



**NULIDAD DEL TRASLADO EN EL RÉGIMEN GENERAL DE PENSIONES POR
VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO**

DAYANNE PATRICIA BRANDT BRYAN

ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

MEDELLÍN

2021



**NULIDAD DEL TRASLADO EN EL RÉGIMEN GENERAL DE PENSIONES POR
VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO**

DAYANNE PATRICIA BRANDT BRYAN

Director de trabajo de grado

EDDISON DAVID CASTRILLON GARCIA

Abogado, Magister en Derecho Procesal

**TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARCIAL PARA
OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADA**

PREGRADO EN DERECHO

ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

MEDELLÍN

2021

SUMARIO

Introducción.

1. Antecedentes del Sistema Pensional en Colombia

2. Régimen de Transición Pensional.

2.1. Pérdida del Régimen de Transición.

3. Regímenes pensionales vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

3.1. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

4. Traslado de regímenes pensionales.

4.1. Traslado de régimen pensional con menos de 10 años para cumplir la edad de retiro.

5. Declaratoria de Nulidad o Ineficacia de los traslados de regímenes pensionales.

6. Reflexión jurisprudencial Sentencia base 31989 de 2009 de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral.

Conclusiones.

Referencias.

Declaratoria de originalidad**Fecha: 11-11-20****Nombre del estudiante:** Dayanne Patricia Brandt Bryan

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.”.



Firma del estudiante:

NULIDAD DEL TRASLADO EN EL RÉGIMEN GENERAL DE PENSIONES POR VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO

RESUMEN

Este artículo contiene una mirada crítica que expone las consecuencias que puede generar el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad cuando los fondos privados de pensiones omiten el deber de información, como obligación de las administradoras de Pensiones, así también se busca desarrollar cuál es la medida de protección que establece el ordenamiento jurídico para proteger y salvaguardar los derechos de los afiliados y futuros pensionados para que estos logren su disfrute pensional de conformidad con la Ley 100 de 1993 y la Carta Política de Colombia. Lo anterior se realizará en torno a leyes, decretos, artículos de investigación, sentencias de las altas cortes relacionados con el sector laboral y el sistema pensional, para así finalizar con un análisis respecto a lo desarrollado, iniciando por exponer los principios de la Seguridad Social Integral, hasta evaluar la importancia del deber de información en el sistema general de pensiones colombiano, así como también, establecer si la medida que se toma por vía judicial, es decir, la nulidad de traslado del régimen, es suficiente para proteger los derechos de los afiliados.

Palabras clave: Fondos privados de pensiones, Ley 100 de 1993, Régimen de Ahorro individual con solidaridad (RAIS), Régimen De Prima Media Con Prestación Definida (RPM), Régimen de Transición, Sistema General de Pensiones.

INTRODUCCIÓN

Colombia generó un trascendental cambio a nivel pensional con la entrada en vigencia el primero de abril de 1994 de la Ley 100 del 1993, por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, ya que, a partir de ese momento surgió la creación de las Administradoras de Fondos Privados de Pensión (AFP), cuyo objetivo primordial era el lograr una “sostenibilidad financiera en la que el

Instituto del Seguro Social (hoy Colpensiones) y el nacimiento de los fondos privados se enfocaran en obtener una mayor cobertura y así el trabajador tuviera la posibilidad de acceder a una pensión” (Rosero, 2017, p. 4) basada en el derecho a la igualdad.

Con la llegada de la ley se generó una gran popularidad respecto de las Administradoras de los Fondos Privados de Pensión, lo cual conllevó a que un número considerable de personas se trasladaran del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al ser cautivadas por la posibilidad de tener un monto de pensión mayor, entre otros beneficios, igualmente, para la época se alertó a los afiliados sobre la urgente extinción del Instituto de Seguro Social, situación que produjo incertidumbre y confusiones respecto de la obtención de la pensión de vejez (Aristizábal, Caicedo y Meneses, 2017, p. 4).

Como consecuencia de lo anterior los afiliados al momento de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no tuvieron claridad de cómo funcionaba dicho sistema, ni percibieron las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen, tal situación ha conllevado a que los afiliados que se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual busquen un sinnúmero de soluciones jurídicas como la presentación de demandas ordinarias, cuyo objetivo es el lograr que sus derechos se reconozcan a través de la declaratoria de nulidad de los contratos de afiliación a dicho régimen, es decir, que se declare la ineficacia del traslado (Aristizábal et al., 2017, pp. 4-5)

Así las cosas, en función de brindar un análisis de fondo al anterior planteamiento, el presente trabajo tendrá por cometido, en primer lugar, abordar conceptualmente, tomando como referencia la doctrina y la norma los antecedentes del sistema pensional, la Ley 100 de 1993, el régimen de transición y los traslados entre los regímenes pensionales. En segundo lugar, se tendrá por cometido analizar la sentencia 31989/08. M.P Eduardo López Villegas de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral respecto al deber a la información que tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones frente a los afiliados como consecuencia del régimen al que se están trasladando, “situación que las administradoras de los fondos

tienen como obligación exponer, porque de lo contrario se vería afectado su derecho pensional y con ello derechos fundamentales como la dignidad y el mínimo vital” (Rosero, 2017, p. 4).

Por último, se estudiará si existe la posibilidad de que se realice la declaratoria de nulidad respecto del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad cuando ese traslado se dio como consecuencia de algún vicio del consentimiento por la falta del deber de información. En el sentido de que se entiende que debe haber un consentimiento informado antes de que se concrete un traslado de un régimen pensional a otro, esto por el nivel de trascendencia que encierra para el afiliado la decisión que hay en juego respecto a un cambio en el régimen, generando una gran pérdida al afiliado si toma una mala decisión, decisión que de observarse un vicio en el consentimiento puede resolverse judicialmente de dos maneras, la primera es la posibilidad de devolver al afiliado al régimen de prima media con prestación definida debido a la mala información por parte de los promotores de las administradoras de fondos de pensiones, declarando la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de eso, se condene al fondo al pago de los perjuicios causados, los cuales se tasan en un valor igual al de las mesadas que le corresponderían en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, desde la fecha del retiro definitivo del servicio. Cabe anotar que en subsidio se solicita la pensión de vejez a cargo del Fondo. Y la segunda, si el afiliado tiene la edad, no puede devolverse al anterior régimen, situación que debe proteger el fondo privado garantizando la pensión mínima y además debe pagar a título de sanción la indemnización de perjuicios, y que además pague la totalidad de lo que hubiera recibido en Colpensiones (Rosero, 2017, p. 5).

El deber de información y asesoría pensional por parte de las Entidades Administradoras de Fondos de Pensiones en Colombia a sus afiliados y potenciales afiliados es fundamental en el Sistema General de Pensiones, “por los derechos y expectativas pensionales que se han de adquirir, y por la naturaleza misma del

consentimiento informado que se ha de constituir a partir del respeto al principio de libertad de información que tienen los afiliados del sistema” (Torres, 2016, p.1).

En el ordenamiento jurídico colombiano, la seguridad social goza de especial protección ya que ésta se constituye como un derecho fundamental.

En los artículos 48 y 49 de la Constitución Política de Colombia, se instituye la seguridad social de una manera dual esto es; por un lado, un derecho irrenunciable de todas las personas dentro del territorio, y por otro lado, como un servicio público, el cual el Estado tiene la obligación de dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución, en sus componentes principales Salud, Pensión y Riesgos Laborales. Lo anterior se fortalece y complementa con los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social, así lo establece la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia T 719 de 2011 (Torres,2016, p.2).

Por lo anterior el presente trabajo responde a un análisis necesario, en el sentido que las nuevas dinámicas de la sociedad suponen nuevos retos al Estado colombiano en materia de regulación. En tal sentido, que mejor que la academia y que trabajos como este, muestren al sistema pensional y en especial a los fondos privados la necesidad de replantarse y adoptar cambios, en aras de lograr y hacer efectivo los derechos de los afiliados, pues ello garantiza la vigencia del estado social de derecho y en ese sentido la protección de los derechos fundamentales, como es el de la pensión.

1. ANTECEDENTES DEL SISTEMA PENSIONAL EN COLOMBIA

En Colombia, el sistema de pensiones es particularmente nuevo, comenzando a inicios del siglo XX con la entrada en vigencia de la Ley 6 de 1945, mediante la cual se creó la Caja Nacional de Previsión para los empleados nacionales, la cual no se basaba en cotizaciones, sino que los recursos que se tomaban del presupuesto nacional. Posteriormente con la Ley 90 de 1946 se originó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales cobijando tanto a los nacionales como a los extranjeros del territorio y estableciendo “una seguridad social autónoma, se reconocieron prestaciones laborales, entre ellas el derecho a la pensión de jubilación, primas de carácter no salarial y ayudas relacionadas con la prestación de

servicios de salud” (Rosero, 2017, p. 6), además esta institución comienza a realizar la cobertura bajo aportes del trabajador, empleador y el Estado, aportes que iban a una caja común para luego suplir las prestaciones.

Luego, en 1966 surge el Acuerdo 224, expedido el 1 de enero de 1967 y aprobado mediante el Decreto 3041 de 1966 con el que comienza realmente el sistema de seguridad social. De acuerdo con esta norma, el Estado, los trabajadores y empleadores realizarían conjuntamente aportes a un fondo común, es decir un aporte tripartito que sería administrado por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales que se encargaría del pago de las prestaciones. El Estado estableció que sería el titular de la administración de la caja común pero no aportaría a la misma, en consecuencia, solo los empleadores y trabajadores aportaban al sistema. Dicha situación perduró hasta 1993, con la reforma pensional, el Estado comienza a pagar los aportes no realizados.

Con el acuerdo 029 de 1985, el cual conserva los requisitos del acuerdo 224 de 1966, se introduce una pequeña modificación que trae consigo implicaciones importantes en materia financiera para el sistema: para poderse pensionar por vejez, una persona debía cumplir 55 años, si es mujer, y 60 años de edad, si es hombre; haber cotizado 1.000 semanas continuas o discontinuas o 500 semanas en los 20 años anteriores a la fecha de la solicitud.

Esta regulación produjo un desequilibrio financiero en el sistema pues, en la normatividad anterior, una vez cumplida la edad mínima, las personas no tenían el número mínimo de semanas cotizadas, ante lo cual debían seguir cotizando hasta completar las 1.000 semanas, mientras que, con esta norma, la persona solo tenía que acreditar 500 semanas de cotización al momento de realizar la solicitud.

Lo anterior dio lugar a que el Instituto de Seguros Sociales reconociera pensiones a personas a las que ya había negado esta solicitud y que se había proyectado que iban a cotizar al sistema más tiempo.

En 1990 se expidió el acuerdo 049 de 1990, el cual fue aprobado por el Decreto 758 de 1990, con este acuerdo se consagran unos afiliados obligatorios y voluntarios o facultativos al sistema, existía además una categoría de personas excluidas del mismo, es decir personas que se encuentran excluidas del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte del para la época denominado Instituto de Seguros Sociales; dicho Decreto en su literal a), artículo 2 señala claramente que se encuentran excluidas:

- Los trabajadores dependientes que, al inscribirse por primera vez en el Régimen de los Seguros Sociales, tengan 60 o más años de edad.
- los trabajadores independientes que se afilien por primera vez con 50 años de edad o más, si se es mujer, o 55 años de edad o más, si se es varón
- Los trabajadores dependientes que al momento de iniciarse la obligación de asegurarse se encuentren gozando de una pensión de jubilación a cargo de un patrono o que, de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo, tengan adquirido el derecho a la pensión de jubilación.
- Las personas que se hayan pensionado por el Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios o hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común, salvo para el caso de invalidez, que ésta hubiere cesado o desaparecido, en virtud de los programas de readaptación y rehabilitación por parte del Instituto (Colpensiones, Concepto 10912 de 2010, p. 1).

Después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 se presentó el cambio legislativo más impórtate en la historia de la seguridad social en Colombia, con la expedición de la Ley 100 de 1993, la cual establece un modelo dual del Sistema General de Pensiones. En un principio se buscó pasar de un régimen de caja común o prima media basado en los aportes que, de forma tripartita realizaban el Estado, los empleadores y los trabajadores, a un régimen de ahorro individual donde las pensiones iban a depender del ahorro de cada uno de los afiliados, modelo tomado de países como México y Chile, esto se intentó pues el Estado desde un principio no realizó los aportes necesarios al sistema de seguridad social, por lo que el sistema anterior era un sistema deficitario, esta iniciativa concluyó con la coexistencia de dos regímenes pensionales diferentes:

(...) el primero es el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por los fondos privados de pensiones, y el otro es el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) administrado por el Instituto de los Seguros Sociales y que, a partir de 2012, con su liquidación pasa a ser administrado por Colpensiones. Con la

entrada en vigencia de la ley 100 se generó un gran paso a la posible solución al sistema pensional en Colombia (Rosero, 2017, p. 7).

Se pensó entonces que el Régimen de Ahorro Individual, tal como fue concebido por el legislador con la expedición de la Ley 100 de 1993 brindaría mayores beneficios tanto para afiliados como para los pensionados, porque procuraría más pensiones que las que otorgaría el régimen de prima media, en virtud a que no sería un esquema sometido por el envejecimiento de la población, así como tampoco se sujetaría a la base asalariada de la misma, propagando la cobertura pensional a la generalidad de todos los trabajadores, lo cual generó confianza entre los afiliados, por lo cual, “la afiliación a los fondos de pensiones de ahorro individual con solidaridad comenzó en 1994 con 209 mil cotizantes, aumentando progresivamente hasta llegar a finales de agosto de 1995 a 1.507.945” (Venegas, 1996, p. 10), lo cual indiscutiblemente generó grandes expectativas hacia la población.

Como consecuencia de lo anterior, el gobierno al observar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 del 1993 no se logró el objetivo de una mayor cobertura y una igualdad entre cada uno de los afiliados respecto a ambos regímenes, además de que la coexistencia de estos se dio de manera simultánea con altos costos fiscales, la concesión de generosos privilegios por transición del régimen de prima media al de ahorro individual, el reconocimiento del derecho a una pensión mínima para afiliados con 20 años de contribuciones y el cambio de afiliados entre el régimen de prima media a las administradoras de los fondos de pensiones, fueron las causas principales del agotamiento de las reservas del Instituto de Seguros Sociales al cumplirse tan solo 10 años de vigor de la Ley 100 de 1993 (Arrieta, 2011, p. 5) por lo que se vio la necesidad de buscar una solución, razón por lo cual el Congreso expidió la Ley 797 de 2003 en el cual modificó algunos artículos de la Ley 100 de 1993, regulando un régimen de transición.

2. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL

El Régimen de Transición pensional fue creado por el artículo 36 de la ley 100 de 1993 con el objetivo que se beneficien solo los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Artículo 36. Régimen de Transición.

(...) 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. (Ley 100, 1993)

Con la expedición de la ley 100 de 1993 se hicieron más gravosos los requisitos para acceder a la pensión, en vista que llegaron nuevas exigencias tanto en edad como en ahorro, para poder acceder a la misma, al suceder esto, ciertos afiliados al sistema, a los cuales les faltaba poco para pensionarse resultaron seriamente afectados como consecuencia del cambio de normatividad; razón por la cual la ley 100 creó el Régimen de Transición; con él se permitía a los afiliados beneficiados de dicho régimen pensionarse con los requisitos de edad, tiempo y monto de pensión vigentes antes del 1 de abril de 1994; por tanto, se puede decir que este mecanismo se creó con el fin de proteger las expectativas legítimas de los afiliados respecto al derecho de pensionarse con las normas vigentes antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, es decir, proteger a aquellos grupos de la población cercanos al cumplimiento de los requisitos de acceso a la prestación (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL2358, 2017).

En consecuencia, quienes fueron cobijados con el régimen de transición pensional, lograron hacerlo de conformidad con las reglas de regímenes anteriores, por lo cual se puede establecer que es constitucionalmente legítimo la utilización del régimen de transición ya que permite a las personas pensionarse en el futuro con las reglas y requisitos del pasado, considerando que las reglas del pasado le son más beneficiosas que la ley posterior, con el fin de proteger las expectativas pensionales de los afiliados (Corte Constitucional, Sentencia C-663, 2007).

Para ser cobijado por el régimen de transición pensional es preciso cumplir requisitos de edad y tiempo cotizado, entonces, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace referencia a aquellas personas que al 1 de abril de 1994 tuvieran una edad de 35 años o más, las mujeres, o 40 o más, los hombres, o por lo menos 15 años de servicio o de cotización, se les aplicaría el régimen anterior en lo que respecta a la edad, tiempo de servicio o cotización y monto para efectos de su pensión de vejez; De esta manera, el legislador, en el maco del régimen de transición, dio cabida a una aplicación de los regímenes anteriores que perderían vigencia con la expedición del nuevo sistema general de pensiones (Muñoz, 2015, p. 2). Con uno de los dos requisitos anteriores que se cumpla se adquiere el derecho a beneficiarse del régimen de transición pensional.

El inciso 5 del artículo 36 de la ley 100 de 1990 precisa lo siguiente:

(...) quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos (Ley 100, 1993).

En el año 2005, mediante Acto Legislativo 01 en su artículo 1, parágrafo transitorio 4º desaparece el Régimen de Transición en Colombia estableciendo lo siguiente:

Parágrafo transitorio 4º. 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 (Acto Legislativo 01, 2005).

De lo esbozado anteriormente es necesario realizar un resumen de los requisitos del régimen de transición pensional, por lo cual se tiene lo siguiente:

- A 1 de abril de 1994 tener 35 años si es mujer y 40 años si es hombre
- A 1 de abril de 1994 tener 15 años de servicio cotizados
- A 31 de julio de 2010 tener 55 años de edad si es mujer o 60 años, y tener 1.000 semanas cotizadas.

- A 29 de julio de 2005 tener 750 semanas cotizadas.
- A 31 de diciembre de 2014 tener 55 años de edad si es mujer o 60 años, y tener 1.000 semanas. (Unidad de Pensiones y Parafiscales, 2019, p. 2)

2.1 Pérdida del régimen de transición

Una vez el afiliado o trabajador cumplió con los requisitos para beneficiarse del régimen de transición pensional, adquiere ese beneficio o derecho respecto de este, pero una vez adquirido puede perderlo. La pérdida del régimen de transición se da cuando el afiliado se traslada del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. (Méndez y Sterling, 2018, p. 31)

Entonces, siguiendo con lo anterior el derecho se pierde en los supuestos que contempla el inciso 4 del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual establece lo siguiente:

(...) 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 (Ley 100, 1990).

Es decir, que el afiliado que se benefició del régimen de transición por tener la edad de 35 años o más en el caso de las mujeres, 40 años o más en el caso de los hombres, al 1 de abril de 1994 cuando entró en vigencia la ley 100 de 1993, pierde el derecho a este régimen si se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, esto es, si se trasladó a un fondo privado de pensiones consagrados en la Ley 100. Ahora bien, el régimen de transición no se pierde para quien accedió a él por tener 15 o más años de servicio cotizados al 1 de abril de 1994 y luego se trasladó a un fondo privado de pensiones. Esa persona puede regresar al régimen de prima media y pensionarse con base al régimen de transición pensional (Instituto Nacional de Contadores Públicos de Colombia, 2016)

La sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación 60150 del 3 de febrero de 2016 dice:

Esta Sala de la Corte en varias de sus sentencias y en armonía con lo decidido por la Corte Constitucional en el fallo recién citado, ha sostenido el criterio de que las personas beneficiarias del régimen de transición que hayan accedido a él en virtud únicamente de la edad, y se trasladen al régimen de ahorro individual y luego decidan retornar al régimen de prima media, no recuperan los beneficios de la transición (Corte Suprema de Justicia Sentencia SL1166, 2016).

En las condiciones que anteceden, se concluye que, si bien para el 1 de abril de 1994 la demandante tenía más de 35 años de edad, también lo es que, como lo acepta, para esa data no tenía 15 o más años de servicios prestados o cotizados, por lo que, como quedó dicho, no conservó el régimen de transición al regresar al sistema de prima media (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL1166, 2016).

En resumen, el régimen de transición pensional se pierde en los siguientes casos:

- Por haberse trasladado a un fondo privado de transición.
- Por no haber cumplido requisitos de tiempo y edad en las fechas indicadas: a 31 de julio de 2010 tener 55 años de edad si es mujer o 60 años, y tener 1.000 semanas cotizadas, a 29 de julio de 2005 tener 750 semanas cotizadas, a 31 de diciembre de 2014 tener 55 años de edad si es mujer o 60 años, y tener 1.000 semanas. (Corte Constitucional, Sentencia T-090,2018).

Ahora bien, como se ha expresado el régimen de transición a su vez se puede recuperar, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos:

- Haber accedido al régimen de pensión por haber tenido 15 o más años cotizados al momento de entrar en vigencia la ley 100, quienes fueron beneficiarios del régimen de transición en ocasión a la edad únicamente, no tienen posibilidad de recuperar el régimen de transición.
- Trasladar todo el ahorro de regreso todo el ahorro que se haya hecho en los fondos privados.
- El monto ahorrado en el fondo privado no debe ser inferior al que se hubiera acumulado de no haberse cambiado de régimen (Corte Constitucional, Sentencia T-090,2018)

3. REGÍMENES PENSIONALES VIGENTES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

Considerando el objetivo del presente trabajo se hace necesario estudiar en que consiste y cuáles son los regímenes pensionales que hacen parte del Sistema General de Pensiones colombiano, en tanto que estos buscan “garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez o muerte, mediante el reconocimiento de una pensión y prestaciones determinadas en la Ley,” (Ministerio de Salud y Protección Social, s.f, p.1).

En Colombia existen dos regímenes que hacen parte del Sistema General de Pensiones, uno público, el cual es el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), y otro privado o Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), la ley 100 de 1993 estableció el Sistema General de Pensiones (SGP), definiendo que el RPM y el RAIS coexistirían. Ahora bien, ambos cuentan con condiciones distintas para acceder a la pensión de vejez y presentan diferencias en la forma en la que se acumulan los recursos. En el RPM, los aportes de los afiliados constituyen un fondo de naturaleza común que son utilizados por el Estado para pagar las obligaciones de las personas que ya cumplieron las condiciones de retiro. Por el contrario, en el RAIS los aportes de cada afiliado son administrados por entidades privadas en cuentas de ahorro individual. A diferencia del RPM, los aportes de los afiliados tienen rendimientos financieros por la naturaleza del fondo.

Por otro lado, la principal característica que los hace competir es la manera en la que se establece la mesada pensional a la que tiene derecho el afiliado una vez cumple las condiciones para adquirir el derecho a la pensión.

3.1. Régimen de ahorro individual con solidaridad y Régimen de prima media con prestación definida.

El régimen de ahorro individual con solidaridad es un régimen del sistema general de pensiones el cual es administrado por fondos privados de pensión que se encargan de gestionar los aportes que realicen sus afiliados, a fin de proteger las contingencias derivadas de la vejez, invalidez o muerte. El monto de la

pensión en este régimen dependerá del ahorro que tenga el afiliado en su cuenta individual, la cual es una cuenta a su nombre. los recursos van a ser administrados por los fondos de pensiones los cuales deberán garantizar una rentabilidad mínima.

Al ser afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad es necesario tener claro ciertas variables claves:

Respecto el capital mínimo requerido para financiar la pensión de vejez, conforme lo dispone el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, en el régimen de ahorro individual, se tiene que el afiliado podrá tener acceso a ella sin tener la obligación del cumplimiento de requisitos de edad y tiempo de cotización; por lo que la pensión dependerá de los aportes que realicen conjuntamente el empleador y el trabajador, así como de los rendimientos abonados en la cuenta de ahorro individual (Rosero, 2017, p.18). La pensión de vejez será reconocida por la sociedad administradora de pensiones, siempre y cuando el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del afiliado permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual (Arana y Guevara, 2015, p.11).

Por lo anterior, y como se mencionó anteriormente, la edad no es un requisito para obtener la pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad, en este, la edad es significativa para acceder al fondo solidario de la garantía de pensión mínima y la redención de bonos pensionales, pero no para tener acceso a la pensión (Legis Xperta, s.f, p.1).

El Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) es otro de los regímenes mediante el cual “los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, invalidez o sobrevivientes o, en su defecto, la indemnización sustitutiva, según lo establecido en la ley” (Medina y Godoy, 2018, p. 4). Es uno de los dos regímenes del sistema de general pensiones el cual se encuentra contemplado en el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, a partir del artículo 31 de la misma, así también como la Ley 797 de 2003.

El Régimen de Prima Media con Prestación Definida tiene como característica principal los aportes, en el sentido de que estos, los cuales son realizados por los afiliados se depositan en un fondo común, con el cual se financian las pensiones de otros afiliados del país en la medida que vayan cumpliendo los requisitos para acceder a la pensión, instituyéndose así una solidaridad, razón por la cual las pensiones son garantizadas con el presupuesto general de la nación.

El literal b) del artículo 32 de la ley 100 de 1993 señala su principal característica así:

(...) Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, 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 (ley 100, 1993).

El Régimen de Prima Media está administrado exclusivamente por Colpensiones, quien afilia y administra los aportes y pensiones de todos sus afiliados.

Los requisitos para adquirir la pensión de vejez en el régimen de prima media se encuentran señalados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, son dos y para poder acceder a la pensión se debe acreditar el cumplimiento de ambos: “Tener 62 años si es hombre y 57 años si es mujer y haber cotizado como mínimo 1300 semanas” (Ministerio del Trabajo, s.f, p.11).

Aquí es pertinente mencionar también que “la mesada pensional del afiliado en el régimen de prima media depende del promedio de los salarios o rentas de los últimos 10 años o en toda su vida laboral y la cantidad de semanas cotizadas” (Ministerio del Trabajo, s.f, p11), por lo cual entre más alto sea el salario cotizado y más las semanas cotizadas, más alta será la pensión.

Entonces, teniendo en cuenta que se hizo una definición de ambos regímenes se debe decir lo siguiente:

El RAIS cuenta con la garantía de pensión mínima, con la que se garantiza una pensión de salario mínimo para las personas que cuentan con 1150 semanas

cotizadas, pero con capital insuficiente. Sin embargo, en caso de no cumplir las condiciones de retiro, el beneficio será distinto. Si el retiro se da en el RPM, el afiliado tendría derecho a una indemnización sustitutiva, que corresponde en principio a la devolución del total de aportes más un ajuste por inflación. Por otro lado, si el retiro es en el RAIS, el afiliado obtendrá una devolución de saldos que corresponde al total del saldo ahorrado más los rendimientos reales del fondo (Guzmán, 2019, p. 8).

Así, teniendo en cuenta que las condiciones de retiro son diferentes, los incentivos que enfrentan las personas para afiliarse a uno u otro sistema también difieren. En general, para aquellas personas con mayores ingresos y con mayor fidelidad al sistema será mejor, desde una perspectiva individual, pensionarse por el RPM; mientras que, para las personas de menores ingresos y menor fidelidad al sistema, será más beneficioso pensionarse por el RAIS (Guzmán, 2019, p. 8).

4. TRASLADOS DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Como se expresó anteriormente, en Colombia existen dos regímenes que hacen parte del Sistema General de Pensiones, uno público denominado Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y otro privado, denominado Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, excluyentes, pero coexistentes, dentro de los cuales los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de uno a otro previo cumplimiento de los requisitos de ley.

Cuando un trabajador se afilia por primera vez el sistema de pensiones, debe elegir el régimen del Sistema General de Pensiones al cual desea afiliarse de conformidad con el Artículo 12 de la Ley 100 de 1993, pero el afiliado a su vez puede cambiar de régimen, es decir, se tiene una libertad de traslado como muy bien lo señala el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993:

(...) 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 (Ley 100, 1993).

De acuerdo con lo anterior, el afiliado o futuro pensionado tiene la facultad de efectuar el cambio o traslado del régimen al cual se afilio, pero esta facultad se encuentra limitada, ya que la ley solo lo permite una sola vez respetando algunas condiciones:

- Haber transcurrido 5 años en el régimen previo, es decir, se tiene la posibilidad de regresar al régimen al cual el afiliado se cambió al cabo de esos 5 años, pero si la intención de este está en el volver a trasladarse al cabo de otros 5 años, ya no lo podrá hacer.
- Que al afiliado no le falten diez años o menos para cumplir la edad que le da derecho a la pensión de vejez. Es decir, cuando las mujeres hayan cumplido 47 años y los hombres 52 años, que hoy está en 62 para los hombres y 57 para las mujeres (Colpensiones, 2019, p.1).

La anterior regulación fue impuesta a partir de la entrada en vigencia la Ley 797 de 2003, la cual solo obliga a quienes pretendan trasladarse al Régimen de Prima Media, porque en el Régimen de Ahorro Individual los afiliados se pensionan en principio a la edad que escojan, cuando el monto de su ahorro sea el suficiente para alcanzar el estatus de pensionado (Arana y Guevara, 2015, p. 32).

4.1 traslado de régimen pensional con menos de 10 años para cumplir la edad de retiro.

Como consecuencia de lo anterior es menester decir que, si bien es posible el traslado de regímenes pensionales cada 5 años, este solo se podrá hacer una sola vez, ahora bien, la ley es clara en impedir el traslado de régimen pensional cuando al pensionado le faltare 10 años o menos para cumplir con la edad de para pensionarse por lo cual no contempla ninguna excepción a este requisito. Ahora bien, la jurisprudencia de las altas cortes ha traído a colación una posibilidad cuando los afiliados quieran regresar al anterior régimen, este requisito opera única y exclusivamente cuando se quiera trasladar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, luego de que anteriormente se haya

trasladado a un fondo privado; siendo beneficiario del régimen de transición y declarando la nulidad o ineficacia del traslado previo (Corte Suprema de Justicia Sentencia SL1421, 2019).

5. DECLARATORIA DE NULIDAD O INEFICIA DE LOS TRASLADOS DE REGIMENES PENSIONALES.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b, nos trae un detalle de gran importancia para el estudio y desarrollo del presente punto; la elección de trasladarse por parte de los afiliados debe realizarse de manera “libre y voluntaria”; se aclara además de que en los traslados que se realicen por primera vez del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, tal como dispone el Artículo 114 de la Ley 100 de 1993, es necesario documento firmado por el afiliado que dé cuenta que el traslado es libre, espontaneo y sin presiones, pero además de esta manifestación escrita de la voluntad, será necesario que el afiliado tenga plena información de la decisión que está tomando (García, 2020, p. 11).

Para la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia la expresión “libre y voluntaria” necesariamente presupone “conocimiento” lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de la decisión que el afiliado está tomando (Corte Suprema de Justicia SL 1688, 2019, p. 16), por lo cual se debe entender que la libertad y voluntariedad necesarias para realizar el traslado entre regímenes, van de la mano con un conocimiento con el que debe contar el afiliado, como consecuencia de lo anterior a las administradoras de los fondos privados de pensiones se les ha obligado a brindar el conocimiento suficiente, y consecuentemente, son ellas las que deberán en la actualidad, demostrar que manifestaron de manera clara y suficiente las consecuencias positivas o negativas que le acarrearán al afiliado con su deseo de trasladarse de régimen (García, 2020, P. 12).

Es por ello por lo que, al estudiar el acto de afiliación y traslado del Sistema de Seguridad Social, es importante revisar la legislación civil, cuando señala los

presupuestos legales de estricto cumplimiento a la hora que una persona se obligue para con otra por medio de un acto o una declaración de voluntad (Bernal, 2019, p. 33), como ocurre al momento de pretender el cambio de régimen pensional; frente a esto, el artículo 1502 del Código Civil señala:

(...) Para que una persona se obligue a otra por un acto o una declaración de voluntad es necesario:

- Que sea legalmente capaz.
- Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio (error, fuerza y dolo)
- Que recaiga sobre un objeto lícito.
- Que tenga una causa lícita. (Ley 84 de 1873).

Ahora bien, aquí es donde toma fuerza la falta al deber de información por parte de los fondos privados de pensión, que pudo generar una falsa expectativa por parte de los afiliados al momento del traslado, pero luego al ver disipada esa expectativa decidieron regresar nuevamente al Régimen de Prima Media, no siendo esto posible si no se cumplen con los requisitos mencionados en la Ley 100 de 1993 los cuales fueron expuestos en el punto anterior del presente trabajo, ante lo cual se tiene la oportunidad de demandar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual como consecuencia de la falta del cumplimiento del deber de información por parte de los fondos privados de pensión.

En la Sentencia SL1452 del 3 de abril de 2019 mencionada, con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, se hace el siguiente recuento normativo de la obligación de brindar información que recae sobre los fondos privados de pensión:

Tabla 1. Recuento normativo de la obligación de brindar información que recae sobre los fondos privados de pensión.

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información.	Contenido mínimo y alcance del deber de información.
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 23 de la ley 797 de 2003. Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal.	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.
Deber de información, asesoría y buen consejo.	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009. Decreto 2241 de 2010.	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo.
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014. Artículo 3 del decreto 2071 de 2015. Circular externa n. 016 de 2016.	Junto con lo anterior, inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes de pensión.

Fuente: Corte Suprema de Justicia Sentencia SL 1452, 2919, p. 26.

El anterior recuento normativo da cuenta de que el ordenamiento jurídico colombiano presenta diversa normatividad como lo es el Decreto 663 de 1993 el cual consagra el “Estatuto Orgánico del Sistema Financiero aplicable a las AFP desde su creación” (Corte Suprema de Justicia SL1688, 2019) el cual en su artículo 97 numeral 1, modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, conlleva a que se establezca en cabeza de las AFP la obligación de otorgar la información suficiente al afiliado, permitiéndole así, elegir el sistema pensional que más le convenga.

ARTÍCULO 23. Modifícase el numeral 1 del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual quedará así:

"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.

En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que estas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios." (Ley 795 de 2003).

La Corte deja claro que el fondo privado de pensiones desde su fundación en el año 1993 tienen el deber de informar al afiliado en los términos antes señalados, y se debe verificar que, en efecto, el afiliado fue debidamente informado antes de tomar la decisión de trasladarse, mediante la entrega de la información necesaria, transparente y objetiva, que permita al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que se ajuste a sus intereses, además del deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, dando a conocer los beneficios e inconvenientes del traslado como la pérdida de beneficios pensionales (Corte Suprema de Justicia, SL1688, 2019).

Debido al no cumplimiento de los requisitos para el traslado por parte de las AFP del RAIS, los afiliados se vieron en la necesidad de iniciar procesos a través de demandas ordinarias ante la jurisdicción laboral en los cuales se busca la

ineficacia del traslado previamente realizado, para así volver nuevamente a Colpensiones, dentro de estas demandas ordinarias para confirmar si el afiliado fue debidamente informado es necesario que los fondos privados de pensiones prueben que el afiliado, una vez manifestó su consentimiento para el traslado, si recibió la información que permita comprender la lógica los beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión (Corte Suprema de Justicia, SL1688, 2019), ante lo cual son estos los que tiene la carga de la prueba.

Cuando se va a instaurar una demanda que busca la ineficacia del traslado del régimen pensional, el afiliado lo único que debe probar es que éste pertenencia al Régimen de Prima Media y que solicito el traslado a un fondo privado alegando que no cumplieron para si con el deber de información establecido en la ley, por lo cual está en cabeza de los fondos privados de pensiones probar que el traslado si se dio por un consentimiento informado, por lo cual se presenta una inversión de la carga de la prueba, y en la medida que no se pruebe en debida forma haber cumplido con el deber de información el acto que ha suscrito el afiliado indiscutiblemente estará recayendo en un vicio en el consentimiento por error de hecho conforme lo establece el Código Civil en su Artículo 1511 (Tribunal Superior de Bogotá, 2020, p. 4).

6. REFLEXIÓN JURISPRUDENCIAL SENTENCIA BASE 31989 DE 2008 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL.

Se hace necesario aquí, abordar y analizar de manera detallada, la posibilidad de declarar la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual se tomará en cuenta una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la cual se emiten diversos pronunciamientos respecto al tema de estudio. Se analizará la Sentencia 31989 de 2008 M.P Eduardo López Villegas en el cual se resuelve un recurso extraordinario de casación presentado por el apoderado de Juan Rafael Vargas Jaramillo en el proceso ordinario proferido en contra de la Sociedad Administradora de Fondos de

Pensiones y Cesantías Porvenir S. A. (Corte Suprema de Justicia Sentencia 31989, 2008, p1).

Juan Rafael Vargas Jaramillo demandó a Porvenir S.A. con la finalidad de que se declarara la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que se ordenara el traslado de los fondos al ISS (Corte Suprema de Justicia Sentencia 31989, 2008). De acuerdo con los antecedentes de la providencia el señor Juan Rafael Vargas, cumplió 55 años de edad el 22 de abril de 1996 y con 20 años de servicios el 14 de septiembre de 1996, por lo tanto, en esta fecha adquirió los requisitos para tener el status de pensionado según lo dispuesto por el Artículo 1 de la Ley 33 de 1985, el señor Vargas indica en la demanda que fue inducido en error a través de engaños, por un asesor de la administradora de pensiones Porvenir S. A. con la promesa de que su pensión sería superior a la que le correspondería en el Régimen de Prima Media al cual estaba afiliado, manifestándole que se le devolvería parte del capital como excedente de libre disponibilidad, también, se le entregó por escrito una proyección, en la cual el monto de la pensión al cumplir 62 años de edad que, mientras en Porvenir la mesada pensional sería de \$1'938.562, en el Instituto De Seguros Sociales, también conocido como ISS, ahora Colpensiones, esta sólo le alcanzaría para la suma de \$1'618.615.

(...) Razón por la cual el señor Vargas firmo el formulario el 6 de abril de 1998 cuando ya había cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación de la ley 33 de 1985. El 10 de julio de 2001 presento solicitud de pensión, la administradora de pensión le reconoció la suma \$970.962,00 esto es, 50% de lo que le había sido prometido inicialmente, seguidamente y en vista de lo ocurrido ya que claramente el monto de pensional era menor, presenta demanda ordinaria laboral con las siguientes peticiones:

(...) La nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, además de ordenar el traslado de los fondos al Instituto de Seguros Sociales y que se condene a la parte demandada al pago de los perjuicios causados, los cuales se tasan en las mesadas que le corresponderían en el régimen de prima media con prestación definida.

(...) En primera instancia el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira absolvió de cargos a Porvenir y el tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira confirmo el fallo de primera instancia alegando que el demandante no estuvo coaccionando, que este actuó por mera voluntad y además era consciente de la

decisión que estaba tomando, ante lo cual se presenta recurso de casación y entre una de las peticiones solicita se aprecie la copia de la solicitud de traslado de régimen; documento que contiene el cálculo de la pensión hecho por la demandada para efectos de buscar el traslado de régimen.

(...) La Corte casa favor del demandante el señor Juan Rafael Vargas contra la sociedad administradora de pensiones Porvenir S. A. y declara inmediatamente la nulidad del primer traslado del actor al régimen de ahorro individual, dando la razón al demandante en cuanto a que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, aduciendo además que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora, en la que ellas tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa adecuada, suficiente y cierta para su traslado, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. A demás condena a la demandada a trasladar a la administradora del régimen de prima media los valores de la cuenta de ahorro individual del actor. (Rosero, 2017, pp. 24-25).

Esta sentencia, fue el abre bocas a un alivio para una gran cantidad de personas de la población, por tanto brinda la posibilidad de que el afiliado recupere su régimen anterior, además de poder exigir a la administradora de fondos de pensiones una información debida para que así se eviten errores por parte de los fondos al presentarle a los afiliados al sistema proyecciones o cálculos equivocados, que hacen incurrir en error al afiliado para que tome la decisión de cambiarse de régimen (Rosero, 2017, p. 26).

Una vez proferida la decisión por parte de la Sala de Casación Laboral, primó la buena fe por encima del principio de la autonomía privada ya que no solo se produce por la información sino por los silencios, si bien no existió constreñimiento o amenazas, “el engaño” tiene su fuente en la falta de información en que incurrió el Fondo al no advertir al afiliado de las contingencias a que quedaba expuesto y de la trascendencia de su decisión. (Rosero, 2017, p. 27).

El grave error estuvo por parte de las AFP que aun sabiendo los riesgos en los cuales podía incurrir los afiliados con el traslado, estos jamás fueron informados, además si se hace énfasis en el deber de información, se debe recordar que las administradoras tienen la carga de la prueba, dentro de la cual la entidad no acreditó que efectivamente hubiera cumplido con su deber de indicar las verdaderas condiciones del derecho a la pensión del afiliado.

Ahora, la AFP declaró en su defensa que el accionante firmo sin ser obligado a hacerlo, pero, la manifestación de voluntad estuvo viciada, situación que se

identificó en el proceso, concluyendo que se trató de del vicio en el consentimiento que alude a un error de hecho, en el sentido de que el error consistió en la falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad, es decir, en el conocimiento verdadero o falso de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida (Corte Constitucional. Sentencia C993, 2006).

En vista de lo anterior se puede concluir que la administradora de fondos de pensiones indujo al demandante de manera errónea al trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en consecuencia, existió un vicio del consentimiento, lo que generó la nulidad del traslado por la omisión o la información defectuosa, a su vez se analiza el hecho de que en vista de que la administradora del fondo de pensiones tiene la carga de la prueba, al demostrar la validez del traslado, la administradora de fondo correspondiente, debió haber probado que el afiliado tenía toda la información y que tomó la decisión unilateral de trasladarse al RAIS contando con el riesgo de perder su régimen de transición, situación que un afiliado en principio no tomaría. (Rosero, 2017, p. 29)

Esta sentencia es una base principal para entender que la función de los fondos privados ha consistido desde su nacimiento en buscar afiliados sin cumplir en debida forma el deber de información, con el objetivo de tener un crecimiento en cuanto a la afiliación de los mismos, sin ilustrarle a cada persona los pros y contras frente a la decisión de cambiarse de régimen ; por lo que lo que se pone de trasfondo es la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan para el afiliado las verdaderas expectativas en materia pensional en el fondo privado (Rosero, 2017.p. 30).

CONCLUSIONES

Efectuado un breve estudio conceptual de la nulidad del traslado en el régimen general de pensiones por vicios en el consentimiento, lo cual llevó a estudiar los antecedentes del sistema pensional en Colombia, pasando por desarrollar los regímenes pensionales y el régimen de transición, entre otros, es

posible concluir, en primer lugar, que con la adopción de la Ley 100 de 1993 el Sistema General de Pensiones consagró un modelo dual, el cual se encuentra conformado por dos regímenes, esto es, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo cual implica que todas las personas que se vinculen al sistema pensional en el estado colombiano, deben tener, obligatoriamente y según la ley y jurisprudencia de las altas cortes, una completa información acerca de este modelo pensional al cual desean vincularse, situación que no fue así desde un principio, pues al notar un nuevo modelo pensional muchas personas se trasladaron del Instituto de Seguros Sociales (Hoy Colpensiones) a un fondo privado, lo cual tuvo como consecuencia falsas expectativas pensionales; hecho que dio como resultado un sinnúmero de demandas hacia estas instituciones y a su vez una falta de seguridad y confianza.

En segundo lugar, como consecuencia de las actuaciones fraudulentas y sin el debido cumplimiento de los requisitos legales en el momento de brindar información con el fin de efectuar un traslado de fondo se genera indiscutiblemente la violación y afectación de la seguridad social como un derecho fundamental de rango constitucional, en la medida que no se garantiza una pensión digna para todos los afiliados, ya que el no darle cumplimiento a este deber se rompe con la buena fe que debe existir en todo vínculo contractual.

En tercer lugar, las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de indicar no solo los aspectos favorables del régimen el cual representan, sino los aspectos negativos de estos a la hora de afiliarse o trasladarse, so pena de dar lugar a indemnizar perjuicios a los afiliados: y esto conlleva a que finalmente se pueda decir que para que se brinde una efectiva seguridad jurídica y protección al afiliado no basta con que a los Fondos de Pensiones se les condene a generar el traslado nuevamente a Colpensiones, sino que se les condene al pago de todos los perjuicios causados, los cuales son los que le habría correspondido al afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida antes del traslado del mismo.

REFERENCIAS

Arana A. Y Guevara G. (2015). *Violación Al Derecho Fundamental a La Información de los Usuarios del Régimen de Ahorro Individual por Parte de las Entidades Administradoras de los Fondos de Pensiones* (Trabajo De Grado).

Recuperada de.

http://bibliotecadigital.usb.edu.co:8080/bitstream/10819/3004/1/Violaci%C3%B3n_derecho_fundamental_arana_2015.pdf

Aristizábal, M. Caicedo, K. Meneses, J. (2014). *Ineficacia del Traslado en el Régimen General de Pensiones por Vicios en el Consentimiento* (Trabajo De Grado). Recuperada de.

https://Repository.Icesi.Edu.Co/Biblioteca_Digital/Bitstream/10906/83195/1/T00830.Pdf.

Arrieta, C. (2011) *Las Reformas del Sistema Pensional Colombiano*. Recuperado de. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/08859.pdf>

Bernal, Viviana. (2019) *Procedencia Excepcional De La Acción De Tutela Para La Declaratoria De Nulidad De Traslado De Regímenes Del Sistema General De Pensiones Obtener Subsidio Pensional* (Maestría en Derecho con énfasis en Derecho del Trabajo). Recuperado de. https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/1876/1/GKAAA-spa-2019-Procedencia_excepcional_de_la_accion_de_tutela_para_la_declaratoria_de_nulidad_de_traslado

Colombia. Congreso de la República. Ley 100. (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, pp. 1-168.

Colombia. Congreso de la Republica. Acto Legislativo 01. (22 de julio de 2005) *Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política*. Recuperado de. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2005.html

Colombia. Congreso de la República. Ley 84. (26, mayo, 1973) *Código Civil De Los Estados Unidos De Colombia*. Diario Oficial. Bogotá, pp. 1-1618.

Colombia. Congreso de la República. Ley 795. (14, enero, 2003) *Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial. Bogotá, pp. 1-65

Colpensiones. (16 de junio de 2010) *Concepto 10912*. recuperada de. https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/cto_iss_0010912_2010.htm

Colpensiones (05 de diciembre de 2019) *¿que se requiere para trasladarse de régimen?*https://www.colpensiones.gov.co/pensiones/Publicaciones/afiliados_colpensiones/que_se_requiere_para_trasladarse_de_regimen

Corte Suprema de Justicia. (25, enero, 2017). *Sentencia SL2358-2017*. Recurso Extraordinario de Casación. Referencia: Radicación n.º 44596. Magistrados ponentes: Fernando Castillo Cadena Jorge y Luis Quiroz Alemán.

Corte Constitucional de Colombia. (29, agosto, 2007). *Sentencia C-663*. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6º del Decreto-Ley 2090 de 2003. Referencia: Expediente D-6603. Magistrado ponente: Manuel Cepeda Espinosa.

Corte Suprema de Justicia. (03 de febrero de 2016). *Sentencia SL1166*. Recurso Extraordinario de Casación. Referencia: Radicación No.60150 Magistrado ponente: Rigoberto Echeverry Bueno. Recuperado de. https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/pdf/csj_scl_sl1166_2016_2016.pdf

Corte Constitucional de Colombia (8 de marzo de 2018) *Sentencia T-090*. Acción de Tutela. Referencia: expediente T-6.435.059. Recuperado de. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-090-18.htm>

Corte Suprema de Justicia (10 de abril de 2019) *Sentencia SL1421*. Recurso de Casación. Referencia: radicación No. 56174. Recuperado de. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/Novedades/SL1421-2019.pdf>

Corte Suprema de Justicia (9 de septiembre de 2008) *Sentencia 31989*

Recurso de Casación. Recuperado de. http://legal.legis.com.co/document/index?obra=jurcol&document=jurcol_759920425175f034e0430a010151f034

Corte Constitucional de Colombia. (29, noviembre, 2006). *Sentencia C-993/06*. Demanda de inconstitucionalidad contra los Arts. 1509, 1510 (parcial) y 1511 (parcial) del Código Civil. Referencia: expediente D- 6349. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería.

Corte Suprema de Justicia (8 de mayo de 2019) *Sentencia SL1688*.

Recurso de Casación. Referencia: radicación No. 68838. Recuperado de. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/Novedades/SL1688-2019.pdf>

Corte Suprema de Justicia (3 de abril de 2019) *Sentencia SL1452*. Recurso de Casación. Referencia: radicación No. 68852. Recuperado de. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/babr2019/SL1452-2019.pdf>

Fany Medina Alemán y Osmar Enrique Godoy (2018) *Outsourcing Financieros y Pensionales para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida* (Trabajo de Grado). Recuperado de. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/16004/1/Outsourcing%20Financieros%20y%20Pensionales%20para%20el%20Regimen%20de%20Prima%20Media%20con%20Prestaci%C3%B2n%20Definida.pdf>

- García, H. (2020) *Incumplimiento Del Deber De Información De Las Administradoras De Fondos De Pensiones: Consecuencias Jurídicas Y Económicas Para Los Afiliados Y El Estado*. (trabajo de grado). recuperado de. http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/14920/2/garciahader_2020_pensionesafpconsecuencias.pdf
- Guzmán, C. (2019) *Sistema Pensional Colombiano: implicaciones de la educación financiera sobre las decisiones de traslado de los individuos*. <https://www.asofondos.org.co/wp-content/uploads/2019/12/dcede2019-46.pdf>
- Instituto Nacional de Contadores Públicos de Colombia. (28 de marzo de 2016). *Perdida del Régimen de Transición de pensiones*. <https://www.incp.org.co/perdida-del-regimen-de-transicion-en-pensiones/>
- Legis Xperta. *Pensión de Vejez en el régimen de ahorro individual* https://xperta.legis.co/visor/rlaboral/rlaboral_bf101896d5633d0470a881826958cfbee1cnf9
- Méndez, A. Sterling, Silvio. (2018). *Régimen de Transición Pensional, Un Estudio de su Aplicación Efectiva de Acuerdo a Las Expectativas Legítimas Adquiridas*. (Trabajo de grado inédito). Universidad Cooperativa de Colombia, Santa Marta, Colombia.
- Ministerio del Trabajo. *Sistema General de Pensiones, sus Regímenes y los requisitos de acceso a las prestaciones*. Recuperado de. <https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/59427428/CARTILLA+PENSIONES.pdf/132bd013-9746-5dba-45e9-c93178a169f6?t=1529373145343&download=true>
- Muñoz, A.M. (2015). *ineficacia del traslado y recuperación del régimen de transición*. Recuperada de. https://xperta.legis.co/visor/rlaboral/rlaboral_01896d5633d0470a881826958cfbee1c/revista-actualidad-laboral-y-seguridad-social-de-colombia/ineficacia-del-traslado-y-recuperacion-del-regimen-de-transicion.

- Rosero, P. (2017). *Nulidad del Traslado entre Regímenes Pensionales, Determinado por los vicios del Consentimiento* (Trabajo de grado). Recuperada de. <https://es.scribd.com/document/369821557/Nulida-Del-Traslado-de-Los-Fondos-Privados>.
- Torres, E. (2016) *Deber de información y asesoría pensional a los afiliados en el sistema general de pensiones Colombia año 2016*. Recuperada de. <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v7n2/v7n2a05.pdf>
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral. (30, julio, 2020). *Expediente N° 1100131050 08 2018 00266 01. Jacqueline Meneses Olarte* contra administradora colombiana de pensiones, Colpensiones y otros. Magistrado Ponente. Diego Fernando Guerrero Osejo.
- Unidad de Pensiones y Parafiscales. (2019) *Régimen de transición*. Recuperado de. <https://www.ugpp.gov.co/preguntas-frecuentes-pensionados>
- Venegas, A. (1996). Antecedentes en la reforma pensional en Colombia. *Revista de Derecho Universidad del Norte*. 6, 1-30