

**INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS ADMINISTRADORAS
DE FONDOS DE PENSIONES: CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y ECONÓMICAS
PARA LOS AFILIADOS Y EL ESTADO**

HADER ESTEBAN GARCÍA VÁSQUEZ

**UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PREGRADO EN DERECHO
MEDELLÍN
2020**

**INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS ADMINISTRADORAS
DE FONDOS DE PENSIONES: CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y ECONÓMICAS
PARA LOS AFILIADOS Y EL ESTADO**

AUTOR

HADER ESTEBAN GARCÍA VÁSQUEZ

Presentado para optar al título de: Abogado

ASESOR

JAIME ALBERTO MEJÍA CASTRILLÓN

**UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PREGRADO EN DERECHO
MEDELLÍN**

2020

Incumplimiento del deber de información de las administradoras de fondos de pensiones: consecuencias jurídicas y económicas para los afiliados y el Estado¹

Hader Esteban García Vásquez²

RESUMEN

El presente artículo de investigación tiene como objeto central determinar algunas de las consecuencias jurídicas y económicas tanto para los afiliados al sistema general de seguridad social en pensiones, como para el Estado colombiano, dadas a raíz del incumplimiento de las obligaciones frente al deber de información por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP's), en relación con el traslado entre regímenes pensionales. Para ello, se determinarán las principales diferencias y características de ambos regímenes incluyendo los requisitos para realizar el traslado entre los mismos, analizados desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la normatividad nacional, y delimitando las obligaciones a cargo de las AFP's. Finalmente, se describirán algunas de las consecuencias para los afiliados y para el Estado por el indebido traslado, tales como el innecesario aumento en la congestión judicial, los costos procesales para los afiliados y para el Estado colombiano, y el tiempo de espera para el otorgamiento de pensiones después de que han sido causadas.

SUMMARY

The main purpose of this research article is to determine some of the legal and economic consequences both for members of the general social security pension system and for the Colombian State, resulting from the failure of the Pension Fund Administrators (AFPs) to comply with their duty to provide information regarding affiliation or transfers between pension systems.

¹ Artículo de reflexión para optar por el título de abogado; Semillero de Reformas a la Seguridad Social; Autor: Hader Esteban García Vásquez. Esta investigación fue terminada el 30 de noviembre de 2019.

² Egresado no graduado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia; miembro del Semillero de Reformas a la Seguridad Social de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia; egresado con énfasis en derecho laboral y de la seguridad social.

To this end, we shall determine the main differences and characteristics of both regimes, including the requirements for transfers between them, based on the case law of the Supreme Court of Justice and national regulations, delimiting the obligations of the AFPs. Finally, we will describe some of the consequences for members and for the State of the undue transfer, such as the unnecessary increase in judicial congestion, the procedural costs for members, for the Colombian State and the waiting time for the granting of pensions after they have been caused.

PALABRAS CLAVES

Seguridad Social, Sistema General de Pensiones, afiliación, deber de asesoría, ineficacia del traslado, deber de información, regímenes pensionales.

KEYWORDS

Social Security, General Pension System, affiliation, duty of advice, transfer inefficiency, duty of information, pension regimes.

INTRODUCCIÓN

El sistema pensional en Colombia al igual que en otros lugares del mundo genera un debate bastante álgido y actual, pues a partir de él se pretende, entre otras, salvaguardar derechos y otorgar garantías a las personas que al cumplir una edad y obtener ciertos requisitos, les es complicado continuar ejerciendo actividades laborales y económicas que les permitan solventar sus gastos básicos y elementales para subsistir.

En Colombia, a partir de las diferentes implementaciones normativas que se han presentado y la creación desde la Ley 100 de 1993 de un sistema pensional paralelo denominado Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que aparejó, a su vez, el surgimiento de Aseguradoras de Fondos de Pensiones privadas para que lo administraran, pudo generar consecuencias no

previstas inicialmente, tanto para los afiliados como para el Estado, que se dieron en la implementación de actividades para captar afiliados por parte de las entidades nacientes.

Debido a que aquellas consecuencias suelen pasar inadvertidas, no por su poca importancia sino tal vez por el desinterés en que sea éste un debate público, en este artículo se describirán algunas de las principales consecuencias jurídicas y económicas para los afectados que se han mencionado. Para ello se ha utilizado la metodología cualitativa, que permitirá describir, en un contexto real, vivencias presentadas por los afiliados y por el Estado.

Para exhibir las afectaciones, el artículo se estructurará de una forma deductiva, en la que se indicarán inicialmente un conjunto de características, requisitos y diferencias entre el RSPMPD y el RAIS, luego se tratarán los traslados entre regímenes retomando conceptos normativos y jurisprudenciales sobre el tema, dentro de los que se encuentran las obligaciones de las AFP's que también se describirán, para finalizar con las particularidades de las consecuencias sufridas y que actualmente padecen el Estado y algunos afiliados al sistema pensional.

CAPITULO I: Características y requisitos del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad para acceder a la pensión de vejez

La principal fuente de regulación normativa de los sistemas pensionales en Colombia se encuentra en la Ley 100 de 1993, pues a partir de ella, se modifica el sistema de seguridad social e incluye la creación del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (en adelante RSPMPD)³ y del Régimen de Ahorro Individual (en adelante RAIS). Se debe precisar que esta

³ El RSPMPD desde su creación hasta septiembre de 2012, fue administrado por el Instituto de Seguro Social – ISS, entidad³ reemplazada por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones -actual administradora- que fue creada mediante el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007. Ésta se encargó del control de las operaciones en materia pensional en este régimen para el segundo semestre del año 2012. Colpensiones ha alcanzado a diciembre del año 2017, sumar un total de 6'527.193 personas adscritas a sus servicios (Colpensiones, 2017, pág. 49). Se estima que durante el año 2017 se afiliaron a Colpensiones un total de 100.370 personas (Colpensiones, 2017, pág. 49).

ley ha sido reformada, entre otras, por la Ley 797 de 2003 en la que se realizaron modificaciones generales al sistema y se dispusieron normas sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales, por la Ley 860 de 2003 que reformó lo atinente a la pensión de invalidez y por el Acto Legislativo 01 de 2005 que dispuso un límite temporal de aplicación al régimen de transición.

Debido a las reformas que se le han realizado a la Ley 100 de 1993, concernientes al RSPMPD, es necesario delimitar en diferentes momentos los requisitos que se han exigido para la obtención de la pensión de vejez de manera cronológica, ya que desde 1993, con el paso del tiempo, se han introducido modificaciones a la normatividad que, si bien mantienen los requisitos, aumentan las condiciones que se exigen en cada uno, es decir, la edad y semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión de vejez, tal como se procederá a explicar.

Al promulgarse la Ley 100 de 1993, los requisitos para acceder a la pensión en el RSPMPD eran completamente claros, pues en los artículos 33 y subsiguientes se estipulaban una serie de condiciones que debía cumplir el afiliado para acceder a la pensión de vejez. Lo requerido en la ley citada, básicamente eran dos situaciones, la primera, haber cumplido la edad de cincuenta y cinco años para las mujeres o sesenta para los hombres, y la segunda, haber cotizado en cualquier tiempo la cantidad mínima de mil semanas.

Posteriormente, mediante la Ley 797 de 2003 se realizaron diferentes modificaciones en los requisitos pensionales y la posibilidad de trasladarse entre regímenes. En el RSPMPD surgió la obligación de cotizar un mayor número de semanas a partir del año 2005, pues allí se dispuso un incremento de cincuenta semanas a partir del 01 de enero de ese año, es decir, mil cincuenta semanas. Este incremento se determinó paulatinamente, aumentando veinticinco semanas más para el 1 de enero del año 2006 y para cada uno de los años posteriores hasta el año 2015, teniéndose como tope establecido para este último año, un total de mil trescientas semanas necesarias para acceder a la mesada pensional en este régimen. De igual manera, se aumentó la edad necesaria para acceder a la pensión de vejez en dos años para cada sexo, necesitando la mujer haber alcanzado una edad mínima de cincuenta y siete años y el hombre una de sesenta y

dos. La modificación en el traslado surgió a raíz de la imposibilidad de cambiar de régimen cuando le faltare al afiliado diez años o menos para cumplir la edad mínima requerida para obtener la pensión de vejez.

En la actualidad, para que un afiliado en el RSPMPD obtenga el derecho de acceder a la pensión de vejez, es necesario que haya cumplido sesenta y dos años si es hombre, cincuenta y siete si es mujer, y tenga cotizadas mil trescientas semanas en pensiones.

De otro lado, las aseguradoras de fondos de pensiones (en adelante AFP's) que dirigen el RAIS también encuentran su principal soporte normativo en la Ley 100 de 1993, pues esta permitió la constitución de dichas entidades y adhirió este nuevo régimen al sistema pensional colombiano. En suma, derivado de la Ley 100 se da la creación de los dos principales regímenes pensionales en Colombia, el RSPMPD y el RAIS, el primero administrado por una entidad pública⁴, y el segundo, administrado actualmente por entidades privadas⁵.

El RAIS⁶ tiene como particularidad, como su nombre lo indica, ser una forma de ahorro individual programado, que busca con el dinero que se ha acumulado constituido por cotizaciones y rendimientos, obtener una mesada pensional. Este régimen desligó la exclusividad pública en la administración de los recursos aportados por los afiliados al sistema pensional y fue determinado en el artículo 59 de la Ley 100 de 1993 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”.

En el RAIS, según el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, los afiliados podrán acceder a una pensión de vejez a cualquier edad, siempre que el capital individualmente acumulado junto a sus rendimientos, alcance a financiar, cuando menos, una mesada que sea superior al 110% de un salario mínimo mensual legal vigente al momento del reconocimiento. En otras palabras, el

⁴ La importancia de mencionar que la entidad es pública o privada radica en la afectación directa o indirecta que conlleva para el Estado.

⁵ Actualmente administrados por Colfondos, Porvenir, Protección y Old Mutual.

⁶ Este régimen para el mes de julio de 2019 contaba con un total de 16'078.391 afiliados (Superintendencia Financiera de Colombia, 2019).

requisito primordial en este régimen para alcanzar una pensión de vejez se centra en la acumulación del propio capital o dinero más sus rendimientos.

El capital acumulado tiene relevancia, ya que, al ser una cuenta de ahorro individual, los afiliados al momento de pensionarse necesitan un saldo mínimo que garantice la financiación de sus propias mesadas pensionales, esto, teniendo en cuenta la expectativa de vida del afiliado. El monto que ahorran los afiliados en este régimen acrecienta cotización a cotización con el capital que se aporta, con los rendimientos que se generan ante la inversión de los recursos de las cuentas individuales por parte de las AFP's y con las cotizaciones voluntarias que pueden realizarse para aumentar el saldo existente en la cuenta. Sobre este tema, en sentencia de la Corte Constitucional se argumentó:

[E]s apenas lógico que en el RAIS la integración del capital suficiente para el reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes dependa -en lo que concierne al aporte del trabajador-, únicamente de su propio esfuerzo ahorrativo incrementado con sus correspondientes rendimientos financieros. Así fue concebido este sistema por el legislador y por ello se denomina RAIS, caracterizado porque las pensiones se financian con el ahorro proveniente de las contribuciones hechas por los trabajadores, que en su conjunto forman un capital autónomo que es administrado por los fondos privados de pensiones. (Sentencia C-086, 2002).

Teniendo en cuenta la importancia del capital acumulado por cada afiliado, el monto total necesario puede variar dependiendo de sus condiciones particulares, pues para lograr el cálculo del valor necesario con la mayor exactitud posible se deben tener en cuenta, entre otros, la expectativa de vida de quien solicita la pensión de vejez en el RAIS, los sucesores que podrán acceder a la pensión de sobrevivientes (cónyuge, compañera permanente, hijos, padres, hermanos), un cálculo según la perspectiva económica del país en relación con la capacidad adquisitiva y el aumento del salario mínimo año tras año (artículo 1, Resolución 3023 de 2017 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público).

Al entender que en el RAIS es esencial el monto del ahorro, se puede reflejar que existe la posibilidad de que un afiliado a la edad de cincuenta y siete años para las mujeres o sesenta y dos

años para los hombres, luego de haber laborado y cotizado mil ciento cincuenta semanas⁷, no alcance el monto mínimo suficiente de recursos en su cuenta de ahorro individual para financiar ese “más del 110%” necesario, razón por la que puede hacerse uso de la “Garantía de Pensión Mínima de Vejez”, situación en la que el Estado en desarrollo del principio de solidaridad, completará el monto acumulado hasta el tanto que haga falta para obtener dicha pensión (Art. 65, Ley 100 de 1993. y Art. 7, Decreto 832 de 1996), generándose con ello, una carga monetaria directa para el Estado.

Se hace necesario precisar que, de conformidad con el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, que estuvo vigente hasta la promulgación de la Ley 1955 de 2019, para acceder a la garantía de pensión mínima el afiliado debía manifestar bajo la gravedad del juramento que no percibía ingresos superiores a lo que recibiría como garantía de pensión mínima, es decir, superiores a un salario mínimo mensual legal vigente, sin embargo, tales disposiciones fueron derogadas por el mencionado Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 en su artículo 336. Lo anterior tiene como consecuencia que para obtener dicha garantía solo será necesario alcanzar la edad, tener al menos mil ciento cincuenta semanas cotizadas y no obtener un capital suficiente ahorrado que financie una pensión de al menos el 110% de un salario mínimo.

Básicamente en la garantía de pensión mínima se evidencia la solidaridad del RAIS, pues los recursos para pagar este tipo de pensión se derivan del 16% de las cotizaciones realizadas por sus afiliados al sistema pensional, ya que, de ese porcentaje, se destina un 1.5% al fondo de garantía de pensión mínima y de no conseguirse el tope mínimo necesario con el dinero que tenga el afiliado en la cuenta individual, ni con ese fondo, es el Estado quien mediante la entrega de recursos, completará el monto obligatorio.

Es fundamental mencionar que, sobre el Estado de manera subsidiaria, recaen todas las responsabilidades que tienen las administradoras del RAIS con sus afiliados, pues en caso de incumplimiento por parte de las AFP's, es este quien deberá garantizar “los ahorros del afiliado y el pago de las pensiones a que éste tenga derecho” (artículo 60, literal G de la Ley 100 de 1993),

⁷ Esta es la garantía de pensión mínima del RAIS, en la cual ya no es tenido en cuenta el capital acumulado por los afiliados, sino el tiempo o las semanas cotizadas, instituida por el artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

imposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional (Sentencia C-086, 2002) y si bien, podría entenderse rápidamente que la decisión se presenta en favor de los afiliados para salvaguardar sus derechos, no debe dejarse de lado que genera una carga para el Estado en una actividad que realiza un ente privado, que es quien percibe en gran parte los beneficios por la administración de las cotizaciones en pensión.

Analizados el RSPMPD y el RAIS se encuentra que son bastante disímiles en cuanto a los requisitos para obtener la pensión o prestación económica, no obstante, confluyen ambos regímenes en varios conceptos tales como los porcentajes de cotización que realizan sus afiliados; la obligatoriedad de la afiliación a éstos para quienes laboran u obtienen recursos producto de ganancias u otros réditos; en los beneficiarios de los cotizantes y en que ambos, a pesar de los requisitos de uno u otro, buscan la protección de la vejez y además de la invalidez y muerte.

CAPITULO II: Obligaciones de las AFP's frente a la afiliación y el traslado entre el RSPMPD y el RAIS desde la normatividad y la jurisprudencia

En el capítulo precedente se ha mencionado y explicado *grosso modo* el funcionamiento y características de los dos regímenes pensionales creados con la promulgación de la Ley 100 de 1993 y en los que recae la mayor cobertura pensional. Se ha reservado para este capítulo uno de los asuntos fundamentales como lo es el traslado entre los regímenes (RAIS - RSPMPD), los elementos que lo acompañan y las obligaciones que se encuentran a cargo de los administradores de los fondos de pensiones.

Considerados los temas a tratar, se precisa que debe distinguirse el traslado entre regímenes y el traslado entre AFP's, pues el primero, hace referencia al traslado realizado desde el RSPMPD y al RAIS y viceversa, mientras que el segundo, hace alusión al traslado realizado entre administradoras de fondos de pensión que hay en cada uno de los regímenes. En Colombia, en el RSPMPD al existir exclusividad administrativa bajo la dirección de una entidad -Colpensiones- no habrá lugar a ese traslado; por su parte, en el RAIS aparecen varias AFP's -Porvenir,

Colfondos, Protección y Old Mutual- lo que permite que en este régimen si se puedan presentar traslados entre las administradoras.

Sobre el traslado entre regímenes el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 establece que, para su procedencia, es imprescindible que no falten menos de diez años para alcanzar la edad mínima para pensionarse (57M y 62H) y según el literal e del mismo artículo, los afiliados solo podrán trasladarse entre regímenes cada cinco años. En otras palabras, se tienen dos condiciones temporales: la primera es que no es posible trasladarse entre regímenes sin haber pasado al menos cinco años en uno, y la segunda, si se está dentro de los últimos diez años para alcanzar la edad de pensión, está vedado el traslado.

La normatividad referida permite establecer entonces que, en la actualidad, los afiliados justo antes de sus cuarenta y siete años si son mujeres y cincuenta y dos si son hombres, podrán realizar el traslado definitivo al régimen al cual deseen pertenecer, no obstante, en razón de los cinco años en los que se debe pertenecer como mínimo a un régimen, de trasladarse entre regímenes al haber cumplido cuarenta y tres o cuarenta y ocho años, si es mujer u hombre respectivamente, se habrá elegido su régimen definitivo a catorce años de alcanzar la edad de pensión, pues pasados los cinco años necesarios en el régimen, al afiliado le faltarán solo nueve años para alcanzar la edad mínima para pensionarse por vejez, lo que significa que no cumplirá con el requisito de los diez años y no podrá trasladarse entre regímenes.

Otro de los requisitos establecidos por el mencionado artículo 13 en su literal b, radica en que la elección del traslado por parte del afiliado debe realizarse de manera “libre y voluntaria”, lo que, al desconocerse, facultará al Ministerio del Trabajo para que de conformidad con el artículo 271 de la misma ley, sancione con una multa de entre uno y cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes al infractor, monto que será destinado al fondo de solidaridad pensional. Se aclara, que en los traslados que se realicen por primera vez del RSPMPD al RAIS, tal como dispone el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, será necesario documento firmado por el afiliado en el que manifieste que el traslado es libre, espontáneo y sin presiones, aunque a pesar de ello, no bastará la comunicación escrita para que se materialice esa manifestación de la voluntad ya que el afiliado debe tener plena información de la decisión que está plasmando.

Al respecto, la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que la expresión “libre y voluntaria” presupone “conocimiento” que se considera adquirido, solo cuando el afiliado sabe a plenitud las consecuencias que conlleva su realización (Sentencia CSJ SL 1688, 2019). Es por esto que a las AFP’s⁸ del RAIS se les ha obligado a otorgar el conocimiento suficiente y consecuentemente son ellas las que deben en la actualidad, demostrar que documentaron “clara y suficientemente” las consecuencias positivas o negativas que conllevarían el traslado del afiliado (Sentencia CSJ SL 12136, 2014).

La libertad y voluntariedad necesarias para realizar el traslado entre regímenes, presuponen un conocimiento con el que debe contar el afiliado, lo derivado del numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, que fue modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, conlleva a que se establezca en cabeza de las AFP’s el cargo de otorgar la información suficiente al afiliado, permitiéndole así, elegir el sistema pensional que más le convenga, en el que se afirma que debe “suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”. De lo citado es posible extraer varios conceptos relevantes que permean el deber de información como lo son 1. Información necesaria, 2. Transparencia y 3. Objetividad.

La información necesaria según la Corte Suprema de Justicia (Sentencia CSJ SL 1688, 2019) “hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones”, implicará, además, la descripción al usuario de una comparación sobre “*las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado*”.

La transparencia, impone la responsabilidad de dar a conocer a los usuarios una información clara, y a otorgarle a éste una “verdad objetiva” de los regímenes existentes consistente en no “sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro”, imponiendo, además, el

⁸ Entre otras cosas por su profesionalismo en el área.

cargo de otorgar la información en un lenguaje que pueda ser comprendido por los afiliados (Sentencia CSJ SL 1688, 2019).

Sumado a lo anterior, la Ley 1328 de 2009 incrementó el contenido y las características que tendrá la información, pues en el literal c) del artículo 3 se establecen principios orientadores entre los consumidores y las entidades financieras, como lo son las administradoras del RAIS, tales como “la transparencia, información cierta, suficiente y oportuna.”

Según la Corte Suprema (Sentencia CSJ SL 1688, 2019) la *información cierta* estriba en que el afiliado conoce con detalle las circunstancias, requisitos, condiciones y características del régimen conllevando a que la administradora indique en qué circunstancias se encontraría el usuario si se afiliara a ese régimen; por su parte, *información suficiente* es aquella en la que se le otorgan al usuario conocimientos amplios sobre el régimen al cual pretende adscribirse, siendo incompatible con “informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro”; y la *información oportuna*, consiste en otorgarla en el momento en el que le permita al afiliado tomar la decisión más adecuada y dentro del tiempo oportuno, evitando las restricciones temporales para el traslado.

Habiendo estudiado las obligaciones anteriores, resulta procedente hacer referencia al deber de asesoría y buen consejo. En relación con la asesoría, establece el Decreto 656 de 1994 un “régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones”, lineamientos que intentaron determinar el actuar general de las AFP’s e incluyó normas en pro de los afiliados, tal como lo dispone el artículo 14 en su literal J), que menciona:

Las Sociedades Administradoras de Fondo de Pensiones tendrán, entre otras, las siguientes obligaciones: [...] j) Prestar, de conformidad con lo previsto en el literal b) del artículo 60 de Ley 100 de 1993, asesoría para la contratación de rentas vitalicias, cuando ellas les sea solicitada por sus afiliados.

En lo atinente al buen consejo, se encuentra que tiene génesis normativa en el Decreto 2241 de 2010 artículo 7 que indica:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el **deber del buen consejo**, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o 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. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto. (Negritas fuera del texto)

El buen consejo como fue concebido y citado anteriormente, fue derogado a partir del año 2010, quedando vigente el artículo 2.6.10.2.3. del Decreto 2555, que luego sería modificado por el Decreto 2071 de 2015, prescribiendo a la fecha que:

Las administradoras del Sistema General de Pensiones, tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General Pensiones. Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones: 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen. 2. Proyección valor la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para

acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente. 3. Proyección del valor la pensión en cada régimen. 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen. 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación. 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia establezca.

Es de aclarar que, el Decreto 2241 de 2010 en el artículo 7, imponía el deber de buen consejo a las Administradoras del RAIS, situación que fue modificada notoriamente con la norma aplicable a la fecha, es decir, el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, ya que la responsabilidad sobre dicho deber básicamente fue ampliada al RSPMPD, generando con ello que ambos regímenes deban garantizar el buen consejo a los afiliados.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral (Sentencia CSJ SL 1688, 2019) aumenta el compromiso y los deberes que tienen las AFP's frente a los usuarios, estableciendo que debe analizarse el contexto de cada afiliado tal como la edad, el ingreso base de cotización, el grupo familiar y en general todas las circunstancias que puedan afectar las condiciones pensionales del afiliado. Esa asesoría tendrá al menos tres componentes: El otorgamiento de un conocimiento objetivo sobre los regímenes pensionales, un conocimiento subjetivo sobre las circunstancias particulares del afiliado y la opinión que tenga el representante de la administradora quien deberá sugerir cual es el régimen pensional que más le conviene.

No se debe dejar de lado que líneas atrás se hizo mención a un tema con el que guardan estrecha relación los deberes de asesoría y buen consejo, denominado profesionalismo, que no es más que un conjunto de conductas con las que deben actuar las AFP's del RAIS. La Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Laboral (Sentencia SL Radicado 31989, 2008)⁹ dispone que las administradoras del RAIS deben actuar “mediante instituciones especializadas, con conocimientos y experiencia”, prestando “de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios” a sus afiliados relacionados con la pensión. Además, es su deber “cumplir puntualmente con las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas con diligencia, con prudencia y pericia”, para evitar que se perjudiquen los afiliados en razón de un traslado inadecuado o de decisiones

⁹ Reiterado además en las sentencias emitidas en los expedientes 31314 del 09 de septiembre de 2008 y 33083 del 22 de noviembre de 2011.

incautas por su poca experiencia en el tema, mencionando además, que las administradoras deben proporcionar a sus afiliados “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” (Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, 2008).

Lo anterior permite denotar de las administradoras del RAIS la exigencia de un carácter experimentado, estudioso y sabio ante la dirección del tema pensional de vejez, ya que detentan una posición dominante sobre la información para desarrollar su actividad, escenario que implica, una responsabilidad adicional desarrollada en favor de los afiliados desconocedores de la norma. Es por ello, que es de vital importancia el cumplimiento de las obligaciones que han sido impuestas normativa y jurisprudencialmente a las AFP's del RAIS, pues pueden prever la aplicación más favorable de los regímenes, dependiendo de las situaciones fácticas de cada afiliado, ya que son entidades expertas, que deben tener personas versadas en el tema y que, por obvias razones, tienen mayores conocimientos que los afiliados.

Conforme lo anterior, se erige una imposición a las AFP's del RAIS de actuar de manera diligente y aplicando su conocimiento profesional, prestando una asesoría especializada a los usuarios desde los primeros trámites, previo a la afiliación o traslado, hasta el momento de obtener su pensión de vejez, teniendo que poner de presente al trabajador, cuál de los dos regímenes le es más conveniente, exigencia que como quedó tratado, ha sido ampliada a la Administradora del RSPMPD, mediante el Decreto 2555 de 2010.

CAPÍTULO III: Algunos efectos generados a los afiliados que se trasladaron del RSPMPD al RAIS

Ante el surgimiento de las AFP's del RAIS a partir de la Ley 100 de 1993, fue necesario una labor por parte de estas entidades, con la finalidad de lograr afiliados, tanto nuevos como trasladados del RSPMPD, sin embargo, ¿cumplieron las obligaciones que se han venido delimitando para dotar los traslados con el lleno de requisitos legales?, la respuesta a esta pregunta, tal como se ha venido presentando el panorama lamentablemente, en muchos casos es

negativa, en razón de las casi 10.000 demandas interpuestas entre los años 2017 y 2018 solicitando el traslado desde el RAIS hacia el RSPMPD (Colpensiones, 2018, pág. 66) y desde la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre el mismo tema que ha sido mostrada en este artículo. La solución para el incumplimiento de los requisitos por parte de las AFP's en los traslados de los afiliados, se ha traducido en un *petitum* que busca el amparo de expectativas legítimas, convertidas mediante los traslados, en simples ilusiones perdidas.

La finalidad que se ha impuesto como responsabilidad profesional es aquella que guarda estrecha relación a cualquier profesión, pues de un médico, se espera el dictamen correcto de las enfermedades; de un abogado, se exige el conocimiento del derecho para la correcta asesoría de sus casos, misma responsabilidad, que tal como se expresó, ha sido demandada de las AFP's en el RAIS, en favor de sus afiliados para determinar el mayor beneficio, dependiendo de sus condiciones, al pertenecer al RSPMPD o al RAIS y que debe mostrarse, de manera previa al traslado entre regímenes, para dotar los traslados de legalidad.

Debido al no cumplimiento de los requisitos para el traslado, básicamente por la inconveniencia de pensionarse en el RAIS, los afiliados se vieron en la necesidad de iniciar procesos en los que se pretendía la ineficacia del traslado realizado hacia el RAIS, lo que conlleva, de ser aceptada la pretensión, el regreso al RSPMPD. Sobre este tema, reporta Colpensiones en el informe presentado en el año 2018 (Colpensiones, 2018, pág. 66), que para el año 2017 se notificó a la entidad de 3.325 demandas en las que se buscaba el traslado de régimen al administrado por ellos, y en el año 2018, le fueron notificadas 6.791 procesos que pretendían el regreso al RSPMPD.

Se colige entonces que un gran número de afiliados accedieron al sistema judicial, buscando la ineficacia del traslado por entender que les era más beneficioso estar en el RSPMPD que en el RAIS. A continuación, se instruirá sobre las consecuencias generadas a los afiliados que han sido auguradas.

Lapso tortuoso de espera

La realidad que se presenta cuando un afiliado se trasladó del RSPMPD al RAIS e instauró demanda judicial para que se declarara ineficaz su traslado, surge en razón del tiempo que debe esperar el afiliado y demandante para obtener una decisión judicial, esto es porque desde el momento en el que se causa el derecho pensional y hasta la sentencia de casación, pueden pasar aproximadamente once años¹⁰, tiempo que es menor, cuando el proceso no llega a la Honorable Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se procede a ejemplificar.

Al analizar la sentencia (Sentencia CSJ SL 037, 2019), emitida en proceso ordinario laboral en el que es demandante la señora Gloria Stella Vargas González, se extrae que se emite la sentencia de primera instancia el 29 de octubre de 2010 por el Juzgado Segundo Adjunto al Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, es decir, más de ocho años antes de que se declara su derecho por la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, por lo que se concluye fehacientemente que en este proceso, se genera una espera a consecuencia directa del no cumplimiento de una de las obligaciones de información y buen consejo que el ordenamiento jurídico ha impuesto a cargado a las AFP's, en este caso del RAIS como entidad concedora del tema pensional, forzando con ello a la ciudadana, a verse abocada a esperar un trámite de más de ocho años, como fue calculado en el caso que sirve de ejemplo, para reclamar sus derechos pensionales, mismos que pudieron y debieron analizarse previo a su traslado del RSPMPD al RAIS. En dicho proceso, la sentencia de segunda instancia fue emitida el 26 de mayo de 2011 por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, más de siete años antes de la emitida en grado de casación.

Nótese que desde el momento en que se solicita el derecho pensional por vía judicial hasta que es reconocido, pueden transcurrir alrededor de once años, ya que en los cálculos que sirvieron de ejemplo, no se tuvo en cuenta el periodo de espera mientras se realiza la solicitud de pensión al fondo, la fecha de presentación de la demanda, las etapas del proceso ordinario previas a la emisión de la sentencia por el *a quo*, ni mucho menos, el tiempo que transcurrirá mientras se realizan los trámites tendientes a lograr el pago de la pensión a la afiliada demandante por parte

¹⁰ Dicha aproximación se toma de diez sentencias “relevantes” elegidas al azar de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, dos de ellas del 2011 y el resto de entre el 2018 y el 2019. Estas son las sentencias, cuyos radicados son el 31314, 31989, 33083, 56174, 68838, 68852, 68852, 76284, 65791 y 54814.

de Colpensiones, tiempo que si bien se cancela a título de retroactivo, con la respectiva indexación o intereses moratorios conforme el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no subsana los pesares, pesadumbres, afujías e inconvenientes económicos de un colombiano promedio, de bajos recursos económicos y de edad avanzada, que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez como en el caso que sirve para ejemplificar, ciudadana que solo puede soportar valerosamente las necesidades económicas en razón de un traslado que se le realizó, supuestamente para favorecerla, pero que termina siendo declarado ineficaz. Vale hacer alusión a que durante ese mismo periodo que se ha mencionado, el afiliado demandante, al no contar con su mesada pensional, tampoco puede gozar del sistema de salud en el régimen contributivo como debería ser, lo que podría entenderse como otra desprotección que se genera dentro del SGSSI.

Situación similar, aunque con un menor tiempo de espera, se encuentra en la decisión emitida en el proceso con radicación 31314 el 06 de diciembre de 2011, en el que transcurrieron cinco años entre la sentencia emitida en primera instancia y la que adoptó la Honorable Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Sucesivamente, se podría seguir ejemplificando lo indicado, pues por ejemplo, la demandante del proceso que culminó con la sentencia SL19447 de 2017, debió esperar entre la decisión de primer grado que fue en el año 2007 y la que puso fin a su proceso diez años; o el demandante en el proceso que terminó con sentencia SL4296 de 2018, que se vio obligado a esperar que transcurrieran entre la decisión de primera instancia y la emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia seis años.

Por ello, es manifiesto que los afiliados que buscan que se declare ineficaz su afiliación al RAIS para trasladarse de éste al RSPMPD, se ven en la obligación de cargar con una espera temporal que no están en condiciones ni deberían tener la obligatoriedad de soportar, además, es necesario entender, que se les vulneran flagrantemente sus derechos fundamentales al mínimo vital, la igualdad, el debido proceso, dignidad humana, justicia, entre otros, consecuencias que se obtienen sencillamente de la conducta negligente de las AFP's del RAIS al no cumplir con sus obligaciones.

Gastos de representación judicial

Debido al proceso en el que se ve inmerso un afiliado demandante, como los que se ejemplificaron en los párrafos anteriores, surge la necesidad para el afiliado de recurrir a un abogado, para que realice su labor, trabajo o actividad, la cual conlleva a que quien la ejecuta, pretenda una contraprestación económica o en especie, que, para el caso de los profesionales en derecho que representan a los afiliados que buscan la ineficacia del traslado en los casos laborales en materia pensional por vejez, suele ser un porcentaje del dinero obtenido al final del proceso, denominado *cuota Litis* y que se recibe a título de honorarios. Al respecto, Tobón (Honorarios de Abogados: Criterios Para su Fijación, 2008, pág. 388) establece que en la cuota Litis “el profesional cobra como honorarios un porcentaje del objeto del pleito, pero solo si este se gana. Además, el abogado asume todos los gastos de la gestión”.

Cita esta escritora (Tobón, 2008, pág. 388), a su vez, la sentencia emitida por la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil del 21 de marzo de 2001, M.P. Nicolás Bechara Simancas, en la que se menciona:

La modalidad de la contratación de la gestión profesional a cuota Litis admitida por ambas partes, indica de entrada para la Corte que los contratantes colocan de por medio la eventualidad de un resultado económico concreto y estimable que, de darse, será el parámetro único para establecer el valor de los honorarios que se generan a favor de quien ha puesto al servicio del mandante su gestión, su diligencia y sus conocimientos. Por eso, cuando el accionado dijo que el juez estuvo equivocado al estimar el valor de los honorarios valorándolos sobre la cuantía de las pretensiones de la demanda, por tal aspecto no incurrió en vía de hecho alguna, puesto que la decisión cuestionada no se muestra como caprichosa o irracional (...).

Si bien es cierto que el acceso a la justicia es gratuito, existen gastos como el de representación que son ineludibles ya que por el tipo de proceso y la cuantía, son los jueces de nivel circuito, a la fecha, los que tienen la idoneidad y legalidad de tramitar y fallar éstos procesos, por lo que para poder acceder a la jurisdicción a este nivel, se hace necesaria la participación de un letrado en derecho que represente a la parte demandante, pues en la

actualidad, no es posible que los Consultorios Jurídicos de las universidades puedan tramitar tales procesos de forma gratuita.

También es indudable que, si no existiera una contraprestación económica en favor del abogado, muy seguramente no sería posible iniciar los procesos, suma que debe ser cancelada por quien busca y recibe el servicio, es decir, el afiliado demandante, que es el que carga en sus hombros la responsabilidad de extraer de sus recursos, una parte para solventar los honorarios que pacte con aquél que buscará la protección de sus derechos.

Por lo anterior es consecuente que, otro de los perjuicios causados a los afiliados, es aquel que se da por el pago de honorarios para la representación y protección judicial de sus derechos, cuando se exige de un juez el traslado de régimen. Estos honorarios suelen ser un porcentaje de lo que recibiría el afiliado al final del proceso, valga decir, de lo que le correspondería inicialmente como derecho. Lo injusto de este escenario es que principalmente se genera por la conducta negligente de las AFP's del RAIS al no cumplir con sus obligaciones, generando con ello una carga para el afiliado al tener que costear unos honorarios para iniciar un proceso jurisdiccional.

CAPITULO IV: Afectaciones para Colpensiones y el Estado Colombiano como resultado de los traslados del RSPMPD al RAIS y su regreso por vía judicial

En el presente capítulo se intentará evidenciar un conjunto de coyunturas, circunstancias y situaciones que afectaron directamente al Estado y en especial al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, las cuales poco son tenidas en cuenta en la realidad litigiosa de nuestro país y escasamente son tema de debate a pesar de su grado de importancia, pues cuando se afecta el Estado, son los habitantes quienes deben soportar los resultados adversos, ya que el patrimonio estatal está constituido por los aportes de sus miembros.

Reducción de afiliados y consecuentemente de las cotizaciones al RSPMPD.

Como se ha dicho reiterativamente, el RSPMPD no se administra con cuentas individuales como el RAIS, pues lo que se tiene es un fondo común en el que va ingresando el dinero de los afiliados una vez cotizan al sistema y que sirve para sostener este régimen pensional, ya que de allí se extraen los recursos para pagar las mesadas pensionales, mesadas adicionales, intereses e indexaciones. En atención a lo dicho, ha indicado la Honorable Corte Constitucional que:

[L]a naturaleza misma del régimen al cual se aplica, pues es de su esencia la existencia de una cotización que permita asegurar la sostenibilidad financiera de un fondo común que garantice el pago de las pensiones actuales y futuras. Ello acontece porque el Régimen de Prima Media se fundamenta sobre la base del principio financiero del reparto simple - o pay as you go -, en virtud del cual los trabajadores activos que cotizan al sistema sostienen a los empleados inactivos que producen pasivos pensionales en razón de la vejez, invalidez o muerte. (Sentencia C-1024, 2004)

Entonces, la forma de aumentar el dinero que posee el RSPMPD que administra Colpensiones, es en razón de la obtención de cotizaciones, por lo que al reducirse los afiliados mediante los métodos inadecuados que han sido usados por las AFP's del RAIS y que fueron planteados en los capítulos anteriores, conllevará a que ingrese una menor cantidad de cotizaciones al RSPMPD, lo que a su vez, puede reducir los ingresos que tiene el sistema pensional en el RSPMPD y que son usados para la sostenibilidad del sistema.

Contextualizando la reducción de aportes en cifras, se encuentra en el Informe de Gestión entregado por Colpensiones para el periodo 2018, una relación de los afiliados que egresaron del RSPMPD al RAIS para este periodo, el cual asciende a 11.539, empero, en el mismo año ingresaron al RSPMPD trasladados del RAIS un total de 155.649 personas, cantidad muy superior a los que decidieron partir al RAIS. Al analizar estas cantidades en montos económicos, con la información que se encuentra en el informe citado, se tiene que Colpensiones trasladó a las AFP's la suma de \$88.244'000.000 y recibió por los que ingresaron un monto equivalente de \$9.299.644'000.000.

Si bien, con los datos entregados se podría concluir que la suma recibida por ingresos es superior a la egresada, por obvias razones ya que se adhirieron al RSPMPD mas afiliados de los que partieron al RAIS, no puede dejarse de lado que con cada persona que se retire del régimen público, al ser este un fondo común, se reducirá el ingreso por cotización que reciba Colpensiones.

También es importante morigerar la idea de afectación por la reducción de afiliados, ya que los dineros que ingresan por los traslado del RAIS al RSPMPD se encuentran capitalizados, es decir, no solo se dan por las cotizaciones de los afiliados sino por los rendimientos que se generan con las inversiones de las AFP's, situación que afincaría la idea de que son superiores a los que hubiera podido recibir la Administradora Pública si quien se trasladó hubiera estado afiliado en el fondo común.

Pagos de indexaciones y costas a cargo de Colpensiones, ordenados en procesos que declaran ineficaces las afiliaciones al RAIS.

Una de las mayores afectaciones producida a Colpensiones se genera como consecuencia de los procesos judiciales en los que se tienen como pretensiones que se declare ineficaz el traslado del RSPMPD al RAIS y el respectivo pago de la pensión de vejez.

La pensión de vejez al ser una prestación periódica mensual que se causa retroactivamente hasta su pago efectivo, es decir, hasta que al afiliado se le reconoce el derecho y recibe su mesada pensional, requiere que en razón de la demora en el reconocimiento y pago, se deban actualizar los valores a pagar, puesto que el poder adquisitivo de la moneda se deprecia con el simple paso del tiempo. Al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia señaló:

Lo anterior porque, en verdad, no hay razón justificativa alguna para diferenciar, a un trabajador pensionado de acuerdo con la ley, con uno con arreglo a una convención, porque, valga agregar, el impacto del fenómeno económico de la inflación, lo padece tanto el uno como el otro, amén de que si la corrección monetaria no conduce a hacer más onerosa una obligación pensional, sino a mantener el valor económico de la moneda frente a su progresivo envilecimiento, su aplicación,

respecto de pensiones extralegales, sean ellas convencionales o voluntarias, no altera de ninguna forma el acto inicial de reconocimiento, porque simplemente lo que se presenta es una actualización del monto para mantener su valor constante. (Radicación 29022, M.P. Camilo Tarquino Gallego, 31 de julio de 2007).

Como se menciona en la sentencia citada, en razón de la disminución del valor de la moneda por el paso del tiempo que transcurre mientras se tramitan y resuelven los procesos judiciales, surge la necesidad de ordenar unos pagos (indexación) para garantizar los derechos de quien accede a la pensión de manera tardía, luego de un proceso judicial.

Ahora bien, estos pagos tardíos no son imputables directamente a la administradora del RSPMPD, pues nacen de un traslado en el que no se cumplen con las obligaciones por parte de las administradoras del RAIS, situación de la que se deriva la ineficacia del traslado que termina por afectar las arcas de Colpensiones con el pago de obligaciones que no nacen por su incumplimiento, tal como se explica a continuación.

Al solicitarse la pensión en el RAIS y enterarse el afiliado que no puede acceder a ella o que su mesada es inferior a la que se le otorgaría en el RSPMPD, busca la ayuda de un profesional en leyes que le permita solicitar la protección de sus derechos ante la jurisdicción laboral, para demostrar que el traslado afectó el reconocimiento de su pensión o su mesada pensional, traslado que se llevó a cabo por la conducta directa asumida en su momento por las AFP's del RAIS. En los procesos judiciales mencionados, luego del respectivo ritual legal, suelen culminar imponiendo una obligación en contra de Colpensiones para evitar el deterioro de los derechos de los afiliados, sin embargo, afecta el fondo común del RSPMPD, pues conlleva a que Colpensiones tenga que cancelar la indexación, a pesar de ser una entidad que nada tuvo que ver en el convencimiento y asesoría de los afiliados durante el traslado entre regímenes. Un claro ejemplo de lo mencionado, fue expuesto en sentencia (Sentencia CSJ SL 037, 2019) emitida por la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en la que se dijo:

En consecuencia, el total del retroactivo asciende a la suma de \$315.494.102,26 la cual deberá indexarse a la fecha de su pago en razón a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, toda vez que no se puede perjudicar a la demandante.

Sobre la condena al pago de la indexación a cargo de Colpensiones en los procesos judiciales en los que se declara ineficaz el traslado del RSPMPD al RAIS, se han emitido una gran cantidad de sentencias por la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral como la SL1897 de 2019, SL1688 de 2019, SL1421 de 2019, entre otras, en las que se ordena cancelar este concepto en favor del demandante y en contra de la Administradora del RSPMPD.

Se hace alusión, además, que existe en contra de Colpensiones, en algunos procesos mencionados, la condena en costas por la simple oposición a las pretensiones de los demandantes, causándose con ello, el pago de un concepto adicional a los mencionados, que recae en cabeza de esta entidad, que desgarrará económicamente al RSPMPD y que tal como ha quedado planteado, tiene su génesis en la actuación de las AFP's del RAIS.

Si bien, como fue mencionado, los dineros que recibe la Administradora del RSPMPD por concepto de traslado son muy superiores a lo que podría haber recibido como cotizaciones, en razón de la capitalización en el RAIS de los aportes que se reciben en favor de los afiliados, no debe dejarse de lado que los pagos de indexaciones y costas deben ser extraídos del fondo público y que entendiéndose que este acrecienta con los aportes y rendimientos obtenidos con los traslados ordenados judicialmente, no es razón para que se modere la afectación, pues lo más razonable sería, que sean las AFP's quienes cancelen estos conceptos a título de sanción por su conducta, con el dinero que han obtenido ante la inversión de las cotizaciones de los afiliados a los que se les ha declarado el traslado ineficaz.

Gastos por concepto de defensa judicial

Aunado a lo anterior, se tiene que en todo proceso ordinario laboral en el que se pretenda el traslado del RAIS al RSPMPD, con fundamento, especialmente en la ineficacia del traslado por la falta al deber de asesoría, información y buen consejo en que incurrieron las AFP's del RAIS, crea una obligación a Colpensiones consistente en la defensa de sus intereses por intermedio de

apoderados judiciales, contratados para que representen y velen jurídicamente por los beneficios para esa entidad.

Sobre este tema, como se dijo, en el Informe de Gestión 2018 presentado por Colpensiones, se indicó que entre los años 2017 y 2018 se produjo un aumento significativo de los procesos judiciales que tenían como pretensión el traslado del RAIS al RSPMPD, pasando, en el primer año, de 3.325 demandas a 6.791 en el último mencionado. Al respecto menciona la entidad (Colpensiones, 2018, pág. 66) que:

Es importante señalar que entre los años 2017 y 2018 se presenta un aumento en el número de procesos relacionados con la pretensión “traslado de régimen”. El aumento en esta tipología de procesos responde al interés de los ciudadanos en retornar al régimen de prima media con prestación definida, advirtiendo que las condiciones para el reconocimiento de prestaciones económicas en el mismo, les resulta más favorable frente a lo contemplado en el régimen de ahorro individual con solidaridad - RAIS.

Analizado lo anterior se puede inferir que al aumentarse el número de procesos judiciales en los que se pretende el traslado de régimen, hace que Colpensiones tenga que ampliar la capacidad de acción y respuesta de su oficina jurídica, por lo que debe contratar abogados para la representación de la entidad en los procesos mencionados, situación que indudablemente acarrea la destinación de una mayor cantidad de recursos del presupuesto de la entidad para cubrir tal contingencia.

Es así como puede concluirse y aseverarse que, a mayor cantidad de procesos litigiosos, mayores serán los recursos económicos invertidos en la representación judicial de Colpensiones, pues tiene que hacer frente a los procesos para intentar evitar que se perjudiquen los recursos de la Administradora del RSPMPD.

Congestión judicial generada por demandas solicitando la ineficacia de la afiliación

No cabe duda que en la actualidad y desde hace unos años, se presenta una congestión en los estrados judiciales que impide que las personas accedan de manera eficaz, pronta y segura a la solución de sus conflictos a través del sistema jurisdiccional. Esta congestión se genera evidentemente por la existencia de un número de procesos que superan la capacidad del aparato jurisdiccional colombiano. Además, bien es sabido, que la administración de justicia la realiza por regla general el Estado a través de la rama judicial del poder público y que esta tiene entre sus principios la gratuidad (artículo 10, Ley 1564 de 2012), lo que conlleva a que no se obtenga ningún lucro por la prestación de este servicio.

La función jurisdiccional es un servicio del cual el Estado no pretende lucrarse, razón por la que los salarios de los funcionarios públicos que la ejecutan y parte de los costos que implican tramitar un proceso son asumidos por la Rama Judicial, valga decir, por el Estado mismo, quien en última instancia es el encargado de destinar recursos para que se preste este servicio.

Es por esto que una afectación directa al Estado se presenta con el aumento de las demandas que pretenden el traslado del RAIS al RSPMPD, toda vez que se convierte este tema en un nicho judicial que ayuda al incremento del conocido problema relacionado con la congestión judicial, traduciéndose en un incremento de Despachos Judiciales y funcionarios para atender el acrecentamiento de los procesos, siendo esto la génesis de mayores gastos para prestar este servicio público.

De la congestión judicial se deriva otro problema, pues al no impartirse pronta justicia se desmejora la concepción que tienen los ciudadanos del aparato judicial y en general, de la administración de justicia y del Estado, la cual, si bien no genera un detrimento patrimonial, si implica que se observe el Estado como un ente falto de garantías y eficacia para los ciudadanos.

Es común que el Estado responda o mínimamente sea parte de procesos litigiosos en los que se puede determinar, inicialmente, que no tiene una responsabilidad directa por acción, aunque posiblemente si por omisión, ya que no puede dejarse pasar por alto que según el Informe de Gestión 2018 de Colpensiones, se radicaron diez mil ciento dieciséis demandas entre los años 2017 y 2018, con la pretensión de traslado de régimen, lo que permite analizar que de intentar

fallarse una demanda diaria durante los 365 días de un año, se requerirían poco más de veintisiete Jueces que resuelvan la primera instancia y de ser apeladas las decisiones que allí se adopten, será necesario en tiempo subsiguiente igual cantidad de Magistrados por un periodo similar, traduciéndose indudablemente en una congestión judicial generada innecesariamente por la no realización de una labor ajustada a la normatividad vigente por parte de las AFP's del RAIS.

Analizado lo anterior, son claras las consecuencias para el Estado y la Administradora Colombiana de Pensiones, sin tener el ánimo de delimitar todas las posibles, pues el estudio acucioso e imaginativo podría presentar otras diferentes, sin embargo, tal como fue introducido y analizado, es incontrovertible la idea de afectación para Colpensiones y el Estado ante las demandas que buscan el traslado del RAIS al RSPMPD, con fundamento en la negligencia de las AFP's del RAIS.

CAPÍTULO V. Responsabilidad del Estado en los traslados inadecuados y una propuesta de solución parcial.

Determinadas las afectaciones para las personas, Colpensiones y el Estado en los traslados del RSPMPD al RAIS, que no cumplieron con los requisitos adscritos a cargo de las AFP's privadas y que son declarados ineficaces por vía judicial, se analizará un tema concerniente a la posible responsabilidad del Estado ante su conducta permisiva o negligente en la actividad desplegada por estas AFP's, ya que al ser la actividad prestada por estas entidades de carácter financiero, es la Superintendencia Financiera (antes del Decreto 4327 de 2005, Superintendencia Bancaria) la encargada de ejercer control sobre las AFP's y acceder a la información para controlarlas, con la finalidad, esencialmente, de proteger los derechos de los afiliados y buscar el desarrollo efectivo del sistema, evitando con ello, situaciones como las que fueron planteadas con anterioridad.

Es así como se puede establecer si existe alguna responsabilidad del Estado por la falta de controles y examinar alguna forma de disminuir el gasto que se le ha generado a la nación, debido a las ineficacias del traslado del RSPMPD al RAIS que han sido decretadas judicialmente.

Falta de controles efectivos por parte del Estado

Es irrefutable que el Estado como poder soberano del territorio colombiano, en quien recae obligación de controlar las diferentes actuaciones que puedan perjudicar, e inclusive, en las que exista un mínimo de posibilidad de afectación o perjuicio sobre cualquier habitante, debe velar por los derechos de quienes habitan el territorio y así cumplir con sus fines esenciales, establecidos en el artículo 2º de la Constitución Política de Colombia, que determina:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Con la finalidad de ejercer control de manera directa a las AFP's nacientes en el RAIS y autorizar el funcionamiento de estas entidades, mediante el artículo 7º del Decreto 656 de 1994, se dispuso:

Todas las sociedades que deseen administrar Fondos de Pensiones en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, requerirán de autorización de la Superintendencia Bancaria para actuar en calidad de administradores de los fondos de pensiones a que hace referencia dicha ley y, adicionalmente, de la autorización de ese organismo para manejar los correspondientes fondos y planes de pensiones, previo el cumplimiento de los requisitos señalados para el efecto.

De este modo se encargó a la Superintendencia Financiera para que vigilara y controlara las AFP's, como fue establecido por la Honorable Corte Constitucional quien se pronunció en relación a las funciones específicas de la Superintendencia Financiera de Colombia para ejercer la

vigilancia y el control sobre las entidades que administran los fondos de pensiones y cesantías (Sentencia C-711, 1998), función que también se encuentra regulada en el artículo 3º del Decreto 1284 de 1994 que reza:

La Superintendencia Bancaria ejercerá en relación con las sociedades administradoras de fondos de pensiones y con las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, además de las funciones asignadas de manera general a la entidad para el ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia de las instituciones financieras, las específicas señaladas respecto de las mencionadas sociedades administradoras.

Ahora bien, teniendo en cuenta el incumplimiento de las obligaciones de las AFP's del RAIS que afectaron a los afiliados y al Estado; que existe una entidad que debió controlar y vigilar el actuar de éstas, como lo es la Superintendencia Financiera, aunado a la inactividad de esta última para vigilar y controlar, puede concluirse, sin hesitación alguna, que el Estado no protegió oportunamente los intereses de los afiliados frente a los de las AFP's, esto es, que si bien hoy en día es posible proteger a los afiliados judicialmente, si la Superintendencia Financiera hubiese vigilado y controlado oportunamente como era su obligación, el problema y sus consecuencias serían menores y no tendrían la génesis planteada con anterioridad.

Finalmente, aunque pareciera atrevida la afirmación, podría aseverarse que esta omisión es parte de una política del gobierno de turno o una falta de interés del mismo por no vigilar y controlar a dichas entidades, pues debe recordarse que las Superintendencias hacen parte de la rama ejecutiva del poder público y que las personas que las encabezan, o mejor, quienes las dirigen, son libremente nombrados o removidos por el presidente de turno (artículo 2.2.5.1.1 del Decreto 1083 de 2015).

Posibilidad de solicitar el pago de perjuicios ante las AFP's del RAIS por parte del Estado

La conducta asumida por estas AFP's fue el germen que damnificó, por así decirlo, a una gran cantidad de afiliados y al propio Estado. Un perjuicio, como aquellos que se han mencionado, emerge de una situación jurídicamente relevante para el derecho, en la que una parte, por acción

o por omisión, con dolo o culpa, genera un daño a otra. Este daño debe ser indemnizado, por lo que se plantea la posibilidad de que el Estado a través de Colpensiones, reclame la indemnización de los perjuicios que se causen en razón de las sentencias judiciales que han declarado ineficaz el traslado de los afiliados del RSPMPD al RAIS, decisiones que han terminado por imponer acciones onerosas a Colpensiones como el pago de indexación y costas, además de los gastos utilizados para ejercer la respectiva defensa jurídica técnica en los procesos que se han tramitado ante la jurisdicción.

Primigeniamente se debe dejar sentado que para que se dé una reparación en favor de Colpensiones y el Estado, es necesario que exista un daño o perjuicio causado, requisito que se encuentra plenamente probado, pues como quedó esbozado, ya sea por la reducción de los afiliados de Colpensiones y la consecuente disminución de los aportes al RSPMPD, las condenas y pagos realizados por indexaciones y costas procesales, los pagos por representación judicial, entre otros, o por todos en común, se vislumbra que se han impuesto cargas a esta entidad, por el actuar negligente e inadecuado de las AFP's del RAIS, quienes omitieron sus obligaciones concernientes en brindar asesoría, información y buen consejo a los afiliados del sistema pensional que se trasladaron del RSPMPD al RAIS y que buscan revertir judicialmente su traslado, con el objetivo de lograr que se les garanticen unos mejores derechos.

Dentro de lo esbozado existen sumas que pueden probarse más fácilmente en un eventual proceso judicial y que razonadamente, podrían recuperarse como lo son los pagos que ha tenido que realizar Colpensiones por indexación, costas y representación judicial, lo que nos permite aseverar, que mínimamente, al declararse la responsabilidad de las AFP's del RAIS en los procesos que se ha aceptado la ineficacia del traslado, por parte de los Jueces y Magistrados en los estrados judiciales, Colpensiones debería exigir en su favor el pago de dichos valores por parte de las AFP's del RAIS, a título de indemnización por las conductas que pueden entenderse como desleales, que fueron asumidas en contra de los afiliados y que terminaron por afectar directamente los fondos y recursos públicos que administra el ente estatal.

De no realizarse el cobro o mínimamente intentarlo en los estrados judiciales, según sea el caso, se está consintiendo un detrimento patrimonial de Colpensiones y del Estado, ya que se

permite un gasto que no debería ser soportado por la entidad pública. Es así como puede predicarse la objetividad de un deber en cabeza de Colpensiones como lo es el recobro de los dineros cancelados y los gastos generados, en virtud de las ineficacias del traslado declaradas judicialmente por los procederes de las AFP's del RAIS, quienes con el paso del tiempo, teniendo en cuenta su actuar, han demostrado que lo más importante para ellos es la captación de dinero por medio de las cotizaciones y no el bienestar y los derechos de los afiliados.

CAPITULO VI: Conclusiones

Comprendido el funcionamiento disímil de ambos regímenes y los principales deberes de las AFP's del RAIS, puede observarse que las afectaciones provienen inicialmente de la aplicación indebida de la Ley 100 de 1993, pues allí se crea el nuevo régimen pensional y sus respectivas administradoras. No obstante, para las AFP's, teniendo en cuenta su experticia y la ignorancia del afiliado o potencial afiliado, se les carga a partir de 1994 con la emisión del decreto 656 (y demás normas que ya fueron mencionadas y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia), con la obligación de informar de manera completa cual es el régimen que más les conviene a sus afiliados o potenciales afiliados.

De ahí que las afectaciones no provengan esencialmente de la promulgación de la Ley 100, sino de la inobservancia a ese deber de asesoría, información y buen consejo que afecta a todos aquellos¹¹ que fueron trasladados al RAIS antes de entrar en vigencia el Decreto 2555 de 2010, sin ser este el régimen más conveniente según sus condiciones particulares y de la falta de interés en la vigilancia y control del Estado por medio, por ejemplo, de la Superintendencia Financiera. Se dice que antes de la entrada en vigencia del Decreto mencionado, puesto que en él se imponen cargas similares a quienes administran el RSPMPD y el RAIS, relacionadas con la asesoría, información y buen consejo, por lo que Colpensiones, desde allí, debe tener una actitud más activa frente a las solicitudes de traslado.

¹¹ Traslado que afecta a accionantes, pero incluso en mayor medida a aquellos que teniendo el derecho a pensionarse en mejores condiciones, por desconocimiento, por agotamiento, por costes, etcétera, no buscan realizar ese traslado.

A lo largo de este artículo se estableció que las principales consecuencias aquí esbozadas para con los afiliados, están relacionadas con la falta del reconocimiento oportuno del derecho pensional, con el reconocimiento de una pensión menos beneficiosa o con el no reconocimiento de la misma, y que esto a su vez, ocasiona un impacto en el patrimonio de los mismos al tener que recibir con posterioridad una mesada pensional y asumir los costos procesales para el reconocimiento adecuado del derecho, cuestión que conlleva la violación de varios derechos fundamentales como lo son la vida digna, la dignidad humana, el mínimo vital y la seguridad social.

Puede resumirse y concluirse que las principales afectaciones aquí descritas y generadas al Estado Colombiano, están escenificadas en la Rama Judicial del poder público y en Colpensiones, todas ellas representadas directa o indirectamente en un impacto al erario, que valga decir, como le es natural, es público.

Se puede decir, además, que los principales responsables por las afectaciones aquí mencionadas son en primera medida las AFP's del RAIS y en segunda lugar el Estado Colombiano representado en este caso por la Superintendencia Financiera, ambos por el incumplimiento de sus obligaciones legales que ya fueron mencionadas. Sin embargo, se propone que el Estado busque mediante el aparato judicial la condena de indemnizaciones en su favor y en contra de las AFP's del RAIS, por la autoría y responsabilidad de dichos perjuicios con el propósito de que, cuando menos, el daño que ha sido causado al Estado sea resarcido y reintegrando en parte o en todo.

Teniendo en cuenta que el problema radica en los traslados, ágilmente se podría pensar que permitiendo la traslación libre entre regímenes se evitarían las consecuencias, sin embargo, dicha situación no aplicaría para todos los procesos y trámites que ya finalizaron, los que están en curso y aquellos que se presenten sin que se adopte tal medida, pues el artículo que finaliza, trata una situación real, que viven día a día miles de colombianos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. Informe de Gestión 2017.

Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. Informe de Gestión 2018.

Arbeláez, Darío. (2016). El Derecho Social Fundamental a la Pensión de Invalidez – Cambio de Paradigma. *Ámbito Jurídico* No. 449. Pág. 3.

López, Francisco & Parker, Cristian. (2008). Alfabetismo científico, misión de la universidad y ciudadanía: ideas para su construcción en los países en vías de desarrollo.

Ordoñez, Prado. (2010). ¿Histeria, Simulación o Neurosis de Renta? *Revista Clínica de Medicina de Familia versión On-line*, vol. 3 no. 1, febrero, Albacete.

Prieto, Luis. (2016). Los derechos sociales como derechos fundamentales. Pág. 2.

Tobón, Natalia. (2008). Honorarios de abogados: criterios para su fijación. *Vniversitas* No. 117 (385-400). Bogotá D.C. Pág. 388.

Torres, Sergio. (2016). Deber de información y asesoría pensional a los afiliados en el sistema de general de pensiones Colombia año 2016.

Vásquez, Rocío & Muñoz, Alcira. (2010). El derecho a la pensión como derecho fundamental. *Revista Pensamiento Americano*, enero – junio.

Legislación

Constitución Política de Colombia.

Acuerdo 049 de 1990.

Decreto 0758 de 1990.

Decreto 663 de 1993.

Decreto 656 de 1994.

Decreto 1284 de 1994.

Decreto 832 de 1996

Decreto 1730 de 2001.

Decreto 4327 de 2005.

Decreto 1083 de 2015.

Decreto 2241 de 2010.

Ley 090 de 1946.

Ley 33 de 1985.

Ley 71 de 1988.

Ley 100 de 1993.

Ley 795 de 2003.

Ley 1151 de 2007.

Ley 1328 de 2009.

Ley 1564 de 2012.

Resolución 3023 de 2017 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Jurisprudencia

Corte Constitucional

Corte Constitucional. Sentencia C-546 de 1992. M.P. Ciro Angarita & Alejandro Martínez.

Corte constitucional. Sentencia C-177 de 1998. M.P. Alejandro Martínez.

Corte Constitucional. Sentencia C-378 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia C-711 de 1998. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte constitucional. Sentencia C-086 de 2002. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia C-789 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-1024 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-102 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar.

Corte Constitucional, sentencia C1004 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia SU 062 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia T1001 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral. Sentencia del 28 de abril de 1958.

Sala de Casación Laboral. Sentencia del 20 de abril de 1968.

Sala de Casación Laboral. Sentencia Rad. 29022 del 31 de julio de 2001. M.P. Camilo Tarquino Gallego.

Sala de Casación Laboral. Sentencia Rad. 31314 del 09 de septiembre de 2008. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Sala de Casación Laboral. Sentencia Rad. 33.343 del 17 de octubre de 2008. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

Sala de Casación Laboral. Sentencia Rad. 31.989 del 09 de septiembre de 2008. M.P. Eduardo López Villegas.

Sala de Casación Laboral. Sentencia Rad. 33.083 del 02 de noviembre de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Sala de Casación Laboral. Sentencia Rad. 31314 del 06 de diciembre de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Sala de Casación Laboral. Sentencia SL19447 del 27 de septiembre de 2017. M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Sala de Casación Laboral. Sentencia SL4296 del 02 de octubre de 2018. M.P. Cecilia Margarita Durán Ujueta.

Sala de Casación Laboral. Sentencia SL037 del 23 de enero de 2019. M.P. Ernesto Forero Vargas.

Sala de Casación Laboral. Sentencia SL361 del 13 de febrero de 2019. M.P. Jorge Prada Sánchez.

Sala de Casación Laboral. Sentencia SL1421 del 10 de abril de 2019. M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Sala de Casación Laboral. Sentencia SL1688 del 08 de mayo de 2019. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 1897 del 29 de mayo de 2019. M.P. Jorge Prada Sánchez.

Consejo de Estado

Concepto 2020 de 2011. C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

Página web

<https://www.porvenir.com.co/Personas/PensionesObligatorias/Participaciones/Paginas/Participacion-por-numero-de-afiliados.aspx>.

<https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/RiesgosLaborales/Paginas/sistema-general-pensiones.aspx>.

<https://eacnur.org/blog/cuales-los-derechos-sociales-aplicacion-tienen/>

<https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/9110>

<https://www.proteccion.com/wps/portal/proteccion/web/home/proteccion-conecta/consumidor-financiero/precios-productos>