

Cartagena de Indias D. T y C., primero (01) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-011-2016-00126-01
Demandante	COLPENSIONES
Demandado	LUZ ZORAIDA MACÍAS DE FURNIELES.
Tema	<i>Revoca - Se niegan las pretensiones - Colpensiones no demostró la eficacia del traslado que diera lugar a la pérdida del beneficio del régimen de transición, en tanto que no allegó pruebas de haber suministrado información clara, completa, responsable y suficiente sobre las consecuencias adversas del traspaso a la demandada – Principio de libertad de escogencia del régimen - Ineficacia del traslado.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada¹ contra la sentencia del diecinueve (19) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)², proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA³.

3.1.1. Pretensiones⁴.

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte accionante, elevó las siguientes pretensiones:

- 1- Que se declare la nulidad de la Resolución No. GNR 52418 del 04 de abril de 2013, mediante la cual Colpensiones reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez en favor de la señora Macías de Furnieles.
- 2- Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento, se ordene la devolución de los valores pagados por concepto de pensión de vejez a la demandada, desde la fecha de inclusión en nómina hasta que se ordene la suspensión provisional del acto enjuiciado o su nulidad.

¹ Fols. 42– 45 doc. 10 exp. Dig.

² Fols. 6-15 doc. 09 archivo 07 y fols. 27-41 doc. 10 exp. Dig.

³ Fols. 6-15 doc. 09 exp. Dig.

⁴ Fols. 6-7 doc. 09 exp. Dig.

13001-33-33-011-2016-00126-01

- 3- Que se ordene a la EPS Saludcoop que reintegre en favor de Colpensiones, el valor girado por concepto de salud en favor de la demanda, desde la fecha de inclusión en nómina hasta que se ordene la suspensión provisional del acto enjuiciado o su nulidad.
- 4- Que las sumas reconocer se paguen en forma indexada junto con los intereses a los que haya lugar.

3.1.2 Hechos⁵.

La entidad demandante relató que, reconoció en favor de la señora Luz Zoraida Macías de Furnieles pensión de vejez como beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mediante Resolución No. 52418 del 04 de abril de 2013, aplicando la Ley 71 de 1988, en cuantía de \$589.500,00 y con efectividad a partir del 01 de abril de 2013.

La decisión anterior, se notificó el 7 de abril de 2013, habiéndose presentado solicitud sin manifestar el trámite que pretendía realizar, el 15 de marzo de 2013, por lo que Colpensiones lo tramitó como recurso de reposición contra el acto expedido. En consecuencia, se emitió Resolución No. GNR 194249 del 30 de mayo de 2014, notificada el 13 de agosto del mismo año, por la cual se solicitó consentimiento escrito a la demanda para revocar la resolución de reconocimiento pensional, argumentando que al efectuar el estudio no se tuvo en cuenta el traslado de régimen pensional de la señora del RPM al RAIS el 07 de mayo de 1996, habiendo retornado al RPM el 01 de enero de 2000, sin que lograra conservar el régimen de transición, en tanto que para dicho efecto debía contar para la entrada en vigencia de la Ley 100/93 con 15 años de servicio o 750 semanas cotizadas, lo cual en el presente caso, no se acreditaba, pues solo contaba con 307 semanas cotizadas entre el 01 de diciembre de 1972 al 01 de abril de 1994, por ende, perdió la calidad de beneficiaria.

Expuso que, con posterioridad, el día 13 de abril de 2015 la parte accionada solicitó la reliquidación de la pensión de vejez, teniendo en cuenta todos los factores salariales certificados, ante lo cual Colpensiones, expidió Resolución No. GNR 325610 del 21 de octubre de 2015, resolviendo negar lo pedido y ordenó el reintegro del valor de \$1.054.812, pagado por concepto de pensión de vejez durante el periodo comprendido entre abril al 01 de junio de 2013.

3.2 CONTESTACIÓN⁶.

La señora Macías de Furnieles, reconoció los hechos relacionados con el reconocimiento pensional, su notificación, la presentación de solicitudes de su reliquidación y su negativa; a excepción de la presentación del recurso de reposición contra la resolución demandada, que dio lugar a la Resolución No.

⁵ Fols. 7-8 doc. 09 exp. Dig.

⁶ Fols. 4-12 doc. 10 exp. Dig.

13001-33-33-011-2016-00126-01

194249 del 30 de mayo de 2014, pues realmente, constituyó una solicitud de reliquidación, en atención a que percibía mejor salario mientras se desempeñaba como trabajadora, en tanto le fue reconocido un smlmv. Por otro lado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Sostuvo que, solicitó el reconocimiento pensional por ser beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad, pues a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con 42 años, siendo esta condición, suficiente para el reconocimiento pensional; en razón a ello, fue expedida la Resolución No. 052418 del 04 de abril de 2013 y se incluyó el pago de la pensión en nómina del mes de abril de 2013, circunstancia que provocó su retiro del servicio prestado a la Alcaldía de Magangué, en forma definitiva.

Adujo que conforme a la sentencia T-347 de 2008, es sujeto de especial protección en razón de su edad, y su situación laboral pues como desempleada requiere de un ingreso para subsistir al encontrarse en estado de indefensión social, además, actualmente cuenta con 66 años de edad y en razón a ello, le resulta imposible conseguir un empleo que le permita subsistir dignamente. Así, al serle revocada la pensión, el efecto sería volver las cosas a su estado anterior, circunstancia que implica su reintegro, no obstante, se encuentra inmersa en la causal de retiro forzoso, por ende, su empleador se opondría a dicho reintegro, invocando de buena fe la decisión tomada en el Decreto 0227 de 2013, por habersele reconocido previamente pensión de vejez, motivo por el cual, no sería garantizado su mínimo vital.

Adicionalmente, Colpensiones pretende utilizar a su favor su propia culpa, bajo el argumento de que no se reúnen los requisitos para mantener la pensión, faltando con ello al principio de buena fe, pues olvida que con su actuar equívoco y negligente ocasionó la terminación de la relación laboral sostenida con el Municipio de Magangué, sin advertir debidamente el lleno de los requisitos para acceder a la pensión, y ser quien tiene acceso a la información acerca de los aportes. Por lo tanto, no puede alegar su error y pretender con ello causar semejante detrimento en el ingreso percibido por la demandada.

Entonces, a su juicio, de ser cierto que hubo una violación a los principios de eficiencia y solidaridad, fue por parte de Colpensiones, pues no cumplió su labor de vigilar con sigilo el cumplimiento de los requisitos para acceder a pensión y ahora pretende arrebatárle la pensión a una persona de la tercera edad que siempre actuó de buena fe y se encontraba trabajando cuando le fue concedida la prestación pensional.

Finalmente, indicó que resulta necesario vincular al proceso a la Alcaldía Municipal de Magangué teniendo en cuenta que el reconocimiento pensional fue la causa del retiro definitivo del servicio, pues si Colpensiones no fuera reconocer la pensión sin el lleno de los requisitos, seguramente la

13001-33-33-011-2016-00126-01

accionada hoy estuviera activa laborando con la alcaldía y contaría con por lo menos 1300 semanas cotizadas, las cuales resultarían suficientes para el reconocimiento pleno del derecho a la luz de la Ley 797 de 2003, sin embargo en razón del retiro, quedó solo con 1127 semanas cotizadas hasta febrero de 2013.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷.

Por medio de providencia del 19 de noviembre de 2018, el Juzgado Décimo Primero Administrativo de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Encontró que, al 01 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la demandada contaba con 42 años de edad y 5 años, 10 meses y 18 días de servicios cotizados. Por tal motivo, en principio, la señora Macías de Furnieles, era beneficiaria del régimen de transición en razón de la edad, por contar con más de 35 años a la entrada en vigencia de la referida Ley. No obstante, la entidad demandante adujo que, en virtud de cambio de régimen pensional, la accionada perdió el beneficio del régimen de transición, situación que, si bien no fue demostrada mediante una prueba documental, tampoco fue refutado por la demandada en su contestación y por el contrario, reconoció que funcionarios del ISS realizaron su traspaso al RPM.

Recordó que conforme a los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100/93 el régimen de transición no resultaría aplicable a quienes voluntariamente se acogieran al RAIS, o a quienes habiendo escogido este último régimen, decidieran cambiarse con posterioridad al RPM, a excepción de aquellos que tenían 15 años o más de servicios para el momento de entrada en vigencia de la mentada normatividad, conforme al artículo 151 ibidem y la exequibilidad condicionada otorgada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-789 de 2002.

Como quiera que, dentro del asunto, la señora Macías de Furnieles reconoció el cambio de régimen, y al 01 de abril de 1994 solo contaba con 5 años, 10 meses y 18 días, por debajo del periodo de 15 años exigidos por la ley, concluyó que había lugar a declarar la nulidad de la Resolución No. GNR 52418 del 04 de abril de 2013.

En cuanto a la devolución de los valores pagados por concepto de pensión y aportes en salud realizados a la EPS Saludcoop, fueron despachadas desfavorablemente, pues no se desvirtuó la buena fe de la demandada, como lo exigió el H. Consejo de Estado, mediante sentencia 00058 del 31 de enero de 2018.

⁷ Fols. 6-15 Doc. 09 archivo 07 y 27-41 doc. 02 exp. Dig.

13001-33-33-011-2016-00126-01

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁸.

La parte accionante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, argumentando que, el fallo vulnera el derecho a la seguridad social consagrado en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, dentro del cual se halla el derecho pensional. Dicho derecho, goza de especial protección por su naturaleza fundamental e irrenunciable y constituye, además, un servicio público a cargo del Estado, sustentado en los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Explicó que, ganó un concurso en la Gobernación de Bolívar para trabajar en la Alcaldía de Magangué en servicios generales del Colegio Manuel Atencio Ordoñez, desde el mes de mayo de 1996, y cotizó inicialmente sus aportes al ISS. Desempeñaba su labor de manera normal hasta que una comisión viajó de Magangué a Cartagena y proceden a hacer el traslado del fondo en el cual estaba a Colpensiones, sin informar cuales eran las consecuencias de dicho traspaso. Cuando contaba con 1142 semanas cotizadas, le informan los documentos que debe radicar para acceder a pensión, y al mes le comunican que no puede seguir trabajando en la entidad territorial, porque le ha sido reconocida la pensión, por ende, fue retirada del servicio.

Sostuvo que, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se crean dos regímenes pensionales distintos, y los recién creados fondos privados de pensiones, convencían a los trabajadores para que se trasladaran del RPM al RAIS, sin explicar a los potenciales cotizadores las consecuencias de tales traslados, incumpliendo así con su deber de suministrar información cierta, suficiente y oportuna sobre los derechos, obligaciones y costos de pertenecer a dicho régimen.

Añadió que, las administradoras de los aportes en pensión están vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, y en virtud del artículo 23 de la Ley 795 de 2003, Estatuto Orgánico Financiero, las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan información transparente de todas las operaciones que realizan para que estos puedan escoger las mejores opciones del mercado. En ese sentido, la Ley 1328 de 2009 previó la protección del consumidor financiero a través de la transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.

Finalmente, adujo que la accionada actualmente cuenta con 67 años de edad y no recibe ingreso diferente al de su mesada pensional, por cuanto la sentencia apelada la dejaría sin trabajo, sin salario y sin pensión, circunstancias que atentan contra los postulados constitucionales.

⁸ Fols. 42– 45 doc. 10 exp. Dig.

13001-33-33-011-2016-00126-01

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL⁹.

La demanda en comento, fue asignada a este Tribunal, mediante acta individual de reparto del 24 de abril de 2019, siendo admitida por medio de providencia del 12 de junio de 2019, habiéndose corrido traslado para alegar de conclusión, el 19 de septiembre de 2019. Con posterioridad, el 09 de septiembre de 2022¹⁰, se fija fecha de audiencia de reconstrucción de expediente, la cual fue celebrada el 29 del mismo mes y año¹¹, habiendo subido el proceso al Despacho para dictar sentencia, el 07 de octubre de dicha anualidad¹².

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes procesales y el Ministerio Público guardaron silencio.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA. De igual forma, es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del CGP.

5.2 Problema jurídico.

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico que se debe resolver es el siguiente:

La señora Luz Macías de Furnieles, siendo beneficiaria del régimen de transición en razón de la edad, y luego de haberse trasladado del RPM al RAIS, regresa al RPM, pierde los beneficios del régimen de transición, por lo que debe aplicársele en su integridad la Ley 100 de 1993, lo cual da lugar a que se decrete la nulidad del acto administrativo que reconoció su pensión en el RPM, bajo la aplicación de la Ley 71 de 1988.

⁹ Según consulta de procesos en la página oficial de la Rama Judicial.

¹⁰ Doc. 05 exp. Dig.

¹¹ Doc. 11 exp. Dig.

¹² Doc. 16 exp. Dig.

13001-33-33-011-2016-00126-01

Para resolver el problema jurídico anterior, se debe analizar si al momento de realizarse el traslado no le fue brindada información clara y suficiente sobre las consecuencias del traslado, que invaliden los efectos del mismo, lo que implicaría que no habría lugar a decretar la nulidad del acto que reconoció la pensión.

5.3 Tesis de la Sala

La Sala revocará la sentencia apelada, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda, pues si bien la señora Macías de Furnieles, beneficiaria del régimen de transición en razón de la edad, se trasladó del RPM al RAIS, lo que en principio, implicaría la pérdida de dicho régimen, Colpensiones no demostró la eficacia del traslado, en tanto que no probó que se hubiera suministrado información clara, completa, responsable y suficiente sobre las consecuencias adversas del traspaso del RPM al RAIS a la demandada, especialmente en lo relacionado con la pérdida del benéfico de transición, ni le asesoró debidamente al momento de efectuarse el retorno del RAIS al RPM, pese a que aquel le resultaba más beneficioso para adquirir la pensión mínima, por no contar con las semanas mínimas requeridas para pensionarse bajo la aplicación de la Ley 100/93. En consecuencia, desconoció su deber de información, así como el principio de libertad de escogencia del régimen y puso en riesgo el derecho pensional de la accionada.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de régimen de ahorro individual con solidaridad - Pérdida de régimen de transición.

La Corte Constitucional profirió la sentencia SU-130 del 13 de marzo de 2013¹³, mediante la cual puntualizó las reglas generales en torno al beneficio del régimen de transición y su pérdida, cuando ocurren traslados de régimen pensional. Al respecto, manifestó que con la declaratoria de exequibilidad condicionada de los incisos 4 ° y 5° de la Ley 100/93, mediante Sentencia C-789 de 2002, la pérdida del régimen de transición por traslado no aplica para las personas que tenían 15 años o más de servicios cotizados para la fecha de entrada en vigencia del SGSS, quienes podrán trasladarse "en cualquier tiempo" del RAIS al RPM, conservando los beneficios del régimen de transición. No obstante, los beneficiarios del régimen en razón de la edad, si bien puede elegir libremente a que régimen afiliarse, ello conlleva la consecuencia de perder la posibilidad de pensionarse con el régimen de transición.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia de unificación 130 del 13 de marzo de 2013, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

13001-33-33-011-2016-00126-01

El criterio de unificación del alto tribunal constitucional en torno al tema del traslado de regímenes pensionales y sus efectos, ha sido acogido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en distintas providencias¹⁴.

5.4.2 Deber de información, asesoría y buen consejo frente a afiliados.

La jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, durante los últimos años, al decidir sobre la nulidad de actos administrativos que reconozcan o nieguen derechos pensionales, bajo el argumento de la pérdida del régimen de transición con ocasión del traslado de régimen; ha dado aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en asuntos similares, dentro de los cuales se ha determinado la exigencia de verificar la validez de los referidos traslados, en atención a su trascendencia frente a *“la posible pérdida de transición, y de contera la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez”*, con sujeción a los principios que inspiran el sistema de seguridad social, especialmente, la seguridad pensional.

Así, dentro del estudio de la controversia, las AFP por ser precisamente quienes conocen las particularidades de los regímenes pensionales, están en mejor posición de probar, por ende, son las llamadas a demostrar el cumplimiento de su deber de brindar información completa, clara, responsable y suficiente sobre dichos traslados, en consideración de la situación particular del afiliado y las consecuencias adversas de tal decisión, *“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.”*¹⁵

En efecto, la alta corporación de lo contencioso administrativo, en sentencia del 26 de noviembre de 2020, sostuvo lo siguiente:

¹⁴ Al respecto ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Bogotá D.C., siete (7) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) Radicación: 2500023420002012-02008-01 (1379-2014), Consejero Ponente: William Hernández Gómez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Bogotá, D.C., tres (03) de septiembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00110-01(3557-16). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: César Palomino Cortés, Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2014-00399-01(1611-19). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: César Palomino Cortés, Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 50001-23-33-000-2014-00399-01(1611-19); y en sede de tutela Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-15-000-2018-04439-00(AC).

¹⁵ 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)



13001-33-33-011-2016-00126-01

“(…) se tiene que el Decreto 663 de 1993¹⁶ -disposición aplicable a las AFP desde su creación- ha precisado la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.

De esta manera, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de información suficiente y transparente que permita al afiliado elegir, entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajuste a sus intereses. No se trata, entonces, de un simple ofrecimiento por parte de los promotores de la AFP de servicios prestacionales, sino de una asesoría seria y jurídica.”¹⁷

Con fundamento en el desarrollo jurisprudencial de la “eficacia en el traslado” desarrollado por la Corte Suprema de Justicia y el principio de “libertad de elección de régimen”, decantado por la alta corte constitucional¹⁸, el H. Consejo de Estado, en recientes pronunciamientos¹⁹, argumentó que:

“(…) 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. (...)

(...)

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.

¹⁶ “ARTICULO 97. INFORMACIÓN. 1. Información a los usuarios. 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. (...)”

¹⁷ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veinte (2020). Radicación Número: 88001-23-33-000-2016-00004-01(2913-17), Actor: Emuelíta R.H.B. Demandado: Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social –UGPP Y Otro

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-191 de 2020.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023) Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Radicación: 05001-23-33-000-2016-01874-01 (3360-2022), y veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00253-01(2764-17). La misma posición fue sostenida en Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 88001-23-33-000-2016-00004-01(2913-17)



13001-33-33-011-2016-00126-01

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 acarrearán 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.

(...)

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."

Como se aprecia, en estos casos, opera la inversión de carga de la prueba a favor del afiliado, por lo que corresponde a las AFP acreditar el acompañamiento transparente, del cual se deriva el consentimiento informado y libre. Adicionalmente, se ha aclarado que la mera manifestación del formulario de afiliación no es suficiente para determinar la plena validez del traslado, pues resulta necesario que aporten medios de convicción suficientes más allá de una expresión genérica, sobre la realización de todas las actuaciones necesarias para poner en conocimiento al afiliado de las repercusiones del traspaso.

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente asunto, el estudio que debe efectuar la Sala, está determinado por los reparos formulados por la parte accionada, contra la decisión adoptada en primera instancia²⁰. Por consiguiente, el análisis debe efectuarse a partir de la validez del traslado efectuado, el ejercicio de la libertad informada y consciente, así como el contenido del derecho fundamental a la seguridad social en su dimensión de protección a la vejez y mínimo vital.

²⁰ Se aclara que dentro del asunto no se discute el cambio de régimen pensional de la demandada, por el contrario, esta lo acepta y se opone a la decisión de nulidad del acto administrativo por el cual se reconoció su pensión, manifestando que al momento de realizarse el traspaso, no le fueron informadas las consecuencias del mismo, y con posterioridad, la concesión de la pensión, conllevó a su retiro definitivo del servicio, lo cual le impidió continuar cotizando al sistema para obtener legalmente su pensión, afectando con ello su derecho a la seguridad social.



13001-33-33-011-2016-00126-01

Para recapitular y, de cara al sub examine, se encuentra acreditado que para el 30 de junio de 1995²¹, fecha en la cual entró a regir la Ley 100 de 1993, para el caso de los empleados territoriales, la señora Luz Macías de Furnieles:

- Tenía 44 años de edad, por cuanto nació el 16 de abril de 1951²².
- Contaba con los siguientes tiempos de servicio:

ENTIDAD	DURACIÓN	TIEMPO EN AÑOS
DROGUERÍA OLÍMPICA S.A.	1972-12-01 – 1974-11-19	1 año, 11 meses y 18 días
DROGUERÍA OLÍMPICA S.A.	1975-04-01 – 1979-03-01	3 años y 11 meses
TOTAL TIEMPO: 5 años, 10 meses y 18 días		

Como se observa, contaba con un total de 5 años, 10 meses y 18 días, en tanto que laboró desde el 01-12-72 al 19-11-74 y del 01-04-75 al 01-03-79²³, según se desprende del reporte de semanas cotizadas de la accionada.

En ese orden, se concluye que la señora Macías de Furnieles, en principio, es beneficiaria del régimen de transición por la edad, y no por el tiempo de servicios, en tanto que no logró reunir 15 o más años laborados antes del 30 de junio de 1995.

Por otro lado, también se encuentra demostrado que sus cotizaciones a pensión, inicialmente estuvieron destinadas al ISS hasta el mes de mayo de 1996, fecha en la cual se trasladó al RAIS. No obstante, a partir del mes de enero de 2003²⁴, la demandada volvió a trasladarse al RPM, perdiendo con ello, en principio, el beneficio del régimen de transición.

Ahora bien, tal como se dejó sentado en el marco jurisprudencial de esta providencia, es necesario verificar la validez del traslado, pues precisamente este, implicaba la pérdida del beneficio del régimen de transición, del cual gozaba la demandada en razón de la edad, circunstancia que podría afectar gravemente su expectativa legítima, y poner en riesgo su derecho fundamental a la seguridad social en materia pensional, así como el mínimo vital de la accionada, por (i) ser una mujer de 72 años²⁵, quien hace parte de la tercera edad y por ende, es sujeto de especial protección constitucional; (ii) haber sido retirada del servicio activo que desempeñaba ante la Alcaldía de Magangué -Bolívar, mediante Decreto No. 0227 del 16 de mayo de 2013,

²¹ Estaba al servicio público municipal, como auxiliar de servicios generales. Fols. 21-22 doc. 17 exp. Dig.

²² Fols. 6-7 y 11 doc. 17 exp. Dig.

²³ Fols. 181 y 46 doc. 17 exp. Dig.

²⁴ Fol. 22 doc. 17 exp. Dig. Formato 1 certificado de información laboral, donde la Alcaldía de Magangué reporte que a partir de este periodo cotizó a Colpensiones.

²⁵ Fols. 6-7 y 11 doc. 17 exp. Dig.



13001-33-33-011-2016-00126-01

por razón del reconocimiento de la pensión de jubilación²⁶; y (iii) reunir un total de 1.147,14, semanas causadas hasta el mes de abril de 2013²⁷, circunstancia que le impediría pensionarse con el régimen general contemplado en la Ley 100 de 1993.

De acuerdo a lo anterior, la demandada se trasladó del RPM al RAIS desde el año 1996 hasta el 2003, por lo que, de conformidad con la SU-130/2013, citada en el marco normativo y jurisprudencial de este fallo pierde el régimen de transición, puesto que cuando entró en vigencia para ella la Ley 100/93, no tenía 15 años de servicio y solo era beneficiaria del mismo por la edad; lo que significa que al regresar del RAIS al RPM, se le aplica la Ley 100/1993 en su integridad que para el año 2013, cuando se retiró del servicio, se requerían 1300 semanas cotizadas, y la demandada solo contaba con 1.147 semanas cotizadas; lo que daría lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

A pesar de lo anterior, debe estudiar la Sala los motivos de la apelación de cara a la jurisprudencia citada en el marco normativo y jurisprudencial en torno a si se realizó previamente un estudio de la asesoría brindada por parte de las AFP, al momento de efectuarse el traslado.

Una vez revisadas las pruebas obrantes en el expediente, esta Sala advierte que la entidad demandante no satisfizo su carga probatoria, pues no allegó prueba alguna de haber suministrado a la entonces afiliada, señora Macías de Furnieles, información clara, precisa, completa y responsable sobre las características, condiciones y riesgos del cambio de régimen, específicamente, lo concerniente a la pérdida del régimen de transición, el cual resulta más favorable a sus intereses, a efectos de acreditar la suficiente y buena asesoría que le correspondía, para dotar de eficacia el respectivo traslado. Máxime si se tiene en cuenta que esta es quien pretende la nulidad de la Resolución No. GNR 524385 del 04 de abril de 2013, además, en virtud del retorno de la demandada al RPM, y ser su actual administradora de pensiones, tiene o debe tener en sus archivos la totalidad del expediente administrativo-pensional de la demandada, por ende, debió aportar todos los soportes del traslado, que dieran cuenta del cumplimiento de sus deberes de buen consejo y las actuaciones desplegadas para poner en conocimiento de la usuaria la totalidad de los aspectos que conllevaba el cambio de régimen; así, en caso de que esta decidiera cambiarse el régimen, se concluyera su decisión libre, informada y consciente, dotando así de validez el traslado, ante la libre escogencia de régimen.

Lo anterior, cobra relevancia por advertirse que la accionada retornó al RPM, lo cual se entiende como un retracto de la afiliada de dicho traslado, en su sentir de no haber tomado la decisión más conforme a sus intereses pensionales, por lo que quiso cotizar nuevamente a Colpensiones.

²⁶ Fols. 24-25 doc. 10 exp. Dig.

²⁷ Fols. 189-191 doc. 17 exp. Dig.

13001-33-33-011-2016-00126-01

En ese orden, existe una total ausencia probatoria dentro del asunto²⁸, que fuerza concluir que la demandante incumplió su deber de información al momento del traslado, desconoció el deber del buen consejo, y con ello, puso en riesgo el derecho pensional de la señora Macías de Furnieles, en una actuación desprovista de información concienzuda, real y acorde con los intereses de la demandada.

Si bien, podría pensarse que la obligación era del Fondo de Pensiones del RAIS, no es menos cierto que el artículo 97 del Decreto 663 de 1993²⁹, obliga a todos los fondos de pensiones, como entidades vigiladas a informar de manera clara y precisa las consecuencias de los actos que ante ella se realicen.

En este caso, no solo lo debieron hacer al momento del traslado del RPM al RAIS, sino también del RAIS al RPM, puesto que a la señora Luz Macías de Furnieles debía informársele que en el RAIS podía obtener una pensión mínima con 1150 semanas, e inclusive informarle que la edad de retiro forzoso, en ese momento vigente, eran los 65 años, edad que cumplía el 16 de abril de 2016, por lo que al reconocerle la pensión en el año 2013, se origina su retiro, tal como está en los documentos aportados por la Alcaldía de Magangué citados en los párrafos anteriores, faltándole 253 semanas para completar las 1300 semanas de cotización, lo que equivale a un promedio de 4 años y unos meses, lo que implica que el consentimiento al regreso debió ser amplio, claro y suficiente, al echarse de menos esta prueba, se le afecta el derecho a la seguridad social de la demanda como lo ha sostenido nuestro máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

El H. Consejo de Estado³⁰, al resolver un asunto de similares circunstancias fácticas y jurídicas, sostuvo:

*“(...)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 acarreaban 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
(...)”*

²⁸ Las pruebas del expediente administrativo aportado solo corresponden a las semanas de cotización de la demandada, las resoluciones expedidas con ocasión del reconocimiento pensional y de las solicitudes de reliquidación, entre otras. Se echa de menos todo lo relacionado con las actuaciones del traslado de régimen pensional.

²⁹ “ARTICULO 97. INFORMACIÓN. 1. Información a los usuarios. 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. (...)”

³⁰ 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)

13001-33-33-011-2016-00126-01

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.”

En conclusión, como la entidad demandante no logró desvirtuar la defensa de la demandada, consciente en no haber recibido información sobre las consecuencias reales del traslado de régimen pensional, y la pérdida del beneficio de transición, hay lugar a entender que dicho traspaso fue ineficaz o inválido, en consecuencia, debe entenderse que la señora Macías de Furnieles siempre estuvo afiliada al RPM y no perdió el beneficio del régimen de transición, en aplicación del cual le fue reconocida la pensión de vejez, mediante Resolución No. GNR 524385 del 04 de abril de 2013.

Así las cosas, el acto demandado se encuentra ajustado a derecho, en tanto que los cargos de nulidad aducidos para controvertir su legalidad no prosperaron. En ese orden, esta Sala REVOCARÁ la decisión adoptada en primera instancia, para en su lugar, NEGAR las pretensiones formuladas en la demanda, por las consideraciones antes expuestas.

5.6. De la condena en costa.

El artículo 188 del CPACA (adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021) señala, que “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. En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.” A su turno, el artículo 365 del CGP consagra que se condenará en costas en ambas instancias a la parte vencida cuando la sentencia de segunda instancia revoque la de primera.

Adicionalmente, se advierte que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado³¹, ha adoptado un criterio objetivo-valorativo de la imposición de condena en

³¹ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 21 de enero de 2021. Radicación: 25000-23-42-000-2013-04941-01 (3806-2016; y sentencia del 07 de abril de 2016. Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). M.P. William Her

13001-33-33-011-2016-00126-01

costas, precisando que no se debe atender a la conducta de las partes para determinar su procedencia, es decir, si las mismas actuaron con temeridad o mala fe, por el contrario, su imposición atiende a aspectos objetivos relacionados con la causación de las costas.

Con base en lo anterior, esta Sala se ABSTENDRÁ de condenar en costas, debido a que el recurso presentado por la demandada fue resuelto en forma favorable a sus intereses, adicionalmente, se observa que dentro del asunto no fueron causadas costas que haya lugar a ordenar, por cuanto las partes procesales no actuaron en esta instancia; adicionalmente, había motivos legales para que la demandante presentara la demanda tal como quedó plasmado en las consideraciones de este fallo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, pro las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: En consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, conforme a las consideraciones plasmadas en este proveído.

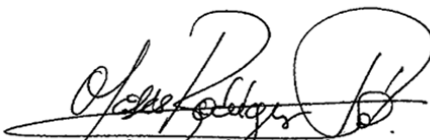
TERCERO: NO CONDENAR en costas en ambas instancias, por los motivos antes indicados.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones en los sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No.028 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ
En comisión de servicio