

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-03
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 1 de 27

## NULIDAD DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL Y SU REGRESO AUTOMÁTICO AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA

DANIEL VÉLEZ SÁNCHEZ  
E-mail: [dvsvelezdaniel@gmail.com](mailto:dvsvelezdaniel@gmail.com)

ANDREA MORALES RODRÍGUEZ  
E-mail: [andream94r@gmail.com](mailto:andream94r@gmail.com)

MARÍA MERCEDES MOLINA OCHOA  
E-mail: [mariia-moliina@hotmail.com](mailto:mariia-moliina@hotmail.com)

2018

**Resumen:** En el presente artículo se pretende comprender los efectos de la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual y su regreso automático al régimen de prima media; para ello, se parte del establecimiento de la importancia del derecho a la información en materia pensional de los afiliados al sistema; a su vez, se identifican las diferencias entre el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y por último, se describen los beneficios que pueden perderse al generarse un traslado de régimen. De esta manera, desde un enfoque cualitativo, se tienen presentes elementos de carácter normativo, doctrinal y jurisprudencial que permitan establecer los alcances y condiciones que deben tenerse presentes en el actual régimen pensional colombiano.

**Palabras claves:** *nullidad, sistema pensional colombiano, régimen de transición, afiliación, régimen de ahorro individual, régimen de prima media.*

**Abstract:** In this article we try to understand the effects of the nullity of the affiliation to the individual savings regime and its automatic return to the average premium regime; for this, it is part of the establishment of the importance of the right to information on pension matters of the members of the system; In turn, the differences between the Solidarity Scheme of Medium Premium with Defined Benefit and the Individual Savings with Solidarity Regime are identified; and finally, the benefits that can be lost when generating a regime transfer are described. Thus, from a qualitative approach, elements of a normative, doctrinal and jurisprudential nature are taken into account to establish the scope and conditions that should be present in the current Colombian pension regime.

**Keywords:** *nullity, Colombian pension system, transition regime, affiliation, individual savings regime, medium premium regime.*

### 1. INTRODUCCIÓN

Los numerosos tránsitos legislativos a los que ha estado sometido el Sistema General

de Pensiones en Colombia en los últimos años, en especial las modificaciones introducidas en materia de edad, monto y semanas de cotización como requisitos

indispensables para acceder a una pensión de vejez, observados desde la óptica de los principios y garantías estipulados en el ordenamiento jurídico, han hecho que surja la pregunta acerca de la aplicación o no de dichos cambios para quienes al momento de la entrada en vigencia de las reformas pensionales, se encontraban cobijados por el régimen de transición que permitía la aplicación de leyes anteriores por lo general más favorables.

Precisamente, el régimen de transición fue establecido por la Ley 100 de 1993 con el propósito de proteger las expectativas legítimas de quienes estuvieran próximos a obtener su pensión de vejez de acuerdo con las reglamentaciones anteriores. Con la implementación de los dos regímenes pensionales, un buen número de afiliados, que estaban cobijados por el régimen de

transición, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad asumiendo una serie de beneficios que este les podía brindar. No obstante, según destaca Muñoz (2015), ello no desembocó en una decisión adecuada, por lo que se hizo necesario recomponer la situación de tal forma que se regresara al régimen de prima media apuntando a la recuperación del derecho adquirido perdido. Agrega la mencionada autora lo siguiente:

Este escenario ha generado un monto importante de pronunciamientos legales y judiciales que merecen retomarse y analizarse, en virtud de la ineficacia que se genera a causa del traslado al régimen de ahorro individual de una persona que hacía parte del régimen de transición (Muñoz, 2015, p. 30).

Por su parte, agrega Lopera (2012) que existe una discusión en torno a la posibilidad de que se generen modificaciones al régimen de transición por parte de los mismos legisladores que pueden ver afectado su

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 3 de 27</b>

haber pensional, debido a que serían ellos mismos los directamente implicados en los efectos de estos cambios.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en este escrito se tratará de abordar la problemática que también ha sido objeto de debate en ámbitos jurisprudenciales como es el deber que deben cumplir las administradoras de pensiones, el cual se centra en proporcionar la información de manera clara y completa a sus afiliados, con el fin de evitar confusiones a este último, así como los efectos que de esta situación se desprenden.

Es por ello que el presente artículo apunta a dar respuesta a la siguiente pregunta problematizadora: ¿cuáles son los efectos de la nulidad de la afiliación al régimen de

ahorro individual y su regreso automático al régimen de prima media?

Para dar respuesta a dicho interrogante, siguiendo a Hernández, Fernández & Baptista (2010), se plantea un proceso metodológico deductivo, que parta de lo general para llegar a lo particular, siendo lo general la descripción del régimen de transición en Colombia, y concluyendo con el elemento particular de este escrito, el cual corresponde a la respuesta a la pregunta de investigación.

## **2. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA PENSIONAL**

El derecho a la información en materia pensional se ha convertido en un referente meramente enunciativo y funcional por parte de las entidades encargadas de administrar

las pensiones de los colombianos; esta situación ha generado afectaciones entre aquellos ciudadanos que buscan algún obtener su pensión, y por ende, su incumplimiento ha resultado en el detrimento de los derechos prestacionales de la población.

Actualmente, las altas Cortes colombianas, al acercarse al fenómeno de la falta de información o indebido suministro de la misma a los usuarios del sistema pensional por parte de las entidades encargadas de administrar los fondos pensionales, han sentado una posición unánime frente los derechos de los trabajadores; pero a su vez, destaca Buriticá (2015), también resulta cierto que se quedan cortas al momento de emitir pronunciamientos relacionados con la nulidad y restablecimiento de derechos en favor de quienes se acogieron al Régimen de

Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) sin el consentimiento informado y sin la comprensión necesaria de parte de los ciudadanos, pues estos fueron centrados especialmente en sentencias dirigidas a recuperar el régimen de transición dejando de lado a quienes estando en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) al momento de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, fueron trasladados sin un debida asesoría.

Sobre este asunto, el Decreto 692 de 1994 hace referencia a la posibilidad de selección del régimen pensional por parte del usuario:

Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado

(Presidencia de la República, 1994, Decreto 692).

Con la entrada en vigencia de la Ley 1328 de 2009, se logró establecer el “Régimen de Protección al Consumidor Financiero”, dentro del cual se incorporaron disposiciones tendientes a que se brindara información clara sobre las obligaciones de los fondos de pensiones de informar las consecuencias de los riesgos y beneficios que implica la afiliación al RAIS.

A través del artículo 48, la norma estableció lo siguiente:

Artículo 48. Modifícase los literales c) y, d) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, los cuales quedarán así: El nuevo texto es el siguiente: Los afiliados al sistema podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras y entre los Fondos de Pensiones gestionados por ellas según la regulación aplicable para el efecto, así como seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones (...).

Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los

afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo (Congreso de la República, 2009, Ley 1328).

Actualmente, la norma fue complementada a través de la Ley 1748 de 2014, en la cual se señala la obligación de las administradoras de pensiones, tanto las privadas como Colpensiones, de informar de manera clara al usuario sobre los aportes que realiza al régimen; en igual sentido, debe haber claridad sobre el tipo de información que se suministra en materia de traslados:

Artículo 2°. Parágrafo 1. Adicionar un inciso 2° al artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, que regula el contenido mínimo de la información al consumidor financiero, cuyo texto es el siguiente:

En desarrollo de lo anterior, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deberán garantizar que los clientes que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como

condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia (Congreso de la República, 2014, Ley 1748).

Destaca Buriticá (2015) que frente al tema de la información al consumidor financiero, durante los primeros años de vigencia de la ley 100 de 1993 no existía una reglamentación adecuada y clara sobre la forma como los usuarios del sistema pensional estuvieran debidamente certificados para realizar dicha actividad y de esta forma:

(...) brindar la asesoría profesional que requiere la toma de decisión del futuro pensional para cualquier ciudadano ya que esta solo se evidencia ante la falta también de conocimientos evidente de una cultura de información pensional, puesto que al inicio de operaciones de los fondos estos recludaban masivamente “grupos de vendedores” en la mayoría de los casos no profesionales o técnicos en áreas económicas a los que solo se les transmitía una información mínima orientada a la obtención de resultados en ventas con lo cual se demuestra la falta de una debida información al consumidor financiero desconocedor a todas luces de importancia

de una decisión de traslado de Régimen, de hecho los perfiles profesionales en ventas dirigidas al consumidor financiero de los fondos privados de pensiones estaban reservados exclusivamente a los asesores de pensiones voluntarias dejando de lado la responsabilidad de informar adecuadamente a los ciudadanos en temas tan delicados como el futuro pensional de cualquier ciudadano tal como los expresan las altas cortes en su fallos (p. 19).

Sobre este asunto, la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 9 de septiembre de 2008, señaló lo siguiente:

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, 2009, Sentencia del 9 de septiembre).

En un nuevo pronunciamiento, la misma corporación hizo referencia a la eficacia del traslado simplificando la regla de decisión,

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 7 de 27</b>

más “si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado” (Corte Suprema de Justicia, 2014, Sentencia del 3 de septiembre). Agrega además la Corte que según el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, además de la obligatoriedad de la afiliación al sistema general de pensiones, esta debe ser libre y voluntaria, debe establecer sanciones no solo en caso de que ello no fuera así, sino también que “la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador” (Corte Suprema de Justicia, 2014, Sentencia del 3 de septiembre); además de tener en cuenta que existen normas que atentan contra los derechos contemplados en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993.

Por su parte, Buriticá (2015) establece que si bien

(...) se reconoce que la regla jurídica impone la obligación de demostrar la afectación de la voluntad para anular una situación particular, no puede olvidarse el papel del Estado como garante en la dirección, control y coordinación del sistema general de pensiones, siendo su obligación la aplicación de las consecuencias cuando se produce una decisión poco informada (p. 21).

Agrega el precitado autor que a partir de esa libertad que tiene el afiliado de elegir el régimen pensional que más le convenga, y basado en los principios del propio sistema pensional, es que las administradoras de pensiones deben cumplir con el deber de garantizar que se brindó información adecuada para poder tomar una decisión conveniente, y que por ende la decisión fue autónoma y voluntaria, no inducida.

Lo dicho sólo admite justificación cuando la libertad está acompañada de los alcances positivos y negativos de la decisión de traslado. Por tanto, según agrega Buriticá

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 8 de 27</b>

(2015), una asesoría “inoportuna o insuficiente” sobre los efectos del tránsito de régimen implican que dicha decisión no estuvo acompañada de una “comprensión suficiente” y por ende no hubo un “real consentimiento para adoptarla”.

objeto complementar los aportes del Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural o urbano, que carezcan de recursos para efectuar la totalidad de los mismos; y además sirve de ayuda a la población más pobre.

### 3. DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA Y EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

De acuerdo con Metaute (2009), el sistema de seguridad social en pensiones se encarga de reconocer y acreditar las correspondientes a Vejez o Jubilación, Invalidez y Sobrevivientes. Igualmente, reconoce y paga la devolución de saldos y el Auxilio Funerario. Existe además, el "Fondo de Solidaridad Pensional" que tiene por

El sistema que protege las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte conocido como Sistema General de Pensiones, se encuentra estipulado por la Ley 100 de 1993 (art. 10) como aquel que tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente Ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de



	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 9 de 27</b>

población no cubiertos con un sistema de pensiones.

Es decir, a través del Sistema General de Pensiones sus afiliados o beneficiarios obtienen una pensión o una indemnización bien sea por vejez, por invalidez o por muerte, llamada de sobrevivientes.

Con la precedente ilustración se reconoce que hasta entonces, la cobertura del sistema pensional anterior no era completa y que no toda la población podía aspirar a una pensión. Sin embargo, el nuevo sistema general de pensiones, según los artículos 11 y 279 de la Ley 100 de 1993, no sería aplicable a todos los habitantes del territorio nacional, pues este último consagró unas excepciones en la aplicación del Sistema General de Seguridad Social, referidas a varias categorías de servidores del Estado.

Situación que cambió con la Ley 797 de 2003, en la que se estableció una afiliación obligatoria para todas las personas que ingresaran a la fuerza laboral.

Luego de la expedición de la Ley 100 de 1993 y en las fechas que dispuso ella misma (1 de abril de 1994 en general y 30 de junio de 1995 para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital) entraron a regir para el personal no excluido del Sistema General de Pensiones, tanto del sector público como del sector privado, dos regímenes de pensiones excluyentes entre sí, el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Este Sistema cubre los riesgos y contingencias de origen común, derivados de la invalidez, la vejez y la muerte, además de

la prestación económica pensión de sobrevivientes, que se reconoce a los deudos del trabajador al momento que éste muere. Los trabajadores que devengan salario integral, igualmente deben cotizar al sistema general en pensiones. Este sistema presenta el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

De acuerdo con Arenas (2011), este Sistema a su vez, se encuentra dividido en dos subsistemas.

En primer lugar, el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), el cual es administrado por el Instituto del Seguro Social, hoy Colpensiones, recibe este nombre, porque el afiliado sabe con antelación cuáles son los requisitos que debe cumplir para obtener

determinada prestación del Sistema. Como característica principal del mismo puede decirse que los aportes de los afiliados y los empleadores, así como sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, el cual no permite que se hagan cotizaciones voluntarias, ni permite optar por pensiones anticipadas.

De igual manera, el Régimen solidario de prima media con prestación definida es definido en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 este régimen tiene correspondencia con el que estaba vigente para el Instituto de Seguros Sociales con modificaciones en cuanto a las cotizaciones y requisitos para obtener la pensión. Se mantuvo como un sistema de reparto simple, es decir, en virtud del cual sus afiliados obtienen la pensión de acuerdo a lo que determine la Ley en cuanto

 <p><b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b> Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p><b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b></p>	<p><b>Código: F-PI-32</b></p> <hr/> <p><b>Versión: 01</b></p> <hr/> <p><b>Página 11 de 27</b></p>
---	---	---

a la edad y semanas cotizadas, independiente de la cuantía de las cotizaciones.

De acuerdo a lo descrito, en este régimen opera la solidaridad intergeneracional, pues los aportes de los afiliados constituyen un fondo común que garantiza el pago de las prestaciones, y con las cotizaciones de los trabajadores que ingresan a la fuerza laboral activa se ayuda al cubrimiento de las pensiones de aquellos que reúnen los requisitos exigidos para obtener su pensión.

Según el tratadista Afanador (1999), el Sistema Pensional, es el régimen indicado para las personas de bajos ingresos, puesto que el acceso a las prestaciones económicas y asistenciales no dependerá de su capacidad económica, sino a la consagración de las mismas en la ley.

Y en segundo lugar, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), es administrado en la actualidad por las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) de origen privado, (aunque nada impide que sea prestado por el sector público), se caracteriza y tiene como principal diferencia con el RMPD, que los afiliados tienen una cuenta individual, en la cual se abona el valor de las cotizaciones de trabajadores y empleadores y que permite las cotizaciones voluntarias. En este subsistema, lo determinante para alcanzar la prestación por vejez, es el logro de unas metas acumulación de capital en la cuenta individual.

Las diferencias propias entre estos subsistemas, se encuentran básicamente en las condiciones para las prestaciones por el riesgo de la vejez, ya que las prestaciones por

 <p><b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b> Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p><b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b></p>	<p><b>Código: F-PI-32</b></p>
		<p><b>Versión: 01</b></p>
		<p><b>Página 12 de 27</b></p>

invalidez y muerte, tienen similar regulación en ambos regímenes.

Según lo dispuesto por las normas vigentes, la pensión de sobrevivientes se reconoce tanto en el régimen solidario de prima media con prestación definida (serán aplicables a este régimen las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales), como en el de ahorro individual con solidaridad; para tal efecto, se deben cumplir las exigencias y requisitos fijados por el legislador, dentro del ámbito de configuración que le corresponde.

En esta nueva oleada de reformas a la seguridad social, en especial al Sistema General de Pensiones, el escenario constitucional ya no adopta una forma de gobierno benefactor, sino uno garantizador

de derechos, tal como se desprende del artículo 2 de la Constitución de 1991, que ofrece principios y derechos fundamentales como herramientas idóneas para la solución de conflictos y de la provisión a las necesidades básicas de la población.

Dentro de esos derechos se encuentra inscrita la Seguridad Social como parte integrante de uno de los fines esenciales del Estado según el artículo 2 de la Constitución; dentro de esos fines van incorporados el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política. En este sentido, el Sistema General de Pensiones, como subsistema de la Seguridad Social en Colombia, se reviste de una naturaleza diferente a como era concebida en la Constitución anterior.

Implementados dos nuevos esquemas en el sistema de pensiones, uno financiado mediante el esquema de reparto: “(...) es decir, con las aportaciones de los jóvenes se pagan las pensiones de los mayores (...)” (CISS, 2003); y otro, “(...) en el que los beneficios o prestaciones no están definidos con certeza, dependerán de lo que se acumule en la cuenta individual del trabajador (...)” (CISS, 2003); surgieron a su vez nuevas administradoras de los mismos.

Mientras que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es administrado por los Fondos de Pensiones (AFP) privados; el Régimen solidario de Prima Media con Prestación Definida, es administrado por entidades estatales, en cabeza del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones; sin embargo, los aportes y cotizaciones que

corresponden al Sistema General de Pensiones tanto del uno como del otro, no son recursos propios, pues los mismos, provienen de empleadores y empleados.

De esta manera, en Colombia el financiamiento del RPM se fundamenta en la destinación de las cotizaciones a una bolsa común, en la cual se pagan las pensiones luego de sumarle las rentabilidades del portafolio de inversión y descontarle los gastos administrativos y de funcionamiento del régimen pensional. Este régimen se denomina de prima media con prestación definida, debido a que una vez se cumplen los requisitos mínimos de pensión, los beneficios son repartidos entre los cotizantes en partes iguales y con un monto de prestación definido. En este régimen, el Estado garantiza el pago de las pensiones a quienes cumplan con los requisitos para

acceder a la pensión, por esta razón, si el ISS no cuenta con los ingresos y reservas necesarias para asumir esta obligación, el Estado deberá asumir el pago de dichas pensiones (Cfr. Ley 100 de 1993, art. 138).

El nuevo régimen de FPP (RAI) es dirigido por las Administradoras de Fondos de Pensiones –AFP-. En éste, el monto de cada pensión depende del total de los aportes hechos por cada individuo y de la rentabilidad de sus cotizaciones durante la permanencia en el Fondo. Esto implica que las contribuciones de los afiliados se manejen en cuentas independientes, lo que se conoce como sistema de ahorro o capitalización individual. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que dentro del ahorro generado por los FPP, también se considera el ahorro voluntario, es decir, aquel que no depende de la reglamentación pensional sino de los

aportes que los individuos deseen hacer adicionalmente a su ahorro obligatorio. Por esta razón, dichos aportes dependen en gran parte de la evolución del contexto macroeconómico, pues los individuos estarán dispuestos a hacer ahorros voluntarios en la medida en que las condiciones del entorno favorezcan este fin, especialmente por el tema de la rentabilidad.

No obstante, la Ley 100 propone un esquema pensional donde se incentiva la libre competencia, al permitir la vinculación de nuevos afiliados al sistema y el traslado de éstos entre las dos administradoras existentes (del ISS a las AFP y viceversa), siempre que éstas se ejecuten bajo el control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Los FPP desde su creación cuentan con un considerable número de afiliados, incluso

superaron a los afiliados del ISS, y presentaron para el período 1995-2004 entre el 45,5% y el 62% del total de afiliados al Sistema General de Pensiones. Estas cifras son un buen indicador de la magnitud que han alcanzado los fondos de pensiones del RAI y nos puede ilustrar acerca de la gran proporción de ahorro que se está captando por el amplio número de afiliados. De la misma manera, la captación financiera por parte de los FPP (obligatorios y voluntarios) se ha incrementado considerablemente, por ejemplo, en los Fondos de Pensiones Voluntarias —FPV— pasaron de ser \$62.450 millones de pesos constantes de 1998 en 1995 a \$2.395.786 millones de pesos constantes de 1998 en 2004.

Actualmente, existen marcadas divergencias entre los dos regímenes de pensiones vigentes que pueden ser explicadas

por su diferenciado manejo administrativo, estatal y privado. Así, el RPM al ser administrado por el ISS, entidad de orden estatal, maneja unas políticas administrativas diferentes a las que operan los FPP en el RAI, pues en el RPM los aportes voluntarios a los FPV no tienen incidencia para el cálculo de la pensión; en ningún caso los afiliados pueden optar por la jubilación anticipada; para la pensión mínima se requieren 1.000 semanas cotizadas, 55 años cumplidos para el caso de las mujeres y 60 años para los hombres; los afiliados únicamente tienen expectativas del pago de una pensión si cumplen con los requisitos vigentes a la fecha en que cumplan con la edad y las semanas cotizadas.

Mientras que en el RAI los aportes voluntarios que se efectúan pueden acumularse al ahorro obligatorio y, por tanto,

mejoran el monto de la pensión; además puede existir jubilación anticipada si el capital acumulado en la cuenta de ahorro pensional permite financiar una pensión equivalente por lo menos al 110% de una pensión mínima; para esta última se requieren 1.150 semanas cotizadas, 57 años cumplidos para el caso de las mujeres y 62 años para los hombres; la totalidad de los rendimientos financieros, dividendos y participaciones del FPP pertenece a los afiliados en proporción a su ahorro pensional.

Ahora bien, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (R.P.M.P.D) es el sistema de ahorro para la vejez administrado por el Estado, a través de Colpensiones. Este régimen cuenta con beneficios predefinidos y subsidiados por el mismo Estado. Por ejemplo: cuando la persona el promedio de sus últimos dos (2) años en una pensión de

vejez, el estimativo queda por debajo del salario mínimo legal mensual vigente, es el Estado a través del Ministerio de Hacienda quien emite el reajuste hasta llevarlo al salario mínimo legal mensual vigente.

En los casos también en que se deja de recibir pensión de sobreviviente y el causante no haya aportado las semanas requeridas al momento del fallecimiento. Este régimen exceptúa que al momento del deceso haya tenido aportes cotizados durante 26 semanas de forma continua o haber tenido aportes al sistema durante los últimos 3 años de forma discontinua que alcance una sumatoria de semanas cotizadas a 54.

En la pensión de sobreviviente cuando el causante no alcanzo a cumplir con los requisitos anteriormente mencionados y que son ley, y con el régimen de prima media con



prestación definida (R.P.M.P.D) no da lugar a devolución de aportes; en cambio en el régimen de ahorro individual con solidaridad (R.A.I.S), si al momento del fallecimiento tampoco se alcanzan estas calidades o requisitos da lugar a la devolución de los aportes ahorrados por el causante al momento del fallecimiento a sus herederos porque en este sistema este es un derecho sucesorable hasta el 4 grado de consanguinidad.

En este sentido, el papel del Estado cambió de ser empleador y pagador de pensiones, a ser empleador, garantizador de los derechos constitucionales que encierra la Seguridad Social, y respetuoso de los recursos del Sistema de Seguridad Social Integral de acuerdo a los artículos 48 de la Constitución y 9 de la Ley 100 de 1993 que establecen que “no se podrán destinar ni

utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”. Lo que para el caso de las entidades públicas, significa que no les está permitido contar con esos aportes para gestiones que no se relacionen con el Sistema General de Seguridad Social.

De esta manera, para que el Estado sea garante de una serie de derechos que le asisten, debe obrar conforme a los principios de universalidad y solidaridad.

#### **4. CONSECUENCIAS DEL TRASLADO DE RÉGIMEN**

De la normatividad existente sobre el tema no es posible extraer una definición amplia de dicha figura jurídica, pues los textos legales que históricamente han consagrado el régimen de transición en materia de pensión

de vejez, únicamente hacen referencia a las condiciones que debe reunir una persona para que se le aplique la normatividad inmediatamente anterior cuando esta resulta ser mas favorable que una norma posterior.

Al respecto pueden consultarse los artículos 1 de la Ley 33 de 1985 en su párrafo 2 y 36 de la Ley 100 de 1993, normas que han establecido regímenes de transición en materia pensional, de manera descriptiva, trazando los requisitos para que los destinatarios de las respectivas leyes pudieran acceder a la prestación de pensión de vejez, con el lleno de los requisitos estipulados en normas anteriores a ellas, pero sin ahondar en la naturaleza o características de dicha figura jurídica.

Sin embargo, acudiendo a la interpretación de dicha normatividad y

partiendo de su finalidad, se puede decir que para el legislador Colombiano, la figura de la transición es un beneficio reconocido de manera taxativa por el ordenamiento jurídico, que consiste en el derecho de acceder a la pensión de vejez con el lleno de los requisitos estipulados en el régimen pensional al que estuvieran adscritas las personas al momento de entrar a regir una ley que lo modifica sustancialmente y que resulta ser menos favorable.

En materia jurisprudencial la Corte Constitucional en sentencia C-789 de 2002, concibe el régimen de transición en materia pensional como

Un mecanismo legal de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho de pensión, por no haber cumplido con los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir con los requisitos para pensionarse, en el

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 19 de 27</b>

momento del tránsito legislativo (Corte Constitucional, 1997, C-596).

edad está bastante lejos de la exigida (Dueñas, 2003, p. 344).

Dicha posición se ratifica en otros pronunciamientos como las sentencias T-534 de 2001, y T-235 de 2002.

Por lo dicho, siguiendo a Buriticá (2015), es necesario que el afiliado que pretende trasladarse:

Siguiendo al tratadista Colombiano Dueñas (2003) en su libro, “Las Pensiones: Teoría, Normas y Jurisprudencia”, el régimen de transición puede definirse como un mecanismo indispensable a la hora de efectuar reformas pensionales, el cual consiste en la aplicación de las normas anteriores cuando las nuevas no son más favorables; para este autor,

Conozca los beneficios que le va a ofrecer el nuevo régimen pensional, pero también el monto proyectado de la pensión, si existe alguna diferencia en el pago de los aportes, las implicaciones, conveniencia y, por último, la declaración de la aceptación de las nuevas condiciones pensionales (p. 21).

A ello se debe agregar:

(...) la transición va de la mano con el principio de favorabilidad y da pautas para no truncar los derechos en vía de adquisición, pues históricamente se ha considerado que la situación de las personas que se van acercando por edad o tiempo de servicio a los requisitos contemplados en la ley para acceder a la pensión de vejez, no es la misma de aquellas que apenas inician una vida laboral, llevan pocos años de servicio o su

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, 2014, Sentencia del 3 de septiembre).

Lo anterior significa que existen unas reglas mínimas que permiten establecer que hubo un “mínimo de transparencia” y con ello se puede establecer si se produjo una pérdida o recuperación del régimen de transición.

Por tanto, cada entidad perteneciente al régimen de ahorro individual, está en la obligación de demostrar la existencia de una “libertad informada” frente al cambio de régimen pensional, con el objeto de determinar si el traslado fue eficaz o no y, solo en ese momento, evaluar si hubo una pérdida o no del régimen de transición.

Agrega Buriticá (2015):

Es pues, la eficacia del traslado un “presupuesto obvio” para realizar cualquier estudio frente a la pérdida o recuperación del régimen de transición, ya que este no es una mera expectativa. Las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que

existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales”, 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 (p. 22).

Otra consecuencia del traslado realizado con información a medias o falaz tiene que ver con la real afectación de lo que se constituye como el “mínimo vital”, ya que la decisión de trasladarse del RPMPD al RAIS tiene importantes implicaciones económicas que debían ser conocidas por el ciudadano al momento de recibir una asesoría profesional por parte de los fondos privados interesados en atraerlo como su cliente, en la obligación que les asistía de ilustrarlo con proyecciones de escenarios pensionales futuros que evidenciaran el consentimiento informado.

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 21 de 27

La Corte Constitucional se ha referido a este asunto en los siguientes términos:

La situación de las personas de la tercera edad frente a la afectación al mínimo vital es especialmente relevante, pues en muchos casos su único ingreso consiste en la pensión que perciben luego de su retiro de la fuerza laboral, de manera que la afectación que se produzca sobre ella tiene, generalmente, un hondo impacto en las condiciones de vida del pensionado (Corte Constitucional, 2011, T-581A).

Como puede verse, este tipo de situaciones afectan la calidad de vida de los pensionados, generando importantes disminuciones en los promedios pensionales, lo que conlleva a que se demanda el mejoramiento de su pensión y por ende se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual y su regreso automático al régimen de prima media.

## 5. CONCLUSIONES

La figura de la transición consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es un beneficio reconocido de manera taxativa por el ordenamiento jurídico, que consiste en el derecho de acceder a la pensión de vejez con el lleno de los requisitos estipulados en el régimen pensional al que estuvieran adscritas las personas al momento de entrar a regir una ley que lo modifica sustancialmente y que resulta ser menos favorable.

En la actualidad la doctrina contemporánea ha consolidado una definición de derecho adquirido, según Buitrago (1995) teniendo como punto de partida la noción de situaciones jurídicas concretas en virtud de la cual se considera que estamos frente a un derecho adquirido cuando se presenta una situación jurídica

individual consolidada, luego de haberse cumplido a cabalidad con los supuestos de hecho que consagra la norma como requisito *sine qua nom* para alcanzar ese beneficio y contrario sensu estamos en presencia de una mera expectativa de derecho cuando dicha situación jurídica aún no ha sido consolidada como consecuencia de la inobservancia de los requisitos establecidos por el ordenamiento para acceder ella.

La anterior definición ha sido acogida en términos generales por las altas Cortes de nuestro país, las cuales en la gran mayoría de sus pronunciamientos han considerado como derechos adquiridos, aquellas situaciones jurídicas subjetivas definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley, que en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente al patrimonio de una persona.

De acuerdo a los postulados contenidos en la teoría de los derechos adquiridos mayoritariamente aceptada por la doctrina contemporánea, y a los pronunciamientos más difundidos por la jurisprudencia patria sobre el tema, las personas que cumplieron con los requerimientos exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para que se les aplicara el llamado Régimen de Transición, obtendrían un derecho adquirido frente al mismo, que siguiendo los lineamientos trazados por la doctrina universal debería ser respetado por el legislador, quien no podría modificar ni extinguir la situación concreta que les cobija ni mucho menos exigir el cumplimiento de requisitos adicionales a los estipulados en la norma que la originó, de tal suerte que, en aplicación del principio de seguridad jurídica, el estado debería garantizar a estas

personas el acceso a disfrutar de su pensión de vejez con el lleno de los requisitos que consagraba el régimen anterior a la Ley 100 de 1993 al cual se encontraban adscritos.

La reglamentación de la figura jurídica de los derechos adquiridos en nuestro país no ha tenido la evolución normativa que se requiere, máxime si tenemos en cuenta que nuestro país adoptó en la Carta Política de 1991 los ideales de un Estado Social de Derecho, incorporando el reconocimiento de prerrogativas de primera segunda y tercera generación, y de principios como el de seguridad jurídica, que trazan las directrices que debe seguir el legislador a la hora de desarrollar los postulados constitucionales.

En estas condiciones, hasta tanto no opere una modificación del citado texto normativo que riñe con los postulados de un verdadero

estado social de derecho será la Corte Constitucional quien en su función de salvaguardar la Carta Política determine el verdadero alcance de esta disposición, una labor que resulta difícil si tenemos en cuenta la misma constituye una limitante constitucional, pero que debe ser armonizada con los axiomas que gobiernan el estatuto superior.

La posición de la Corte Constitucional frente a la naturaleza del régimen de transición es incoherente pues aunque en múltiples apartes de sus proveídos efectuó la distinción entre el derecho de hacer efectiva la pensión de vejez y el derecho de acceder a ella con el lleno de los requisitos estipulados en la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993 (régimen de transición) y reconoció en los titulares de esta última prerrogativa la consolidación de una situación jurídica

concreta e intangible que ingreso en su patrimonio; la encasillo dentro de lo que denomino expectativas legítimas de derecho, noción esta que es artificiosa por demás en la Teoría de los derechos adquiridos y que no compagina con las características que ese mismo órgano colegiado advirtió en el régimen de transición

La posición ambigua con respecto al tema en cuestión de la Corte Constitucional ha terminado por impregnar la jurisprudencia de las demás Cortes de nuestro país, y la falta de un criterio claro sobre el tema y de posiciones doctrinales que ayuden dilucidarlo a originado que el legislador en su afán por aminorar los costos que comporta el sistema pensional, encuentre argumentos para propugnar por la modificación del régimen.

Con la entrada en vigencia el nuevo sistema general de pensiones establecido por la Ley 100 de 1993, muchas personas fueron atraídas por los fondos privados; pero no a todos les resultó conveniente, con las dificultades que esto trae, en la postergación del momento de acceder al derecho pensional. Si bien es cierto que el país tiene una grave carencia en su cultura pensional, este no puede ser el foco de atracción para los afiliados a un régimen u otro.

Debido a que hoy en día esos afiliados que se trasladaron desde 1994 se darán cuenta de los efectos de la pérdida del RPMPD, es muy probable que en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, los ciudadanos encuentren el camino para que se le restablezca su derecho y sea resarcido el daño causado con el acto administrativo en contravención de los principios de los



 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 25 de 27

preceptos constitucionales del artículo 48 de la Constitución Política y como derecho irrenunciable bajo la concepción del estado bienestar

La suma de los argumentos técnicos y la evidencia del proceder de los fondos privados en los procesos de afiliación de ciudadanos a la entrada en vigencia de la ley 100 del 1993 entregan suficientes argumentos a las cortes para establecer las nulidades como conducta indebida de las administradoras.

Las Administradoras deben asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual.

## REFERENCIAS

- Afanador N., F. (1999). *El Sistema Pensional Colombiano*. Bogotá: Legis.
- Alvarado G., L. (2015). *La unificación y extensión de la jurisprudencia del consejo de estado en el régimen de transición pensional en Colombia*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Beuchot P., M., y Arenas-Dolz, F. (2008). *Hermenéutica de la encrucijada: analogía, retórica y filosofía*. Barcelona: Anthropos Editorial.
- Buriticá A., C. (2015). *Acción nulidad y restablecimiento del derecho en afiliación al Régimen de ahorro individual*. Manizales: Universidad de Manizales.
- Castañeda C., N. (2008). *Los mecanismos de financiación de las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS y su repercusión en el pago de estas*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS). (2003). *Evaluación de las Reformas. Informe sobre la Seguridad Social en América 2003*. México: CISS.
- Congreso de la República. (1993). *Ley 100, diciembre 23, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y*

*se dictan otras disposiciones.* Bogotá: Diario Oficial 41.148 del 23 de Diciembre de 1993.

Congreso de la República. (2003). *Ley 797, por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.* Bogotá: Diario Oficial No. 45.079 de 29 de enero de 2003.

Congreso de la República. (2009). *Ley 1238, por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.* Bogotá: Diario Oficial No. 47.411 de 15 de julio de 2009.

Congreso de la República. (2014). *Ley 1748, por medio de la cual se establece la obligación de brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros y se dictan otras disposiciones.* Bogotá: Diario Oficial 49376 de diciembre 26 de 2014.

Corte Constitucional. (1997). *Sentencia C-596.* Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-534.* Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-235.* Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-789.* Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (2011). *Sentencia T-581A.* Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2008). *Sentencia del 9 de septiembre. Expediente 31989.* Magistrado Ponente: Eduardo López Villegas.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2014). *Sentencia del 3 de septiembre. Radicación 46292.* Magistrada Ponente: Elsy Del Pilar Cuello Calderón.

Daurte T., N. (2016). *La nulidad del traslado del régimen solidario de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad.* Medellín: Universidad de Antioquia.

Dueñas R., O. (2003). *Las Pensiones: Teoría, normas y jurisprudencia.* Bogotá: Librería Ediciones El Profesional Ltda.

Duque Q., S., & Duque G., N. (2016). El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen de prima media con prestación definida en Colombia. *Justicia Juris*, 12(1), 40-55.

Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2010). *Metodología de la investigación.* México: Interamericana Editores.

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 27 de 27

Lopera V., M. (2012). *¿El régimen de transición pensional en Colombia comporta un derecho adquirido?* Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.

pensiones: diagnóstico, evidencia y problemática. Serie Documentos CEDE, (16), 1-50.

Metaute P., C. (2009). *El trabajador independiente frente a los riesgos profesionales en el sistema general de seguridad social en Colombia.* Medellín: Universidad de Antioquia.

## CURRICULUM VITAE

**Daniel Vélez Sánchez:** Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, asistente al diplomado en seguridad social.

Muñoz S., A. (2015). Ineficacia del traslado y recuperación del régimen de transición. *Actualidad Laboral y Seguridad Social*, (189), 30-35.

**Andrea Morales Rodríguez:** Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, asistente al diplomado en seguridad social.

Murcia, N., & Jaramillo, L. G. (2000). *Investigación cualitativa “La Complementariedad Etnográfica”.* Una guía para abordar estudios sociales. Manizales: Knesis.

**María Mercedes Molina Ochoa:** Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, asistente al diplomado en seguridad social.

Presidencia de la República. (1994). *Decreto 692, por el cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993.* Bogotá: Diario Oficial 41.289 del 30 de Marzo de 1994.

Ramírez R., P. (2011). *La pensión de vejez en régimen de ahorro individual con solidaridad.* Medellín: Universidad de Antioquia.

Santamaría, M., & Piraquive G., G. (2013). Evolución y alternativas del sistema pensional en Colombia. Dirección de Estudios Económicos, (Documento 398), 1-91.

Schutt P., E. (2011). El salario mínimo y el régimen de ahorro individual en