**

[...] En otros términos, no simplemente se debe verificar que existió una transferencia al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino, advertir que el mismo se hubiere realizado bajo los parámetros de libertad informada [...] (Así) el deber de información al momento del traslado de regímenes se configura como una obligación conducida por las administradoras de fondos de pensiones, por lo que es precisamente a estas a quienes les corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del cambio. [...] Acorde con lo evidenciado previamente es dable concluir que, para el 1.º de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para empleados del orden nacional, como es su caso) la señora (...) acreditó tener más de 39 años de edad y 9 años, 1 mes y 15 días de servicios prestados. Es decir, que se hizo beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 *ejusdem*, al haber consolidado el requisito de la edad exigido para ello. Asimismo, quedó demostrado que la demandada estuvo afiliada a la extinta Cajanal, desde el 1.º de junio de 1988 hasta el 31 de diciembre de 1998. Y que desde el 1.º de enero de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, momento a partir del cual inició sus cotizaciones a pensión en la administradora de fondos pensionales Porvenir S.A., hasta el 30 de agosto de 2000. Pues fue precisamente desde el 1.º de septiembre de 2000 que retornó al RPMPD con cotizaciones a Cajanal, ello hasta el 31 de julio de 2009. Y a partir del 1.º de agosto de 2009 inició su afiliación para aportes al ISS (hoy Colpensiones)

hasta el 15 de marzo de 2011. [...] se evidencia que en el *dossier* obra el formulario de afiliación al RAIS suscrito por la demandada el 28 de octubre de 1998, a través del cual Porvenir S.A. procuró demostrar la afiliación libre y voluntaria, acompañada de la presunta asesoría brindada a la señora (...) al momento de incorporarse a la referida administradora de pensiones. No obstante, no existe constancia, ni se allegó prueba adicional al simple formulario, de que la AFP hubiese suministrado a la usuaria la información clara y precisa sobre las características, condiciones consecuencias y riesgos del cambio de régimen, a pesar de que esa carga le correspondía a la entidad, sobre todo en lo que atañe a la pérdida del régimen de transición del que era beneficiaria, dado que contaba con al menos el requisito de edad exigido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para aducir que tenía una expectativa legítima. [...] Por lo que la UGPP no podía restar trascendencia a esta carga de prueba si lo que pretendía era demostrar la suficiente y buena asesoría brindada al afiliado, quien aún bajo estas circunstancias negativas que acarrearán su traslado, hubiere optado por realizarlo, y de esta manera brindar el convencimiento al juez de que la demandada no tenía derecho a que su prestación pensional fuere otorgada bajo disposiciones especiales, como se efectuó en sede administrativa. Bajo el anterior preludio, resulta insostenible el argumento de que la demandada firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación para trasladarse al RAIS, y que, como consecuencia de ello, hubiere perdido los beneficios de la transición y la posibilidad de pensionarse bajo las prerrogativas especiales previstas en el Decreto 546 de 1971 para los funcionarios de la Rama Judicial, pues conforme se ha explicado en precedencia, la libertad supone el conocimiento pleno de los alcances positivos y negativos que una decisión traiga consigo en su adopción, cuya carga demostrativa, se insiste, le correspondía a la entidad de previsión a fin de evidenciar que dicha información fue expuesta a la interesada. [...] lo que define que en un asunto se resuelva la declaratoria de nulidad o no del traslado, depende del ejercicio probatorio que hayan hecho las partes, especialmente la administradora de fondos de pensiones, dentro del proceso a fin de determinar si la persona estaba o no debidamente informada. Por ende, es dable concluir que, aun cuando no haya certeza de si el afiliado recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen y que contaba con los elementos útiles y consejos profesionales para adoptar su elección. Por consiguiente, resulta procedente declarar la ineficacia o invalidez del traslado de la demandada al régimen de ahorro individual con solidaridad, determinación que implica la ficción jurídica de que aquella siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida y, en consecuencia, no perdió los beneficios del régimen de transición [...] (En ese sentido) la Subsección estima que, en razón del principio de confianza legítima, la señora (...) ha tenido la certeza, al menos desde el momento de expedición del acto administrativo que otorgó el beneficio pensional (20 de febrero de 2012), de percibir de manera legítima el derecho económico que fue reconocido por la UGPP por haber consolidado su estatus pensional en observancia del régimen especial previsto para los empleados de la Rama Judicial y el Ministerio Público; esto además, porque según quedó demostrado, la demandada acreditó de manera fehaciente haberse hecho beneficiaria del régimen transitorio consagrado en la Ley 100 de 1993, lo cual la avalaba para reclamar el derecho bajo las previsiones pensionales excepcionales en la materia. Aunado ello, se clarifica que la obediencia de este principio no se agota en la situación antes descrita, pues de conformidad con lo señalado en precedencia, es claro que el traslado de régimen efectuado por la demandada carece de validez, bajo el entendido que la entidad libelista y el fondo privado de pensiones, no lograron certificar con los elementos probatorios aportados que, en efecto, la AFP Porvenir le hubiere brindado la correcta asesoría y

acompañamiento legal a la afiliada de las posibles consecuencias tanto negativas como positivas que acarrearía su decisión. [...] **En conclusión:** a la señora (...) sí le asiste el derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación en aplicación del Decreto 546 de 1971, toda vez que, el proceso del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad adoleció de ineficacia, por cuanto no se demostró que a la afiliada se le hubiere brindado la correcta asesoría y buen consejo respecto a las consecuencias del cambio de sistema, como mucho menos de la posible pérdida del régimen de transición que acaecía con su decisión. [...]».

**FUENTE FORMAL:** LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 12 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 13 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 36 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 59 / DECRETO 546 DE 1971

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN SEGUNDA**

#### **SUBSECCIÓN “A”**

**Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00253-01(2764-17)**

**Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y  
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**

**Demandado: BLANCA MERY PEDRAZA DE ROA**

**Referencia: LESIVIDAD. RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE JUBILACIÓN. TRASLADO DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD. INEFICACIA DEL TRASLADO. AUSENCIA DE PRUEBAS QUE DEMUESTREN LA DEBIDA ASESORÍA Y BUEN CONSEJO FRENTE A LA AFILIADA AL MOMENTO DEL CAMBIO DE RÉGIMEN.**

## **ASUNTO**

La Subsección A decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Santander que denegó las pretensiones de la demanda.

## **ANTECEDENTES**

La UGPP en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011<sup>1</sup>, formuló en síntesis las siguientes:

### **Pretensiones<sup>2</sup>**

1. Declarar la nulidad de la Resolución UGM 34052 del 20 de febrero de 2012, por medio de la cual la entidad demandante ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez a la señora Blanca Mery Pedraza de Roa, en aplicación del Decreto 546 de 1971, al considerar que esta se hizo beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
2. Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho ordenar a la demandada reintegrar a favor de la UGPP la totalidad de las sumas pagadas en virtud de la decisión administrativa objeto del litigio, desde el momento en que esta fue expedida hasta la fecha en que se efectuó el último pago; y con la respectiva indexación sobre el monto que se llegue a reconocer por ese concepto.

### **Supuestos fácticos relevantes<sup>3</sup>**

1. La señora Blanca Mery Pedraza de Roa nació el 23 de marzo de 1955 y laboró al servicio del Estado con la vinculación de servidor nacionalizado, de la siguiente forma:
  - Gobernación de Norte de Santander, desde el 15 de mayo de 1980 hasta el 30 de agosto de 1983, y;
  - Rama Judicial Seccional Santander, desde el 1.º de junio de 1988 hasta el 15 de marzo de 2011.
2. La demandada efectuó sus cotizaciones con destino a pensión así:
  - Cajanal: del 1.º de julio de 1988 al 31 de diciembre de 1998;
  - Porvenir: del 1.º de enero de 1999 al 30 de agosto de 2000;
  - Cajanal: del 1.º de septiembre de 2000 al 31 de julio de 2009;
  - Instituto de Seguros Sociales: del 1.º de agosto de 2009 al 15 de marzo de 2011.
3. Adujo que en observancia de lo trazado por el artículo 4.º del Decreto 813 de 1994, el cual previó la pérdida de beneficios del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es dable colegir que el ente de previsión otorgó la pensión de vejez sin el lleno de los requisitos legales para ello, dado que, la señora Pedraza de Roa, al trasladarse de régimen pensional (RPMPD al RAIS), perdió de inmediato el derecho a la aplicación de la referida transición.

### **DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL**

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias de allí que la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo»<sup>4</sup>, porque es guía y

---

<sup>1</sup> «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», o CPACA.

<sup>2</sup> Folios 443 a 444.

<sup>3</sup> Folios 444 a 445.

<sup>4</sup> Ver: Hernández Gómez William. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB. (2015).

ajuste de esta última. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el debido proceso, razón por la cual el juez al emitir la sentencia debe resolver el litigio en forma concordante con los hechos, las pretensiones, las excepciones; puntos que fueron condensados y validados por las partes al precisar el «acuerdo sobre el desacuerdo» en la audiencia inicial. De allí que los problemas jurídicos adecuadamente formulados y aceptados por las partes se convierten en una eficiente guía para el decreto de las pruebas, las alegaciones, la sentencia y sustentación de los recursos pertinentes. Por lo dicho, la audiencia inicial es el punto de partida más legítimo y claro para fundamentar adecuadamente la sentencia.

**Fecha de la audiencia inicial:** 20 de agosto de 2015.

### **Resumen de las principales decisiones**

#### **Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)**

En el acta se consignó lo siguiente al momento de decidir las excepciones:

«[...] El curador ad litem de la señora Blanca Mery Pedraza de Roa no propuso ninguna excepción previa ni mixta que deba ser decidida en esta oportunidad. No obstante lo anterior, se le concede la palabra a la señora Procuradora, quien manifiesta que no advierte ningún aspecto que deba ser resuelto como excepción. En consecuencia de lo anterior, se declara agotada la etapa de excepciones previas [...]» (Folio 579 vuelto y en cd obrante a folio 582).

Se notificó la decisión en estrados y las partes no interpusieron recursos.

#### **Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)**

El litigio se fijó en los siguientes términos:

«[...] 1. *El acto administrativo acusado – Resolución No. UGM 034052 del 20 de febrero de 2012, expedido por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL (liquidada) – vulnera el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 813 de 1994 y el Decreto 546 de 1991, porque el reconocimiento de la pensión de vejez de la señora Blanca Mery Pedraza de Roa se hizo sin el lleno de los requisitos establecidos en tales normas, toda vez que al mediar el cambio de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad se pierden automáticamente los beneficios contemplados en el régimen de transición, y en caso afirmativo, debe ordenarse a la demandada la devolución de los dineros recibidos con ocasión de la expedición del acto administrativo reseñado.* 2. **O si por el contrario**, la resolución demandada se ajusta a las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 respecto del reconocimiento de la pensión de vejez al amparo del régimen de transición contemplado en el art. 36 que le sería aplicable a la demandada en el régimen pensional y mantenerse el acto administrativo acusado en virtud de que no se desvirtúa su presunción de legalidad. [...]» (Cursiva y negrita conforme a la transcripción. Folios 579 vuelto a 580 y en cd que reposa a folio 582).

Se notificó la decisión en estrados y no se presentaron recursos.

### **SENTENCIA APELADA<sup>5</sup>**

---

<sup>5</sup> Folios 642 a 648.

El *a quo* profirió sentencia escrita el 21 de noviembre de 2016, por medio de la cual negó las pretensiones de la entidad demandante con fundamento en las siguientes consideraciones:

Indicó que la Ley 100 de 1993 consagró en su artículo 36 un régimen de transición para aquellas personas que a la entrada en vigencia de dicha disposición contaran con 15 o más años de servicios, o con 35 años de edad en el caso de las mujeres o 40 años si eran hombres, a quienes les serían aplicables las normas que los cobijaban antes de su promulgación, en consideración a que tenían una expectativa legítima para ello.

Añadió que la mentada prerrogativa en sus incisos 4.º y 5.º previó que la transición no amparaba a quienes libremente, al momento de entrada en vigor del Sistema General de Pensiones, eligieran acogerse al RAIS, así como tampoco a quienes posteriormente decidieran cambiarse al RPMPD; casos en los que los trabajadores quedarían sujetos a las condiciones previstas en el primero de los precitados regímenes.

Situación anterior la cual fue reglamentada con la expedición del Decreto 813 de 1994, que en su artículo 4.º trazó de manera expresa los eventos por los cuales se pierden los beneficios del referido régimen de transición, dentro de los cuales se encuentra «[cuando se seleccione el régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se aplicará lo previsto para dicho régimen, inclusive si se traslada de nuevo al régimen de prima media con prestación definida]».

En línea con lo expuesto, señaló que la Corte Constitucional mediante sentencia C-789 de 2003, declaró exequibles los incisos 4.º y 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero excluyó de su ámbito de aplicación a las personas que se mantuvieron amparadas por el régimen de transición por haber cumplido el requisito de los 15 años de servicios, en razón a que ya contaban con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión.

No obstante, el *a quo* adujo que conforme al desarrollo jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el cual trajo consigo el concepto de «eficacia en el traslado», mal se haría al tener en cuenta la transferencia de regímenes por parte de los administrados como un escenario en el cual se perdería el régimen de transición, puesto que al tratarse de un aspecto tan trascendental, como lo es el menoscabo de dichos beneficios transicionales y todo lo que de ello se deriva como acceso al derecho a la pensión de vejez, es necesario acudir a los principios que inspiran el sistema de seguridad social y el de la pensión, bajo el estimado que no puede entenderse la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia y las consecuencias negativas que aquella pueda tener frente sus derechos pensionales.

Por consiguiente, en cuanto al caso de marras, efectuó un análisis de las pruebas aportadas para concluir que la señora Pedraza de Roa, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontraba afiliada al RPMPD y cumplía los requisitos para hacerse beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 *eiusdem*, toda vez que acreditó tener 38 años de edad a la fecha de promulgación de la mentada normativa.

De otro lado, agregó que la trabajadora realizó un cambio en su régimen pensional al trasladarse al RAIS, en el cual cotizó desde el 1.º de enero de 1999 hasta el 30 de agosto de 2000, y que de manera posterior se afilió nuevamente a Cajanal a



partir del 1.º de septiembre de 2000, lo que quiere decir que desde dicha data efectuó sus aportes con destino a pensión en el RPMPD.

En virtud del aludido punto, advirtió que si bien la demandada no permaneció los tres años exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 *ejusdem* para poder cambiarse de un régimen a otro, lo cierto es que a partir de los documentos que integran el dossier es dable colegir que esta fue aceptada por el ente de previsión, comoquiera que su empleador desde el mes de septiembre de 2000 formalizó su afiliación con la contribución obligatoria de los aportes.

Bajo dicho entendido, consideró que al margen de que las circunstancias que rodearon el traslado de régimen no constituyen el objeto de la controversia, es dable señalar que el cambio de Porvenir a Cajanal estuvo revestido del principio de confianza legítima, en la medida en que, a pesar de lo expuesto, este último ente admitió la reincorporación de la empleada y le permitió efectuar cotizaciones a pensión durante más de 11 años, esto es, entre las vigencias de 2000 a 2011; dándole el convencimiento de que su devolución se llevó a cabo satisfactoriamente.

Asimismo, estimó que no obstante el fondo de pensiones Porvenir hubiere certificado que la escogencia del RAIS se realizó de forma libre y espontánea por parte de la señora Blanca Mery Pedraza de Roa, debe observarse la ausencia de conocimiento pleno que tenía la interesada sobre las implicaciones que este traslado conllevaba, dentro de las que se encontraba la pérdida de la transición que, en todo caso, le resultaba adverso a sus intereses.

De ello que subrayó la negativa de acceder a las pretensiones de la entidad demandante, y en consecuencia, se imponía levantar la suspensión provisional del acto acusado, la cual fue decretada como medida cautelar mediante providencia del 13 de mayo de 2015.

Acorde con estos razonamientos, el tribunal de primera instancia profirió sentencia que en su parte resolutive se resume de la siguiente manera: i) negó las pretensiones de la demanda; ii) levantó la suspensión provisional de la Resolución UGM 34052 del 20 de febrero de 2012, por medio de la cual la entidad demandante ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez a la señora Blanca Mery Pedraza de Roa, y; iii) condenó en costas y en agencias en derecho a la entidad demandante.

## **RECURSO DE APELACIÓN<sup>6</sup>**

La **UGPP** presentó recurso de alzada contra la decisión reseñada anteriormente y solicitó que esta sea revocada para acceder a sus pretensiones. Al respecto, manifestó que resulta improcedente la negativa del *a quo* al no acceder a los pedimentos de la demanda, si se tiene en cuenta que la extinta Cajanal (hoy UGPP) concedió una prestación económica en favor de la demandada sin el lleno de los requisitos legales para ello, y más aún, sin encontrarse amparada por el régimen especial previsto en el Decreto 546 de 1971, dado que la trabajadora perdió dicha protección excepcional por el traslado de regímenes pensionales (Cajanal a Porvenir); y comoquiera que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con el tiempo requerido para obtener el derecho a la pensión de jubilación.

---

<sup>6</sup> Folios 653 a 656.

Para fundamentar su posición, citó un extracto jurisprudencial de las sentencias C-754 de 2004, C-1024 de 2004 y SU 062 de 2010, por medio de las cuales la Corte Constitucional ha interpretado que el traslado de un régimen pensional a otro se puede efectuar en cualquier tiempo, sin embargo, si el interesado deseaba formar parte del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 *ejusdem*, este necesariamente debía contar con 15 años o más de servicios antes de la entrada en vigencia de dicha disposición.

Por consiguiente, concluyó que si bien la señora Pedraza de Roa tenía más de 35 años de edad a la fecha de promulgación de la mentada normativa, no se puede predicar tal afirmación frente al tiempo requerido por la jurisprudencia para mantener el beneficio de la transición, pues tan solo contaba con 9 años de servicios, aunado el hecho del cambio de régimen pensional del RPMPD al RAIS.

Por lo que estimó que la demandada perdió el régimen transicional previsto por el Sistema General de Pensiones y por lo tanto procedía revocar la orden de reconocimiento prestacional emitida por el ente de previsión en sede administrativa.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**La entidad demandante**<sup>7</sup>: reprodujo en su totalidad los argumentos expuestos en la impugnación vertical, en cuanto al inconveniente resultante de aplicar un régimen especial para el reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandada, bajo el hecho probado de haber perdido los beneficios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 al trasladarse de regímenes pensionales y no haber consolidado el requisito temporal de 15 años de servicios para mantener la expectativa del derecho en observancia de disposiciones anteriores.

La **parte demandada** y el **Ministerio Público** guardaron silencio en esta etapa procesal de conformidad con la constancia secretarial visible a folio 687 del plenario.

### **CONSIDERACIONES**

#### **Competencia**

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en la respectiva alzada. En el presente caso solo presentó la impugnación vertical la parte demandante.

#### **Cuestión previa**

Antes de proceder a plantear el problema jurídico a resolver, la Subsección estima pertinente advertir en este punto que, en el trámite de primera instancia desplegado ante el Tribunal Administrativo de Santander se configuró la imposibilidad de notificar a la señora Blanca Mery Pedraza de Roa (en su calidad de parte pasiva del litigio) de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la UGPP en su contra, dentro del

---

<sup>7</sup> Folios 682 a 686.

proceso de la referencia. Lo anterior se afirma en consideración de las siguientes actuaciones que se evidencian en el plenario:

- i) Mediante auto del 15 de abril de 2013 (folio 470) se admitió la presentación de la demanda instaurada por la UGPP, y se ordenó notificar personalmente a la señora Pedraza de Roa, de conformidad con lo previsto en el canon 200 del CPACA. En cumplimiento de dicho mandato, se libró boleta de citación 229 del 25 de abril de 2013 (folio 475), por medio del cual se requirió a la demandada para la diligencia de notificación personal de la precitada providencia.

A través de Oficio 1564/13 del 30 de mayo de 2013 (folio 481), la empresa de correo certificado 4-72 comunicó que «el envío Certificado N. RN011156255CO, dirigido a la Sra. Blanca Mery Pedraza, dirección Sector F – Torre 3 – Apto. 402. El Bosque Floridablanca – Santander; fue entregado el día 30 de Abril de 2013, recibido por el Sr. Delegado – Sello Conjunto Residencial – El Bosque».

- ii) De otro lado, se observa acta del 28 de junio de 2013 expedida por la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Santander (folio 485), en la cual se informa la consecuente actuación que sería surtida dentro del proceso, correspondiente a la notificación por aviso de la providencia calendada el día 15 de abril de 2013 que admitió la demanda.

Por medio del Oficio 2341/13 del 8 de agosto de 2013 (folio 507), la empresa de correo certificado 4-72 informó «que el día 11 de julio de 2013, el envío Certificado N. RN034222514CO es entregado efectivamente, recibido por el Sr. Serrano, sello Conjunto Residencial el Bosque Sector F».

En el expediente reposa constancia del 18 de noviembre de 2013 (folio 514), en el cual el citador del referido tribunal indicó que «[...] fui atendido por el señor Jairo Barajas celador de la compañía “COOVIG LTDA” que tiene a su cargo la vigilancia de este conjunto residencial, quien me informo (sic) que a la señora BLANCA MERY PEDRAZA DE ROSA (sic) no la conocen ni reside en este lugar, razón por la cual no fue posible notificarla del auto admisorio de la demanda [...]».

Asimismo, fue arrimado con destino a este proceso por parte de la UGPP un memorial (folio 522) mediante el cual se informó al *a quo* el desconocimiento del domicilio de la demandada a fin de notificarle la admisión de la demanda, de ello que solicitó proceder con el emplazamiento de la misma.

- iii) Con ocasión de las particularidades antes descritas, el tribunal de primera instancia profirió auto del 28 de febrero de 2014 (folio 524), en el que resolvió ordenar el emplazamiento a la señora Pedraza de Roa, en virtud de lo previsto por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia, mediante escrito del 21 de abril de 2014 (folios 529 a 530) la entidad libelista aportó al plenario el trámite de emplazamiento ordenado por el tribunal en la precitada providencia.

- iv) Una vez vencidos los quince días posteriores a la publicación del listado de notificación, y sin que la emplazada compareciera para surtir el trámite correspondiente, se profirió el auto del 12 de diciembre de 2014 (folio 545)

a través del cual se designó curador *ad litem* que ejerciera el derecho de defensa y contradicción en nombre de la demandada.

En virtud de las referidas circunstancias que permean el *sub examine*, resulta imperioso recordar la noción de curador *ad litem*, la cual se remonta al sujeto a quien le es asignado el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción de aquellos que no pueden comparecer al proceso por sí mismos ni por intermedio de sus representantes legales, para asegurar de este modo que el debate procesal se resuelva de forma equilibrada y con pleno respeto de las garantías de las partes en él involucradas tal como se demostró en el presente caso.<sup>8</sup>

En efecto la jurisprudencia de la Corte Constitucional se refirió en sentencia T – 088 de 2006 respecto a esta figura de la siguiente manera:

*«[...] El nombramiento del curador responde, a la necesidad de defender los derechos de las personas ausentes en los procesos judiciales, por lo cual, precisamente, su presencia en el debate judicial es garantía de defensa para quien no puede hacerlo directamente. Sobre el particular, la Corte ha dicho que la decisión de designar curadores ad litem, tiene como finalidad esencial proteger los derechos del ausente, que no por estarlo puede recibir un tratamiento procesal desventajoso, pues éste redundaría en menoscabo de algunos de los derechos sustantivos que en el proceso se controvierten. [...]»* (Cursiva del texto).

Por consiguiente, tal situación expuesta no impide la continuación del proceso en el punto en que se encuentra, porque al margen de que la señora Blanca Mery Pedraza de Roa no pudo ser notificada por los medios legales previstos para ello debido al desconocimiento de su domicilio, lo cierto es que el *a quo* designó, en la oportunidad procesal pertinente, el profesional del derecho que representaría los intereses de la parte pasiva del presente conflicto que se suscita. Lo cual se ajusta a lo trazado por los artículos 48, 55 y 56 del Código General del Proceso en cuanto a la escogencia del auxiliar de justicia para estos casos.

Por lo expuesto, es dable colegir que esta figura constituye un instrumento protector del derecho fundamental de defensa, que propende la custodia de los intereses de las personas ausentes en los procesos judiciales, por lo cual, al no encontrarse algún defecto o menoscabo en el derecho a la defensa de la aquí demandada, en efecto se procederá a emitir pronunciamiento de mérito conforme a la competencia habilitada para esta instancia, es decir, con base en el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante.

### **Problema jurídico**

En ese orden, el problema jurídico que debe resolverse en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

¿La señora Blanca Mery Pedraza de Roa, en su calidad de ex funcionaria de la Rama Judicial, es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a pesar de haberse trasladado al régimen de ahorro individual, y en consecuencia, la normativa que rige su reconocimiento pensional es el Decreto 546 de 1971?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: la señora Blanca Mery Pedraza de Roa, al haberse hecho beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, providencia del 9 de julio de 2014, radicación: 25000-23-42-000-2014-01190-01(AC), actor: Andreas Manfred Loos.

Ley 100 de 1993, le asiste el derecho a que su pensión de jubilación sea reconocida en observancia del Decreto 546 de 1971. Lo anterior, puesto que al margen de que aquella se hubiere trasladado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones, no se demostró que la administradora de pensiones hubiere suministrado la información clara y transparente frente a las posibles consecuencias negativas que con dicho cambio se generarían en su contra, lo cual trae consigo la ineficacia del traslado de régimen, conforme se explicará a continuación.

### **Regímenes del Sistema General de Pensiones creados en la Ley 100 de 1993. Requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez**

El legislador expidió la Ley 100 de 1993 con la cual creó el Sistema General de Pensiones cuyo propósito era unificar los requisitos para reconocer dicha prestación social a todos los habitantes del territorio nacional. No obstante, el sistema exceptuó de su aplicación a quienes fueran beneficiarios de un régimen especial.

El artículo 12 de la Ley 100 de 1993, instituyó dos regímenes de pensiones a saber: (i) el de prima media con prestación definida y; (ii) el de ahorro individual con solidaridad.

#### **Del régimen de prima media con prestación definida**

El primero está contemplado en el artículo 31 de la citada normativa, el cual lo definió como «[...] aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas». A su vez, el artículo 32 literal b. de dicha ley señaló que en este régimen los aportes de sus afiliados constituyen «[...] un fondo común de naturaleza pública que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley [...]».

Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, al cumplir los requisitos señalados en el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003 que, en lo pertinente, modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 así:

«Artículo 9.º (Reglamentado parcialmente, Decreto Nacional 510 de 2003) El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1º de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015 [...]»

De esta manera en el régimen de prima media con prestación definida el afiliado adquiere el derecho a pensionarse por vejez cuando:

- a) Cumpla 55 años de edad si es mujer o 60 si es hombre y a partir del año 2014, 57 y 62 años respectivamente y;
- b) acredite tener mínimo 1000 semanas cotizadas, las cuales aumentarán a partir del 1.º de enero de 2005 en 50 y de ahí en adelante hasta el año 2015 en 25 cada año para un total de 1300 semanas.

### **Del régimen de ahorro individual con solidaridad**

Ahora bien, el segundo régimen regulado por la Ley 100 de 1993 lo contempla el artículo 59 y es el denominado de ahorro individual con solidaridad, el cual se definió por la norma como «[...] El conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados [...]».

Este, a diferencia del régimen de prima media con prestación definida, se basa en el ahorro proveniente de las cotizaciones y los respectivos rendimientos financieros, los cuales constituyen un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados.

Otra diferencia notoria es que el monto de la pensión no es determinado por la ley sino que el mismo depende, en los términos del artículo 60 literal a) «[...] de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar [...]» lo que implica que sea variable.

En cuanto a los requisitos para obtener la pensión de vejez en este régimen, el legislador los reguló así:

«[...] Artículo. 64 Requisitos para obtener la pensión de vejez. Los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar.

Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre [...]»

Asimismo, quienes se encuentren afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad tienen derecho a obtener la pensión de vejez una vez hayan reunido en su cuenta individual el capital necesario para financiarla y siempre que la cuantía pensional no sea inferior al 110% del valor del salario mínimo mensual legal vigente.

A diferencia del régimen de prima media con prestación definida la norma no exige al afiliado el cumplimiento de una edad determinada o de un número específico mínimo de semanas de cotización.

Ahora bien, la principal característica de los dos regímenes expuestos es que

aunque coexisten, son excluyentes entre sí, lo que quiere decir que solo puede aplicarse uno al momento de reconocerse la pensión<sup>9</sup>.

Conforme al anterior estudio normativo, es posible colegir lo siguiente:

La Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones y previó dos regímenes a saber:

i. En el régimen solidario de prima media con prestación definida los aportes de los afiliados son dirigidos a un fondo común de naturaleza pública y la ley previamente define el monto pensional. Los requisitos para obtener este derecho en este régimen son los señalados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 así: a) tener 55 años de edad si es mujer o 60 si es hombre y a partir del año 2014, 57 y 62 respectivamente y; (b) acreditar mínimo 1000 semanas cotizadas, las cuales aumentaron a partir del 1.º de enero de 2005 en 50 y de ahí en adelante hasta el año 2015 en 25 cada año para un total de 1300 semanas.

ii. El régimen de ahorro individual con solidaridad se basa en el ahorro proveniente de las cotizaciones y los respectivos rendimientos financieros de las mismas, los cuales se consignan en una cuenta de ahorro individual pensional. En este régimen el monto de la pensión no es determinado previamente por la ley, y sus afiliados tienen derecho al reconocimiento de la pensión de vejez al reunir en su cuenta individual el capital necesario para financiarla siempre que su cuantía pensional no sea inferior al 110% del valor del salario mínimo mensual legal vigente, sin importar la edad.

Respecto a las características del sistema general de pensiones el artículo 13 de la mencionada Ley 100, indicó:

«ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

a. <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El texto original era el siguiente:> La afiliación es obligatoria salvo lo previsto para los trabajadores independientes.

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

c. Los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la presente ley.

d. La afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta ley.

e. <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El texto original era el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional.

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección A, sentencia del 7 de diciembre de 2016, radicación número: 11001-03-25-000-2012-00016-00(0072-12).

f. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.

g. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos.

h. En desarrollo del principio de solidaridad, los dos regímenes previstos por el artículo 12 de la presente ley garantizan a sus afiliados el reconocimiento y pago de una pensión mínima en los términos de la presente ley.

[...]

i. <Literal adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> En ningún caso a partir de la vigencia de esta ley, podrán sustituirse semanas de cotización o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempo de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión. Tampoco podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados, de conformidad con lo previsto en la presente ley. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en pactos o convenciones colectivas de trabajo; [...]

Por su parte, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, reguló el régimen de transición e incorporó tres segmentos protegidos por esta, bajo los siguientes parámetros:

«ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.

[...]

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

[...]

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida. [...]

Con posterioridad la Ley 797 de 2003 modificó algunos literales del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, como se transcribe:

«Artículo 2.º Se modifican los literales a), e), i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales quedarán así:

Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones.



a) La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes;

**e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;**

i) El fondo de solidaridad pensional estará destinado a [...]» (Resaltado fuera del texto original)

La norma anterior fue reglamentada por el Decreto 3800 de 2003, el cual, para el caso de traslados de régimen señaló:

«[...] Artículo 1º. Traslado de Régimen de Personas que les falte menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. De conformidad con lo señalado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, las personas a las que a 28 de enero de 2004, les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, podrán trasladarse por una única vez, entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hasta dicha fecha. [...]»

Igualmente, el Acto Legislativo 01 de 2005, delimitó la aplicación del régimen de transición y reguló el parámetro temporal su vigencia en los siguientes términos:

«[...] el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014. Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen [...]».

De ahí que, esta habilitación normativa y práctica de operación simultánea avalada en nuestro ordenamiento entre el RPMPD (administrado por el extinto ISS, hoy Colpensiones) y el RAIS (gestionado por los fondos privados), fue precisamente para que cada uno de ellos pudiera satisfacer las obligaciones de su competencia y respecto de los trabajadores que, de manera libre y voluntaria, hubieren optado por afiliarse en uno u otro régimen.

Ahora bien, en lo concerniente a la delimitación de la protección transicional, la cual no sería aplicable en los eventos en los que las personas se acogieran de manera libre y voluntaria al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues estarían sujetas plenamente a las reglas de este sistema, se tiene que la Corte Constitucional en sentencia C-789 de 2002 condicionó la aplicación de este beneficio excepcional bajo el concepto de las expectativas legítimas, en cuanto consideró que estas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos 15 años de servicio y, de esta manera, avaló que les fuera respetada la transición, con el condicionamiento de que retornaran al régimen de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; no así para quienes únicamente hubieren acreditado el requerimiento de la edad (35 años para mujeres y 40 para hombres).

Dicha postura ha sido asumida por parte de esta Subsección en asuntos con contornos similares al presente<sup>10</sup>, en el sentido de hacer exigible el requisito temporal de los 15 años de servicios o cotizaciones a la fecha de promulgación de la Ley 100 de 1993 para aquellos trabajadores que, al margen de que se hubieran hecho beneficiarios de la transición prevista en el artículo 36 *ejusdem*, optaron voluntariamente por el RAIS para realizar los aportes obligatorios con destino a pensión.

Que en el caso particular la Subsección advierte que es necesario verificar si el traslado del régimen cumplió o no con los requisitos señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, para conservar su validez. Lo anterior porque no se busca rectificar una postura o unificar. Agregando que fue un objeto abordado por el *a quo*, y frente al cual la entidad demandada tuvo oportunidad de presentar sus argumentos de defensa.

Lo expuesto, porque se constituyen como consecuencias colaterales a dicho traslado, la posible pérdida de transición, y de contera la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, por lo que se torna indispensable acudir a una hermenéutica adecuada que se ajuste a los principios que inspiran el sistema y a los regímenes pensionales, bajo el espectro de garantizar los derechos irrenunciables de la persona para obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana.

Es por ello que se hace palmaria la necesidad de que, al momento en que la persona opte por escoger el régimen al cual efectuar sus cotizaciones a seguridad social, esta hubiere sido debidamente asesorada de manera precisa y transparente respecto a las repercusiones que con dicha transferencia pudieren acarrear consigo, pues es justamente la información asimétrica referente a la forma en que operan y conceden la prestación de vejez de los regímenes, la que permitirá la escogencia espontánea y consciente de los afiliados.

Lo anterior, como en efecto lo ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia, al estudiar la importancia de la información y las consecuencias de su ausencia, así:

«[...] la elección de cualquiera de los dos regímenes debe ser libre y voluntaria, **lo que se exige no es cualquier tipo de asesoría, sino aquella que permita el ejercicio de la libertad informada**, cuya infracción castiga la propia normativa en la medida en que indica que si el empleador o cualquier persona natural o jurídica la desconoce, se hace merecedor de las sanciones previstas en el inciso 1 del artículo 271

[...]

Es que el propio Estatuto de Seguridad Social, desde su origen, reconoce que, en el marco de los regímenes pensionales de prima media y el de ahorro individual con solidaridad, podían presentarse asimetrías en la información, sobre todo con estas últimas Administradoras de Pensiones, y contempló para el efecto unas consecuencias en las que, fundamentalmente, da cuenta sobre lo trascendente de las afiliaciones a ellos para los asociados, máxime la incidencia que, frente al régimen de transición tenían y en ese sentido adopta las correcciones pertinentes, también para los empleadores.

Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A: (i) sentencia del 5 de noviembre de 2020, radicación: 200012339000-2015-00358-01 (4244-2017), demandante: Libia del Carmen Ripoll Ripoll; (ii) sentencia del 7 de mayo de 2020, radicación: 250002342000201503434 01 (2004-201), demandante: Gladys Mora de Fúquene.

las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, **la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993 [...]»<sup>11</sup>. (Subrayas intencionales).**

Sobre el punto se recalca que, el deber de información en lo que atañe a su contenido y alcance se encuentra en cabeza de las administradoras de pensiones, en la medida que sobre estas recae la obligación de informar de manera idónea y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se derivan para el afiliado sobre su vinculación y posterior traslado entre un régimen y otro.

Con relación a ello se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia el 22 de noviembre de 2011<sup>12</sup>. Se cita:

«[...] Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares. [...]»

A su vez, la Corte Constitucional ha ratificado y desarrollado el principio de «libertad de elección de régimen», en acatamiento del deber de proporcionar información, el cual se configura como uno de los plurales deberes de las administradoras con respecto a sus afiliados. Tal como se señaló en sentencia T-191 de 2020, de la siguiente manera:

«[...] 88. La libertad de elección presupone conocimiento de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias que implica la elección. **Este conocimiento, a su vez, se rige por el principio de la información, el cual vincula al empleador al momento de enganchar al trabajador, así como a la administradora de fondos de pensiones, al momento de afiliarse o trasladarse.**

89. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha derivado este principio del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009 y ha indicado que las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de brindar asesoría seria y concreta, conforme con un análisis o estudio previo de la posición, la condición y la situación fáctica del afiliado. **Esta información tiene como finalidad permitirle a los afiliados o usuarios del sistema**

---

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 14 de noviembre de 2018, número de providencia: SL4964-2018.

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 22 de noviembre de 2011, radicación: 33083.

**pensional a adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, así como las ventajas y desventajas de la elección.**

90. **El principio de información se concreta, a su vez, en las siguientes obligaciones: a) se debe suministrar información y asesoría a través de un lenguaje claro, simple y comprensible, y; b) debe darse a conocer toda la verdad objetiva –y comparada– de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro. [...]**<sup>13</sup> (Negritas de la Subsección).

Como corolario de lo anterior, se colige que el hecho de la afiliación o traslado de regímenes de un usuario trae consigo repercusiones de gran envergadura, *verbi gracia*, los términos en que se causará y disfrutará el derecho económico de la pensión, o en el caso de los beneficios o inconvenientes que puedan recaer sobre el afiliado partiendo de las diferentes alternativas para acceder a dicha prestación en los dos regímenes pensionales existentes.

Por lo que el traslado deja de ser entonces una mera cuestión legal y adquiere de manera inexorable una relevancia superior por estar en juego un derecho fundamental como lo es el de la seguridad social, y especialmente el de la pensión.

### **Deber de información, asesoría y buen consejo frente a afiliados**

Bajo este contexto, en materia de seguridad social, la responsabilidad de los fondos de previsión social, de brindar la adecuada asesoría no puede ser abstracta o limitada, pues lo que se pretende es recaudar información contenciosa respecto a las necesidades individuales de cada uno de los afiliados, porque de no hacerse así, se desconocería el postulado de la debida información, esto es, de conocer de manera detallada los hechos y consecuencias de la decisión que el administrado opte por escoger. En consecuencia, los datos sesgados o incompletos serían trascendentes para que las personas tomen decisiones equivocadas.

En armonía con dicha intelección, el Decreto 663 de 1993<sup>14</sup> aplicable a las administradoras de fondos de pensión, previó en el numeral 1.º del artículo 97 la siguiente obligación a cargo de las referidas entidades:

#### **«ARTICULO 97. INFORMACIÓN.**

1. Información a los usuarios. <Numeral modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Las entidades vigiladas deben 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 y poder tomar decisiones informadas. [...]

Por consiguiente, puede verse que las sociedades administradoras de fondos pensionales han acarreado la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria a través de la entrega de información clara, suficiente y responsable que permitiera al trabajador elegir entre las diversas opciones posibles en el mercado aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

En tal sentido, el ofrecimiento de estos servicios, al estar ligado a una actividad de explotación económica relativa al derecho fundamental de la seguridad social,

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2020.

<sup>14</sup> "Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración".

debía estar precedida del respeto frente a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.<sup>15</sup>

Es por ello que, dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de brindar información objetiva y transparente a los usuarios es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen onerosos intereses sociales, como lo son la protección de los riesgos de la vejez, invalidez y/o muerte.<sup>16</sup>

A su turno, con la expedición de la Ley 1328 de 2009<sup>17</sup> se desarrolló de manera significativa la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones, el cual puntualizó que, en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras, debía observarse de manera minuciosa el principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, así:

«Artículo 3. Principios. Se establecen como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, los siguientes:

[...]

- c) Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas. [...]

Por su parte, el Decreto 2555 de 2010<sup>18</sup> que incorporó lo preceptuado por el Decreto 2241 del mismo año<sup>19</sup>, en su artículo 2.6.10.1.2 efectuó sendos desarrollos de los principios trazados por la Ley 1328 de 2009, a saber:

«Artículo 2.6.10.1.2 Principios. Los principios previstos en el artículo 3 de la ley 1328 de 2009 se aplican integralmente al Sistema General de Pensiones, teniendo adicionalmente en cuenta los aspectos particulares que se desarrollan en los siguientes numerales:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones **deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión.** En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el

---

<sup>15</sup> ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación: 31989.

<sup>17</sup> Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.

<sup>18</sup> Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.

<sup>19</sup> Por el cual se reglamenta el Régimen de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones.

consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público **información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.**
3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias **deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros.** [...]». (Subrayas de la Sala).

De acuerdo con las anteriores preceptivas, es dable colegir que el deber de asesoría y promoción en la prestación del servicio por parte de las administradoras, guarda cohesión especialmente con la noción de protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones, a fin de instar por el respeto y cumplimiento de los principios y el contenido básico de información, así como permite avizorar el alcance que acarrea dicho traslado con precisión de las asesorías y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones.

Lo anterior ya ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia<sup>20</sup>, cuando se indicó lo siguiente:

«[...] **La información cierta** es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. **La información suficiente** incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. **La información oportuna** busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo [...]». (Negritas por fuera del texto).

En relación con el deber del buen consejo por parte de las administradoras con los consumidores, el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 *ejusdem* indicó lo siguiente:

«Artículo 2.6.10.2.3 Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones **tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.**

**Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.** [...]». (Resaltado intencional).

---

<sup>20</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 3 de abril de 2019, radicación: 68852.

A su turno el párrafo 1 del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014<sup>21</sup> indicó que los afiliados que quieran trasladarse deben recibir asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Al respecto, se cita:

«**Artículo 2º.** Las administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual tendrán la obligación de poner a disposición de sus afiliados a través de los distintos canales que dispongan las administradoras y, trimestralmente, a través de extractos que serán enviados al afiliado por el medio que este escoja, la siguiente información:

[...]

**Parágrafo 1º.** Adicionar un inciso 2 al artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, que regula el contenido mínimo de la información al consumidor financiero, cuyo texto es el siguiente:

**En desarrollo de lo anterior, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deberán garantizar que los clientes que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».** (Subrayas fuera del texto original).

El deber de información por parte de los dos regímenes al momento del traslado también fue exigido en la Circular Externa 016 de 2016 expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia que modificó el Capítulo I del Título III de la Parte II de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 029 de 2014), que en su artículo 3.º previó:

«3.13 Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes. De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1748 de 2014, y el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2055 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse de regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado».

Bajo dicha premisa, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que antes de que se realice un cambio de régimen, debe informarse al usuario como mínimo las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, así como los riesgos y consecuencias que el traslado genera para cada afiliado. En efecto, en sentencia SL2324-2019 del 19 de marzo de 2019<sup>22</sup> señaló:

«[...] Teniendo en cuenta el rol y la composición de las administradoras de pensiones, la ley ha estatuido en ellas el deber de informar idónea y oportunamente acerca de las ventajas y desventajas que acarrea para el afiliado la vinculación y/o posterior traslado entre uno y otro régimen. Lo anterior, bajo el entendido de que son estas instituciones las que conocen y son expertas en el andamiaje y funcionamiento del Sistema General de Pensiones, pues es su deber suplir de la mejor manera posible todas las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

Dicho razonamiento quedó consignado en el fallo CSJ SL, 22 noviembre 2011, radicación 33083, así:

---

<sup>21</sup> «Por medio de la cual se establece la obligación de brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros y se dictan otras disposiciones». Exigencia, que fue reafirmada en el Decreto 2071 de 2015 «Por el cual se modifica el Decreto número 2555 de 2010 en lo referente al régimen de protección al consumidor financiero del Sistema General de Pensiones».

<sup>22</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 19 de marzo de 2019, radicación: 64860.

*Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.*

*Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.*

*Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

Así las cosas, teniendo como punto de partida el hecho de que la afiliación o traslado entre regímenes trae consigo repercusiones de gran envergadura, a saber, los términos en que se causará y disfrutará el derecho fundamental a la pensión, **debe indicarse con especial énfasis que el contenido de la información a suministrar por parte de las administradoras, debe constar imprescindiblemente tanto en las etapas del proceso de traslado, como de los beneficios o inconvenientes que se puedan recaer sobre el afiliado, en concordancia con las diferentes alternativas para acceder a determinada prestación en el RPM o en el RAIS. [...]**» (Cursiva del texto original, Negrita de la Subsección).

Como se advierte de lo antedicho, en este nuevo curso se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no es suficiente con proporcionar con claridad las distintas opciones del mercado, con sus características, condiciones, riesgos y demás efectos que se deriven de la escogencia, sino que, de manera concomitante, implica un mandato de brindar asesoría y buen consejo; de modo que la situación del trabajador, con sujeción a su edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, entre otros, conjugue un conocimiento objetivo de los regímenes pensionales y subjetivo a nivel individual, más la opinión experta sobre el asunto, de cara a tomar una decisión responsable en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

En resumen, el deber de información que tienen las AFP frente a los administrados es total, puesto que comporta el análisis previo, especializado y global de los antecedentes del interesado, junto con los pormenores que



proviengan con los regímenes pensionales. De ello que en los casos en que los afiliados sean beneficiarios del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto implicaría una responsabilidad aún superior, por cuanto, de manera indiscutible, aquellos trabajadores tenían una expectativa legítima que se podría ver comprometida a causa del arbitrio de las administradoras al momento de suministrar información.

Lo expuesto no conlleva a argüir *per se* que una persona beneficiaria de la referida transición no pueda optar por el traslado de regímenes y, en principio, perder dicha expectativa del derecho económico; sino que se torna necesario que la decisión sea tomada con pleno conocimiento de las consecuencias que acarrear dicho cambio, lo que, en todo caso, supondría una mayor carga probatoria por parte de las administradoras a fin de evidenciar la ilustración y acompañamiento de personas expertas en la materia que le hubieren permitido al trabajador tomar la decisión aún bajo los posibles resultados adversos a sus intereses.

Es así como se ha hecho imprescindible demostrar por parte de las entidades de previsión que no existió asimetría de la información y, en consecuencia, proveer al juez de conocimiento todos los medios probatorios que lleven al convencimiento pleno de que, al momento de producirse el traslado de regímenes, el afiliado contaba con los elementos de juicio suficientes para decidir libre y voluntariamente.<sup>23</sup>

### **El solo consentimiento que versa en el formulario de afiliación no es suficiente para determinar la plena validez del traslado**

Como bien se ha expuesto en párrafos que anteceden, la doctrina y la legislación colombiana han elaborado una serie de obligaciones especiales para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, dentro de las cuales se encuentran inmersas las administradoras de pensiones, que provienen de los principios de la buena fe, transparencia, vigilancia y, sobre todo, el deber de información. Así entonces, estos detalles informativos deben comprender todas las etapas del proceso, desde el momento intencional en que el interesado recurre a la AFP en procura de obtener conocimiento sobre la posible afiliación al nuevo régimen, hasta la determinación de las condiciones para el disfrute prestacional.

De este modo, es relevante aclarar que, en la oportunidad que el afiliado opte por el traslado de régimen pensional, no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad, es decir, que el acto jurídico de cambio de régimen debe estar antecedido de una serie de instrucciones al usuario acerca de las consecuencias y riesgos de dicho traslado. En otros términos, no simplemente se debe verificar que existió una transferencia al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino, advertir que el mismo se hubiere realizado bajo los parámetros de libertad informada.

Sobre el particular, en sentencia del 9 de septiembre de 2008<sup>24</sup> la Corte Suprema de Justicia indicó:

«[...] Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que

---

<sup>23</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 3 de septiembre 2014, número de providencia: SL12136.

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación: 31389.

se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

[...]

**No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña. [...]**. (Subrayas de la Sala).

Conforme a la jurisprudencia en cita, se observa que las administradoras de pensiones, al versar su naturaleza sobre entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, bajo el entendido que, en el escenario que conduce al traslado de regímenes pensionales por parte de los particulares, no se trataba únicamente de completar requerimientos formales como la suscripción de un formato, sino de haber contado con los elementos suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada.

En relación con esta exigencia relativa a la simetría en la información entregada al usuario, la cual resulta determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, se observa que esta no solo estaba prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 antes indicado, sino además en el artículo 97 del entonces Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) señalado en párrafos que anteceden, en los cuales se contempló la severidad frente a dichas entidades en cuanto debían obrar tanto de conformidad a la ley, así como soportadas en los principios de buena fe y de servicio a los intereses sociales.

En efecto, de cara a la suscripción del formulario de traslado como única prueba para desvirtuar la negligencia en la remisión de información al afiliado, el supremo órgano de la jurisdicción ordinaria en providencia SL12136-2014<sup>25</sup> enunció:

«[...] De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional. [...]

---

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 3 de septiembre de 2014, número de providencia: SL12136.

Sobre el anterior aspecto, vale decir que no podría argüirse que existe un consentimiento informado cuando las personas desconocen sobre la incidencia que el traslado pudiere tener frente a sus derechos prestacionales, como mucho menos que pueda estimarse satisfecho el requisito de la información clara y responsable con una simple expresión genérica como lo es el formulario de afiliación del usuario. De allí que desde un inicio se haya impuesto el deber a las AFP de documentar el asesoramiento claro y suficiente sobre los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz dicho tránsito.

### **Inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado**

De todo lo expuesto, es plausible concluir que, la demostración de un consentimiento informado y libre en el traslado de régimen, es el que tiene la virtud de brindar al juez el convencimiento de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

En ese sentido, frente al puntual cuestionamiento de a quién le corresponderá probar la eficacia del traslado, debe precisarse que, si el afiliado aduce no haber recibido la información debida al momento del asesoramiento previo al cambio de régimen, ello incumbe un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por la parte que lo invoca. Es así como se torna imprescindible que esta carga probatoria recaiga sobre la contraparte (entidad administradora), quien deberá demostrar que se suministró la asesoría en forma correcta, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Por cuanto conforme se ha visto, el deber de información al momento del traslado de regímenes se configura como una obligación conducida por las administradoras de fondos de pensiones, por lo que es precisamente a estas a quienes les corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del cambio.

Todo lo anterior, justamente porque la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado guarda relación con la regla de justicia, que traza el desatino de exigir a quien está en una posición probatoria desmejorada o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que el otro extremo está en mejor condición de ilustrar. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha expuesto los motivos que conllevan a afirmar dicha premisa, porque:

«[...] 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 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.

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 desfavor de los consumidores financieros. [...]»<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 8 de mayo de 2019, número de providencia: SL1688.

## **El anterior marco normativo y jurisprudencial aplicado al *sub examine***

Definidos los lineamientos que preceden respecto a las obligaciones y consecuencias derivadas del traslado de régimen en el Sistema General de Seguridad Social, de cara al caso de marras, la Subsección encuentra probado lo siguiente:

- Copia de la cédula de ciudadanía (folio 6), de la cual se desprende que la señora Pedraza de Roa nació el 23 de marzo de 1955.
- Certificación de tiempo de servicio expedida por el representante del área administrativa y laboral de la Secretaría de Educación del Departamento de Norte de Santander (folio 289), en la que se indicó que la demandada prestó sus servicios en forma continua como docente nacionalizada en el nivel básica primaria, desde el 15 de mayo de 1980 al 30 de agosto de 1983; para ello ocupó el cargo de director de escuela en una institución educativa del municipio de Cachira, cuyo nombre no es visible en el referido documento.
- Formato de certificado de información laboral expedido por la Rama Judicial Seccional Santander (folio 29), por medio del cual se dejó constancia de los siguientes aspectos de la vida profesional de la demandada y sus cotizaciones obligatorias durante dichos interregnos, así:

Que la señora Blanca Mery Pedraza de Roa estuvo vinculada al servicio de la Rama Judicial, en la plaza de escribiente del Juzgado Quinto Penal Municipal de Función de Garantías de Bucaramanga, durante un periodo comprendido entre el 1.º de junio de 1988 al 15 de marzo de 2011.

Que realizó cotizaciones a la extinta Cajanal (hoy UGPP), esto es, en el régimen de prima media con prestación definida, desde el 1.º de junio de 1988 hasta el 31 de diciembre de 1998.

Que a partir del 1.º de enero de 1999 hasta el 30 de agosto de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, al haber efectuado cotizaciones a la AFP Porvenir.

Y que posteriormente, desde del 1.º de septiembre de 2000 retornó al RPMPD con cotizaciones a Cajanal, ello hasta el 31 de julio de 2009; pues el 1.º de agosto de 2009 inició su afiliación para aportes al ISS (hoy Colpensiones) hasta el 15 de marzo de 2011.

- Fallo de tutela proferido por el Juzgado Catorce del Circuito Administrativo de Bucaramanga el 20 de agosto de 2009, dentro el proceso con radicado 2009-00182 (folios 165 a 174), en el cual se ordenó a la entidad demandante resolver de fondo la petición de reconocimiento pensional presentada por la señora Pedraza de Roa ante el ente de previsión, así:

«[...] en este caso el derecho fundamental de petición de la accionante, esta (sic) siendo vulnerado por la entidad demandada, en la medida en que la omisión de la entidad, implica que no se está cumpliendo con los términos legalmente establecidos ni con los parámetros fijados por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-1234 de 2008 para que resuelva solicitudes como la que en este momento requiere de nuestra atención.

[...]

## FALLA

PRIMERO: AMPARAR el DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN de la señora BLANCA MERY PEDRAZA DE ROA, vulnerado por CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, BUEN FUTURO, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, BUEN FUTURO, para que en el término de ocho (08) días hábiles siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, se sirva RESOLVER de fondo, la petición de Pensión de Jubilación presentada por la señora BLANCA MERY PEDRAZA DE ROA el día 21 de agosto de 2007 [...]».

- Resolución UGM 034052 del 20 de febrero de 2012 expedida por la extinta Cajanal EICE en liquidación (folios 385 a 390) en cumplimiento del precitado fallo, a través de la cual ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez en favor de la señora Blanca Mery Pedraza de Roa, en una cuantía de \$1.081.030, efectiva a partir del 16 de marzo de 2011, bajo las siguientes consideraciones:

«[...] Que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contempla un régimen de transición el cual respeta el tiempo de servicio, la edad y el monto del régimen anterior aplicable a las personas que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones acreditaran 15 años de servicio y/o 40 años de edad para los hombres y 35 años para las mujeres.

Que en el presente caso, la normatividad anterior aplicable es la contenida en el Artículo 6 del Decreto 546 de 1971.

[...]

Que para determinar el Ingreso Base de Liquidación se da cumplimiento a lo establecido en el artículo 6 del Decreto 546 de 1971, aplicando un 75.00% sobre un ingreso base de liquidación conformado por la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicio, entre 16 de marzo de 2010 y el 15 de marzo de 2011. [...]».

- Con ocasión a la prueba de oficio decretada por el tribunal de primera instancia (folio 593), la AFP Porvenir arrió con destino a este proceso el Oficio 104 del 15 de septiembre de 2015 (folios 594 a 595), en el cual se informó respecto al traslado de regímenes de la demandada lo siguiente:

«[...] **En primer lugar aclaramos que la vinculación de la señora Blanca Mery Pedraza de Roa al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Porvenir S.A., se realizó de manera libre y voluntaria, en los términos establecidos en el literal b. del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797, mediante el formulario diligenciado. (se adjunta copia)**

**Lo anterior es prueba de que la selección efectuada se hizo sin ningún tipo de presiones por parte nuestra, pues para estos casos la voluntad de afiliación de la persona es autónoma, indivisible e intransferible, lo que significa que la decisión tomada por usted no dependía de la injerencia o intervención de persona alguna.**

En ese sentido dejamos claro que Porvenir S.A. realiza exhaustivos procesos de capacitación a sus asesores comerciales con el fin de garantizar la debida asesoría a sus clientes al momento de vincularse a nuestro fondo de pensiones, **situación que se ratifica con la suscripción del formulario de afiliación en el cual se deja expresa constancia de haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre, voluntaria y sin presiones.** [...]». (Negrilla fuera del texto)

- Formulario de solicitud de vinculación al fondo de pensiones obligatorias Porvenir 01103820 (folio 598), suscrito por la señora Pedraza de Roa el 28 de octubre de 1998, conforme se observa:

**Porvenir** SOLICITUD DE VINCULACIÓN AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS

FECHA DE SOLICITUD: 98 10 28. NÚMERO: 01103820. FOLIO: 598

ENTIDAD ADMINISTRADORA ANTERIOR: CAJANAL. CIUDAD: B/munyu

TIPO DE TRABAJADOR: DEPENDIENTE. SALARIO INGRESO MENSUAL: \$ 485.676. % COTIZACIÓN VOLUNTARIA: 0. COMISIÓN: 0.

DIRECCIÓN DE RESIDENCIA: Cra 4 # 4-55 San José de Hiranda. CIUDAD RESIDENCIA: San José de Hiranda. TELEFONO: 606033. APTADO AEREO (A.A.): 606059.

DIRECCIÓN DONDE TRABAJA: Juzgado Promisorio Mpal. CIUDAD - DEPTO: S. José de Hiranda. TELEFONO: 606059. EXT.: 606059.

TIEMPO TOTAL COTIZADO: AÑOS 65 MESES 7.

INFORMACIÓN VINCULO LABORAL ACTUAL: EMPRESA EMPLEADOR: Hacienda Fontanar. CIUDAD: B/munyu. DEPARTAMENTO: Santander. TELEFONO: 642058. TELEFAX: 642058.

INFORMACIÓN BENEFICIARIOS:

APellidos y Nombres	RELACION	CLASE	FECHA DE NACIMIENTO	SEXO	CODIGO PARENTESCO	CODIGO PARENTESCO
Jorge Roa Rodriguez				X	01	
Jorge Alberto Roa P.				X	04	
Theothina Roa Pedraza				X	04	
Jesny Adriana Roa P.				X	04	
Darwin Roberto Roa P.				X	04	

RESPONSABLE FONDO DE PENSIONES: [Firma]

FIRMA EMPLEADOR: [Firma Mery]

VOLUNTAD DE AFILIACIÓN: [Firma]

Acorde con lo evidenciado previamente es dable concluir que, para el 1.º de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para empleados del orden nacional, como es su caso) la señora Blanca Mery Pedraza de Roa acreditó tener más de 39 años de edad y 9 años, 1 mes y 15 días de servicios prestados. Es decir, que se hizo beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 *eiusdem*, al haber consolidado el requisito de la edad exigido para ello.

Asimismo, quedó demostrado que la demandada estuvo afiliada a la extinta Cajanal, desde el 1.º de junio de 1988 hasta el 31 de diciembre de 1998. Y que desde el 1.º de enero de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, momento a partir del cual inició sus cotizaciones a pensión en la administradora de fondos pensionales Porvenir S.A., hasta el 30 de agosto de 2000.

Pues fue precisamente desde el 1.º de septiembre de 2000 que retornó al RPMPD con cotizaciones a Cajanal, ello hasta el 31 de julio de 2009. Y a partir del 1.º de agosto de 2009 inició su afiliación para aportes al ISS (hoy Colpensiones) hasta el 15 de marzo de 2011.

En este punto, resulta pertinente aclarar que, al margen de que el literal e) del artículo 13<sup>27</sup> de la Ley 100 de 1993 hubiere previsto que los afiliados al Sistema

<sup>27</sup> ARTÍCULO 12. RÉGIMENES DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber: [...]

General de Pensiones únicamente podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco años, situación que fue obviada tanto por la señora Pedraza de Roa como por Cajanal al momento en que esta optó por regresar en el año 2000 al régimen de prima media con prestación definida, pues tan solo contaba con 1 año y 7 meses en dicho régimen, lo cierto es que de los elementos probatorios aportados es diáfano que la servidora fue aceptada por parte de mentado ente de previsión, comoquiera que su empleador desde el 1.º de septiembre de dicha anualidad efectuó sus aportes a pensión en esta administradora de fondos; lo cual, en todo caso, no fue controvertido por las partes.

Aunado el hecho de la imposibilidad de notificar a la parte pasiva del litigio de la demanda que se interpuso en su contra, lo cual no permitió que allegara los medios de prueba pertinentes para defender sus intereses, o controvertir los pedimentos de la demanda basados en hechos ciertos y concretos como solamente aquella pudiera haberlo hecho.

En este punto, y conforme quedó ilustrado en la relación probatoria que antecede, se evidencia que en el *dossier* obra el formulario de afiliación al RAIS suscrito por la demandada el 28 de octubre de 1998, a través del cual Porvenir S.A. procuró demostrar la afiliación libre y voluntaria, acompañada de la presunta asesoría brindada a la señora Pedraza de Roa al momento de incorporarse a la referida administradora de pensiones.

No obstante, no existe constancia, ni se allegó prueba adicional al simple formulario, de que la AFP hubiese suministrado a la usuaria la información clara y precisa sobre las características, condiciones consecuencias y riesgos del cambio de régimen, a pesar de que esa carga le correspondía a la entidad, sobre todo en lo que atañe a la pérdida del régimen de transición del que era beneficiaria, dado que contaba con al menos el requisito de edad exigido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para aducir que tenía una expectativa legítima.

Además, conforme se indicó en la relación probatoria que antecede, la entidad demandante, quien pretende la nulidad del acto de reconocimiento de la pensión, mucho menos allegó prueba alguna sobre la eficacia del traslado; ausencia probatoria ante la cual el *a quo* en uso de sus facultades probatorias, tuvo que requerir a la AFP Porvenir para que probara todo lo concerniente al cambio de régimen de la demandante, sin embargo, el referido ente de previsión tan solo se limitó a responder a través de un escrito que «[...] aclaramos que la vinculación de la señora Blanca Mery Pedraza de Roa al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Porvenir S.A., se realizó de manera libre y voluntaria, en los términos establecidos en el literal b. del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797, mediante el formulario diligenciado. [...]», bajo el estimado de que sus asesores comerciales se encontraban capacitados para brindar la información y acompañamiento necesario a los usuarios que optaran por dicho cambio.

Lo cual, en todo caso, permite evidenciar la carencia de elementos probatorios que requieren los casos de este carácter a fin de comprobar la validez del traslado de regímenes de quienes hubieren optado por el RAIS al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues se reitera, aquellos sujetos se encontraban en una situación susceptible en la que podrían perder los beneficios

---

e. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; [...]».

de la transición prevista en el artículo 36 *ejusdem*, a fin de obtener su pensión de jubilación bajo prerrogativas excepcionales y más favorables a sus intereses.

Por lo que la UGPP no podía restar trascendencia a esta carga de prueba si lo que pretendía era demostrar la suficiente y buena asesoría brindada al afiliado, quien aún bajo estas circunstancias negativas que acarrearban su traslado, hubiere optado por realizarlo, y de esta manera brindar el convencimiento al juez de que la demandada no tenía derecho a que su prestación pensional fuere otorgada bajo disposiciones especiales, como se efectuó en sede administrativa.

En tal sentido, vale precisar que, las llamadas «expectativas legítimas» se refieren a aquellas situaciones en las que la persona en el instante del cambio normativo no ha adquirido el derecho de manera definitiva; empero, está cerca de cumplir todos los requisitos para lograrlo.<sup>28</sup>

En estos casos, lo que generalmente se realiza por el legislador es fijar un régimen de transición que, por un lado, permita el cambio regulación y, por el otro, se proteja la expectativa válida que tiene la persona de adquirir pronto su derecho, se trata entonces de señalar «[...] la necesaria previsión de los efectos de ese tránsito respecto de situaciones jurídicas concretas que, aunque no estén consolidadas ni hayan generado derechos adquiridos, sí han determinado cierta expectativa válida, respecto de la permanencia de la regulación».<sup>29</sup>

Bajo el anterior preludio, resulta insostenible el argumento de que la demandada firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación para trasladarse al RAIS, y que, como consecuencia de ello, hubiere perdido los beneficios de la transición y la posibilidad de pensionarse bajo las prerrogativas especiales previstas en el Decreto 546 de 1971 para los funcionarios de la Rama Judicial, pues conforme se ha explicado en precedencia, la libertad supone el conocimiento pleno de los alcances positivos y negativos que una decisión traiga consigo en su adopción, cuya carga demostrativa, se insiste, le correspondía a la entidad de previsión a fin de evidenciar que dicha información fue expuesta a la interesada.

Esto precisamente obedece a la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, pues mal se haría al plantear en estos casos que la mera suscripción del acto jurídico de afiliación era suficiente para materializar el traslado, toda vez que, cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz cuando existe un consentimiento informado, y sobre todo en materia de seguridad social que no se puede ignorar la trascendencia de los derechos pensionales.

Pues tales condiciones fácticas cobran relevancia justamente cuando se pretende esclarecer, en caso de controversia, si el cambio de régimen pensional cumplió los mínimos de transparencia, así como si al momento del afiliado tomar la decisión de trasladarse, contaba con los elementos de juicio suficientes para ello, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición aún le resultaba aplicable o no.

Con base en ello, lo que define que en un asunto se resuelva la declaratoria de nulidad o no del traslado, depende del ejercicio probatorio que hayan hecho las

---

<sup>28</sup> En la sentencia C-789 de 2002 la Corte Constitucional preceptuó lo siguiente: «La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, **por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo**» (Resalta la Sala).

<sup>29</sup> Sentencia C-314 de 2004.



partes, especialmente la administradora de fondos de pensiones, dentro del proceso a fin de determinar si la persona estaba o no debidamente informada. Por ende, es dable concluir que, aun cuando no haya certeza de si el afiliado recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen y que contaba con los elementos útiles y consejos profesionales para adoptar su elección.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado el concepto de «actos de relacionamiento» para definirlos como aquellas acciones concretas de los afiliados, las cuales permiten concluir que el usuario desea continuar en dicho régimen. Para lo pertinente, se cita:

«[...] Como puede advertirse, en estas hipótesis se le ha dado un lugar preeminente a la realización de cotizaciones (afiliación tácita) o al cese de ellas (desafiliación tácita) como un claro reflejo de la intención del trabajador, más allá de la existencia del acto formal del diligenciamiento y entrega del formulario de vinculación o reporte de retiro.

Por esta misma razón, en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito *ad substantiam actus* de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.

Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, **la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado. [...]**<sup>30</sup>. (Negritillas por fuera del texto).

De esta manera, tales actuaciones descritas conjeturan cierto conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios y desventajas y su modo de operar, lo cual permite suponer que tiene la intención de continuar en él, aún con la posibilidad eventual de retornar al RPMPD administrado por Colpensiones.

Lo cual comprobado en el caso bajo estudio tampoco se demostró, pues la Sala no evidencia en el plenario algún medio de convicción tendiente a demostrar dicha correspondencia informativa distinto al formulario de afiliación suscrito entre la demandada y la AFP Porvenir, el cual, según se ha indicado en líneas atrás, no constituye una prueba inexorable a fin de determinar la debida asesoría y buen consejo de la entidad con respecto a la señora Pedraza de Roa, por lo que es plausible concluir que la entidad administradora de pensiones a la cual se trasladó la demandada:

i) incumplió con su deber de información en cuanto a explicar las ventajas y desventajas de ambos regímenes y en especial el de ahorro individual con solidaridad.

---

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 21 de febrero de 2018, radicación: 52704.

ii) en conexión con lo anterior, desconoció el deber del buen consejo, porque no se observó que ilustrara sobre cuál era el beneficio o ventaja que le reportaba para la demandante el traslado de régimen a pesar de que ya tenía la edad para ser cobijada por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

iii) por el contrario, se avizoró el retracto de la afiliada al retornar en cuestión de meses al régimen de prima media con prestación definida y cotizar de nuevo a Cajanal, lo cual comporta su voluntad de no haber tomado la decisión correcta sobre su afiliación al fondo privado.

ii) no permitió el ejercicio del principio de libertad de escogencia informada del que gozaba la señora Pedraza de Roa, a pesar de la grave consecuencia que era evidente le generaba de perder el régimen de transición porque solo tenía 9 años cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero con una expectativa legítima de ser beneficiaria de este al contar con la edad requerida.

iii) al invertirse la carga de la prueba, se limitó a allegar un formulario suscrito por esta última bajo la premisa errada de que es prueba suficiente de un consentimiento libre e informado de la usuaria. A pesar del requerimiento de oficio del a quo, en el cual ordenó se allegara por la ARP todos los documentos relativos a dicho traslado.

iv) la capacitación de sus empleados a la que alude la ARP Porvenir no tiene la virtualidad de suplir los detallados cálculos y efectos jurídicos que debió proyectar a la demandada para su situación pensional particular.

v) puso en riesgo el derecho pensional de la señora Pedraza de Roa bajo la sola suscripción de un formulario, desprovisto de las demás pruebas que debió acompañar en su momento y en el proceso judicial, sobre los elementos de juicio y aritméticos que debió tener en cuenta la afiliada para trasladarse.

La suma de los argumentos expuestos, generan la desprotección del derecho a la seguridad social de raigambre fundamental cuya garantía está colmada desde instrumentos internacionales, a nivel constitucional y en el ordenamiento legal interno; tanto por parte de la Administradora Privada de Pensiones Porvenir al dar paso al traslado de régimen, carente de prueba de su validez, como de la entidad aquí demandante al deprecar la nulidad del derecho pensional reconocido sin mediar actuación y análisis en procura de la materialización del referido derecho a favor de la demandada, bajo el argumento de una pérdida del beneficio del régimen de transición pero desprovisto de lo ocurrido al trasladarse.

Por consiguiente, resulta procedente declarar la ineficacia o invalidez del traslado de la demandada al régimen de ahorro individual con solidaridad, determinación que implica la ficción jurídica de que aquella siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida y, en consecuencia, no perdió los beneficios del régimen de transición.

### **De la pensión de jubilación reconocida por la UGPP en aplicación del Decreto 546 de 1971, adquirida en virtud del régimen de transición**

Ahora, se tiene probado que la extinta Cajanal (hoy UGPP) expidió la Resolución UGM 034052 del 20 de febrero de 2012, por medio de la cual ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a la señora Blanca Mery Pedraza de Roa, en aplicación del Decreto 546 de 1971, esto es, en una cuantía del 75% sobre el ingreso base de liquidación conformado por la asignación

mensual más elevada devengada durante su último año de servicio. Lo anterior, al considerar que la trabajadora se había hecho beneficiaria de la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, específicamente en la aplicación del Decreto 546 de 1971, la Sección Segunda del Consejo de Estado expidió la Sentencia de Unificación CE-SUJ-S2-021-20<sup>31</sup>, en la cual señaló:

«[...] 3.7. Conclusiones para sentar las reglas de unificación

El sistema de seguridad social integral en su componente pensional consagra un régimen de transición, con el fin de mantener el equilibrio entre las modificaciones a las que se vea sometido y el amparo de los derechos adquiridos y las expectativas legítimas de quienes para la fecha en la cual inició la vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1.º de abril de 1994 en el ámbito nacional o el 30 de junio de 1995 en el orden territorial, tenían cumplidos 35 o más años de edad en el caso de las mujeres, 40 o más años de edad en el de los hombres, o 15 o más años de servicios cotizados. Es la edad o el tiempo de servicios, no ambos.

Por tanto, si la mujer tenía cumplidos 35 años de edad, el hombre 40 años de edad, o la mujer y el hombre habían laborado durante 15 años, para el 1.º de abril de 1994 o para el 30 de junio de 1995, cuando entró a regir la Ley 100 de 1993 a nivel nacional o territorial respectivamente, adquieren el derecho a obtener el reconocimiento de la pensión al amparo del régimen anterior bajo el cual trabajaron o cotizaron, que para el caso de los que fueron funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público corresponde al consagrado en el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971.

[...]

113. En esos términos, si bien es cierto que la situación pensional de la señora Nubia González Cerón no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, también lo es que no se rige por el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en razón a que, al amparo del régimen de transición determinado por el artículo 36 de la Ley 100 ibidem, tiene derecho a disfrutar de una pensión de conformidad con el régimen al cual se encontraba afiliada al 1º de abril de 1994, esto es, el régimen especial que para los servidores públicos de la Rama Judicial y del Ministerio Público contempla el Decreto 546 de 1971. [...]». (Subrayas intencionales).

En este sentido, aquellos trabajadores que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, hubieren acreditado el cumplimiento del requisito de la edad o tiempo de servicios, podría decirse que contaban con una expectativa legítima de acceder a la pensión de jubilación conforme a los requisitos señalados en la norma anterior (Decreto 546 de 1971), pues se insiste, estos fueron modificados al entrar a regir el Régimen General de Seguridad Social.

Como en efecto sucedió en el *sub-lite*, pues se recuerda que al 1.º de abril de 1994 la señora Blanca Mery Pedraza de Roa contaba con 39 años de edad, es decir, superó la exigencia de los 35 años de edad en el caso de las mujeres prevista por el legislador para hacerse beneficiaria de la referida transición.

Asimismo, quedó demostrado que la demandada estuvo vinculada al servicio de la Rama Judicial, en el empleo de escribiente del Juzgado Quinto Penal Municipal de Función de Garantías de Bucaramanga, durante un periodo de 22 años, 9 meses y 14 días, comprendido entre el 1.º de junio de 1988 al 15 de marzo de 2011.

---

<sup>31</sup> Sentencia del 11 de junio de 2020.

Por lo que es diáfano que aquella se ajustó a lo trazado por el artículo 6.º del Decreto 546 *ejusdem*<sup>32</sup>, en cuanto acreditó haber laborado por más de 20 años de servicios continuos posteriores a la entrada en vigencia de la mentada disposición, como de igual forma excedió el mínimo de 10 años de labor exclusivos en la Rama Judicial. Aunado el hecho que los 50 años de edad los cumplió en el año 2005.

### **Sobre los principios de la confianza legítima y favorabilidad en materia laboral**

En lo referente a este principio, resulta pertinente remitirnos al artículo 83 superior, el cual expresamente señaló:

«ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.»

Por ello, podría decirse que el principio de la confianza legítima se deriva de esta previsión constitucional, al partir su naturaleza de la presunción de la buena fe que permea el actuar de los particulares y las autoridades públicas del territorio nacional. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación 360 de 1999, lo definió en los siguientes términos:

*«[...] Este principio se define como el deber que permea el derecho administrativo, el cual, si bien se deriva directamente de los principios de seguridad jurídica, de respeto al acto propio y buena fe, adquiere una identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado. Es por ello que la confianza en la administración no sólo es éticamente deseable sino jurídicamente exigible.*

*Este principio se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse. Lo anterior no significa que las autoridades están impedidas para adoptar modificaciones normativas o cambios políticos para desarrollar planes y programas que consideran convenientes para la sociedad. [...]*». (Cursiva del texto original, subrayas de la Sala).

Posteriormente, en la sentencia de constitucionalidad C-131 de 2004, este fue identificado como un principio de rango constitucional aplicable en la resolución de casos en los que se involucran derechos fundamentales, así:

*«[...] En esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares,*

---

<sup>32</sup> «ARTÍCULO 6º. Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas».

surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario. Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas.  
[...]

Con apoyo en estos avances del derecho comparado, esta Corporación consideró, en un caso de una acción de tutela instaurada por un nutrido grupo de vendedores ambulantes, que la confianza legítima constituía una medida de protección para los ciudadanos, que se originaba cuando *“de un acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus destinatarios un sacrificio patrimonial que merece un calificativo especial, en comparación del que pueda derivarse para el resto de la colectividad”*. No se trata, en palabras de la Corte, de una forma de indemnización, donación, reparación o resarcimiento de los afectados, ni tampoco de un desconocimiento del principio del interés general. [...]». (Cursiva conforme a la transcripción).

En línea con lo anterior, el alto tribunal constitucional en la sentencia T-210 de 2010, definió de forma más clara este principio, como la obligación que tiene el Estado de no cambiar posturas sobre un tema o alguna situación de forma repentina o abrupta, en la medida que se llegare a afectar su relación con los particulares, y eventualmente sus derechos fundamentales. Para lo pertinente, se cita a continuación:

«[...] **3.2.5.2. Principio de confianza legítima.**

21. En abundante jurisprudencia, la Corte Constitucional ha aplicado el principio de confianza legítima que ha sido definido por esta Corporación como:

“un corolario de la buena fe [que] consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un periodo de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la Administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático.

Por lo tanto, se trata de un concepto que se deriva de los principios de la buena fe-y de la seguridad jurídica y que se erige como un límite a la actuación de la Administración. Así, cuando, debido a hechos objetivos de las autoridades se le genera al particular “la convicción de estabilidad en el estado de cosas anterior y la convicción de que su actuar tiene una imagen de aparente legalidad, estas no pueden crear cambios sorpresivos que afecten al particular y, en esta medida, deben ofrecerle tiempo y medios para que se pueda ajustar a la nueva situación.”  
[...]

La Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 1.º de septiembre de 2016<sup>33</sup>, se pronunció respecto del principio así:

«[...] Ahora, enfocando nuestro juicio a la confianza legítima en las relaciones del Estado con los particulares, encontramos que en gracia de éste principio de confianza y su relación con el principio de legalidad, han surgido mecanismos

---

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1.º de septiembre de 2016, radicación: 44001-23-33-000-2013-00059-01 (4876-2014), demandante: UGPP.

dentro del derecho administrativo Colombiano para morigerar el aire de cambio legal y Jurisprudencial, otorgando garantías ciudadanas de acople a la nueva situación, un claro ejemplo de ello se refleja en el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia contenido en el artículo 10 de la Ley 1437 del año 2011.

Sobre la confianza legítima en las relaciones ciudadano-estado, podemos afirmar que la aplicación más común dentro del Derecho Administrativo, es la prohibición en cabeza del Estado de alterar de manera súbita sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue la posibilidad de un periodo de transición para que ajusten su comportamiento a la nueva situación jurídica<sup>34</sup>.

De manera que no existe prohibición expresa o disposición que obligue a la administración a mantener las circunstancias, con un statu quo petrificado o inmutable, como si existe la obligación de proveer a los asociados de los medios y los plazos suficientes para adaptar su vida al cambio en las condiciones<sup>35</sup>.

Aterrizando al caso concreto, encontramos que los mecanismos judiciales de control de legalidad de los actos administrativos, como el recurso de lesividad, son una autentica invitación a las partes interesadas al examen reflexivo y probatorio de los efectos lesivos de la anulación, y proponen a las partes y al juez un análisis, sustancial y procesal complejo de los derechos subjetivos en disputa. [...]».

Es así como se concluye que la confianza legítima es un principio que directa o indirectamente está en cabeza de todos los administrados, lo cual obliga al Estado a procurar su garantía y protección. Consiste en que la Administración no puede repentinamente cambiar unas condiciones que permitían a los administrados actuar de cierta forma, sin que se otorgue un período de transición o una solución para los problemas derivados de su acción u omisión. Es relevante tener en cuenta, que:

(i) no libera a la Administración del deber de enderezar sus actos u omisiones irregulares, sino que le impone la obligación de hacerlo de manera tal que no se atropellen los derechos fundamentales; (ii) no se trata de un derecho absoluto y por tanto su ponderación debe efectuarse bajo el criterio de proporcionalidad; (iii) no puede estar enfocado a obtener el pago de indemnización, resarcimiento, reparación o donación y; (iv) no recae sobre derechos adquiridos, sino sobre situaciones jurídicas susceptibles de modificación.<sup>36</sup>

A esta afirmación se arriba, porque si bien es cierto que el Estado debe, en cumplimiento de este principio, tomar las medidas pertinentes para no afectar los derechos fundamentales de los administrados, también lo es, que al juez le corresponde analizar cada caso en particular con el fin de determinar si el actuar de la Administración busca preservar la Constitución y la ley, pues es en virtud del respeto de este principio, que los particulares confían en las instituciones gubernamentales, y aunado a ello, no es admisible que se perpetúe una prestación reconocida a un particular de forma ilegal, pues se podrían vulnerar algunos derechos fundamentales de otros ciudadanos.

Bajo esta línea de intelección y de cara al caso de marras, la Subsección estima que, en razón del principio de confianza legítima, la señora Blanca Mery Pedraza de Roa ha tenido la certeza, al menos desde el momento de expedición del acto administrativo que otorgó el beneficio pensional (20 de febrero de 2012), de

---

<sup>34</sup> Ver: Sentencia C-131 de 2004

<sup>35</sup> Sentencia SU 360- de 1999

<sup>36</sup> Sentencia T-472 de 2009.

percibir de manera legítima el derecho económico que fue reconocido por la UGPP por haber consolidado su estatus pensional en observancia del régimen especial previsto para los empleados de la Rama Judicial y el Ministerio Público; esto además, porque según quedó demostrado, la demandada acreditó de manera fehaciente haberse hecho beneficiaria del régimen transitorio consagrado en la Ley 100 de 1993, lo cual la avalaba para reclamar el derecho bajo las previsiones pensionales excepcionales en la materia.

Aunado ello, se clarifica que la obediencia de este principio no se agota en la situación antes descrita, pues de conformidad con lo señalado en precedencia, es claro que el traslado de régimen efectuado por la demandada carece de validez, bajo el entendido que la entidad libelista y el fondo privado de pensiones, no lograron certificar con los elementos probatorios aportados que, en efecto, la AFP Porvenir le hubiere brindado la correcta asesoría y acompañamiento legal a la afiliada de las posibles consecuencias tanto negativas como positivas que acarrearía su decisión.

Lo anterior se fundamenta justamente para este tipo de asuntos en que, cuando lo que se discute es el traslado de regímenes que conlleve consigo la pérdida de la transición, al juez no solo le incumbe determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicios a la entrada en vigencia del SGSSP, sino que será menester determinar, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social y a las reglas de libertad de escogencia del sistema; aspectos los cuales estarán sujetos a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado en todas sus dimensiones legales.

En tal sentido, es como nos referimos a la confianza legítima respecto a la expectativa favorable que la Administración ha creado en favor de la demandada, por lo que esta tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la misma. Pues como en efecto lo consideró el *a quo*, a la señora Pedraza de Roa se le brindó el convencimiento de que la devolución al RPMPD se efectuó satisfactoriamente, donde realizó sus cotizaciones al menos hasta el año 2011, bajo el entendimiento de que podía pensionarse conforme las prerrogativas propias del sistema.

Aspecto el cual, en todo caso, le correspondía a la administradora de fondos pensionales desacreditar con el aporte de los medios de convicción que permitieran colegir que la afiliada de manera voluntaria y libre hubiere optado por el traslado de régimen, aún en conocimiento de los resultados adversos que pudieren suscitarse respecto a sus intereses.

En efecto, es evidente que un afiliado con las características de la demandada tiene mayores beneficios al permanecer en el RPMPD, en cuanto conserva su transición, que al trasladarse al RAIS (administrado por los fondos privados), máxime que, en este caso, la trabajadora ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media.

Lo anterior situación descrita a su vez se acompasa con el principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53<sup>37</sup> de la Constitución

---

<sup>37</sup> Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos

Política y en el artículo 21<sup>38</sup> del Código Sustantivo del Trabajo, el cual consiste en la obligación de todo servidor público de optar por la situación más favorable al empleado, en caso de duda en la aplicación e interpretación jurídica.<sup>39</sup>

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-545 del 28 de mayo de 2004, definió el mencionado principio de la siguiente manera:

«[...] en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención colectiva) debe preferirse aquella interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia a la disposición pertinente del artículo 53 de la Constitución. [...]».

De igual manera, esta Subsección<sup>40</sup> se ha pronunciado en el siguiente sentido respecto a la finalidad de este principio en materia pensional, así:

«[...] cuando al momento de causarse algún derecho se está en presencia de dos o más disposiciones jurídicas que proveen una solución al caso, en virtud del citado principio, se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso.

Asimismo, en materia pensional se debe confrontar el Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993 con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de dicha ley existían para establecer cuál resulta más favorable a determinado servidor, ello en aplicación del artículo 288 de la Ley 100 de 1993. [...]».

De acuerdo con lo expuesto, y en gracia de discusión, se concluye que ante la existencia de dos posibles regímenes tendientes a definir el derecho pensional de la señora Blanca Mery Pedraza de Roa (Decreto 546 de 1971 y Ley 100 de 1993), en virtud del principio de favorabilidad, ha de aplicarse la norma que le reporte una situación más beneficiosa a la trabajadora.

Además, tal situación interpretativa guarda sustento probatorio en virtud de los fundamentos fácticos del *sub examine*, por cuanto se evidenció que, al haberse hecho la demandada beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y al comprobarse la ineficacia del traslado de regímenes pensionales del RPMPD al RAIS, por lo que mantuvo las prerrogativas transitorias, es diáfano que a aquella le asistía el derecho de que su pensión de jubilación fuere liquidada conforme a las disposiciones normativas contenidas en el régimen especial para los servidores de la Rama Judicial, esto es, en el

---

en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

<sup>38</sup> Artículo 21. Normas más favorables. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.

<sup>39</sup> Corte Constitucional, sentencia T-559 de 2011.

<sup>40</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 18 de noviembre de 2020, radicación: 76001-23-33-000-2015-00307-01(3713-16), demandante: Alexander Ramírez Monsalve.



Decreto 546 de 1971. Lo cual, en todo caso, se ajusta al principio de favorabilidad en materia laboral, según se expuso en precedencia.

Conforme las particularidades del caso expuestas *ut supra*, es dable colegir que el *a quo* no incurrió en ningún desacierto interpretativo al momento de denegar las pretensiones de la demanda que instaban la revocatoria de la pensión de jubilación reconocida por la UGPP en favor de la demandada, pues el acto administrativo sometido a control de legalidad, mediante el cual se otorgó el derecho económico a la señora Pedraza de Roa, se sujetó a las previsiones normativas de la materia, esto es, tanto a las disposiciones de carácter constitucional como a aquellas jerárquicamente inferiores a esta, por lo que no se controvierte que dicha decisión administrativa seguirá produciendo efectos jurídicos hacia el futuro.

**En conclusión:** a la señora Blanca Mery Pedraza de Roa sí le asiste el derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación en aplicación del Decreto 546 de 1971, toda vez que, el proceso del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad adoleció de ineficacia, por cuanto no se demostró que a la afiliada se le hubiere brindado la correcta asesoría y buen consejo respecto a las consecuencias del cambio de sistema, como mucho menos de la posible pérdida del régimen de transición que acaecía con su decisión.

Por lo anterior, se hace palmaria la sujeción de legalidad de la Resolución UGM 34052 del 20 de febrero de 2012, por medio de la cual la entidad demandante ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a la señora Blanca Mery Pedraza de Roa. Por ello, es necesario confirmar el fallo apelado en punto a la denegación de las pretensiones de la parte activa.

### **Decisión de segunda instancia**

Por las razones que anteceden, se impone confirmar la sentencia impugnada en cuanto denegó las pretensiones de la demanda, habida cuenta que no prosperan los argumentos del recurso de apelación formulado por la entidad demandante.

### **De la condena en costas**

En cuanto a la condena en costas en la presente instancia, la Subsección resalta que el presente asunto se promovió en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de «lesividad» con el fin de obtener la nulidad del acto administrativo a través del cual se ordenó el reconocimiento de una pensión de jubilación.

En ese sentido conforme al artículo 188 del CPACA<sup>41</sup>, no es procedente la condena en costas, toda vez que en este tipo de eventos en que se discute un bien jurídico público, como lo es el patrimonio estatal, no es posible afirmar que el titular de la prestación sea la parte vencida en el litigio.

---

<sup>41</sup> «ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.» (subraya fuera del texto original)

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,**

### **FALLA**

**Primero:** Confirmar la sentencia del 21 de noviembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que denegó las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauró la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social contra la señora Blanca Mery Pedraza de Roa.

**Segundo:** Sin condena en costas de segunda instancia.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en la plataforma "SAMAI".

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

Firmado electrónicamente

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

Firmado electrónicamente

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Firmado electrónicamente

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

