

**IMPLICACIONES DEL CAMBIO ENTRE REGÍMENES PENSIONALES PARA
LOS COTIZANTES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA.
Estudio a partir del traslado entre regímenes a la luz del derecho al mínimo
vital y móvil¹**

*Jassy Yadyra Mosquera Ortiz*²

*Olga Cecilia Restrepo Yepes*³

*Liliana Damaris Pabón Giraldo*⁴

RESUMEN

Por medio de este artículo se busca establecer las implicaciones del cambio entre regímenes pensionales para los cotizantes del sistema de seguridad social en Colombia, estudio que se realizó a partir del traslado entre regímenes a la luz del derecho al mínimo vital y móvil. Para tal efecto se siguió una metodología de un estudio documental, teórico-práctico y hermenéutico. Con base a ello, se obtuvo como resultado que la población ve afectado su derecho al mínimo vital y móvil, debido a la falta de información suministrada por las aseguradoras de fondos de pensiones a la hora del traslado, ya que cuando se trasladan, su pensión resulta

¹ Este artículo es resultado del proyecto de investigación denominado “*Implicaciones del cambio entre regímenes pensionales para los cotizantes del sistema de seguridad social en Colombia*”, realizado en la Maestría en Derecho de la Universidad de Medellín, Cohorte 2020, con la asesoría de las docentes de la Universidad de Medellín Olga Cecilia Restrepo y Liliana Damaris Pabón.

² Abogada de la Universidad de Medellín, especialista en derecho laboral y relaciones industriales de la universidad Externado de Colombia y especialista en seguridad Social de la misma universidad. Email jassymo@hotmail.com

³ Abogada de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario, magíster en Derecho de la Universidad de los Andes y doctora en Derecho de la Universidad de Medellín. Actualmente se desempeña como profesora de Derecho Público en pregrado y posgrado de la Universidad de Medellín. Investigadora asociada según medición Colciencias Líder e integrante del Grupo de Investigaciones Jurídicas Universidad de Medellín. Email: ocrestrepo@udem.edu.co.

⁴ Abogada y Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Magíster en Derecho Procesal y Doctora en Derecho de la Universidad Nacional de Rosario –Argentina. Jefe de la Maestría en Derecho Procesal Extensiones de la Universidad de Medellín. Líder e integrante del Grupo de Investigaciones en derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Investigadora senior según medición Colciencias. Miembro titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Email: ldpabon@udem.edu.co

siendo mínima, quedando como único mecanismo para anular dicho traslado si no cumplen con los requisitos establecidos en la ley 100 de 1993, la demanda ordinaria laboral.

ABSTRACT

This article seeks to establish the implications of the change between pension regimes for contributors to the social security system in Colombia, a study based on the transfer between regimes in the light of the right to the minimum vital and mobile income. For this purpose, a documentary, theoretical-practical and hermeneutic study methodology was followed. Based on this, it was obtained as a result that the population's right to the vital and mobile minimum is affected, due to the lack of information provided by the pension fund insurers at the time of the transfer, since when they transfer, their pension is minimal, leaving as the only mechanism to annul such transfer if they do not comply with the requirements established in Law 100 of 1993, the ordinary labor lawsuit.

PALABRAS CLAVE: Régimen de prima media con prestación definida, régimen de ahorro individual, traslado entre regímenes pensionales, derecho al mínimo vital y móvil amparado en el derecho a una vida digna.

KEYWORDS: Average premium regime with defined benefit, individual savings regime, transfer between pension regimes, right to the minimum living and mobile income protected by the right to a decent life.

Introducción

El sistema de seguridad social en Colombia está compuesto por dos regímenes, excluyentes entre sí, por un lado, el régimen de prima media con prestación definida (RPM) y por otro el régimen de ahorro individual (RAI), régimen creado con la expedición de la Ley 100 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993).

Ante la posibilidad del traslado entre el RPM al RAI, muchos de los usuarios realizaron traslados sin el lleno de los requisitos legales exigidos, creando una gran problemática para los cotizante, por lo que el objetivo de este artículo es establecer las implicaciones del cambio entre regímenes pensionales para los cotizantes del sistema de seguridad social en pensiones, a partir del estudio del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, a la luz del derecho al mínimo vital y móvil.

El presente artículo se desarrollará a través de un estudio documental: Ley, doctrina, jurisprudencia, conceptos, circulares y resoluciones del Ministerio. Además, teórico, práctico y hermenéutico. Teórico porque conforme a lo indicado por la ley, autores sobre el tema y la jurisprudencia se hará un análisis de las implicaciones del traslado entre regímenes pensionales existentes en Colombia. Práctico porque se hará un trabajo de campo consistente en una encuesta que se aplicará preferencialmente a personas que hayan sido trasladadas al RAIS sin el cumplimiento del deber de información. Hermenéutico, porque conforme a lo desarrollado en la parte teórica y lo obtenido en la práctica se interpretarán los resultados para determinar las implicaciones del traslado del RAIS al RPM a la luz del principio del mínimo vital y móvil.

En este orden de ideas, el artículo se divide en tres partes así: (i) acercamiento al sistema de seguridad social en pensiones en Colombia, (ii) consecuencia del traslado entre regímenes en Colombia e (iii) implicaciones del traslado entre regímenes pensionales a la luz del derecho al mínimo vital y móvil y por último (iv) algunas conclusiones.

1.ACERCAMIENTO AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES EN COLOMBIA.

La seguridad social en Colombia comienza con la creación de la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL), cuyo objetivo era velar por las prestaciones de los empleados nacionales, Ley 6 de 1945 (Congreso de la República de Colombia, 1945). Posteriormente se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS) encargado de las prestaciones pensionales de los empleados del sector público. (Peña, 2019).

Para el año de 1993 se crea el Sistema General de Pensiones (SGP) con la promulgación de la Ley 100 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993) redefiniendo así el sistema pensional colombiano. Esta ley se plantea como objetivos la reducción del déficit fiscal generado por el pasivo pensional, el saneamiento de las finanzas públicas, controlar la evasión y la elusión, lograr una mayor cobertura del sistema pensional bajo el principio de universalidad, solidaridad, eficiencia e integralidad (Congreso de la República de Colombia, 1993).

Con la aprobación de la Ley 100 de 1993, empezaron a regir dos regímenes excluyentes entre sí, el RPM, que congregó todas las cajas existentes, el ICSS y CAJANAL y un RAI, dirigido por la administradora de fondos de pensiones (AFPS). De igual forma mediante la Ley 100 se adoptó la garantía de pensión mínima, con el fin de asegurarle a los afiliados que cumplieran ciertos requisitos, una pensión no inferior a un salario mínimo. De la misma manera se estableció el régimen de transición para las mujeres y hombres que a 1994 contaran con 35 años y 40 años. (Botero, Martínez, Millan, & Steiner, 2017).

Posterior a la Ley 100 se expidió la Ley 797 de 2003 (Congreso de la República de Colombia, 2003) ley que aumentó las contribuciones y estableció que tanto los trabajadores dependientes como independientes deben estar afiliados al sistema

pensional. Además, se estableció que los afiliados deben permanecer 5 años en un régimen para poder trasladarse al otro y que se podía hacer tantas veces como se pudiera hasta cumplir 47 años mujeres y 52 años hombres (Botero, Martínez, Millan, & Steiner, 2017).

Debido a la insostenibilidad financiera del sistema pensional en Colombia se expidió el Acto Legislativo 01 de 2005, (Congreso de la República de Colombia, 2005) reduciendo así los costos de la transición del nuevo sistema pensional⁵.

Además de las normas ya establecidas en materia pensional, el Gobierno Nacional, y en ocasión a la declaratorio de emergencia generada por el Covid-19, emitió el Decreto Legislativo 558 de 2020 donde adoptó una serie de medidas tendientes a brindar mayor liquidez a los empleadores y trabajadores, así como también para preservar el ingreso equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado (Presidente de la República de Colombia, 2020).

Así las cosas, las personas que optaron por el alivio antes enunciado pagaron solamente el 3% de la cotización al sistema general en pensiones. Es preciso hacer claridad que si bien el pago correspondió solamente al 3% de lo que preceptuaba el artículo 20 de la Ley 100 1993, las administradoras de pensiones deberían tener en cuenta las semanas correspondientes a los dos meses cotizados de acuerdo con lo

⁵ De acuerdo con autores como Cruz Mármol y Henríquez Díaz: “Una de las finalidades establecidas en el Acto Legislativo corresponde esencialmente a la sostenibilidad financiera y al acceso de la población al derecho de una pensión con el previo cumplimiento de los requisitos, tal como se indicó en la sentencia C-258 del 2013: “Colombia tenía el cuarto pasivo pensional más alto del mundo con un 170 % del Producto Interno Bruto (PIB) con un nivel de cobertura muy bajo que correspondía al 23% de las personas mayores de 60 años. Del mismo modo, la reforma legislativa se justificaba ya que las cifras macroeconómicas indicaban que en Colombia el número de afiliados era de 11.5 millones de personas, de los cuales solamente eran cotizantes activos 5,2 millones, frente a una población económicamente activa de 20,5 millones de personas. Estas cifras daban lugar a que el número de pensionados en Colombia alcanzara solo a un millón de personas, frente a cuatro millones de personas en edad de jubilación” (De la Cruz Mármol & Henríquez , 2019, pág. 10 y 11)

ordenado en el Decreto Legislativo 558 de 2020 (Presidente de la República de Colombia, 2020).

En igual sentido, el Decreto Legislativo 558 de 2020 en su capítulo segundo estableció un mecanismo especial de pago para las pensiones reconocidas bajo la modalidad de retiro programado, siempre y cuando las AFP evidencien que los recursos existentes en la cuenta de ahorro pensional no son suficientes para continuar pagando una mesada equivalente a un salario mínimo en esta modalidad.

El mismo Decreto estableció un mecanismo especial para pago:

Artículo 7. Mecanismo Especial de Pago. En el evento en que no haya sido posible la contratación de una renta vitalicia a favor de aquellos pensionados en la modalidad retiro programado cuyos saldos ya no resultan suficientes para continuar recibiendo una mesada de un salario mínimo en esta modalidad, la pensión seguirá pagándose a través Colpensiones, y tendrá las mismas características de una renta vitalicia, es decir el pensionado recibirá el pago mensual de su mesada de salario mínimo hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo al que ellos tengan derecho (Presidente de la República de Colombia, 2020).

Posteriormente, el 4 de junio de 2020 se expidió el Decreto Legislativo 802 de 2020, mediante el cual se modifica los artículos 6, 8, 9 y 10 Decreto legislativo 558 del 15 de abril del 2020, regulando así la modalidad de retiros programados, los recursos a trasladar mediante el mecanismo especial de pago y la revisión de las reservas asociados al mecanismo especial de pago (Presidente de la República de Colombia, 2020).

Sin embargo, el pasado 23 de julio, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del Decreto Legislativo 558 de 2020:

(...) por cuanto estableció que las medidas de excepción adoptadas implican una desmejora de derechos sociales, disponen de recursos destinados a la financiación de las pensiones para fines distintos a ellas, no asegura la

sostenibilidad financiera, no satisface los requisitos de conexidad material y de motivación suficiente (Corte Constitucional de Colombia, 2020).

La Corte consideró además que se contradecía el artículo 215 de la Constitución y la decisión se aplica con efectos retroactivos es decir que los montos dejados de cotizar deben ser pagados en el plazo que señale el Gobierno Nacional.

Igualmente, y mediante Sentencia C-308 de 2020, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 802 de 2020, puesto que este no cumplía con los requisitos de conexidad, necesidad ni motivación suficiente con el estado de emergencia porque, “la descapitalización de las cuentas individuales de ahorro pensional que soportan el pago de las mesadas obedece a factores estructurales del RAIS y no a los efectos económicos derivados del Covid-19” (Corte Constitucional de Colombia, 2020).

Otro motivo utilizado por la Corte Constitucional para declarar la inexecutable del Decreto Legislativo 802 fue la escasez de los recursos en las cuentas de ahorro individual que afectaría a un grupo de personas, escasez que no fue demostrada por el Gobierno Nacional. Además, señaló la sentencia, existirían otros medios legales para lograr los objetivos establecidos en el Decreto Legislativo 802 de 2020.

Así las cosas, el Gobierno Nacional se encuentra regulando el mecanismo a utilizar, para suplir el pago faltante de aquellos cotizantes que realizaron el pago conforme al Decreto Legislativo 558 de 2020; se plantea pues que los cotizantes tendrán 36 meses a partir del primero de diciembre del 2020 para efectuar el pago faltante (Ambito Jurídico, 2020).

Ahora bien, se explicarán los regímenes pensionales existente y estos desde su desarrollo normativo; en el entendido que el enfoque de la investigación radica en argumentar jurídicamente la ineficacia y/o nulidad del traslado y su impacto desde el salario mínimo vital y móvil.

1.1. RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (RPM)

El RPM se encuentra regulado en el título segundo de la Ley 100 de 1993, mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definida. (Congreso de la República de Colombia, 1993). Es un régimen basado en el principio de solidaridad, donde las cotizaciones de la población joven son destinadas a un fondo común que es utilizado para pagar las mesadas de los pensionados (Vaca, 2013). Al ser un fondo común público el Estado garantiza el pago de los beneficios adquirido por los cotizantes.

La pensión de vejez se otorgará mediante un pago periódico mensual, con el objetivo de garantizar una vida digna luego del retiro laboral. Los requisitos para la obtención de la pensión de vejez son haber cumplido la edad 57 años si es mujer y 62 años si es hombre, así mismo haber cotizado un mínimo de 1.300 semanas. El monto mínimo de la pensión será desde el 65% del ingreso base de liquidación del cotizante; por cada cincuenta semanas adicionales a las 1.300 el porcentaje del ingreso base de liquidación se incrementará 1,5% llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización (Congreso de la República de Colombia, 1993).

Ahora bien, el RPM contempla la indemnización sustitutiva para aquellas personas que hayan cumplido la edad de retiro y no cumplan con el mínimo de semanas requeridas y tengan una incapacidad para seguir cotizando. Dicha indemnización corresponderá a un salario base de liquidación promedio semana multiplicado por el número de semanas cotizadas (Congreso de la República de Colombia, 1993).

Igualmente, el RPM tiene prescrita la pensión de invalidez por riesgo común, correspondiente a un pago periódico que recibirá el cotizante si queda en estado de invalidez. Dicha invalidez puede ser de origen común o de origen profesional y se declarará invalido cuando se pierde el 50% o más de la capacidad laboral. Para

obtener dicha pensión debe haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anterior a la fecha de estructuración del evento. Si el cotizante es menor de 20 años solo requerirá 26 semanas en el año anterior; la pensión de invalidez no puede ser superior al 75% del ingreso base de liquidación, ni inferior a un salario mínimo (Congreso de la República de Colombia, 1993) .

El RPM contempla, además, la pensión de sobrevivientes correspondiente a la remuneración periódica que recibirán los miembros del grupo familiar por el fallecimiento del pensionado o del cotizante. El afiliado debe haber cotizado 50 semanas al sistema dentro de los 3 años anterior al suceso. La pensión podrá ser de forma vitalicia si el cónyuge tiene más de 30 años, si no es así se pagará por un lapso no mayor a 20 años.

Por último, el RPM contempla los beneficios económicos periódicos como mecanismo de protección a la vejez para personas que su ahorro no le alcance para la asignación de una pensión mínima.

1.2. RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

El régimen de ahorro individual con solidaridad se encuentra regulado en el título tercero de la Ley 100 de 1993 y se define como 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 (Congreso de la República de Colombia, 1993).

El régimen es administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP). Los aportes se consignan en cuentas individuales pertenecientes a los cotizantes. La pensión se deriva de los ahorros propios y los rendimientos financieros que tenga el cotizante en su cuenta de ahorro individual. Los afiliados con ingresos superior a cuatro salarios mínimos aportan un 1% adicional sobre el Ingreso Base de Cotización -IBC. Los aportes de los cotizantes se distribuyen de la

siguiente manera, el 3% de los aportes es dirigido a gastos de administración, prima de seguro de invalidez y supervivencia y prima al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – FOGAFIN, el 1,5% se dirige al fondo de garantía de pensión mínima y el restante a la cuenta individual del afiliado (Peña, 2019).

Existen varias modalidades de pensión en el RAIS: (i) la renta vitalicia inmediata, (ii) el retiro programado y (iii) el retiro programado con renta vitalicia diferida. De igual manera mediante la Circular 013 de 2012 la Superintendencia Financiera de Colombia (Superintendencia Financiera de Colombia, 2012) establece nuevas modalidades de pensión: (i) Renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, (ii) Renta Temporal Variable con Renta Vitalicia Diferida, (iii) Renta Temporal Variable con Renta Vitalicia Inmediata y (iv) Retiro Programado sin negociación del Bono Pensional (Guerra, 2019). La financiación de la modalidad de pensión escogida por el cotizante dependerá del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual.

En el RAIS los cotizantes pueden obtener la pensión de vejez a la edad que deseen, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual sea superior al 110% de un SMLMV; calculo que se realiza tomando a el valor del salario mínimo que para el año corresponda y multiplicándolo por 110.

En el caso de aquellas personas que no hubieran acumulado el capital suficiente a cumplir la de edad necesaria para la pensión, deberán haber cotizado un mínimo de 1.150 semanas para que les sea otorgada la pensión mínima de vejez. De igual manera se encuentra establecido los requisitos para la devolución de saldos para los cotizantes que no cumplan con las semanas mínimas de cotización o no acumulen el capital necesario.

El RAIS también tiene regulado la pensión de invalidez por riesgo común, correspondiente a un pago periódico que recibe el cotizante, cuando pierda el 50%

o más de su capacidad laboral. Los requisitos y montos serán igual a los establecido para la pensión de invalidez del RPM. Esta pensión se financiará con los ahorros de la cuenta individual del afiliado y/o el bono pensional, siempre y cuando tenga derecho y el valor adicional necesario para financiar el monto de la pensión. El Estado garantizará los recursos necesarios para la obtención de la pensión mínima de invalidez (Peña, 2019).

En cuanto a la pensión de sobrevivientes en el RAIS serán los mismos requisitos establecidos para el RPM y se encuentran regulado en los artículos 73 y siguientes de la Ley 100 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993).

2.CONSECUENCIAS DEL TRASLADO ENTRE RÉGIMENES PENSIONALES EN COLOMBIA

El Sistema General en Pensiones permite la movilidad de los afiliados entre administradoras y regímenes, pero se ha establecido para dicha movilidad una permanencia mínima señalada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993) y modificada por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 (Congreso de la República de Colombia, 2003), constituyendo así, como requisito 5 años para traslado entre regímenes siempre y cuando no se encuentre a menos de 10 años para acceder a la edad de pensión y seis meses para traslado entre administradoras.

e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. (Congreso de la República de Colombia, 2003).

Ante la situación presentada por la norma y con el ánimo de los cotizantes de obtener un mayor beneficio, muchos de estos optaron por trasladarse desde el

antiguo ISS (actual Colpensiones) al RAIS, decisión que evidenciaba menores beneficios para estos. Tal situación llevó a establecer que la falta de educación financiera y la confusa información suministrada por las AFP incidieron en un traslado masivo, que con el tiempo y ante la evidente desventaja entre ambos regímenes, en los últimos años los traslados se han aumentado desde RAIS hacia Colpensiones (Córdoba & Piraquive, 2019).

De acuerdo con datos de Colpensiones, con corte a julio de 2019, alrededor de 75.000 personas fueron trasladadas del RAIS al RPM que administra la entidad, lo que equivale a que cada día 350 personas en el país solicitan trasladar sus ahorros al régimen público (Portafolio, 2019). En contraste con estas cifras, 769 cotizantes, en el mismo lapso, se fueron de Colpensiones a una AFP.

Para el expresidente de Colpensiones, Mauricio Olivera, respecto al fenómeno descrito opina que:

(...) la tendencia responde a cuatro factores, siendo el primero el hecho de que hay una clara diferencia entre las pensiones de ambos regímenes. En segundo lugar, los fondos ya tienen 26 años, es decir, están empezando a pensionar las personas, entonces se están dando cuenta que, en muchos casos, las mesadas que reciben son bajas y van tomando consciencia (Portafolio, 2019, pág. 1).

Por esta razón resulta errónea las creencias que las tasas de reemplazo eran equivalentes en ambos regímenes, pues en el RAIS el sistema demuestra que la tasa de rentabilidad del 11% y 12% previstas hace más de una década no es posible de mantener, razón por la cual la mesada pensional de los cotizantes a este régimen es notablemente inferior a la del RPM (Córdoba & Piraquive, 2019, pág. 17)

Unido a esto, Colpensiones ha mostrado una mayor eficiencia que el antiguo Seguro Social, lo cual ha generado que los colombianos confíen en el Estado la guarda de sus recursos pensionales (Portafolio, 2019).

Ante este panorama, los fallos judiciales han buscado que un poco más de 16.000 personas hayan intentado trasladarse desde el régimen pensional privado al público (Portafolio, 2019), situación que ha generado la necesidad de discutir y remediar dicha realidad a través del proyecto de Ley 050, 2019, que busca adicionar en artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El Objeto del proyecto de ley es “permitir por un breve lapso el traslado de afiliados entre Regímenes de Pensiones, que cumplan las siguientes condiciones: -Hombres mayores de 52 años o mujeres mayores de 47años. – Que hayan cotizado mínimo de 750 semanas” (Congreso de la República de Colombia, 2019, pág. 97).

Este proyecto de ley se presenta como mecanismo para mitigar todos los problemas existentes debido a la falta de información suministrada por las administradoras de las AFP y así poderle brindar la oportunidad aquellas personas que por desconocimiento de la ley tomaron una decisión errónea.

Afirma el proyecto de ley, sobre la necesidad y conveniencia de este, que:

La implementación de ese modelo no contó desde un principio con los mecanismos que garantizaran la protección de los usuarios, desde la perspectiva de la oferta adecuada en cantidad y calidad de la información que debía brindárseles, con el fin de que la toma de decisiones en cuanto a la afiliación o traslado a, desde, determinado régimen de pensiones estuviera precedida de un conocimiento integral, capaz de generar un consentimiento auténticamente informado. La deficiencia en el suministro de esa información, o su total ausencia por más de 22 años, generó uno de los problemas más sentidos en la actualidad por la población, casi siempre de los sectores más vulnerables, frente al hecho de que, como consecuencia de la ignorancia sobre el funcionamiento de los diferentes regímenes y sus consecuencias prácticas en el monto y momento de la pensión, tomó la decisión que menos convenía a sus condiciones de existencia durante la vejez (Congreso de la República de Colombia, 2019, pág. 98).

Debido al traslado entre administradora se ha presentado un punto neurálgicos en el cambio de régimen pensional en cuanto a la calidad de la información que se debe brindar a los usuarios para la toma de esta decisión, la Corte Suprema de

Justicia Sala de Casación Laboral ha expresado en diversas sentencias que las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de garantizar la afiliación libre y voluntaria, otorgando así la información suficiente y transparente, para que el afiliado pueda elegir la opción que más le convenga.

(...) la información cierta es aquella que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2019).

La información oportuna, completa y veraz, permite a las personas contar con los elementos necesarios para tomar decisiones acertadas, es por eso por lo que la Ley ha establecido que las administradoras del sistema deben emplear la debida diligencia en la prestación del servicio a sus clientes (Hernandez, 2019)

La Ley 1328 de 2009 (Congreso de la República de Colombia, 2009) estableció la obligación de brindar al consumidor financiero la información clara, transparente, comprensible, oportuna y verificable como mecanismo que facilite la comparación de los servicios ofrecidos por las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera. Así pues, el Decreto 2241 de 2010 (Presidente de la República de Colombia, 2010) modificado por el Decreto 2555 del mismo año (Presidente de la República de Colombia, 2010) establecen el régimen de protección al consumidor financiero del Sistema General de Pensiones; estableciendo como principios: la debida diligencia, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, manejo adecuado de los conflictos de interés y educación para el consumidor financiero.

De igual manera, la Ley 1748 de 2014 (Congreso de la República de Colombia, 2014) adicionó el deber de información de los afiliados estableciendo que las administradoras de fondos de pensiones del RAIS estarán obligadas a suministrar

a sus afiliados a través de los distintos canales que dispongan extractos que serán enviados al afiliado por el medio que este escoja, el capital ahorrado, el monto de los intereses devengado y las cotizaciones recibida durante el período de corte del extracto.

En igual sentido la Ley 1748 de 2014 establece:

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 de Colombia, 2014).

El hecho de que el RAIS sea regulada por el sistema financiero hace considerar que la información suministrada por las AFP es asimétrica cuando una de las partes que intervienen en la negociación no cuenta con la misma información que la otra, lo que conduce a un fallo de mercado que proporciona un resultado económico ineficiente (Rosero, 2017, pág. 38).

(...) para nadie es un secreto que las fórmulas actuales, cálculos matemáticos y financieros, la dependencia de los mercados de capitales y las resultantes de las fluctuaciones cambiarias y bursátiles, factores de incidencia en el cálculo de una mesada pensional en el ámbito de la libre competencia, implican un alto nivel de complejidad y sofisticación que se encuentra lejos de las posibilidades de comprensión de la inmensa mayoría, requiriéndose para ellos algos grados de especialización. Eso imponía la obligación de brindar ilustración siquiera aproximada, pero sobre todo auténtica y práctica, a los destinatarios del sistema (Congreso de la República de Colombia, 2019, pág. 99).

Con el fin de regular la asimetría en la información se expide el Decreto 2071 de 2015 (Presidente de la República de Colombia, 2015) que regula de manera clara el proceso de afiliación, obligando a las administrados a suministrar una información completa de los beneficios e inconvenientes que tiene trasladarse entre regímenes pensionales.

Así las cosas, a partir del 2015 las AFP, se debe suministrar a sus afiliados instrumentos financieros que den a conocer las consecuencias del traslado del RPM al RAIS; de manera que el afiliado pueda tomar una decisión consiente sobre su vinculación a un régimen u otro.

En igual sentido, el Decreto 2071 de 2015 establece la obligación a las administradora del RAIS, que conforme a las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, deberá informar de forma clara en los extractos financieros, la posibilidad que tiene el asegurado de “trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de “Multifondos” o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia” (Presidente de la República de Colombia, 2015).

En la práctica es muy común que los asesores de las AFP describan las generalidades del sistema y no presenten las ventajas y desventajas que conlleven a pertenecer a un régimen u otro (Torres , 2016) Situación que conllevó a que cada vez sea mayor el requerimiento de información en materia pensional.

La anterior afirmación se pudo corroborar en el trabajo campo realizado con pensionados que se trasladaron de régimen, pues afirman los encuestados que hubo falta de información o información engañosa, calificando así la información suministrada por las AFP como mala o incompleta; razón por la cual el 100% de los entrevistados manifiestan que si la información hubiera sido clara y precisa el 100%, no se hubieran trasladado del RPM al RAIS⁶.

⁶ Se realizó una entrevista a 15 personas, de un grupo etario de 47 años en adelante, concluyendo que de 15 personas encuestadas al 9% le pareció mala la atención y solo al 7 % que equivale a un encuestado le pareció muy buena, al 33% restante de los encuestados le pareció incompleta. Se encontró que el 100% de los encuestados no habrían realizado el traslado si hubiera tenido una adecuada asesoría. Y el 100% han tenido consecuencias negativas por el traslado a las AFP Iguualmente, el 100% consideran que el monto correspondiente a la pensión de vejez que recibirían en el régimen de ahorro individual afectaría su derecho al mínimo vital y móvil; también porque no

Uno de los mayores problemas del sistema pensional, respecto al deber de información, es cuando los afiliados no son bien asesorados, es decir, al no tener la información necesaria y total, su desconocimiento restringe su libertad de elección de régimen pensional. Un claro ejemplo de esta situación, es cuando los cotizantes no tienen presente la restricción legal que impide el traslado de régimen pensional cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad requerida para obtener el derecho a la pensión; este problema se presenta por la falta de información y asesoría por parte de las administradora de fondos de pensiones, incumpliendo así una de las obligaciones de las AFP que es adelantar procesos de asesoría pre pensional para sus afiliados, con el fin de permitirle al cotizante tomar la decisión que más se ajuste a su expectativa pensional antes de que lo afecte el factor tiempo, donde será irreversible el traslado.

La falta de información clara, precisa y verídica impacta notablemente en las personas que están a portas de pensionarse, pues es el momento en que conocen realmente cuanto será el monto que van a devengar, como mesada pensional y además que legalmente no pueden realizar el retorno al RPM; por eso es de vital importancia que las AFP informen de manera oportuna las ventajas o desventajas de estar en un régimen u otro.

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia No 68838 de 2019 de la Sala de Casación Laboral (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2019), se ha sintetizado la normativa y el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones de la siguiente manera:

les alcanzaría para cubrir todas sus necesidades. De igual forma el 100% ha intentado regresar al régimen de ahorro individual, buscando obtener un salario digno. Por último, el 100% que han realizado demanda para que sea la justicia ordinaria laboral la que ordene su retorno al régimen de prima media con prestación definida.

Tabla No 1.

Síntesis normativa del contenido mínimo y alcance del deber de información respecto al cambio de régimen pensional

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993. Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009. Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015. Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Tomado de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia No 68838 de 2019 de la Sala de Casación Laboral (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2019)

Debido al incumplimiento de la normativa expuesta, por parte de las administradoras de fondos de pensiones, los cotizantes ad- portas de pensionarse están viendo afectado su derecho al salario mínimo vital y móvil, pues así lo manifiestan los encuestado, el 100% se ven afectados.

Ante esta vulneración, tal como lo manifestaron los encuestados en el trabajo de campo los afiliados al verse sometidos a la obtención de una mesada pensional que no les permite continuar con su estilo de vida o una devolución de aportes que no les garantiza una vejez digna, se han encaminado a adelantar demandas jurídicas con el fin de obtener la nulidad e ineficacia del traslado y así retornar al RPM donde podrán garantizar un mínimo vital y móvil.

Como plantea Bernal Girón, los procesos de nulidad e ineficacia del traslado por no tener cuantía son tramitados como procesos ordinarios de primera instancia, gozando así de dos etapas y del recurso de casación; tal como indica la misma autora la duración del proceso es mínimo de un año, de modo que los futuros pensionados indiscutiblemente ven afectado su derecho fundamental a mínimo vital y móvil (Bernal Giron, 2019).

Debido a la duración del proceso afirma Bernal Girón, que es posible lograr el retorno al RPM a través de la acción de tutela, solo en los casos de aquellas personas que por su condición socioeconómicas sean beneficiarios del fondo de solidaridad pensional; es decir aquellos cotizantes que pierden su condición de trabajadores dependientes y requieren para poder obtener una pensión de vejez los beneficios económicos del régimen subsidiado (Bernal Giron, 2019).

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia T - 530 de 2020, dijo que no es procedente solicitar la ineficacia del traslado a través de la acción de tutela, pues las personas cuentan con el proceso ordinario laboral y es el medio idóneo para aquellas personas que pretenda la declaración de la ineficacia del traslado al RAIS (Corte Constitucional , 2020).

Así las cosas, las personas que han estado a 10 años o menos de pensionarse y que se ven afectados por la falta de información o la información errada suministrada por partes de las AFP y quieren retornar al RPM el único mecanismo

con el que cuentan es instaurar un proceso ordinario laboral, con el fin de que sean el Juez que declare la ineficacia y/o nulidad del traslado, situación que ha implica que dichas personas deben sufragar todos los gastos que acarree el proceso.

Ahora bien, frente a la nulidad del traslado ha precisado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que la nulidad de la vinculación del los cotizantes al régimen de ahorro individual, por los actos indebidos de esta la última, trae consigo el retorno al RPM; por tal no se generan derechos u obligaciones por emolumentos ya pagados por la administradora de pensiones.

La misma Corte Suprema en sentencia 31989 del 8 de septiembre de 2008 ha precisado algunas consecuencias de la nulidad de la vinculación a la raíz, indicando así que el afiliado no tiene la obligación de devolver las mesadas pensionales, pues la administradora debe correr con los gastos como un deterioro de la administración. En igual sentido indica que:

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 los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2008).

Por otro lado, indica la Corte Suprema que las administradoras del régimen de prima media no sufrirán sanciones derivadas de la mora causadas por la declaratoria de nulidad, pues las consecuencias de esta figura jurídica no son extendidas a terceros.

Cabe resaltar los expuestos por López, Gonzales y Martínez en cuanto a la regulación del contrato de afiliación al RAIS, este se rige por las normas del derecho privado; en este sentido debe señalarse que el Código Civil colombiano en su artículo 1741, precisa la nulidad relativa del contrato, es decir que cuando se presentan vicios en el consentimiento las cosas vuelven al estado anterior de la

existencia de este (Meneses Martinez, Aristizabal Lopez, & Caicedo Gonzales , 2017)

Con respecto a la ineficacia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia 1688 de 2019, indico que la sanción jurídica a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto; es decir la supresión de todos los efectos del traslado (Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia 1688, 2019). De igual manera preciso:

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos (Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia 1688, 2019, pág. 52).

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, en sentencia 19447 del 27 de septiembre de 2017 indicó que existirá ineficacia, es decir que el negocio jurídico nunca se celebros cuando:

i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2017, pág. 31).

En cuanto a las consecuencias de la ineficacia la Corte en sentencia 3464 del 14 de agosto del año 2019, reitero la doctrina indicando que los fondos privados deben trasladar a Colpensiones el capital ahorrado por los cotizantes, los rendimientos financieros y gastos de administración y comisión con cargo a sus utilidades. Igualmente indica:

(...) es indispensable la recuperación de los valores entregados a los afiliados o beneficiarios por concepto de devolución de saldos o indemnización sustitutiva, en la medida que estos recursos son el soporte financiero de la pensión (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2019, pág. 17).

Por otro lado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1689 de 2019 ha concluido que la firma de un formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar el deber de información por parte de las AFP, además que los fondos de pensiones tienen la carga de la prueba es decir tienen la obligación de demostrar dentro del proceso que suministraron la debida información y por último que la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información procede

si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2019).

Cabe resaltar entonces lo dicho por Rosero que es posible declarar la ineficacia y/o nulidad y recuperar la afiliación al RPM, debido a los vicios del consentimiento generados por los asesores de los fondos de pensiones, debido a que es una omisión por error de hecho; es obligación de las AFP demostrar la existencia de una libertad informada frente al cambio de régimen pensional para determinar si fue eficaz el traslado (Rosero, 2017, pág. 37).

Así lo confirma la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral, entre otras, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019; indicando que la carga de la prueba se encuentra a cargo de las administradoras de pensiones, pues son estas las que deben demostrar dentro del proceso que cumplieron con el deber de información.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL 373 de 2021, estableció que no es posible declarar la ineficacia de la afiliación

cuando se goce del estatus de pensionado, debido a que en dicho caso se tiene una situación jurídica consolidada, que no es posible revertir; precisó, además:

la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones (Corte Suprema de Justicia de Colombia , 2021).

Así las cosas, frente a la nulidad e ineficacia del traslado es importante traer a colación lo expuesto en sentencia SL1688-2019 por la magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas donde expresó que no se trataba de una carrera de las AFP por aglomerar cotizantes sin conocimiento, sin importar las consecuencias que ellos pudieran traer a futuro. La actividad de las AFP debió haberse basado en el respeto de los cotizantes, la prevalencia del interés general y la buena fe de quien presta un servicio público. *“la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”*; por dicha falta de transparencia es que se declara la inexistencia y/o nulidad del traslado. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2019)

3. IMPLICACIONES DEL TRASLADO ENTRE REGÍMENES PENSIONALES A LA LUZ DEL DERECHO AL MÍNIMO VITAL Y MÓVIL

El derecho al mínimo vital y móvil se ha considerado como un derecho innominado, conexos a otros derechos como la vida digna, además como un derecho económico y político social. “El mínimo vital es un concepto que no solo busca garantizarle al individuo percibir ciertos recursos, sino permitirle desarrollar un proyecto de vida igual que al común de la sociedad”. (Rosales, 2018, pág. 115).

La Corte constitucional en sentencia T-011 de 1998 precisó el alcance al mínimo vital:

El mínimo vital garantizado como derecho inalienable de todo trabajador, está constituido por los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida (Corte Constitucional Colombia, 1998).

Así las cosas, el derecho al mínimo vital y móvil encuentra una entrañable relación con los derechos a la seguridad social y la afectación de este derecho se debe considerar desde cada caso en concreto, puesto que su vulneración se observa desde las condiciones reales de cada sujeto -no es lo mismo el derecho al mínimo vital de una persona que devenga dos salarios mínimos mensuales, que aquel que vive con diez salarios mínimos-.

Se entenderá salario como la retribución económica por el trabajo realizado. Mínimo se considera como lo básico para que una persona tenga una vida digna de acuerdo con su condición. Vital que dicha remuneración cubra la necesidad de los trabajadores y su núcleo familiar y móvil es la relación del salario con el costo de vida, es decir que ese salario aumente su cantidad de acuerdo con los movimientos financieros (Manrique, 2012).

El derecho al mínimo vital y móvil se ha considerado como el punto de partida para el desarrollo de los derechos humanos y en especial los derechos sociales, en la medida que establece las condiciones mínimas de subsistencia y además conduce a que el Estado garantice las necesidades básicas de los individuos y en particular la supervivencia de los ciudadanos (Duque , Duque, & Gonzáles, 2019).

La sentencia fundacional del derecho al mínimo vital y móvil es la T - 426 de 1992, en sentencia la Corte estudia la solicitud elevada por el accionante en el cual reclama el amparo constitucional a sus derechos fundamental de subsistencia, por ser cónyuge supérstite de quien ostentaba la condición de pensionada de la Caja Nacional de Previsión Social; quien solicitó la sustitución pensional por ser una

persona de la tercera edad y sin recursos, sin tener una respuesta concreta por parte de la entidad, puso en condición de indefensión y sin poder satisfacer necesidades elementales necesarias para una vida digna y afectación en salud. El peticionario aduce como violados los derechos de subsistencia y el derecho de petición, pero existe la responsabilidad de la administración respecto a los derechos de protección y asistencia de la tercera edad, en el desconocimiento del derecho a la seguridad social y por ello solicita el amparo de sus derechos constitucionales. En esta sentencia el Alto Tribunal señala que la Carta política no contempla el derecho constitucional a la subsistencia, mas sin embargo éste esta presente en la relación de conexidad con los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social, al indicar que *“La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir, que buscan garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad”*. La Corte concede la tutela por la violación del derecho fundamental a la seguridad social.

En síntesis, el accionante aduce violación a su derecho de subsistencia, dado a que su cónyuge supérstite ostentaba su calidad de pensionada de la Caja Nacional de Previsión Social y CAJANAL al no responde su solicitud de pensión, el accionante se ve afectado definiéndose como una persona anciana y sin recursos; por lo que solicito a través de la acción de tutela que se resolviera su solicitud de forma favorable.

Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital - derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario-, es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución. (Corte Constitucional de Colombia, 1992).

La Corte Constitucional en materia de mínimo vital ya ha establecido una línea jurisprudencial:

- Sentencia SU 1073 de 2012 en la cual se aborda el derecho al mínimo vital desde la perspectiva de vulneración cuando se niega la indexación de mesada pensional. (Corte Constitucional de Colombia , 2012).
- Sentencia T-220 de 2014, el Alto Tribunal analiza los derechos al debido proceso, seguridad social y mínimo vital, en donde desarrolla su estudio con base a los principios de igualdad y favorabilidad (Corte Constitucional de Colombia , 2014)
- Sentencia de T- 665 de 2015, la Corte estudia la procedencia excepcional para evitar un perjuicio irremediable en materia pensional:

En materia de pensiones, la acción de tutela está llamada a proceder como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable, siempre y cuando se evalúen los siguientes requisitos: (i) Se trata de una persona de la tercera edad, considerada sujeto de especial protección; (ii) El estado de salud del solicitante y su familia; (iii) Las condiciones económicas del peticionario (iv) La falta de pago de la prestación o su disminución, genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital. (v) El afectado ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial, tendiente a obtener la protección de sus derechos, y (vi) El interesado acredita, siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados (Corte Constitucional de Colombia, 2015)

Ya esclarecido el concepto del derecho al mínimo vital y móvil, es preciso resaltar que existe un sin número de personas que ven comprometido su derecho al mínimo vital, personas que durante toda su vida cotizaron para acceder a su pensión de vejez y debido a la incomprensión de la información suministrada por los

vendedores de las AFP privadas hoy obtienen una mesada pensional precaria con la cual es imposible abastecer sus necesidades básicas.

La mayoría de los afiliados al RAIS no alcanzan tasas de reemplazo similares a la del RPM, dado a que el 80% de los cotizantes tienen ingresos inferiores a dos SMLMV, por consiguientes los cotizantes que realicen aportes durante 25 años y con menos de 2 SMLMV no alcanzarán a ajustar el capital necesario para acceder a una pensión de 1 salario mínimo, es decir que dichas pensiones deberán ser ajustadas con subsidio del fondo de solidaridad pensional; siempre y cuando cumplan con los requisitos necesarios establecidos en la ley (Buritica, 2015).

Los ciudadanos que se trasladaron a los fondos privados de pensiones ven afectado su mínimo vital, debido a que el momento del traslado no los ilustraron con proyecciones de escenarios pensionales futuros que evidenciaran el consentimiento informado. Se ve más propenso la afectación al mínimo vital y móvil en las personas de la tercera edad, pues en muchos casos su único ingreso consiste en la pensión que perciben después de haber laborado durante toda su vida, por lo tanto, no le permite tener una vida digna (Buritica, 2015, pág. 143). Así lo evidenciaron las personas pensionadas encuestada en el trabajo de campo realizado , que ahora ven afectado su estilo de vida con dignidad ya que los recursos a percibir como pensión son inferiores a las expectativas planteadas cuando se trasladaron de régimen pensional.

Al existir dos regímenes tan diferentes, en donde uno reconoce las pensiones con base en lo ahorrado más sus rendimientos y el otro el promedio del ingreso de los últimos diez años produce incertidumbre en la población a la hora del traslado. Para las personas con ingresos bajos que se trasladan del RAIS al RPM, puede conllevar a una pérdida de riquezas en la medida que la posibilidad de pensionarse seguirá siendo muy bajas; y para los cotizantes que no acumulan el tiempo mínimo la indemnización sustitutiva del RPM solo corresponderá a la inflación, mientras que

en el RAIS corresponderá al ahorro acumulado en la cuenta individual (Córdoba & Piraquive, 2019, pág. 20).

Ahora bien, en el caso de los cotizantes que tienen altos ingresos, la decisión del traslado se produce normalmente faltando diez años antes de cumplir la edad de pensión; en la parte final de la vida laboral estos trabajadores pueden sufrir reducciones en los ingresos y por tanto se disminuirá la densidad de la cotización, si embargo será mejor la tasa de reemplazo en el RPM (Córdoba & Piraquive, 2019)

En unidad a lo planteado anteriormente respecto a la desproporción económica de un régimen pensional a otro los economistas Córdoba Garcés y Piraquive Galeano afirman que:

Los traslados entre regímenes están dando lugar a pérdidas de riqueza de los afiliados al sistema de pensiones, las cuales no se han evaluado suficientemente por ser un fenómeno aún reciente. Hasta ahora, solo se han hecho escenarios extrapolando los beneficios de quienes se pensionan y su posible costo fiscal, el cual no se ha notado con las pérdidas de riqueza de los afiliados, que generalmente han ido a parar a manos del Gobierno (Córdoba & Piraquive, 2019, pág. 29).

De igual manera afirman que *“los traslados desde el Régimen de Ahorro Individual - RAIS a Colpensiones están causando una gran bomba pensional que hará insostenible el gasto público en los próximos años”* (Córdoba & Piraquive, 2019, pág. 31)

Por otro lado, Fabio Arias Giraldo, secretario general de la Central Unitaria de Trabajadores –CUT afirma que las personas pensionadas en las AFP obtienen una mesada entre el 25% y el 50% de su salario y los pensionados en Colpensiones esta siempre por encima del 65%, por tal razón las AFP pensionan muy pocos cotizantes y con cuantía muy bajas. En igual sentido afirma:

El total de pensionados hoy es de 1,3 millones de Colpensiones y 138.000 de las AFP, que cuestan menos de \$15 billones, por tal si el sistema fuese todo público, no

generaría ningún costo fiscal, y sobrarían cerca de \$8 billones, que bien pueden atender a otra buena cantidad de adultos mayores. (Arias, 2019).

Así las cosas, queda claro que no existe una equidad en la mesada pensional que se pueda devengar en un régimen u otro; lo que sin duda alguna perjudica aquellas personas que fueron trasladadas de regímenes a través del engaño; pues notablemente ven afectado su mínimo vital y móvil y no todas las personas pueden acceder al retorno al RPM.

Como ya se indicó anteriormente se requiere para poder retornar de un régimen a otro, de instaurar un proceso ordinario laboral, mismo que debe ser interpuesto a través de apoderado judicial y no todas las personas que fueron asaltadas en su buena fe, cuentan con los recursos económicos para acceder a un abogado.

Por otro lado, dichos cotizantes no solo se tienen que enfrentar al proceso judicial sino además a ese trasegar del tiempo que dure el mismo, pues la cogestión judicial y ahora el tema de la virtualidad no permiten una celeridad en el proceso.

CONCLUSIONES

La posibilidad de la nulidad o ineficacia del acto de traslado de un régimen de prima media con prestación definida a otro el régimen de ahorro individual o su reversión es posible siempre y cuando el cotizante no se encuentre con la adjudicación de la pensión, ya que es un hecho que ocasionaría en forma general desequilibrio fiscal e impactar a terceros (cotizantes y pensionados); esto solo es posible si se presentan las condiciones de vulneración de derechos como el de información oportuna, completa, suficiente, transparente y veraz, además de reunir los requisitos de ley (edad, semanas cotizadas) para acceder a la pensión.

Los cotizantes cuentan con dos acciones legales para hacer valer sus derechos de la pensión y que se declare la Ineficacia del traslado de régimen pensional con

garantías del mínimo vital: la primera es la demanda laboral ordinaria y la segunda como excepción y especial es la acción de tutela, siempre y cuando se emplee para la protección de derechos fundamentales de personas en estado de vulnerabilidad (ancianos, dificultades de salud, estado de indefensión, entre otros) o actuaciones frente a decisiones judiciales que afectan el debido proceso o vulneran el precedente constitucional que ampara el derecho a la seguridad social.

El desconocimiento de los cotizantes al momento de traslado de un régimen a otro cuando no se recibió la debida información y asesoría, es motivo para solicitar la ineficacia del traslado del régimen pensional por la afectación al monto de los ingresos correspondiente a la pensión logrando así amparar el derecho fundamental la vida digna del trabajador.

La carga de la prueba está en poder a las AFP en demostrar que no se vulneró el debido proceso respecto al derecho de información adecuada, suministrado al cotizante, ya que la sola firma de este (del cotizante) de los formularios de traslado no se tiene como conocimiento informado, lo cual da lugar a las acciones pertinentes en pro de garantizar una pensión adecuada de amparo al mínimo vital y móvil.

BIBLIOGRAFÍA

- Ambito Jurídico. (30 de septiembre de 2020). Ante inexequibilidad del Decreto 558, alistan norma para pagar aportes pensionales faltantes. *Ambito Jurídico*, 1. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/laboral/administracion-publica/ante-inexequibilidad-del-decreto-558-alistan-norma-para?fbclid=IwAR1UwYJ1j3XDaYCWc6hkCJn9BWOMGj5zQ0AaG42QJY8Ksa4M40inrrsvmWw>
- Arias, F. (13 de Agosto de 2019). Las Mentiras De Asofondos Contra Colpensiones. *La Segunda Orilla*.
- Bernal Giron, V. (2019). *Procedencia excepcional de la acción de tutela para la declaratoria de nulidad de traslado de regímenes del sistema general de pensiones obtener subsidio pensional*. Cali : Universidad Externado de Colombia.
- Botero, J. H., Martínez, M., Millan, N., & Steiner, R. (2017). *El Sistema Pensional En Colombia: Retos Y Alternativas Para Aumentar La Cobertura* . Fedesarrollo, Cundinamarca, Bogota.
- Burítica, C. A. (2015). Acción Nulidad En Afiliaciones Al Régimen De Ahorro Individual . *Ambito Jurídico*, 125-151.
- Colombia, C. C. (2014). *T-220 de 2014*.
- Congreso de la República de Colombia. (1945). Ley 6 de 1945. DIARIO OFICIAL. AÑO LXXX. N 25772. 21, FEBRERO, 1945 PÁG. 22.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 100 de 1993. DIARIO OFICIAL. AÑO CXXIX. N.41148. 23, DICIEMBRE, 1993. PAG. 1.
- Congreso de la República de Colombia. (2003). Ley 797 2003 . DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXVIII. N. 45079. 29, ENERO, 2003. PÁG. 1.
- Congreso de la República de Colombia. (2003). Ley 797 de 2003. DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXVIII. N. 45079. 29, ENERO, 2003. PÁG. 1.
- Congreso de la República de Colombia. (2005). Acto Legislativo 1 de 2005. DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXVII. N. 44506. 1, AGOSTO, 2001. PÁG. 1.

Congreso de la República de Colombia. (2009). Ley 1328 de 2009 . DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIV. N. 47411. 15, JULIO, 2009. PÁG. 45.

Congreso de la República de Colombia. (2014). Ley 1748 de 2014. DIARIO OFICIAL. AÑO CL. N. 49376. 26, DICIEMBRE, 2014. PÁG. 1774.

Congreso de la República de Colombia. (2019). Proyecto de Ley 050 de 2019. Diario Oficial. Obtenido de [https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2020-06/P.L.050-2019C%20\(PENSIONAL\)_0.pdf](https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2020-06/P.L.050-2019C%20(PENSIONAL)_0.pdf)

Cordóba, J. P., & Piraquive, G. (2019). *Escenario De Ajuste Al Sistema Pensional Colombiano*. Universidad De Los Andes, Cundinamarca, Bogota.

Corte Constitucional Colombia. (1998). Sentencia T 011 de 1998. Relatoria de la Corte Constitucional .

Corte Constitucional de Colombia . (2014). *T-220 de 2014*.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). T 426 de 1992. Gaceta Constitucional.

Corte Constitucional de Colombia. (2015). *T-665 de 2015*.

Corte Constitucional de Colombia. (2020). C-308 de 2020. Gaceta Constitucional.

Corte Constitucional de Colombia. (2020). Sentencia C-258 de 2020. Gaceta Constitucional. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30039815>

Corte Constitucional de Colombia . (2012). *SU- 1073 de 2012*.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2019). Sentencia SL 1452 de 2019. Relatoria de la Corte Suprema de Justicia. Obtenido de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/babr2019/SL1452-2019.pdf>

Corte Suprema de Justicia de Colombia . (2021). Sentencia SL 373 de 2021. Relatoria de la Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2008). Sentencia 31989 de septiembre 9 de 2008. Relatoria de la Corte Suprema de Justicia. Obtenido de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_759920425175f034e0430a010151f034

- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2019). Sentencia SL 1689 de 2019. Relatoria de la Corte Suprema de Justicia.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, S. (2017). *sentencia 19447*.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, S. (2019). *sentencia 1688*. bogota.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, S. (2019). *sentencia 3464*.
- Duque , S. P., Duque, M., & Gonzáles, P. (Enero-Junio de 2019). Sobre El Derecho Fundamental Al Mínimo Vital O A La Subsistencia: Análisis Jurisprudencial . *ENCUENTROS*, 17(01), 80-95.
- Guerra, V. J. (2019). *Impacto De Las Modalidades De Pensión En El Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad En Colombia*. Universidad De Le Costa CUC, Barranquilla.
- Hernandez, C. E. (2019). *Sistema General De Pensiones Colombiano Visión Integral A Partir De La Afiliación* . LEGIS.
- Manrique, P. V. (2012). *El Salario Mínimo Vital Y Móvil En La Jurisprudencia Constitucional Colombiana* . Tesis De Grado, Universidad Externado De Colombia, Bogota.
- Meneses Martinez, J., Aristizabal Lopez, M., & Caicedo Gonzales , M. (2017). *Ineficacia del traslado en el regimen general de pensiones por vicios en el consentimiento*. Cali: Universidad ICESI.
- Ministerio del Trabajo. (2020). Concepto 32517, Ago. 5/20. Ministerio del Trabajo. Obtenido de <https://cdn.actualicese.com/normatividad/2020/Conceptos/C32517-20.pdf>
- MONTENEGRO , S., LLANO, J., ESLAVA, D., FAJURY, K., & CÁCERES, J. M. (OCTUBRE de 2018). UN MODELO PARA EVALUAR EL SISTEMA PENSIONAL COLOMBIANO. *DOCUMENTOS CEDE*, 51, 30.
- Peña, D. A. (2019). *Análisis Comparativo Entre El Régimen Pensional De Prima Media (RPM) Y El Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad (RAIS) En Colombia*. Tesis Universitaria, Fundación Universidad De América, Cundinamarca, Bogota.

Portafolio. (5 de septiembre de 2019). Unas 75 mil personas han pasado de fondo privado a Colpensiones. (Portafolio, Ed.) *Portafolio*, 1. Obtenido de <https://www.portafolio.co/economia/unas-75-mil-personas-han-pasado-de-fondo-privado-a-colpensiones-en-2019-533298>

Presidente de la República de Colombia. (2010). Decreto 2241 de 2010. DIARIO OFICIAL. AÑO CXLV. N. 47749. 23, JUNIO, 2010. PÁG. 32.

Presidente de la República de Colombia. (2010). Decreto 2555 de 2010. DIARIO OFICIAL. AÑO CXLV. N. 47771. 15, JULIO, 2010. PÁG. 20.

Presidente de la República de Colombia. (2015). Decreto 2071 de 2015. DIARIO OFICIAL. AÑO CL. N. 49674. 23, OCTUBRE, 2015. PAG. 13.

Presidente de la República de Colombia. (2015). Decreto 2071 de 2015. DIARIO OFICIAL. AÑO CL. N. 49674. 23, OCTUBRE, 2015. PAG. 13.

Presidente de la República de Colombia. (2020). Decreto 558 del 2020. DIARIO OFICIAL. AÑO CLV. N. 51286. 15, ABRIL, 2020. PÁG. 49.

Presidente de la República de Colombia. (2020). Decreto Legislativo 802 del 2020. DIARIO OFICIAL. AÑO CLVI. N. 51335, 4 JUNIO, 2020. PÁG. 90.

Relatoria Corte Suprema de Justicia. (2019). *Ineficacia del traslado de régimen pensional*.

Rosales, C. M. (2018). *Reconociendo Y Comprendiendo La Naturaleza Del Mínimo Vital*. CIDE. Cali: Criterio Jurídico.

Rosero, P. A. (2017). *Utilidad Del Traslado Entre Regímenes Pensionales, Determinado Por Los Vicios Del Consentimiento*. Universidad Católica De Colombia, Cundinamarca, Bogota.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2012). Circular 013 de 2012. Superintendencia Financiera de Colombia. Obtenido de https://www.medellin.gov.co/normograma/docs/circular_superfinanciera_0013_2012.htm

Torres , S. J. (JULIO-DICIEMBRE de 2016). Deber De Información Y Asesoría Pensional A Los Afiliados En El Sistema General De Pensiones Colombia Año 2016 . *CES Derecho*, 7(2), 17.

Vaca, J. C. (2013). *Sistema Pensional colombiano: ¿fuente de igualdad o desigualdad?* Fedesarrollo, Cundinamarca, Bogota.