

**REGLAS DE TRASLADO DE LOS REGÍMENES PENSIONALES FRENTE A LA
TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN EL DERECHO DE LA
SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA**



**AMAYA CALA ERIKA
HERNÁNDEZ LINARES LADY JOHANNA**

**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL SOCORRO
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
SOCORRO, SANTANDER**

2021

**REGLAS DE TRASLADO DE LOS REGÍMENES PENSIONALES FRENTE A LA
TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN EL DERECHO DE LA
SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA**



AMAYA CALA ERIKA

HERNÁNDEZ LINARES LADY JOHANNA

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADO

DR. CARLOS FERNANDO MORANTES FRANCO

DIRECTOR

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL SOCORRO

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

SOCORRO, SANTANDER

2021

“Cuando las leyes son claras y precisas, la función del juez no consiste más que en comprobar un hecho”.

Cesare Beccaria (1738 - 1794)

“El derecho se reduce a regular las acciones externas de los hombres y a hacer posible su coexistencia”.

Immanuel Kant (1724 - 1804)

PRESIDENTE – RECTOR SECCIONAL

Dr. Nelson Omar Mancilla Medina

DIRECTOR SECCIONAL DE INVESTIGACIÓN

Ing. Haimar Ariel Vega Serrano

DECANO FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Dr. Carlos Fernando Morantes Franco

COORDINADOR INVESTIGACIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO

Dra. Flor María Torres Guzmán

DIRECTOR DEL TRABAJO DE GRADO

Dr. Carlos Fernando Morantes Franco

JURADOS DEL TRABAJO DE GRADO

Dra. Carmenza Suarez Ávila

Dra. Carmen Cecilia Ruiz Rueda

PÁGINA DE ACEPTACIÓN

NOTA DE ACEPTACIÓN

PRESIDENTE DEL JURADO

JURADO

JURADO

DEDICATORIA

La concepción de este proyecto está dedicada a Dios quien me permite cumplir cada uno de los objetivos que me he propuesto.

A mi familia, principalmente a mis padres, de quienes he recibido el mejor ejemplo de tenacidad como pilares fundamentales en mi vida.

Erika Amaya

El cumplimiento de mis metas y objetivos se lo dedico principalmente a Dios quien me ha ayudado a alcanzar todos los propósitos en mi vida.

A mi familia quienes me han apoyado y me han dado la fortaleza necesaria en los momentos de desesperación y angustia.

Y de manera muy especial a mis hijas quienes han sido el fundamento de todos los esfuerzos que realizo por salir adelante junto a ellas.

Lady Hernández

Resumen: El derecho fundamental a la seguridad social se ha consolidado como un conjunto de instituciones, normas y procedimientos mediante los cuales se garantiza la calidad de vida de las personas por medio de la protección a la dignidad humana ante cualquier contingencia o eventualidad que se presente. En este contexto, las personas al realizar sus respectivas cotizaciones en los regímenes de seguridad social en pensiones buscan asegurar una medida de protección económica derivada de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, lo que de acuerdo a la doctrina y a la normatividad nacional se fundamenta en la teoría de los derechos adquiridos. No obstante, ante la existencia de dos regímenes pensionales legalmente reconocidos en la normatividad correspondientes al régimen de ahorro individual con solidaridad y al régimen solidario de prima media con prestación definida se ha permitido la libre escogencia por parte del cotizante teniendo en cuenta las consecuencias que de ello se derivan. (Ley 100 de 1993, Art 12)

Así, mediante el presente trabajo de investigación se estudiarán los parámetros normativos existentes en relación con las normas de traslado de los regímenes pensionales y la protección a los derechos adquiridos por los cotizantes.

Palabras claves: Derechos adquiridos, derechos fundamentales, régimen de ahorro individual con solidaridad, régimen solidario de prima media con prestación definida, régimen de transición y Pensión.

Abstract: The fundamental right to social security has been consolidated as a set of institutions, norms and procedures through which the quality of life of people is guaranteed through the protection of human dignity in the face of any contingency or eventuality that arises. In this context, people when making their respective contributions in the social security systems in pensions seek to ensure a measure of economic protection derived from the contingencies derived from old age, disability and death, which according to the doctrine and the National regulations are based on the theory of acquired rights. However, given the existence of two pension schemes legally recognized in the regulations corresponding to the individual savings scheme with solidarity and the joint scheme of average premium with defined benefit, free choice by the contributor has been allowed, taking into account the consequences that may arise. they are derived. (Law 100 of 1993, Art 12)

Thus, through this research work, the existing normative parameters in relation to the transfer rules of pension schemes and the protection of rights acquired by contributors will be studied.

Key words: Acquired rights, fundamental rights, individual savings scheme with solidarity, medium premium solidarity scheme with defined benefit, transition scheme and Pension.

Tabla de contenido

Introducción	13
1.1 Noción y fundamento jurídico del derecho a la seguridad social.	16
1.2 Seguridad Social en pensión.....	19
1.2.1 Afiliación al sistema de seguridad social en pensiones.	20
1.2.2 Cotización al sistema general de pensiones.....	21
1.3 Régimen solidario de prima media con prestación definida.	22
1.3.1 Pensión de vejez.....	23
1.3.2 Pensión de invalidez por riesgo común.	24
1.3.3 Pensión de sobrevivientes.....	25
1.4 Régimen de ahorro individual con solidaridad.	26
1.4.1 Pensión de vejez.....	28
1.4.2 Pensión de invalidez por riesgo común.	29
1.4.3 Pensión de sobrevivientes.....	30
1.5 Ventajas y desventajas de los regímenes pensionales.....	30
Capítulo II. Teoría de los derechos adquiridos en materia de pensiones y el régimen de transición.	33
2.1 Los derechos adquiridos y el principio de favorabilidad en un Estado Social de Derecho.....	33

2.2 Los derechos adquiridos en la Jurisprudencia Constitucional.	35
El alcance de los derechos adquiridos (Sentencia C 058 de 2002).....	35
La distinción entre los derechos adquiridos y las meras expectativas. (Sentencia C 453 de 2002).....	35
Ubicación dogmática de los derechos adquiridos (Sentencia C 242 de 2009). .	35
La protección de los derechos adquiridos no es absoluta (Sentencia C 983 de 2010).....	36
La progresividad de los derechos prestacionales (Sentencia C 288 de 2011)...	36
2.3 Los derechos adquiridos en el ámbito pensional.....	36
2.4 Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los derechos adquiridos en materia laboral.....	39
Los derechos adquiridos y el principio de no menoscabo de los derechos de los trabajadores (Sentencia C 177 de 2005).	39
Los derechos adquiridos y el respeto de los cambios normativos (Sentencia C 038 de 2004).	40
2.5 Contextualización jurídica del régimen de transición en pensiones.	40
2.5.1 Modificación del artículo 18 de la Ley 797 de 2003 (Inexequible).....	43
2.5.2 Modificación del Acto Legislativo 01 de 2005.	45
2.6 Excepciones al régimen de transición.....	46

Capítulo III. Parámetros de protección de los derechos adquiridos en relación con el orden normativo del traslado de regímenes pensionales	49
3.1 Procedimiento para el traslado de los afiliados entre los regímenes pensionales.	50
3.1.1 Término de traslado.....	50
3.1.2 Solicitud por medio del diligenciamiento de formulario.	50
3.1.3 Retracto de solicitud de traslado de régimen pensional.	51
3.1.4 Informe de solicitud de traslado a la anterior administradora.	51
3.1.5 Análisis de aceptación o rechazo de traslado.	51
3.1.6 Causales de rechazo de traslado de regímenes pensionales.	52
3.1.7 Traslado de la información y saldos del cotizante.	53
3.1.8 Efectividad del traslado y primera cotización.	53
3.2 Deber de brindar asesoría al trabajador que solicita traslado de régimen pensional.	53
3.3 Pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre el traslado de regímenes pensionales.....	54
3.4 Pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia (Sala Laboral) sobre el traslado de regímenes pensionales.....	57
3.5 La nulidad en el traslado de regímenes pensionales.	60

3.5.1 Pronunciamientos en sede de tutela de la Corte Suprema de Justicia sobre traslados de régimen pensional.....	61
3.6 Propositiones y recomendaciones.....	63
Conclusiones	65

Introducción

Teniendo en cuenta la libertad de selección que poseen las personas respecto al régimen de pensión a escoger al momento de su vinculación o traslado se han de derivar serias consecuencias principalmente respecto al monto de pensión por lo que en determinados eventos el traslado de régimen pensional es irreversible.

En este sentido, se ha de destacar que previamente al traslado de régimen pensional la persona ha de tener claridad sobre los efectos jurídicos y económicos que se derivan del cambio de régimen con el fin de evitar consecuencias nocivas que afecten su derecho fundamental a la seguridad social y la dignidad humana del cotizante y su núcleo familiar, en donde se hace necesario formular el siguiente problema jurídico: ¿Cuáles son las reglas de traslado de los regímenes pensionales frente a la teoría de los derechos adquiridos en el derecho de la seguridad social Colombia?

Lo anterior, debido a que en la actualidad las personas no cuentan con la claridad suficiente al momento de solicitar traslado en su régimen pensional por lo que se genera un escenario fáctico de confusión jurídica y económica que puede permitir el menoscabo de los derechos fundamentales de los cotizantes en observancia a la teoría de los derechos adquiridos en el derecho laboral colombiano.

Por lo que el presente trabajo de investigación se justifica desde una perspectiva académica y social, teniendo en cuenta la necesidad de estudiar el tema dadas las reincidencias solicitadas en sede de tutela respecto a las personas que

se han trasladado de régimen pensional y una vez han conocido las consecuencias que de ello se derivan no les ha sido posible trasladarse nuevamente por no cumplir con los requisitos normativos y jurisprudenciales existentes para los casos sub examine.

Así, para dar solución al problema jurídico anteriormente planteado se deberá cumplir el objetivo general consistente en determinar las reglas de traslado de los regímenes pensionales frente a la teoría de los derechos adquiridos en el derecho laboral colombiano. Por consiguiente, el presente estudio de investigación corresponde a un enfoque jurídico mediante el cual se analiza e interpreta la doctrina y la normatividad de orden nacional e internacional vigente respecto a los parámetros de protección de los derechos adquiridos en el régimen de traslado pensional en Colombia, en este contexto por medio del enfoque teórico se fundamenta un marco de referencia jurídica mediante el cual surge la necesidad de estudiar el presente escenario problémico.

De igual manera, se fundamenta en un tipo de investigación cualitativo correspondiente a un estudio teórico – dogmático en donde se identificarán los parámetros de procedencia y garantía de los derechos adquiridos en el régimen de traslado pensional en Colombia, por medio del cual se utilizarán fuentes de información de tipo secundaria correspondientes a fuentes provenientes de interpretaciones elaboradas por doctrinantes, normas y jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Capítulo I. Aproximación conceptual al derecho a la seguridad social, los regímenes pensionales en Colombia y el alcance de las reglas de traslado entre regímenes.

El presente capítulo tiene por objeto describir los elementos constitucionales y legales del derecho a la seguridad social en relación con el sistema general de pensiones, así como los criterios jurídicos sobre el alcance de las reglas de traslado entre los regímenes pensionales del sistema general de pensiones.

En primer lugar, corresponderá precisar el marco constitucional y legal del derecho a la seguridad social respecto del sistema de pensiones, como derecho general, exigible, irrenunciable y de rango constitucional e internacional. Así mismo, definir su actual alcance como derecho fundamental según la jurisprudencia de la Corte Constitucional. También desde la órbita de la seguridad social como servicio público referidas en cuanto las garantías constitucionales de continuidad en el servicio para los afiliados en el sistema de seguridad social. De otra parte, el fundamento de los principios constitucionales y legales de la seguridad social. El principio constitucional de la progresividad de los derechos sociales. En segundo lugar, puntualizar la estructura normativa del sistema integral de seguridad social por sus características comunes y las características propias del sistema general de pensiones por sus regímenes con relación a la libertad de escogencia y de traslado en referencia a los límites establecidos por la ley. En tercer lugar, identificar las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales. Por último, en cuarto lugar, el derecho de traslado entre los regímenes y el derecho ciudadano a conocer las diferencias entre dichos regímenes.

1.1 Noción y fundamento jurídico del derecho a la seguridad social.

En cuanto a la noción del derecho a la seguridad social, como postulado normativo de carácter general, exigible e irrenunciable que posee un fundamento jurídico nacional e internacional, a partir del ámbito constitucional, legal y jurisprudencial. Es necesario precisar su connotación actual como derecho fundamental autónomo a la seguridad social, y que se traduce indiscutiblemente al sistema general de pensiones.

En este contexto, por medio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional el derecho a la pensión en Colombia se ha identificado como un derecho de raigambre fundamental como un servicio público que se debe garantizar por medio de las garantías legales que de manera previa se han instituido en sede administrativa y jurisdiccional para poder acceder al derecho a la pensión en Colombia; que se deba analizar como un servicio público con garantías constitucionales de continuidad a favor de los afiliados en el sistema de seguridad social en concordancia con los principios constitucionales y legales de la seguridad social.

El concepto de seguridad social en Colombia se ha incorporado al ordenamiento jurídico a partir de la Constitución Política de 1991 como un principio y deber de índole constitucional; fijando de esta manera los principales lineamientos y parámetros axiológicos que se deberán desarrollar y aplicar con posterioridad en la garantía de protección del derecho fundamental a la seguridad social en Colombia.

Lo que se debe contextualizar con los postulados de un Estado Social de Derecho, la cual se caracteriza por encontrarse; *“fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”*. (Constitución Política, 1991, art 1º)

De igual manera, al considerarse un derecho fundamental y un derecho humano se identifica; *“Entre los principales instrumentos internacionales que reconocen la importancia de la seguridad social se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, de 1998, acogidos en la legislación colombiana y que hacen parte del bloque de constitucionalidad”*. (Corte Constitucional, Sentencia T 628 de 2007)

Por lo que la Corte Constitucional a partir de sus primeros pronunciamientos ha buscado generar un escenario de protección y garantía para el ejercicio del derecho fundamental a la seguridad social a todos los habitantes del territorio nacional:

“La seguridad social se considera derecho fundamental sólo sobre la base de los siguientes supuestos: primero, que opere en conexión con otro derecho fundamental; segundo, entendida como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera urgente, la protección del Estado y de la sociedad, por afectar de manera grave e inminente la vida humana o la salud; tercero, ante casos de extrema necesidad, y cuarto, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto. Uno de los avances más notables de la Carta Política, es el que establece la primacía de la realidad, en el sentido de evitar que los derechos fundamentales y las garantías sociales sean meros enunciados abstractos. Por el contrario, el espíritu de la Constitución se inspira en la efectividad de los derechos

fundamentales, pues ellos fundamentan la legitimidad del orden jurídico, por ser esenciales a la dignidad de la persona, fin del orden jurídico universal. Los derechos a la vida y a la salud están en íntima conexión con la efectividad de la seguridad social, ya que todo ser humano tiene derecho a una existencia digna”. (Corte Constitucional, Sentencia T 290 de 1994)

En este sentido, el principal fundamento normativo del derecho a la seguridad social se identifica en el artículo 48 de la Constitución Política de 1991 en donde: *“Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”* teniendo en cuenta que *“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”*.

Derivado de lo anterior, se ha identificado como el principal fundamento legislativo la ley 100 de 1993: *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”* en donde se ha caracterizado el sistema integral de seguridad social por lo siguiente: *“El sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten”*. (Ley 100, 1993, art 1)

En igual sentido se ha ratificado la seguridad social como un derecho: *“El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social. Este servicio será prestado por el Sistema de*

Seguridad Social Integral, en orden a la ampliación progresiva de la cobertura a todos los sectores de la población". (Ley 100, 1993, art 3).

1.2 Seguridad Social en pensión.

En este sentido, al hacer alusión al fundamento constitucional del sistema de seguridad social en pensiones, es de suma importancia citar el párrafo seis (6) del artículo 48 de la Constitución Política de 1991, en donde se establece que: "La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante". (Constitución Política, 1991, art 48, par 6)

Posteriormente, se adiciona un inciso al artículo 48 de la Constitución Política de 1991 por medio del acto legislativo No 01 de 2005 en donde se estipuló que: "El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo". (Acto Legislativo 01, 2005, art 1°)

En este contexto, en relación al desarrollo legislativo mediante el artículo 8° de la Ley 100 de 1993 se instituye la conformación del sistema de seguridad social integral:

"El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley". (Ley 100, 1993, art 8°)

En donde se destaca la existencia del régimen de seguridad social en pensión mediante el cual se ha estipulado como objeto principal:

“Garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones”. (Ley 100, 1993, art 10º)

Y el cual se encuentra comprendido por dos regímenes “excluyentes” pero “coexistentes”; correspondientes a; “Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida” y “Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad”. (Ley 100, 1993, art 12)

1.2.1 Afiliación al sistema de seguridad social en pensiones.

Se destaca la “obligatoriedad” de afiliación al régimen de seguridad social en pensiones para todas las personas que se encuentren vinculadas mediante un contrato de trabajo, como servidores públicos, los trabajadores independientes y las personas naturales que se encuentran vinculadas por medio de orden de prestación de servicios. De igual manera, de manera voluntaria se pueden afiliar los extranjeros residentes en Colombia y los nacionales que se encuentran domiciliados en el exterior.

Haciendo especial énfasis en la libre escogencia entre los regímenes existentes, en donde deberán decidir en cuál de ellos van a cotizar debido a la incompatibilidad de los mismos.

1.2.2 Cotización al sistema general de pensiones.

Las cotizaciones a cualquiera de los regímenes de seguridad social en pensiones deberán ser de carácter obligatorio durante el término de duración del contrato de trabajo o de la prestación de servicios, los cuales deberán ser realizados por el afiliado, el empleador o el contratista con base en el salario o los honorarios devengados. No obstante, la obligación de cotización finaliza cuando el cotizante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez o cuando se pensiona por invalidez.

De igual manera, se ha establecido un límite en la cotización correspondiente a 25 salarios mínimos vigentes para los trabajadores del sector público y privado, en donde no podrán existir pensiones que excedan el anterior valor.

Para los trabajadores independientes la cotización se deberá realizar con base en el valor de los ingresos que declaren ante la entidad que se afilien y que corresponda efectivamente con los valores recibidos, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente para el momento de la cotización.

En este contexto, el ingreso base de liquidación corresponde a *“el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”*. (Ley 100, 1993, art 21)

Por lo que el principal responsable del cumplimiento en las cotizaciones mensuales por parte del afiliado es el empleador, *“el pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno”*. (Ley 100, 1993, art 22)

En donde el incumplimiento de dicha obligación le impondrá al empleador una sanción moratoria consistente a; *“un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso”*. (Ley 100, 1993, art 23)

1.3 Régimen solidario de prima media con prestación definida.

El régimen solidario de prima media con prestación definida se entiende como; *“aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización”* (Ley 100, 1993, art 31)

El cual ha sido identificado por las siguientes características; *“1. Es un régimen solidario de prestación definida, 2. 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; y 3. El Estado garantiza el pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados". (Ley 100, 1993, art 32)

1.3.1 Pensión de vejez.

El cotizante que cumpla con los siguientes requisitos podrá acceder a la pensión de vejez en concordancia con el artículo 9º de la Ley 797 de 2003:

1. Tener cumplidos cincuenta y siete (57) años de edad si es mujer o sesenta y dos (62) años si es hombre.
2. Haber cotizado un mínimo de mil trecientas (1300) semanas en cualquier tiempo.

En este sentido, el monto con el cual se pensionará el cotizante se encuentra estipulado en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 y corresponde al siguiente:

"El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación". (Ley 100, 1993, art 34)

No obstante, en cumplimiento de la garantía de protección del derecho fundamental a la seguridad social en pensión, se ha creado la "Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez", en dónde; *"Las personas que habiendo cumplido*

la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado". (Ley 100, 1993, art 37)

1.3.2 Pensión de invalidez por riesgo común.

Las disposiciones normativas que se encuentran establecidas en el artículo 38 de la ley 100 de 1993 han establecido como *"invalida"* a la *"persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral"*. (Ley 100, 1993, art 38)

El cual deberá acreditar como mínimo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Cuando corresponda a invalidez por enfermedad debería haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad.
- Si se deriva de invalidez por causa de accidente debe haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

En este sentido, el monto correspondiente derivado de la pensión de invalidez corresponderá: *“a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%, y b. El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%”* (Ley 100, 1993, art 40)

En este orden de ideas, el monto pensional no podrá exceder del 75% del ingreso base de liquidación ni podrá ser inferior al salario mínimo legal integral.

1.3.3 Pensión de sobrevivientes.

Las personas que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes serán; *“Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento”* (Ley 100, 1993, art 46)

Los cuáles serán beneficiarios en forma vitalicia o temporal:

En forma vitalicia

“El cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más

años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte” (Ley 100, 1993, art 47, lit. a)

En forma temporal

“El cónyuge o la compañera permanente superviviente, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión”. (Ley 100, 1993, art 47, lit. b)

“Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993” (Ley 100, 1993, art 47, lit. c)

En este sentido, quienes cumplan con los anteriores requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes lo deberán realizar teniendo en cuenta; “El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba, por lo que el monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación”. (Ley 100, 1993, art 48)

1.4 Régimen de ahorro individual con solidaridad.

Se ha constituido como el segundo régimen de seguridad social en pensión que se ha instituido en la Ley 100 de 1993, el cual corresponde al; “Conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados

y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados” (Ley 100, 1993, art 59)

En dónde; “Las administradoras ofrecerán diferentes Fondos de Pensiones, esquema Multifondos, para que los afiliados una vez informados elijan aquellos que se ajusten en mejor forma a sus edades y perfiles de riesgo, de manera que con una adecuada conformación de la cuenta individual y una eficiente gestión de los recursos por parte de la administradora, se procure el mejor retorno posible al final del periodo de acumulación de aportes o hasta cuando el afiliado y/o sus beneficiarios tengan derecho a la pensión bajo la modalidad de retiro programado, si es del caso”. (Ley 100, 1993, art 59)

En el cual se puede acceder a pensión de vejez, de invalidez y de sobrevivientes teniendo en cuenta los aportes que de manera previa se hubiere realizado por el cotizante, el cual se encuentra en una llamada “cuenta de capital” de ahorro pensional para cada afiliado.

No obstante, en este régimen las cuentas de ahorro individual de cada cotizante se han constituido de manera independiente a las cuentas que hacen parte del patrimonio de la entidad prestadora de servicios.

En este sentido, las “*Cuentas individuales de ahorro pensional*” han sido identificadas en la legislación como; “*cotizaciones obligatorias y voluntarias se abonarán a la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado a prorrata del o los Fondos de Pensiones que este elija o a los que sea asignado de acuerdo con la*

reglamentación que expida el Gobierno Nacional, de forma que la cuenta estará conformada por las subcuentas que incorporarán lo abonado en cada fondo”. (Ley 100, 1993, art 63)

1.4.1 Pensión de vejez.

Los cotizantes que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad; *“Tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE”.* (Ley 100, 1993, art 64)

En este sentido, desde una perspectiva garantista se ha creado el beneficio de la *“Garantía de pensión mínima de vejez”* en donde; *“Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión”.* (Ley 100, 1993, art 65)

Las cuales se deberán financiar con los dineros contenidos en las cuentas de ahorro individual que cada uno de los cotizantes posea, contrario sensu, tendrán derecho; *“Quienes a la edad para acceder a la pensión de vejez no hubieren*

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 acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho". (Ley 100, 1993, art 65)

1.4.2 Pensión de invalidez por riesgo común.

Para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común en el régimen de ahorro individual se deberá cumplir con los mismos requisitos establecidos en el régimen de prima media, en lo que consiste a las características físicas del cotizante.

La cual se financiará de igual manera, con los fondos que se encuentran en la cuenta de ahorro del cotizante, el bono pensional y la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. (Ley 100, 1993, art 70)

No obstante, en los casos en los cuales el cotizante no cumpla con los requisitos para acceder a la pensión en el presente régimen pensional, con fundamento en la *"Garantía estatal de pensión de invalidez"* y el principio de solidaridad, *"El Estado garantizará los recursos necesarios para que los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tengan acceso a una pensión mínima de invalidez, cuyo monto mensual será equivalente al salario mínimo legal mensual"* (Ley 100, 1993, art 71)

1.4.3 Pensión de sobrevivientes.

Los requisitos y el monto para acceder a la pensión de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual son los mismos que se encuentran establecidos en el régimen de prima media que se estipularon en los artículos 46 y 48 de la Ley 100 de 1993.

De igual manera, en lo que respecta a los beneficiarios de forma vitalicia y temporal que se han identificado con anterioridad para la pensión de sobrevivientes en el régimen de prima media. Teniendo en cuenta los mismos lineamientos sobre la financiación y la devolución de saldos en los casos en los cuales hubiera lugar.

Por lo que se deben resaltar a manera de conclusión los elementos dogmáticos y jurídicos característicos del sistema general de seguridad social en pensiones con la respectiva diferenciación de cada uno de los regímenes de tipo “excluyente” frente a los cuales los cotizantes poseen la libre disposición de acceder a cualquiera de ellos de manera voluntaria, teniendo en cuenta el previo conocimiento fidedigno y veraz sobre los beneficios otorgados por cada uno de ellos.

1.5 Ventajas y desventajas de los regímenes pensionales.

Al analizar e identificar las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales que se han estipulado en el ordenamiento jurídico colombiano, es de suma importancia destacar la postura doctrinal de Eichler (1992) quien realizó un importante estudio académico que sintetiza lo siguiente:

Sobre las ventajas del régimen de prima media:

1. El sistema de reparto de los costos a cargo de la administración permite un constante y fluido permite recaudar más cotizaciones y garantizar el desembolso de las pensiones.
2. La aplicación del principio de solidaridad permite el acceso de un mayor número de personas al sistema de seguridad social en pensión, en donde se tienen en cuenta los valores de cotización según las capacidades económicas en particular.
3. Las crisis del sistema económico no tienen impacto en el desembolso de las pensiones; ya que no dependen directamente del estado de las finanzas públicas del orden nacional e internacional.

Sobre las desventajas del régimen de prima media:

1. Recibe el impacto de la transición demográfica; en donde se podría incluir el envejecimiento acelerado de la población que alteraría considerablemente el número de cotizantes y pensionados.
2. No existe una relación directa entre la cotización y la pensión, ya que algunos grupos pueden privilegiarse por las disposiciones legales que se expidan para casos en específico.
3. No tiene impacto sobre el ahorro.
4. En algún evento especial, podría necesitar el aporte del presupuesto estatal que agravaría o generaría un déficit fiscal.

Sobre las ventajas del régimen de ahorro:

1. Se fortalece el mercado de capital y el ahorro individual.

2. Existe una ínfima relación entre el ahorro y la pensión a obtener por parte del cotizante.
3. Al existir una pluralidad de administradoras de ahorro pensional se aumenta la competencia que garantiza la eficiencia y rentabilidad.

Sobre las desventajas del régimen de ahorro:

1. Las crisis económicas o políticas podrían afectar los fondos de ahorro.
2. Los valores de administración aumentan por el sostenimiento de las entidades.
3. Se requieren unos parámetros fuertes que garanticen la sostenibilidad de los fondos de ahorro individual.

Por consiguiente, al analizar las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes de seguridad social en pensión, es de suma importancia destacar la necesidad de conocimiento previo por parte del cotizante a fin de evitar situaciones de engaño o confusión.

Capítulo II. Teoría de los derechos adquiridos en materia de pensiones y el régimen de transición.

2.1 Los derechos adquiridos y el principio de favorabilidad en un Estado Social de Derecho.

Mediante los principios generales del derecho se ha establecido que las leyes deben regir a partir del momento de su promulgación, a diferencia de los casos en los cuales mediante la misma ley se estipula un sentido contrario; en donde bajo ningún caso se podrán desconocer los denominados “derechos adquiridos”.

Lo que se fundamenta jurídicamente a partir del artículo 58 de la Constitución Política de 1991 en el siguiente contexto:

*“Se garantizan la propiedad privada y los demás **derechos adquiridos** con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores” (Negrita y subrayado fuera de texto) (Constitución Política, 1991, art 58)*

Es así como la Corte Constitucional mediante su jurisprudencia, de igual manera ha destacado la importancia de brindar garantía a los derechos que se han consolidado con el paso del tiempo y los que no se pueden desconocer con la expedición de una nueva ley;

“No es admisible que una ley que viene a derogar el ordenamiento vigente hasta el momento, afecte situaciones consolidadas, con total desconocimiento de derechos válidamente adquiridos, razón por la cual se justifica que en las leyes se incluyan preceptos que garantizan los derechos y evitan perjuicios y traumatismos por el cambio de legislación” (Corte Constitucional, Sentencia C-450 de 1996)

Es por esto, que se destaca la protección que mediante el ordenamiento jurídico se brinda a los derechos que se han materializado por medio de la aplicación

de los lineamientos jurídicos existentes y que se constituyen como una de las principales características de un Estado Social de Derecho.

Destacando de igual manera, los parámetros jurídicos de la aplicación de la norma en el tiempo; en donde se establece la retroactividad de la ley *“en ciertos casos especiales en virtud del cual una norma se aplica a hechos anteriores a su vigencia”* (Tolosa, 2017, p 15) y la ultra actividad de la ley cuando; *“cuando a pesar de haber perdido su vigencia, sigue regulando situaciones posteriores”* (Tolosa, 2017, p 15)

Es por ello, que para dar aplicación a la norma en el tiempo, es de suma importancia tener en cuenta el principio de favorabilidad con la finalidad de brindar protección a los derechos adquiridos; los cuales no pueden ser desconocidos o vulnerados por leyes posteriores; en observancia a los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en donde estipula para los casos de ultra-actividad que los derechos que han sido establecidos de manera “tácita” en la nueva legislación se deberán aplicar como una condición material permitida en la construcción de las normas;

“En forma expresa y como lo ha definido la jurisprudencia constitucional, se autoriza en la legislación la aplicación ultractiva de la norma, según la cual la ley derogada, puede ser aplicada después de que ha perdido su vigencia frente a la derogatoria expresa o tácita de la misma, regulando hechos que ocurrieron con posterioridad a su derogatoria” (Corte Constitucional, Sentencia C-450 de 1996)

Destacando de esta manera la importancia de brindar protección a los derechos adquiridos y al principio de favorabilidad en el ordenamiento jurídico de un Estado Social de Derecho.

2.2 Los derechos adquiridos en la Jurisprudencia Constitucional.

La Corte Constitucional se ha pronunciado de manera reiterada sobre la teoría de los derechos adquiridos mediante las siguientes temáticas:

El alcance de los derechos adquiridos (Sentencia C 058 de 2002). A partir del artículo 58 superior se garantizan jurídicamente los derechos adquiridos en el ordenamiento jurídico nacional; lo que se constituye en las situaciones concretas que se han consolidado en vigencia de la ley que ha de interpretarse, y que ha sido reformada o derogada por una norma subsiguiente, no obstante, para cada caso en concreto se deberá verificar el cumplimiento de todos los requisitos para acceder al derecho en la vigencia de la ley que ha sido derogada o modificada.

La distinción entre los derechos adquiridos y las meras expectativas. (Sentencia C 453 de 2002). En donde se destaca que los derechos adquiridos son “intangibles”, no obstante, el legislador deberá tenerlos presentes al momento de la expedición de una nueva ley; en donde evitará desconocerlos, por otra parte, las llamadas expectativas son consideradas las probabilidades que posee la persona de algún día poder llegar a obtener algún derecho y que podrán ser modificadas por el legislador.

Ubicación dogmática de los derechos adquiridos (Sentencia C 242 de 2009). En concordancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional se destaca que los derechos adquiridos corresponden a las prerrogativas que han ingresado al

patrimonio de las personas, en cumplimiento de las premisas legales que de manera previa se han establecido para su cumplimiento.

La protección de los derechos adquiridos no es absoluta (Sentencia C 983 de 2010). En la Constitución Política de 1991 y en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha establecido que la protección de los derechos adquiridos no es absoluta, por cuanto en los casos de identificarse un conflicto entre los derechos de los particulares con el interés públicos, el primero deberá ceder ante el segundo.

La progresividad de los derechos prestacionales (Sentencia C 288 de 2011). En un Estado Social de Derecho, una vez alcanzado un nivel de satisfacción en el reconocimiento de los derechos de sus asociados; se establece una limitación de configuración a favor del legislador debido a la prohibición de generar un retroceso en relación a los derechos que han sido previamente reconocidos, lo que en la jurisprudencia constitucional se ha denominado como una prohibición “prima facie”

2.3 Los derechos adquiridos en el ámbito pensional.

En primer lugar, es de suma importancia destacar que el derecho a la pensión se ha constituido bajo parámetros de fundamentalidad en el ordenamiento jurídico colombiano, ya que su vulneración afecta la vida, la dignidad humana y el mínimo vital del trabajador y su núcleo familiar.

Es por esto, que se destaca que la vulneración del derecho pensional; “afecta la vida o coloca en peligro la subsistencia, frente al mínimo vital, ya que la pensión

garantiza la salud, el trabajo y la asistencia o seguridad social” (Corte Constitucional, Sentencia T-297 de 1998)

Y es así como se ha de aplicar el principio de favorabilidad en los casos de encontrarse en pugna el acceso al derecho fundamental a la pensión, en donde se destacan los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales:

- I. El juez por medio de las reglas de la interpretación y la hermenéutica debe brindar aplicación a la norma más favorable para el trabajador o la que brinde mayor protección a sus pretensiones. (Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995)
- II. El juez no está facultado para escoger entre las normas aplicables a su libre arbitrio, ya que se debe adecuar a los parámetros legislativos que brinden mayor favorabilidad al trabajador. (Corte Constitucional, Sentencia T- 01 de 1999)
- III. Todas las decisiones del funcionario judicial en materia de pensiones deben estar debidamente motivadas. (Corte Constitucional, Sentencia T- 545 de 2004)

Por lo que se destaca de manera principal la diferenciación existente entre los derechos adquiridos y las meras expectativas que en palabras de la Corte Constitucional; “para que se consolide un derecho es necesario que antes de que opere el tránsito legislativo se reúnan todas las condiciones necesarias adquirirlo”. (Corte Constitucional, Sentencia C- 789 del 2002)

Es por esto, que la Corte Constitucional ha sido muy enfática al momento de brindar protección a los derechos adquiridos en materia pensional, en donde se destaca la Sentencia T 329 de 2012 en donde el máximo tribunal constitucional reitera que en materia laboral y en específico en las pensiones se deberán respetar en todo momento los derechos adquiridos, lo que se ha consolidado como una línea jurisprudencial uniforme, en donde se han fijado los parámetros necesarios para identificar que cuando un trabajador ha cumplido con los requisitos necesarios para acceder a un derecho; las nuevas leyes laborales que modifiquen los requisitos para acceder al mismo derecho no le pueden ser aplicadas, prohibiéndose de manera expresa la retroactividad de la ley laboral debido a que el trabajador ya tendría un derecho adquirido.

Es así como en relación al cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicios, monto de pensión, entre otros, se le configura al legislador una prohibición al momento de expedir normas en donde se busque la renuncia a los beneficios mínimos que no hacen parte de las expectativas legítimas, sino a los derechos que se han adquirido por sus titulares o a las situaciones que los ha consolidado bajo la titularidad de una persona.

En este orden de ideas, mediante la Sentencia C-781 de 2003 la Corte Constitucional destacó; “que el legislador está autorizado para modificar las normas laborales, sin más límites que los que le imponga la misma Constitución y los derechos fundamentales de las personas”. (Corte Constitucional, Sentencia C-781 de 2003)

Con posterioridad, en materia pensional la Corte Constitucional mediante la Sentencia C 754 de 2004 concluyó que las modificaciones de las normas de seguridad pensional en el régimen de transición que suceden con posterioridad al momento de entrar a regir la norma y de haberse consolidado la situación jurídica de las personas, resultaría en todo caso ilegítimo desconocer tales derechos.

Concluyendo de esta manera, en concordancia con los parámetros jurisprudenciales de la Corte Constitucional a partir de la Sentencia C 168 de 1995 se han fijado reglas uniformes al “indicar que cuando el trabajador ha cumplido con los requisitos para acceder a un derecho, de manera que se puede decir que ese derecho ha pasado a ser parte de su patrimonio personal, la nueva ley laboral o pensional no le puede ser aplicada” (Corte Constitucional, Sentencia T 329 de 2012)

2.4 Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los derechos adquiridos en materia laboral.

De igual manera, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los derechos adquiridos en materia laboral.

Los derechos adquiridos y el principio de no menoscabo de los derechos de los trabajadores (Sentencia C 177 de 2005). La Corte Constitucional reitera que la protección de no menoscabo de los derechos de los trabajadores hace alusión a los derechos adquiridos; más no a las meras expectativas.

Prohibición de utilizar de forma retroactiva las nuevas normas laborales (Sentencia C 177 de 2005) A partir del artículo 16 del Código Laboral se prohíbe

de manera expresa la aplicación retroactiva de las normas laborales en donde se reitera que las normas del derecho del trabajo no tienen efecto retroactivo ya que no deben afectar situaciones definidas o que hayan sido consumadas en concordancia con leyes anteriores.

Los derechos adquiridos y el respeto de los cambios normativos (Sentencia C 038 de 2004). El legislador está autorizado a realizar los cambios normativos con fundamento en el respeto de los derechos adquiridos. No obstante, además de lo anterior el legislador debe respetar “los principios mínimos del trabajo previstos en el bloque de constitucionalidad, el deber de desarrollo progresivo de los derechos sociales, y la prohibición prima facie de retrocesos” (Corte Constitucional, Sentencia C 038 de 2004)

2.5 Contextualización jurídica del régimen de transición en pensiones.

En Colombia el régimen de transición en pensiones se instauró como una medida de protección de los derechos de las personas que se encontraban en una situación jurídica próxima a obtener la pensión con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En este sentido, se destaca de manera principal la regulación jurídica que se ha identificado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993;

“Artículo 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

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.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

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, art 36)

Por consiguiente, es de suma importancia destacar que el régimen de transición finalizó el 31 de diciembre de 2014, en donde se debe brindar protección a las personas que para la fecha cumplían los requisitos, así no hubieran presentado la correspondiente solicitud en el término de vigencia del régimen de transición.

Y es así, que bajo la finalidad de brindar protección a los derechos de las personas que se encontraban próximas a pensionarse para la fecha de entrada en

vigencia del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional se ha pronunciado de manera favorable en virtud de la protección del derecho fundamental a la pensión.

Posibilidad de acumular tiempos de servicios en entidades públicas cotizados en Cajas o Fondos de Previsión Social (Sentencia T 029 de 2017).

Teniendo en cuenta que la seguridad social es un derecho fundamental de carácter irrenunciable y un servicio público de carácter general, es de suma importancia destacar que mediante la Ley 100 de 1993 se introdujo en el ordenamiento jurídico una importante “modificación de las condiciones para acceder a la pensión de vejez de las personas que hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontraban afiliadas a otros regímenes, situación que propició que, con el fin de proteger las legítimas expectativas de algunos afiliados, de acceder a la pensión de vejez, se implementará un régimen de transición”. (Corte Constitucional, Sentencia T 029 de 2017)

Lo anterior, en consideración a que las personas que se encontraban próximas a pensionarse no se vieran afectadas con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Es por esto, que al analizar el régimen de transición según los parámetros interpretativos de la Corte Constitucional se debe tener en cuenta lo siguiente:

- I. **¿En qué consistía el régimen y que beneficios otorgaba?:** Mediante el régimen de transición se establecía que “la edad para acceder a la pensión

de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres”, y en relación a los beneficios del régimen de transición se identifica que las personas que cumplan con los requisitos preestablecidos podrían ser beneficiarios de las prerrogativas de los anteriores regímenes.

- II. **¿Qué trabajadores podían acceder al régimen de transición?:** Al régimen de transición podían acceder tres (3) categorías de trabajadores; las mujeres que para el 1º de abril de 1994 tuvieran 35 o más años de edad, los hombres que para el 1º de abril de 1994 tuvieran 40 o más años de edad; y los trabajadores que acreditaran 15 o más años de servicios a la fecha del 1º de abril de 1994.

De igual manera, es de suma importancia destacar que los parámetros del régimen de transición solo son aplicables en relación a los requisitos de edad, número de semanas cotizadas y monto de la pensión; en donde se destaca que el cumplimiento de los demás requisitos deberá observarse los postulados legales de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que la transición no incluye nuevas reglas para el computo de las semanas cotizadas.

2.5.1 Modificación del artículo 18 de la Ley 797 de 2003 (Inexequible)

Mediante la Ley 797 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 y especiales” se

incorporó una modificación legislativa al inciso segundo, inciso quinto y se realiza una adición al 2º párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en donde se establecía:

“La edad para acceder a la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones, requisitos y monto de la pensión de acuerdo con lo señalado en el numeral 2 del artículo 33 y artículo 34 de esta ley, aplicables a estas personas, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.”

“Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida, con excepción de aquellos afiliados que a 1o. de abril de 1994 tenían 15 o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, caso en el cual podrán pensionarse con el régimen anterior cuando cumplan los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:”

“a) Que se trasladen al fondo común de naturaleza pública del ISS, el capital ahorrado en su cuenta individual de conformidad con las normas previstas por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios;”

“b) Que el capital ahorrado en la cuenta individual, descontado el bono pensional, no sea inferior al monto de las cotizaciones correspondientes en caso que hubieran permanecido en el régimen de prima media administrado por el ISS.”

“Para quienes el 1º de abril de 1994 tenían 15 años de servicios prestados o semanas cotizadas y se hubieren trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, el monto de la pensión vejez se calculará de acuerdo con lo establecido en la Ley 100 de 1993 para el régimen de ahorro individual con solidaridad” (Ley 797, 2003, art 18)

En este sentido, para el caso en estudio es de suma importancia destacar el derogado párrafo 2º del artículo 18 de la Ley 797 de 2003 en donde se hace especial alusión a la protección de los derechos adquiridos a las personas que para la fecha de expedición de la ley contaban con la calidad de pensionados o para quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para acceder a la pensión.

“Para los efectos de la presente ley se respetarán y garantizarán integralmente los derechos adquiridos a quienes hoy tienen la calidad de pensionados de jubilación, vejez, invalidez, sustitución y sobrevivencia en los diferentes órdenes, sectores y regímenes, así como a quienes han cumplido ya con los requisitos exigidos por la ley para adquirir la pensión, pero no se les ha reconocido” (Ley 797, 2003, art 18)

No obstante, con posterioridad la norma en cita fue declarada inexecutable por medio de la Sentencia C 1056 de 2003 correspondiente a una acción de constitucionalidad por vicios de forma al considerarse que:

“En el trámite que en el Congreso de la República se les dio a los artículos 11, 18, 21 y 23 de la Ley 797 de 2003, se incurrió en trasgresión del artículo 157 de la Carta Política, así como de lo preceptuado en la Ley 5 de 1992 (artículos 157, 158, 164 y 167, especialmente), mediante la cual se expidió el reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes. En efecto, ninguno de los cuatro artículos acabados de citar cumplió con el principio de consecutividad en la aprobación de las Leyes que establece el citado artículo 157 de la Constitución, cuyo cumplimiento no puede quedar jamás al arbitrio de los miembros del Congreso, ni a la apreciación de momentáneas circunstancias sobre el número de asistentes a las Comisiones del Congreso”. (Corte Constitucional, Sentencia C 1056 de 2003)

En donde se destaca que en la actualidad el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 se encuentra derogado en su totalidad por vicios de constitucionalidad en el trámite legislativo que le correspondía realizar al congreso.

2.5.2 Modificación del Acto Legislativo 01 de 2005.

Posteriormente, mediante el Acto Legislativo 01 de 2005; “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política” se realizó una incorporación normativa al régimen de transición que se encuentra establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 mediante el parágrafo transitorio 4º en el siguiente sentido:

“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, párr. 4º)

Es allí donde se establece una limitación temporal del régimen de transición en donde se establecía que el desarrollo del régimen en cita no podía excederse más del 31 de Julio de 2010 con excepción de los trabajadores que tengan cotizadas como mínimo 750 semana al momento de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

No obstante, es de suma importancia destacar la demanda de Constitucionalidad contentiva en la Sentencia C-337 de 2006 en contra del Acto Legislativo 01 de 2005, en especial al hacer alusión al parágrafo transitorio 4º se fundamenta la demanda por parte del accionante al considerar que; "incurre en vicios de forma por desconocer los artículos 157 numerales 2 y 3, 161 y 182 de la Constitución, como también los artículos 8 del Acto Legislativo 01 de 2003 y 227 de la Ley 5 de 1992" (Corte Constitucional, Sentencia C 337 de 2006)

Norma que en suma es considerada exequible por la Corte Constitucional al no considerar validos los fundamentos jurídicos sobre los vicios de forma expuestos por el accionante.

2.6 Excepciones al régimen de transición.

Las excepciones del régimen de transición en pensiones se han identificado en los incisos 3, 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en donde se establecieron las siguientes particularidades:

- No se aplicará a las personas que al entrar en vigencia hubieran superado las edades mínimas de 35 y 40 años de edad, no obstante, se establece en la misma norma que se podrá acoger de manera voluntaria al régimen de ahorro individual con solidaridad con la sujeción a las normas que mediante dicho régimen se estipulan en las normas laborales.
- Tampoco se aplicará a las personas que escogieron el régimen de ahorro individual y con posterioridad se trasladaron al régimen de prima media.
- Finalmente, se estipula una excepción a las personas que a la fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993 ya hubiesen cumplido los requisitos para acceder a una pensión de vejez o invalidez con fundamento en normas favorables que con antelación se encontraban vigentes, así no se hubiese realizado el reconocimiento del derecho.

No obstante, se ha de citar la Sentencia C 789 de 2002 en donde la Corte Constitucional declaró exequible el inciso 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el siguiente contexto:

“El régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media”.
(Corte Constitucional, Sentencia C 789 de 2002)

De donde se destaca la importancia del pronunciamiento jurisprudencial claro y expedito mediante el cual la Corte Constitucional establece unos parámetros de excepción claros respecto al traslado de regímenes pensionales en Colombia.

Capítulo III. Parámetros de protección de los derechos adquiridos en relación con el orden normativo del traslado de regímenes pensionales

En Colombia existe un parámetro de edad mínimo requerido respecto a la edad de la persona que desea trasladarse de régimen pensional; correspondiente a diez (10) años previos a cumplir la edad de pensión.

Por consiguiente, en este contexto es de gran importancia destacar el siguiente cuadro resumen de los dos regímenes de seguridad social existentes actualmente en el ordenamiento jurídico colombiano:

Característica	Sistema general de Pensiones	
	Régimen de Prima Media	Régimen de Ahorro Individual
Requisitos	1,300 a partir de 2015	Contar con el capital suficiente para tener derecho a una pensión de por lo menos el 110% de una renta vitalicia de SMLMV.
Edad de Pensión	62 Hombres - 57 Mujeres	62 Hombres - 57 Mujeres o con el capital suficiente.
Garantía de pensión mínima	Edad y semanas requeridas	Edad, 1150 semanas y no contar con otros ingresos, rentas o recursos
Monto de la pensión	Se calcula como un promedio del ingreso de los últimos 10 años	Se calcula a partir del ahorro realizado con sus respectivos rendimientos
Destino de los aportes	Fondo de naturaleza común	Cuenta de ahorro individual
Recursos para el afiliado en caso de no cumplir requisitos de pensión	Indemnización sustitutiva: Aportes + inflación	Devolución de saldos: Aportes + inflación + rendimientos reales.
Administradora	Colpensiones (Entidad pública)	Porvenir, Protección, Skandia y Colfondos. (Fondos privados)

Fuente: Min Hacienda, 2013

3.1 Procedimiento para el traslado de los afiliados entre los regímenes pensionales.

3.1.1 Término de traslado.

El trabajador al solicitar el traslado de régimen pensional debe cumplir de manera principal con el término de edad mínimo que faltará para acceder a la pensión; el cual correspondía a cinco (5) años en observancia del literal e. del art. 13 de la Ley 100 de 1993 que con posterioridad fue modificado por la Ley 797 de 2003 en donde se instituyó un plazo mínimo de diez (10) años para el cumplimiento de la edad para tener el derecho a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida.

Así mismo, para solicitar el traslado de sociedad administradora en el régimen de ahorro individual RAIS, el término legal que se ha establecido corresponde a seis (6) meses en concordancia con los arts. 107 de la Ley 100 de 1993 y 16 del Decreto 692 de 1994.

3.1.2 Solicitud por medio del diligenciamiento de formulario.

El usuario debe formalizar su solicitud de traslado por medio del diligenciamiento del formulario que previamente ha sido establecido y diseñado para dichas solicitudes; en el cual se indica que para el traslado de regímenes deberá presentarse ante las administradoras del RAIS, ante el empleador o ante la nueva entidad administradora y, cuando se trate de traslado entre regímenes pensionales, ante cualquiera de las administradoras.

3.1.3 Retracto de solicitud de traslado de régimen pensional.

El trabajador podrá solicitar el “retracto” de su decisión de traslado, en donde deberá manifestarlo de manera formal por cualquier medio verificable dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la solicitud inicial de traslado en concordancia con los términos establecidos en el art. 2.2.2.2.1 del Decreto 1833 de 2016.

3.1.4 Informe de solicitud de traslado a la anterior administradora.

La nueva administradora deberá informar a la anterior a más tardar el octavo (8) días de cada mes sobre las solicitudes de traslado que hubieren sido radicadas en el transcurso del anterior mes; en donde deberá anexar una tabla con los nombres, identificación y los formularios de solicitud de traslado presentados por los trabajadores.

3.1.5 Análisis de aceptación o rechazo de traslado.

Le corresponderá a la administradora anterior verificar el cumplimiento legal de los requisitos de traslado de régimen, en donde deberá informar a la nueva administradora, al afiliado y al empleador la procedencia o no de dicha solicitud; la cual se deberá presentar a más tardar el día 23 respecto del informe presentado en el numeral anterior.

En este sentido, la entidad administradora anterior deberá diligenciar un formato que contenga como mínimo la siguiente información:

“3.5.1. Nombre o razón social de la nueva entidad administradora

3.5.2. Fechas del reporte de las solicitudes de traslado y del informe de verificación de los requisitos legales

3.5.3. Nombre y apellidos del solicitante

3.5.4. Documento de identificación

3.5.5. Procedencia o improcedencia de la solicitud. Causal

3.5.6. Nombre completo, cargo y firma del funcionario responsable” (Superintendencia Financiera de Colombia, Circular Externa 024 de 2018)

Lo anterior en observancia de la Circular Externa 024 de 2018 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

3.1.6 Causales de rechazo de traslado de regímenes pensionales.

No obstante, en caso de rechazo de traslado de regímenes pensionales le corresponderá a la anterior verificar que el trabajador no se encuentre in curso de alguna de las siguientes excepciones:

“3.6.1. Fecha de la última selección menor a 6 meses (cambio entre administradoras del RAIS)

3.6.2. Fecha de la última selección menor a 5 años (traslado entre regímenes pensionales)

3.6.3. Que al afiliado le falten 10 o menos años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida (traslado entre regímenes), salvo que se trate de una solicitud de traslado soportado en el acceso a una pensión familiar, de conformidad con el art. 5 del Decreto 288 de 2014.

3.6.4. En disfrute de pensión

3.6.5. Solicitud de pensión en trámite

3.6.6. No afiliado”. (Superintendencia Financiera de Colombia, Circular Externa 024 de 2018)

En este contexto, en los casos en los que el trabajador cumple con los requisitos y de acceder a la solicitud de traslado de régimen pensional se deberá expresar mediante un informe formal la fecha en la cual empieza a surtir efectos el

traslado y la exactitud del mes en el que se empezará a cotizar en la nueva administradora.

3.1.7 Traslado de la información y saldos del cotizante.

A partir del cumplimiento del día que empieza a surtir efectos el traslado del régimen pensional, le corresponderá a la anterior administradora dentro de un plazo máximo de treinta (30) días para transferir los recursos pertinentes y remitir la información respectiva a la nueva administradora, dejando expresa constancia de la transferencia.

3.1.8 Efectividad del traslado y primera cotización.

El traslado de régimen pensional surte efectos a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de solicitud de traslado y vinculación a la nueva administradora.

De igual manera, la primera consignación de aportes a la nueva administradora se deberá realizar durante el término del mes siguiente dentro del cual se hace efectivo el traslado.

3.2 Deber de brindar asesoría al trabajador que solicita traslado de régimen pensional.

En concordancia con el artículo 9º de la Ley 1328 de 2009 adicionado por el párrafo 1º del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014 se establece la siguiente obligación:

“Las Administradoras del Sistema General de Pensiones deberán garantizar que los clientes que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia”. (Ley 1328, 2009, art 9º)

En donde se debe partir del postulado que corresponde a las administradoras el deber de garantizar que los afiliados que tengan la intención de trasladarse reciban la debida y verídica asesoría legal por parte de los representantes de los dos regímenes.

3.3 Pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre el traslado de regímenes pensionales.

La Corte Constitucional por medio de la revisión en sede de tutela se ha pronunciado de manera positiva en relación con el establecimiento de los parámetros necesarios para la solicitud de traslado de régimen pensional, en donde se destaca de manera principal los siguientes:

- I. **Sentencia T 427 de 2010:** Mediante la sentencia de tutela la Corte Constitucional establece que la finalidad de establecer un límite temporal para la solicitud de traslado correspondiente a un mínimo de diez (10) años para acceder a la pensión, “obedece a la finalidad constitucional de evitar la descapitalización del sistema general de pensiones y asegurar de este modo el pago futuro de las pensiones de los afiliados y el reajuste económico de las mismas” (Corte Constitucional, Sentencia T 427 de 2010)
- II. **Sentencia T 1014 de 2010:** La Corte Constitucional identifica los parámetros que deben cumplir las personas que desean pensionarse en concordancia

con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003:

- Una vez realizada la escogencia inicial, el trabajador solo podrá trasladarse una sola vez cada cinco (5) años a partir de la selección inicial o desde la última solicitud de traslado.
- Debe realizar la solicitud de traslado de régimen pensional cuando le faltará más de 10 años de edad para cumplir con el requisito para acceder a la pensión de vejez.
- Debe trasladar al régimen de prima media todo el fondo realizado en el régimen de ahorro individual.
- Los ahorros realizados en el “RAIS” no podrán ser inferiores al monto total del aporte en los casos en lo que hubiere permanecido en el régimen de prima media.

III. Sentencia T 892 de 2013: Se hace alusión a la acción de tutela como un mecanismo excepcional para el reconocimiento de los derechos pensionales, en donde solo será procedente; “tratándose de sujetos que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, tales como las personas de la tercera edad, o madres cabeza de familia, o personas con limitaciones físicas o psíquicas” (Corte Constitucional, Sentencia T 892 de 2013)

IV. Sentencia T 237 de 2015: La Corte Constitucional unificó la jurisprudencia en relación al traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima

media de los beneficiarios del régimen de transición, que corresponden a un derecho reconocido a las personas que al 1º de abril de 1994 tuvieran 15 años o más de servicios cotizados.

V. Sentencia T 211 de 2016: Se establece la regla jurisprudencial sobre el “Traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en el caso de los beneficiarios del régimen de transición” en la siguiente medida;

- Solo las personas que para el 1º de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993 tuvieran cotizado 15 años o más de servicio podrán trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en cualquier momento conservando los beneficios del régimen de transición; con la obligación de trasladar el total de los ahorros que había realizado en el régimen de ahorro individual que no podrá ser inferior al monto total del aporte que hubiera realizado en el régimen de prima media.
- Los beneficiarios del régimen de transición deben cumplir con el requisito de edad que se encuentra instituido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, quienes no podrán solicitar traslado de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para acceder a la pensión de vejez.
- Los demás cotizantes podrán solicitar traslado de régimen pensional por una sola vez cada cinco (5) años en observancia de tener más de

diez (10) años para cumplir la edad correspondiente para acceder a la pensión de vejez.

Por consiguiente, mediante el anterior análisis jurisprudencial se evidencia la posición proteccionista que ha representado la Corte Constitucional en relación con la protección del derecho fundamental a la seguridad social y a los derechos adquiridos mediante el régimen de transición de los cotizantes del Sistema General de Seguridad Social en Colombia.

3.4 Pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia (Sala Laboral) sobre el traslado de regímenes pensionales.

El máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria de igual manera ha fijado parámetros de interpretación sobre los requisitos, deberes y obligaciones que se deben cumplir al momento de solicitar un traslado de régimen pensional:

Por consiguiente, a continuación, se relacionarán de manera sucinta las jurisprudencias paradigmáticas mediante las cuales la Corte Suprema de Justicia ha fijado las reglas de doctrina probable para el caso sub examine:

- I. Deber de las administradoras de fondos de brindar asesoría veraz y transparente:** “Desde su fundación las sociedades administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de entregar la información suficiente, transparente, cierta y oportuna, que permita al afiliado elegir de entre las distintas opciones posibles aquella que mejor se ajuste a sus intereses, garantizando una afiliación libre y voluntaria precedida del respeto a las

personas e inspirada en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público” (Corte Suprema de Justicia, SL1897-2019, 29/05/2019)

- II. La transparencia de la información entregada a los usuarios por las entidades administradoras de pensiones:** “En tratándose de traslado de régimen pensional, la transparencia es una norma de diálogo que impone a la administradora de pensiones la obligación de dar a conocer al afiliado toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro” (Corte Suprema de Justicia, SL1845-2019, 28/05/2019)
- III. Obligaciones de las entidades administradoras de pensiones:** “Brindar el servicio de re asesoría al afiliado no sana el incumplimiento de la administradora de pensiones de su deber de información por dos razones: la primera, porque el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad implica la pérdida de los beneficios derivados del régimen de transición y, la segunda, porque la oportunidad de información se juzga al momento del acto jurídico del traslado no con posterioridad -un dato sólo es relevante y útil si es oportuno” (Corte Suprema de Justicia, SL1688-2019, 08/05/2019)
- IV. Ineficacia del traslado de régimen pensional:** “La reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia y el examen del acto de cambio de régimen por transgresión del deber de información debe abordarse desde esa institución y no por la vía de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas -vuelta al

status quo ante-, por ende, no es viable exigirle al afiliado probar la existencia de vicios del consentimiento” (Corte Suprema de Justicia, SL1689-2019, 08/05/2019)

- V. Requisitos y obligaciones para el traslado de régimen pensional:** En relación a los requisitos la Corte Suprema de Justicia ha establecido; “Cuando un afiliado toma la decisión de trasladarse de régimen pensional, las entidades administradoras ya sean del RPM o del RAIS son las encargadas de demostrar que informaron al afiliado de los riesgos de su traslado y los beneficios de este” y respecto a las obligaciones se ha instituido, “En lo relacionado con traslados entre regímenes las entidades administradoras de pensiones tienen el deber ineludible de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer de manera cierta, oportuna y transparente 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 -deber de información, asesoría y buen consejo, doble asesoría” (Corte Suprema de Justicia, SL1584-2019, 30/04/2019)
- VI. Facultad para recuperar el beneficio de transición:** Se establece que solo tienen facultad de recuperar el beneficio de la transición pensional, los afiliados que se trasladaron al régimen de ahorro con solidaridad, las personas que retornaron al de prima media con prestación definida y a la

fecha tengan 15 años o más de servicios al 01º de abril de 1994. (Corte Suprema de Justicia, SL2124-2019, 05/06/2019)

VII. Nulidad de los traslados de los regímenes pensionales en donde los usuarios no recibieron asesoría adecuada: Por medio de un reciente pronunciamiento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia se enfatizó que los asesores de los sistemas pensionales deben verificar la satisfacción de información al momento de suministrar al afiliado las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales; ya sea privado o público.

Por consiguiente, al ocultarse o crear un sesgo en el afiliado que proporcione ignorancia o desconocimiento respecto a las consecuencias negativas frente al traslado se genera una nulidad respecto al proceso de traslado del régimen pensional en constitución y con fundamento a la teoría de los derechos adquiridos en el sistema. (Corte Suprema de Justicia, SL373-2021, 10/02/2021)

3.5 La nulidad en el traslado de regímenes pensionales.

En concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia anteriormente citada se reitera el deber de brindar información al usuario de una manera clara, precisa y transparente sobre los regímenes de seguridad social frente al cual pertenece o se desea trasladar.

En donde se destaca que el usuario debe conocer las incidencias que pueden afectar sus derechos prestacionales en el caso de realizar un traslado de régimen

pensional en donde se le debe proporcionar de igual manera una documentación clara y precisa sobre las consecuencias jurídica que representan dicha afiliación so pena de acarrear la ineficacia del acto jurídico.

Lo que podría constituirse como un vicio de consentimiento ante una situación de engaño en las afirmaciones o silencios por parte de las administradoras de fondos de pensiones y que se constituye relevante al momento de tomar una decisión por parte del cotizante.

3.5.1 Pronunciamientos en sede de tutela de la Corte Suprema de Justicia sobre traslados de régimen pensional.

Por medio de una revisión sistemática del fundamento jurisprudencial en sede de tutela de la Corte Suprema de Justicia se han identificado las últimas sentencias de carácter paradigmático que han sustentado el estudio de investigación sub examine:

En este sentido, se han de exponer las siguientes jurisprudencias:

Sentencia de Radicación N° 61510 (STL213-2021) del dieciocho (18) de enero de dos mil veintiuno (2021): Se amparan los derechos fundamentales de la accionante contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá; lo que se derivó de un proceso ordinario laboral que se promovió en contra de Colpensiones y la AFP Porvenir S.A, en donde se buscaba que se declarara la nulidad de la vinculación de un traslado de régimen de prima media a régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que en el momento del traslado no se aportó al cotizante una información clara, transparente y verídica sobre las consecuencias

que conllevaría el traslado al régimen privado. (Corte Suprema de Justicia, Radicación N° 61510)

Sentencia de Radicación N° 61640 (STL11912-2020) del dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020): Corresponde a un fallo de primera instancia de acción de tutela en contra de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá; en donde se realiza un importante análisis fáctico de una asesora de pensiones quien diligenció de manera autónoma el formato de traslado de régimen de fondo pensional; y no obstante, con posterioridad buscó que dicho traslado no tuviera eficacia alguna, lo cual, para la Corte Suprema de Justicia no resulta procedente, toda vez que “se tiene en cuenta que la misma actora fue quien se autoasesoró y autoinstruyó al suscribir su formulario de afiliación en calidad de representante de Porvenir S.A., sumado a que, por obvias razones, conocía las características de cada uno de los regímenes, dado sus funciones como asesora comercial de Porvenir S.A”. (Corte Suprema de Justicia, Radicación N° 61640)

Así mismo, por medio de la sentencia en cita se ha reiterado sobre el precedente jurisprudencial que se ha solidificado a través de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en donde se argumenta que:

“Es menester precisar que en sentencias CSJ STL4759-2020, CSJ STL5435-2020, CSJ STL5551-2020, CSJ STL7839-2020 y CSJ STL7840-2020 entre muchas otras, esta Corporación amparó los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad social y debido proceso de los entonces accionantes con ocasión a que los Tribunales entonces convocados desconocieron el precedente solidificado desde hace más de una década por esta Sala de la Corte, en cuanto a que (i) el deber de información de las AFP no se acredita con la suscripción del formulación por parte del afiliado, (ii) en los casos de ineficacia del traslado se invierte la carga de la prueba, (iii) no solo es aplicable para beneficiarios

del régimen de transición y (iv) el demandante no tiene la obligación de conocer las diferencias de los regímenes pensionales o sus aspectos, pues el deber de información recae de manera estricta en las AFP". (Corte Suprema de Justicia, Radicación N° 61640)

Lo anterior, se ha de analizar como una reiteración jurídica que estipula de manera clara las responsabilidades de los fondos de pensión que a través de sus asesores deben propender por brindar protección a los derechos fundamentales de los cotizantes, a partir de una información clara, veraz y completa sobre los beneficios y consecuencias que conlleva el traslado de régimen pensional para cada caso en concreto; a fin de evitar una nulidad e inclusive consecuencias jurídicas derivadas de conductas constitutivas de un accionar que no cumple con los lineamientos de protección constitucional que protege los derechos de los trabajadores en Colombia.

3.6 Propositiones y recomendaciones.

El derecho a la pensión por su carácter fundamental debe contar con altos parámetros de protección jurídica y administrativa por parte de las autoridades nacionales, con el fin de garantizar a los cotizantes lograr acceder a la pensión de una manera eficaz y con la suficiente seguridad jurídica que le permita gozar de su derecho prestacional.

No obstante, los representantes comerciales de las administradoras de pensiones con el fin de lograr metas laborales en el número de afiliados omiten o guardan información sobre las consecuencias jurídicas y económicas que afectan al cotizante que decide solicitar un traslado de régimen pensional.

Por consiguiente, por medio del presente estudio académico e investigativo se reitera la necesidad de establecer unos parámetros legislativos claros y expresos mediante los cuales todos los usuarios cuenten con el conocimiento veraz sobre cada caso en concreto de las consecuencias o beneficios que se derivan de la solicitud de traslado de régimen pensional.

Conclusiones

El Sistema General de Seguridad Social en pensiones se ha consolidado como un derecho de índole fundamental por medio del cual se garantiza la dignidad humana, la vida, el mínimo vital, entre otras, prerrogativas al trabajador y a su núcleo familiar.

Es por esto, que le corresponde al Estado garantizar la optimización y efectividad del acceso y permanencia de las personas que cumplan con los requisitos que de manera previa se han establecido para cada uno de los regímenes que han sido previamente determinados.

Por consiguiente, al cotizante se le ha facultado por medio de la ley la facultad de escoger de manera libre y voluntaria el régimen frente al cual desea permanecer y realizar sus aportes.

No obstante, al solicitar el traslado de un régimen pensional a otro se genera una serie de consecuencias jurídicas que pueden concebir un beneficio o una vulneración a los derechos que de manera previa se han reconocido por medio del cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión en cada caso en particular.

Es por esto, que se destaca la existencia y aplicación de la teoría de los derechos adquiridos por medio de la cual se busca brindar protección a los beneficios y derechos que en materia pensional hace parte del patrimonio personal del trabajador quien ha cumplido con los requisitos que de manera previa se ha incorporado en la Ley.

Y es así como se destacan los parámetros legales del régimen de transición instituidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que con posterioridad han sido interpretados por la Corte Constitucional de manera favorable al trabajador.

De lo que se deriva que el legislador al momento de incorporar al ordenamiento jurídico la Ley 100 de 1993 fue cuidadoso y diligente con el fin de evitar posibles vulneraciones sobre los derechos adquiridos de los cotizantes, diferenciando los que se han considerado como “meras expectativas”

En donde se destaca nuevamente los parámetros jurisprudenciales mediante las cuales se han establecido las reglas de traslado de los regímenes pensionales frente a la teoría de los derechos adquiridos en concordancia con la sentencia de Tutela 211 de 2016 en donde se establece la regla jurisprudencial sobre el “Traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en el caso de los beneficiarios del régimen de transición” en la siguiente medida;

- I. Solo las personas que para el 1º de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993 tuvieran cotizado 15 años o más de servicio podrán trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en cualquier momento conservando los beneficios del régimen de transición; con la obligación de trasladar el total de los ahorros que había realizado en el régimen de ahorro individual que no podrá ser inferior al monto total del aporte que hubiera realizado en el régimen de prima media.

- II. Los beneficiarios del régimen de transición deben cumplir con el requisito de edad que se encuentra instituido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, quienes no podrán solicitar traslado de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para acceder a la pensión de vejez.
- III. Los demás cotizantes podrán solicitar traslado de régimen pensional por una sola vez cada cinco (5) años en observancia de tener más de diez (10) años para cumplir la edad correspondiente para acceder a la pensión de vejez.

Lo anterior, en correspondencia a la solución del problema jurídico planteado en la identificación del escenario problémico dada la necesidad de abordar el tema frente a la posible vulneración de los derechos fundamentales de los cotizantes ante la ausencia de un conocimiento claro, veraz y transparente sobre las consecuencias que se derivan de la solicitud de traslado de régimen pensional.

Así mismo, de manera especial se enfatiza la importancia que posee el presente estudio de conformidad con el sustento jurisprudencial que realizó la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia SL373-2021 en donde se estipularon unos parámetros claros frente al requisito de asesorar de manera efectiva y veraz a los usuarios de los sistemas pensionales en Colombia.

Referencias Bibliográficas

- Acto Legislativo 01 de 2005. (22 de Julio de 2005). Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17236>
- Alvarado, L. (2015). La unificación y extensión de la jurisprudencia del consejo de estado en el régimen de transición pensional en Colombia. Bogotá D.C. Universidad Militar Nueva Granada.
- Arana, A. & 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. Cali; Universidad de San Buenaventura.
- Arenas, G (2011). El derecho colombiano de la seguridad social. Bogotá D.C.: Legis.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia. Editorial Temis.
- Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. [Ley 100 de 1993]. Diario Oficial No. 41.148.
- Congreso de Colombia. (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 y especiales. [Ley 797 de 2003]. Diario Oficial No. 45.079.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia de Constitucionalidad 450 de 1996. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Corte Constitucional de Colombia. (1997). Sentencia de Constitucionalidad 147 de 1997. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Santafé de Bogotá, D.C., marzo diez y nueve (19) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia de Constitucionalidad 478 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Santa Fe de Bogotá, nueve (9) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia de Constitucionalidad 058 de 2002. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero del año dos mil dos (2002).

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia de Constitucionalidad 453 de 2002. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil dos (2002).

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia de Constitucionalidad 789 de 2002. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil dos (2002).

Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sentencia de Constitucionalidad 177 de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil cinco (2005).

Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia de Tutela 427 de 2010. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil diez (2010)

Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia de Tutela 1014 de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil diez (2010).

Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia de Constitucionalidad C 228 de 2011. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá, D.C, treinta (30) de marzo de dos mil once (2011).

Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia de Tutela 892 de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil trece (2013)

Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia de Tutela 237 de 2015. Magistrado Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez. Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil quince (2015)

Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia de Tutela 211 de 2016. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá DC, veintisiete (27) de abril de dos mil dieciséis (2016).

Corte Suprema de Justicia. (2019). Sala de Casación Laboral. Número de providencia: SL1584-2019. Magistrado Ponente: Dolly Amparo Caguasango Villota. Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil diecinueve (2019).

Corte Suprema de Justicia. (2019). Sala de Casación Laboral. Número de providencia: SL1689-2019. Magistrado Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Corte Suprema de Justicia. (2019). Sala de Casación Laboral. Número de providencia: SL1688-2019. Magistrado Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Corte Suprema de Justicia. (2019). Sala de Casación Laboral. Número de providencia: SL1845-2019. Magistrado Ponente: Cecilia Margarita Durán Ujueta. Bogotá, D. C., veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Corte Suprema de Justicia. (2019). Sala de Casación Laboral. Número de providencia: SL1897-2019. Magistrado Ponente: Jorge Prada Sánchez. Bogotá, D. C., veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Corte Suprema de Justicia. (2020). Sala de Casación Laboral. Número de providencia: STL11912-2020. Magistrada ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Bogotá, D. C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Corte Suprema de Justicia. (2021). Sala de Casación Laboral. Número de providencia: STL213-2021. Radicación N° 61510. Magistrado ponente: Dr. Gerardo Botero Zuluaga. Bogotá, D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Corte Suprema de Justicia. (2021). Sala de Casación Laboral. Número de providencia: STL373-2021. Radicación n.º 84475. Magistrada ponente: Dr.

Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Eichler, N. (1992). La reforma del régimen pensional: ¿Reparto o simple capitalización? En actualidad laboral N° 52, Editorial Legis, Bogotá. D.C

García, J (2011) Pensiones. Régimen de transición normatividad y jurisprudencia. Bogotá D.C.: Librería Sánchez R. Ltda.

Grisales, D. (2013). Régimen de transición pensional en Colombia. Universidad de Manizales. Especialización en Seguridad Social.

Muñoz, A.M. (2015). Ineficacia del traslado y recuperación del régimen de transición. Revista Actualidad Laboral, 189, 20-25.

Rosero, P. (2017). Nulidad del traslado entre regímenes pensionales, determinado por los vicios del consentimiento. Universidad Católica de Colombia. Bogotá D.C

Tolosa, M. (2017). Principio de favorabilidad -ausencia en el derecho civil colombiano. Bases constitucionales para su incorporación: Del sistema escritural a la oralidad. Universidad Católica de Colombia. Bogotá D.C

Torres, S (2016) Deber de información y asesoría pensional a los afiliados en el sistema general de pensiones Colombia año 2016. Revista CES Derecho, 7(2), 55-71.

Valencia, A. & Plazas, J.M. (2013). Régimen de transición en pensiones en Colombia pérdida y recuperación. Cali Universidad San Buenaventura.