



La evolución normativa del deber de información por parte de las Administradoras de Fondo de Pensiones y su incidencia en la declaración de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

*Lina María Osorio Vargas
Heryl Melissa Otero Jaraba*

Introducción

A lo largo de los años la Seguridad Social en Colombia ha venido propiciando cambios significativos que han tenido como fin máximo la ampliación progresiva de su amparo y cobertura a todos los habitantes del territorio nacional, fue así como se elevó a rango constitucional mediante el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia , disposición que en su desarrollo propició la creación de la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema de Seguridad Social Integral, y en materia pensional se dio la apertura a un sistema dual de pensiones que trae consigo la inclusión del sector privado como administradoras de los recursos pensionales.

Es así como como el Sistema General de Pensiones se conformó por dos regímenes solidarios y excluyentes entre sí, el Régimen de Prima Media con Prestación definida y el Régimen de ahorro individual con Solidaridad, ambos con características propias que los hace muy diferentes en su estructura, funcionamiento y forma de pensionar a sus afiliados, no obstante, se les atribuyó la responsabilidad de ejercer el deber de información y asesoría pensional para con sus afiliados y potenciales afiliados, con el fin de que estos a través de los elementos de juicios claros y objetivos puedan escoger las mejores opciones del mercado.

Teniendo en cuenta lo anterior el objetivo del presente artículo se orienta a establecer el desarrollo normativo y jurisprudencial del deber legal de información de las Administradoras de Fondo de Pensiones (en adelante AFP) que ha sido adoptado en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, frente a la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, ello con el fin de comprender de qué forma se garantiza tanto el derecho como el deber normativo en mención que tiene los usuarios y/o afiliados del Sistema General de Pensiones.

Este tema despierta singular interés si se tiene en cuenta que muy a pesar de existir desde siempre el deber de suministrar información necesaria, transparente y oportuna por parte los Fondos de Pensiones, aquellos por el contrario se han sustraído de su deber legal al momento de efectuarse la vinculación o traslado de régimen, ocasionando una vulneración a

los afiliados no solo de su derecho a ser informados, sino además ocasionándoles consecuencias nefastas en su expectativa pensional.

Por consiguiente, las referidas actuaciones involucran derechos de gran trascendencia como lo son el derecho pensional y el mínimo vital que asegura la vida digna de las personas, es menester indagar la verdadera materialización del deber de información y asesoría pensional y como lo entiende actualmente la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia, con el fin de generar conocimiento a los lectores del presente artículo sobre las garantías que ostentan para proteger su efectivo derecho a la información frente a las Entidades que tienen deber legal de otorgarlo.

En tal sentido, el deber legal de información por parte de las entidades Administradoras de Fondo de Pensiones ha evolucionado con el fin de proteger a los usuarios del sistema pensional su derecho a estar informados para la toma de decisiones que implica el traslado de Régimen, noobstante, la disyuntiva se basa en el incumplimiento que se ha presentado por parte de las entidades sobre quienes recae la obligación de asesorar de manera clara, detallada y transparente las ventajas y desventajas que conlleva cada régimen pensional.

Dicho fenómeno ha desencadenado pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el que a grandes rasgos ha reforzado lo que debe ser el cumplimiento real del deber legal de información y todo lo que este debe comprender, motivo por el cual se orientará esta investigación a conocer el criterio actual de esta Corporación con el fin de establecer los parámetros exigidos para la materialización de los derechos de los usuarios y/o afiliados a estar plenamente informados.

Para tal efecto, la pregunta problema a resolver es: ¿Cuál ha sido el desarrollo normativo y jurisprudencial del deber legal de información de las AFP con base en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en sus decisiones frente a la declaratoria de la ineeficacia de traslado entre regímenes pensionales?.

En este orden de ideas, el deber de información reviste un gran relevancia jurídica y social en materia pensional en razón a las expectativas y derechos que se ven involucrados, sin embargo, se ha encontrado que este mismo ha sido desconocido a lo largo de los años por parte de las Administradoras de los Fondos de Pensiones quienes en su afán de abarcar el mayor número de afiliados desplegaron estrategias de persuasión sin que se ofreciera una asesoría al usuario que incluyera información necesaria que lograra la mayor transparencia posible al momento de efectuarse el traslado o la vinculación, y con esto se le permitiera tomar una decisión acorde a su expectativa pensional. Así las cosas, presente artículo se estructurará en las siguientes partes. La primera parte sobre la conformación y evolución del Sistema Pensional Colombiano, los regímenes existentes y los presupuestos legales para su

traslado. La segunda parte en cuanto a la evolución normativa del deber legal de información que le asiste a las AFP desde su nacimiento hasta la actualidad. Y Finalmente la tercera parte, se destinará al estudio de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral de los presupuestos actuales exigidos para el cumplimiento íntegro de los deberes de información que se requiere por parte de las EAfp para el efectivo traslado de Régimen Pensional.

Estado del arte

El derecho a la información se encuentra concebido desde la Constitución Política de Colombia de 1991, otorgándole en su artículo 20 una doble connotación en el sentido que es un derecho que comprende una doble vía, como es la de informar y ser informado, así mismo, la importancia de este resulta de la garantía que representa para la protección de otros derechos fundamentales, como se desarrollará en las líneas subsiguientes con el derecho a la seguridad social en materia pensional.

Con la reforma originada por la Ley 100 de 1993 en el Sistema Pensional Colombiano, se le dio espacio al sector privado para que hiciera parte de la Administración de los recursos pensionales de los ciudadanos, mediante un nuevo régimen denominado Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) que, junto al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) conforma la estructura del Sistema General de Pensiones, ahora bien el derecho a la información se empieza a prever como un deber de información que radica principalmente en las Administradoras de Fondos de Pensiones, tanto del régimen público como privado.

Así las cosas, dentro de los deberes que le fueron atribuidos a las Entidades Administradoras de los Fondos de Pensiones, se encuentra el deber de informar a los usuarios de los servicios que prestan, así como las características propias de cada uno, las ventajas y desventajas que estos comprendan dependiendo de las condiciones y expectativas que se tengan, definiéndola como información suficiente el máximo órgano jurisdiccional en materia laboral así “*En cuanto a la información suficiente, será importante que esta logre concretar en el afiliado al sistema pensional o consumidor de los servicios del sistema financiero, el conocimiento más amplio sobre las características del sistema, los productos y las condiciones para acceder a uno u otro régimen pensional para el caso, con el fin que el consentimiento de dicho usuario o afiliado del régimen pensional, haya sido teniendo en cuenta información que permita una elección razonable entre los diferentes productos o servicios que se estén ofreciendo por la EAfp, y por cada uno de los regímenes pensionales, para poder tomar la decisión que más se ajuste a las expectativas y situaciones propias del sujeto, esto con el fin de contar con una información suficiente sobre ventajas y desventajas de uno u otro régimen pensional que logre un consentimiento del usuario ajustado a su realidad y a sus expectativas pensionales.*” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 46692 de 2014).

La definición anterior que fue dada por la Corte Suprema de Justicia en el año 2014, no fue los inicios de lo que comprendía el deber de información en la asesoría pensional, toda vez que este surge con la creación de las entidades AFP y ha evolucionado con el paso de los años, en el artículo “Deber de información y asesoría pensional a los afiliados en el sistema general depensiones Colombia año 2016” Torres, S. (2016). El autor realiza un análisis de la evolución normativa que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de los Fondos de Pensiones, demostrando su existencia desde su creación y la exigencia que este ha venido desarrollando, a su vez realiza un estudio de algunos pronunciamientos de la Sala de Casación laboral en relación a lo vital que resulta proteger el deber de los usuarios a ser informados, y lo que este comprende para garantizar su real cumplimiento, no obstante las observaciones se realizaron de posturas que hasta el año 2014 había manifestado la Honorable Corte Suprema de Justicia.

El debate surgido en instancias de casación laboral es producto de las inconformidades presentadas por los afiliados, que, a través de un proceso en la jurisdicción ordinaria laboral, buscan la declaración de ineficacia de la afiliación o traslado realizado, como consecuencia del incumplimiento al deber legal de información tal y como lo ha comprendido la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 19447 Radicado 47125 MP Gerardo Botero Zuluaga de 27 de septiembre de 2017.

“Los fondos de pensiones deben ofrecer una información en todas las etapas del proceso (desde la afiliación hasta el reconocimiento prestacional) a los afiliados. El deber de información que debe entregar una Administradora de Fondo de Pensiones, implica que la misma sea completa y comprensible a la medida de la asimetría que debe conservarse entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

La Información que debe ofrecer las administradoras de fondos de pensiones a las personas, debe ser prudente por el tema de las consecuencias mayúsculas vitales, transcendiendo al deber del buen consejo mediante un ejercicio más activo al dar información (ilustrando, dando a conocer las diferentes alternativas, beneficios e inconvenientes).

No es dable argüir que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella puede tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica.

De las acciones desplegadas por parte de los Fondos de Pensiones en el incumplimiento del deber legal de información que tienen para con los usuarios, se ha predicado que existe vicio del consentimiento en las afiliaciones que dieron origen al traslado del Régimen, por cuanto las decisiones que fueron tomadas para realizar dichos trasladados se efectuaron con el consentimiento viciado de los afiliados por error, teniendo en cuenta que la información recibida no fue necesaria, cierta, comprensible, completa y oportuna.

Carrillo Jaimes, E &, Ortiz Mendoza, M, &, Vargas Villamizar,M 2019 “Ineficacia del acto jurídico de traslado entre el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad por falta al deber de información” en este estudio los autores realizan una descripción casuística que ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia en aras de establecer la validez del acto jurídico que comprende el traslado de un régimen pensional a otro, con el fin de dilucidar los criterios que se adoptan para considerar y sustentar la nulidad e ineficacia del traslado y las consecuencias para el goce del derecho pensional del afiliado, de igual forma se realiza un análisis en materia civil para establecer que a luces del artículo 1502 del Código Civil existe una vulneración de los requisitos de validez de los contratos, en el entendido que el incumplimiento al deber previo de información de las AFP constituye que el consentimiento del afiliado se encuentre viciado y su decisión no sea consciente y libre.

Metodología

En la presente investigación se hará uso de una metodología con enfoque cualitativo teniendo en cuenta que se pretende estudiar los conceptos normativos del deber de información y las consecuencias que derivan de la inaplicabilidad del mismo en la validez del acto jurídico que comprende el traslado de régimen pensional, a su vez se realizará una observación de la situación del fenómeno con los pronunciamientos establecidos por la Corte Suprema de Justicia con el fin de dilucidar el verdadero equilibrio entre el usuario y las AFP basado en el real cumplimiento del deber de información.

Para el desarrollo del primer objetivo se identificará la conformación del Sistema Pensional Colombiano junto con las características y diferencias que posee cada uno, con el fin de dar al lector una concepción general del tema y este a su vez pueda comprender la importancia de identificar los distintos factores que hacen injerencia en su futuro pensional.

En segundo lugar, una vez realizada la descripción de los conceptos básicos de los Regímenes existentes en el sistema pensional, se procede a destacar el deber legal de información que recae sobre las Entidades Administradoras de Pensiones desde su nacimiento, haciendo un breve recuento cronológico de la evolución que ha tenido el mismo.

Por último, y como consecuencia del fenómeno suscitado por parte de los usuarios que han manifestado su vulneración a su derecho a la información y asesoría pensional como se comprende en la actualidad, se realizará un análisis de los pronunciamientos más actuales de la Honorable Corte Suprema de Justicia y su posición en relación al cumplimiento real del deber legal de información de las AFP para el traslado de Régimen Pensional.

Capítulo I.

Evolución y conformación del sistema pensional en Colombia

En este aparte se inicia con un breve detalle sobre la historia de la seguridad social en pensión en Colombia, se resalta el papel del Seguro Social (I.S.S.), como entidad Estatal que en la década de los 50 lideró el proceso pensional, según Navia (1998):

“El ISS fue creado mediante la ley 90 de 1946 y cuya operación se inició en 1949, en el artículo 3 de esta Ley estipulaba que todos los empleados públicos tenían que estar afiliados al ISS y en el artículo 7 daba potestad de decidir a los empleadores del sector privado si afiliaban a sus trabajadores o no”

El ISS, tuvo sus transformaciones, según Navia (1998), “el servicio pensional se reglamentó con el Decreto 3041 en el artículo 11 los requisitos eran Quinientas (500) semanas cotizadas y tener cincuenta y cinco (55) años si era mujer y sesenta (60) años si es hombre” (Ministerio de Trabajo, 1966). Este autor también resalta que en los lugares donde no había cobertura del ISS, el encargado de responder por la pensión de vejez era directamente el empleador, cuyos requisitos se detallaban en el artículo 260 del Código Sustantivo de Trabajo, (el cual actualmente se encuentra derogado), los requisitos eran 20 años de servicios, la edad de la mujer 50 y los hombres 55, el empleador respondía por el 75% del salario, cuando se cumplía los requisitos anteriores, además el patrono del trabajador privado tomaba la decisión de afiliarlo al ISS o no afiliarlo. (Legis, 2014).

En esa época, según Navia (1998) el sistema pensional del sector público fue diferente al sector privado. En este sentido el sector público fue regulado con el Decreto 3135 de 1968 con privilegios, así como la Ley 33 de 1985. (Congreso de la República, 1985). **La Ley 100 de 1993 y los regímenes pensionales**

Posteriormente el gobierno nacional propone la Ley 100 de 1993, donde expuso los motivos para la reforma del sistema pensional, la necesidad de un régimen nuevo y elevar los porcentajes de cotización, como referenció en su momento Gaceta Congreso, (1992)

“El sistema vigente, en sus actuales condiciones, no es financieramente viable y produce un impacto económico desfavorable, es fundamentalmente inequitativo y de imposible expansión para ampliar cobertura. Las deficiencias son estructurales y no se superan con ajustes administrativos o de las cotizaciones y beneficios y se requiere un régimen enteramente distinto. Las pensiones actualmente garantizadas no son sostenibles a las tasas vigentes de cotización. Lo que ha venido ocurriendo en la acumulación de una gigantesca deuda que no sería pagable, es necesario por lo tanto elevar las cotizaciones.

Por eso, con la Ley 100 de 1993 propuso elevar las cotizaciones, se proyectó para 1994 el ocho por ciento (8%) del ingreso base, para 1995 fue del nueve por ciento (9%), y para 1996 el diez por ciento (10%); el valor de la pensión se tenía en cuenta los promedios de salarios y rentas de los últimos diez años anteriores si cotizaba 1.000 semanas y así mismo si cotizaba 1.250 semanas el promedio en ese periodo (Congreso de la República, 1993).

Es de resaltar que con la Ley 100 de 1993, sobre el tema pensional, en su artículo 12 crean dos regímenes:

“La sustitución por un régimen de capitalización es urgente. Para reducir y distribuir mejor el costo de la transición, dicha sustitución debe efectuarse mientras predomine una población activa joven y aprovechando la fase de mayor crecimiento del nuevo modelo de desarrollo y el consecuente aumento de los rendimientos financieros y de los salarios que llevan a una base de cotizantes amplia y alto crecimiento de reservas. Si bien el mayor aumento esperable del número de pensionados tardará unos 10 años y el crecimiento de la tasa de cotización requerida para equilibrar el sistema pensional de reparto sólo acelerará para esos años, no se debe retrasar el cambio del régimen, porque sólo ahora se presentan las circunstancias favorables. Por tal motivo, se propone ahora la sustitución del régimen pensional actual por otro basado en la capitalización individual” (Gaceta Congreso, 1992).

De acuerdo con los motivos contenido en la Gacetas Congreso (1992), los dos sistemas coexistieron en la Ley 100 de 1993, según el Congreso de la República (1993)

“El primero de carácter estatal llamado “Régimen solidario de prima media con prestación definida” basado en el reparto simple y uno de carácter privado “régimen de ahorro individual con solidaridad” basado en Capitalización, son regímenes excluyentes, es decir se está en uno o en el otro, pero no en los dos”

Es así que con la Ley 100 de 1993, el régimen solidario de prima media con prestación definida (RPM), los requisitos eran: Cotizar 1.000 semanas y tener 55 años si es mujer y 60 si es hombre; pero a partir del 1 de enero de 2014 la edad para mujer de 57 años y 63 para hombres. Ahora con la cotización de 1.000 semanas la persona recibiría el 65% de ingreso base y si alcanzaba más de 1.400 semanas aumentaba al 85%, si aumentaba 50 semanas cotizadas, además la pensión de vejez si cumple los requisitos no puede ser menor de un salario mínimo legal según (Congreso de la República, 1993), además, la Ley 100 de 1993 contempló el proceso de transición, para las mujeres con 35 años de edad y los hombres 40 años y con una cotización de 15 años en el sistema anterior, respetando los beneficios anteriores hasta el año 2014 (Congreso de la República, 1993).

La Ley 100 de 1993 incorporó el Régimen de Ahorro individual con solidaridad (RAIS), donde las personas de forma autónoma cotizan o ahorran a los fondos de pensiones privados, entidades responsables a que las cotizaciones y los rendimientos financieros crean un patrimonio independiente de la administradora, con el fin de salvaguardar los aportes individuales. Esos fondos son responsables de atender la afiliación y asesorar a las personas sobre sus necesidades y expectativas frente a su futuro pensional (Congreso de la República, 1993).

Dentro de lo contemplado por los fondos privados, les ofrecían a las personas que cotizaban, poder jubilarse anticipadamente con aportes extras y mayores valores del otro régimen y alcanzar el 110% del SMLMV para el resto de la vida. El RAIS contempla tres formas de pensión: renta vitalicia, retiro programado o retiro programado vitalicia diferida, según el (Congreso de la República, 1993).

"La renta vitalicia recibir pago mensual desde el momento en que cumple con los requisitos hasta su fallecimiento. Retiro programado el afiliado no cumple con los requisitos de edad o semanas cotizadas, pero su capital es suficiente para garantizarle al menos una pensión mínima. La tercera retiro programado vitalicia diferida, consiste en que el afiliado podrá recibir unos pagos mensuales al cumplir con la edad y otros antes de cumplir con la misma (dependiendo de los fondos con los que cuente y el cálculo actuarial que realice la entidad) siempre y cuando la vitalicia no sea inferior a un SMLMV".

3.1.2 La Ley 100 de 1993 y sus reformas

El tema pensional en Colombia siempre ha estado en constante reformas y cambios, posterior a la Ley 100 de 1993.

La reforma pensional respaldada con la Ley 797 de 2003, el artículo 1, "modificó el artículo 11 de la Constitución Política de Colombia, donde el Sistema General de Pensiones se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional y se respetan los acuerdos y beneficios anteriores en los sectores públicos, oficial, semioficial y del sector privado en general". En el artículo 2, modifíco las características del sistema general de pensiones (Artículo 13 CN) y la afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes, la selección a cualquier régimen es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien manifestará por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado. El literal e), Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Despues de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

La Ley 797 de 2003 en el artículo 5, modificó el artículo 18 de la base de cotización “El límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. Al ser obligatoria la afiliación al sistema de pensiones, las Administradoras de Fondo de Pensiones, según la Ley 100 de 1993, “estas entidades son las responsables de atender todo el proceso de afiliación de las personas interesadas y deben contemplar la asesoría pensional en caso de requerir información para modificar las expectativas pensionales” (Congreso de la República, 1993).

Así mismo, otra de las reformas a la Ley 100 de 1993, fue el Acto Legislativo 01 de 2005, ajustó el artículo 48 de la Constitución Política, “establece que el Estado debe garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, establecer un mínimo y máximo en las pensiones, limita las mesadas máximo a 13 en el año y su monto a veinticinco (25) SMLV a partir del 31 de julio de 2011, quienes podrán recibir catorce mesadas anuales son las que pernas que causen una pensión inferior a tres SMLV antes del 31 de julio de 2011 y se respetó el régimen de transición hasta el año 2014, este acto acabó los regímenes especiales dejando solo a la de presidencia de república y las fuerzas armadas”

El Decreto 3995 de 2008 reglamento los artículos 12, 13 y 16 de la Ley 100 de 1993, relacionadas con la prohibición de estar con múltiple vinculación o cotizar en los dos regímenes pensionales, los cruce de datos de las base de las historias laborales debía detectar esta condición y solo se concretó o se consolidó la información el año 2007 y 2008 por cuanto se requería procesos tecnológicos, lo que impidió a las administradoras el cumplimiento de informar a sus afiliados su situación con varias vinculaciones, generando confusión.

3.2 El deber de informar y su evolución legal

El deber de informar a los afiliados o las personas interesadas sobre su futuro pensional, se encuentra contemplado en el Decreto 663 de 1993 “Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”, que según la Sala de Casación Laboral Sentencia SL 1452 de 2019 es “aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.^º del artículo 97, la obligación de las entidades de “suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

De acuerdo con el decreto en mención, las entidades administradoras de los fondos de pensiones desde su creación, tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, decisión que tenía el soporte de información suficiente y transparente para que las

personas tuvieran las opciones de seleccionar aquella que se ajusta a sus necesidades o sus expectativas. Como lo refiere la mencionada Sentencia SL 1452 de 2019 “No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público”

Sin embargo, el tema del deber de información ha sido expuesto y la postura de la Corte Constitucional en las diferentes sentencias, en especial la de la CSJ SL 31989 de 2008 que indica que los fondos de pensiones deben tener un comportamiento transparente y dar confianza a los ciudadanos, por cuanto tienen una estructura corporativa especializada similar a las entidades financieras contempladas en el Decreto 663 de 1993.

Según Sentencia SL 1452 de 2019, el deber de la asesoría y del buen consejo se encuentra contemplado en La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, a cargo de las Administradoras de Pensiones.

Según el Literal c, del artículo 3 de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que “en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna”.

Por consiguiente, según la citada sentencia SL 1452 de 2019 “La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo”

De igual forma el Decreto 2241 de 2010, los principios más importantes “debida diligencia, transparencia en la información y el manejo adecuado de los conflictos de interés” Así mismo, la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No. 016 de 2016, sobre el Deber de doble asesoría indicó que “los usuarios del sistema pensional tienen derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, el cual se ha denominado doble asesoría, permitiéndole al afiliado obtener información de los dos regímenes, a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado”.

Como resumen del anterior recuento normativo se integra el siguiente cuadro cronológico de los avances tenidos en el deber de información de parte de las Administradoras de Pensión, así:

Concepto	Normas que lo regulan	Alcance
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información,	Ley 1748 de 2014	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener
asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Tabla 1 evolución normativa del deber de información de las AFP.

El deber de informar y los pronunciamientos actuales de la Corte Suprema de Justicia.

El deber de información y asesoría pensional ha sido un tema debatido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en su sala laboral, estableciendo los criterios determinantes para su efectivo cumplimiento y lo que deben acreditar las AFP para evitar la declaratoria de ineficacia de la afiliación o traslado realizado.

En sentencia CSJ SL 1452-2019 del 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo en la radicación No. 68852, detalla sobre el deber de la información: (República de Colombia, 2019).

“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación. 2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado. 3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado. No es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. 4. No es necesario estar *ad portas* de causar el derecho o tener un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto” (págs. 13-21).

Sentencia SL 1421-2019 del 10 de abril de 2019, con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, radicado No. 56174, lo detalla (República de Colombia, 2019).

Bajo el anterior contexto, queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información afecte los intereses del afiliado en procura de reivindicar su derecho o el acceso al mismo; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Sentencia SL 4360-2019 del 0 de octubre de 2019, con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, radicado No. 68852 lo detalla (República de Colombia, 2019).

El formulario proforma aprobado por la Superintendencia Financiera no exime a las administradoras de pensiones de cumplir con su deber de información.

Para la Sala, la disposición del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 no puede comprenderse de un modo tal que vacíe de contenido las obligaciones legales de las administradoras de pensiones de dar información a los afiliados. En efecto, ningún pasaje de ese texto exime a las administradoras de su deber legal de brindar información. Antes bien, el precepto aludido ha de entenderse en el sentido que, una vez dada toda la ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, la selección que haga el afiliado implica la aceptación de las condiciones del régimen por el que se ha optado. Es decir, el suministro de la información es un acto previo a la suscripción del formulario; de lo contrario, no puede hablarse de una voluntad realmente libre.

La consecuencia de la inobservancia del deber de información es la ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen, que en términos prácticos implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre, por ello, en la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen trae como consecuencia que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, como si nunca hubiese existido traslado.)

Conclusiones

En Colombia existe dos regímenes para acceder a una pensión, y en la elección bien sea el de prima media con prestación definida o ahorro individual, según los señalamientos de la Corte Constitucional, existe una gran responsabilidad de parte de las Administradoras de los Fondos de Pensiones, por cuanto los usuarios y/o afiliados no tienen el conocimiento sobre las características de cada régimen, siendo el deber de los fondos de pensiones informar paraguantizar la mejor elección, a partir de datos confiables y oportunos con el fin de tener la certeza que el afiliado conoce los beneficios del traslado como también los riesgos.

El derecho y deber legar a la información y asesoría pensional ha existido desde la conformación del régimen dual de pensiones, no obstante, aquel en el tiempo ha ido reforzándose para garantizar una protección mayor de la expectativa pensional de los usuarios, siendo una obligación legal de las Administradoras de Pensiones el brindar una información completa, oportuna y transparente al usuario y/o afiliado que incluso no se limita a momentos previos a la afiliación o traslado de régimen, sino que está además persiste durante toda la vinculación afiliado – AFP que exista entre los actores.

Es deber de las Administradoras de los Fondos de Pensiones ofrecer información y tener las evidencias donde se manifieste el interés de pertenecer y mantenerse en forma libre y voluntaria a uno de los regímenes, como resultado de una eficaz y completa asesoría pensional, dado que sobre la entidad administradora recae la carga probatoria para ejercer su defensa en los procesos de declaratoria de ineeficacia de traslado y/o afiliación, siendo uno de los criterios más importantes que ha aportado la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Las características propias del futuro afiliado, como lo son ingresos, edad, tiempo cotizado o su condición de pertenecer a un régimen de transición, deben ser analizadas y tenidas en cuenta por las AFP. Así se cumpliría con el deber de informar y asesorar mediante un buen consejo que le permita al usuario una elección ajustada a sus condiciones, dentro de su contexto económico, social y familiar.

La posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es clara al cuestionar que una decisión tan importante como el futuro pensional se vea reflejada en la sola firma de formularios de afiliación, desconociendo la incidencia de la decisión que allí se consigna, frente a sus derechos y efectos financieros que esto pueda acarrear; por cuanto las Administradoras de Fondos de Pensiones cuentan con el conocimiento previo y con una estructura corporativa especializada para darlo a conocer al futuro afiliado, lo que quiere decir que las partes no están en igualdad de condiciones.

Finalmente, es muy acertada la posición y los aportes dados por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, para la reestructuración de las Administradoras de Fondo de Pensiones, exigiendo la información clara y precisa que deben entregar a sus afiliados que le permita una elección en libertad con base en el conocimiento.

Referencias Bibliográficas

Constitución Política de Colombia de 1991.

Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993) “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.*” Ley 100 de 1993. Diario Oficial: 41.148.

Congreso de Colombia. (29 de enero de 2003) “*Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.*” Ley 797 de 2003. Diario Oficial:45.079.

Congreso de la República de Colombia (26 de mayo de 1873) Código Civil Colombiano. Ley 84 de 1873. DO:2.867.

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión (26 de enero de 2017), Sentencia T-036 de 2017

M.P. Alejandro Linares CantilloTorres, S. (2016). DEBER DE INFORMACIÓN Y
ASESORÍA PENSIONAL A LOS AFILIADOS EN EL SISTEMA GENERAL DE
PENSIONES COLOMBIA AÑO 2016. Revista CES Derecho, 7(2), 55-71.

Carrillo Jaimes, Elizabeth; Ortiz Mendoza, María Teresa; Vargas Villamizar, Marjhuri Patricia (2019). "INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO ENTRE EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA Y EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD POR FALTA AL DEBER DE INFORMACIÓN"

Restrepo Salazar, J.C, (2000). "EL PROBLEMA PENSIONAL" Bogotá D.C.: FEDESARROLLO.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2014), Sentencia 46692 de 2014 M.P. Ely del Pilar Cuello Calderón.

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2017), Sentencia 19447 M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2008), Sentencia 31314 de 2008 M.P. Ely del Pilar Cuello Calderón.

Carrillo, &. o. (2019). *Ineficacia del acto jurídico de traslados entre régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad*. Bogota.

Congreso de la República de Colombia (29 de enero de 1985). "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público." Ley 33 de 1985. Diario Oficial 36858.

Gaceta Congreso. (087 de 1992). *Exposición motivos Ley 100 de 1993*.

Gaceta Congreso. (2003). *Exposición de motivos Ley 797*.

Hernández Sampieri, C. (2010). *Metodología de la investigación- Quinta Edición*. Mexico: McGraw HILL.

Hernandez, R. (2010). *Metodología de la Investigación*. Obtenido de https://www.esup.edu.pe/descargas/dep_investigacion/Metodologia%20de%20la%20Investigaci%C3%B3n%20ta%20Edici%C3%B3n.pdf

Legis. (2014). *Código Sustantivo de Trabajo y Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social*. Bogota: Legis Editores S.A.

Ministerio de Trabajo. (19 de diciembre de 1966). "Por el cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte" Decreto 3041 de 1966. Diario Oficial 32.126 14 de enero 1967. Navia, S. (1998). *El Seguro Social*. Obtenido de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-812461>

Presidencia de la República . (26 de diciembre de 1968). "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales" Decreto 3135 de 1968. Diario Oficial 32689.

República de Colombia. (1991). *Asamble Nacional Constituyente*. Obtenido de http://secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html

República de Colombia. (2011). *Corte Constitucional. Sentencia T-719 de 2011. MP Pinilla Pinilla*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-719-11.htm>

República de Colombia. (2019). *Corte Suprema de Justicia Sentencia No. 68852 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo*. Obtenido de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/babr2019/SL1452-2019.pdf>

Torres. (2016). Deber de información y asesoría pensional a los afiliados en el sistema general de pensiones. *Revista CES Derecho*, 7(2), 55-71.