

VULNERACIÓN DEL DERECHO PENSIONAL POR PARTE DE LAS AFP, DESDE LA VIGENCIA DE LA LEY 100 DE 1993

Derly Mendez Peña¹

Dilan Julian Castro Ardila²

Resumen.

En Colombia, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se constituyeron y entraron en la dinámica pensional, las AFP, o Administradoras de Fondos Privados de Pensiones, las cuales fueron las que entraron a administrar los recursos de los afiliados colombianos que optaban por pertenecer o estar vinculados mediante su afiliación, a dichas entidades. Las AFP, pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y por otra parte, se tiene al Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones, como administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

El presente trabajo investigativo se procura mediante la aplicación de un análisis documental, en aplicación del método cualitativo, con presentación de dos capítulos a saber, el primero principalmente introductorio y de antecedentes del tema específico, y el segundo, comprende el desarrollo del problema de investigación, donde el enfoque de investigación, demanda exponer y corroborar, con base en los objetivos trazados, que, en efecto, existen a la fecha consecuencias jurídicas para las AFP y para los afiliados, en virtud a no haber brindado la información idónea, pertinente y veraz, al momento de captar a sus afiliados; aunado a ello se analiza y exponen las razones por las cuales las autoridades laborales declaran la ineficacia de traslado entre regímenes, especialmente por la falta de información de parte de las AFP.

Se realiza entonces un análisis jurisprudencial sobre los aspectos más relevantes de los traslados entre regímenes pensionales, lo cual genera nociones claras sobre el tema objeto

¹ Administradora Pública de la ESAP, cursando actualmente Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre de Bogotá.

² Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia, cursando actualmente Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre de Bogotá

de estudio, y, por consiguiente, estas se plasman en procura de evidenciar claramente las consecuencias jurídicas tanto para los fondos privados como para los cotizantes que realizaron sus traslados entre regímenes pensionales.

Con base en el desarrollo del texto investigativo, se aportan conclusiones que se aprecian objetivas, que intentan adentrar al lector en la convicción adquirida mediante el ejercicio investigativo, por parte de la autora, y aunado a ello, se enuncian en el acápite de bibliografía, las fuentes consultadas que sirvieron de herramienta temática para la construcción del trabajo de grado que se expone.

Palabras claves.

Regímenes pensionales, traslado, privado, publico, consecuencias, ineficacia.

Abstact

In Colombia, from the entry into force of Law 100 of 1993, the AFPs, or Administrators of Private Pension Funds, were constituted and entered into the pension dynamics, which were the ones that began to administer the resources of the affiliates. Colombians who chose to belong or be linked through their affiliation to said entities. The AFPs belong to the Individual Savings Regime with Solidarity, and on the other hand there is the Social Security Institute, now Colpensiones, as administrator of the Average Premium Regime with Defined Benefit.

The present investigative work is sought through the application of a documentary analysis, in application of the qualitative method, with the presentation of two chapters, namely, the first mainly introductory and background of the specific topic, and the second, includes the development of the research problem. , where the research approach demands exposing and corroborating, based on the objectives outlined, that, in effect, there are legal consequences to date for the AFPs and for the members, by virtue of not having provided the

appropriate, pertinent and appropriate information. truthful, when capturing its affiliates; In addition to this, the reasons why the labor authorities declare the inefficiency of transfer between regimes are analyzed and exposed, especially due to the lack of information from the AFPs.

A jurisprudential analysis is then carried out on the most relevant aspects of the transfers between pension regimes, which generates clear notions on the subject under study, and, consequently, these are reflected in an attempt to clearly demonstrate the legal consequences for both the funds private and for contributors who made their transfers between pension regimes.

Based on the development of the investigative text, conclusions that are objective are provided, which try to introduce the reader to the conviction acquired through the investigative exercise, by the author, and in addition to this, they are stated in the bibliography section, the consulted sources that served as thematic tool for the construction of the degree work that is exposed.

Keywords.

Pension schemes, transfer, private, public, consequences, inefficiency.

Introducción

Este artículo de investigación, gira entorno a las problemáticas surgidas a partir de la creación de la ley 100/93, en lo que concierne a las AFP, cuya creación fue obra de la antecedida ley y los problemas jurídicos que hoy día tienen a gran cantidad de afiliados próximos a pensionarse, aventurándose en demandas ante la jurisdicción ordinaria laboral, con serias expectativas a lograr que se declare, la ineficacia del traslado del régimen pensional que realizaron, en su tiempo, desde el ISS a las diferentes AFP que se crearon. Veamos a continuación, un recuento del trasegar de esta problemática que nos aclarara la perspectiva y orientara nuestro tema en esferas del nacimiento del problema, posible contexto, contextualización y conclusiones sobre la vulneración al derecho de pensión y las garantías que ofrece el alcance de la ineficacia del traslado del régimen pensional.

En Colombia, hacia el año 1945 se creó la Caja Nacional de Previsión Social y el Instituto de Seguro Social, la primera para asistir a los empleados públicos y el segundo acogía a los empleados del sector privado, con ello se buscó proteger la salud y garantizar las pensiones, estas entidades eran vigiladas por el Ministerio de Higiene, que poco después pasaría a llamarse Ministerio de la Salud Pública. (Yepes, 2010)

Tiempo después, el año 1991 cuando impulsado por la corrientes modernas, Colombia adoptó el modelo de estado social de derecho con la promulgación de la Constitución Política de Colombia del 4 de julio de 1991, que, en sus artículos 48 y 49 sentaron las bases para adoptar un sistema de seguridad social y un sistema de salud descentralizado y público-privado que permitiera la competencia en igualdad de condiciones a las entidades participantes, pero no fue este, el momento del nacimiento de las AFP.

Con este cambio, la Seguridad Social, se alzó como un servicio público de carácter obligatorio en donde al estado colombiano le correspondería su control y dirección, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. (Constitución Política de Colombia, 7 de julio de 1991).

Hoy día, la Seguridad Social está conformada por entidades públicas y privadas, integradas por regímenes generales en salud, riesgos laborales, subsidio familiar y pensiones. Este es un sistema que cubre eventualidades como la de alteración a la salud, incapacidad laboral, desempleo, vejez y muerte, para cuya protección se establecieron los sistemas de Salud, Pensiones, Riesgos Laborales y de Subsidio Familiar. (Ministerio del Trabajo, s.f.).

Con la entrada en vigor de la ley 100 de 1993, nacen las Administradoras de Fondos de Pensiones (sector privado) quienes entran a competir en un mercado inestable con la contraparte del sector público la Caja Nacional de Previsión Social y el Instituto de Seguro Social (sector público), los cuales presentaban serios problemas de administración.

Luego, hacia el año 1995 las AFP, habían captado gran parte de los afiliados del sector público por la crisis en su nefasta administración, importante resulta señalar, que los compromisos adquiridos con la ley 100/93, el Estado Colombiano se extralimito y asumió compromisos que no podía cumplir, por ejemplo, pensiones para afiliados que no alcanzaran a reunir los recursos y cumplieran edad para pensionarse, inclusive, para la OIT dichos lineamientos no se comprendían adecuados dentro del sistema de Seguridad Social en Pensiones. (Steiner, Botero, Martinez, & Millán, 2010)

Desde el año 2000 aproximadamente, el Instituto de Seguro Social cayó en un detrimento que finalmente en el año 2012 terminó con su liquidación, desde aquellos tiempos las campañas de desprestigio que emprendieron las AFP privadas, que, arreciaron y desestabilizaron al ISS, aquellas cruzadas de las AFP, comprendieron, entre otras cosas, argumentar a los pretensos afiliados que el fondo público estaba destinado a colapsar y que ellos eran la mejor opción para los empleados cotizantes.

De otro lado, hacia el año 2009, se liquida la Caja Nacional de Previsión Social por su insostenibilidad y manejos inadecuados de los recursos (Linares & Bahamon, 2014), ocasionando la migración de sus afiliados al Instituto de Seguro Social, manteniendo estos, su régimen y beneficios, entidad que sería liquidada en el año 2012.

Para el año 2007, la ley 1151 de 2007, creó la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones con el objetivo de gestionar y administrar los aportes de los usuarios y beneficiarios, una vez se liquidará definitivamente el Instituto de Seguros Sociales, con lo cual, Colpensiones entró en funcionamiento el 1 de octubre de 2012.

Todos estos cambios en el Sistema de Seguridad Social Colombiano crearon una inseguridad jurídica en los usuarios, a tal punto que hoy podemos hablar de una vulneración del derecho pensional, estrechamente ligado al proceder de los fondos privados y su forma de hacerse de nuevos afiliados, pues desde la reforma a la seguridad social con vigencia de la ley 100 de 1993, se presentaron inconvenientes para los usuarios que hoy día terminaron en demandas ante la jurisdicción ordinaria laboral.

Tal acontecimiento, como ya lo señalamos, devino de manejos fraudulentos de los administradores del ISS y CAJANAL, con ello, crearon una inestabilidad en el sistema pensional, que terminó con la migración de muchos de sus usuarios a las AFP, quienes estaban ansiosas de administrar los aportes de pensión como modelo de negocio de inversión, y que finalmente, obtuvieron gran acogida por sus campañas de captación, que inclusive, incluían falsas promesas a los afiliados, problema este, que trajo a la figura de la ineficacia del traslado del régimen pensional al ordenamiento jurídico colombiano, en búsqueda de resarcir los daños causados en razón a la falta de información y asesoramiento al momento del cambio de régimen, que legalmente debieron brindar las AFP a sus nuevos afiliados.

Es importante para la elaboración del presente artículo, plantear el siguiente interrogante: ¿Qué problemas jurídicos generaron las AFP Privadas al realizar afiliaciones sin brindar información real acerca de las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional de los trabajadores en Colombia? Para poder dar respuesta a dicha pregunta, es necesario, un análisis de contexto, jurisprudencial y documental, que finalmente nos llevara a las conclusiones y posibles soluciones que se enmarcan en la legislación colombiana. Con ello determinaremos los problemas jurídicos que generaron las AFP al realizar afiliaciones vulnerado el derecho a la información que tienen los pretensos afiliados. Es preciso analizar

el ordenamiento jurídico con especial énfasis en la figura de la ineficacia del traslado del régimen pensional, como estandarte de la fuerza laboral colombiana cotizante, quienes son los directamente perjudicados con el cambio de régimen pensional.

Es por lo que, analizaremos la composición del sistema pensional en Colombia, sus similitudes, diferencias y demás características, buscando vislumbrar los problemas jurídicos aquí acontecidos, asimismo, analizar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que hayan declarado la ineficacia del traslado del régimen pensional de los trabajadores en Colombia, escenario en el cual, tal es la situación, que, hasta los ya pensionados en este régimen, ya no pueden revertir tal situación, pero pueden pedir una indemnización por los perjuicios a cargo de la administradora. (Argote, 2021).

En aras de lograr la consecución de los objetivos trazados y de poder dar solución al problema de investigación que se plantea dentro del presente artículo, es preciso y necesario, en primera medida, realizar el abordaje y análisis de autores y conocedores del tema específico de los traslados entre regímenes pensionales, asimismo, oportuno indagar como bien se ha dicho previamente, que problemas jurídicos se generaron en ocasión y en virtud de los traslados indiscriminados que se presentaron a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en Colombia.

1. PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SE GENERARON CON LA FALTA DE INFORMACIÓN Y ASESORÍA INTEGRAL A LOS USUARIOS POR PARTE DE LAS AFP

Con respecto a los problemas jurídicos que se generaron por la falta de asesoría en debida forma por parte de las AFP con respecto a sus afiliados que se trasladaban del RPM al RAIS, es necesario hacer claridad en un primer escenario, de algunas pautas o parámetros que trajo consigo la Ley 100 de 1993, sobre este particular del cambio de régimen pensional, como bien lo expresan las autoras Perez, M., & Brieva, E. (2019), en el siguiente sentido:

“Así, el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 señalaba en el momento de su expedición que, luego de la afiliación al régimen deseado, podría trasladarse de régimen por una sola vez cada 3 años. Después, esta regla fue modificada por la Ley 797 de 2003 que, si bien mantuvo la libertad de escogencia del régimen por parte del afiliado, el traslado sólo podría hacerse por una sola vez cada cinco años. En ambos casos el tiempo se cuenta a partir del momento en que se hace la afiliación. Se determinó también que, “después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez” (Ley 100, 1993, art. 13, lit. e) (Pág. 10)

1.1. Bajas pensiones

Uno de los problemas jurídicos que generaron las AFP al realizar afiliaciones sin brindar información real radica en las pensiones bajas frente a los salarios de los cotizantes o desconociendo pensiones y haciendo devolución de aportes cuando las personas podían acceder a una pensión, lo que puede eventualmente afectar el mínimo vital para estas personas y consecuentemente, vulnerara los principios del derecho laboral y la seguridad social, como los derechos pensionales del trabajador, lo que se traduce en el quebranto de sus derechos legales y constitucionales.

De conformidad con lo expuesto, se evidencian una serie de limitantes para que los usuarios puedan ejercer libremente su traslado entre regímenes pensionales, de esta forma las AFP al vender su imagen como la mejor opción pensional para los afiliados, y haberlos captado y aquellos perdurar en el tiempo suscritos a las sociedades privadas administradoras de pensiones y cesantías, con la segunda limitante los fondos privados prácticamente garantizaban la estadía de los cotizantes hasta el momento de adquirir su pensión, en caso que no tomaran la decisión de retornar al régimen de prima media (RPM), una vez cumplida la edad de 47 años si se es mujer y 52 si se es hombre, o lo que es igual como bien se ha

indicado, cuando hagan falta solamente 10 años para cumplir con el requisito de edad para adquirir la pensión de vejez.

1.2. Inseguridad jurídica

Todos estos cambios en el Sistema de Seguridad Social Colombiano crearon una inseguridad jurídica en los usuarios, a tal punto que hoy podemos hablar de una vulneración del derecho a la Seguridad Social con la forma de proceder de los fondos privados, pues desde la reforma a la seguridad social con vigencia de la ley 100 de 1993, se presentaron inconvenientes para los usuarios que hoy día terminaron en demandas.

Tal acontecimiento, como ya señalamos anteriormente, se dio por las malas prácticas de los administradores del ISS y CAJANAL, con ello, crearon una inestabilidad en el sistema pensional, que terminó con la migración de muchos usuarios a las AFP, en virtud a una captación desproporcionada de afiliados, sin que se observaran parámetros que la misma Ley 100 de 1993, establecía, especialmente en lo que tiene que ver con el derecho a la información de los afiliados.

De allí, devienen los problemas jurídicos que generaron las AFP al realizar afiliaciones sin brindar información precisa sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional, los usuarios fueron coaccionados con información que no era veraz y aunado a ello, llevados al RAIS augurando pensiones elevadas o con las expectativas de retirar todos sus aportes cuando lo desearan.

2. CONSECUENCIAS DE LOS TRASLADOS IRREGULARES ENTRE REGIMENES PENSIONALES.

2.1. La ineficacia del traslado

Como consecuencia de la ausencia de asesoramiento y la falta de información veraz e integral, por parte de los Fondos Administradores de Pensiones y Cesantías (AFP), ha

generado que los administradores de justicia como son jueces del circuito y a su vez magistrados de los Tribunales Superiores – Salas Laborales, Magistrados de las Cortes Suprema de Justicia – Sala Laboral y Corte Constitucional, emitan sus pronunciamientos revocando, concediendo, sugiriendo u ordenando que se modifiquen pronunciamientos absolutorios cuando los demandantes cumplen con las condiciones que se requiere para efectos de ser condenado el actuar amañado y/o negativo que comportaron las AFP cuando provocaron los traslados masivos irregulares, basados principalmente en desinformación y engaños para captar a toda costa un gran número de usuarios y afiliados al sistema privado pensional.³

Ahondando con mayor profundidad en el problema jurídico de la ineficacia que deviene de las actuaciones irregulares de las AFP en su proceder para lograr los traslados masivos que tuvieron lugar cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, desde el extinto Instituto de los Seguros Sociales hacía los fondos privados, lo que es igual y se traduce en cambio del Régimen de Prima Media o público al régimen de Ahorro Individual o régimen privado de pensiones; en consecuencia, los usuarios se vieron obligados a acudir como se ha indicado, ante las autoridades judiciales en demanda ordinaria laboral, solicitando se declarara la ineficacia de ese traslado irregular, en virtud especialmente a la falta de información veraz y porque en efecto las sociedades privadas contribuyeron y propiciaron el incurrir en el error de manifestar una voluntad viciada y/o mal formada; el trasfondo del asunto o cuestión fundamental que se presentó radicó especialmente en el hecho que los afiliados se trasladaron con la convicción errónea de mutar de un régimen supuestamente menos conveniente a un régimen que les ofrecía las mejores garantías y beneficios en lo que respecta a sus derechos a la seguridad social y en específicamente a los derechos pensionales de aquello (Aristizábal 2017).

3 En palabras de los investigadores, de acuerdo a los textos consultados y a lo que se va a exponer a continuación, se permiten hacer un breve recuento del problema jurídico principal como es la ineficacia de lo actuado cuando por engaño las AFP, atrajeron a los trabajadores colombianos de forma masiva para que realizaran sus cotizaciones para pensión ante dichas sociedades y/o fondos privados.

La declaratoria de ineficacia tal como se describe en párrafo que antecede, trae como consecuencia una orden y/o condena por parte de la autoridad judicial bien sea en primera instancia o en su segunda, respectivamente por el Juez Laboral del Circuito a que corresponda la competencia territorial de analizar y estudiar el caso concreto o en su segunda instancia por parte de los Magistrados del Tribunal Superior – Sala Laboral que de igual forma asuman el estudio de la apelación que bien interpongan los fondos demandados o la parte actora cuando se sientan inconformes con el sentido de la providencia emitida en primer lugar.⁴

2.2. Pérdida del régimen de transición

En lo que atañe al problema jurídico de pérdida del régimen de transición de aquellos afiliados que ostentaban dicha calidad antes de ejercer su traslado del RPM al RAIS, pero que como condición para ser beneficiarios de este solo cumplían con la condición de edad, más no con el de semanas o tiempo de servicio, en virtud y en razón de las limitantes que sobre el particular trajo consigo la providencia de la Honorable Corte Constitucional comprendida como Sentencia C-789 del año 2002, que dejó establecido que aquellos usuarios del sistema o régimen pensional (RPM), como ya se ha advertido, de no haber accedido como beneficiarios de este en cumplimiento de las dos condiciones consagradas en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consistente en, si bien, 35 años o más de edad si se era mujer o 40 o más años de edad si se era hombre y/o en su defecto 15 años o más de servicios, se les respetarían las prerrogativas para poder acceder a su pensión, contenidas en la normativa vigente anteriormente a la vigencia de la Ley 100 de 199; lo que deja claro la sentencia a la que se hace alusión es que solo podrían recobrar o recuperar el régimen de transición

⁴ Aclarándose que también se pueden dar casos en los cuales el servidor público o autoridad del trabajo a quien corresponda el estudio de la demanda, considere y determine que no se probó mediante un argumento sustentado y el material probatorio arrimado al proceso, que el usuario y/o afiliado trasladado no recibió la asesoría o que no contaba con la convicción firme para exteriorizar su voluntad en aceptación del traslado entre regímenes, lo que se traduce en que por alguna circunstancia, los fondos demandados pudieron probar que el cotizante contaba con los conocimientos y fue asesorado integralmente sobre todas y cada una de las condiciones, pros y contras, características de los fondos y particularidades que rodean en sí todos lo concerniente a la mutación que se dio de una régimen pensional al otro.

aquellos, valga decir, que tuviesen dicha connotación por haber cumplido antes de pertenecer al régimen privado, la condición de 15 o más años de servicio (SL-1166, 2016).

En tal sentido, vale la pena destacar que, en efecto, la pérdida del régimen de transición⁵ para unos y la conservación para otros es una de las consecuencias que nacen o se configuran a partir de la creación del régimen privado pensional en el Colombia o como es más conocido el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), en el entendido que la misma norma que trae a la luz y a la vida jurídica la posibilidad de constitución de sociedades privadas que administrasen los recursos pensionales de los trabajadores colombianos, crea a su vez las limitaciones o condiciones restrictivas que de una u otra manera afectan los intereses de aquellos afiliados que opten por el traslado de régimen pensional y que por una u otra razón cumplieran tan solo con el requisito de edad al primero de abril de 1993, que fue exactamente cuándo empezó a regir el Sistema General de Pensiones en el territorio nacional.

Por el mismo sendero en palabras de los investigadores Trinidad, A., & Buitrago, J. (2013), refiriéndose al problema jurídico del régimen de transición por motivo y razón del traslado del Régimen de Prima Media (RPM) la Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), se exponen:

“Aclaró, que la pérdida del régimen de transición se aplica a los hombres y mujeres que cumplieron con el requisito de la edad sin cumplir con el tiempo de servicios que exige el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en virtud del principio de proporcionalidad. Se dispuso, además, que las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior” (...). (Pág. 39).

⁵ Estatus y/o derecho adquirido de conservar ciertas prerrogativas más beneficiosas que consagraba la regulación legal en materia pensional antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, especialmente y como es del caso para para aquellas personas que pertenecían al Instituto de los Seguros Sociales (RPM)

En consecuencia, más allá de la condescendencia o no que un investigador pueda comportar con respecto con la jurisprudencia que limitaba el retorno al régimen de transición de aquellos afiliados al RPM que se hubieran trasladado al RAIS, y antes de ello, tan solo cumplieran la condición de edad, bien para los hombres o mujeres como previamente se ha dicho, lo que si se destaca es que en efecto esta restricción o limitante de para recobrar el régimen es un problema jurídico relevante que además se le puede endilgar al nuevo régimen pensional, que nació y se implementó a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

3. ANALISIS JURIDICO RELACIONADO CON LA INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS TRABAJADORES EN COLOMBIA

3.1 Sentencias relevantes sobre traslado entre regímenes pensionales.

Se quiere mediante el presente acápite y/o apartado, realizar un análisis de algunas sentencias que se consideran relevantes y totalmente afines con el problema que hoy se ha planteado mediante el presente artículo, como a continuación se desarrollará.

SL – 1452 de 2019

Mediante la sentencia SL – 1452 de (2019), la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral por conducto de la Magistrada Ponente, Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en un pronunciamiento que se aprecia con un sentido similar al enfoque principal que se le ha dado a la presente investigación, en uno de sus apartes indica:

“En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, “Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del Artículo 97, la obligación de las entidades de “suministrar a

los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de su suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado” (Pág. 15).

En consecuencia, vale advertir que, en efecto, desde un principio como se evidencia con el texto extraído de la providencia aludida, desde el mismo año de emitida la Ley 100 de 1993, datan además regulaciones que imponían a las AFP el deber y obligación de proporcionar a los usuarios de servicios pensionales o como bien se comprende a los afiliados cotizantes, información bien detallada, clara y objetiva, que proporcionara las bases para cimentar en ellos una férrea convicción para que así mismo su voluntad no estuviere viciada por una especie de coacción o inducción engañosa.

En el mismo sentido se destaca que la providencia en mención, resalta que no solo el consentimiento que el usuario plasma en un documento como es el formulario de afiliación es insuficiente para determinar o concluir que en efecto se hubiera dado un consentimiento informado y aunado a ello para la Corte Suprema en el caso específico, no basta con que se haya suscrito el formulario de afiliación o de que aquel dentro del ejercicio probatorio ejercido por el despacho al que corresponde el estudio de la demanda no haya sido tachado de falso, en igual sentido, no acredita plenamente el consentimiento informado que ha debido ejercer en debida forma el usuario de la seguridad social. (SL-1452, 2019)

SL-3745 de 2020

Otra providencia que se comprende ajustada al problema planteado y objetivos trazados dentro de la presente investigación académica, es la denominada Sentencia SL-3745 de (2020), que, en lo que atañe a la vulneración del derecho a la seguridad social de los usuarios se refiere, así como a los mismo problemas jurídicos planteados como si les asiste a los usuarios y/o es procedente la declaratoria de ineficacia como el poder retornar al régimen de

transición, por parte del Honorable órgano de cierre de la jurisdicción de lo ordinario laboral, se dijo:

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales. (Pág. 9)

Así pues, en consonancia con lo expuesto, el deber de información es ineludible por parte de los fondos privados, y aunque lograron una captación masiva de usuarios, provocando el traslado de una gran masa de contribuyentes al sistema o cotizantes a pensión, que anteriormente pertenecían al régimen público, estos no pierden sus derechos a aunque pasen muchos años, de retornar al régimen de transición y por otro lado de volver a pertenecer al régimen de prima media, donde es más factible que puedan acceder a una mesada más acorde a las cotizaciones que realizaron en su vida laboral.

Dicho lo anterior, en este importante escenario, mediante el presente desarrollo conceptual, se ha de realizar una exposición de las tantas sentencias de ineficacia del traslado del régimen pensional, que hoy día se han fallado en Colombia, para lo cual, se tomaran tres fallos del respetado JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES, totalmente afines con el problema que hoy se ha planteado en el presente trabajo investigativo.

En el primero de ellos, la señora Julialba Montoya Chica demanda a COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. en proceso de RAD. 2018 – 139, FALLO No. 117, Julialba Montoya Chica por intermedio de apoderado judicial, dio inicio al Proceso de la

Seguridad Social de Primera Instancia en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que la demandante realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad y que como consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses y que se condene a las demandadas a pagar las costas del proceso.

Juicio, que tomó como pilares las sentencias arriba señaladas, y se orientó a la ineficacia del traslado del régimen pensional, por considerar la actora, que, la información suministrada por los asesores fue incompleta e inexacta, es decir, no se le entregó información objetivamente verificable que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de régimen.

Por ende, la solicitud de ineficacia del traslado que hizo la promotora del litigio se finco en que su traslado al RAIS no estuvo precedido de un consentimiento debidamente informado, lo que conllevó a que su decisión no fuera la acertada y, por ende, lo que procede es la declaratoria de ineficacia de ese acto jurídico, finalmente el honorable despacho, decidió “DECLARAR que el traslado de la señora JULIALBA MONTOYA CHICA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que efectuó a COLFONDOS S.A el 18 de septiembre de 1997 es ineficaz, razón por la cual deberá entenderse que la demandante siempre perteneció al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES”

En el segundo, la señora Gloria Nancy Muñoz Velásquez demanda a COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. en proceso de RAD. 2019 – 297, FALLO No. 115, Gloria Nancy Muñoz Velásquez por intermedio de apoderado judicial, dio inicio al Proceso de la Seguridad Social de Primera Instancia en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que la demandante realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad y que como consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

– COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses y que se condene a las demandadas a pagar las costas del proceso.

Asunto que siguió la línea jurisprudencial mencionada, por considerar la actora, que el asesor de COLFONDOS S.A. al momento de afiliarse a dicho fondo, no le entregó información completa, veraz y suficiente que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de régimen, asimismo, que COLFONDOS S.A. le garantizó una serie de prerrogativas, como lo era que el valor de la mesada pensional sería superior a la que podría obtener en el ISS, que podía pensionarse a cualquier edad y que además debía realizar el traslado a dicho fondo ya que el ISS iba a desaparecer, igualmente, que no fue informada sobre el plazo que tenía para retornar al RPMCPD y finalmente el honorable despacho decidió declarar, “DECLARAR que el traslado de la señora GLORIA NANCY MUÑOZ VELÁSQUEZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que efectuó a COLFONDOS S.A el 01 de enero de 1997 es ineficaz, razón por la cual deberá entenderse que la demandante siempre perteneció al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.”

De lo antes expuesto, se resalta, la poca defensa jurídica de las AFP, puesto que cuando son demandas por sus afiliados, argumentando falta del deber de informar y buscando un traslado por vía judicial en razón a la ineficacia del traslado del régimen pensional, la mayoría, son ganados por los afiliados, así las cosas, la posibilidad de regresar al régimen anterior es muy factible para quienes a portas de pensionarse e inmersos en la vulneración al derecho de la información, busquen en la jurisdicción un salvavidas a su futuro pensional.

3.2. Del Precedente jurisprudencial Vinculante del Órgano de Cierre de la Justicia Ordinaria Laboral, con respecto a la ineficacia del traslado

En cuanto al precedente jurisprudencial vinculante de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, sobre la ineficacia del traslado entre regímenes, en un primer escenario vale la pena hablar de la Insuficiencia del Formulario Proforma, aprobado por la Superfinanciera

(interpretación del artículo 11 del Decreto 692 de 1994), contenido en la providencia SL4360 (2019), y en tal sentido el honorable órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, recalcó la insuficiencia del formulario de afiliación a las AFP, como prueba que pueda considerarse como contundente o trascendente para evidenciar el consentimiento informado del usuario que firma su traslado de régimen pensional; por el contrario se dice que, dicho documento es insuficiente para denotar y corroborar que por el solo hecho de haber sido suscrito, el cotizante haya sido enterado y asesorado en debida forma.

3.2.1. Sobre la carga de la prueba

También existe un precedente vinculante en el sentido de advertir que en efecto a quien le compete soportarla es al Fondo Privado quien debe sustentar y corroborar ante los estrados judiciales que en efecto cumplió con sus deberes de buen consejo, de asesoría integral, de ofrecer y proporcionar una ilustración al afiliado para que sobre bases sólidas de conocimiento y convicción pudiese decidir continuar o realizar su traslado al Fondo que le fuera más beneficioso, en este sentido se destaca la Sentencia SL1467 (2021)

3.2.2 Con respecto a no ser necesario tener régimen de transición, expectativa o derecho consolidado

Existe también una posición bien definida dentro del precedente vinculante de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, como la que se reitera en la Sentencia SL1442 (2021), mediante la cual se deja claro que el afiliado que acude ante los jueces laborales del circuito, para efectos de someter su controversia contra los fondos privados y Colpensiones, solicitando sea declarado ineficaz su traslado de régimen pensional, no necesita pertenecer al régimen de transición para que sean atendidas sus pretensiones y consideradas, no es un requisito pertenecer a dicho régimen especial.

Conclusiones

- Se puede concluir en efecto que una de las principales vulneraciones al derecho fundamental a la seguridad social que les asiste a los trabajadores colombianos, con el traslado irregular de régimen pensional, en virtud y por razón del proceder negativo de las AFP, en su afán de lograr captar el máximo de clientes posibles, se ponía en riesgo el hecho de poder acceder a la prestación pensional en las condiciones justas y acordes a su desempeño en cuanto a cotizaciones al mismo sistema.
- Se concluye además que la demanda de ordinaria laboral de primera instancia es el mecanismo idóneo y efectivo para que los usuarios que sientan que han sido vulnerados en su derecho a la seguridad social por parte de las AFP que no les brindaron la información requerida y en debida forma como lo debieron realizar al momento del traslado del RPM al RAIS por parte de los usuarios del sistema pensional colombiano.
- Aunado a lo anterior, vale destacar que, en efecto, la vulneración al derecho a la seguridad social de los afiliados trasladados irregularmente, no prescribe, y asimismo su derecho a una mesada justa y acorde a sus cotizaciones, como la concede Colpensiones en el RPM se debe perseguir y deprecar, así como hacerlo valer para que se pueda retrotraer el traslado irregular y resarcir de esta forma la vulneración al derecho de acceso a la seguridad social de los trabajadores colombianos afectados.

Metodología

La metodología aplicada para el desarrollo del presente artículo, consiste en realizar un ejercicio de análisis documental, por medio del cual los investigadores en uso del método de investigación cualitativa, interpretan los diferentes fenómenos y circunstancias que se presentan dentro del sistema de seguridad social colombiano y el comportamiento y/o

acogimiento de una normativa donde se destacan pros y contras mediante el aporte temático y argumentación que sustenta y busca la consecución de los objetivos planteados dentro del texto académico. (Casasempere, 2020). En igual sentido es preciso es necesario expresar que, para la recolección de información se eligió prioritariamente los documentos oficiales como son las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y las investigaciones académicas desarrolladas por investigadores del área del derecho laboral, lo anterior, para obtener nociones directamente de las fuentes primarias y secundarias de información, que se comprenden más oportunas y pertinentes sobre el tema de estudio.

Referencias

- Escudero, S. J. (2016). *Deber de información y asesoría pensional a los afiliados en el sistema general de pensiones Colombia año 2016*. Medellín, Colombia : Revista CES Derecho Volumen 7 No.2 Julio-Diciembre / 2016.
- Goyes, P. A. (2017). *Nulidad del Traslado entre Regimenes Pensionales, Determinado por los Vicios del Consentimiento*. Bogotá, D.C.: Universidad Católica de Colombia.
- Segura, A. M. (2015). El Régimen de Transición fue Establecido por la Ley 100 de 1993 con el Propósito de Proteger las Expectativas Legítimas de Quienes Estuvieran Próximos a Obtener su Pensión de Vejez de Acuerdo con las Reglamentaciones Anteriores. *Ineficacia del traslado y recuperación del régimen de transición* . Bogotá, D.C., Colombia : Revista Nº 189 Mayo - Jun. 2015.
- Brieva, K. M. (2019). Análisis jurisprudencial del traslado de régimen pensional en Colombia. *Jurisprudential analysis from transfer of the pension regime in Colombia. Derectum Volumen5no.1:83-105,2019 |Issn-E:2538-9505|Barranquilla, 10*.
- Monica Aristizabal López, K. C. (2017). *Ineficacia del Traslado en El Regimen General de Pensiones por Vicios en el Consentimiento*. Cali, Colombia : Universidad Icesi, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Maestría en Derecho.
- SL-1166. (2016). *Corte Suprema de Justicia Sala de Causación Laboral, Expediente 60150 / 03-02-2016* . Bogotá, D.C., República de Colombia : Corte Suprema de Justicia - Magistrado Ponente: Rigoberto Echeverri Bueno.
- Buitrago, A. d. (2013). *Régimen de Transición en Pensiones en Colombia Pérdida y Recuperación*. Santiago de Cali, Colombia : Universidad de San Buenaventura Cali, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

- SL-1452. (2019). *Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral - Radicación: No. 68852 - Acta 12*. Bogotá, D.C., República de Colombia : Magistrada Ponente, Doctora: Clara Cecilia Dueñas Quevedo .
- SL-3745. (2020). *Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral - Radicación n.º 80656 - Acta 36*. Bogotá, D.C., República de Colombia : Magistrado Ponente: Jorge Prada Sánchez, Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).
- Casasempere, A. (17 de enero de 2020). *Cómo llevar a cabo con éxito el Análisis Documental Bibliográfico*. Obtenido de www.maxqda.com:
<https://www.maxqda.com/blogpost/analisis-documental-bibliografico>
- Steiner, R., Botero, J. H., Martínez, M., & Millán, N. (2010). *El Sistema Pensional en Colombia: Retos y Alternativas para Aumentar la Cobertura*. Bogotá, Colombia : Fedesarrollo .
- Linares, L. M., & Bahamon, J. P. (2014). *La salud: monopolización o empoderamiento* . Bogotá, D.C. : Universidad Católica de Colombia .
- SL4360. (2019). *Magistrada Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo*. Bogotá, D.C.: Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral .
- SL1467. (2021). *Corte Suprema de Justicia - Sala de Cadación Laboral* . Bogotá, D.C.: Corte Suprema .
- AL1442. (2021). *Magistrado Ponente: Luis Benedicto Herrera Díaz - Radicación n.º 88455*. Bogotá, D.C.: Corte Seprema de Justicia - Sala de Casación Laboral .



UNIVERSIDAD LIBRE
POSGRADOS DERECHO - BOGOTÁ D.C.

FORMATO APROBACIÓN
TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN

FECHA:	N°:
--------	-----

AUTORES

NOMBRE DEL ESTUDIANTE	N° DE CÉDULA	CORREO ELECTRÓNICO
DERLY MENDEZ PEÑA	51993403	derly-mendezp@unilibre.edu.co
DILAN JULIAN CASTRO ARDILA	1116799065	dilanjcastroa@unilibre.edu.co

TÍTULO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN:

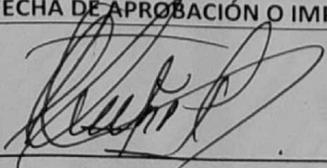
VULNERACIÓN DEL DERECHO PENSIONAL POR PARTE DE LAS AFP, DESDE LA VIGENCIA DE LA LEY 100 DE 1993

N° DE FOLIOS:21	ANEXOS:
-----------------	---------

PROGRAMA: ESPECIALIZACION EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

ASESOR METODOLÓGICO (Revisa la propuesta metodológica y técnica)	TUTOR DISCIPLINAR (Revisa el contenido sustancial del trabajo)
ASIGNADO A:	ASIGNADO A:
OBSERVACIONES:	OBSERVACIONES:
APROBADO: <input checked="" type="checkbox"/> IMPROBADO: <input type="checkbox"/>	APROBADO: <input type="checkbox"/> IMPROBADO: <input type="checkbox"/>

FECHA DE APROBACIÓN O IMPROBACIÓN:	
------------------------------------	--


FIRMA ASESOR METODOLÓGICO

FIRMA TUTOR DISCIPLINAR