

NULIDAD DEL TRASLADO EN EL RÉGIMEN PENSIONAL COLOMBIANO

JUAN CARLOS RUBIO OBANDO

VALERIA VICTORIA CUARTAS

UNIVERSIDAD LIBRE CALI

Monografía de Grado para optar al título de Abogado



PROGRAMA DE DERECHO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CALI

2019

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	8
GENERAL.....	8
ESPECÍFICOS.....	8
MARCO TEÓRICO	9
Teorías del Estado de Derecho y Social de Derecho	9
<i>Teoría del Estado de Derecho.....</i>	<i>9</i>
<i>Teoría del Estado Social de Derecho.....</i>	<i>10</i>
Teoría de la sostenibilidad fiscal	11
Teoría de los derechos adquiridos	12
Teoría del hecho jurídico y el acto jurídico	14
<i>El consentimiento o voluntad</i>	<i>14</i>
CAPÍTULO I.....	16
ANTECEDENTES, DESARROLLO Y PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL Y PENSIONAL DE COLOMBIA.....	16
ORÍGENES MODERNOS	16
EVOLUCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y PENSIONAL EN COLOMBIA	18
Orígenes e importancia de CAJANAL (Caja Nacional de Previsión).....	19
Nacimiento del ICSS (Instituto Colombiano de Seguros Sociales).....	19
Problemas y dificultades de los sistemas de pensiones y seguridad social	20
Nacimiento de La Seguridad Social integral de la Ley 100	23

<i>Modelo pensional de la Ley 100</i>	23
<i>Algunos Resultados del modelo de pensiones de la Ley 100</i>	25
<i>Algunos problemas del modelo de pensiones de la Ley 100</i>	27
DEFINICIÓN Y PRINCIPIOS DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL	28
Definición de la Seguridad Social según la OIT	29
Definición de la Seguridad Social en la ley colombiana	30
Definición de la Seguridad Social según la jurisprudencia de la Corte Constitucional .	31
Características y principios del Sistema de Seguridad Social en Colombia.....	32
CAPÍTULO II	35
RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y TRASLADO ENTRE REGÍMENES PENSIONALES .	35
CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS DEL SISTEMA	35
Administradoras de Fondos de Pensiones AFP	37
RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA RPM	38
Características del RPM	39
RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD RAIS	40
Entidades encargadas del manejo de los Fondos del RAIS	41
Control y vigilancia de las AFP del RAIS.....	41
<i>a) Renta vitalicia inmediata</i>	43
<i>b) Retiro programado</i>	44
<i>c) Retiro programado con renta vitalicia diferida</i>	46
RÉGIMEN DE TRANSICIÓN	47
Fines del Régimen de Transición	47
Definición del Régimen de Transición	48

Relación entre el principio de sostenibilidad fiscal en el Régimen de Transición	49
Controversias en torno al Régimen de Transición.....	50
CONDICIONES DE PÉRDIDA Y RECUPERACIÓN DE LA TRANSICIÓN	51
TRASLADO ENTRE REGÍMENES PENSIONALES	53
Libertad para escoger régimen pensional	53
Reglas para el traslado	54
Requisitos para el traslado	55
Traslado de recursos	56
CAPÍTULO III.....	57
NULIDAD DEL TRASLADO Y DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS AFP AL	
MOMENTO DEL TRASLADO	57
POSICIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA NULIDAD EN EL TRASLADO.....	57
Sentencia 31989 de 2008 de la CSJ	58
DEBER DE INFORMACIÓN Y ASESORÍA POR PARTE DE LAS AFP.....	64
CONCLUSIONES.....	70
BIBLIOGRAFÍA.....	73

INTRODUCCIÓN

La forma en que se encuentran estructurados actualmente en el mundo la Seguridad Social y los sistemas pensionales se gestó en Alemania desde 1881, cuando Otto Von Bismarck¹ propuso ante la cámara legislativa una serie de proyectos normativos encaminados a proteger a los trabajadores de las contingencias de la vida laboral, tales como, enfermedad, accidentes laborales, pensión entre otros.

Por su parte, Colombia implementó una serie de leyes de manera dispersa durante los primeros años de vida republicana que protegían a los trabajadores de algunas de las contingencias laborales, pero solamente hasta a mediados de siglo XX se sancionó una ley de Seguridad Social propiamente dicha. Sin embargo, este conjunto normativo no fue el adecuado para atender las necesidades propias de las contingencias de la vida laboral, por ello, el año 1993 se estableció dicha regulación en el país de una manera integrada y universal, incluyendo los actuales regímenes pensionales.

El sistema de seguridad social y pensional del país tiene como sustento superior los artículos 48, 49 y 50 de la Carta Magna, y sustento legal bajo la norma de 1993, llamada ley 100. Esta norma creó la estructura de los sistemas vigentes, acorde a los fines y principios de la Carta de Derechos, unificando con ella la mayor parte de los regímenes pensionales que existían en el país para ese momento, que se encontraban dispersos en varias normas.

Sin embargo, pese a la reorganización del sistema pensional mediante la promulgación de esta normatividad reguladora, por razones que se expondrán en este trabajo, se debió reajustar

¹ Bismarck nacido a principios del siglo XIX, obtuvo su nombramiento de canciller cuando Prusia era imperio, en el año de 1862, que luego se transformó en Alemania, se mantuvo en el poder hasta entrado el siglo veinte. (Abrams, 2006).

dicho sistema, mediante un cambio de en las condiciones en tiempo y edad con lo que se llamó “régimen de transición” imple mentado para dar solución a los problemas existentes, pero no logró solucionar de manera significativa y se presentaron inconsistencias y vulneración de derechos en materia pensional, algunos de ellos, dentro de lo que se denomina traslado entre regímenes pensionales.

La principal razón para la sanción del nuevo sistema pensional y su régimen de transición, se debió a la falta de capacidad del sistema de suplir los flujos de fondo en el mediano plazo, lo mismo que a las inequidades y desigualdades, al igual que la vulneración de derechos, los cuales siguen vigentes y existen posibilidades que el país tenga que reformular su política pensional para llegar a un consenso entre las necesarias reformas, los derechos adquiridos de la población trabajadora y el equilibrio fiscal para evitar además el colapso del sistema pensional en términos de sostenibilidad financiera e ir en contravía de los lineamientos de la OIT.

Con este trabajo se pretende mostrar la razones para la declaratoria de la nulidad en el traslado en el régimen pensional, cuyo principal argumento para que en los tribunales se falle en tal sentido, se basa en que las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) obraron con negligencia al momento de dar la debida orientación a sus afiliados, perjudicándoles en sus ingresos futuros, faltando así al deber de información.

Para poder mostrar tales situaciones en su debido contexto, es necesario exponer de manera articulada el sistema pensional colombiano, mostrando, la evolución de la normatividad en el país, hasta llegar a señalar detalladamente el régimen de transición con su correspondiente problema de la vulneración de derechos que conducen necesariamente al pronunciamiento de las Cortes para declarar la nulidad en el traslado.

Una de las principales razones que influyeron para que se presentara este engaño por parte de las Administradoras de Fondos, se debió a la alta complejidad del sistema de pensiones, además, al desarrollar la ley por parte del legislador, este se vio en la necesidad de implementar los cambios lo más rápido posible, lo que permitió que la ley se sancionara con vacíos jurídicos que fueron aprovechados por las AFP para no brindar la información adecuada a los afiliados, lo que redundó en menores ingresos para los pensionados que habían decidido trasladarse al Régimen de Ahorro Individual.

En cuanto a la justificación de esta monografía, se puede decir que, este estudio es útil porque aborda el problema pensional, el cual es un asunto de vigencia, debido a las condiciones demográficas de la tasa de senectud la población, índices bajos de formalización del trabajo y por ende de las cotizaciones a pensión, sumado a un oneroso cargo para la administración el pago de los pensionados de la actualidad, se ve amenazada no solo la estabilidad y viabilidad fiscal de las arcas nacionales, sino que se ven vulnerados los derechos de los cotizantes a pensión, toda vez que al tratarse de enmendar los errores en el sistema pensional colombiano, se han creado dos regímenes, uno de los cuales es administrado por fondos privados de pensiones que en aras de lograr más utilidades al manejar sus fondos, han inducido a error a los afiliados por la carencia de información, afectando así una parte de la población de la tercera edad que se está viendo imposibilitada para acceder a una vejez en condiciones acordes a su mínimo vital, lo que vulnera los principios consagrados en la Carta Fundamental.

Esta investigación es viable, porque la legislación en materia pensional ha tenido que ser revaluada por los diferentes pronunciamientos de las altas cortes, puesto que en muchas ocasiones ha permitido la vulneración de derechos al permitir que los cotizantes a pensión sean engañados por su falta de experticia en los cálculos financieros y actuariales mínimo.

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

GENERAL

Determinar el marco jurídico y jurisprudencial de las condiciones para la declaratoria de la nulidad de traslado entre regímenes pensionales en Colombia.

ESPECÍFICOS

- Describir los orígenes, desarrollo y principios del Sistema General de Seguridad Social y Pensiones de la ley 100 de 1993 en Colombia.
- Identificar el sistema normativo de los regímenes pensionales, el régimen de transición y las condiciones de traslado entre regímenes.
- Determinar los elementos legales y jurisprudenciales de las condiciones para la declaratoria de la nulidad de traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual según la Corte Suprema de Justicia.

MARCO TEÓRICO

Este aborda varios aspectos debido a la gran complejidad del tema. En primer lugar, el Estado Social de Derecho puesto que la Carta Política así lo determina y como tal, el Sistema General de Pensiones que pertenece al Sistema de General de Seguridad Social, cuyo fin es el de brindar protección y garantía a los ciudadanos.

En segundo lugar, se aborda la teoría de la sostenibilidad y estabilidad fiscal, la cual busca el equilibrio del tesoro público que puede verse afectado por el pasivo pensional.

En tercer lugar, la teoría de los derechos adquiridos que garantiza la seguridad jurídica, de la cual se deriva en contraposición la teoría de las meras expectativas que afirma que un hecho de la vida, solo cobra vigencia como hecho jurídico siempre y cuando cumpla la ley con sus requisitos establecidos, de lo contrario, solo pertenece al mundo de las meras expectativas, y junto con las dos anteriores, una teoría intermedia llamada, de las expectativas legítimas, aplicable al ámbito del régimen de transición.

En cuarto lugar, los vicios del consentimiento en materia contractual, que se suscriben a la teoría del hecho y del acto jurídico, dado que los afiliados suscriben un contrato con las AFP al momento afiliarse a éstas o de trasladarse y como tal, ellas deben brindar la garantía contractual.

Teorías del Estado de Derecho y Social de Derecho

Teoría del Estado de Derecho

Esta es una teoría que nace como respuesta liberal en contraposición a los regímenes monárquicos existentes en la Europa de la Edad Moderna de los siglos XVIII y XIX. Este

modelo no desarrolla por completo los derechos humanos, puesto que se fundamenta en la legalidad, la propiedad privada como derecho fundamental y la aplicación del estricto principio de legalidad, no obstante, no se perseguía como finalidad la aplicación de los derechos humanos nacidos en la Revolución Francesa y su Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Teoría del Estado Social de Derecho

Este tiene como finalidad favorecer la igualdad y la protección de los derechos humanos, lo que implica la obligación de proteger principios como la vida, la salud, el empleo, la educación, el amparo a la niñez y a la mujer, la seguridad social, la asistencia médica, etc.

Reconocer algunos de estos derechos no implica sin embargo la configuración de un Estado Social de Derecho, ya que incluso algunos regímenes absolutistas los incorporaron en sus constituciones como lo hizo el régimen de Bismark a fines del siglo XIX en Alemania y que continuaría con el nacionalsocialismo. “(...) *el Estado social se refiere a los aspectos totales de una configuración estatal típica de nuestra época*” (Pelayo, 1995, pág. 14).

En el mismo sentido, Pelayo (1995) considera que esta forma de organización política, es una adaptación del Estado liberal burgués a las nuevas situaciones sociales de la Revolución Industrial y Postindustrial, que generó conflictos sociales diferentes a los enfrentados por las sociedades anteriores, a la par con un potencial técnico y económico sin precedentes.

La primera definición teórica de lo que significa un Estado social de derecho es atribuida a Hermann Heller en su Teoría del Estado. En ella Heller señala que el Estado social es un avance social de las democracias y de la organización política como reacción histórica al "*Positivismo extremo, al Fascismo y al Colectivismo que se generaba en Europa en los años veinte*". (Heller, 1992).

Los fines y principios sobre los que se sustenta el Estado Social de Derecho se pueden resumir de la siguiente manera:

“1. Obligaciones de establecer condiciones de vida soportables, estándares mínimos para toda la sociedad o mínimo existencial; 2. Seguridad social; 3. Igualdad Social (igualdad de oportunidades y protección a los socialmente débiles); 4. Equidad social, eliminando los abusos del poder o en las relaciones de dependencia; 5. Sistema jurídico público; 6. Comportamiento social justo del individuo frente al Estado, lo que implica sentido responsable de la propiedad, cooperación a las necesidades financieras y subsidiaridad en el derecho social”. (Katz, 1987, pág. 94).

Todas estas condiciones de lo que representa un Estado social según Katz, evidencian la finalidad antropológica de esta forma de Estado como la finalidad de la Carta de Navegación de Colombia.

Teoría de la sostenibilidad fiscal

La idea de ponerle un control al fisco no es nueva en la historia de las naciones. Este planteamiento se ha mantenido a lo largo de la existencia de la humanidad, puesto que todas las sociedades padecen el problema de cómo asignar los recursos escasos y cómo realizar la distribución equitativa de los mismos, tema objeto de estudio de la economía.

En la actualidad, la teoría de la sostenibilidad fiscal es aplicada por el Tratado de Maastricht de la Unión Europea y es sostenida por la teoría de las escogencias colectivas (*“public choice theory”*) del economista estadounidense James McGill Buchanan².

² Este fue un economista norteamericano que obtuvo el Premio Nobel en 1986 por sus estudios sobre el balance fiscal de los países.

La teoría de las escogencias colectivas abarca los temas de intersección entre la economía y el derecho, en especial la función administrativa del Estado encargada de manejar los recursos y el recaudo fiscal cuya finalidad es lograr un equilibrio macroeconómico mediante la prudencia en el gasto público, con políticas como la imposición de límites a ciertos rubros (Restrepo, 2008).

Adicionalmente, esta doctrina pregona que se debe extraer la discrecionalidad del manejo del erario a las autoridades que lo tengan y reglar este gasto desde una base constitucional y con reglas de carácter estable y permanente que lo limite. En últimas, se pretende alcanzar un ideal de equilibrio fiscal, entendido este como la igualdad en la ecuación de ingreso menos gastos de la administración pública, lo que implica también, claro está, la limitación en la garantía del reconocimiento y el goce de los derechos, circunstancias que afecta al Estado social de derecho, pero no como una limitación total, sino a una gradualidad o desarrollo progresivo de todos los derechos fundamentales.

Teoría de los derechos adquiridos

Esta es una teoría que se complementa con las teorías de las meras expectativas y las expectativas legítimas, las cuales son aplicables al ámbito del tema pensional. En este caso, los primeros, es decir, los derechos adquiridos, son una garantía que el Estado colombiano debe brindar, independientemente de su situación fiscal, puesto que los afiliados al régimen de pensiones realizaron sus aportes a la sociedad mediante su trabajo en las condiciones que la ley les impuso en su momento y bajo estos presupuestos lograron acceder a su pensión y por tanto, adquirieron un derecho. En contraste están las meras expectativas y las expectativas legítimas,

las que se encuentran sujetas a diferentes factores o condiciones para que se concreten como derechos adquiridos.

En relación a las expectativas legítimas, estas se aplican por ejemplo a quienes se encontraban a poco tiempo de cumplir las condiciones que imponía la ley para pensionarse. Ante el cambio legislativo, a estas personas se les brindó la posibilidad de continuar con sus aportes al sistema pensional en las condiciones que tenían hasta ese momento, si cumplían algunas condiciones que el legislador consideró en términos de tiempo el 1° de abril de 1994 bajo ciertos requisitos de cotizaciones y edad.

En concreto, Merlín de Doual, definió los derechos adquiridos de la siguiente manera: *“son aquellos que han entrado en nuestro patrimonio, que hacen parte de él y que nadie nos los puede arrebatarse...”* (Merlín de Douat, citado por Roubier., 1963, Pág. 33).

Como se puede interpretar de la anterior definición, esta no abarca una amplia gama de circunstancias que cabrían dentro de la noción de derecho adquirido, puesto que existen derechos que no necesariamente son patrimoniales, como algunos civiles o también aplicables a los derechos políticos. Por ello, Bonnecase, apunta a decir que la expresión más acertada que debería reemplazar a la de «derecho adquirido» debería ser la de «situaciones jurídicas concretas», lo cual convendría entenderse como:

“la manera de ser de una persona determinada, derivada de un acto jurídico o de un hecho jurídico que ha hecho actuar en su provecho o en su contra, las reglas de una institución jurídica, y el cual al mismo tiempo le han conferido efectivamente las ventajas y las obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución [...]”. (Bonnecase, 1946, pág. 194).

Teoría del hecho jurídico y el acto jurídico

Es aplicable para quienes firmaron contratos de traslado al RAIS, cuando la norma impedía el retorno al Régimen de Prima Media, pero que para el caso del traslado, no recibieron la información suficiente y adecuada, por lo que se vieron afectados en sus interés por error en el consentimiento.

Ahora bien, la teoría del hecho jurídico más expandida por la ciencia del derecho es la francesa. Esta, por su parte, considera dentro de sus planteamientos, a la teoría de la inexistencia y nulidades expresada por Julián Bonnecase, quien plantea que los requisitos indispensables para la validez plena del acto jurídico bilateral son:

- a) que exista un libre consentimiento o exento de vicios de la voluntad.
- b) que el objeto del acto sea posible,
- c) de manera excepcional, empleo de una solemnidad.

El consentimiento o voluntad

Solo se expone aquí el primero de estos requisitos, el consentimiento, ya que los otros dos se suponen válidos para el caso de estudio. El consentimiento se puede entender como un acuerdo de voluntades, entre las partes, para fines de creación, transmisión, modificación o extinción de efectos de derecho, trátase de derechos subjetivos, deberes jurídicos u obligaciones de tipo convencional.

Para entrar a analizar la naturaleza jurídica del acto del traslado, es necesario entender dos cosas, por un lado, el traslado de un régimen a otro es un contrato, por otro lado, las Administradoras de Fondos pensionales, AFP, brindan un servicio público, por ende, la finalidad

de estas es el bienestar de los afiliados, lo que implica que, bajo estos dos supuestos, debe entenderse las actuaciones de las AFP.

Las AFP pertenecientes al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, RAIS, son regidas bajo la Ley Civil y Comercial, en tal sentido, se deben sujetar bajo los principios que orientan los contratos, en conformidad al artículo 1508 de Código Civil. Entonces, el consentimiento es el principio que debe primar en tales actos jurídicos, el cual puede afectarse por alguno de los vicios como son, fuerza, dolo o error, pero la Corte Suprema de Justicia ha descartado el primer vicio porque, como se puede apreciar, no existe ningún elemento que indique su existencia.

En cuanto al error, este puede presentarse en relación a la especie del contrato o del propio acto, puede estar fundado en la identidad de la cosa y o en la contraparte contractual.

El vicio de error según Lombana (2001) es individual y no se induce por la contraparte, dado que se basa en el supuesto de la buena fe de las partes contratantes. Sin embargo, es posible que el error recaiga en la persona con quien se contrata, (*error in persona*), o puede recaer en el objeto del contrato, o la prestación ya sea en calidad de la cosa o en otra (*in corpore*) o puede darse el error de derecho, que recae en la naturaleza misma del acto jurídico (*in negotio*).

En cuanto al dolo, Ortiz Monsalve (2013) lo definió como una trampa, estafa, treta o maquinación cuya finalidad es inducir la adhesión de la contraparte a la suscripción de un contrato, realizado por medio del uso de maniobras fraudulentas o, para el caso de estudio, por la omisión de suministrar la información adecuada y suficiente a los afiliados, que los condujo a error.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES, DESARROLLO Y PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL Y PENSIONAL DE COLOMBIA

En este primer capítulo, se establecen los orígenes y contexto del sistema en el país, se comienza realizando una breve delineación de los inicios de la seguridad social en las primeras legislaciones laborales y cajas de retiro pensional. Posteriormente, se describe el desarrollo de la seguridad social desde la primera normatividad sobre el tema estatuida a comienzos del siglo pasado, pasando por la Ley 6° de 1945, hasta llegar a la Ley 100 de 1993 en Colombia, para pasar a explicar los principios sobre los cuales se sustenta.

ORÍGENES MODERNOS

Los orígenes de los sistemas de seguridad social y pensional, nacen en las medidas en materia de seguros sociales ideados por Bismarck a mediados del decenio de 1880, que entre otras razones, intentaba mitigar las luchas revolucionarias obreras que buscaban la reivindicación de sus derechos y condiciones mínimas y adecuadas de trabajo y de vida.

Esta serie de normas garantes de las contingencias laborales se transformarían posteriormente en la seguridad social, mediante la implementación de seguros de accidentes y de vida que sirvió de modelo a muchos de los sistemas de seguridad social posteriores:

Alemania es el país pionero de la moderna Seguridad Social. Este proceso legislativo se inició durante el gobierno del canciller Otto von Bismarck y su implementación se llevó a cabo entre 1883 y 1914. En este país se estableció por primera vez, en forma técnica, el sistema de seguros sociales obligatorios. A la base de la presión de un proletariado

numeroso y de un poderoso partido de inspiración marxista (Partido Socialdemócrata alemán). (Rodríguez Mesa, 2011, pág. 14).

El canciller Bismark presentó en 1883 al Parlamento prusiano un proyecto de ley para regular el trabajo y las condiciones laborales al numeroso grupo de trabajadores de la nación alemana que resultaron del proceso de industrialización que estaba viviendo el país, por medio de un seguro forzoso para accidentes laborales y enfermedad común, lo mismo que contingencias como maternidad, el cual cubría hasta 13 semanas, que debía pagarse entre trabajador y empresa, en proporción uno a dos respectivamente.

Después de algunos debates sobre la conveniencia o no de pago del seguro de accidentes por parte de los trabajadores, se logró demostrar la importancia para el bienestar de los trabajadores y la previsión de costos por parte de las empresas, por lo que se aprobó en 1884 que el seguro fuese pagado por el empleador en su totalidad.

Sin embargo, a pesar del logro legislativo, esta ley no cubría a todos los sectores laborales alemanes, por lo que tendría que ampliarse paulatinamente a ellos, así, se ampliaría al sector de la agricultura en mayo de 1886 y al transporte en abril de 1892. (Nugent, 2017).

La gradualidad de la imposición de estos seguros al mundo laboral alemán se vería reflejada con posterioridad de la sanción de la Ley del Seguro de Vejez e Invalidez (1889) asociada tanto a la vida laboral, como a la vida fuera del ámbito laboral como forma seguro propiamente. Lo que conduciría años más tarde a la promulgación del Código de Seguros Sociales. (Nugent, 2017).

En resumen, la nación alemana sancionó las leyes de enfermedad (1883); accidentes de trabajo (1884); ley de seguros de invalidez y vejez (1889); ley de seguro de viudez y de orfandad (1911); Código de Seguros Sociales (1912).

EVOLUCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y PENSIONAL EN COLOMBIA

Las primeras referencias sobre seguridad social en la república colombiana, se encuentran en lo expresado en el discurso de Angostura en 1819 dictado por Simón Bolívar: “*el sistema de gobierno más perfecto es el que comparta mayor cantidad de bienestar, de seguridad social y de estabilidad política*”. (Torres Díaz & Torres, 2006, pág. 97).

En un comienzo, se heredó de la colonia los montepíos, que consistían en fondos de aportes de los militares para socorrer a los militares y familiares entrados en desgracia, sistema de protección que funcionó hasta el siglo XX cuando en 1912 se sanciona la ley 82, creando con ella por primera vez en el país una Caja de Previsión Social que reconocería pensiones y ayudas a sus empleados, la “Caja de Auxilios de los Ramos Postal y Telegráfico”, más tarde se sancionaron una serie de leyes en otros sectores pero, en 1960, se cambia de nombre por medio del decreto 2661, para llamarse “Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM”.

La siguiente Caja de Sueldos de Retiro fue creada en 1925, a favor de las Fuerzas Militares, fondeada con recursos de aportes de los militares y subvención de la nación.

Sin embargo, en el sector público, antes de esta ley, en 1905 se promulga la ley 29, que favorece con una pensión de vejez a aquellos empleados civiles que hubiesen servido por treinta años en cargos públicos, con el 50% del salario del último empleo, a condición de haber mostrado, “*honradez, consagración, buena conducta y carecer de medios de subsistencia*”, además del requisito de tener 60 o más años, aplicable también a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, aunque 22 años más tarde, en 1927, mediante la ley 102 se extiende el beneficio a las viudas de estos magistrados, lo mismo que a los tribunales superiores que hubiesen laborado en la rama judicial por 20 o más.

Orígenes e importancia de CAJANAL (Caja Nacional de Previsión)

El primer esfuerzo real y práctico por crear un sistema de Seguridad Social en Colombia se produjo con, CAJANAL, creada en 1945 por la Ley 6ª, organizada por Decreto 1600 del mismo año, que comenzó a operar junto a otras cajas que ya cubrían a algunos trabajadores del sector público y que cobijaría a los “*empleados y obreros de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público*”.

Para ese momento, los trabajadores del sector estatal no tenían un sistema unificado de prestaciones, como asistencia médica prestacional por enfermedad o fallecimiento, cesantías, ni mucho menos las pensiones de jubilación o muerte, por lo que esta fue la misión de la Caja. En cambio, en el sector privado, las empresas contaban con diversas cajas de retiros, las cuales tenían la función de pensionar, al igual que en la mayoría de casos, cubrir los demás riesgos de la Seguridad Social.

Nacimiento del ICSS (Instituto Colombiano de Seguros Sociales)

Este ente nació a la vida jurídica en la transición de los mandatos de Lleras Camargo y Ospina Pérez, por la Ley 90 del año 1946, estableciendo mediante dicha norma, el seguro social obligatorio en su primer artículo, sobre las contingencias de la seguridad social: invalidez; accidente y enfermedad laboral; enfermedad común y vejez, esta última mediante un régimen pensional de prima media, o lo que se llamó en su momento, reparto de beneficio definido, donde el trabajador aportaba a un fondo común del cual se repartía el dinero para pagar las mesadas pensionales y ellos recibirían su pensión de vejez, señalados en la sección tercera artículos 45 a 50.

Problemas y dificultades de los sistemas de pensiones y seguridad social

Después de unos años, las dificultades del nuevo sistema de seguridad social comenzaron a surgir, debido a varios factores, entre ellos: la propia insostenibilidad financiera; los altos costos que empezaron a elevarse por el creciente número de afiliados que se pensionaba; la falta del aporte al cual se había comprometido el Estado y la baja cobertura e inequidad. (Ayala & Acosta, 2002).

El sistema pensional funcionaba diferente para el sector público y el sector privado. De una parte, el privado funcionaba por medio de aportes tripartitos, correspondientes al 6% del salario, dividido de la siguiente manera, 1.5% pagaba el trabajador, 3% empleador y 1,5% por el Estado. Aportes que para los años 1960's, se calculaba que debería aumentar 3% cada cinco años hasta llegar al 22% en 1993, sin embargo, esto no sucedió. Estos factores aunados a que el Estado se había comprometido con un porcentaje de 1,5% que no cumplió, inicialmente se establecieron los pagos en 4,5% y se incrementaron a 6,5% en 1985.

Pero estas cifras no correspondían a lo que en realidad se necesitaba para garantizar el pago a los pensionados, lo que unido a la falta de datos de lo que realmente el sistema tenía y lo que se necesitaba, de este modo, el Estado que subsidiaba a los empleados públicos y que no giraba los dineros necesarios empezaron a agravar la crisis del ISS que para 1992 tenía obligaciones pensionales de \$4.7 billones y sólo contaba con reservas de \$0,4 billones, el Estado entonces, debía suplir los pasivos vía presupuesto, es por ello que el sistema aún en la actualidad no ha alcanzado su punto de equilibrio, pues nació con un déficit muy alto y en continuo crecimiento. (Lora, 2018); (Santa María, Steiner, Botero, Martínez, & Millán, 2010); (Villar, Malagón, Vaca, & Ruiz, 2013).

Ya a finales de los 80's, el ISS comenzó a decaer en su proporción de nuevos afiliados en relación a los pensionados debido a los efectos demográficos, sumado a la alta dispersión de cajas y regímenes pensionales que hacían imposible la cuantificación del problema, se disparó la brecha entre las cotizaciones y los desembolsos esperados, por lo que el régimen de Prima Media no podía sostenerse.

Sumado a ello, la crisis social se comenzaba empeorar, cuando el porcentaje de afiliación al sistema era del 21% sobre la población económicamente activa, lo que implicaba que casi el 80% de esta, no iba a obtener una pensión de vejez y que el dinero que había no iba a cubrir al 21% de trabajadores que si alcanzarían la pensión. (Santa María, Steiner, Botero, Martínez, & Millán, 2010).

Estas condiciones generaban un doble problema, por un lado el sistema de Seguridad Social colombiano era incapaz de garantizar el acceso a los servicios al grueso de la población y era casi imposible mantener la situación a los pocos afiliados al sistema, además los problemas de inequidad se agudizaban puesto que, aproximadamente la mitad de los afiliados al ISS pertenecían al tercio de mayor ingreso de la población (Santa María, Steiner, Botero, Martínez & Millán 2010).

Ésta crisis, fue debida a múltiples factores, la razón principal, era la forma en que se sustentaba el sistema que no se garantizaban las pensiones por un ahorro razonable del trabajador y del empleador a lo largo de su vida, sino que se sustentaba en una combinación de dichos ahorros, el aporte de los cotizantes y un aporte o subsidio estatal, pero al incrementarse la expectativa de vida al nacer con la baja edad de algunos regímenes pensionales para otorgar el derecho a ella, adicionalmente se unió a estas circunstancias, la estrechez de la pirámide

poblacional, es decir, que el ritmo de aumento de la población comenzó a decrecer a partir de los años 70's, y la nuevas generaciones ya no podían sostener el pasivo pensional.

Según (Santa María, Steiner, Botero, Martínez & Millán, 2010), los factores que condujeron a la insostenibilidad del sistema pensional y posterior crisis fueron básicamente cinco:

- el primero fue la baja tasa de aportes, o tasa de cotización, compuesta por los aportes de los empresarios, trabajadores y Estado, estos aportes, estaban programados para incrementarse periódicamente, pero no se hizo realidad;
- el segundo fue el incumplimiento de la contribución del Estado, que se había comprometido a realizar unos aportes determinados que no materializó y que hizo que la entidad tomara recursos de otros ítems;
- el tercer punto fue el exceso de beneficios a cambio de un aporte muy bajo lo que hace el sistema sea insostenible de por sí;
- cuarto, un maremágnum de regímenes especiales y de cajas administradoras que hacía que el sistema fuese incoherente, descoordinado y débil;
- quinto y último, el cambio en la pirámide poblacional que redujo las tasas de incremento de los aportes causado por la disminución en las tasas de crecimiento demográfico, en contraposición de un output cada vez mayor, por cuenta de una mayor expectativa de vida, pues los viejos comenzaron a aumentar en proporción a los jóvenes además de vivir mucho más.

Todo esto obligó a reconsiderar los cálculos actuariales realizados en el antiguo régimen de pensiones y de otro lado, la imprevisión de las diferentes cajas de compensación y fondos de jubilación, no hicieron los cálculos correctos para ahorrar los montos mínimos para sostener el

pasivo pensional, éstos factores hicieron que Colombia estuviera en mora de implementar reformas estructurales al sistema de pensiones desde los años 80's que permitiera un flujo eficiente de los recursos pensionales y no sólo basarse en el viejo modelo piramidal de pagar las pensiones de vejez con la mano de obra de las nuevas generaciones, lo cual era insostenible.

Nacimiento de La Seguridad Social integral de la Ley 100

Con las reformas impuestas en 1993 por la Ley 100, se pretendía solucionar el problema del desequilibrio fiscal y simultáneamente aumentar la cobertura de la seguridad social, todo ello con un manejo mucho más realista, racional y eficiente de los recursos, a diferencia de lo que se había hecho hasta ese momento.

Otro de los fines buscado con la conformación e implementación de la Ley 100 fue garantizar las contingencias de seguridad social de la población colombiana afiliada al sistema integral, tanto a la previsión pensional como de salubridad y riesgos laborales.

Con esta ley 100, se derogarían la mayoría de los regímenes pensionales vigentes hasta el momento, cada uno de los cuales tenía sus propios requerimientos de edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas, aunque muchos de ellos aún se aplican para las personas que cubiertas por el régimen de transición o las excepciones consagradas en la propia ley colombiana, como son el caso de policía y las fuerzas armadas.

Modelo pensional de la Ley 100

Se hizo necesario para garantizar una transición más humana y conservar las condiciones de los que trabajaban bajo las condiciones impuestas al iniciar su vida laboral, crear un régimen

de transición que comenzaría a regir a partir del año 1994 en edad y semanas cotizadas mínimas para entrar en el antiguo o en el nuevo régimen.

El artículo 36, Ley 100 de 1993, impuso que este régimen de transición era aplicable solo a aquellos hombres mayores de 40 años y mujeres mayores de 35 al primero de abril de 1994, o que hubiesen cotizado al menos 750 semanas antes de la fecha señalada. Sin embargo, por diversas razones, se mantuvieron a tres grupos por fuera de este sistema, las fuerzas militares, los docentes y los empleados de ECOPETROL, pero, simultáneamente se garantizó por principio legal, la garantía de una pensión mínima consistente en un salario mínimo, es decir, la imposibilidad de recibir una pensión por debajo de un salario mínimo.

También se buscaba que se diera un uso a los ingresos provenientes de las cotizaciones, con criterio responsable y financista, con la finalidad de optimizar la eficiencia en la administración de estos recursos. Se creó entonces el Sistema General de Pensiones, compuesto por el antiguo Régimen de Prima Media (RPM), Título II, artículos 31 y 32, con beneficios definidos en el cual se introdujo las cajas existentes.

De otra parte, se creó el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) manejado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Título II, capítulo I artículos 59 a 63.

Otra característica, es que se garantiza a los afiliados en el literal e) de artículo 13 a tener la posibilidad de traslado entre ambos regímenes, con el cumplimiento de las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Con el nuevo sistema, se definió un criterio para todos los afiliados en número de semanas mínimas y edad en el RPM. En cambio, en el RAIS, se requiere un monto mínimo para garantizar el derecho a la pensión, que depende de los cálculos actuariales para poder hacer efectivo los pagos mensuales hasta el final de los días del afiliado.

Algunos Resultados del modelo de pensiones de la Ley 100

Con esta reforma al sistema pensional, se logró frenar en parte la avalancha en la que se había convertido el pasivo pensional, y se organizó de una manera sistemática y organizada que permitía no solo ver la punta del iceberg, sino que se lograba vislumbrar y medir la verdadera magnitud de la situación, puesto que ya con una cotización del 12% y posteriormente con incrementos que en la actualidad se encuentran en el 16%³ según el artículo 20 de la Ley 100.

Estos cambios en materia pensional provocaron varios efectos, lograron detener la avalancha que significaba el pasivo pensional, por otra, se creó un sistema aunque no óptimo, si más realista y sostenible que el anterior. No obstante, cambió las expectativas de algunos que esperaban pensionarse con los regímenes pensionales a los cuales adhirieron cuando iniciaron su vida laboral.

Sin embargo al crear dos regímenes pensionales, se estableció el derecho al traslado, pero bajo ciertas condiciones, que sólo se puede realizar cada cinco años y que no puede hacerse a menos de 10 años de la edad de jubilación, pero debido a diferentes demandas fallas por las cortes, se permitió romper esta regla, bajo ciertas condiciones.

Mediante el RAIS dio un alivio a la falta de financiación de las futuras pensiones, el RPM no garantiza el flujo de fondos para cubrir el pasivo pensional, al menos antes de la reforma

³ Según el artículo de la Ley 100, si el ingreso mensual de los afiliados supera los cuatro salarios mínimos, deberá pagar un aporte adicional destinado al Fondo de Solidaridad Pensional de 1%, sobre la IBC (Ingreso Base de Cotización).

Por otra parte, para ingreso muy altos como los superiores a 16 SMLV, el aumento de 0.2% por cada salario superior a 16, hasta llegar a 0.8%, de ahí en adelante, será ese 0.8%, es decir, para salarios superiores a 20 SMLMV.

constitucional, éste hizo que se promoviera el ahorro en Colombia y como consecuencia, el sistema financiero se vio oxigenado y permitió el flujo de capitales dentro del mismo:

La creación de un régimen de capitalización individual se justificaba macroeconómicamente porque aumentaría el ahorro nacional (privado más público) y estimularía el desarrollo del sector financiero, elevando como resultado la tasa de inversión y el crecimiento económico. (Lora, 2018, pág. 19).

Sobre el impacto macroeconómico del sistema pensional en el país, otro estudio de (Villar, Malagón, Vaca, & Ruiz, 2013), demostró que desde la reforma de 1993 hasta el año 2010, se presentó un aumento en el ahorro privado de 1,9% del PIB, debido a que los ahorros de los fondos privados de pensiones se realizaron en cuentas individuales, que al cruzarlo con el déficit de ahorros de las cuentas del sector público entre otras, *“el ahorro nacional aumentó 1,5% del PIB como resultado de la creación de las AFP”*. (Lora, 2018, pág. 19).

Según cifras de ASOFONDOS, los Ministerios de Hacienda y de la Protección Social, para mediados del año 2014, momento en el que comenzaron a declinar los retornos de los dineros, se contaba con un ahorro de 154 billones de pesos, todo ello con un rendimiento según la misma fuente de un 12% nominal anual desde su creación hasta ese momento, éstos ahorros han ido a parar no sólo a cuentas de ahorro, sino que según mandato legal, se han distribuido en diferentes instrumentos del sistema financiero colombiano e internacional, lo que en opinión de muchos analistas ha servido para fortalecer el mercado de capitales colombiano. (Lora, 2018, pág. 19); (Santa María, Steiner, Botero, Martínez, & Millán, 2010); (Villar, Malagón, Vaca, & Ruiz, 2013).

En resumidas cuentas, se pueden destacar tres aspectos de los logros alcanzados con la Ley 100, el primero es la transparencia, puesto que ya se cuenta con un sistema que indique

claramente donde están todos y cada uno de los pesos aportados por el sistema; el segundo es el aumento de cobertura, en especial a la población más vulnerable, pues se logró que un porcentaje mayor de colombianos pudieran tener el acceso a un ahorro pensional, aunque en la práctica, muchos no logren acceder a él, debido a muchos factores; el tercero, es que se visibilizó el iceberg entero, debido a que ya se cuenta con una forma de calcular el déficit presente y futuro, pues se conocen los montos que debe pagar un trabajador y los saldos disponibles.

Algunos problemas del modelo de pensiones de la Ley 100

Pero no todo fue color de rosa, la situación trajo un avance que no fue ni mucho menos la panacea, sino que simplemente se mejoraron algunos indicadores y el proceso de transición fue realmente largo, en parte debido al cuidado de la protección de los derechos adquiridos de los trabajadores y a evitar desórdenes mayores a la hora de unificar todos los regímenes existentes al momento, lo que significó costos que se debieron mitigar con el Acto Legislativo 01 de 2005, que pondría freno a lo que no pudieron hacer todas las reformas impuestas hasta el momento.

Según (Santa María, Steiner, Botero, Martínez, & Millán, 2010), la situación no fue lo que se esperaba y los problemas continuaron, el primero de ellos es la sostenibilidad, puesto que bajo las reformas impuestas por la Ley 100 de 1993, el problema continuó, puesto que, lo que las tasas de afiliación esperadas no se presentaron, esto porque la facilidad de moverse entre sistemas, primero al RAIS desde el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales y posteriormente devolverse al Seguro de nuevo al encontrar que sus contribuciones no eran las suficientes para solventar su pensión.

En 2003 se expidió la Ley 797 la cual dio mayor equidad y solidaridad, al tiempo que daba un alivio a la situación fiscal, brindando un escudo con el Fondo de Garantía de Pensión

Mínima. También, ampliando el universo de cotizantes y aumentando las coberturas, también se reglamentó el traslado de un régimen a otro estableciendo una permanencia mínima de 5 años en cualquiera de los dos, y 10 años antes de la edad de jubilación.

Por otra parte, se atacaba el pasivo pensional con la creación de la Ley 860 de 2003, mediante la cual se intentaba reducir el pasivo pensional a una cifra no solo imaginable, sino pagable, hasta un 40% del PIB cambiando el Régimen de Transición.

Pero la ley sufrió el tamiz de la inexecutable de la Corte que en sentencia C-754 de 2004 la declaró inexecutable en el artículo 4 que fue criticada por muchos debido a que la acusan de regresiva, pues los viejos que se habían pensionado con cifras generosas iba a ser subsidiadas por los más pobres y jóvenes quienes tendrían que pagar estos costos y además sufragar el costo de sus propias pensiones.

DEFINICIÓN Y PRINCIPIOS DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La Seguridad Social brinda garantía de bienestar y calidad de vida en una sociedad, considerando que ella es definida en la Carta Magna de 1991, en los Convenios en materia laboral, en la ley y en la jurisprudencia de las altas Cortes. Por ello, ésta se basa en unos principios que el legislador y el operador gubernamental deben respetar.

Se hace necesario en ese orden de ideas exponer las diferentes definiciones entregadas por estos entes encargados de orientar y proteger los derechos fundamentales como la OIT, la Carta de Derechos, la Ley y la jurisprudencia del tribunal constitucional colombiano.

Definición de la Seguridad Social según la OIT

La OIT creada como parte de las medidas a nivel internacional en el contexto del final de la Primera Guerra Mundial y que cumple un siglo de fundación, es el primer instrumento de su tipo para proteger los derechos de los trabajadores, en busca de la justicia social, como lo señala el preámbulo de su constitución.

Para este organismo, la seguridad social es, en términos generales, el sistema de cobertura de todos los riesgos y contingencias que pudiesen ocurrir a los individuos de una sociedad, tales como, enfermedad, vejez, invalidez, embarazo y accidentes laborales, la OIT la define de la siguiente forma:

La seguridad social es la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia. (OIT, 2003, pág. 1).

Pero una cosa es definir lo que este término significa y otra la finalidad que persigue, por tanto, además de lo dicho, la misma entidad establece la finalidad de la seguridad social y la responsabilidad que tiene el Estado en brindar dicha garantía:

La Seguridad Social tiene como objetivo proteger a todos los miembros de la sociedad frente a todas las contingencias a que se exponen a lo largo de la vida. Por ejemplo, la salud, vejez, cargas familiares, accidentes de trabajo, invalidez, muerte o desempleo, tienen que ser garantizadas obligatoriamente por el Estado, siendo éste responsable de su cumplimiento, asegurando el carácter redistributivo de la riqueza con justicia social. (OIT, 2003, pág. 1).

Definición de la Seguridad Social en la ley colombiana

La definición legal se establece en la Ley 100 de 1993, la cual es la norma que regula este derecho, en el preámbulo establece una definición en términos institucionales, normativos y procedimentales:

La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad. (Ley 100, preámbulo, 1993).

Cabe de todas formas aclarar dos cosas, la primera es que ve a la seguridad social como conjunto de instituciones y segundo, que a pesar propia norma entrega la definición de manera extensa, la misma no establece en principio el beneficio de la Seguridad Social para todo ciudadano colombiano, sino que en términos reales, la restringe a la previa afiliación al sistema de seguridad social, tal y como lo expresa la misma ley en su artículo 6° párrafo primero:

ARTÍCULO 6o. OBJETIVOS. El Sistema de Seguridad Social Integral ordenará las instituciones y los recursos necesarios para alcanzar los siguientes objetivos:

1. Garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema... (Ley 100 de 1993, artículo 6°).

No obstante lo anterior, puede recalcar que la afiliación al Sistema se divide en el subsidiado y el retributivo condicionado al trabajo o a la capacidad económica, asunto que cabría debatir, porque en miras de universalizar la seguridad social, el propio Estado ha intentado expandir la cobertura, en principio mediante los fallos de la Corte encaminados a expandir las garantías y en segunda medida la creación de programas e instituciones cuya finalidad sea la cobertura universal.

Definición de la Seguridad Social según la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional ha definido ésta desde los primeros años de entrada en rigor la Constitución de 1991 de manera similar a la definición de la OIT, en tal sentido, afirma que es conjunto de medidas legales que se adoptan para afrontar los riesgos que afectan la capacidad y oportunidades de los individuos y sus familias, con el fin de que tengan un ingreso básico para llevar una vida digna. Al tenor literal expuesto por el Tribunal Constitucional se definió en un inicio como:

El concepto de seguridad social hace referencia al conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna. (Corte Constitucional. Sentencia No. T-116, 1993).

La Corte Constitucional ha señalado también sobre su naturaleza jurídica en Sentencia No. C-408/94 que, la seguridad social *“es un derecho de la persona que se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio.”*

Así mismo, este tribunal ha definido la seguridad social en sus fallos más recientes de manera más extensa, apuntando no solo a incluir los beneficios más comunes que se entienden

como parte de la seguridad social como salud, riesgos profesionales y pensiones, sino en aquellos servicios útiles para los ciudadanos en los términos que señale la ley:

La Constitución, en el artículo 48, define la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado y como una garantía irrenunciable de todas las personas, representada en la cobertura de (i) pensiones, (ii) salud, (iii) riesgos profesionales y (iv) los servicios sociales complementarios definidos en la misma ley. Ello, a través de la afiliación al sistema general de seguridad social que se refleja necesariamente en el pago de prestaciones sociales estatuidas. (Corte Constitucional. Sentencia T-327, 2017).

Características y principios del Sistema de Seguridad Social en Colombia

Afirma la Corte en la sentencia T-116 de 1993, señalando los principios constitucionales de la seguridad social que se establecieron por el artículo 48 de la Norma Superior, que consagra el derecho fundamental a la seguridad social:

Toda persona afiliada a una institución de Seguridad Social, ..., mediante las condiciones determinadas en las leyes y acuerdos que la reglamentan, adquiere el derecho a ser atendida en forma inmediata y adecuada en desarrollo del inciso primero del artículo 48 de la Carta, que consagra los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad para la prestación del servicio público de seguridad social. (Corte Constitucional. Sentencia No. T-116, 1993).

Adicionalmente, la sentencia expande su explicación sobre los principios del artículo 209 de la Norma Superior en cuanto a que la seguridad social es administrada y regulada por el Estado bajo preceptos de eficiencia, solidaridad y universalidad, en cuanto al primero, afirma que

este corre por cuenta de los entes responsables de su realización ya sean públicas o privadas, además, es este principio rector de la gestión administrativa del Estado,

Más tarde en Sentencia C- 760 de 2004, define la eficiencia, respecto a la seguridad social, afirmando que *“es la mejor utilización social y económica de los recursos disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.”*

En cuanto a la solidaridad, tiene como finalidad la justicia social fundamentada en el principio de dignidad humana: *En cuanto a la solidaridad, este es un principio que aspira a realizar el valor justicia, que tiene su fundamento en la dignidad humana.* (Corte Constitucional. Sentencias No. T-116 y C-134, 1993).

El mismo tribunal en Sentencia C- 760, 2004, adiciona a lo dicho que es la mutualidad de la ayuda entre individuos, intergeneracional, intersectorial de la economía, los entes territoriales y sus regiones y comunidades, que siempre el interés del más fuerte se sobrepone sobre el débil, por ello, el Estado la debe garantizar es la seguridad social por medio de su intervención, control y dirección.

Sobre la universalidad, ésta busca una cobertura total a la población, dado que la constitución consagra tal derecho para todos los ciudadanos:

Respecto a la universalidad, ésta se relaciona con la cobertura de la seguridad social: todas las personas tienen derecho de acceder a ella. Ello es natural, por cuanto si la dignidad es un atributo y un fin inherente de la persona, no es entonces concebible que unas personas gocen de vida digna y otras no. (Corte Constitucional. Sentencia No. T-116, 1993). (Sentencia C-134. 1993).

La Corte en la Sentencia C- 760, 2004, adiciona tres principios más a los ya mencionados en las sentencias T116 y C-134, ambas de 1993, que son, los principios de, integralidad, unidad y participación. El primero de ellos, es el deber de cubrir todas las contingencias del ser humano, ya sea salud, economía y condiciones de vida, por lo que el ciudadano debe contribuir de acuerdo a sus posibilidades y debe recibir de acuerdo a estas contingencias. El otro principio es la unidad, el cual es la articulación de normas, políticas, instituciones, procedimientos y prestaciones para lograr entregar los medios que garanticen la cobertura de las contingencias de la sociedad. (Corte Constitucional Sentencia C- 760, 2004).

CAPÍTULO II

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y TRASLADO ENTRE REGÍMENES PENSIONALES

En el presente capítulo se aborda de manera más profunda el tema del Sistema General de Pensiones, que se encuentra dividido en dos modalidades, Prima Media y Ahorro Individual, a los cuales aplica el régimen de transición, se define cada uno de ellos, exponiendo sus principales características, para posteriormente, entrar a explicar en qué consiste el régimen de transición aplicables a los afiliados al sistema. Finalmente, se exponen las condiciones establecidas legales para el traslado entre regímenes, tanto lo que se consagra en la ley como la posición de la Corte Constitucional al respecto.

CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS DEL SISTEMA

El Libro primero, Título I de la Ley 100 de 1993 se estatuye el Sistema General de Pensiones, el objeto del mismo se expresa en su artículo 10, consistente en resguardar a las personas de las contingencias que sobrevienen de la senectud, los accidentes laborales o las enfermedades de origen común que puedan provocar la discapacidad y el sustento para los sobrevivientes en caso de defunción del afiliado acordes con la ley, reconociendo una pensión o un prestación acorde a la contingencia que haya presentado el afiliado, previo cumplimiento de las condiciones legales de dicha norma.

Además de brindar garantía en los casos contingentes expuestos, esta ley igualmente tiene como objeto ampliar la cobertura progresivamente al resto de las personas que no se encuentren cobijados en principio por la norma. Se basa este sistema de pensiones en los siguientes principios:

- ✓ Obligatoriedad de afiliación para los trabajadores, es decir, la legislación exige que todos los trabajadores se afilien al sistema;
- ✓ Libertad para escogencia del régimen, lo trabajadores pueden escoger libremente entre el RPM o el RAIS;
- ✓ Derecho a la pensión de acuerdo a la norma, garantía de recibir su pensión una vez verificados los requisitos consagrados en la ley;
- ✓ Obligatoriedad de los aportes de los afiliados de acuerdo a la ley, no es posible que se reconozcan cualquier ítem diferente al correspondiente aporte consagrado en la norma, excepto las propias excepciones que consagre la ley;
- ✓ Garantía de respeto a los derechos adquiridos en leyes anteriores a la ley 100;
- ✓ Principio de solidaridad y a la pensión mínima conforme a las condiciones establecidas en la norma;
- ✓ Ampliación progresiva para los sectores no cubiertos por esta ley mediante un fondo de solidaridad;
- ✓ Prohibición de recibir simultáneamente las pensiones de invalidez y vejez;
- ✓ Deber del Estado a suministrar los recursos, de la coordinación control y dirección del sistema, lo mismo que de la exclusividad de la destinación, custodia y administración de los recursos;
- ✓ Derecho a los afiliados que cumplan con el requisito de la edad pensional, sin cumplir los requisitos completos que exige la norma, a recibir una devolución del saldo o indemnización correspondiente de acuerdo a la normatividad;
- ✓ El derecho al reajuste anual de acuerdo al IPC en las condiciones que determine la norma. (Ley 100, artículos 13 y 14, 1993).

Se crean entonces dos sistemas de administración de pensiones, el de Prima Media de carácter público gestionado en ese momento por el Seguro Social y en la actualidad por COLPENSIONES, basado en aportes a un fondo común con algunas modificaciones a lo que se venía haciendo hasta entonces en semanas cotizadas y edad para adquirir el derecho a la pensión de vejez. El régimen privado, tiene como base el ahorro y capitalización individuales, gestionado por entidades financieras particulares que cumplan los requisitos establecidos en la norma, controlado y vigilado por las entidades de vigilancia y control fiscales del sector financiero correspondiente⁴, bajo la garantía estatal y la previsión por reaseguramiento. (Gómez Contreras, 2014).

Administradoras de Fondos de Pensiones AFP

Esta figura es creada en la Ley 100 de 1993, que ordena su creación para cumplir con los fines propuestos, estas se encuentran señaladas en artículo 52 para el RPM que para ese entonces era el Instituto de Seguros Sociales⁵, y el artículo 90 para el RAIS, que puede ser conformado por entidades de variada índole, tanto públicas, como privadas y también del sector solidario, con el fin de crear un sector de mercado competitivo en términos de la libre competencia económica “*propende por la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector privado, sector público y sector social solidario, que libremente escojan los afiliados*”. (Ley 100, art. 59, párr. 2º, 1993).

⁴ Superintendencia Financiera de Colombia.

⁵ La Ley 1151 de 2007 señala que ahora es la *Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES* la entidad encargada del manejo de los fondos pensionales de los trabajadores en el RPM. Entidad que según esta ley es, “*una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social*”.

RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA RPM

Este Régimen es, en esencia el mismo que venía operando hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 hasta ese momento administrado por el Seguro Social, pero que por las razones expuestas se debió reformar y crear la entidad llamada, COLPENSIONES (Administradora Colombiana de Pensiones).

La Ley 100 divide la administración pensional en dos sistemas, por su parte el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, RPM o RPMPD, es definido como: *“aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas”*. (Ley 100, arts. 31 y 32, 1993).

Esta definición somera del anterior artículo, aporta poco para su total comprensión, además, la pensión puede ser obtenida por tres causas, la vejez, la invalidez y por la familiaridad con el beneficiario del derecho pensional, adicionalmente, garantiza una indemnización en los casos en que estipule la ley en los cuales el afiliado no logre las condiciones para acceder a ella.

Esto se ratifica en el literal m del artículo 11 que reza: *“Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran”*. (Ley 100, art. 11, 1993).

La Corte definió en el año 2002 lo qué es el Régimen de Prima Media como el sistema en que las personas que se encuentren afiliadas, podrán recibir su pensión de invalidez, vejez o muerte, o en caso de no consolidarse las condiciones, una indemnización, todo esto bajo los criterios de la norma en términos de semanas y montos de cotización, lo mismo que pensión previamente definidos conforme al cumplimiento de los exigencias de la ley, en el que los fondos cotizados son de naturaleza pública. (Corte Constitucional. Sentencia C-789, 2002).

Características del RPM

De otra parte, sus características se exponen en el artículo 32 de la Ley 100, a la sazón tres, en primer lugar, es un régimen solidario; en segundo lugar, sus aportes se recolectan financieramente en como parte de un fondo común y tercero, el pago de sus prestaciones está garantizado por el Estado colombiano.

De lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que, dichos aportes conjuntamente con sus respectivos rendimientos pasan a formar parte de un fondo de naturaleza común que para este caso es administrado por el Estado colombiano, sin embargo, ello no implica que el Estado sea el dueño de dichos recursos ni mucho menos lo era el Seguro Social ni en la actual COLPENSIONES, a lo que la Corte en Sentencia C-378/98, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra, ha declarado que: *“Los aportes que administra el Instituto, así como sus rendimientos, en razón a su naturaleza parafiscal no pueden reputarse de propiedad ni del ente administrador ni del Estado”*.

Por tanto, aunque la norma declara que estos fondos son de naturaleza pública, esto no implica que la nación tenga la potestad de apropiarse de ellos, ni que les dé el mismo tratamiento que a los ingresos y recursos ordinarios del Estado, sino que la ley hace la diferencia para referenciar su discrepancia con los fondos provenientes del otro régimen, el cual es de naturaleza privada, tanto en su administración, como en el capital, porque cada afiliado tiene el derecho real sobre la cuenta individual creada a su nombre con los aportes que haya hecho a la misma, (Corte Constitucional Sentencia C-378, 1998).

Este sistema era administrado por el Estado, mediante el anteriormente llamado Instituto de Seguros Sociales o algunos entes que administraban otros regímenes, pero en la actualidad por COLPENSIONES.

RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD RAIS

Este tipo de pensión se plantea en la Exposición de Motivos de la Ley 100, en la que se afirma que este nuevo régimen basa su capitalización tanto en el ahorro individual como su respectiva inversión en el mercado de capitales para garantizar sostenibilidad y rentabilidad, con aportes de las dos partes de la relación laboral, con sus respectivos mecanismos de aseguramiento para los riesgos propios del sistema, invalidez y sobrevivientes. Se aplica también la garantía de pensión mínima. Además, se agregó al texto la idea que a los afiliados que se trasladasen del RPM a éste, tendrían el beneficio del bono pensional *“para generar, por lo menos, una pensión equivalente a la garantizada por el ISS”*. (República, 1992).

En a la definición, ésta es se encuentra en la Ley 100, pero de una manera básica como: *“es el 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, art. 59, inciso 1°, 1993).

Aquí, a diferencia del RPM, los aportes no son depositados a un fondo financiero comunitario, sino que cada uno de los aportes individuales son consignados en su respectiva cuenta individual de la cual se hace cargo una Administradora de Fondo Pensional AFP a título personal del ahorrador.

Por ello, la mesada pensional depende de algunos factores, principalmente de qué cantidad de aportes haya hecho la persona y cuál ha sido el rendimiento financiero de dicho monto en la cuenta individual, a diferencia del RPM, en el cual para acceder al derecho a la pensión, no es necesario que exista una cifra de ahorros que permitan hacer los desembolsos pensionales acordes a esta, sino que el afiliado solo debe cumplir las exigencias de tiempo de cotización y edad.

Se hace aclaración entonces de las dos características principales que constituyen este régimen, la primera es que se garantiza la pensión de vejez, si y solo si se ha reunido en la cuenta individual el capital necesario que pueda cubrir financieramente su costo, sin la exigencia del requisito de edad o semanas cotizadas.

De otro lado, estos aportes son administrados con precaución técnica financiera por las AFP, que al manejar recursos financieros, son vigiladas por la respectiva entidad de control, pero al tiempo prestan un servicio público, deben ser vigiladas por otras entidades.

Entidades encargadas del manejo de los Fondos del RAIS

Pese a que no existe una definición legal de lo que significa una AFP en la legislación colombiana, es posible inferir del artículo 90 de la Ley 100 que estas entidades tienen la función de administrar los fondos de pensiones del RAIS, y que se autoriza su creación a condición del observancia de los requisitos establecidos en la norma.

Del mismo modo faculta a diversas entidades públicas, privadas y solidarias a constituir administradoras. Sin embargo, las compañías aseguradoras solo pueden participar cuando se trate de las modalidades con aseguramiento.

Las AFP entre sus funciones y deberes, administran los recursos del fondo de pensiones, para los afiliados que se encuentren activos, esto es, como para los que hayan obtenido su pensión

Control y vigilancia de las AFP del RAIS

La Ley 100 en sus inicios, previó la vigilancia de estas administradoras a la superintendencia bancaria, en su artículo 13 que se refiere a las particularidades del sistema,

expresado en el literal k. Pero para el año 2005, el Decreto 4327 determinó que se fusionaron la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Valores, decisión tomada por la administración para simplificar y unificar criterios y estándares financieros y que resultaría en lo que es la Superintendencia Financiera de Colombia en la actualidad.

Es necesario considerar el papel que juegan las administradoras de pensiones en la sociedad y la economía, toda vez que no solo son entidades del sector financiero como lo señala el Ministerio de Hacienda en el Decreto 656 de 1994 del y que por ello deben ser vigiladas por la entidad correspondiente, en este caso, la Superintendencia Financiera, sino que además son entidades del servicio público, puesto que prestan un servicio en materia pensional, por lo que deben no solo buscar sus metas económicas , sino también, el bienestar general.

Sobre los dineros que administran las AFP del RAIS, son abordadas en el artículo 97 de la Ley 100, categorizándolas como “patrimonio autónomo” cuya pertenencia le corresponde a los afiliados, las obliga a cumplir con los requisitos de actuación desde inclusive la etapa previa al momento que se formaliza la afiliación de la persona vinculante.

Finalmente, se debe aclarar que en el Ley 100 en el artículo 97, se aborda el tema del manejo de los fondos de las personas por parte de las AFP, determinó que ellas eran un patrimonio autónomo, cuya propiedad es de los afiliados, pero que estas administradoras tienen como deber el de gestionar los intereses de sus afiliados, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas a la formalización de su afiliación.

Diferentes Modalidades pensionales en el RAIS

Es necesario aclarar que el tema de las diferentes modalidades en el RAIS es importante para comprender mejor las razones por las que es difícil determinar de antemano los montos

futuros de la mesada pensional, dado que estos montos se encuentran sujetos a: la modalidad; condiciones de mercado, tiempo de capitalización de los capitales ahorrados y monto de las cotizaciones, razones por las cuales muchas personas hayan querido retornar al RPM después de haberse trasladado al RAIS, una vez vieron afectado su ingreso al diferir de lo previsto en el RPM, sin embargo, en la presente monografía por limitaciones de extensión solo se exponen de modo general sin profundizar en qué consisten los escenarios financieros de las mesadas pensionales.

Inicialmente, la Ley 100 previó tres modalidades para obtener una pensión dentro del RAIS, una consistente en un ahorro para garantizar una alícuota futura en cualquier tiempo, otra de retiro programado consistente en un monto y edad para la obtención de la pensión y la tercera, como una mezcla de las dos, de retiro con renta vitalicia. En general, estas tres modalidades iniciales del RAIS se basan en características financieras en forma de cotización de una alícuota o anualidad, ellas se encuentran establecidas en el artículo 79, son:

- a) Renta vitalicia inmediata;*
- b) Retiro programado;*
- c) Retiro programado con renta vitalicia diferida; o*
- d) Las demás que autorice la Superintendencia Bancaria.*

Para su mejor comprensión, se presenta un resumen de sus características:

a) Renta vitalicia inmediata

Este tipo de pago de pensión se consagra en el artículo 80 de la Ley 100, se caracteriza porque el afiliado una vez en el RAIS, escoge libremente pero de carácter irrevocable la

aseguradora que le realizará los pagos hasta su deceso, lo mismo que el pago de la pensión de sobrevivientes acorde con a la norma como beneficiarios sobrevivientes.

Adicionalmente, la norma establece dos requisitos, el primero es la constancia en el poder adquisitivo de ellas y la segunda es que no puede pactarse por montos inferiores al mínimo legal y es la AFP la encargada de realizar las gestiones de reclamación del pago de la pensión o pensión de sobrevivientes de acuerdo al caso.

La Corte Constitucional en sentencia de tutela T-1052/08 determinó los elementos que constituyen este tipo de modalidad pensional, se puede concluir que esta modalidad:

(i) los montos de la mesada pensional que reciben el pensionado o sus beneficiarios se realizan contra la cuanta de ahorro individual del afiliado;

(ii) el valor de la pensión resulta de la división aritmética de dicho saldo en una alícuota anual que pague su unidad de renta vitalicia anual;

(iii) esta mesada pensional mensual resulta de dividir esta alícuota de unidad de renta vitalicia en los doce meses del año;

(iv) tiene la garantía de pensión mínima correspondiente a un SMLMV;

(v) el dinero depositado como cuenta de ahorro individual, no se pierde, sino que se conserva su propiedad como parte del patrimonio de la masa sucesoral en el evento en que beneficiario fallezca y no tenga beneficiarios, en caso que no se presentase alguno de estos casos, dicho saldo se destinará a financiar el fondo de garantía de pensiones mínimas.

b) Retiro programado

Es la segunda modalidad del RAIS establecido en el artículo 82, en ella, se conforma una figura clásica de lo que se entiende en términos profanos por un ahorro individual, puesto que el

desembolso de las mesadas pensionales se carga a la cuenta individual del afiliado, o al bono pensional en caso que así fuese.

El cálculo aunque relativamente sencillo, puede causar dificultad a los que no cuenten con elementos de matemática básica, puesto que se basa en un alícuota anual dividida en los doce meses del año, con valor presente al inicio de cada año, pero calculada no mediante la fórmula de valor presente, sino mediante la división aritmética del monto en su cuenta y bono, sobre el cálculo del capital que financiaría su renta vitalicia.

Debido a esta fórmula para calcular el valor de la mesada pensional, la Corte ha tenido que pronunciarse, mediante Sentencia T/20 de 2011, en el que reconoce que por razones diversas del mercado de capitales, inflación entre otras, el monto total de la cuenta de ahorro individual y el bono pensional, no cumplan las exigencias legales de conservar su poder adquisitivo por la indexación al IPC, sino que debe reducirse, las AFP pueden optar congelar la mesada pensional con el fin que el saldo final no se reduzca hasta montos que impliquen pagos por debajo del mínimo legal.

No obstante lo anterior, al armonizar la dicotomía de la obligatoriedad de la ley de no reducir ni congelar las mesadas y la descapitalización de la cuenta del afiliado, la Corte en *Interpretación conforme*, ha dicho que estas deben incrementarse de acuerdo al IPC anual y para ello, las AFP deben contratar una póliza de renta vitalicia que lo garantice.

Finalmente, dice la Corte, que para ello, el afiliado debe estar enterado de tales eventualidades por medio de una información completa al elegir, lo cual se podría pensar muy difícil de prever para el afiliado, quien desconoce cómo funcionan los mercados e incluso el mismo IPC.

c) Retiro programado con renta vitalicia diferida

Esta modalidad reúne las anteriores, aquí también el afiliado escoge una aseguradora, consiste en tomar una parte del ahorro individual y contratar una compañía de seguros, la cual garantizará unos pagos futuros a partir de una fecha determinada, una vez hayan sido pagadas las mesadas pensionales por parte de la AFP.

En esta modalidad, si al final quedasen saldos en la cuenta de ahorro individual, pueden pasar a la masa sucesoral, en cambio, los dineros pagados a la aseguradora, son de esta.

Otras modalidades de pensión

La Súper Intendencia Financiera es facultada para la creación de más modalidades pensionales en el artículo 97 de la ley 100 en el RAIS, lo cual se materializó en el año 2012, establecidas por la circular externa 013, con la finalidad de brindar más opciones a los afiliados, las cuales se exponen de manera sucinta, dado su grado de complejidad:

Renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto. En esta, se suscribe una póliza irrevocable, para garantizar los pagos futuros, en ella, se establece un pago cierto temporal seguido de una renta vitalicia cierta posterior a la anterior, exigible una vez concluya.

Renta temporal variable con renta vitalicia diferida: en este caso, al igual que la anterior, existen dos etapas, la primera a cargo de la AFP, y la siguiente a la aseguradora que también comenzará una vez cese la anterior.

Retiro programado sin negociación de bono pensional: aquí, la AFP administra los fondos provenientes de la cuenta de ahorro, que permite al empleado pensionarse de manera anticipada, sin la exigencia de negociar el bono pensional, dado que este ya se encuentra incluido en el cálculo actuarial.

Renta temporal con renta vitalicia inmediata: para este tipo de modalidad, se establecen dos etapas, inicialmente, en la primera etapa temporal, asume el cargo la AFP, y en la segunda es asumido por la entidad aseguradora, que otorga una renta vitalicia.

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Como se mencionó en el capítulo anterior, el Estado colombiano buscaba corregir la situación pensional del país, por lo que sancionó en 1993 la Ley 100, que reformaría la estructura del sistema pensional, de tal forma que el régimen de transición se torna como eje vital para lograr la estabilidad del sistema pensional, que por un lado, brindaba estabilidad y seguridad jurídica al establecer normas claras y precisas de carácter general para los futuros pensionados y por otro, permitió también la conservación de determinadas condiciones preferenciales en materia pensional anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100.

Fines del Régimen de Transición

Es posible entender entonces la transición como una necesidad, tanto por lo concerniente a la estabilidad fiscal como para la garantía de derechos a los trabajadores, en ese sentido: *“La sustitución de una norma por otra exige la necesidad de un régimen de transición. La existencia de normas transitorias es indispensable en la designación sobre seguridad social en pensiones porque hay derechos en vía de adquisición.”* (Corte Constitucional. Sentencia T-235, 2002).

Se indispensable tener claridad sobre lo que el régimen de transición no es, pues no debe entenderse como un derecho pensional propiamente dicho, sino que son las condiciones legales que facultan a una persona a continuar con las condiciones previas a la norma o en otras palabras, un derecho a pertenecer a una transición normativa, o expectativa legítima que debe ser

protegida, ello en concordancia con lo que se denomina confianza legítima en materia pensional junto con los demás principios del Sistema, (...) *el Legislador solo puede reformar ese régimen, cuando la modificación se encuentre suficientemente justificada y respete criterios de razonabilidad y proporcionalidad* (Corte Constitucional C-754, 2004).

En conclusión, este régimen de transición buscaba garantizar las prestaciones futuras de las personas que venían cotizando en el sistema previo a esta norma, al tiempo que garantiza las prestaciones futuras y la estabilidad financiera del sistema pensional y por ende de los recursos del Estado, ya que este es el garante del mismo.

Definición del Régimen de Transición

La Corte Constitucional apunala y aclara lo que implica el tránsito legislativo, en el cual se deben proteger los derechos adquiridos, pero cuando la figura jurídica es difusa, no obstante, en el derecho laboral, al aplicar la condición más favorable:

(...) por cuanto contempla la intangibilidad de beneficios mínimos y de derechos ciertos. El tema de la favorabilidad de las disposiciones laborales, contemplado desde una perspectiva general, se desprende del principio de protección del trabajo en general, considerado como factor de la producción y en forma colectiva. (Corte Constitucional Sentencia C-168, 1995).

Consecuentemente, se desprende de la afirmación anterior, al tratarse del sistema pensional, existen derechos adquiridos en legislación anterior y al mismo tiempo existen expectativas legítimas, las cuales pueden entenderse como: *“una probabilidad cierta de consolidación futura del correspondiente derecho, si se mantienen las condiciones establecidas en una ley determinada”* (Corte Constitucional Sentencia C-663, 2007).

La norma positiva lo define de manera concisa en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dividiendo en dos edades para hombre y mujeres, 40 años los primeros y 35 las segundas, a condición de tener al menos esas edades a 1° de abril de 1994 para conservar su situación consolidada pensional. Pero también conservan el régimen los que por lo menos cuentan con 15 años de servicio. (Art. 36 Ley 100 de 1993).

Relación entre el principio de sostenibilidad fiscal en el Régimen de Transición

Como se desprende de lo expuesto hasta aquí, el régimen de transición buscó una estabilidad financiera, puesto que el déficit fiscal en materia pensional seguía aumentando año tras años. (Alvarado, 2015 p.17).

Sin embargo, las reformas no fueron suficientes para tener bajo control el pasivo pensional que aunque disminuido, continuaba siendo un peligro fiscal, por lo que el legislador sancionó la Ley 860 de 2003, que pretendió reducir el pasivo pensional a un monto razonable, sin embargo, esta ley fue declarada inconstitucional, por lo que fue necesario elevar estas reformas a rango constitucional mediante el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual elevó a cumbre de la pirámide kelseniana del derecho el principio de sostenibilidad financiera, sin desproteger las garantías a derechos consolidados que le corresponda cubrir de acuerdo a la ley. Pero en el mismo Acto Legislativo sujetó las nuevas leyes a la aplicación de la sostenibilidad fiscal.

Adicionalmente, este Acto Legislativo se estableció como fecha el 31 de diciembre de 2014 para terminar con el régimen de transición, por lo que a partir del 1° de enero de 2015, no es posible que los que no cumplieron con los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas durante la vigencia del régimen de transición, les sea aplicable.

Controversias en torno al Régimen de Transición

Sin embargo, debido a las dudas que ha generado por las expectativas que tenían las nuevas generaciones que aún no habían accedido a su pensión, pero ya venían cotizando y sobre los que les aplicó la pérdida del mismo, se han presentado una serie de demandas de constitucionalidad y pronunciamientos de las Cortes sobre lo que el régimen de transición es, lo que implica, los fines, etc.

Sobre el régimen de transición, ha existido una línea jurisprudencial desde la sanción de la ley, donde se discuten algunas controversias, aclaraciones y demandas de constitucionalidad como: C-410-94, Magistrado Ponente, Carlos Gaviria Díaz, que demandó parcialmente los artículos 33, 36, 41, 61, 64, 65, 117 y 133 de la Ley 100 respecto a la violaciones del principio a la igualdad en el régimen de transición al establecer una diferencia de edades para acceder al derecho a la pensión; C-126-95, en la que se demanda por constitucionalidad de varios artículos.

Otras demandas fallas por la Corte respecto al régimen de transición son: C-168 de 1995, C-596/97, C-058-98, C-146-98, T-472/00, T-1122/00, C-789 de 2002, C-402-03, C-1056 de 2003, C-663 de 2007, T-248/08, T-798/09, T-405/11, C-1057-12, C-102-13, C-418-14).

En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha marcado su propia jurisprudencia, tales como Exp. N°. 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ) de agosto 28 de 2018., radicados 25000232500020040426901 de 2010, y 15001233100020020362501 de 2010.

El régimen de transición ha sido ampliamente discutido también por la doctrina, (Uprimny & Guarnizo 2008) principio de progresividad y condición más favorable; (Vinueza, 2012) Estado Social de Derecho y sostenibilidad financiera del Estado; (Uprimny & Rodríguez, 2005) modelo económico y control constitucional; (Duque, Quintero & Rúa, 2015) entre otros.

Por otra parte, en las Sentencias de tutela: T-572 de 2011; Sentencia T-335 de 2011; Sentencia T-351 de 2010; Sentencia T-618 de 2010; Sentencia T-1014 de 2004; Sentencia T-235 de 2002.

La Corte Constitucional estableció desde un comienzo las implicaciones de lo que el régimen de transición impone, en primer lugar, crea un sistema para proteger parcialmente a aquellos que tenían cierto avance en su proceso de obtener su pensión de jubilación lo que se denomina expectativa legítima:

i) “constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo”; (Corte Constitucional Sentencia C-754, M. P. Álvaro Tafur Galvis, 2004).

Más concretamente, establece las reglas para este grupo definido, como son las condiciones de edad y tiempo de cotización para tener el derecho a gozar de este régimen.

CONDICIONES DE PÉRDIDA Y RECUPERACIÓN DE LA TRANSICIÓN

Sobre la pérdida del régimen, se han debatido argumentos en varias direcciones, tanto en los estrados judiciales, como en la jurisprudencia y en la doctrina, dada la relevancia económica que implica cuando se desmejora la condición económica de los afectados debido a la mayor exigencia del segundo régimen pensional RAIS respecto del primero RPM; *“deja entonces de ser el traslado una simple cuestión legal y adquiere una relevancia constitucional innegable por*

estar en juego un derecho fundamental” (Valencia & Plazas, 2013, p. 33). En concreto, la norma señala en el inciso 4° y 5°. A lo que la Corte declaró:

EXEQUIBLES los incisos 4° y 5°, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se entienda que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta sentencia. Con todo, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona. (Corte Constitucional. Sentencia C-789, 2002).

Al mismo tiempo, esta sala determinó que, si bien no es posible renunciar a algunos derechos adquiridos en materia laboral, lo mismo no puede predicarse de las meras expectativas, que es lo que acontece en el régimen de transición. Ello otorga la facultad al afiliado de renunciar voluntariamente a estas, lo que implica que el legislador pueda disponer de una amplia gama de actuación normativa sin afectar ningún derecho.

Adicionalmente, el Sistema de Seguridad Social difiere del régimen contractual ordinario, por lo que no tiene como fin la preservación eterna del equilibrio cuota-prestación, ya que sino que su finalidad es atender las contingencias a su cargo, que para el caso estudiado, corresponde a la vejez.

Existe la posibilidad claro está que, la cantidad de dinero no fuese la suficiente, y en vista de la dificultad que resulta para el afiliado, es decir, no se puede sujetar el derecho a condiciones fácticas imposibles de cumplir, se opta por darle al afiliado la posibilidad de completar los aportes correspondientes a dicha diferencia en términos razonables de tiempo. (Corte Constitucional SU-062, 2010); (Corte Constitucional, SU-130, 2013).

Además advierte la Corte que, la falta del requisito de equivalencia no puede ser causal de la negación de la transición. (Corte Constitucional SU-856, 2013). Por lo que no se puede aducir esto como impedimento para que el afiliado recupere el régimen de transición. (Corte Constitucional T-618, 2010).

Existe también un impedimento para el traslado de régimen pensional, consagrado en la Ley 797 de 2003, el cual establece la imposibilidad, que establece dicho traslado no puede efectuarse cuando faltaren diez años o menos, ello con el fin de evitar la descapitalización del fondo, ya que con el fin de evitar la afectación a la futura mesada pensional es necesario que exista un periodo de carencia. (Corte Constitucional T-618, 2010).

Las razones para que se establezca dicha restricción es la de imponer un dique al desangre del régimen de prima media y mantener la sostenibilidad financiera puesto que existen grandes diferencias entre los dos regímenes. (Corte Constitucional T-489, 2010).

TRASLADO ENTRE REGÍMENES PENSIONALES

Libertad para escoger régimen pensional

Sobre ésta, se establece tanto en la Ley 797 de 2003 artículo 2° que modificó el artículo 13 de la Ley 100, como en el Decreto Reglamentario 692 de 1994, permite que el afiliado pueda escoger independientemente la administradora de salud y la de pensiones.

Esta ley 100, expresa la facultad para escoger el régimen pensional para los afiliados, pero la restringe a cada 5 años para trasladarse al otro régimen. (Ley 100, artículo 13, literal e), 1993).

Como se desprende de lo reglado por la norma, la elección es libre pero se condiciona el tiempo del traslado, por otra parte, limita la última fecha de traslado a 10 años antes de adquirir el derecho a pensión. (Ley 100, 1993 artículo 13).

Como se desprende de lo reglado por la norma, la elección es libre pero se condiciona el tiempo del traslado, por otra parte, limita la última fecha de traslado a 10 años antes de adquirir el derecho a pensión.

Reglas para el traslado

El traslado en concreto es regulado en el Título IV de la Ley 100, en su primer capítulo habla sobre el traslado en los artículos 113 y 114 y los bonos pensionales, del 115 al 127.

Si el traslado se produce del Régimen de Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales en los términos previstos por los artículos siguientes;

Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización. (Ley 100, artículo 113, 1993).

Estas reglas para el traslado se establecieron en el año 1994 mediante el Decreto Reglamentario 692 del 29 de marzo en su artículo 15 y el artículo 2.2.2.3.1 compilado por el Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016 donde se establecen las reglas del traslado entre regímenes, ordenando que, una vez diligenciado el formulario de afiliación al cualquiera de los regímenes, se prohíbe el traslado al otro régimen antes de los 5 años.

Así las cosas, el Decreto 692 del 94, en su artículo 15 especifica que, además del requisito del formulario diligenciado y la prohibición temporal de traslado, establece que, del RPM al RAIS, la expedición de los bonos se sujetará al artículo 115 de la Ley 100 que los define; la 116 que los caracteriza y distingue de otros tipos de bonos; el 117 les asigna las formulas respectivas para su valoración; en general hasta el artículo 127.

En cambio, cuando sea a la inversa, traslado del RAIS al RPM, se deberán reconocer las semanas cotizadas, en caso de saldo, se le deberá transferir este a su cuenta individual junto con sus rendimientos y el bono pensional cuando exista. Finalmente, si existen cotizaciones voluntarias que no se hayan retirado por parte del afiliado, serán devueltas mediante solicitud seis meses antes del retiro. (Decreto 692 de 1994, artículo 15).

Requisitos para el traslado

Continuando con los requisitos para el traslado, estos se establecen en el artículo 114, un asunto de vital importancia, ya que estipula la manifestación por escrito de la voluntad libre y espontánea de al RAIS:

Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.

Aplica aquí el deber de solicitar por escrito la solicitud para los regímenes y la libertad para elegir.

Traslado de recursos

Sobre el traslado de los recursos pensionales de un régimen a otro, lo mismo que la historia laboral se rigen por los siguientes trámites. En caso que una administradora del Régimen de Ahorro Individual:

“deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado”.

Es de considerar que en los casos mencionados de traslado de cotizaciones se deberá agregar la parte correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

Por otro lado, a la inversa, cuando se trata del RPM, dicha devolución se debe realizar por el equivalente a las cotizaciones necesarias para equiparar la actualización de la rentabilidad y los montos. Según el Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016 en su artículo 2.2.2.4.7, en los casos de traslado del RAIS se deben trasladar los montos del dinero aportado por el afiliado de su cuenta individual y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima FGPM del mismo ponderado por el valor de la unidad vigente al momento de dicho acto. Debe tenerse en cuenta que no se puede desconocer el porcentaje al FGPM.

El siguiente artículo, el 2.2.2.4.8., correspondiente al traslado de la información, los diferentes entes encargados que corresponden a: la AFP a la que se le realizaron los aportes; datos del afiliado, nombres e identificación, fecha de nacimiento y sexo; IBL y monto para cada periodo y número de periodos de cotización; datos del cada empleador como nombre, NIT, y semanas y fechas cotizados con cada uno.

CAPÍTULO III

NULIDAD DEL TRASLADO Y DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS AFP AL

MOMENTO DEL TRASLADO

El presente capítulo hace un estudio de lo que significa la nulidad en el traslado del RPM al RAIS, que se declara por las cortes por diferentes razones, pero que en el fondo se declaran por la falta al deber de informar de manera completa a los afiliados sobre las condiciones, ventajas, desventajas, los riesgos y los posibles escenarios financieros que afectan para recibir la mesada pensional.

En relación a la nulidad en el traslado, se ha logrado determinar como se muestra en este capítulo, que las administradoras de los fondos pensionales han tenido gran responsabilidad en desmejorar la situación pensional de muchos afiliados al no brindar la información adecuada al momento de ofrecer el traslado a sus fondos, lo que causó una desbandada del Seguro Social hacia éstas y de nuevo un retorno al Seguro Social ahora COLPENSIONES, al percatarse que su situación pensional se encontraba en peores condiciones en el RAIS.

POSICIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA NULIDAD EN EL TRASLADO

El problema a afrontar por las Cortes al momento de determinar la nulidad en los traslados pensionales, es el de realizar un análisis técnico actuarial, además de los legales y de ponderación de derechos en aplicación de la norma, no obstante esto, a pesar que ellas protejan y restablezcan tales derechos, se quedan cortas, puesto que no cubren todos los casos en los cuales los pensionados se vieron afectados al acogerse al RAIS sin recibir la información completa de

su situación en cada régimen, puesto que la mayor parte de las sentencias se vieron enfocadas a la recuperación del régimen de transición a quienes lo habían perdido por causa de la ley.

(Torres Escudero, 2016), afirma que las AFP han establecido como práctica común al ofrecer la afiliación o el traslado a describir de manera general lo que es el sistema, pero no han profundizado en las ventajas y desventajas de manera exacta de cada régimen, ni cuál sería la mejor elección para su caso, como tampoco han informado suficientemente sus derechos y obligaciones, etc.

Se ha tomado como referente la Sentencia 31989 de 2008 de la Corte Suprema de Justicia para exponer un escenario descriptivo de manera general lo que ha sucedido como muchos afiliados que vieron desmejoradas sus expectativas de ingreso y afectado su mínimo vital al haberse trasladado al RAIS sin contar con la información suficiente y adecuada de los riesgos en que incurría al trasladarse.

Sentencia 31989 de 2008 de la CSJ

Sobre la declaratoria de nulidad del traslado al RAIS, es posible afirmar que la sentencia con la que inicia la línea jurisprudencial por parte de esta Corte, en la que se expone las razones para su declaratoria, es la Sentencia 31989 de 2008, en fallo de casación sobre proceso ordinario en contra la AFP de Porvenir S.A.

La demanda se basa en el art. 1° de la Ley 33 de 1985 en la petición de nulidad del traslado de régimen de un trabajador a quien se era aplicable la pensión de vejez, puesto que a 14 de septiembre de 1996 había prestado servicios por 20 años y cumplió los 55 en abril 22 del mismo año.

El demandante ante el Juez Laboral Circuito declaró en la impetración que fue inducido a error por parte del asesor de Porvenir S.A., puesto que le prometió que su pensión podía ser mejor a la que obtendría en su anterior RPM, además, le aseguró que le serían devueltos los excedentes del capital, al punto que este asesor le entregó una proyección valuando el monto de su pensión al cumplimiento de los 62 años por \$1'938.562, en contraste con la que recibiría por parte del ISS que según esos cálculos sería de \$1'618.615.

Ante este panorama, el señor Vargas suscribe el contrato en el año de 1998, posterior a la fecha de cumplimiento de los requerimientos consagrados en la Ley 33 de 1985, sin embargo, al retirarse de sus actividades laborales en julio de 2001, Porvenir le asigna una pensión de \$970.962, razón por la cual decidió entablar una demanda contra la AFP, dado el perjuicio en sus ingresos.

Ante la interposición de la demanda, Porvenir contestó que, al trasladarse al RAIS, el pensionado queda excluido del régimen de transición, por lo que como excepciones previas, propuso la inaplicabilidad del régimen de transición, lo mismo que ausencia de causa jurídica.

El fallo del *a quo*, proferido en noviembre de 2006, favoreció a la entidad, ante la apelación, el *ad quem* ratificó el fallo, declarando que incluso si se declarara la nulidad, esta no tendría efecto, dado que el señor Vargas se trasladó dos veces más antes de solicitar su pensión, lo que indica en criterio de este Tribunal Superior que, el señor Vargas era plenamente consciente de lo que hacía en contravía de su supuesto engaño, adicionalmente, no se le estaba vulnerando el derecho a la pensión, toda vez que ésta había sido reconocida y pagada aunque no reportara sus expectativas.

Ante la negación del Tribunal Superior de distrito, el actor presentó el recurso extraordinario de casación ante la CSJ, en la que se pide revisar el documento que realiza la

Administradora de Pensiones demandada a través de su agente, en la que realiza una proyección de la pensión al señor Vargas, la cual según el actor, no fue valorada probatoriamente en su momento por las instancias.

La pretensión del recurso es la de la revocatoria total de las actuaciones anteriores y declaración de la nulidad del traslado al RAIS, además, condene al pago por los perjuicios causados por la entidad demandada al actor, correspondiente a la mesada que recibiría desde el momento de su retiro en julio de 2001 en el RPM, hasta la ejecutoria de la casación. Por lo que el actor acusa por vía indirecta la sentencia (Corte Suprema de Justicia. Sentencia 31989. M.P. Eduardo López Villegas, 2008).

Dentro de las consideraciones de la Corte, señala que, acorde al artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, (derogado por el Código General de Proceso pero vigentes en el momento del fallo), *“Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado”*, por ende, el documento sobre la proyección realizada por el asesor de la AFP, no solo es auténtico, sino que, tenía como objeto impulsar el traslado del señor Vargas a la entidad demandada. En cuanto a su oportunidad para responder sobre este documento, la entidad administradora omitió pronunciarse. En consecuencia, afirma la Corte que, *“En esa medida hay certeza de que la oferta fue elaborada por la administradora demandada, y con valor probatorio en contra de ella en cuanto no fue cuestionada en el curso del proceso”*.

Basado en estos elementos de prueba, la Corte argumentó que, por una parte, en dicho documento se constataban datos de tiempo de servicio, semanas cotizadas y montos de salarios en los diferentes periodos laborales del señor Vargas.

Por otra parte, se consignan las proyecciones de los montos de la pensión con base en tales datos, mediante fórmulas actuariales para el sistema de ahorro individual, sin embargo, estas están sujetas al rendimiento financiero del sistema, por lo que no podría predicarse el engaño en tal evento al no cumplirse las expectativas.

En tercer lugar, se refiere la Corte a los escenarios pensionales al cumplimiento de los 60 y 62 años de parte del demandante, puesto que Porvenir brindó la información incompleta o apenas parcialmente, incumpliendo así gravemente el deber de informar, si se considera que el señor Vargas ya había cumplido los requisitos de edad para gozar el derecho a la pensión y no era aplicable la obtención de su pensión en el fondo privado una vez cumpliera los 60 años.

En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante. (Corte Suprema de Justicia. Sentencia 31989, 2008).

Además de lo dicho, no se podía llevar a cabo una comparación entre las dos pensiones, puesto que ya se había logrado una pensión de manera cierta y de valor determinable desde el cumplimiento de la edad y las semanas del señor Vargas, contra una de valor relativo o eventual, lo cual no es posible dentro del marco del derecho adquirido por parte del actor.

Otro aspecto clave a la hora de determinar la responsabilidad de la entidad, fue el hecho de la negociación de los bonos pensionales en el mercado financiero, cuestión que el actor no supo en su momento y que la administradora estaba obligada a informar:

Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber. (Corte Suprema de Justicia. Sentencia 31989, 2008).

Remarca entonces la honorable sala que, el Tribunal erró al no haber valorado el documento en cuestión, pues se deduce claramente que al señor Vargas “*no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado*”.

La falta de Porvenir es de gravedad, puesto que la entidad forma parte de la estructura misma del sistema pensional, el cual es un servicio público con fundamento en la Carta de Derechos de 1991 consagrado en su artículo 48, y la Ley 100 de 1993, que crea el sistema pensional en Colombia y le atribuye a los particulares su prestación, bajo la dirección, el control y la misión de coordinar el sistema al Estado.

A lo que la Corte determina que el engaño fue por omitir una información completa y adecuada por parte de la administradora, porque pese a que no se puede asegurar que existió coerción o amenaza, el engaño se genera en la ausencia de claridad en la información que debió brindarle mediante una asesoría técnica adecuada, suficiente y cierta, dado que existe una gran asimetría en la información, debido a que el afiliado a duras penas comprende las matemáticas

básicas y no comprende los exigentes cálculos actuariales de las pensiones que para este caso exponen unas proyecciones que tienen como variables las tasas de rendimientos del mercado financiero y las diferentes modalidades de pensión en el RAIS, cada una de ella con sus propias particularidades.

En este escenario, no puede asegurarse con plena certeza cuál sería el resultado que se tendría al final del periodo de capitalización lo cual se le debió haber advertido al señor Vargas, por lo que se exponía a una potencial pérdida de ingresos, siendo obligación de la entidad en función de su deber el buscar el mejor interés del afiliado.

El error aducido a la entidad administradora, es que ésta conocía los riesgos de pérdida de ingreso futuro para el afiliado, pero aun así, no lo comunicó al momento de brindar la asesoría, por lo que la carga de la prueba a juicio de la Corte, recae en la administradora, pues bajo el principio de una carga dinámica de la prueba, que para el caso concreto, se aplica a la entidad Administradora de Pensiones, pues es ella la que tiene la capacidad de probar, pero ésta diligencia informativa no se realizó, dado que se evidencia en las actuaciones de la administradora de pensiones, y aunque el afiliado firmó sin presiones y de manera voluntaria, esta voluntad estuvo viciada.

De otra parte, se reconoce aquí el error, consistente en que no coinciden la realidad con la representación mental del sujeto, o en otras palabras, el sujeto cree una realidad diferente a la de los demás individuos que la observan, que para el presente caso, la de la administradora, quien era consciente de los riesgos en que incurría el afiliado.

En contraste con la ignorancia, la cual consiste en el desconocimiento de los hechos, la cual no aplica aquí, porque no era el caso que el señor Vargas no supiera cual sería el valor de su

pensión en el RPM, sino que el sujeto en su imaginario mental tenía la representación de una cifra que estaba muy distante de la realidad (Corte Constitucional Sentencia C 993, 2006).

Agrega la Corte:

El engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional. Se declara la nulidad de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual y su regreso automático al régimen de prima media. La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado (Corte Suprema de Justicia N° 31989, 2008)

Por ello, la Sala de Casación condena la administradora a permitir el traslado, junto con los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, junto con los intereses obtenidos.

DEBER DE INFORMACIÓN Y ASESORÍA POR PARTE DE LAS AFP

A pesar que la propia Ley 100 había expresado la necesidad de brindar información suficiente y que el número de procesos encaminados a recuperar el régimen anterior debido a la falta de asesoría correspondiente pese a la obligación de las administradoras de suministrar la información adecuada, solo hasta la ley 1328 de 2009, se estableció el concepto de consumidor financiero aplicable a los cotizantes de los regímenes pensionales, pero la ley 1748 de 2014 que modificó dicha norma, fue la que puso en cintura a las administradoras al obligar a estas entidades a:

“(...) 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 1748, art. 2 párrafo 1º, 2014).

De otra parte, la ley 1328 de 2009, implementó cambios concretos en la Ley 100 de 1993, al modificar los literales c) y d) del artículo 60, estableciendo que los afiliados al sistema pensional pueden, tanto escoger la administradora que deseen como realizar el traslado a otra, lo mismo que el Fondo Pensional que gestionen en los términos que la norma lo señale.

Se obliga igualmente a las administradoras a brindar la información expresa y precisa con el fin de lograr una comprensión de las posibilidades de los afiliados y éstos deberán manifestar de manera libre y espontánea su deseo de afiliarse a un fondo entendiendo tanto los riesgos como los posibles beneficios de su elección.

Un año más tarde, el legislador consideró la necesidad de implementar medidas educativas adecuadas para evitar los problemas asociados a la falta de comprensión de los afiliados de las condiciones del RAIS, por lo que en Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 sancionado por la Ley 1753 de 2015, adicionó un párrafo al artículo 60 de la ley 100 donde conmina a las AFP a desarrollar estas campañas educativas con tal fin:

La implementación de lo establecido en el presente literal estará condicionado a la exigencia por parte de la Superintendencia Financiera a las entidades administradoras de pensiones del diseño, desarrollo y puesta en marcha campañas de educación financiera previsional encaminadas a que los afiliados al Régimen de Ahorro Individual

con Solidaridad conozcan, entiendan y comprendan los efectos de la aplicación de las medidas definidas (Ley 1753, art. 138, 2015).

Con la sanción de la Ley 1328 de 2009 y posteriormente con las leyes 1748 de 2014 y 1753 de 2015 se estableció el deber de ofrecer información transparente y completa a los consumidores de los servicios financieros de las entidades que ofrecen dichos servicios como es el caso de las AFP.

Era necesario pues, que las entidades pudieran brindar una información completa, verás y adecuada, puesto que los cálculos actuariales escapan por regla general a la comprensión del profano en estos temas, es decir, del grueso de la población. Por lo que la CSJ en Sala Laboral, aseveró que:

Síntesis: Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Ellas son fiduciarias del servicio público de pensiones, razón por la cual su comportamiento y determinaciones deben estar orientados no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento sino a satisfacer el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida (Corte Suprema de Justicia. N° 31989, 2008).

Más adelante, la Corte en Sentencia 46292 de 2014, señala que la importancia de esta decisión no puede dejarse al azar, ni ser inducida mediante engaño u omisión de información, puesto que repercute considerablemente en las condiciones de vida de la persona la cantidad que recibirá como monto de su pensión, por tanto, acorde con la Ley 100 de 1993, artículo 13, esta decisión debe ser libre y voluntaria.

Por lo que en la mentada sentencia, la Corte expresó que en caso de los vicios señalados en esta norma, *“la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”* Corte Suprema de Justicia (CSJ-46292) por menoscabar los derechos de los trabajadores como, la libertad y la dignidad humana.

De otra parte, la Corte admite que para reconocer la nulidad del traslado, es necesario demostrar el daño y la afectación de la voluntad, toda vez que el Estado debe ofrecer garantía de dirección, control y coordinación en materia pensional, dado que éste es responsable por no establecer mecanismos explícitos para la información completa sobre su decisión.

“El papel del derecho a la información en materia pensional es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares. 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual. (Corte Suprema de Justicia. Rad. 46292, 2014).

No solamente la idoneidad y especialidad son requisitos para la AFP, sino que ellas están conminadas a que la información al afiliado debe ser completa, incluso desde las propias condiciones de afiliación al sistema hasta el proceso de reclamación de la pensión, dadas las condiciones de asimetría de la información y el disfrute de la misma, porque para este caso, incluso el silencio también es engaño al no suministrar la información al afiliado:

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Bajo estos parámetros en estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada. No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que 21/9/2015” Superintendencia Financiera de Colombia 1 3/3 ; según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A (Corte Suprema de Justicia. Rad. 46292, 2014).

En concordancia con esto, las entidades deben demostrar por tanto que “*que existió una decisión informada*”, “*verdaderamente autónoma y consciente*”, “*objetivamente verificable*”, sobre lo cual el afiliado se entera completa y cabalmente puesto que, no es lógico suponer que alguien a sabiendas que va a ver perjudicado su pensión al hacer cambio de régimen, opte por esta opción, por tanto, si alguien toma tal decisión en contra de sus propios interés, sería porque no tenía la “*comprensión suficiente*” de la implicación para sus intereses, porque la entidad brindó una asesoría “*inoportuna o insuficiente*” que conllevó necesariamente a tomar la decisión menos conveniente, lo que implica que no se contó con “*real consentimiento para adoptarla*”. Según la Corte Suprema de Justicia sería:

...no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las administradoras de fondos de pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito (Corte Suprema de Justicia. Rad. 46292, 2014).

Al aplicar estas reglas, para establecer si hubo o no un “*mínimo de transparencia*” y con esto determinar si se decreta la pérdida o recuperación del régimen de transición.

Entonces, las entidades del régimen de ahorro individual deben demostrar la existencia de una “libertad informada” frente al cambio de régimen pensional, para determinar si el traslado fue eficaz o no y, solo en ese momento, evaluar si hubo una pérdida del régimen de transición. Es pues, la eficacia del traslado un “presupuesto obvio” para realizar cualquier estudio frente a la pérdida o recuperación del régimen de transición, porque este no es una mera expectativa. Las reglas de libertad de escogencia del sistema, que estará sujeta a la comprobación de que se dio una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, “en todas sus dimensiones legales, y así evaluar la eficacia de la decisión de traslado. Solo después del cumplimiento de este análisis sobre la eficacia del traslado al régimen de ahorro individual, sí le corresponderá al juez determinar si el afiliado volvió al régimen de prima media con prestación definida ,” (Corte Suprema de Justicia. Rad. 46292 M. P. Ely del Pilar Cuello Calderón 2014).

CONCLUSIONES

Del presente trabajo de investigación se pueden extraer tres conclusiones generales en relación al sistema pensional colombiano y tres conclusiones en relación a la nulidad del traslado entre regímenes, estas últimas conclusiones, son el resultado directa o indirectamente de las reformas al sistema de pensiones como tal, puesto que el traslado se enmarca en el conjunto de soluciones dadas por el legislador al problema pensional del país.

Estas conclusiones generales sobre el sistema pensional se pueden resumir de la siguiente manera: falta de previsión de la administración en materia pensional; falta de estudios actuariales que logren brindar una solución factible al problema del déficit fiscal para pensiones; como consecuencia de los dos puntos anteriores, falta de una legislación eficiente y adecuada que brinde soluciones estructurales que den un manejo y orden al sistema.

Sobre la primera conclusión, la falta de previsión, es el gran desorden y falta de perspectiva en materia de seguridad social en Colombia y en particular en materia pensional, puesto que desde principios del siglo pasado, cuando se crearon los primeros regímenes pensionales, no se planificaron ni se unificaron las diferentes cajas de ahorro pensional, ni se plantearon una estructura sostenible en el mediano y largo plazo, de otra parte, tampoco se contó con una legislación para evitar la crisis pensional y garantizar ese derecho a sus ciudadanos, sino que se planteó una estructura piramidal en la cual las nuevas generaciones aportaban para el pago de pensiones de los viejos, en vez de ser basado en la previsión y la implementación de una mezcla entre aportes patronales, aportes de los propios trabajadores y una subvención estatal en caso de necesitarse.

La segunda conclusión es que una vez se comenzaron a organizar el sistema de seguridad social y de pensiones, no se contó con unos estudios actuariales suficientes para prever las

posibilidades de la economía y la demografía que hiciera sustentable el sistema, sino que se planteó un sistema sin dichos cálculos necesarios para prever los costos reales que acarrearía el pasivo pensional en las generaciones futuras, sino que por el contrario, el costo se recargó de manera inadecuada en dichas generaciones basadas en una pirámide poblacional de base amplia eterna, es decir, se supuso que la población seguiría creciendo indefinidamente por lo que las futuras generaciones pagarían las pensiones del presente.

Lo que generó dos problemas, el primero el desajuste del sistema ante los cambios demográficos y el segundo, una situación de injusticia y desigualdad para las nuevas generaciones, intentando ser subsanado con soluciones pírricas, entre ellas el régimen de transición de la Ley 100 que aplicaría la teoría de los derechos adquiridos que aunque es coherente en sí misma respecto a los cotizantes antiguos, no soluciona el problema de desigualdad intergeneracional.

La tercera conclusión es la desproporción entre algunos regímenes pensionales, avalados por la normatividad, basados precisamente en el error señalado en la conclusión anterior, que garantizan pensiones muy altas a unos pocos a costa de la gran mayoría y del sistema de tributación en vez de haberse auto-gestionado en los años de vida laboral de los pensionados. Se viola con ello, el derecho a la igualdad al imponer cargas mucho mayores a las nuevas generaciones. La adopción de estas medidas, solo han resultado ser paliativos, postergando para una generación más, los reajustes necesarios.

Esto implica que las personas ahora tenían dos opciones a elegir, al momento de vincularse al sistema pensional o tienen la facultad de trasladarse de un sistema a otro, pero para ello, deban tener una completa información acerca de este nuevo modelo pensional, situación que no

ha sido una realidad ni se vislumbra la posibilidad que los afiliados puedan realizar sus propios cálculos al elegir o trasladarse entre regímenes.

Lo que derivó en la toma de decisiones erróneas, en contra de sus propios intereses, debido a vicios en la asesoría al no ser una manifestación libre y voluntaria de pertenecer a uno u otro régimen pensional o de realizar traslados entre ellos, por lo que las Corte demostraron en muchos casos que hubo falta de una correcta asesoría.

Esta falta de información proveniente de una inadecuada asesoría, fue una de las razones por las cuales se generó el problema de la pérdida de ingresos en las pensiones de los afiliados al sistema que optaron en su momento por pasarse del RPM al RAIS, puesto que la ley 100 no previó una reglamentación adecuada al momento de realizar las afiliaciones a uno u otro fondo, en parte quizás por el afán del legislador de sancionar una ley que corrigiera la crisis pensional que se había generado o tal vez por basarse en el supuesto de la obiedad de los cálculos o pudo deberse a una omisión legislativa conveniente para lograr una emigración masiva a los fondos de pensiones privados.

BIBLIOGRAFÍA

- Aponte, A. (2003). Institucionalización de la función penal y garantismo: dilemas hacia el futuro de la justicia penal en Colombia. *Nuevo foro penal*(64), 17-35.
- Ayala, U., & Acosta, O. L. (abril de 2002). Políticas para promover una ampliación de la cobertura del sistema de pensiones en Colombia. (P. d. Unidas, Ed.) 72.
- Baumgartner, E. (30 de junio de 2008). *COMITÉ INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE*. Recuperado el 16 de agosto de 2018, de https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/irrc-870-baumgartner_fra_final.pdf
- Bonilla González, R. (2001). Pensiones: en busca de la equidad. Cuadernos de Economía, 20(34), 307-335.
- De La Villa Gil, L. E. (2006). El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales. In *Derecho del trabajo y seguridad social: cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil: Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria* (pp. 281-340).
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*. Madrid,: Trotta.
- García González, Jairo. Pensiones. Régimen de Transición Normatividad y Jurisprudencia. Librería Sánchez R. Ltda. Edición 2011. Pág.31
- Gómez Contreras, Á. B. (Enero-Junio de 2014). El último eslabón del régimen de transición pensional. *REVISTA VIS IURIS* , 1(1), 69 - 87.
- Moreno Cruz, R. (septiembre-diciembre de 2007). El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 40 (120), 825-852.
- Mesa-Lago, C. (1997). Social welfare reform in the context of economic-political liberalization: Latin American cases. *World development*, 25(4), 497-517.
- Monsalve, G. A. (2011). El derecho colombiano de la seguridad social. Legis.

- OIT. (2003). *Hechos Concretos sobre “La Seguridad Social”*. Ginebra Suiza . Recuperado el 20 de Junio de 2018, de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf
- OIT Hechos Concretos sobre “La Seguridad Social”. Recuperado el 12 de junio de 2016 de:http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--comm/documents/publication/wcms_067592.pdf
- O.I.T. (publicada en el mes de noviembre del 2015) Normas internacionales sobre derechos humanos, laborales y económicos, Recuperado de. <http://www.oit.org.pe/index.php>.
- Organización Panamericana de la Salud para la Organización Mundial de la Salud,. (2002). *Informe mundial sobre la violencia y la salud: resumen*. Washington, D.C.
- Pulido, Carlos. “Principio de proporcionalidad”. (Publicado en el mes de abril del año 2014). Citado <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2422/7.pdf>
- Real Academia de la Lengua. (2014). *Real Academia de la Lengua*. Recuperado el 18 de enero de 2019, de <http://dle.rae.es/?id=blR0t2m>
- Rodríguez Mesa, R. (2011). *Estudios sobre seguridad social*. Colombia : Universidad del Norte.
- Santa María, M., Steiner, R., Botero, J. H., Martínez, M., & Millán, N. (2010). El sistema pensional en Colombia: retos y alternativas para aumentar la cobertura.
- MERLÍN DE DOUAT, citado por ROUBIER, Paul, Derechos Subjetivos y situaciones jurídicas, tomo 1. París, 1963, p. 33
- Torres Escudero, S. J. (Julio-Diciembre de 2016). CONCLUSIONES DEBER DE INFORMACIÓN Y ASESORÍA PENSIONAL A LOS AFILIADOS EN EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES COLOMBIA 2016. *Revista CES Derecho* , 7(2), 55-71.

Normatividad

Acto legislativo 001 del 2005

Acto legislativo 02 de 2009

Código Sustantivo del Trabajo Colombiano Ley 141 de 1961 que adoptó como legislación permanente lo establecido en los decretos 2663 y 3743 de 1950.

Decreto-Ley 758 de 1990 y el acuerdo 049 de 1990

Ley 100 de 1993

Ley 1167 de 2007

Ley 1438 de 2011

Ley 50 de 1990

Ley 691 de 2001

Ley 715 de 2001

Ley 776 de 2002

Ley 795 de 2003

Ley 797 de 2003

Ley 812 de 2003

Ley 828 de 2003

Ley 860 de 2003

Ley 1167 de 2007

Ley 1438 de 2011

Ley 50 de 1990

Ley 691 de 2001

Ley 715 de 2001

Ley 776 de 2002

Ley 795 de 2003

Ley 812 de 2003

Ley 828 de 2003

Ley 860 de 2003

Constitución de 1886

Constitución Política de Colombia de 1991.

Corte Constitucional:

_____ – Sentencia de Unificación n° 062. (3 de Febrero de 2010). *Sentencia de Unificación n° 062/10*. Recuperado el 23 de octubre de 2018, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/SU062-10.htm>

_____ – Sentencia C-789. (24 de septiembre de 2002). Recuperado el 15 de noviembre de 2018, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/C-789-02.htm>

_____ – Sentencia No. T-116 /93 (26 de Marzo de 1993). Recuperado el 1 de Julio de 2018, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-116-93.htm>

_____ – Sentencia C—789 de 2002, Referencia expediente – D-3958. –

_____ – C-168 de 1995, M.P.: No. de Expediente: D-686

_____ – T-068 de 1998, M.P.: No. de Expediente: T-144.670, T-146.357 T-146.730, T-149.307 y T-149.514 (acumulados)

_____ – T-374 de 1998, No. de Expediente: T-163802

_____ – T-1160A de 2001, No. de Expediente: T-478409

_____ – C-789 de 2002, de Expediente: D-3958

- _____ – C-1024 de 2004, de Expediente: D-5138
- _____ – T-718 de 2005, No. de Expediente: T-1072043
- _____ – T-256 de 2007, No. de Expediente: T-1492821
- _____ – T- 395 de 2008, No. de Expediente:T-1545224
- _____ – T-016 de 2010, No. de Expediente:T-2378785
- _____ – T-324 de 2010, No. de Expediente:T-2556196
- _____ – T-427 de 2010, No. de Expediente:T-2.546.072
- _____ – T-489 del 2010, No. de Expediente:T-2.473.088
- _____ – T-618 de 2010, No. de Expediente: T-2538309
- _____ – SU-062 de 2010, No. de Expediente: T-2021850
- _____ – T-855 de 2011, No. de Expediente: T-3094895
- _____ – T-482 de 2012, No. de Expediente: T-3383401
- _____ – T-144 de 2013, No. de Expediente: T-3682813
- _____ – T-592 de 2013, No. de Expediente: T- 3874108
- _____ – SU-130 de 2013
- _____ – SU-856 de 2013, No. de Expediente: T-2.112.365.

Sentencias Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral:

- Sentencia (31989) septiembre 9 de 2008, M.P.: Eduardo López Villegas.
- _____ (35805) abril 27 de 2010, M.P.: Camilo Tarquino Gallego.
- _____ (38476) marzo 13 de 2012, M.P.: Rigoberto Echeverri Bueno.
- _____ (41538) octubre 23 de 2012, M.P.: Carlos Ernesto Molina Monsalve.
- _____ (49815) febrero 19 de 2014, M.P.: Luis Gabriel Miranda Buelvas.
- _____ (46292) de septiembre 3 de 2014, M.P.: Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Sentencias Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – C.P. Gustavo Eduardo Gómez

Aranguren — Bogotá 4 de agosto de 2010

Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección A radicación número:

25000-23-25-000-2004-06145-01(2533-07)

Sala de lo Contencioso Administrativo Radicado 25000232500020040426901 del 18 de febrero

de 2010, M.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Sala de lo Contencioso Administrativo Radicado 150012 33100020020362501 del 8 de abril de

2010, M.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.