

**INEFICACIA DEL TRASLADO ENTRE LOS REGÍMENES PENSIONALES EN
COLOMBIA**

Nombre de los estudiantes:
NICOLÁS OTÁLVARO RIVERA
PAULINA GIRALDO BOTERO

Pregrado en Derecho
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín
2020

**INEFICACIA DEL TRASLADO ENTRE LOS REGÍMENES PENSIONALES EN
COLOMBIA**

Nombre de los estudiantes:

NICOLÁS OTÁLVARO RIVERA

PAULINA GIRALDO BOTERO

Director del Trabajo de Grado:

EDDISON DAVID CASTRILLÓN GRACÍA

MAGISTER EN DERECHO PROCESAL

Trabajo de grado para optar al título de abogado

Pregrado en Derecho

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Pontificia Bolivariana

Medellín

2020

Declaración de originalidad

Fecha: 18 de febrero de 2020

Nombre de los estudiantes: NICOLÁS OTÁLVARO RIVERA
PAULINA GIRALDO BOTERO

Declaramos 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.



NICOLÁS OTÁLVARO RIVERA
Firma del estudiante



PAULINA GIRALDO BOTERO
Firma del estudiante

INEFICACIA DEL TRASLADO ENTRE LOS RÉGIMENES PENSIONALES EN COLOMBIA

INEFFICIENCY OF TRANSFER BETWEEN PENSIONAL REGIMES IN COLOMBIA

NICOLÁS OTÁLVARO RIVERA

PAULINA GIRALDO BOTERO

Resumen

El 23 de diciembre de 1993 se publicó la Ley 100, “por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social integral y se dictan otras disposiciones”, dicha ley trajo un nuevo panorama en el régimen pensional de Colombia, debido a que el servicio público de la seguridad social pensional, cuya prestación estaba solo en cabeza del Estado, pudo empezar a prestarse por parte de los particulares (Fondos privados de pensiones).

El presente artículo tiene la finalidad analizar la situación en la cual se encuentran inmersos un sin números de afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), que, por malas asesorías, e inducción en error por parte de funcionarios de los fondos privados de pensiones, se trasladaron del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (en adelante RPM), al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Este escrito busca entonces mostrar las características que posee cada uno de los dos regímenes pensionales que actualmente operan en Colombia, identificar cuáles son las ventajas y desventajas que cada uno conlleva para el afiliado e, igualmente, identificar en qué casos se entiende que hay nulidad del traslado de un fondo a otro.

Abstract:

On December 23 of 1993, Law 100 was published “By which Integral Social Security System and other provisions are enacted”, the Law brought a new panorama in Colombia’s pension system, because the Public Social Security service, whose provision was only could be granted from the State, now could begin to be provided by privates (Private Pension Funds).

The purpose of this article is to analyze the situation in which a large number of members of the Individual Savings With Solidarity Regime (hereinafter ISSR) are immersed, which, due to bad advices and cheated information by people from the Private Pension Funds, they moved from the Average Bonus Plan with a Defined Benefit (hereinafter ABPDB), to the ISSR.

This document has the purpose to show the characteristics of each pensional regimes that currently are operating in Colombia, and identify the advantages and disadvantages that each represents to the affiliate, equally, identify in which cases it is understood that are a nullity in the transfer from one fund to other.

Palabras clave: Seguridad Social, Régimen de Prima Media con Prestación Definida, Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Constitución Política de Colombia, Traslado Pensional, Nulidad, Ineficacia.

Keywords: Social Security, Average Bonus Plan with a Defined Benefit, Individual Savings With Solidarity Regime, Colombia’s Political Constitution, Pensional Transfer, Nullity, Inefficiency.

SUMARIO

- 1. CARACTERÍSTICAS DE CADA RÉGIMEN PENSIONAL**
 - 1.1. Régimen de Prima Media con Prestación Definida**
 - 1.2. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad**

- 2. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN EN CADA RÉGIMEN**

- 3. BENEFICIOS DE CADA RÉGIMEN**
 - 3.1. Régimen de Prima Media con Prestación Definida**
 - 3.2. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad**

- 4. TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL**

- 5. CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA TRASLADO DE RÉGIMEN**

- 6. NULIDAD DEL TRASLADO ENTRE REGÍMENES**

INTRODUCCIÓN

Colombia es un Estado Social de Derecho, así lo establece el Artículo 1° de la Constitución Política de 1991. Al poseer esta característica el Estado debe garantizar a sus habitantes un Sistema de Seguridad Social que los proteja en las diferentes etapas y escenarios de la vida.

La Seguridad Social como un deber de los colombianos vincula estrechamente los fundamentos del Estado Social de Derecho con el modelo de seguridad social, cuyos parámetros fueron establecidos por la Constitución Política de 1991 para el desarrollo del modelo de seguridad social y protección social adoptado por Colombia en la Ley 100 de 1993 en sus diversas manifestaciones: pensiones, salud, riesgos laborales, servicios sociales complementarios, protección social y protección al cesante (Cañón, 2017, p.5-29) .

Con la expedición de dicha constitución, se elevó por primera vez a rango constitucional el Derecho a la Seguridad Social con los denominados Derechos Sociales, Económicos y Culturales.

Se establece en el artículo 48 de la Constitución que “el derecho a la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio, que será prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado” (Constitución Política de Colombia, 1991, art.48), así entonces, es en cabeza del Estado que radica la obligación de una prestación efectiva de dicho servicio, y esto teniendo en cuenta los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que en la carta magna se plasman. Si bien es el Estado quien debe garantizar la efectiva prestación del servicio público, se establece en la norma que dicha prestación podrá ejecutarla con ayuda de los particulares y que estos podrán prestar el servicio público de Seguridad Social, pero siempre bajo la supervisión del Estado.

En aras de desarrollar la garantía para que la cobertura de la Seguridad Social se extienda en todo el país, el Congreso expidió la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó un Sistema

Integral de Seguridad Social, a través del cual se consagraron protecciones a la Salud, Pensión y Riesgos Laborales.

En materia pensional se acogió un nuevo sistema, el cual presenta dos posibilidades para los cotizantes, en donde podrían escoger entre el Régimen de Prima Media (RPM) de un fondo de cotización administrado por el Estado o el Régimen de Ahorro Individual Solidario (RAIS) administrado por los fondos de cotización privados, basados en los fondos de pensiones chilenos creados por el gobierno de Augusto Pinochet (BBC Mundo, 2017). En ese sentido, el fondo del Estado estaría entonces en cabeza del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales (en adelante ISS)–hoy Colpensiones-, y los fondos privados¹.

La Ley 100 de 1991 en su Artículo 107, estableció que los cotizantes podrían trasladarse de un Régimen al otro con una periodicidad de mínimo 3 años; sin embargo, la Ley 797 del 2003 modificó las condiciones para poder trasladarse, consagrando que la movilidad entre los Regímenes solo puede realizarse con una periodicidad mínima de 5 años y que si al cotizante le faltan menos de 10 años para cumplir la edad exigida para pensionarse no puede trasladarse de Fondo (Ley 757, 2003).

A finales de los años noventa las Administradoras de Fondos Privados iniciaron una agresiva campaña, para que quienes se encontraban cotizando en el fondo del Estado se trasladaran a los fondos privados y, por ende, al RAIS, dicha campaña se centró en inducir en error al cotizante advirtiéndole que el RPM iba a desaparecer junto con el ISS y que los fondos privados serían más beneficiosos debido a que darían al cotizante un margen de ganancia debido a los rendimientos que genera el ahorro en estas cuentas particulares, tal como ocurre con una cuenta de ahorros bancaria y, dependiendo del perfil de inversión que el cotizante escoja, se generará los correspondientes rendimientos. Dichos traslados fueron en su mayoría coaccionados y desconociendo los requisitos que debían cumplir, por ejemplo, la omisión por parte de los fondos privados de informar al cotizante cuales son los beneficios y cuales las desventajas de dicho Régimen (Leaño, 2017).

¹ Los principales Fondos Privados en Colombia son Protección y Porvenir.

En virtud al sinnúmero de cotizantes inconformes por las características del RAIS y a su imposibilidad de regresar al RPM por los requisitos que trajo la Ley 797 de 2003, se empezó a generar un gran impacto en los estrados judiciales de Colombia, en donde se demandan ante la jurisdicción laboral la nulidad en los traslados, que fueron llevados a cabo sin el lleno de requisitos exigidos por la ley.

1. CARACTERÍSTICAS DE CADA RÉGIMEN PENSIONAL

A continuación, se expondrán las principales características de los dos regímenes pensionales que existen en Colombia, presentando los atributos que cada uno posee, y destacando las ventajas y desventajas que presenta cada uno de ellos de cara al trabajador cotizante.

Hacia el año 1993, en la época del Gobierno de Cesar Gaviria Trujillo, se efectuó el más importante cambio legislativo de la Seguridad Social en Colombia. En este año se intentó modificar radicalmente el sistema de pensiones existente, en el sentido de cambiar el sistema público de pensiones que tiene un Sistema de Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Así mismo, se buscó establecer un Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad.

El Artículo 2° de la ley 100 de 1993 definió los principios que deben guiar todo el Sistema de Seguridad Social y pensional en Colombia, dichos principios son: Eficiencia, Universalidad, Solidaridad, Integralidad, Unidad y Participación.

Cabe anotar que la Constitución Política de Colombia en su Artículo 48 eleva a rango Constitucional los principios de Solidaridad, Universalidad y Eficiencia, al considerar que la Seguridad Social es un Servicio Público Esencial. por otra parte, en el año de 2005 el Acto Legislativo N° 1 (Acto Legislativo N°1, 2005) introdujo un nuevo principio constitucional, el cual se denominó como Principio de Sostenibilidad Financiera, argumentando que para que el Sistema de Seguridad sea viable, debe tener una sostenibilidad a nivel financiero que permita la efectiva prestación del servicio.

La ley 100 de 1993 como principal novedad introdujo una dualidad de Regímenes de Pensiones, en donde no solo se habla del RPM prestado por Entidades del Estado, sino que se empieza a dar aplicación al RAIS, el cual es prestado por Entidades Privadas Administradoras de Pensiones, y si bien son Regímenes diferentes guardan las siguientes características comunes:

- Personas Excluidas: Al momento de la expedición de la Ley 100, hubo un grupo de personas excluidas de este régimen, como lo eran los trabajadores y pensionados de Ecopetrol, los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía, el Presidente de la República, los Magistrados de las Altas Cortes, los Congresistas y los Maestros. (En la actualidad los únicos exceptuados de esta lista son los miembros de las Fuerzas Armadas, los miembros de las Altas Cortes, Congresistas y el presidente).
- Afiliados: Según el Artículo 15 de la Ley 100 hay dos tipos de afiliados:
 - *Obligatorios*: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos y los trabajadores independientes.
 - *Voluntarios*: Todas las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados en el exterior, que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos por la presente ley.
- Cobertura: En común el sistema va a prestar, pensión de vejez, de invalidez y de sobrevivencia.
- Aporte: El aporte va a ser el 16% sobre el salario que el trabajador devengue, y si llegare a ser un salario integral deberá de hacerse la cotización por el 70% de este.
- Responsables del Aporte: Los responsables del aporte son el empleador y el trabajador, el empleador pagará el 12% y el trabajador el 4% restante, en donde el empleador queda facultado a hacer la deducción del salario de dicho aporte.

1.1. Régimen de Prima Media con Prestación Definida

Con base en lo establecido en el artículo 32 de la Ley 100, las características del presente régimen son:

- Se trata de un régimen del Sistema General de Pensiones que es gestionado por el Estado, por un Fondo Administrador llamado Colpensiones, en el cual, los aportes individuales ingresan a un fondo común que financiará la pensión de quienes adquieran el derecho y la calidad de pensionado.
- Este régimen se encuentra regulado por los artículos 31 y siguientes de la Ley 100 de 1993, y se caracteriza por ser un régimen solidario en el cual las pensiones son financiadas por los aportes de quienes aún no se han pensionado.
- En este sistema, todos los aportes son consignados a un fondo común que el mismo Estado gestiona. A través de ese fondo se financia y paga la pensión de los afiliados que adquieren el derecho a la pensión.
- Se adquiere dicho derecho pensional cuando la mujer cumple 57 años o el hombre 62 y cuando se tienen mínimo 1.300 semanas cotizadas y, el monto de la pensión, depende del ingreso base de cotización aportado durante los últimos 10 años, es decir, se promedian los últimos 10 años del afiliado, previa indexación (Gerencie.com, 2017).
- Los aportes de los afiliados y sus correspondientes rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública (Sentencia C-378, 1998), que garantiza el pago de las prestaciones de aquellos que 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 Ley 100 de 1993.

1.2. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

En virtud del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se caracteriza por lo siguiente:

- Los afiliados al presente régimen tendrán derecho al reconocimiento y al pago de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, así como de las indemnizaciones a que hubiere lugar, cuya cuantía se encuentra supeditada a los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros y de los subsidios del Estado, en caso de que hubiere lugar a estos.
- Los aportes en este sistema no van dirigidos a un fondo público común sino a una cuenta individual en la cual se conforma un patrimonio de carácter autónomo propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora. Estas cuentas de ahorro pensional son administradas por las entidades que son autorizadas para tal efecto, las cuales se encuentran sujetas al control y vigilancia del Estado. En dicha cuenta se ven reflejados todos los aportes que realiza el cotizante a lo largo de su vida laboral, en tal sentido, el afiliado tendrá un ahorro individual con los rendimientos que el mismo genere. Una parte de dichos aportes generarán esa capitalización en la cuenta individual de ahorro del afiliado, otra parte será destinada al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiación del fondo y gastos de administración del Régimen.
- Los afiliados al sistema tendrán la posibilidad de escoger y trasladarse libremente entre las entidades administradoras y entre los Fondos de Pensiones conforme la regulación aplicable para tal efecto. Así mismo, podrán seleccionar la aseguradora con la cual contraten rentas o pensiones.

- Las Entidades Administradoras deberán garantizar una rentabilidad mínima del fondo de pensiones que administran.
- El patrimonio de las entidades administradoras garantiza el pago de la rentabilidad mínima y la ejecución del negocio de administración del fondo de pensiones.
- El Estado le garantiza al afiliado los ahorros y el pago de las pensiones a que éste tenga derecho, cuando las entidades administradoras o aseguradoras incumplan sus obligaciones, revirtiendo contra el patrimonio de las entidades administradoras y aplicando las sanciones pertinentes por incumplimiento.
- Los afiliados que hubieren efectuado aportes o cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades del sector público o, que hubieren prestado servicios como servidores públicos, o trabajado en empresas que tienen a su exclusivo cargo las pensiones de sus trabajadores y trasladen la parte proporcional del cálculo actuarial correspondiente, tendrán derecho al reconocimiento de bonos pensionales.
- En virtud del principio de solidaridad, el Estado aportará los recursos que sean necesarios para garantizar el pago de pensiones mínimas, en aquellos casos en que la capitalización de los aportes de los afiliados y sus rendimientos financieros fueren insuficientes, siempre y cuando los afiliados cumplan las condiciones exigidas para el efecto.
- El control y vigilancia de las entidades administradoras de los fondos de pensiones corresponde a la Superintendencia Bancaria.

2. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN EN CADA RÉGIMEN

En el siguiente cuadro se presenta un paralelo de los requisitos que exige cada Régimen para que el afiliado pueda acceder a una pensión de vejez.

Cuadro No. 1. Requisitos para obtener la pensión de vejez en cada régimen

RPM	RAIS
<p><u>Número de semanas cotizadas:</u> Se necesitan cumplir todos los requisitos exigidos por la ley 797 de 2003, en donde se establece para el trabajador un mínimo de 1300 semanas cotizadas al sistema.</p>	<p><u>Número de semanas cotizadas:</u> Un afiliado a los fondos privados regidos por el RAIS para adquirir la pensión debe tener por lo menos 1150 semanas cotizadas, pero acá el factor determinante es que el cotizante en su cuenta de ahorro individual tenga el capital suficiente, a cálculos de 2019 un cotizante para obtener la pensión mínima debía tener como capital la suma de doscientos cuarenta millones de pesos.</p>
<p><u>Monto de la Pensión:</u> El trabajador podrá escoger una de dos posibilidades, el primero es el promedio del Ingreso Base de Liquidación (IBL) de los últimos 10 Años, o el promedio de toda su historia vida laboral cuando esta le resultare más beneficiosa (Ley 100, 1993). Cuando el trabajador llegare a tener más semanas de las necesarias para obtener el</p>	<p><u>Monto de la Pensión:</u> Dependerá del capital que tenga ahorrado en su cuenta de ahorro individual, también dependerá del comportamiento del sistema financiero porque de este dependerán los rendimientos de la cuenta de ahorro; pensando en esto los fondos crearon para los afiliados varios tipos de perfiles de riesgo para el manejo de las cuentas y dependiendo del tipo de riesgo</p>

<p>derecho a la pensión, mayor será el porcentaje de ésta sobre el IBL, nunca pudiendo sobrepasar el 80% ni ser inferior al 65%. (no podrá haber pensiones superiores a 25 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes).</p>	<p>son los rendimientos de las cuentas, teniendo que entre más riesgoso el perfil de riesgo puede llegar a generar más rendimientos o más pérdidas. A diferencia del RPM, en el RAIS no existe un valor máximo de pensión, y cuando el afiliado llegare a cumplir la edad necesaria (62 años hombres y 57 mujeres) y 1150 semana cotizadas y aun así el monto del capital no le alcanzare para pensionarse, el gobierno garantizara los saldos faltantes para garantizarle una pensión mínima al afiliado.</p>
<p><u>Edad de pensión:</u> Se necesitan cumplir todos los requisitos exigidos por la ley 797 de 2003, en este caso el trabajador deberá de tener una edad mínima para obtener el derecho a la pensión de vejez, esto es 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.</p>	<p><u>Edad de pensión:</u> En el RAIS el afiliado no tiene como requisito tener una edad mínima para pensionarse, basta con que tenga el monto mínimo de capital en la cuenta de ahorro individual y así podrá financiar una pensión anticipada.</p>
<p><u>No cumplir los requisitos para obtener la pensión:</u> Se estableció la figura denominada indemnización sustitutiva (Ley 100, 1993), en donde al trabajador se le devolverá un valor equivalente a los aportes que realizo durante su vida laboral. Dicho valor equivale a un Salario Base de Liquidación promedio semanal, multiplicado por el número de semanas</p>	<p><u>No cumplir los requisitos para obtener la pensión:</u> aquellos que para el momento del cumplimiento de las edades previstas en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital</p>

cotizadas, a este resultado se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.	acumulado en su cuenta de ahorro individual. En dicha devolución se encuentran incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fuente: Elaboración propia.

3. BENEFICIOS DE CADA RÉGIMEN

A continuación, se presentan los beneficios o ventajas de pertenecer a uno u otro régimen:

3.1. Régimen De Prima Media Con Prestación Definida

- La tasa de reemplazo no está supeditada a las circunstancias externas tales como la economía o el rendimiento del dinero, tampoco del capital acumulado o aportado.
- La tasa de reemplazo nunca será inferior al 53% del IBL.
- El monto de la pensión no varía según el número de hijos o el estado civil de la persona.
- El monto de la pensión se calcula con el promedio del IBL de los últimos 10 años o el de toda la vida laboral.

3.2. Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad

- Quienes obtendrían una pensión de un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, requieren mil ciento cincuenta (1150) semanas para acceder a la garantía de la pensión

mínima². En ese sentido, obtener una pensión del salario mínimo en el RAIS, permite un menor tiempo de cotización frente al RPM.

- No resulta necesario dar cumplimiento al requisito de la edad en aras de obtener la pensión, en virtud de lo anterior, es posible acceder a una pensión anticipada.
- En el eventual caso de no dar cumplimiento a los requisitos exigidos para obtener la pensión, se accede a una devolución de saldos los cuales incluyen rendimientos.
- En caso de que el afiliado fallezca y éste no tenga beneficiarios, los aportes por éste realizados ingresan a su respectiva masa sucesoral, según la modalidad de pensión que el afiliado tuviere.

4. TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL

La Ley 797 de 2003 contempla en su artículo 2º literal E, la posibilidad de trasladarse de régimen de pensión:

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 797 de 2003)

Así mismo, la Ley 100 de 1993, en su Artículo 114, consagra los requisitos para el traslado de régimen:

ARTÍCULO 114. REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora **comunicación escrita en la que conste que la selección de**

² Es decir, no se requieren entonces las mil trescientas (1300) semanas exigidas en el RPM.

dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones (...).
(Negrilla por fuera del texto)

Al analizar el artículo citado, se puede inferir que efectivamente el afiliado tiene la posibilidad de trasladarse de régimen, siempre y cuando se presente a la respectiva entidad administradora la mencionada comunicación escrita en la cual se evidencie que la selección del régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones. Lo anterior, supedita la posibilidad de trasladarse de régimen, en la medida en que se debe dar cumplimiento a dicho requisito en aras de garantizar la protección y los derechos del afiliado.

5. CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA TRASLADO DE RÉGIMEN

En reiteradas ocasiones, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia, 2019) ha advertido la importancia del deber de obtener un consentimiento informado, toda vez que el proceso de traslado garantiza, previa aceptación del servicio, que el usuario comprenda las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen, lo cual quiere decir que, de manera previa al acto, el afiliado ha recibido toda la información clara, cierta, comprensible y oportuna. Lo anterior ha cobrado tanta trascendencia, al punto que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación al ser éste suscrito por las partes, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información precisado (Corte Suprema de Justicia, 2019).

El Decreto 692 de 1994, consagra en su Artículo 11 *El Diligenciamiento de la selección y vinculación*, al respecto indica que quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a determinada administradora, entonces, el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora a través del diligenciamiento de un formulario previsto para tal efecto por la Superintendencia Bancaria. Dicho formulario deberá contener los siguientes datos: lugar y fecha, nombre o razón social y Número de Identificación Tributaria del empleador, nombre y apellidos del afiliado, número de identificación de éste, entidad administradora del régimen de pensiones

al cual desea afiliarse, datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá ser diligenciado en original y dos copias; la original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado. En tal sentido, sostiene el artículo mencionado que “no se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse”.

La Circular 016 de 2016, expedida por la Superintendencia Financiera, establece el procedimiento para que los afiliados reciban asesoría integral de manera previa al traslado de régimen pensional. Esta Circular busca proteger al afiliado garantizando que su decisión de traslado se realice con el acompañamiento y asesoría de las entidades teniendo presente las circunstancias particulares de cada afiliado. Es por ello que es una obligación tanto de las AFP como de Colpensiones prestar la asesoría a cada afiliado explicando las consecuencias positivas y negativas que acarrea un traslado de régimen. La asesoría que se debe brindar al afiliado necesariamente será clara, expresa, transparente, completa, comprensible, en aras de que el afiliado pueda tomar una decisión con base en la información que le suministra su respectivo Fondo, atendiendo a las ventajas y desventajas que dicho traslado le generará.

Es por ello que los diferentes Fondos Pensionales tienen una carga consistente en el deber de información, con base en la cual el futuro pensionado emitirá una elección libre y voluntaria, lo cual solo es posible una vez el respectivo fondo ha documentado de manera clara y suficiente al trabajador objeto del traslado, de manera que éste cuente con los elementos necesarios para tomar y expresar esa decisión clara y objetiva.

En ese sentido, esa carga que radica en cabeza las Administradoras de Fondos de Pensiones (en adelante AFP), no se agota con la simple elaboración o procesamiento de datos, sino en una asesoría integral, mediante la cual el futuro afiliado pueda lograr un conocimiento

amplio sobre las condiciones y las diferencias de abandonar el Régimen de Prima Media para trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, reiteró su posición respecto a la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando no se da cumplimiento al deber legal de información a cargo de los Fondos de Pensiones. En tal sentido, sostiene la Corte que, desde la fundación de las AFP, las sociedades administradoras de pensiones tenían la obligación de garantizar al trabajador una afiliación libre y voluntaria, a través de la entrega de la información suficiente y transparente que permita al futuro afiliado elegir entre las diferentes opciones que el mercado le ofrece, aquella que mejor se ajuste a sus intereses. Siendo ello así, resulta más que evidente y claro que a pesar de que la ley les permitía lucrarse en virtud del ejercicio de su actividad, correlativamente les impuso un deber de servicio público atendiendo a esa responsabilidad social y empresarial que les asiste.

Con base en lo anteriormente expuesto, la Sala ha defendido la tesis que sostiene que las AFP, desde el momento de su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el “deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de amplia complejidad” afirmación que implica dar a conocer “las diferentes alternativas, con sus beneficios o inconvenientes”, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (Corte Suprema de Justicia, 2019).

En tal sentido la Sala sostiene que estas instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles tanto positivos como negativos de su servicio, ubicando así a estas instituciones en una posición de preminencia frente a los usuarios.

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, permitieron lograr un significativo avance en asuntos de protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social

en pensiones. De esta manera se consagra en el artículo 3° que respecto de las relaciones que puedan surgir entre consumidores y entidades financieras, debe observarse el principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna:

(...) c) **Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.** Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas (...) (Congreso de la Republica de Colombia, 2009).

Así las cosas, se puede concluir la importancia del deber a cargo de las AFP de brindar información clara, cierta, precisa, a los afiliados o futuros afiliados del sistema pensional, protegiendo de esta manera sus derechos y garantizando la adopción de una decisión consciente y libre sobre su futuro pensional. Es por ello, que atendiendo a la trascendental importancia que la Ley y jurisprudencia le da al consentimiento informado, tal como se ha evidenciado en las sentencias mencionadas anteriormente, se ha enfatizado en que el simple consentimiento manifestado en el formulario de afiliación es insuficiente para demostrar el deber de información a cargo del Fondo, lo cual a lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.

6. NULIDAD DEL TRASLADO ENTRE RÉGIMENES

Como se indicó al inicio del presente escrito, Colombia como Estado Social de Derecho debe garantizar un Sistema de Seguridad Social. Es por ello por lo que la Asamblea Nacional Constituyente del año 1991, elevó a rango constitucional el derecho a la Seguridad Social, buscando así garantizar a todos los habitantes dicho derecho. En tal sentido, la Seguridad Social debe verse siempre fundamentada en los principios que rigen la seguridad social, entre los cuales se halla el principio a la *irrenunciabilidad*, según el cual, en caso de darse cumplimiento a los requisitos para acceder al derecho a la pensión, éste no es renunciable.

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 48, sostiene que “el Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley” (Constitución Política de Colombia, 1991). Así mismo, agrega en el mismo artículo que “la Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la Ley”. Es así, como un par de años después, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que se da apertura al Sistema Integral de Seguridad Social, mediante el cual se crearon los subsistemas de salud, pensión y riesgos laborales. De esta manera, el legislador creó un sistema dual según el cual el potencial afiliado debe elegir entre los dos sistemas mencionados anteriormente, RPM o RAIS.

Así las cosas, el afiliado es libre de seleccionar el régimen que considere más beneficioso para sí, teniendo la posibilidad de trasladarse de régimen cada cinco años.

Para realizar un traslado de régimen pensional resulta indispensable que el afiliado reciba asesoría personalizada de las dos administradoras, en aras de garantizar y proteger sus derechos, atendiendo a los beneficios y a las desventajas que dicho cambio genera. La asesoría va directamente relacionada con el derecho a recibir información que, al ser un requisito establecido por la ley previo al traslado, es irrenunciable (Congreso de la Republica de Colombia, 2014).

Al hablar de la nulidad de la afiliación al RAIS, se hace referencia a la existencia de un vicio del consentimiento, -error, fuerza, dolo- en virtud de la declaración de voluntad de quien se obliga, atendiendo a que cuando una persona suscribe un formulario de afiliación con un Fondo Privado, sin observancia de las exigencias establecidas en cuanto al deber de información mencionado anteriormente, se entiende que se está incurriendo en un error.

Ello en el sentido de que la nulidad en el traslado se presenta precisamente porque un afiliado que efectúa un cambio de régimen incurre en error al suscribir un formulario de afiliación, en el cual manifiesta su consentimiento informado, pero que, a la luz jurídica, no fue debidamente informado en cuanto a las consecuencias reales que dicho cambio acarrearía.

Haciendo referencia a los vicios del consentimiento que se encuentran consagrados de manera expresa en el Código Civil (Congreso de la Republica de Colombia, 1873, art. 1508-1810), resulta necesario recordar el error de hecho sobre la especie del acto o el objeto de que trata el artículo 1510 del Código Civil

ARTICULO 1510. ERROR DE HECHO SOBRE LA ESPECIE DEL ACTO O EL OBJETO. El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra.

Este artículo da a entender varios asuntos: 1) la existencia de un error, en la medida en que quien suscribe el acto entiende que del mismo se genera una consecuencia diferente a la real y, 2) la inducción al error por parte de quien promueve y representa a la AFP, al generar un engaño en el cliente que pretende afiliarse.

En ese sentido, se podría llegar a la conclusión de que a pesar de que existen leyes y normas mediante las cuales se protege al afiliado y al potencial afiliado, entre ellas, la que ha sido mencionada en repetidas oportunidades en el presente escrito consistente en el deber de información, se da lugar a un vicio en el consentimiento al no ser esta información clara,

precisa y completa respecto de las implicaciones de la afiliación omitiendo así la importancia y el derecho que tiene el sujeto a conocer y verificar las reales ventajas y desventajas que acarrea dicho acto. En tal medida, al generarse un vicio en el consentimiento, se genera, de manera inevitable, la nulidad en el acto. Así las cosas, la afiliación al régimen debe ser libre y voluntaria, pues en caso de no serlo no se podría predicar solución de continuidad en la afiliación al RPM ya que al vincularse al RAIS no se estaban cumpliendo los parámetros establecidos de manera previa para el consentimiento informado, en la medida en que se requiere que efectivamente la voluntad sea libre, espontánea, voluntaria e informada.

La anulación de la afiliación al RAIS, es permitida cuando aquellas entidades administradoras del régimen hayan incumplido estas expresas obligaciones de información, lo cual genera un engaño que afecta los derechos propios del afiliado.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL 1452 de 2019 al establecer que para que se pueda hablar de una efectiva voluntad libre al momento de tomar dicha decisión, se requiere, necesariamente, que la persona dimensione y proyecte el alcance de las consecuencias que conlleva el tránsito del RPM al RAIS, a través de la proyección que ambos fondos que tramitarán el cambio tienen la obligación de mostrarle al afiliado, lo que acarrea entonces la libertad al momento de ser tomada la decisión, que solo podrá ser justificada cuando la misma se predique con base en la información recibida, tanto positiva como negativa.

Al respecto, la Corte en Sentencia del 9 de septiembre de 2008, expediente 31989 sostiene:

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas,

con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

(...) Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención (Corte Suprema de Justicia, 2008).

De lo anterior se puede inferir entonces que para solicitar la anulación del acto se requiere acreditar una falta de información basada en un engaño que no ha sido producido por la información suministrada por el sujeto que pretende la vinculación del posible afiliado, sino por las evidentes omisiones que guardó con el fin de lograr captar al cliente.

Es en ello en lo que efectivamente recae la nulidad que se declara judicialmente sobre el traslado de régimen, analizando precisamente esas situaciones fácticas y jurídicas que se pusieron de presente al afiliado para el momento de realizar el traslado, pero efectivamente no fueron suficientes, no fueron claras y, por lo tanto, incidieron en la decisión final del afiliado en virtud de omisiones o engaños al no exponer las consecuencias negativas que genera el cambio de régimen.

7. CONCLUSIONES

Frente al sistema pensional en Colombia se presenta una gran contradicción entre el querer del Constituyente y la realidad. En efecto la carta consigno una serie de normas protectoras en materia de Seguridad Social como derecho, esto con el fin de garantizarlo plenamente, sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y el nuevo sistema pensional que este trajo, hizo que el propósito del Constituyente se viera intrincado, debido a que esta reglamentación termino afectando los intereses y derechos de la población cotizante, con el agravante de que un sin número de trabajadores decidieron migrar del RPM al RAIS, estimulados por una publicidad agresiva y engañosa de los Fondos Privados de Pensiones, según la cual al realizar dicho traslado se pensionarían en mejores condiciones, pero como se ha demostrado dicha situación no fue así y en realidad no fue ventajosa en la mayoría de los casos.

Debido a la afectación en la que se vieron envueltos este gran número de trabajadores cotizantes al momento de recibir la pensión y la imposibilidad de regresar al RPM vía administrativa, la acción judicial se ha convertido el mejor mecanismo para que los cotizantes que desean y tienen el derecho de pensionarse en el RPM, declarando la nulidad en la afiliación al RAIS vía judicial.

Evidentemente la protección especial que la Carta Política de 1991 le otorgó a la Seguridad Social ha permitido que hoy en día los casos de nulidad del traslado se puedan tramitar y decidir, en la mayoría de los casos, a favor del afiliado, protegiéndolo y garantizando su derecho a una pensión. A pesar de que al tiempo que se otorgó esta especial protección, se facultó a los particulares para que participaran en la ampliación de la cobertura de la seguridad social, regulando y controlando la administración que radica en cabeza de los fondos privados, en aras de brindar mayores garantías a los afiliados.

En materia de protección pensional y gracias a la Corte Suprema de Justicia, se ha logrado la construcción de unas reglas básicas mediante las cuales se procura el respeto del consentimiento informado del afiliado, con sus ventajas y desventajas calculadas y

proyectadas en cifras, garantizando así la transparencia que asuntos con este nivel de importancia y protección requieren.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Nacional Constituyente. (10 de octubre de 1991). *Constitución Política de Colombia*. Gaceta Constitucional. No.127. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República. Decreto Ley 3743. (7 de junio de 1951). *Código Sustantivo del Trabajo*. Diario Oficial. No.27622. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República. Decreto Ley 2158. (24 de junio de 1948). *Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social*. Diario Oficial. No.44640. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República. Ley 100. (23 de diciembre de 1993). *Por la cual se crea el sistema de seguridad social y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial. No.41148. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República. Ley 797. (29 de enero de 2003). *Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados*. Diario Oficial. No.45079. Bogotá, Colombia.

Congreso de la Republica de Colombia. Acto Legislativo No.1. (25 de Julio de 2005). *Por el cual se adiciona el artículo 48 de la constitución Política*. Diario Oficial. No.45980. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1478. (26 de diciembre de 2014). *Por medio de la cual se establece la obligación de brindar información transparente a los*

consumidores de los servicios financieros y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. No.49376. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1328. (15 de Julio de 2009). Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Diario Oficial. No.47411. Bogotá, Colombia.

Sentencia C 378 de 1998 (Corte Constitucional 27 de Julio de 1998).

Sentencia SL 31989 de 2008 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral 9 de septiembre de 2008).

Sentencia SL 1452 de 2019 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral 3 de abril de 2019).

Sentencia SL 1689 de 2019 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral 8 de mayo de 2019).

BBC Mundo. (2017 de Marzo de 2017). *Chile, la cuna de los fondos privados de pensiones (las AFP), se rebela contra un invento que se extendió por toda América Latina.*

Obtenido de BBC: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-36890288>.

Gerencie.com. (11 de Octubre de 2017). *Régimen de prima media con prestación definida.*

Obtenido de Gerencie.com: <https://www.gerencie.com/regimen-de-prima-media-con-prestacion-definida.html>.

Cañón Ortigón, L. (2017). *La solidaridad como fundamento del Estado Social de Derecho, de la Seguridad Social y la protección social en Colombia.* De Seguridad Social. P. 5-29. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia.