Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra
Embajada de Suiza en Colombia
Departamento Federal de Economía
Formación e Investigación DEFI
Secretaría de Estado para Asuntos Económicos SECO

AECOM
INTERNATIONAL DEVELOPMENT EUROPE

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra
Embajada de Suiza en Colombia
Departamento Federal de Economía
Formación e Investigación DEFI
Secretaría de Estado para Asuntos Económicos SECO

Entregable 4 –

4.1. Diagnóstico a modo de informe, para determinar si las normas expedidas cumplieron sus objetivos
4.2. Proyecto del documento mediante el cual se exponga una estrategia de defensa judicial
4.3. Conclusiones y recomendaciones para organizar la línea de defensa jurídica del Estado

FEDESARROLLO
Centro de Investigación Económica y Social

CAPÍTULO 1. Informe con los resultados sobre el efecto de la implementación de la Doble Asesoría

A lo largo del presente proyecto, se han venido analizando a partir de diferentes dimensiones y perspectivas los efectos que ha tenido la implementación de la política de Doble Asesoría (DA) sobre las dinámicas presentadas por los traslados de régimen por parte de los afiliados al sistema pensional colombiano.

El impacto que se espera *a priori* que genere una medida de este tipo se puede dividir en dos componentes. Por una parte, el aumento en los costos de transacción de adelantar el proceso de cambio de régimen generaría una reducción de los traslados, dado que ya no se llevarían a cabo aquellos traslados que se hacían de forma injustificada por desinformación o como respuesta al esfuerzo comercial de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) o de Colpensiones. El segundo efecto va más allá del número agregado de traslados y se refiere a su composición: se espera que aumente lo que llamamos la racionalidad de los traslados, en el sentido que una mayor proporción de los afiliados que se trasladan se vean beneficiados por el acto de cambiarse de régimen, y que este acto no vaya en detrimento de su bienestar futuro.

Para evaluar estos dos efectos (y su consecuente impacto fiscal), se usaron las bases de datos suministradas por Asofondos. Esto porque aunque se contaba con la información proveniente de Colpensiones, y se podría esperar que ambas fuentes de información arrojaran los mismos resultados dado que se refieren a la misma población, éste no fue el caso dado que se observaron diferencias sustanciales entre los resultados, yendo incluso en dirección contraria en algunos casos. Esto puede ser evidencia de que los métodos usados para el cálculo de la historia laboral en términos de semanas no es el mismo en los dos regímenes y que el tiempo de cargue de la información de los afiliados es demorado en Colpensiones, un aspecto por corregir del actual sistema.

En el presente capítulo se presenta un resumen del diagnóstico y resultados que arroja la evaluación cuantitativa y cualitativa de la implementación de la Doble Asesoría en Colombia. En la primera sección se describen las características de la muestra analizada, para continuar en la segunda con el análisis del efecto sobre la racionalidad de los traslados (RAIS a RPM). En la tercera y cuarta partes se calcula cuál puede ser el impacto fiscal en el corto y en el largo plazo de la DA, respectivamente. La quinta sección analiza de manera breve los traslados en sentido contrario (RPM a RAIS), y se culmina en la sexta parte con las recomendaciones que surgieron de los ejercicios de carácter cualitativo que se adelantaron dentro del marco del presente proyecto.

1. Características de la muestra

Sobre las características de las bases de datos de traslados desde el RAIS al RPM, Colpensiones cuenta con un acervo de información histórica más amplio, conteniendo los traslados desde 1998 hasta diciembre de 2017, mientras que el periodo de análisis de Asofondos es más corto pero los datos se actualizan con mayor regularidad, por lo que se cuenta con información desde enero de 2015 a junio de 2018. A efecto de los ejercicios llevados a cabo, se restringió la muestra entre enero de 2015 a diciembre de 2017 únicamente para los datos de Asofondos.

Dadas las características de la medida de DA, se dividieron los traslados por 'cohortes', estimadas a partir del tiempo que le hace falta al afiliado para llegar a la edad mínima de pensión (denotado acá como *s)*. En la segunda mitad del periodo analizado (desde septiembre de 2016 a diciembre de 2017) la medida de DA comenzó a regir únicamente para aquellos afiliados a los que les hacía falta entre 10 y 15 años para obtener la pensión, por lo que esta población constituye nuestro grupo Tratamiento. En contraste, la medida sólo entró en rigor desde enero 2018 para las cohortes más jóvenes (15 a 20 años para la edad de pensión), y, dado que se demostró que las características económicas de ambos grupos (nivel de ingreso, número de semanas cotizadas) son comparables, se asumió esta segunda cohorte como el grupo Control.

En términos descriptivos, se observa que el número agregado de traslados cayó a partir de la implementación de la DA. En particular, si se estima el flujo mensual promedio de traslados desde el RAIS al RPM según la base de datos de Asofondos, se encuentra que entre enero de 2015 y septiembre de 2016 se trasladaron en promedio 13.341 personas mensuales, mientras que para el periodo comprendido entre octubre 2016 y diciembre 2017 este flujo cayó a 10.791 traslados mensuales, una caída de 20% en nivel. Este primer resultado es acorde con la hipótesis de los mayores costos de transacción, ya explicada.

En contraste con el número agregado de traslados, al observar las características en términos del nivel de ingreso se observa una recomposición de los traslados hacia individuos de mayor ingreso, un resultado esperado en la medida en que son los afiliados de mayores ingresos los que se ven beneficiados por el traslado desde el RAIS al RPM, y que compensa parcialmente el efecto fiscal negativo de la caída en el número agregado de traslados. Por último, con respecto al número de semanas cotizadas, con los datos de Asofondos se encuentra que los traslados posteriores a la DA muestran un incremento de las semanas cotizadas para todas las cohortes, un resultado acorde con la recomposición de los traslados hacia mayores niveles de racionalidad.

2. Evaluación de la Racionalidad de los traslados (RAIS a RPM)

El primer ejercicio que se llevó a cabo fue la estimación de la racionalidad de los traslados para cada una de las muestras, y el efecto que tuvo la implementación de la DA sobre la composición racional/irracional observada en los datos. En este aspecto, tomando la base de Asofondos, pese

a que en la población total se tiene una mayoría de personas que toman una decisión no óptima, la composición de racionalidad en el grupo Tratamiento justo después de la doble asesoría aumenta 13 puntos porcentuales (pp) para el grupo tratamiento, desde 29% de racionales antes a 42% después; en contraste, el grupo Control ostenta mayores niveles de racionalidad iniciales pero un cambio de menor cuantía a partir de la medida, al pasar de 35% antes de la Doble Asesoría a 41% después de esta, un cambio positivo de 6pp.

Aunque observar los datos brutos en términos de racionalidad puede dar una idea de la dinámica de los traslados, para estimar el efecto verdadero de la DA se debe controlar por las tendencias observadas a lo largo del tiempo, para lo cual se puede aprovechar el hecho de contar con un grupo Control comparable al Tratamiento. De esta forma, mediante la metodología de Diferencias-en-Diferencias se puede estimar el cambio en la racionalidad del grupo Tratamiento, una vez se controla por la tendencia observada en el grupo Control. En otras palabras, aunque se observa una tendencia positiva en la racionalidad, lo que realmente mide el efecto de la DA es el impacto diferencial de la medida sobre los grupos Control y Tratamiento.

El estimador de la variable diferencias en diferencias resulta ser positivo y altamente significativo, denotando que la política tiene efectos positivos en el aumento de la probabilidad de la racionalidad económica de los individuos que tomaron la decisión de trasladarse del RAIS al RPM. Con dos diferentes especificaciones, dependiendo del tipo de modelo (Probit o Logit), se demuestra cómo la adopción de la Doble Asesoría está asociada con un aumento de la probabilidad de tomar una decisión racional de entre 4,72 y 5,15 puntos porcentuales. Estos resultados muestran que el impacto de la implementación de la Doble Asesoría sobre los niveles de racionalidad de los traslados es positivo, aunque pequeño y limitado en magnitud.

3. Costo Fiscal en el corto plazo

En Colombia, el faltante generado por el sistema público de reparto desde 2003, que tiene que ser cubierto directamente desde el Presupuesto General de la Nación año a año, ha venido siendo financiado de una manera ineficiente a través de lo que se conoce como traslados-ingreso, esto es, el traspaso de fondos de ahorro de los afiliados que tramitan su traslado desde el RAIS al RPM. Por ende, el análisis de lo que pasará con estos recursos en el marco de la implementación de la Doble Asesoría es de vital importancia para la senda de gasto del Gobierno Central, pues una reducción significativa de los traslados puede llegar a significar presiones fiscales de corto plazo que el Gobierno Central deberá asumir.

En este sentido, el impacto fiscal de corto plazo que podría generar la implementación de la DA estaría constituido por dos componentes. El primero, de menor magnitud, está asociado con las cotizaciones que recibirá el sistema público en los años siguientes a la adopción de la norma, y que puede verse modificado por un cambio en la composición de los traslados. El segundo está asociado precisamente al traslado de los fondos de ahorro de los afiliados desde las AFP privadas hacia el régimen público. Este traspaso de recursos es una forma ineficiente de financiamiento,

dado que el incremento del flujo de caja inmediato en el corto plazo será ampliamente superado por las erogaciones fiscales periódicas en el futuro, que de hecho contienen una alta proporción de subsidio otorgado por el Estado.

Como ya se comentó, se observa una caída en el número de traslados observados después de la DA, lo que concuerda con una de las hipótesis mencionadas, en el sentido que el aumento de los costos de transacción generaría una reducción de los traslados que se hicieran de forma injustificada o sin información suficiente. . Sobre todo esta disminución era previsible en un principio, al inicio de la medida, pues con ésta se busca que las personas que se trasladen lo hagan a sabiendas de las consecuencias que para ellos representa este traslado, lo cual impacto el número y el hecho de que los afiliados que realizan el traslado son en promedio de un mayor nivel de ingreso. En contraste, el nivel de ingreso de los afiliados que realizan el traslado se incrementó. Dado que estos dos efectos son contrarios, el efecto fiscal final estará definido por cuál de los dos tiene una mayor magnitud. Al hacer la estimación del modelo final, se observa que la caída del número de traslados tiene un impacto más significativo que la re composición de los ingresos, sin embargo, en la práctica no puede dejarse de lado que los montos ahorrados en las cuentas son mayores y aunque la proyección del recaudo proveniente de los traslados de régimen posiblemente experimentaría una modificación a partir de la implementación de la Doble Asesoría, en el 2018 el valor del valor de recaudo por traslados fue el mas alto que se haya presentado. .

Tengamos en cuenta que se llevaron a cabo dos estimaciones diferenciadas para el efecto en el flujo de las cotizaciones. La primera, que denominamos Anual, estima el efecto en recaudo del impacto de la recomposición de traslados en un año, proyectado hacia el futuro. La segunda, llamada Acumulada, asume que la nueva composición de traslados se repite año a año, por lo que el efecto fiscal se va acumulando con el tiempo. Hay que recordar, además, que todas las estimaciones sobre el impacto fiscal se refieren a la comparación con el escenario contrafactual, en el que se proyectan las cotizaciones recibidas de haberse mantenido la dinámica de traslados observada antes de la implementación de la DA.

Si se toma la base de datos de Asofondos se observa que el incremento compensatorio en el ingreso promedio de los afiliados trasladados es relativamente menor, por lo que el ahorro fiscal generado a partir de la implementación de la DA puede ser considerable. En particular, se estima que en el escenario Anual el impacto negativo observado en el flujo de cotizaciones de los individuos trasladados se eleva a $104.000 millones de pesos anuales que el sistema público deja de percibir. Este impacto anual negativo, al acumularse en el segundo escenario, alcanza una magnitud considerable para 2028, al dejar de percibirse $1,25 billones de pesos, una diferencia considerable de cerca de 0,9% del PIB contra el escenario contrafactual, que se deja de recolectar en concepto de cotizaciones pensionales.

El segundo componente de la estimación del impacto fiscal en el corto plazo es el cambio en el monto de los fondos trasladados de régimen, y que corresponden al ahorro total de los afiliados

en el sistema privado. Al analizar el promedio de los traslados antes y después de la DA, se observa que en promedio por persona hay un aumento en los montos de traslado después de la doble asesoría en $8 millones. En particular, la caída en el número de traslados, de -43%, no alcanza a ser compensada relativamente con el aumento en los montos per cápita, que suben 19%.

4. Costo Fiscal en el largo plazo

El costo fiscal asociado a los traslados de afiliados del sistema pensional se materializa tanto en el corto plazo, con el cambio en las cotizaciones y los traspasos de fondeos de ahorro, como en el largo plazo, cuando suceden las erogaciones pensionales, las cuales en el régimen público contienen una porción significativa de subsidio directo, otorgado por el Estado. Este pasivo de largo plazo es en realidad invisible para la sociedad, dado que son pagos periódicos del presupuesto nacional, que se suman a las erogaciones asociadas al grueso de prestaciones pensionales, ya de por sí de magnitud considerable. Esto resalta la importancia de estimar los números detrás del costo fiscal de largo plazo, y de desagregar esas erogaciones pensionales en el componente que está respaldado por las cotizaciones del afiliado, y el componente que se consolida como subsidio directo por parte del Estado.

Para diferenciar esto último, se usaron los resultados de Núñez (2009), en los que el autor estima para cada tipo de trabajador, según el nivel de ingreso y el sexo, cuánto porcentaje corresponde a subsidio directo. Los resultados son dicientes, en el sentido que para la gran mayoría de trabajadores el régimen público otorga más del 60% de la pensión a partir de subsidios, llegando a ser incluso 75% para algunos asalariados (como las mujeres de altos ingresos y los trabajadores de salario mínimo). Con este insumo, se procedió a estimar el agregado del impacto en Valor Presente Neto, y la anualización de los costos en el periodo 2029-2057.

A partir de la fuente de datos de Asofondos, se proyectaron los costos asociados al pago de las pensiones de los individuos trasladados al régimen público, según el patrón observado antes y después de la implementación de la DA. Como se mencionó, la caída en el número de traslados observados en el periodo posterior a la DA más que compensa su recomposición hacia traslados más racionales, lo que implica que el número total de traslados racionales experimente una caída a partir de la implementación de la medida, y esto se refleje en la reducción de la proyección de pagos del Estado por concepto de mesadas pensionales en un horizonte de mediano y largo plazo. De esta forma, se encontró que el Valor Presente Neto de estos pagos en el largo plazo es de 2,77% del PIB para aquellos trasladados antes de la medida, una cifra 0,52 puntos porcentuales mayor a la estimación del pasivo de largo plazo asociado a los afiliados trasladados después de la medida, cuyo costo fiscal es de 2,25% del PIB. Si se tiene en cuenta que cerca de dos terceras partes del gasto pensional corresponden a subsidio directo por parte del Estado, el VPN del subsidio pensional pasaría entonces de 1,89% del PIB antes de la medida a 1,54% del PIB

después de implementada, una diferencia de 0,35% del PIB. Esto significa, a precios de 2018, un ahorro cercano a los $3,4 billones de pesos, que se materializarían en el largo plazo a consecuencia de la implementación de la Doble Asesoría. Sin embargo a este punto habrá que hacerle seguimiento, pues si se trasladan mas personas de ingresos más altos con la posibilidad de pensionarse, entonces en el largo plazo, dados los subsidios implícitos en el RPM, no habrá ahorro sino un gasto superior.

Al proyectar estos pagos de manera anualizada se observa un patrón característico, en donde los pagos pensionales aumentan paulatinamente entre 2030 y 2043, a medida que se acumulan los individuos trasladados, para comenzar a caer desde 2044, año en el que comienza a finalizar la expectativa de vida de los hombres, y quedan las mujeres hasta el final del periodo analizado, en 2057. Por esto, al traducir la reducción del Valor Presente Neto de los pagos pensionales en el largo plazo a su equivalente en pagos anuales, se encuentra que gracias a la introducción de la DA el costo fiscal anual en el periodo 2029-2057 de las erogaciones del fisco por concepto de mesadas pensionales se reducirían entre 0,02% y 0,04% del PIB por año, como resultado de la implementación de la medida, con la salvedad de lo señalado en el párrafo anterior, que puede terminar afectando esta proyección.

A manera de conclusión, dado que el signo del efecto fiscal de largo plazo es negativo, se puede afirmar que la implementación de la Doble Asesoría sí cumplió el objetivo de aliviar las finanzas públicas por el concepto de traslados de afiliados hacia el régimen público. Como ya se mencionó, esto se puede explicar principalmente por la caída en el número de traslados después de la medida, lo que se ve parcialmente compensado por una recomposición de los traslados hacia afiliados de mayor ingreso. En todo caso, el impacto final es de magnitud relativamente pequeña.

5. Evaluación de la Racionalidad de los traslados (RPM a RAIS)

Un ejercicio adicional, que se pudo completar al final del proyecto gracias a la disponibilidad de datos, es la evaluación del efecto de la DA sobre los traslados en dirección inversa, esto es, aquellos que pasan del régimen público (RPM) al régimen privado (RAIS). Hay que tener en cuenta que el flujo de los traslados en esta dirección es una proporción muy pequeña de los traslados totales, por lo que en términos agregados el efecto de este ejercicio es insignificante comparado con el de los traslados hacia el régimen público.

Al igual que lo observado para las otras bases de datos, después de la implementación de la DA se observa un incremento en el nivel de ingreso de los afiliados que solicitan traslado de régimen. Este patrón se observa tanto en la cohorte tratamiento ($10< s <15$) como en la cohorte Control ($15< s <20$), aunque es mucho más fuerte en la primera. Pero más allá de la recomposición por ingreso, se observa que la caída en el número de traslados después de la implementación de la

medida es significativamente más alta en esta dirección del traslado, observándose una reducción cercana a un factor de 10 en los traslados de la cohorte Tratamiento, desde 2.363 antes a 252 traslados después de la DA, un hallazgo que confirma que la medida cumplió uno de sus objetivos iniciales, la reducción del número de traslados que se hacían de manera injustificada, y que ante el suministro de mejor información se dejan de llevar a cabo.

En general, de acuerdo a la información suministrada por Asofondos, la racionalidad observada en los traslados desde el RPM al RAIS es mucho mayor a la estimada en la dirección contraria, encontrándose en todos los casos por encima del 95%. Este alto nivel de racionalidad se puede explicar por una razón: los afiliados que se trasladan a los fondos privados son por lo general más jóvenes, con una edad media cercana a los 36 años. Esto implica que tienen un menor número de semanas cotizadas y mayor incertidumbre sobre lo que pueden llegar a alcanzar durante su fase laboral, lo que aumenta los niveles de racionalidad sobre todo en el caso en que la densidad esperada se estima a partir del parámetro ρ, obtenido de Núñez (2009)[1]. Esto significa que, bajo la alta incertidumbre que implica estimar sus cotizaciones en el largo plazo, lo más probable es que no lleguen a alcanzar los requisitos en semanas del régimen de reparto.

Dicho lo anterior, se encuentra que la racionalidad observada en los traslados antes de la introducción de la DA es ligeramente *mayor* que la racionalidad observada en los pocos traslados realizados después de la medida. Aunque se podría pensar que esto sería un hallazgo en sentido contrario a lo esperado, en el sentido que no habría contribuido a mejorar la calidad de las decisiones de los afiliados, hay que diferenciar, al igual que en el ejercicio anterior, lo que es el efecto de la tendencia (que habría ocurrido incluso en la ausencia de la medida) del efecto directo de la DA sobre la población objetivo. Para esto, es necesario apoyarse de nuevo en la existencia de un grupo Control (15< ***s*** <20), que nos sirve como contrafactual a los individuos de la cohorte Tratamiento (10< ***s*** <15).

De esta forma, se observa que la cohorte de Tratamiento presenta una disminución de la racionalidad de 0,46 puntos porcentuales, al pasar de 99,24% a 98,78%[2]. Mientras tanto, la cohorte Control exhibió una reducción de la racionalidad desde 98,66% a 97,99%, una caída de 0,67 puntos porcentuales. La diferencia en el impacto entre grupo Tratamiento y Control, de 0,22 puntos porcentuales a favor de la cohorte Tratamiento, constituiría entonces el efecto positivo de la introducción de la Doble Asesoría sobre la composición de los traslados desde el RPM al RAIS. Aunque es un impacto relativamente marginal, se puede afirmar que el verdadero efecto

[1] En el caso en que la densidad se asuma como 100%, la racionalidad de los traslados cae ligeramente, pues es más probable que el afiliado logre cumplir las semanas requeridas para una pensión contributiva en el régimen público, por lo que pasarse al régimen privado deja de ser una decisión óptima para algunas observaciones.

[2] Acá vale la pena hacer una aclaración. La caída en la racionalidad se observa al estimar el total de la población, pero si se toman en cuenta sólo aquellos trabajadores con un ingreso superior a 1,6 salarios mínimos mensuales (el umbral que vuelve relevante el suministro de información verídica y pertinente, puesto que para cualquier ingreso inferior es irracional pasarse al régimen público), se termina observando incluso un *incremento* de la racionalidad.

de la DA sobre este tipo de traslados fue el generar una fuerte caída del número y frecuencia de traslados, que como vimos se redujeron en cerca de un factor de 10.

6. Percepción de la Doble Asesoría por parte de afiliados y funcionarios

Por último, adicional a los ejercicios cuantitativos sobre la estimación del impacto fiscal de la DA, se llevaron a cabo en el presente proyecto una serie de indagaciones de carácter cualitativo sobre la percepción que genera la introducción de la DA tanto sobre los usuarios que fueron beneficiarios de la medida, como sobre los funcionarios que la ejecutan. Para esto, se llevaron a cabo tres grupos focales y cuatro entrevistas semiestructuradas a funcionarios de las Administradoras privadas y de Colpensiones que tienen a su cargo el servicio de asesoría para el traslado de régimen, con lo cual se recabó información sobre dimensiones puntuales de la política y sobre los aspectos a mejorar.

En general, se puede decir que los participantes consideran que la DA opera adecuadamente. Consideran que la opción de contar con un segundo proceso de asesoría mejora la probabilidad de tomar la opción correcta, y toman como un paso en la dirección correcta el hecho que ambos regímenes interactúen para poder culminar el proceso. Sin embargo, mencionan ciertos aspectos que reconocen como debilidades y que es preciso puntualizar.

En primer lugar se tienen los temas generales del proceso de asesoría. Por un lado, se comenta que el procedimiento para la solicitud de citas es demorado y engorroso, por lo que se sugiere que podría ser más simplificado y ágil. En este tema, los consultantes consideran también que el tiempo entre la primera y la segunda asesoría debe ser más corto, con el fin de poder generar comparabilidad entre la información recibida por cada lado. Otro tema que se resaltó fue la opción, en algunos casos ausente, de adelantar el proceso de forma presencial, dado que varios participantes de los grupos focales señalaron que sólo se les ofreció la opción telefónica, cuando hay cierto consenso en que la asesoría presencial es mejor que la virtual.

Otro aspecto importante es el seguimiento que hace el sistema a los individuos trasladados, que en la actualidad es inexistente. Aunque este seguimiento post-traslado puede ser un proceso costoso para el sistema, sí hay ciertas medidas que pueden llegar a mitigar el impacto del traslado sobre el afiliado. Específicamente, se menciona la importancia que tiene el envío de extractos por la *nueva* administradora. En general, estos extractos no son entendibles para el afiliado común, por lo que se sugiere que haya un acompañamiento de la entidad, que en la mayoría de casos es Colpensiones, para que el afiliado trasladado entienda su nueva situación y el formato e información de los extractos, y los requerimientos que tiene que cumplir a futuro para obtener los requisitos mínimos para una pensión contributiva. Esta confusión es particularmente relevante en el caso de aquellos afiliados que cambian el tipo de ocupación, por ejemplo pasando de ser empleados a independientes.

Con respecto a las diferencias en el proceso de DA por parte de cada uno de los regímenes, los afiliados consideran que la estructura de la asesoría es más completa en el caso de Colpensiones que en el de los fondos privados. Esto porque en el caso de Colpensiones sí se ofrece un análisis comparativo de los beneficios que se obtendrían en ambos regímenes, mientras que en el caso de las AFPs se habla de los beneficios que se obtienen de quedarse en ahorro individual, pero no se hace un análisis comparativo. De hecho los fondos privados solo proyectan los dos escenarios pensionales cuando el consultante realiza la solicitud, pero esta información no hace parte del protocolo de atención e información para la DA. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la proyección del monto recibido como pensión en el RAIS cuenta con una alta incertidumbre, dado que la tasa de remplazo depende del monto depende del capital ahorrado y sus rendimientos, lo que varía permanentemente, razón por la cual la AFP solo proyecta los escenarios a partir de la solicitud.. Este aspecto se complementa con la percepción de que hace falta celeridad a las Administradoras para subir los datos del traslado al sistema de asesoría, porque el afiliado se puede ver afectado por un aplazamiento del proceso debido a demoras en el intercambio de información.

A Colpensiones, por su parte, se le criticó el hecho que buscaran siempre realizar la *segunda* asesoría. Cuando los afiliados buscan asesoría en Colpensiones, aparentemente la institución recomienda tomar la primera asesoría con las administradoras privadas, y luego devolverse a Colpensiones para realizar la segunda asesoría. No hay razón para que se siga esta política, dado que el proceso debe ser idéntico y simétrico en ambos regímenes.

Por último, un aspecto que debería ser fundamental en todo proceso de asesoría, pero que desafortunadamente parece no estar presente en los protocolos de atención, es la explicación de la opción de pasar los ahorros al programa de Beneficios Económicos Periódicos-BEPS. Esta alternativa permitiría pasar los ahorros de los afiliados que no alcanzan a cumplir los requisitos mínimos para alcanzar una pensión contributiva, y que de otro modo serían devueltos en un único pago, a un sistema de erogaciones periódicas, con un subsidio de 20% del Estado[3]. El que las AFP no tengan incluido dar esta información en el protocolo de atención, significa que estarían incumpliendo una obligación que tienen, pues hoy la regulación sobre BEPS expresamente les ordena darla a sus afiliados que tendrán derecho a devolución de saldos.

Pero más allá de los aspectos puntuales a mejorar, a lo largo de los grupos focales y las entrevistas surgió cierto consenso sobre la falta de cultura pensional en la población trabajadora colombiana, lo que lleva a tomar decisiones erradas y a no ahorrar lo suficiente para aplicar a una pensión contributiva. Por esto, se recomienda la implementación de campañas masivas de comunicación que propendan por el fortalecimiento de una cultura de ahorro y en donde se expliquen las características específicas del sistema pensional colombiano. Una última

[3] La evidente falta de información sobre este tema, y su ausencia en los protocolos de asesoría pensional, se refleja en el hecho de que, de aquellos afiliados que deciden pasar su fondo pensional al programa BEPS, más del 95% pertenezcan al régimen público, lo que demuestra una ausencia de información pertinente a los afiliados del régimen privado.

recomendación en este sentido, que puede llegar a ser interesante, es la implementación de un proceso de doble asesoría a todos los jóvenes que están ingresando al mercado laboral con su primer trabajo, y a los cuales es necesario ilustrar sobre las ventajas y desventajas de cada régimen, para que comiencen con información completa y se afilien a aquel sistema que le puede arrojar mejores resultados en el largo plazo.

***

Las conclusiones en materia jurídica, así como las recomendaciones de política para armar la defensa del sistema pensional contra las demandas por traslados extratemporales, se verán en detalle en los siguientes dos capítulos de la presente entrega.

CAPÍTULO 2. Argumentos de la Línea Jurídica de Defensa del Sistema

En el presente capítulo se desarrollan los argumentos que se deben tener en cuenta para realizar la defensa de las entidades en los procesos de nulidades de traslados pensionales que se vienen presentando a lo largo del territorio nacional, con el fin de buscar la declaración de nulidad del traslado que hiciera en su momento el afiliado desde el Régimen de Prima Media – RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS.

Es de anotar que una vez revisados diversas demandas, contestaciones a las mismas y fallos de primera y segunda instancia así como de casación, se ha encontrado de forma generalizada que se viene declarando la nulidad de los traslados y afiliaciones del RPM al RAIS, ordenándose de esta forma el regreso al RPM y que las prestaciones del Sistema General de Pensiones sean reconocidas por Colpensiones.

De forma general y en la mayoría de los procesos judiciales, se ha argumentado como sustento de la declaratoria de nulidad que no se encuentra probado que las Administradoras de Fondos de Pensiones hubiesen suministrado información necesaria y relevante sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional, y con base en ello se concluye que el afiliado fue inducido en error para conseguir su traslado pensional. Dentro de este contexto, se afirma que el formulario de afiliación no permite concluir que la información brindada fue clara, precisa y detallada sobre las ventajas y/o las desventajas de los traslados. Con base en lo anterior se presentarían vicios en el consentimiento del afiliado, los cuales generan la nulidad del traslado.

Con el presente documento se busca demostrar que es posible realizar una defensa de fondo frente a las demandas de nulidad de los traslados pensionales. A continuación se presentan once argumentos jurídicos y procesales y una recomendación final que pueden guiar el proceso de defensa jurídica del sistema pensional.

1. Validez y eficacia del acto jurídico de afiliación al RAIS

El ordenamiento jurídico trae consecuencias negativas frente a un acto o negocio jurídico que no cumpla con los requisitos que establece la normativa o bien cuando adolece de alguno de sus elementos o presupuestos para que exista. También se producen tales consecuencias cuando el acto o negocio jurídico no se ajusta a derecho en tanto que contraviene principio de orden público, las buenas costumbres o el ordenamiento jurídico.

Como ha sido ampliamente aceptado la ineficacia es el género mientras que la nulidad es la especie, sin embargo, se considera que esta última afecta un acto o negocio jurídico en razón a un vicio en su constitución porque, entre otras cosas, la nulidad y en especial la relativa debe ser declarada por autoridad judicial, lo cual no ocurre con la ineficacia pues se ha entendido que esta opera sin que sea judicialmente declarada.

Para ello pueden verse los artículos 1501, 1502, 1602, 1741, 1742 y 1743 del Código Civil.

De manera entonces, que cuando se pretende invalidar un acto o negocio jurídico por un vicio en su consentimiento se hace necesario es declarar la nulidad del mismo.

Precisado lo anterior, tenemos que desde el punto de vista legal, existen unos requisitos mínimos que deben satisfacerse al momento de realizar un traslado de régimen pensional.

Para comenzar, el Sistema General de Pensiones previó, con el fin de salvaguardar el equilibrio económico del sistema, una permanencia mínima en el régimen seleccionado, la cual fue inicialmente de por lo menos tres años y que luego fueron aumentados a cinco años con la expedición de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, tal requerimiento no se predicaba para quienes al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados al ISS, y para los servidores públicos que se encontraban afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordenara su liquidación, los cuales podían ejercer en cualquier momento la opción de traslado.

De otro lado, la solicitud de traslado de régimen de ahorro individual debe constar por escrito, tal y como se deduce de literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y ello se concreta mediante un formulario que debe contener como mínimo lo establecido en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Si se confronta lo anterior con el formulario de solicitud de vinculación a la AFP, se ve que en el mismo se cumplen a cabalidad las formalidades señaladas en la mencionada norma, especialmente la declaración de escogencia libre y voluntaria de régimen pensional, que no pudo de modo alguno pasar inadvertida por el demandante, pues se encuentra en la misma parte donde suscribió el documento.

El literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispuso al igual que el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, lo siguiente:

> ***ARTICULO. 13.- Características del sistema general de pensiones***. *El sistema general de pensiones tendrá las siguientes características:*
>
> ***(****…)*
>
> *b) La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona*

natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley;

De otra parte, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, dispuso:

ARTICULO. 271.-Sanciones para el empleador. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al fondo de solidaridad pensional o a la subcuenta de solidaridad del fondo de solidaridad y garantía del sistema general de seguridad social en salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador…"

Conforme a lo anterior, tenemos que la AFP no atentó contra el derecho de afiliación y selección del régimen pensional del demandante, porque no le impidió en ningún momento trasladarse al régimen de prima media; es relevante indicar que la selección del régimen que realizó el demandante es libre y voluntaria, como lo indica el inciso segundo del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en virtud del principio de la buena fe.

Hacer ver que el acto jurídico de afiliación a la AFP es nulo y/o ineficaz, una afirmación de este talante no puede estar más alejada de la realidad, como se explica a continuación:

Todas las actuaciones de la AFP están y siempre han estado precedidas por la buena fe y la legalidad, es por lo anterior que todas las personas afiliadas a las Administradoras de Fondos de Pensiones lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal como lo manda el artículo 13 de la ley 100 de 1993, y no existe ninguna prueba, indicio, o decisión judicial en la cual se demuestre que hubo coacción, imposición, soborno o cualquier otra actuación ilegal para lograr los miles de traslados que se han dado hacia las AFP.

Prueba de lo anterior, es el formulario de afiliación mediante el cual el actor manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, esto se evidencia en el aparte del formulario, voluntad de selección y afiliación suscrito por el demandante.

Es importante resaltar que todos los formularios de afiliación de las AFP cumplen con los requisitos establecidos en el decreto 692 de 1994 art. 11 y ss.

Ahora bien, es importante resaltar que las AFP brindaron la asesoría conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento. Las AFP se han caracterizado por capacitar a sus asesores de acuerdo a esta normatividad para que puedan brindar una asesoría clara, completa, integral, pero sobre todo profesional respecto al Régimen de Ahorro Individual y sus efectos.

Cabe anotar que dentro de la información que se le ofrece a los afiliados a las AFP, se les indican temas como: la posibilidad que tienen de optar por una pensión a una edad anticipada siempre y cuando cuenten con capital suficiente que les permita financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo legal mensual vigente al año de 1993, tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993; la figura de la Garantía de Pensión Mínima de Vejez a la que tienen derecho en el evento de no cumplir con el capital requerido para acceder a la pensión de vejez, siempre y cuando cumpliera con los requisitos de edad y semanas exigidos en el artículo 65 de la ley 100 de 1993 (1150 semanas de cotización); la posibilidad de obtener unos excedentes de libre disponibilidad, el factor herencial del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual a falta de beneficiarios de Ley, entre otras ventajas. De igual forma, se le entera sobre las implicaciones que apareja su afiliación al RAIS y los aspectos diferenciadores respecto al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Es ilógico que el demandante pretenda una declaratoria de nulidad y/o ineficacia del acto de afiliación derivada de un vicio del consentimiento por error, toda vez que el mismo se afilió de forma voluntaria, manifestando su consentimiento con la suscripción del formulario, luego de habérsele brindado la asesoría adecuada según la normatividad vigente para la toma de la decisión y en ese sentido dicha decisión de afiliación estuvo claramente exenta de cualquier vicio del consentimiento.

No puede hablarse de que existió un error de hecho en el consentimiento del demandante al momento de suscribir la afiliación a la AFP, pues al afiliado se le brindó la información necesaria para la toma de la decisión, adicionalmente el actor no señala sobre qué punto de hecho se dio el error pues es claro (y de conformidad con el Código Civil) que el actor conocía plenamente la especie u objeto del negocio, esto es, sabía perfectamente que con su voluntad se estaba afiliando al RAIS y cambiaba sus condiciones pensionales, también conocía calidad del objeto pues como ya se dijo fue informado suficientemente sobre las calidades del régimen y las consecuencias del mismo para su futuro pensional explicándole en detalle cada una de sus características, y finalmente tampoco existió error en la persona ya que eligió y conocía a la AFP y no fue esta la causa determinante de la celebración del contrato.

Si lo que se pretende es que se establezca que el consentimiento estuvo viciado por un error de derecho, es importante recordar que de conformidad con el artículo 1509 del Código Civil, “el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”, en ese sentido, el desconocimiento que en su momento el actor tuvo de los aspectos legales del RAIS no vician el consentimiento, pues como se sabe de vieja data “el desconocimiento de la ley no sirve de

excusa".

Así las cosas, no puede hablarse de una nulidad en el acto jurídico de afiliación del actor pues como quedó demostrado no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues se insiste, la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido.

No puede tampoco pretenderse la ineficacia del acto jurídico de afiliación, pues la AFP jamás ha ejercido, ejerce, ni ejercerá fuerza o presión sobre una persona para que se afilie al Fondo de Pensiones y Cesantías, ya que las actuaciones que adelanta dicha entidad siempre están ajustadas a las buenas costumbres, la moral, la buena fe y la ley. Así las cosas las AFP no han atentado contra el derecho del demandante a la selección libre, voluntaria y espontánea del organismo de seguridad social al que quiso pertenecer, acorde a lo preceptuado por el art. 271 de la Ley 100 de 1993.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral respecto a ciertos criterios que se deben tener en cuenta para que pueda predicarse la ineficacia del acto jurídico del traslado, indicando que *"existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que: 1. la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho…"* (Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral. Rad. 47125. MP. Gerardo Botero Zuluaga. 27 de septiembre de 2017.

De lo anterior entonces se puede establecer que en la mayoría de los casos NO hubo insuficiencia en la información brindada al momento de su vinculación pues como se ha manifestado, se le explicó con claridad el funcionamiento del Régimen y sus implicaciones, tampoco se están causando lesiones injustificadas al derecho pensional del afiliado que impidan su acceso al mismo.

Queda más que demostrado que el acto de afiliación del demandante a la AFP, es totalmente valido, eficaz y libre de cualquier vicio del consentimiento tal como quedó anteriormente expuesto y en ese sentido es propio decir que, unido este argumento a los demás presentados a continuación, las pretensiones del demandante no deberían prosperar.

Ahora bien, el traslado de régimen no puede invalidarse por el consentimiento de las partes, si no por causas legales, tales como las dispuestas en el artículo 1502 del Código Civil, de manera que si el demandante afirma que tal acto no fue libre, espontaneo y sin presiones deberá demostrar la existencia de un vicio en el consentimiento que lo anule, habida cuenta que contrario a lo expresado la jurisprudencia de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, en ningún momento la normativa existente para la fecha en que se trasladó el demandante de régimen pensional y atinente a esa materia supeditaba la eficacia o validez del traslado a una asesoría con los alcances fijados por sus decisiones judiciales, por lo que resulta desproporcionado imponerle tales cargas a las AFP.

Tampoco puede llegar a concluirse que el traslado de régimen debe invalidarse porque al demandante no se le haya advertido de la pérdida del régimen de transición, cuando se trata de una circunstancia prevista en la Ley, nada menos que en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de suerte entonces que según lo previsto en el artículo 1509 del Código Civil no hay lugar a declarar un vicio en el consentimiento pues el error de derecho no vicia el mismo.

La Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad de tal precepto, expuso en la sentencia C-993 de 2006, lo siguiente:

> *"Esta corporación ha manifestado en múltiples ocasiones que, con fundamento en el principio democrático (preámbulo y Arts. 1º y 3º C. Pol.), el legislador goza de potestad de configuración normativa, en ejercicio de la competencia general para hacer, interpretar, reformar y derogar las leyes, que le atribuyen los Arts. 114 y 150 superiores, siempre y cuando respete los límites representados por los valores, principios y derechos consagrados en la misma Constitución y por el principio de razonabilidad.*
>
> *En el asunto que se examina, la previsión del error de hecho como vicio del consentimiento en la celebración de los negocios jurídicos, y la exclusión, con tal carácter, del error de derecho, es una expresión del ejercicio de dicha potestad de configuración normativa que respeta los mencionados límites, en particular los principios de autonomía de la voluntad privada y de igualdad invocados en los cargos de la demanda, por las siguientes razones:*
>
> *i) Como se señaló en estas consideraciones, en un Estado democrático todos los órganos del mismo y todas las personas están sometidos al ordenamiento jurídico. Esta condición permite lograr un orden justo y la convivencia pacífica en la sociedad, los cuales son esenciales en un Estado de dicha naturaleza, como lo es el Estado colombiano, y que consagra la Constitución tanto como valores como fines del mismo (preámbulo y Art. 2º).*
>
> *En este sentido, en desarrollo del principio de seguridad jurídica, el ordenamiento civil colombiano adoptó el principio general del Derecho Romano según el cual la ignorancia del Derecho no sirve de excusa (iuris ignorantia non excusat), con la consecuencia de que el error de derecho perjudica (iuris error nocet). Así lo estableció en el Art. 9º del Código Civil, en virtud del cual "la ignorancia de las leyes no sirve de excusa" y en el Art. 1509 ibidem, una de las normas objeto de la demanda que se estudia, que dispone que "el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento". Esto último significa que el error de derecho no da lugar a la declaración judicial de nulidad del negocio jurídico y que, por tanto, la parte de éste que lo cometió debe asumir todas las consecuencias de su celebración.*
>
> *En estas condiciones, las normas demandadas tienen como fundamento el principio de seguridad jurídica, en cuanto el legislador consideró que la eficacia del ordenamiento*

jurídico en las relaciones entre los particulares no puede quedar subordinada a la veracidad o falsedad del conocimiento que aquellos puedan tener sobre los derechos que son objeto de los negocios jurídicos. Así mismo, se fundan en la tradición secular derivada del Derecho Romano y del desarrollo de éste en diversos ordenamientos, principalmente europeos, inspirada en el mismo principio".

Por ejemplo, en un proceso que cursó en la ciudad de Bogotá contra la AFP PROTECCIÓN SA, radicado con el No. 11001310502220150061300 la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá revocó la decisión de primera instancia que declaraba la ineficacia del traslado de régimen aún cuando se trató de una persona que para ese momento era beneficiaria del régimen de transición. Al respecto consideró, según apartes de la sentencia STL 17222 de 2016 con radicación 45300 y ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverri Bueno, lo siguiente:

"la nulidad del traslado de régimen resultaba procedente cuando se acreditaba por la parte interesada, esto es, la demandante, la configuración de alguno de los vicios del consentimiento previstos en el artículo 1508 el Código Civil, que eran en definitiva, el error, la fuerza y el dolo.

Dilucidado dicho aspecto, el ad quem revisó los elementos de convicción que obraba en el expediente, y, con fundamento en dicho ejercicio, llegó al convencimiento de que en el caso sometido a escrutinio, la demandante no había demostrado la existencia de vicios que, según lo señalado, daban lugar a la estructuración de la nulidad pretendida.

Señaló el tribunal, además, que la afirmación de la demandante, relativa a que había sido inducida al trasladarse de régimen, porque desconocía las implicaciones previstas en el inciso 4º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no tenía la virtud de suplir su inactividad probatoria, como tampoco de anular el acto de traslado, debido a que, por expresa disposición del artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho, como el señalado, no viciaba el consentimiento."

Frente a esa decisión se presentó una acción de tutela por la parte demandante por una supuesta vulneración al derecho a la igualdad al no haberse aplicado en su criterio la jurisprudencia de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia y es así como el máximo órgano de cierre en la citada sentencia STL 17222 de 2016 dispuso:

"Así las cosas, concluido el análisis de la decisión objeto de cuestionamiento, para la Sala es claro que la misma no responde a la descripción contraria al debido proceso que adujo la tutelante en el escrito que dio origen a este trámite constitucional, pues, independientemente de si se comparte o no el criterio allí expuesto, lo cierto es que los argumentos que expuso la corporación accionada para sustentarla, fueron plausibles y justificados, así como compatibles con la interpretación armónica y coherente que hizo el

juez colegiado, de la normas sustantivas que regulaban el debate jurídico sometido a su consideración.

En ese orden, para esta Sala es claro que la intervención del juez de tutela, en este puntual evento, no se encuentra justificada de ninguna manera, debido a que la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que según la ley era el juez natural de la controversia que se suscitó entre Eunice Giraldo Carmona , la AFP Protección SA, cumplió con la legítima tarea de impartir justicia que le había sido encomendada y no incurrió en los yerros protuberantes que, excepcionalmente, aconsejan la adopción de medidas urgentes por parte del juez de tutela."

Como puede verse las decisiones proferidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia no son una camisa de fuerza para el juzgado, quien puede apartarse de sus decisiones de manera razonada y sustentada, como bien lo hizo la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, con lo cual se respeta la autonomía judicial bajo el amparo del artículo 230 de la Constitución Política.

De otro lado, se tiene que en este caso no se vislumbra prueba alguna de la fuerza como error en el consentimiento establecido en el artículo 1513 del Código Civil, tampoco del dolo contemplado en el artículo 1516 ibídem.

De manera entonces que teniendo sólo la capacidad de viciar en el consentimiento el error de hecho, relacionados en los artículos 1510 y 1511 del Código Civil, tampoco se evidencia prueba del mismo y en todo caso le corresponde a la parte demandante estructurar el error de hecho y demostrarlo.

Por ello, se considera que no puede trasladarse la carga de la prueba a la AFP, puesto que se reitera, que según la doctrina sobre el error de hecho como vicio del consentimiento, quien alega padecerlo debe probar que asumió una conducta diligente que le hubiese evitado incurrir en tal error, pues de lo contrario, se concluye, estaría sacando provecho de su propia culpa o negligencia.

2. El desconocimiento de la ley no genera un vicio en el consentimiento.

No puede pasarse por alto que aún cuando la parte demandante alega la supuesta existencia de un vicio del consentimiento a razón de la falta de información y de supuestos engaños que habría sido generado por parte de la AFP, lo que para el demandante deviene en un error, es necesario tener en cuenta que las disposiciones normativas que regulan el RPM y el RAIS son claras en señalar cuáles son las condiciones, características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Por esto, no resulta viable que en la suscripción del formulario de vinculación y

traslado del RPM al RAIS realizado por la AFP se hubiese podido configurar un error de derecho sobre la especie del acto o el objeto, o un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Es más, aceptar la existencia de un error de derecho en los términos señalados por la parte demandante implicaría reconocer que el ordenamiento jurídico, en contravía de lo establecido en el artículo 9 del Código Civil, tiene como excusa el desconocimiento del derecho, lo cual no es viable, más aun cuando el artículo 1509 del Código Civil indica que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, pues precisamente equivaldría a que el traslado a la AFP se generó como consecuencia del desconocimiento de la ley por parte de la demandante.

Así las cosas, señala el artículo 9 del Código Civil:

> *"La ignorancia de las leyes no sirve de excusa".*

Igualmente, prescribe el artículo 1509 del Código Civil.

> *"El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento".*

En este punto resulta indispensable señalar que salvo el error de derecho que se analizó en precedencia, la única causal adicional que podría esgrimir el demandante sería el de dolo por parte de la AFP que realizó el traslado de régimen pensional, sin embargo, no puede pasarse por alto que el demandante en la demanda no alega ni allega prueba siquiera sumaria dirigida a acreditar que la AFP que llevó a cabo el traslado hubiese actuado de manera dolosa.

Sobre el particular, se debe indicar que los artículos 1515 y 1516 del Código Civil son enfáticos en señalar que el dolo no vicia el consentimiento, salvo que sea obra de una de las partes y tuviese la incidencia tal que de no haber existido el dolo, la demandante no habría suscrito el contrato. Asimismo, se indica que el dolo no se presume, salvo para los casos en los que la ley así lo señale, en todos los demás casos el dolo deberá probarse.

Así las cosas, si lo que se pretende alegar es que alguna de las administradoras del RAIS indujo a error, ello no implica otra cosa más que la administradora habría actuado de manera dolosa y, en consecuencia de ello habría un vicio en el consentimiento. Sin embargo, dicha alegación está llamada al fracaso, toda vez que: i) las características, condiciones, ventajas y desventajas con las que cuenta cada uno de los regímenes, se encuentran establecidas en la ley 100 de 1993 y las demás disposiciones complementarias, de manera que el dolo, en caso de existir, no es de naturaleza tal que de no haberse presentado la demandante no hubiese suscrito el contrato, pues el demandante contaba con las herramientas suficientes y necesarias para poder verificar si la información dada por parte de la AFP era suficiente o no; ii) de otro lado se debe resaltar que el demandante no prueba de manera siquiera sumaria la existencia del dolo, de manera que el mismo no podrá ser declarado si la demandante no cumple con la carga que la ley le impone en su cabeza.

3. En caso de existir nulidad alguna, la misma ya se encontraría saneada.

Se debe tener en cuenta que, aun cuando se aceptará que existió un vicio en el consentimiento del demandante, lo cierto es que este tipo de vicio sólo tiene la facultad de generar una nulidad relativa más no absoluta, de manera que la misma, en atención a lo señalado en el artículo 1743 del Código Civil, que indica:

> *"La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes".*

Lo anterior, no implica cosa distinta a que, si en gracia de discusión se aceptara que existió una nulidad relativa por un presunto vicio del consentimiento, la misma actualmente se encuentra saneada por la ratificación del demandante en su interés de permanecer vinculado al RAIS, lo cual se confirma no sólo con la continuidad en la realización de aportes a seguridad social por intermedio de entidades administradoras de este régimen, aun cuando podía haberse trasladado de nuevo al RPM.

4. Estudio de validez y eficacia del traslado de régimen debe hacerse de cara a las exigencias normativas existentes para el momento de realización del mismo, bajo el principio de irretroactividad de las normas jurídicas.

Con la expedición de los Decretos 2555 de 2010, 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, se reforzaron los criterios bajo los cuales las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general. De hecho, la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen nace sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, que modificó a su vez el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, que indica:

> *"Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al consumidor financiero. 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 de pensiones.*

Las administradoras de los dos regímenes del sistema general de pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es, del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de 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 de 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 del valor de 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 de 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.*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, 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 la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto…"

Tratándose de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo es claro que la regla general es la irretroactividad de la ley, esto es, las normas jurídicas regulan situaciones futuras o posteriores

a su promulgación, pues las situaciones consolidadas en el pasado serán reguladas por la norma anterior.

Con base en esto, hay quienes argumentan que sólo hasta la promulgación de la ley 1328 de 2009 y el decreto 2555 de 2010 se estableció expresamente el deber de las AFP de asesorar e informar a sus consumidores financieros sobre los efectos, beneficios e inconvenientes de los regímenes pensionales y con posterioridad a dichas normas la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 complementan lo anterior ordenando a las AFP poner a disposición de los usuarios herramientas financieras que permiten obtener mayor comprensión sobre el régimen pensional seleccionado y los efectos que acarrea su decisión de trasladarse o permanecer en uno u otro.

Adicionalmente, sólo hasta la Circular 016 de 2016 surgió la obligación para las administradoras de conservar soportes documentales que den cuenta de la doble asesoría recibida por los usuarios cuando desean afiliarse o trasladarse de un régimen pensional a otro, por lo que hasta este año (2016) las asesorías que se venían realizando a los afiliados en la mayoría de los casos eran verbales sin que por ello pueda afirmarse que no fueran asesorías completas, transparentes, veraces y oportunas; tampoco podía exigirse a la AFP que fuera de otro modo ya que ésta era una forma correcta de actuar y ajustada a la ley vigente al momento del traslado de la demandante.

Así mismo lo ha ratificado la Superintendencia financiera en Concepto 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015 al absolver la siguiente pregunta de un ciudadano:

> *"Sobre este particular, debe advertirse que no obstante la existencia del deber de asesoría, sólo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es claro el deber legal de las administradoras de "poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado", por lo que en vigencia del Instituto de Seguros Sociales los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones la asesoría podía no contener la ilustración correspondiente a la favorabilidad en cuanto al monto de la pensión."*

En todo caso, si en el debate probatorio se llegase a probar que hubo una falencia informativa por parte de la AFP, se hace indispensable señalar que las obligaciones generales y especiales vigentes para las AFP al momento de realizar el traslado inicial de régimen pensional, se encuentran establecidas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, dentro de las cuales no se establece el deber de información alegado.

Así se pronunció la Superintendencia Financiera en concepto 2015123910 del 29 de diciembre de 2015, en el que se señaló:

> *Sobre este particular, debe advertirse que no obstante la existencia del deber de asesoría, sólo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es claro el*

deber legal de las administradoras de "poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado", por lo que en vigencia del Instituto de Seguros Sociales los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones la asesoría podía no contener la ilustración correspondiente a la favorabilidad en cuanto al monto de la pensión.

Revisada la Ley 100 de 1993, como el Decreto 692 de 1994 y el Decreto 1161 de 1994, que reglamentaron lo referente a la selección de régimen pensional y afiliación en el sistema general de pensiones, puede concluirse que no se previó la realización de una proyección pensional en la que se exhibiera el monto de la pensión de vejez en muchos regímenes pensionales, como mucho menos se dispuso que la asesoría debía estar documentada, siendo pues esa la razón por la que se realizaba de manera personalizada.

Sólo a partir de la expedición de la Circular Externa 016 de 2016, que modificó el capítulo I del Título III de la Parte II de la Circular Básica Jurídica las AFP están obligadas a conservar y soportar documentalmente las asesorías , tal y como lo dejó en claro la Superintendencia Financiera de Colombia en Concepto 2017056668-001 del 12 de junio de 2017, donde se expuso además el desarrollo normativo que ha tenido el alance del deber de información de las administradoras de fondos de pensiones.

Además cabe resaltar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte de Justicia, y en concreto en sentencia del 09 de septiembre de 2008 con radicación 31989 hace mención a que las AFP les corresponde dar cumplimiento a los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, siendo un error evidente pues de la lectura de tales artículos se observan obligaciones de tipo técnico que surgen luego de la afiliación o vinculación con la administradora de fondos de pensiones, pero nada dicen respecto bajo que condiciones debe darse la asesoría de traslado de régimen.

Aunado a ello, la obligación de realizar una asesoría, bajo el presupuesto de la "*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 (..)"* fue expresamente consagrada a partir del 1º de julio de 2010, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2241 de 2010, en consecuencia a partir de ese momento debe exigirse una información a las administradoras de fondos de pensiones, pues anterior a ello aunque les asistía el deber de información no era bajo esas premisas y bastaba como se dijo de una comparación simple entre regímenes pensionales.

En suma, el deber de asesoría e información de parte de las administradoras de fondos de pensiones ha tenido un desarrollo por la normatividad durante las últimas dos décadas de funcionamiento del sistema, por lo que no es razonable ni jurídicamente válido que se les impongan deberes de información que no estaba previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento en que se generó el traslado de régimen.

5. Falta de ejercicio de la facultad de regresar al RPM

Es importante señalar que una vez efectuado el traslado de régimen por el afiliado, éste tuvo diferentes oportunidades en las que pudo regresar al régimen de prima media sin que hubiese hecho uso de la facultad con que contaba para hacerlo; en primer lugar, el decreto 1161 de 1994 consagra el derecho que tienen los afiliados de retractarse de su decisión o elección de régimen pensional en los 5 días siguientes a la suscripción del formulario, posibilidad que no usó el afiliado.

De igual forma, el demandante tampoco hizo uso de la facultad establecida en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, la cual consiste en la posibilidad de trasladarse de régimen pensional cuando ha permanecido en el mismo durante 3 años (ya que para esta época aún no se había modificado por la ley 797 de 2003).

Adicionalmente, el demandante tampoco optó por regresar al RPM en el periodo o año de gracia otorgado por el art.1 del Decreto 38010 de 2003, a pesar de que esta prerrogativa fue ampliamente publicitada por las Administradoras de fondos de pensiones a través de Asofondos mediante aviso en el diario El Tiempo el 14 de enero de 2004.

Conforme a esto, no es de recibo que después de transcurridos tantos años, el demandante pretenda invalidar o decir que es ineficaz un acto jurídico plenamente realizado con todos sus efectos, con el argumento de no haber recibido información suficiente pues como quedó demostrado éste tuvo conocimiento en varias oportunidades de la posibilidad de regresar al RPM y tampoco ejerció su derecho en el término oportuno.

6. La variación del monto de la pensión NO constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia:

El demandante fue plenamente informado sobre la característica principal del RAIS, la cual es la construcción de un ahorro en una cuenta individual donde se depositan todos los aportes pensionales a lo largo de la vida, generando rendimientos financieros de acuerdo al comportamiento del mercado; adicionalmente se informó que el monto de la pensión es variable pues depende de diversas circunstancias y condiciones particulares de cada afiliado como lo son: edad, beneficiarios, expectativa de vida según tabla de mortalidad de rentistas, saldo de la cuenta de ahorro individual (capital, bono y rendimientos), factor actuarial (combinación expectativa de vida y factor financiero), aportes voluntarios y la regulación de la Superintendencia Financiera y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para liquidar la mesada, por lo que era imposible para la fecha de la afiliación a la AFP, con salario y beneficiarios de esa época y sin tener en cuenta los rendimientos que iba a generar la cuenta de ahorro individual, prever el monto con el cual se podría pensionar, sin embargo se brindaron estos parámetros legales generales de aquella época

con el fin de no dar lugar a creación de expectativas falsas o elevadas por parte de la afiliados ya que su mesada es el resultado de sus cotizaciones más sus ganancias financieras.

7. Validez y eficacia del traslado de régimen no puede sustentarse en la realización o no de una proyección pensional.

La Superintendencia Financiera de Colombia, dentro de sus competencias emitió el Concepto 123910 del 29 de diciembre de 2015 a través del cual le consulta una ciudadana, si tenía derecho a que la AFP en la que se encontraba filiada le indicara cual era la información y asesoría que le había brindado, porque sus semanas de cotización como su ingreso base de cotización y edad le permitían una pensión más favorable. Al respecto indicó el ente de control y vigilancia lo siguiente:

> *"(…)*
>
> *Sobre este particular, debe advertirse que no obstante la existencia del deber de asesoría, sólo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es claro el deber legal de las administradoras de "poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado", por lo que en vigencia del Instituto de Seguros Sociales los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones la asesoría podía no contener la ilustración correspondiente a la favorabilidad en cuanto al monto de la pensión".*

El análisis efectuado por la Superintendencia Financiera se acompasa con el principio de irretroactividad de la ley, así pues, que no le es dable a la autoridad judicial imponer una obligación de manera retroactiva y mucho menos declarar la nulidad o ineficacia de un acto jurídico con base en exigencias inexistentes para tal época.

En todo caso como lo definen las normas en comento la proyección pensional no crea una situación jurídica en favor del afiliado o potencial afiliado en tanto que tal información puede variar. Por consiguiente, si se sustentara la validez del traslado del régimen en la realización de una proyección pensional, llegaríamos al punto donde se podría alegar igualmente su ineficacia si los resultados arrojados por ésta fuesen distintos a la pensión que llegase a obtener el afiliado, cuando se itera, la conformación de la pensión de vejez depende de factores futuros e inciertos, como el valor de los rendimientos financieros, la información relativa al estado civil y beneficiario para el caso del régimen de ahorro individual, como incluso la continuidad en las cotizaciones y su monto es un incierto.

Tampoco debe pasarse inadvertido que las AFP no pueden obligarse a garantizar a sus afiliados el monto de una pensión de vejez como tampoco la adquisición del derecho, hasta tanto no se hayan consolidado los presupuestos legales para ello, ya que su obligación es de medio y no de

resultado, pues dada su naturaleza, se encargan de la administración de los aportes a pensión y de mesadas pensionales de ser el caso, pero el cumplimiento de los requisitos y condiciones para acceder a las prestaciones del sistema general de pensiones depende del aportante.

8. Prescripción

Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara que al momento del traslado la parte demandante fuese objeto de algún tipo de vicio de consentimiento, no se puede pasar por alto que la pretensión de nulidad se encontraría actualmente prescrita, en atención a lo señalado en el artículo 1750 del Código Civil que predica:

> *"El plazo para pedir la rescisión durara cuatro años. Este cuatrienio se contará, en el caso de violencia, desde el día en que ésta hubiere cesado; en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato. Cuando la nulidad proviene de una incapacidad legal, se contara el cuatrienio desde el día en que haya cesado esta incapacidad. A las personas jurídicas que por asimilación a los menores tengan derecho para pedir la declaración de nulidad, se les duplicará el cuatrienio y se contará desde la fecha del contrato. Todo lo cual se entiende en los casos en que las leyes especiales no hubieren designado otro plazo".*

Esta posición es reiterada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia 22.125 de 2014 indicó:

> *"La nulidad absoluta se reduce a las causales contenidas en el artículo 1741 ibidem, esto es, el objeto ilícito, la causa ilícita, la omisión de ciertos actos o actos o contratos en consideración de la naturaleza de ellos y la incapacidad absoluta, mientras que en relación con la nulidad relativa esa misma disposición dispuso en su inciso final cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato', lo que se predica como derivados de una incapacidad relativa o incapacidades particulares como por ejemplo, las que impone la ley a ciertas personas para ejecutar algunos actos, los emanados del consentimiento, valga decir, el error, el dolo y la fuerza, la lesión enorme en ciertos casos, etc.*
>
> *Es del caso agregar, que de haber existido un vicio que diera lugar a la única nulidad posible para el caso particular, esto es, la relativa, estaría vencido el plazo de cuatro años para pedir la rescisión o nulidad de contrato previsto en el artículo 1750 ibidem"*

La anterior postura se encuentra válidamente respaldada por jurisprudencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en sentencia del 10 de septiembre de 2012, en la que se señaló:

"Pero, como si lo anterior fuera poco, ante la clara sindicación de la actora de haber sufrido engaño por parte de la A.F.P. Porvenir S.A., esto es endilgarle dolo en su actuar, frente al expreso mandato legal contenido en el artículo 1516 del código civil, no cabe duda que debió probar su afirmación, lo que no se observa que hubiese ocurrido, pues en el expediente no hay prueba en tal sentido.

Finalmente resulta del caso notar que, tampoco estaba llamada a prosperar la pretensión con base en la jurisprudencia traída a colación por el Juzgado, pues ésta contempla unos supuestos de hecho totalmente diferentes a los del presente caso, en cuanto el allí demandante para el momento del traslado ya había reunido los requisitos para pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida, lo que de suyo le representaba un perjuicio actual evidente, situación que no se percibe en el presente asunto, en el que múltiples motivos pudieron haber movido la voluntad del accionante para preferir el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que, para el momento en que lo hizo se perciba de manera manifiesta el acaecimiento de un perjuicio evidente (...)".

Ahora bien, si el Despacho considera que dada la naturaleza de seguridad social que tiene la acción de nulidad interpuesta por la demandante, las normas que regularían la prescripción en el caso en concreto serían los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, que establecen un término de tres años para que opere la prescripción.

Así las cosas, si la afiliada resolvió trasladarse del RPM al RAIS en el mes de enero de 1995, ello implicaría que desde enero de 1998, la acción para solicitar la nulidad se encontraria sencillamente prescrita.

Aunado a lo anterior se tiene que, no puede otorgársele a la acción de nulidad los mismos efectos que se le otorgan al derecho pensional, pues la naturaleza del primero es la de un contrato civil, aun cuando tenga incidencia indirecta en el derecho pensional de cada uno de los afiliados. Asimismo, se deberá tener en cuenta que el derecho pensional, así como los aportes a seguridad social en pensiones se tornan imprescriptibles a razón de la naturaleza de la prestación, que no es otra que la de ser una obligación de tracto sucesivo. Sin embargo, no sucede lo mismo con el traslado de la demandante a uno u otro régimen, toda vez que pertenecer a uno u otro régimen no afecta el reconocimiento mismo al derecho pensional.

Lo anterior resulta aún más relevante, en la medida en la que, tal y como lo admite la demandante en los hechos del libelo demandatorio, se tiene que con independencia del régimen al cual se encontrara cotizando, obtendría garantizado el derecho pensional.

Si lo que se pretende es que se declare la nulidad por vicio en el consentimiento, la misma se tendría que declarar a través de la nulidad relativa, la cual goza de 4 años para iniciar la respectiva acción rescisoria,

El término de prescripción inicia desde el momento que se suscribe el acto o contrato, transcurridos los 4 años, el acto se convalida y la nulidad de que adoleciera desaparece y ya no podrá ser alegada por acción o excepción. Lo anterior de conformidad con lo establecido por el artículo 1750 del Código Civil.

En sentencia de tutela contra autoridad judicial del 15 de abril de 2015, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se manifestó al respecto, aclarando cualquier duda que se pudiera presentar y avalando la posición de la Sala Laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Antioquia el cual se refirió a la prescripción en los siguientes términos.

"No podemos desconocer que el fundamento fáctico de la controversia que nos convoca es de tipo civil porque tienen relación directa con los elementos del consentimiento, pues se está invocando el error como causal de nulidad y entonces por ello consideramos que en aplicación del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social es viable dar aplicación al artículo 1750 invocado por la parte apelante y contabilizar el término prescriptivo desde el 1º de septiembre de 1994, a la misma fecha, día y mes de 1998 para efectos de prescripción. Entonces, así las cosas encontramos que la acción rescisoria para perseguir la nulidad del acto jurídico de traslado en este caso se encuentra prescrita y como no cabe duda que ese término empezó a contabilizarse el 1º de septiembre de 1994, no tenemos noticia en el expediente de que haya sido objeto de interrupción o de suspensión, entonces debe prosperar como previa". Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 14 de abril de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Mauricio Burgos Ruiz. STL 4593-2015. Rad. 39718. Citando a la sala Laboral del Tribunal Superior de Antioquia en providencia del 2 de octubre de 2014.

Es importante resaltar que en la sentencia citada la Corte indicó estar de acuerdo con la posición del tribunal respecto a la prescripción en estos eventos y decidió negar el amparo al accionante.

De conformidad con lo anterior queda más que claro que la acción pretendida se encuentra prescrita, pues si adicionalmente se pensara en aplicar las normas sociales referentes a la prescripción, es decir, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y el articulo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, la acción prescribió pasados 3 años desde la suscripción de la afiliación, es decir, un término menor al establecido en el artículo 1750 del Código Civil.

Finalmente, hay que decir que se está tratando un aspecto derivado de la prestación pensional, pero no la prestación pensional en sí misma y en ese sentido no puede hablarse en ningún momento de imprescriptibilidad de la acción ya que en ningún caso se está afectando el derecho pensional del demandante. Es importante resaltar que este aspecto igualmente lo avala la Corte Suprema de Justicia en la sentencia antes citada.

9. La jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no resulta aplicable al caso que se analiza.

En este punto es indispensable señalar que si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a razón de su carácter unificador, cuenta con efecto *erga omnes*, lo cierto es que las tesis sostenidas por dicha Corporación únicamente le serán aplicables a aquellos casos análogos, esto es, a aquellos casos que guarden similitud fáctica con los estudiados por la Corte.

Así las cosas, se debe resaltar que las sentencias que se han ocupado del análisis de la nulidad del traslado han estudiado lo concerniente a aquellos casos en los que el afiliado que ha llevado a cabo el traslado de régimen pensional cuenta con la condición no sólo de beneficiario del régimen de transición, sino que para el momento del traslado ya contaba con los requisitos para tener acceso al derecho pensional en el marco del régimen de transición o estaba realmente próximo a cumplirlos. Casos en los cuales la jurisprudencia ha entendido que el único capital con el que contaría el afiliado para garantizar su pensión sería el bono pensional al que tendría derecho, el cual a la postre, podría verse afectado por las variaciones financieras y los rendimientos de dicho capital. Sobre el particular se pueden consultar las sentencias con número de radicación 33083, 31989 y 31314.

> *"Finalmente resulta del caso notar que, tampoco estaba llamada a prosperar la pretensión con base en la jurisprudencia traída a colación por el Juzgado, pues ésta contempla unos supuestos de hecho totalmente diferentes a los del presente caso, en cuanto el allí demandante para el momento del traslado ya había reunido los requisitos para pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida, lo que de suyo le representaba un perjuicio actual evidente, situación que no se percibe en el presente asunto, en el que múltiples motivos pudieron haber movido la voluntad del accionante para preferir el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que, para el momento en que lo hizo se perciba de manera manifiesta el acaecimiento de un perjuicio evidente (...)".*

Sin embargo, debe tenerse presente que la jurisprudencia que hoy se usa para sustentar la demandas en general no es aplicable a los casos de traslados regulares porque las personas no cuentan con derecho al régimen de transición y esto lo deberían tener presente los jueces de instancia, que deberían descartar el uso de esa sentencias como jurisprudencia prevalente.

10. Violación al principio constitucional de la Sostenibilidad Financiera

En este punto y ante la ausencia de consideraciones de fondo respecto a la violación del principio de sostenibilidad financiera, que logren demostrar que la declaración de nulidad de los traslados del RAIS al RPM van en contravía del mandato constitucional establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, es necesario exponer lo siguiente.

En la sentencia SU-210 de 2017, la Corte Constitucional frente al principio constitucional de la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, expresó lo siguiente:

> *"… En 2005, el artículo 48 de la Carta fue adicionado de la siguiente manera:*
>
> ***"Artículo 1°.** Se adicionan los siguientes incisos y parágrafos al artículo 48 de la Constitución Política:*
>
> *El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.*
>
> *La jurisprudencia de la Corte, con base en la exposición de motivos del Acto Legislativo 01 de 2005, ha explicado que dicha reforma constitucional buscó como principal objetivo homogeneizar los requisitos y beneficios pensionales en aras de lograr una mayor equidad y sostenibilidad en el sistema pensional.[4] Para este fin, se estableció que era necesario eliminar los regímenes especiales, y anticipar (de 2014 a 2010) la finalización del régimen de transición reglamentado en la Ley 100 de 1993. Todo ello, sin afectar los derechos adquiridos de quienes habían consolidado sus derechos y las "expectativas legítimas" de las personas que tenían cotizadas al menos 750 semanas a la entrada en vigencia de la reforma. En este sentido, el Acto Legislativo dispuso una serie de propósitos, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente manera[5]:*
>
> *(i) la finalización de los regímenes pensionales diferentes al régimen general;*
>
> *(ii) la obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez (edad, tiempo de servicios, semanas de cotización o capital necesario y factores de liquidación de la pensión);*

[4] Como se anotó en la Sentencia C-258 de 2013, a pesar de las finalidades y principios reconocidos en el artículo 48 Superior, los cuales fueron reiterados y desarrollados por la Ley 100 de 1993, para 2005 el sistema de pensiones solamente cobijaba al 57% de la población colombiana económicamente activa, de los cuales únicamente el 42% eran cotizantes activos. Estos datos, entre otros, motivaron la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005.
[5] *Cfr*. Sentencia C-258 de 2013.

(iii) *el reconocimiento de la importancia de la sostenibilidad financiera del sistema, encaminada a lograr la cobertura universal y el pago futuro de las pensiones a cargo del sistema;*

(iv) *el respeto por los derechos adquiridos, y el mandato legislativo de establecer un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el lleno de los requisitos;*

(v) *el establecimiento de un tránsito progresivo para hacer compatible el régimen de transición con la terminación de los regímenes especiales; y*

(vi) *la prohibición, a partir del 31 de julio de 2010, de causar pensiones superiores a 25 salarios mínimos.*

Dentro de los aspectos relevantes de la sostenibilidad financiera, se buscó prevenir la práctica de la creación de beneficios pensionales desproporcionados con cargo a los aportes de las generaciones venideras. Así por ejemplo, con base en los principios constitucionales de la seguridad social, y en especial de los de universalidad y solidaridad, la Corte consideró justificado adoptar medidas como la obligatoriedad de la afiliación al Sistema General de Pensiones[6], la limitación temporal del régimen de transición, la posibilidad de variar algunas de las reglas aplicables a sus beneficiarios[7], y el establecimiento de requisitos estrictos para el retorno al régimen de prima media en el caso de personas próximas a reunir los requisitos para pensionarse[8].

Al respecto, Kamila Jaramillo Campo, en un artículo titulado: "*Tensión entre el principio de sostenibilidad financiera y el principio de la condición más beneficiosa en la pensión de sobrevivientes"*, expuso lo siguiente:

"… Así las cosas, la pensión es un gasto social que le corresponde atender, en cierta proporción, a la Rama Administrativa del Estado, pues es un derecho de los habitantes del territorio nacional que cumplan las condiciones legales de acceso al mismo. En ese orden de ideas, la pensión, como gasto público social, debe estar contemplado en una de las partidas del Presupuesto Nacional, pero sin perder de vista, que la capacidad presupuestal del Estado es limitada, por lo que hay que buscar un punto de equilibrio entre el derecho garantizado y el costo que ello implica.

(…)

[6] *Cfr.* Sentencias C-1089 de 2003 y T-138 de 2010.
[7] *Cfr*. Sentencia C-242 de 2009.
[8] *Cfr*. Sentencia T-489 de 2010.

3. Principio de sostenibilidad financiera. 3.1. Concepto. El principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional fue elevado a rango constitucional en el artículo 48 de la Constitución Política, tal como lo ha entendido el Tribunal de Casación en materia Laboral y de la Seguridad Social[9] por lo que no es posible aplicar automáticamente el mandato de progresividad, pues las decisiones deben buscar que los principios coexistan y se desarrollen de manera armónica, teniendo en cuenta que se dispone de recursos limitados, que deben ser distribuidos de acuerdo con las necesidades de la población, buscando la efectividad de los derechos. Surge de lo anterior que el principio de sostenibilidad financiera guarda coherencia con el principio de progresividad, pues salvaguarda al sistema, ya que busca blindarlo contra crisis económicas y un eventual colapso financiero. Pero bajo condiciones demográficas de aumento de la población pensionable, el Sistema General de Pensiones no es sostenible indefinidamente, necesita de cotizaciones efectivas y de recursos extras destinados por el Gobierno Nacional, para que queden garantizadas las prestaciones económicas. Consecuentemente, en un régimen de reparto, se puede hablar de un sistema de pensiones autosostenible cuando con los aportes de los cotizantes obligatorios se pueden pagar las pensiones de los actuales pensionados, y si además con los aportes del Estado se pueden pagar los pasivos del sistema, lo que permite acumular reservas para el pago de las mesadas futuras[10]. Son las anteriores razones suficientes por las cuales la misma Constitución Política busca preservar la sostenibilidad financiera del sistema, con mandatos y reglas que ordenan armonizar los derechos de los colombianos con un Estado financieramente viable.

3.2. Marco constitucional. El Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones como un presupuesto esencial, de orden superior, para garantizar el derecho de todos los ciudadanos a obtener una pensión, dando prevalencia al interés general. En tal sentido se pronunció la Corte Constitucional, indicando que "las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados.

Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema."[11] De la misma manera, el Acto Legislativo 03 de 2011 adicionó el artículo 334 de la Constitución Política, y allí reiteró la necesidad de velar por

---

[9] *REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral 23 de septiembre de 2008, Radicado 35229: "... no desconoce la Sala la obligación de progresividad con que el Estado debe ofrecer la cobertura en la seguridad social, la cual como ya lo ha dilucidado la jurisprudencia constitucional, no es un principio absoluto sino que debe estar sujeto a las posibilidades que el sistema tenga de seguir ofreciendo unas prestaciones sin que se afecte la sostenibilidad financiera del sistema..."*

[10] *CASTILLO CADENA, Fernando, p. 111-147 Diálogos de Derecho y Política \\ Número 13 \\ Año 6 \\ ISSN 2145-2784 \\ Enero – Abril de 2014. Pág. 78*

[11] *REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-242 de 2009. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.*

la sostenibilidad fiscal, pero sin afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. Es importante recordar que al comienzo de este trabajo, se definió la pensión como gasto público social, por lo que esta reforma constitucional puede afectar su contenido, teniendo en cuenta que condicionó cualquier gasto público al principio de la sostenibilidad fiscal. Por lo tanto, se puede considerar a la sostenibilidad financiera como un principio rector de todo el sistema, el cual podría afectar considerablemente los recursos para el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero también, se podría llegar a considerar que tenerlo como principio lo que pretende es garantizar este tipo de derechos en un futuro, buscando que la demanda actual de los mismos no acabe con el capital para que en las generaciones futuras los puedan disfrutar. Así las cosas, se puede llegar a la conclusión de que la sostenibilidad financiera, más que un principio, es un criterio orientador del sistema pensional, sin perder de vista su rango constitucional de principio, que entraría en una posible contraposición con otros principios del sistema …"

De la misma manera y en el mismo sentido, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 18 de julio de 2018, con ponencia del Magistrado Dr. Manuel Eduardo Serrano Baquero, revocó una sentencia de primera instancia que había declarado la nulidad del traslado de una afiliada al RAIS y en consecuencia ordenaba la afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, al respecto en la sentencia se dispuso lo siguiente:

"*El artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 dispuso para los afiliados al Sistema general de Pensiones la posibilidad de escoger libremente el régimen pensional, y trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial.*

Por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional dicha norma y el artículo 13 del Decreto 3800 de 2003 limitaron este derecho cuando el afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo quienes tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en pensiones (1 de abril de 1994) para quienes el ordenamiento jurídico conservó el derecho a regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Sobre la validez constitucional de las restricciones referidas se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido se reprodujo en lo pertinente la sentencia C-062 de 2010 providencia en la cual esa Corporación judicial manifestó lo siguiente: "El objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización el fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (…) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre la cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas,

puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás resulta contrario no sólo a concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización ecónomica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (…)"

La no contabilización de un término prescriptivo para acudir a la jurisdicción a demandar una ineficacia o nulidad de un acto o negocio jurídico como lo es el traslado de régimen esta prohijando en caso de salir prosperas las pretensiones de la demanda un desequilibrio económico del sistema general de pensiones y en especial del régimen de prima media, en razón a que no se efectuaron aportes por lo menos en los diez años anteriores a la edad para pensionarse por vejez y con todo el reclamante o la reclamante pretende que ese sistema le subsidie una mesada pensional, con lo cual resulta lógico que el sistema de reparto simple se verá abocado a una desacumulación inmediata sin haber recibido como se dijo aportes que permitieran en tiempo haber contribuido a la financiación de dicho régimen.

Ya lo expuso el Tribunal en la sentencia anotada al citar los apartes de la sentencia C-1024 de 2004, al anotar lo siguiente:

"… El objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema…"

De la misma manera años antes en la sentencia T- 489 de 2010, la Corte Constitucional se había pronunciado de la siguiente manera, haciendo referencia al equilibrio financiero que debe tener el sistema pensional colombiano a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, y en especial frente a la descapitalización del régimen de prima media con ocasión del establecimiento del período de carencia para los traslados pensionales, en esa ocasión expresó lo siguiente:

3.2.3.1.1. La protección de la sostenibilidad financiera del régimen de prima media persigue primordialmente:

… evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron

tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez[12] (T-489 de 2010).

En este punto la Sala vuelve sobre la obligación estatal consagrada en el inciso 7º del artículo 48 de la Constitución Política donde se consagra la obligación del Estado de: "…garantizar…la sostenibilidad financiera del sistema pensional…". Tal la razón por la cual la sentencia C-1024-2004[13], al declarar la constitucionalidad de los denominados periodos de carencia: no haber alcanzado 15 años de cotización o faltarle menos de 10 para cumplir con la edad para pensionarse, lo hace con el preciso objetivo de:

"evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de prima Media con Prestación Definida que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez.… Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95)…. el período de permanencia previsto en la ley, de igual manera permite defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues como previamente se expuso, se aparta del valor material de la justicia que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad a partir de los rendimientos producidos por la administración de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiados del riesgo asumido por otros (C.P. preámbulo y art. 1°), o eventualmente, subsidiados a costa de los recursos ahorrados con fundamento en el aporte obligatorio que deben realizar los afiliados al Régimen de Ahorro Individual…"

En esta cita la Sala se permite destacar dos ideas, relacionadas ambas con la sostenibilidad económica del sistema pensional. Ellas son: a-- La primera tiene que ver con la protección del capital pensional. No se puede permitir "la descapitalización del fondo", si personas que no contribuyeron a su formación, vienen a último momento, cuando les faltan ya menos de 10 años para concretar su pensión de vejez, a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión, cuyo pago desfinancia el sistema. b- En segundo término, desde una perspectiva social se contraría la equidad y se

[12] Sentencia C-1024-2004 M. P. Rodrigo Escobar Gil
[13] Ibidem

abandona el valor de la justicia material, al permitir a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales, entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas…"

Igualmente, la Corte Constitucional, aún antes de la consagración del principio de sostenibilidad financiera establecido con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, en la sentencia C -1024 de 2004, manifestó:

"…La disposición acusada establece que el tiempo de servicios prestados gratuitamente como servidor público no puede tenerse en cuenta para calcular el número de semanas que dan derecho al reconocimiento de una pensión de vejez dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. La razón de dicha exclusión se encuentra en la 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. No obstante, el derecho irrenunciable a la seguridad social en pensiones se mantiene incólume para los servidores públicos excluidos de la norma, toda vez que el mismo ordenamiento jurídico prevé herramientas para asegurar el acceso a prestaciones especiales que amparan la vejez. Así, por ejemplo, el parágrafo 1° del artículo 8 de la Ley 797 de 2003, crea un subsidio económico para aquellas personas que por diversas razones no logran acceder al reconocimiento de una pensión mínima.

Para defender su constitucionalidad, señaló que las medidas adoptadas garantizan la estabilidad y sostenibilidad del sistema, al controlar el fenómeno denominado "riesgo moral" de los afiliados que con decisiones oportunistas generan un impacto negativo en la sostenibilidad financiera del sistema.

Recordó que la Corte Constitucional, en sentencia C-086 de 2002, reiteró la amplia libertad de configuración que le asiste al legislador para restringir o limitar ciertas prerrogativas asociadas al derecho a la seguridad social y para condicionar el ejercicio de la libre elección de régimen pensional, en aras de beneficiar el interés general de los afiliados al sistema. En ejercicio de esta titularidad, la Cámara de Representantes consideró oportuno ampliar la limitación contenida en el proyecto de ley original para que no solo comprendiera la restricción al traslado del régimen de Ahorro Individual al de Prima Media, sino el traslado entre cualquiera de los dos regímenes.

Reiterando que la elección del afiliado de someterse a uno y otro régimen es libre, y que la dualidad de regímenes pensionales estimula la competencia entre los administradores de los sectores público y privado, resaltó la responsabilidad individual y social en cabeza de los afiliados de escoger oportunamente el régimen que mayores ventajas les represente, así como la oportunidad que desde abril de 1994 tuvieron para trasladarse quienes se ven perjudicados por la disposición acusada.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en: "obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar 'el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales', en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior"[14]…"

Corroborando lo anterior, la doctrina[15] al respecto ha expuesto:

"… siendo el principio de sostenibilidad financiera de rango constitucional con el AL 1 de 2005 se pretendía garantizar el pago de la pensión tanto para los beneficiarios del sistema de prima media como aquellos que se encontraran cotizando en un fondo privado,…

El Estado es quien garantiza el pago de los beneficios pensionales independientemente del monto acumulado en las cotizaciones realizadas. Este sistema debe "financiar las prestaciones económicas correspondientes, atender los gastos de administración y mantener las reservas técnicas necesarias para garantizar la efectividad y el pago de las pensiones exigibles en cualquier tiempo"

Ahora bien, partiendo de la crisis de recursos y bajo el entendido de que un sistema de pensiones es financieramente viable cuando puede auto sostenerse, es decir, "… cuando los aportes de los contribuyentes más los que realiza el Estado permiten pagar las pensiones actuales y acumular reservas para el pago de las mesadas futuras y de las pensiones en causación…". (Castillo 2006), se deduce entonces que dicha condición no es propiamente la principal característica del régimen de prima media del sistema pensional colombiano, toda vez que la garantía de reconocimiento de las pensiones, depende en buena medida del presupuesto público, absorbiendo una cuantía importante del gasto público social, representando con ello una de las principales fuentes del desequilibrio fiscal y financiero de la nación, ligando así la existencia del régimen de prima media a la voluntad política de cada gobierno…"

[14] Sentencia C-623 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[15] *Duque Gómez, N y Duque Quintero; S (2016 El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen de prima media con prestación definida en Colombia Justicia Juris, 12(1), 40-55*

Así las cosas, se solicita a los Jueces atender los criterios económicos del sistema pensional y de manera objetiva considerar que los traslados realizados en su momento por los afiliados al sistema fueron racionales en la medida que para ello las AFP brindaron la información clara, oportuna y veraz que se podía dar conforme a la legislación vigente y de tal manera no existe ningún vicio en el consentimiento, igualmente los afiliados podían hacer uso del regreso al régimen de prima media cuando les faltare los 10 años para pensionarse y no lo hicieron y esta situación no se daba por tratarse de un capricho de las Administradoras, sino que también tenía como fundamento la ley que así lo establecía, la cual no podía ser desconocida por el demandante, de lo contrario, es totalmente claro que existirá un desbalance económico en el RPM, en razón a que durante los 10 años anteriores a la edad para la pensión no se realizaron los aportes necesarios para la financiación de la pensión en el régimen de prima media administrado por el Estado, violando esto la norma constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema.

Recomendamos que, para reforzar este punto, el Ministerio de Hacienda proceda a hacer una estimación aproximada del costo fiscal potencial que representa este fenómeno de demandas de traslados extratemporales. Esto se puede hacer a partir de la información de los afiliados al RAIS que están cerca de obtener su pensión, es decir, se encuentran a menos de 10 años de cumplir la edad mínima (esta información no fue posible obtenerla para el presente proyecto), aplicarles un porcentaje estimado de cuántos podrían presentar una demanda de nulidad de traslado, y luego estimar una proporción de las demandas que son exitosas y estimar el costo fiscal que implica el volverlos a recibir en el régimen público. Para esto, consideramos pertinente usar la metodología de costo fiscal de largo plazo, planteada en el segundo capítulo de la tercera entrega, con lo cual sería posible estimar la proporción de los pagos pensionales futuros, asociados a cada afiliado que anula su traslado, que exceden el monto de recursos recibidos durante el traslado y por tanto corresponden a un subsidio puro que otorga el Estado. La sumatoria del costo pensional asociado a cada uno de estos afiliados representaría el costo fiscal potencial que debería asumir el Estado en un futuro, de seguir la actual tendencia de demandas de traslado extratemporal, el cual puede llegar a ser una amenaza de carácter sistémico a la sostenibilidad de las finanzas del sistema pensional colombiano.

11. Correcto ejercicio y desarrollo de la defensa judicial por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones y de Colpensiones.

Revisadas las contestaciones de las demandas, las audiencias de pruebas y los fallos judiciales, se encuentra que las demandadas no realizan un ejercicio a fondo de los medios probatorios establecidos en la legislación procesal respectiva. Consideramos que se deben practicar las

pruebas establecidas en el Código General del Proceso - CGP, legislación aplicable por analogía del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social - CPTSS la declaración de parte del demandante (art. 191 y ss), declaración de terceros (art. 208 y ss), documentales (art. 243 y ss).

Para la realización y práctica de éstas, las demandadas deben ejercer una posición activa frente a la solicitud y práctica de las mismas, se debe buscar demostrar al juez de instancia en efecto que no existió vicio en el consentimiento y que el afiliado–demandante, de manera libre y voluntaria, realizó su afiliación al RAIS. De igual manera se deben practicar los testimonios de ser procedentes, dado que se trata de situaciones personales que en ocasiones son ajenas a los terceros y ellos sólo conocen las situaciones del caso cuando han escuchado al afiliado.

La prueba documental debe demostrar el cumplimiento expreso de la normatividad frente a la exigencia de los requisitos que debía contener los formularios y la forma de la afiliación, se debe hacer ver al juez que el demandante al firmar el documento de forma expresa y voluntaria manifestó su voluntad de trasladarse del RPM al RAIS.

***

Para finalizar este capítulo, y al margen de todo lo expuesto, debemos exponer la siguiente recomendación:

1. Teniendo en cuenta que en algunas circunstancias se ha evidenciado una actitud pasiva por parte de las Administradoras frente a la defensa de los traslados y las declaraciones de nulidad que han ordenado los jueces de la República, llegando al punto de no interponer los recursos de apelación en contra de las sentencias de primera instancia y tampoco los recursos de casación en contra de las sentencias proferidas en segunda instancia, se considera que la Nación, bien sea Colpensiones, Superintendencia Financiera o el Ministerio de Hacienda, deben evaluar las circunstancias y eventualmente actuar en caso de que las condiciones lo ameriten. Las AFP deben cumplir con el deber de debida diligencia que les corresponde, y en el evento de ser las causantes de la nulidad del traslado conforme lo manifiestan los jueces de la República, o en aquellos casos en que no se evidencia un actuar con diligencia, identificando como intervenir, por ejemplo creando pactos de defensa, debe requerírseles pues ellas administran los recursos de las cuentas de ahorro individual, con todo lo que eso significa, y para ello son beneficiarias de las comisiones y los rendimientos que por ley les autorizan para que ingresen a su patrimonio.

2. Debe evitarse, por parte de todas las instancias: las AFP, Colpensiones, los ministerios e inclusive la Superfinanciera, que se estructure un daño patrimonial que debe asumir la

Nación, al tener que administrar los recursos de los trasladados al RPM por menos de 10 años y reconocer las pensiones de afiliados que no han aportado al fondo común desvalorizando el mismo, llevando a la Nación a aportar más recursos los cuales no se encuentran proveídos.

3. Debe tenerse en cuenta que el efecto de una nulidad es devolver las cosas al estado anterior, siendo esto que el que el afiliado regrese al RPM, con lo cual debe evaluarse lo que puede significar la administración de recursos ejercida por la AFP, la afiliación, el recaudo de aportes, el pago del seguro previsional, entre otros, frente a las comisiones recibidas, sus rendimientos y todos los beneficios que hubiera recibido producto de la administración de la cuenta de ahorro individual, en razón a que pudieron recibir de más si no actuaron con la debida diligencia que le asiste a un buen fiduciario, cuando por su actuar se haya declarado la nulidad. También debería evaluarse el actuar de Colpensiones y su consecuencia, si tenemos en cuenta que le cabe responsabilidad si eventualmente no ejerce su deber de defensa judicial en nombre de la Nación.

4. Con el fin de alinear los incentivos de los distintos actores del sistema, se sugiere que lo anterior puede realizarse siempre y cuando se demuestre que no ha habido debida diligencia en la defensa jurídica por parte de la AFP y/o Colpensiones.

CAPÍTULO 3. Conclusiones y Recomendaciones para organizar la defensa del Sistema Pensional

Esta alta litigiosidad que se está presentando en el Sistema, cada vez en mayor proporción, con miras a lograr la autorización de traslado del RAIS al RPM, superando las reglas establecidas por la normatividad, en el sentido que el último traslado se debe dar 10 años antes de cumplir los requisitos de pensión, es algo que nos debe poner de presente una alerta máxima frente a la cual debemos actuar si queremos que el Sistema avance hacia una realidad que permita fluir en un futuro hacia una necesaria Reforma Pensional. La situación es cada vez más grave si tenemos en cuenta que los demandantes no sólo son afiliados activos sino personas ya pensionadas del RAIS y que en 4 meses el número de estas personas pensionadas que están solicitando el traslado al RPM ya ha aumentado en un 15%.

Esta alta litigiosidad y las consecuencias que están teniendo las autorizaciones para que las personas se trasladen al RPM son perversas para un sistema dual como el colombiano. Así, la nulidad del traslado implica que la AFP entregue el saldo que existe en la cuenta y Colpensiones reciba este capital para reconocer la pensión, lo que exacerba uno de los problemas actuales del Sistema, el desequilibrio financiero en el RPM, dado el cambio en los escenarios de afiliación de la población a los dos Régimenes Pensionales. Por otra parte, la generación de flujos de caja hacia el RPM por fuera de lo presupuestado hasta en $3 billones de pesos, como el de este año, 2018, ha ayudado a financiar anualmente el sistema, pero bajo una lógica perversa de asumir pasivos futuros mucho mayores a los ingresos actuales de recursos y a las proyecciones realizadas.

La litigiosidad y la argumentación esgrimida por los demandantes, así como el sentido de las sentencias, en su gran mayoría evidencia que no hay claridad ni para los afiliados ni para los jueces, que este es un Sistema de Pensiones en que el afiliado es "activo" frente a él, es decir, debe tomar decisiones y hacer selecciones de manera autónoma, tanto de régimen, como de fondo y de mecanismo de pensión. Recordemos lo que establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993: "*(..) b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la ley,(...)*"

Además, es un Sistema en que hay posibilidad de modificar la decisión a lo largo del tiempo con ciertos límites, como lo establece el literal e. del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, a partir del cual la decisión debe ser asumida en todo lo que le corresponda, así en un futuro la consecuencia de esas decisiones generen un perjuicio como es el caso del monto de la pensión. No puede olvidarse que la diferencia entre los regímenes es tal que cada uno tiene "costos" y "beneficios" diferentes, según la situación de tiempos cotizados, ingreso base de cotización, proyección de empleabilidad, ingresos a recibir, beneficiarios o grupo familiar, entre otros factores. De hecho,

esta separación de Regímenes ha sido evaluada y encontrada constitucional por parte de la Corte Constitucional, que ha indicado en la sentencia C-538/96: *"Se previó un Sistema dual de pensiones: el sistema de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad. La dualidad de régimenes ejercita y estimula como lo quiso el legislador la competencia en el sector público y el privado, lo cual redunda en beneficio de la eficacia y eficiencia de los servicios de seguridad social. Hacer una igualación de los regímenes, puede significar la desaparición de dicha competencia*." Acá el concepto de competencia asume que los afiliados deben asumir el rol de un consumidor racional de un servicio, a partir del cual debe procurar tomar una elección informada.

Sin embargo, de las revisiones que se hicieron de jurisprudencia y las respuestas en los procesos, queda la sensación de que este punto o no se señala, o no se le ha hecho suficiente énfasis por parte ni de las AFP, ni de Colpensiones en las respuestas a los jueces, siendo algo sobre lo que claramente debe insistirse. Este es un mensaje que debe fortalecerse y recalcarse en todas las instancias, que este no es un Sistema impuesto, que está diseñado para que el afiliado actúe activamente y tome sus decisiones a lo largo del tiempo, y para que se empodere de las mismas, como lo hace con sus decisiones financieras cuando selecciona un banco o un mecanismo de ahorro, financiamiento y/o pago.

Por ello para salirle al paso a esta problemática se debe hacer un esfuerzo conjunto de todas las instancias del Sistema, en varios sentidos: un escrito que recoja cómo a lo largo del tiempo se ha surtido esa labor de asesoría, información y buen consejo, cómo ha evolucionado y se ha fortalecido, y cómo desde la instancia de la Superfinanciera como entidad de vigilancia se ha velado por el fortalecimiento de está obligación que se exige de las administradoras. Este deber es descrito en el siguiente aparte, que se cita de la sentencia del 9 de septiembre de 2008, Radicado 31989, proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en que manifestó:

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

En dicha sentencia la Corte señala que la falta al deber de información se constituye en un engaño, por ello es importante un escrito en que se exponga por parte de la Superfinanciera y el Ministerio de Hacienda, y eventualmente el Ministerio de Trabajo, la evolución de la obligación de asesoría y buen consejo, que recopile cómo la obligación de selección prevista en nuestro Sistema, que comienza con la selección de régimen, estuvo acompañada del deber de asesoría. De hecho es relevante citar el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que señalaba lo siguiente:

"Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. *Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado*."

Este escrito puede mostrar cómo está obligación de las administradoras a lo largo de los años se fue fortaleciendo con requerimientos adicionales frente a sus promotores en pos de mejorar los mecanismos de información y de búsqueda de que el afiliado tenga la posibilidad de tomar su mejor decisión según su situación, su conveniencia. Esto ha hecho que se haya obligado paulatinamente a fortalecer cada vez más la labor de asesoría y deber del buen consejo, por parte de las administradoras para con los afiliados: obligando a contar con asesores capacitados, con conocimiento certificado que le den a lo largo del tiempo una correcta información, cuando se afilia, se traslada o se va a pensionar, además de la que recibe a través de los extractos.

El tema también fue considerado en la Ley 1328 de 2009, Ley de Protección del Consumidor Financiero, en la que se señala que la información suministrada por las entidades vigiladas al consumidor financiero debe ser cierta, suficiente y oportuna, bajo el principio de transparencia, lo fue reglamentado por el Decreto 2555 de 2010, en que se previeron algunas disposiciones del Régimen de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones, y se reiteró que las Administradoras de los dos regímenes deben actuar con debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores financieros reciban la atención, asesoría e información suficiente que les permita tomar decisiones informadas.

Luego la Ley 1748 de 2014 en su artículo 2° parágrafo 1° adicionó un inciso al artículo 9° de la ley 1328 de 2009, el cual determina la obligación de garantizar que los afiliados al sistema general pensiones reciban una asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para el traslado, con miras a que el afiliado tome con conciencia sus decisiones.

De lo anterior se evidencia que la definición de una doble asesoría fue parte de la búsqueda de fortalecer los mecanismos que le permitan al afiliado empoderarse y ver los diferentes puntos e implicaciones de la decisión a tomar.

Como conclusión de este punto, se visualiza la necesidad de que las instancias de seguimiento y vigilancia, la Superintendencia Financiera y el Ministerio de Hacienda, además de producir el escrito mencionado deben solicitar, tanto a las AFP como a Colpensiones, la información de las demandas actualizada y ordenada de forma sistemático, con el fin de tener claridad del estado de las mismas. Adicional a esto, es importante que se recoja la argumentación de defensa utilizada en las distintas instancias y la claridad de que se están utilizando todas las instancias de defensa, también tanto por las AFP como por Colpensiones (lo cual no parece esta sucediendo en este momento), con el fin de poder diseñar una defensa coordinada y cerrar las posibles brechas, aprovechando las instancias existentes tanto en la jurisdicción laboral como en la constitucional inclusive.

En la medida que el Minhacienda ha expedido y redimido un bono pensional en favor de una persona a la que luego se le permite el traslado, puede estarse dando algún posible argumento de debido proceso, que eventualmente puede ayudar a que el Ministerio pueda ser parte, y así aportar alguna claridad del proceso planteada por una instancia diferente a las Administradoras.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta también para el análisis de esta problemática lo que dispone el artículo 335 de la Carta, que junto con artículos como el 48 enmarcan el actuar de las Administradoras de Pensiones. De acuerdo con este artículo el actuar de una AFP debe estar inspirado por el interés colectivo, más aún en la medida en que son entidades de carácter previsional. Este artículo señala:

"*Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito*."

Así pues, en la línea de lo señalado por este artículo de la Constitución, fue desarrollado legalmente este régimen, de acuerdo con lo cual el artículo 4º del Decreto 656 de 1.994 señala lo siguiente:

"Artículo 4º.- *En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter previsional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados*."

Teniendo en cuenta lo anterior la situación que se viene presentando, las sentencias que autorizan el traslado aduciendo que la persona no recibió la mejor información, que no fue bien asesorada e inclusive que la doble asesoría ha debido existir desde el comienzo, son un campanazo de alerta porque surge la pregunta de si la consecuencia que se genera debe ser resarcida, y por lo tanto debe hacerse algún requerimiento a las AFP en la medida en que la autorización de traslado genera un impacto fiscal, y eso se debió a que la entidad que actúa como una fiducia frente a los afiliados al RAIS no cumplió en su integridad con las obligaciones.

En este sentido es bueno tener presente lo señalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las siguientes citas:

"*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las*

administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información."

"*Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social* (…)"

"*Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura*."

"*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña*."(Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, M.P. EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS, Expediente No. 31.989 del 9 de septiembre de 2008).

Por ello es clave contar con los brochures y demás información comercial que se entregaba en esos momentos a los afiliados, además porque suponemos que las administradoras tienen, sino frente a cada uno de sus afiliados, sí frente a la generalidad, algún récord que permite saber el acercamiento que se tuvo, así sea cuantos años recibió el extracto sin consultar nada al respecto, o cuantas veces se trasladó entre AFP, lo cual supone el acercamiento a los promotores. No olvidemos que la norma ha permitido, antes cada 5 años, ahora cada 10, el traslado entre regímenes. Así que argumentos de defensa frente a la prevención de ser afiliados pasivos por parte de las AFP existen, y para una buena defensa deben desplegarse. No podemos olvidar que en las sentencias la Corte Suprema ha hablado del engaño, ha señalado que éste no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada. En este sentido se visualiza muy necesario trabajar articuladamente una defensa más completa y estratégica, no sólo entre las AFP, lo cual nos señaló Asofondos es una de sus labores, sino con Colpensiones y los Ministerios, e inclusive recurrir a la Agencia de Defensa Judicial del Estado, por cuanto es un tema que lo amerita el creciente numero de demandas, alentado por oficinas de litigantes que se encargan de identificar población "afectada", no sólo de personas activas que les falta menos de 10 años para

pensionarse y ya no podrían legalmente hacerlo, sino también, y lo más grave, de personas ya pensionadas por el RAIS.

En dicha defensa deben tenerse respuestas a la argumentación utilizada que en general plantea que dado que las normas han velado porque se cumpla con la obligación de buen consejo y asesoría, hay que formularse preguntas como la de si se trata de un deber y de una obligación de la entidad el brindar esa asesoría personalizada ¿qué ocurre cuando la entidad no lo hace?; ¿qué ocurre cuando las personas no reciben la asesoría?; ¿qué ocurre cuando a pesar de haber recibido lo extractos por años, o haberse trasladado varias veces entre AFP, el afiliado nunca quiso atender el tema, ni recibió el asesor?.

Ahora bien, qué responsabilidad le cabe a la administradora es un tema que también se debe evaluar pues como lo señala la Corte, y un riesgo para ellas del que se deben cuidar, tal como se señaló anteriormente, pues no puede obviarse lo que ha señalado la Corte en alguna sentencia, planteando que como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

"Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada." (Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, M.P. EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS, Expediente No. 31.989 del 9 de septiembre de 2008).

Dado que queda a nivel probatorio demostrar caso por caso, según haya sucedido con cada afiliado, cuándo fue su traslado al RAIS, cuántas veces se trasladó entre administradoras, y algunas pruebas que se puedan tener de lado y lado, se considera que puede hacerse por parte de una instancia, que recomendamos puede ser la Comisión Intersectorial del Régimen de Prima Media, una serie de consideraciones y reglas que ayuden a revisar de antemano los casos, sobre todo los de transición en el marco de lo resuelto por la SU - 062 de 2010, y así determinar qué tipo de discusión dar ante el juez. Así mismo, con base en esta misma jurisprudencia de la Corte Constitucional para los afiliados con régimen de transición, debe evaluarse como incluir algún tipo de sanción a quienes busquen devolverse al RPM sin ese derecho, evaluar cómo definir el cobro de una reserva, en vez de poner a pagar a las administradoras.

Lo que se defina en el marco de esta Comisión, que deberá ser una decisión colegiada, resultará de la mayor importancia para complementar el escrito genérico que se realice para adjuntar en

los procesos en que hagan parte al Ministerio de Hacienda o a la Superintendencia Financiera, dándole al juez la claridad que se está atendiendo el caso del afiliado, pero que su decisión mirada en retrospectiva como errada, no puede terminar siendo asumida por el Estado, con el impacto que ello conlleva en la sostenibilidad del Sistema General de Pensiones.

Finalmente, también debe trabajarse con la Agencia de Defensa Jurídica del Estado - ANDJ para verificar en que departamentos y ciudades se realiza la mayor interposición de demandas, con el fin de verificar que actuaciones administrativas deben proceder en caso de que se verifique que los litigantes y sus afiliados representados están interponiendo las demandas donde la jurisprudencia en la materia les es favorable, puesto que también parece evidenciarse a la fecha que éstas se interponen no en las ciudades de domicilio de los afiliados, sino donde la jurisprudencia es más favorable para tener mayores probabilidades de obtener ventajas judiciales por interpretación, que en algunos casos parece esta mediada por prejuicios contra el Régimen administrado por entidades privadas.